Marcelo de Mello Vieira
Mariana Alves Lara
Organização

O DIREITO CIVIL NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Anais do V Congresso Mineiro de Direito Civil

1ª edição

INITIA VIA
EDITORA

Belo Horizonte
2020

O DIREITO CIVIL NOS TRIBUNAIS:
ANAIS DO V CONGRESSO MINEIRO DE DIREITO CIVIL
Marcelo de Mello Vieira e Mariana Alves Lara
Organização

1ª edição[2020]

Copyright © desta edição [2020] Initia Via Editora Ltda.
Rua dos Timbiras, nº 2250 - 1º andar - Bairro Lourdes
Belo Horizonte, MG, Brasil, 30140-069
www.initiavia.com

Editora-Chefe: Isolda Lins Ribeiro
Assitente Editorial: Ana Maria Mello & Silva
Revisão: Organizadores e autores
Arte da capa: Isabella Ramaciotti
Diagramação: Olímpia Cintra
Imagem da capa: Igreja da Pampulha, por Felipe Althman

CC BY-NC-SA 4.0. Esta obra foi licenciada sob a "Atribuição Creative Commons Não-Comercial - Compartilhamento Igual - 4.0 Internacional". É possível compartilhá-la gratuitamente para fins não comerciais, atribuindo o devido crédito e sob a mesma licença.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) de acordo com ISBD

D598 O direito civil nos tribunais superiores [recurso eletrônico] : Anais do V Congresso Mineiro de Direito Civil / organizado por Marcelo de Mello Vieira, Mariana Alves Lara. - Belo Horizonte, MG : Initia Via, 2020.
777 p. ; PDF.

Inclui índice e bibliografia.
ISBN: 978-65-86834-08-6 (Ebook)

1. Direito Civil. 2. V Congresso Mineiro de Direito Civil. I. Vieira, Marcelo de Mello. II. Lara, Mariana Alves. III. Título.

2020-2068

CDD 347
CDU 347

Elaborado por Vagner Rodolfo da Silva - CRB-8/9410
Índice para catálogo sistemático:
1. Direito civil 347
2. Direito civil 347

SUMÁRIO

NOTA DA ORGANIZAÇÃO 7

APRESENTAÇÃO 9

A DIVULGAÇÃO DE "FAKE NEWS" E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE 11
PERSPECTIVAS TEÓRICAS E ANÁLISE EMPÍRICA SOBRE A PROBLEMÁTICA
Jacqueline Lopes Pereira
Mariana Barsaglia Pimentel

A RETIFICAÇÃO DO REGISTRO CIVIL DE ADOLESCENTES TRANSEXUAIS COMO VIABILIZAÇÃO DO EXERCÍCIO DO DIREITO AO NOME 33
UMA ANÁLISE A PARTIR DA ADI Nº 4.275
Ana Sarah Vilela de Oliveira
Thaminy Helena Teixeira da Silva

AS DIVERGÊNCIAS NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE A LESÃO A DIREITOS DA PERSONALIDADE E O RECONHECIMENTO DO DANO MORAL 66
QUESTÕES MATERIAIS E PROCESSUAIS
Gilberto Fachetti Silvestre
Miryã Bregonci da Cunha Braz
Nathielle Zanelato dos Reis

A TUTELA DA IMAGEM DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES NA MÍDIA 94
UMA PERSPECTIVA DIANTE DA EROTIZAÇÃO PRECOCE
Ana Sarah Vilela de Oliveira
Brenda Laura Silva Santos

COLISÃO ENTRE OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E AS MANIFESTAÇÕES HUMORÍSTICAS NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA 119
Flávia Silveira Siqueira
Marina Guimarães Rufato

DIREITO À INFORMAÇÃO FRENTE AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE EM TRATAMENTO NOS TRIBUNAIS SUPERIORES 144
Christian Felipe Corrêa Martins
Victoria Cascaes Brito

O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA VISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA 177
ESTABELECENDO PARÂMETROS
DE APLICAÇÃO
Ana Carolina de Mari Rocha
Mariana Alves Lara

DESPATOLOGIZAÇÃO DA TRANSEXUALIDADE 196
DESAFIOS PARA SUA EFETIVAÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO.
Elisa Santana Fonseca
Josiene Aparecida de Souza

NOTAS SOBRE A CRIOGENIA HUMANA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA 226
Fabrício Manoel Oliveira
Fernanda Marinho Antunes de Carvalho
Giuliana Alves Ferreira de Rezende

ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL 258
ANÁLISE DA APLICABILIDADE DOS REQUISITOS FIXADOS NO JULGAMENTO DO RESP N. 1.581.505/SC
Ana Beatriz Vasconcellos Rezende
João Pedro da Silva Hubner

A TEORIA DA ONEROSIDADE EXCESSIVA E O REQUISITO DE EXTREMA 283
VANTAGEM NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ
Mariana Stehling Lara Carvalho

A EXCEÇÃO DE INSEGURIDADE 307
A CARACTERIZAÇÃO DE UM INSTITUTO ESQUECIDO
Samuel Ewald Davidson Zatta

A REGULAÇÃO JUDICIAL DA AUTONOMIA PRIVADA 340
O CASO DAS FACTORINGS E A CLÁUSULA "PRO SOLVENDO"
Ricardo Tavares de Albuquerque

AS CLÁUSULAS DE DESCONTO DE PONTUALIDADE NA VISÃO DO STJ 365
Marcelo Matos Amaro da Silveira

O ASSÉDIO SEXUAL EM TRANSPORTE COLETIVO, A RESPONSABILIDADE DAS TRANSPORTADORAS E A JURISPRUDÊNCIA DO STJ 395
Anna Luísa Braz Rodrigues
Luíza Resende Guimarães
Renata Lima

A IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR NO CONTRATO DE LOCAÇÃO COMERCIAL 429
UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DO RE 605.709 DO STF E DA SÚMULA 549 DO STJ
Isabella Rodrigues Lemes Pereira
Jader Barbosa Moreira Filho

A INCONSTITUCIONALIDADE DA PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA POR OBRIGAÇÃO DECORRENTE DE FIANÇA CONCEDIDA EM CONTRATO DE LOCAÇÃO 454
Júlia Vingren Ferreira Oliveira
Keylla Thalita Araújo
Maria Eduarda Fiorilo Rocha Baquim

A QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL NO STJ 482
ORIGEM, DESENVOLVIMENTO E CRISE DO MÉTODO BIFÁSICO
Daniel de Pádua Andrade

A RESPONSABILIDADE CIVIL E A LESÃO AO TEMPO 505
UMA ANÁLISE DA TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ)
Alexander Augusto Isac Beltrão

AS *WRONGFUL ACTIONS* NOS TRIBUNAIS SUPERIORES 535
NOVOS DANOS INDENIZÁVEIS BASEADOS EM VIDA INDESEJADA, NASCIMENTO INDEVIDO E CONCEPÇÃO INDESEJADA
Anna Luísa Braz Rodrigues
Letícia Mendes Barbosa

O DANO MORAL COLETIVO EM SEDE DE DANO AMBIENTAL 570
CONSIDERAÇÕES A PARTIR DA PERSPECTIVA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Lívia Cunha de Menezes

ASPECTOS MATERIAIS E REGISTRAIS DA *SUPPRESSIO* DE DIREITOS REAIS 603
Fabio Queiroz Pereira
Henry Colombi

O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR 627
ESTABELECENDO PARÂMETROS PARA ANÁLISE DO PRINCÍPIO A PARTIR DAS DECISÕES DO STJ
Marcelo de Mello Vieira

A QUESTÃO DA ACESSIBILIDADE 657
A CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Luíza Resende Guimarães
Maria Clara Versiani de Castro

ENTRE A SEGURANÇA E O EXCESSIVO APEGO À FORMA 691
A RELATIVIZAÇÃO DAS FORMALIDADES TESTAMENTÁRIAS NA VISÃO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES
Ana Carolina de Mari Rocha

O DIREITO SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO 719
UMA ANÁLISE SOBRE A APLICABILIDADE DO TRATAMENTO DIFERENCIADO E O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
Camilla Ayala Felisberto Silva
Matheus Felipe Moreira Zanetti
Stephanie Rodrigues Venâncio

TOMADA DE DECISÃO APOIADA E *AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO* 751
ANÁLISE COMPARADA, PERSPECTIVAS MATERIAIS E JURISPRUDENCIAIS
Flávia da Terra Costa Marques

NOTA DA ORGANIZAÇÃO

O Congresso Mineiro de Direito Civil tem se consolidado como um encontro de enorme relevância para a divulgação de pesquisas científicas e a troca de experiências entre graduandos, pós-graduandos, professores e profissionais da área. A cada ano, o evento aborda uma temática de relevo. Em 2020, o objetivo central é promover o debate acerca da interpretação do Direito Civil à luz das decisões dos Tribunais Superiores brasileiros.

É inquestionável o papel da jurisprudência no desenvolvimento do direito civil. Ao interpretar e aplicar as normas jurídicas a casos concretos, os tribunais dão concretude ao direito, atualizam as disposições legais adequando-as aos contextos sociais em constante transformação, bem como formam precedentes que orientarão o julgamento de situações semelhantes no futuro. Assim, para conhecer verdadeiramente o direito civil, é preciso conjugar os estudos da legislação, da doutrina e das decisões jurisprudenciais, intento para o qual o Congresso Mineiro de Direito Civil, em sua quinta edição, busca contribuir.

Nesse contexto, para além de artigos de alguns palestrantes do evento, foram selecionados vinte e cinco artigos científicos inéditos que abordam com originalidade e profundidade assuntos pertinentes ao tema geral do congresso. A seleção foi feita por Comissão Científica composta por membros da AMPDIC e por outros professores de direito civil, respeitando-se o anonimato entre autores e avaliadores e seguindo todas as normas previstas em edital previamente publicado. Foram, então, escolhidos para integrar essa obra coletiva, trabalhos de excelência, a respeito dos mais diversos temas que intrigam os pesquisadores do direito civil, tendo sido contempladas todas as áreas, da parte geral ao

direito das sucessões.

Agradecemos as autoras e os autores pela contribuição, que certamente proporcionará profícuos debates e novas reflexões, de modo a fornecer subsídios ao amadurecimento intelectual dos participantes do evento e dos leitores dessa obra.

Belo Horizonte, 15 de setembro de 2020.

Marcelo de Mello Vieira
Doutor em Direito Privado pela PUCMinas. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor de Direito Civil.

Mariana Alves Lara
Doutora em Direito Civil pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professora Adjunta de Direito Civil da Universidade Federal de Minas Gerais. Membro do corpo permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

APRESENTAÇÃO

Com alegria apresento o livro que reúne os textos de algumas palestras e os artigos científicos aprovados para apresentação no V Congresso Mineiro de Direito Civil. O livro foi brilhantemente organizado pela professora Mariana Alves Lara e pelo professor Marcelo de Mello Vieira, que prestam relevante serviço à Associação Mineira de Professores de Direito Civil – AMPDIC, ocupando, respectivamente, os cargos de Secretária e de Tesoureiro, na gestão do biênio 2019-2020.

Em sua quinta edição, o Congresso Mineiro de Direito Civil estava previsto para ser realizado em Belo Horizonte, nas dependências da tradicional Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Por conta das medidas de combate à pandemia do coronavírus, o evento será realizado virtualmente, entre os dias 22 e 24 de setembro de 2020, a partir de uma plataforma exclusiva preparada para tornar as palestras e as apresentações de trabalhos mais dinâmicas e atraentes.

Felizmente, o novo formato do evento foi bem recebido. Até a presente data, contabilizam-se mais de 300 (trezentos) inscritos, provenientes de Minas Gerais, Bahia, São Paulo, Rio de Janeiro, Espírito Santo, Pará, Goiás, Pernambuco, Paraná, Distrito Federal, Amazonas, Piauí, Rio Grande do Norte, Sergipe, Alagoas, Ceará, Maranhão, Mato Grosso, Tocantins, Santa Catarina e Rio Grande do Sul. Na chamada pública de trabalhos, foram recebidos 70 (setenta) artigos científicos e 20 (vinte) resumos expandidos, de autoria de estudantes de graduação e de pós-graduação, assim como de pesquisadores, professores e outros profissionais.

A programação contará com palestras das professoras Flávia Portella Püschell (FGV/SP), Renata Barbosa de Almeida (UFOP), Renata Guimarães Pompeu (UFMG), e dos professores Gustavo Tepedino (UERJ), Daniel de Pádua Andrade (UFV), Eduardo Tomasevicius Filho (USP), Daniel Amaral Nunes Carnaúba (UFJF), Jeferson Mariano Silva (FGV/SP), Leandro Zanitelli (UFMG) e Marcelo de Mello Vieira (TJMG).

Neste ano, o tema do evento é Direito Civil nos Tribunais Superiores. Pretende-se discutir como os Tribunais Superiores, especialmente

o Superior Tribunal de Justiça, contribuem na delimitação do sentido e do alcance dos institutos e das categorias do Direito Civil.

O Congresso Mineiro de Direito Civil é promovido, anualmente, pela AMPDIC – Associação Mineira de Professores de Direito Civil. Criada em 2016, a partir de iniciativa do professor Giordano Bruno Soares Roberto (UFMG), a associação científica pretende contribuir, no âmbito do Direito Civil, com o desenvolvimento da pesquisa, do ensino e da extensão. Entre os seus objetivos institucionais, destacam-se: o desenvolvimento, prioritariamente a partir de rede colaborativa, de investigação científica e de novas metodologias de ensino em Direito Civil; a realização de debates, palestras, seminários, conferências, congressos, cursos e quaisquer outras atividades de ensino, pesquisa e extensão relacionadas ao Direito Civil; a edição, publicação e divulgação de artigos, livros, revistas, anuários e outras obras de Direito Civil; a criação de grupos de estudo e promoção de intercâmbio entre os associados; a prestação de atividades de colaboração e de consultoria a entidades públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras, em trabalhos, estudos ou ações para os quais seja solicitada ou de que tome a iniciativa.

O Congresso Mineiro de Direito Civil tem se tornado um ponto de encontro entre os atuais e os futuros civilistas de Minas Gerais. É um espaço aberto e respeitoso para a reflexão séria sobre o presente e o futuro do Direito Civil. Junte-se a nós!

Lavras, 28 de agosto de 2020.

Gustavo Pereira Leite Ribeiro

Presidente da Associação Mineira de Professores de Direito Civil – AMPDIC (2019-2020). Professor Associado de Direito Civil na Universidade Federal de Lavras – UFLA. Líder do Laboratório de Bioética e Direito – LABB/UFLA/CNPq. Doutor e Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/Minas. Ex-bolsista CAPES/PDSE.

A DIVULGAÇÃO DE "FAKE NEWS" E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

PERSPECTIVAS TEÓRICAS E ANÁLISE EMPÍRICA SOBRE A PROBLEMÁTICA

Jacqueline Lopes Pereira[1]
Mariana Barsaglia Pimentel[2]

RESUMO: O artigo explora quais são as dificuldades encontradas pelo Direito Civil para a tutela dos direitos da personalidade de vítimas da divulgação de notícias falsas na internet. A partir de revisão bibliográfica e pesquisa de casos concretos, o trabalho inicialmente analisa quais são os significados atualmente atribuídos ao termo "Fake News" e discute seus desdobramentos no âmbito dos direitos da personalidade. Considerando que estes, tais como o direito à identidade pessoal, à privacidade, à honra e à imagem, são os principais afetados pela velocidade de divulgação de "Fake News", a pesquisa examina casos que ganharam amplitude midiática, para ponderar sobre os desafios que se colocam à frente da construção dos direitos da personalidade contemporaneamente. Ainda sob o viés empírico, são analisadas as respostas ofertadas pelo Poder Judiciário à problemática.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Civil. Direitos da Personalidade. "Fake News".

[1] Mestra em Direito PPGD/UFPR. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa "Virada de Copérnico". Especialista em Direito das Famílias e das Sucessões (ABDConst). Pesquisadora visitante no Instituto Max Planck para Direito Comparado e Internacional Privado.

[2] Doutoranda e Mestre em Direito PPGD/UFPR. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa "Virada de Copérnico". Pesquisadora visitante no Instituto Max Planck para Direito Comparado e Internacional Privado. Advogada.

INTRODUÇÃO

Uma notificação de mensagem na tela do celular pode levar, com um simples "click" em um "link", a uma notícia revelando um cenário apocalíptico ou atribuindo **à** alguém uma biografia completamente distorcida. Seja uma notícia de catástrofe natural, possíveis origens do vírus COVID-19, declarações atribuídas a candidato(a) político, seja a vinculação de imagem de ministros da Suprema Corte a informações não verificadas: as "Fake News" integram o cotidiano do século XXI.

Violações a direitos fundamentais não escapam desse panorama. Disso se extrai que a divulgação de "Fake News" exige atenção do campo jurídico, pois suas consequências influem no exercício de direitos fundamentais **e até mesmo na própria compreensão de "democracia".**

A Internet constitui reduto concreto de perigo para a violação à dignidade humana, haja vista que dados pessoais, que **são cedidos pelos próprios usuários ou por terceiros**, podem ser divulgados acompanhados de informações inverídicas em significativa velocidade e dimensão.

E exatamente por isso é que, de acordo com Stefano Rodotá, faz-se necessária "a reconstrução de liberdades e direitos apropriados ao ambiente tecnológico no qual são exercidos"[3]. A intersecção entre os direitos da personalidade e Internet, deste modo, é inequívoca e abre um leque de possibilidades para a incursão acadêmica ora proposta.

Por conseguinte, o trabalho se desenvolve em três seções. Na primeira, explora-se o conceito contemporâneo de "Fake News", evidenciando-se os desafios colocados à frente da tutela de direitos da personalidade. Em segundo lugar, discorre-se a respeito dos direitos da personalidade como "direitos em construção" e de que modo se relacionam com os efeitos da divulgação de notícias assim qualificadas. Em terceiro ponto, examinam-se casos recentes de repercussão midiática pela divulgação de "Fake News", desenvolvendo-se análise sob a perspectiva de meios jurisdicionais de tutela dos direitos da personalidade violados.

1. "FAKE NEWS": A MENTIRA FANTASIADA DE VERDADE

A revolução tecnológica, fortalecida na segunda metade do século XX, trouxe consigo novas fontes de bens jurídicos e de interesses

[3] RODOTÁ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância:** A privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 183.

existenciais, que demandam renovação de categorias do Direito Privado a fim de se precaver riscos[1].

De acordo com Anderson Schreiber: "da mesma maneira que não se deve adotar uma postura ludista em relação aos avanços tecnológicos, confundindo-os com os eventuais perigos suscitados pela sua utilização, não se deve incorrer no equívoco oposto: ignorar os riscos trazidos por toda essa imensa transformação dos meios e instrumentos de comunicação"[2].

Nesse contexto, a tutela dos direitos da personalidade (em especial do direito à privacidade, imagem e à honra) não deve permanecer alheia aos novos desafios que surgem no mundo virtual.

Com efeito, Gabriel Schulman constata que "é imperiosa a incidência dos direitos fundamentais nas relações interprivadas digitais, promovendo-se um necessário *update* dos direitos da personalidade, de modo a permitir que possam rondar em um sistema operacional compatível com os valores constitucionais"[3].

Um dos desafios postos à frente do Direito Privado, e que guarda estrita relação com os direitos da personalidade, é a divulgação de "Fake News".

A definição do termo "Fake News" é objeto de disputa nas mais diversas áreas do conhecimento (*a fortiori* no Direito, na Sociologia, na Filosofia e no Jornalismo), e, ainda, no próprio campo político e social.

O termo não representa uma novidade, especialmente para a imprensa[4], porém, recebe conteúdo renovado pela massificação das informações em meio digital e facilidade em sua divulgação sem filtros

---

[1] SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos. Vulnerabilidade existencial na internet. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochardo; ALMEIDA, Vitor (Coords.). **Da dogmática à efetividade do Direito Civil:** anais do Congresso Interncional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IBDCIVIL. 2. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 57-71.

[2] SCHREIBER, Anderson. **Direito e mídia**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 12.

[3] SCHULMAN, Gabriel. www.privacidade-em-tempos-de-internet.com: o espaço virtual e os impactos reais à privacidade das pessoas. In: In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coords.). **O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa***:* em homenagem ao professor Stefano Rodotá. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 333-360.

[4] TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. *Fake news:* como garantir liberdades e conter notícias falsas na Internet? In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 525.

rigorosos de publicação por seus usuários em mídias sociais (tais como "Twitter", "Facebook" e "Instagram").

Os pesquisadores da *Nanyang Technological University* em Singapura, Edson C. Tandoc Jr., Zheng Wei Lim e Richard Ling, fizeram esmiuçado levantamento de estudos acadêmicos para identificar a definição de "Fake News". Após examinar 34 artigos científicos publicados entre 2003 e 2017, os autores concluíram que "Fake News" possui seis sentidos que se destacam, em tradução livre: sátira; paródia; fabricação; manipulação; propaganda e anúncio.[5]

Em via semelhante, Claire Wardle, fundadora da ONG *First Draft News*[6] também conclui que não há conceito unívoco do termo e delimita sete tipos de notícias que podem ser consideradas como tal[7]. Expõe a pesquisadora que elas podem trazer em seu conteúdo: (i) sátira ou paródia, (ii) conteúdo enganoso, (iii) conteúdo impostor, (iv) conteúdo fabricado, (v) falsa conexão, (vi) falso contexto, e (vii) conteúdo manipulado.

Depreende-se das pesquisas que sobressai a intenção maliciosa de quem elabora a notícia falsa de causar comoção a quem venha a compartilhá-la. Tandoc Jr. *Et al* apontam que "Fake News" se apropriam de uma aparência de "veracidade", utilizando linguagem de estilo jornalístico, simples e objetivo, que provoca no leitor a credibilidade de estar diante de notícia real[8].

Há quem compreenda que a deturpação de informações provocada por "Fake News" é apenas uma amostra do que a manipulação de novas tecnologias pode causar a longo prazo, como a edição de vídeos, imagens e até mesmo timbre de voz que registre declarações falsas em gravação. Danilo Doneda, Virgílio Almeida e Ronaldo Lemos anunciam que a situação pode se agravar no que denominam de "*era das deep fake news*", em que "Será cada vez mais difícil separar a realidade da

---

[5] *A careful reading of each article identified six ways that previous studies have operationalized fake news: satire, parody, fabrication, manipulation, propaganda, and advertising."* (LIM, Z. W.; LING, R.; TANDOC JR., E. C. *Defining "Fake News".* **Digital Journalism**, Londres, v. 6, n.2, pp. 141. DOI: 10.1080/21670811.2017.1360143).

[6] Criada com o escopo de desenvolver balizas éticas e fornecer ferramentas para a reportagem jornalística e o compartilhamento de informações no meio digital.

[7] WARDLE, Claire. **Fake news. It's complicated**. First Draft News, 2017. Disponível em: <https://firstdraftnews.org/fake-news-complicated/>. Acesso em: 28 fev. 2020.

[8] LIM, Z. W.; LING, R.; TANDOC JR., E. C. *Defining "Fake News".* **Digital Journalism**, Londres, v. 6, n.2, pp. 147. DOI: 10.1080/21670811.2017.1360143.

manipulação digital."[9].

A par da importância do fenômeno das "Fake News" no campo político[10], inclusive em razão dos riscos que apresenta à democracia, os seus reflexos incidem, também, no campo das relações privadas. Chiara Teffé e Carlos Affonso Pereira de Souza distinguem a mudança de cenário que envolve a divulgação de notícias falsas:

> Se, antes, o público tinha acesso a um conteúdo geralmente mediado por grandes grupos de comunicação, que escolhiam o que, quando e como divulgar (o que apresentava pontos positivos e negativos, obviamente), hoje, com a facilitação do acesso a uma Internet de boa qualidade e com as extensas possibilidades de expressão e divulgação de ideias, tornou-se bem mais simples e econômico publicar e receber notícias e conteúdos das mais variadas fontes e assuntos.[11]

A "mentira" fantasiada de "verdade" pode se restringir a afetar a vida privada, violando a dignidade e os direitos da personalidade das pessoas referidas em seu conteúdo.

Como exemplo de violação de direitos da personalidade, João Quinelato de Queiroz e Eduardo Nunes de Souza analisam o caso judicializado de J.C., 26 anos, que foi vítima de "boato que gravemente atinge sua honra, imagem e bom nome, que circulou por grupos de Whatsapp e Facebook". Segundo os autores, o boato narrava que a jovem teria se envolvido em relações sexuais dentro de um veículo e, durante o ato, supostamente teriam ocorridos fatos íntimos desagradáveis à vítima, tendo o material circulado por 332 contas de Facebook, com

---

[9] ALMEIDA, Virgílio et al. Com avanço tecnológico, fake news vão entrar em fase nova e preocupante. **Folha de S. Paulo.** São Paulo, p. 1-6. 08 abr. 2018. Disponível em: https://anebrasil.org.br/wp-content/uploads/2018/04/Artigo-Fake-News-Virg%C3%ADlio-Almeida-08-Abr-2018.pdf. Acesso em: 03 mar. 2020.

[10] Salienta-se que o tema "Fake News" ganhou força em 2016, ano marcado por dois acontecimentos político-econômicos de influência global: as eleições presidenciais estadunidenses e a decisão do Reino Unido de abandonar a União Europeia. A repercussão dos eventos sofreu grave interferência das "Fake News" na opinião pública, o que não diferiu em escala nacional nas eleições presidenciais brasileiras de 2018.

[11] TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. *Fake news:* como garantir liberdades e conter notícias falsas na Internet? In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 527.

251 curtidas, 72 comentários e inúmeros grupos de Whatsapp[12].

O referido caso é amostra da repercussão que um evento particular pode apresentar com o uso dos meios de comunicação na Internet. Segundo Ana Barbosa-Fohrmann e Antonio dos Reis Silva Junior, a veiculação de "Fake News" relacionadas à vida privada e à reputação não se limita às redes sociais, como no caso acima delineado, já que "não raro, os dados circulados na Internet são amplamente utilizados como combustível para as mídias paralelas inseridas no próprio ambiente eletrônico, como jornais e blogs informativos virtuais, bem como servem de fonte cada vez mais comum para as informações veiculadas pelas grandes mídias"[13].

A partir do conteúdo semântico atribuído ao significante "Fake News", despontam novas problemáticas transpostas perante a compreensão jurídica de direitos da personalidade. Destarte, no campo do direito civil, inevitável é a reflexão sobre as feições dos direitos da personalidade para a tutela da pessoa atingida pela divulgação de notícias falsas.

2. OS DIREITOS DA PERSONALIDADE FRENTE À DIVULGAÇÃO DE "FAKE NEWS"

A vinculação dos direitos da personalidade a direitos humanos e fundamentais ganhou relevância e fundamento normativo no ordenamento jurídico brasileiro a partir do conteúdo estabelecido pelo artigo 5º da Constituição Federal de 1988 e artigos 11 a 21 do Código Civil Brasileiro de 2002[14].

Esse arcabouço normativo se insere no quadro dinâmico da vida concreta, permeado pelo uso de novas tecnologias e pela disseminação desenfreada de "Fake News". Nesse sentido, impende relembrar os

[12] QUEIROZ, João Quinelato de; SOUZA, Eduardo Nunes de. **Breves notas sobre a responsabilidade civil dos provedores de aplicações de internet na perspectiva civil-constitucional**. Rev. de Direito, Governança e Novas Tecnologias. Porto Alegre, v. 4, n. 2, jul-dez.2018. p. 61-82. p. 62.

[13] BARBOSA-FOHRMANN, Ana Paula; SILVA JR. Antonio dos Reis. O discurso de ódio na internet. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGUI, João Victor Rozatti Longhi. **Direito Digital**: Direito Privado e internet. 2 ed. Indaiatuba: Editora Foco. 2019. p. 3-34. p. 4.

[14] FACHIN, Melina Girardi; GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. De fora, de cima, de baixo – todos os sentidos da dignidade no discurso dos direitos. **Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais**, Curitiba, v. 2, n. 2, pp. 78-94, jul./dez. 2016, p. 86.

contornos que delineiam os "direitos da personalidade" no direito civil brasileiro.

Ao ver de Elimar Szaniawski, a tutela dos direitos da personalidade decorre da cláusula geral consubstanciada no princípio da dignidade humana disposta no art. 1º, inc. III e art. 5º, inc. X da Constituição Federal[15]. Ao ver do autor, o legislador deixou de expressamente prever as características atribuíveis aos direitos da personalidade:

> O legislador, infelizmente, não arrolou em lei todas as características da categoria, como o de tratar-se de direito nato, absoluto, intransmissível, indisponível, irrenunciável, ilimitado, imprescritível, impenhorável e inexpropriável. Estas características, embora marcantes, não podem ser consideradas em grau absoluto, uma vez que existem exceções, surgindo o direito à disponibilidade relativa pelo seu titular, ou quando o direito de personalidade deverá ceder frente a outro direito fundamental [...][16]

Além de não ter disposto exaustivamente quais seriam as características dos direitos da personalidade, o codificador dedicou redação aos direitos ao "corpo", ao "nome", à "honra", à "imagem" e à "privacidade". Não obstante, a omissão quanto a demais direitos fundamentais "não impede que outras manifestações da personalidade humana sejam consideradas merecedoras de tutela, por força da aplicação direta do art. 1º, inc. III, da Constituição"[17]. Maria Celina Bodin de Moraes leciona que a dignidade humana se concretiza pela cláusula geral de tutela da pessoa humana[18], a princípio não restrita a rol taxativo de proteção.

Tomando como pressuposto para a presente incursão teórica a não taxatividade dos direitos da personalidade, observa-se que novos desafios são lançados à sua proteção. A título exemplificativo, são iminentes os perigos que a rápida mercantilização digital representa[19], pois,

---

[15] SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. P. 144.

[16] Op. Cit. P. 180.

[17] SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2 ed.. São Paulo: Atlas, 2013, p. 15.

[18] MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos a pessoa humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003. P. 81-115.

[19] PINTO, Renata Àvila. **Soberania digital ou colonialismo digital?**, SUR 27 (2018). Disponível em: http://sur.conectas.org/soberania-digital-ou-colonialismo-digital/. Acesso em: 13 ago. 2018.

com efeito, a Internet constitui fonte concreta de perigo para a violação à dignidade humana, "em especial por permitir circulação de dados sensíveis em volume e velocidade sem qualquer precedente comparativo."[20]

Sobre o tema, Stèfano Rodotá realça a Internet como um espaço e instrumento para a construção da personalidade em um ambiente onde as fronteiras entre o "público" e o "privado" cada vez mais se atenuam:

> 2.0, quello delle reti sociali, è divenuto uno strumento essenziale per i processi di socializzazione di massa e per La libera costruzione della personalità. In questa prospettiva, assume un nuovo significato La liberta di espressione, come elemento essenziale dell'essere della persona e della sua collocazione nella società. La costruzione dell'identità tende così a presentarsi sempre di più come um mezzo per La comunicazione com gli altri, per La presentazione Del sé sulla scena Del mondo. Questo modifica Il rapporto tra sfera pubblica e sfera privata, e La stessa nozione di privacy.[21]

Partindo-se dessa perspectiva, visualiza-se a internet como um campo em que os direitos da personalidade e a própria noção de sujeito "privado" se desenvolvem incessantemente. Todavia, ao lado da construção dos direitos da personalidade está alinhada a sua vulnerabilidade e necessidade de proteção de modo diferenciado. Sobre isso, Deborah dos Santos alerta ser indispensável a edificação de meios de proteção a quem utiliza da tecnologia:

> Nesse contexto, coloca-se a proteção da pessoa humana no universo virtual. Se, por um lado, a internet é um espaço pri-

---

[20] SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos Santos. Vulnerabilidade existencial na internet. TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Victor (coord.). **Da dogmática à efetividade do Direito Civil:** Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IBDCIVIL. Belo Horizonte: Forum, 2017, pp. 51-64, p. 52.

[21] Tradução livre: "Internet 2.0, aquela das redes sociais, se transformou em um instrumento essencial para os processos de socialização da massa e para a livre construção da personalidade. Nessa perspectiva, assume um novo significado a liberdade de expressão, como elemento essencial da pessoa e da sua colocação na sociedade. A construção da identidade tende assim a se apresentar sempre mais como um meio para a comunicação com os outros, pela apresentação do eu na cena do mundo. Isso modifica a relação entre esfera pública e esfera privada, e a mesma noção de *privacy.*" (RODOTÁ, Stefano. **Il diritto di avere diritti**. Bari: Editori Laterza, 2012. p. 320.)

> vilegiado para o exercício da liberdade de cunho existencial; por outro, ela constitui fonte concreta de perigo para a violação de diversos aspectos da dignidade humana, especialmente por permitir circulação de dados sensíveis em volume e velocidade sem qualquer precedente comparativo. Além disso, devido à maximização da circulação de informações na internet, dados acabam por ter valor econômico, mesmo que na aparência sejam meramente pessoais.[22]

Por isso, é preciso fortalecer a proposta de "reconstrução de liberdades e direitos apropriados ao ambiente tecnológico no qual são exercidos".[23]

Portanto, incumbe às incursões acadêmicas a identificação e reflexão de elementos que estejam alinhados à inequívoca intersecção entre os direitos da personalidade e a internet.

A divulgação de "Fake News", principalmente quando pertinentes à vida privada, viola direitos da personalidade, sublinhando-se, em especial, os direitos à identidade pessoal, à privacidade, à imagem e à honra.

A identidade pessoal é direito que se performa continuamente na relação indivíduo-sociedade, do interior ao exterior e vice-versa. A divulgação de "Fake News" que atribua característica, declaração ou imagem desatrelada da realidade pode, por conseguinte, deturpar e repercutir na própria arquitetura da identidade pessoal. Carlos Nelson Konder examina de modo profícuo a violação desse direito por "Fake News" e enfatiza:

> Dessa forma, o aprofundamento na compreensão do que seja a construção da identidade implica também a ampliação de sua tutela: protege-se o sujeito não apenas contra a imputação de uma identidade que não seja compatível com a sua, mas igualmente contra a ausência ou insuficiência do reconheci-

---

[22] SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos Santos. Vulnerabilidade existencial na internet. TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Victor (coord.). **Da dogmática à efetividade do Direito Civil:** Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IBDCIVIL. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 58.

[23] RODOTÁ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância***:* A privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 183.

mento de sua identidade.[24]

Ao lado do direito à identidade pessoal, o direito à privacidade visa à tutela não só o "direito de estar só" ou à "vida familiar privada", mas também o "direito à autodeterminação informativa" (no qual se inclui o direito ao esquecimento), de forma que o indivíduo deve exercer o "controle sobre a coleta e o tratamento dos dados a seu respeito, considerando que são integrantes da sua própria personalidade"[25].

A circulação de notícias falsas pode violar, desse modo, os três diferentes interesses jurídicos tutelados pelo direito à privacidade, delineados por Tulio Lima Vianna: o direito de não ser monitorado, o direito de não ser registrado e o direito de não ser reconhecido[26]. Todos são passíveis de violação, na medida em que a divulgação de notícias falsas potencializa o interesse e, consequentemente, a procura sobre a vítima na Internet; as imagens e informações são publicadas e difundidas sem qualquer controle ou consentimento da vítima; e a publicação de informações falsas permite que qualquer um reconheça a vítima.

Schulman afirma que a atenção a estes aspectos "mostra como a identidade e a privacidade se interligam na esfera digital, eis que a Inter-

[24] KONDER, Carlos Nelson de Paula. O alcance do direito à identidade pessoal no direito civil brasileiro. **Pensar - Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 23, n. 1, p.1-11, 2018. Fundação Edson Queiroz. http://dx.doi.org/10.5020/2317-2150.2018.7497. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/7497>. Acesso em: 03 mar. 2020.

[25] MACHADO, Joana de Moraes Souza; MELO, Auricelia do Nascimento. A tutela da privacidade: desdobramentos da proteção internacional de dados pessoais. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochardo; ALMEIDA, Vitor (Coords.). **Da dogmática à efetividade do Direito Civil:** anais do Congresso Interncional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IBDCIVIL. 2. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 457-476. p. 458.

[26] VIANNA, Túlio Lima. **Transparência pública, opacidade privada***:* o Direito como instrumento de limitação do poder na sociedade de controle. 2006. 206 p. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 73.

net passa a interagir com a biografia, a contá-la em sua versão (múltiplas versões)"[27].

Em dimensão externa e objetiva, a divulgação de "Fake News", especialmente via "websites" com capacidade de exibição de mídias, tem o condão de violar, também, os direitos à imagem e à honra.

O direito à imagem – considerado autônomo apesar da dicção do artigo 20 do Código Civil[28] – pertence "à integridade psicofísica do indivíduo, tutelando tanto sua fisionomia e retrato, quanto o conjunto de características decorrentes do comportamento do indivíduo, de modo a compor a sua representação no meio social"[29].

A depender do seu conteúdo, a divulgação de "Fake News" fere não só a imagem-retrato (expressão externa da pessoa humana, que representa a sua fisionomia), como também a imagem-atributo (conjunto de característica que representam o sujeito no meio social), eis que possibilita a edição indevida da imagem-retrato e repercute nas características pelas quais determinada pessoa é vista pela sociedade, também atinente à identidade pessoal.

A circulação de notícias falsas coloca em risco, outrossim, a reputação dos sujeitos envolvidos, violando seu direito à honra. Não é difícil imaginar que "Fake News" que se refiram, por exemplo, ao envolvimento das vítimas com supostos atos ilícitos ou estigmatizados pela sociedade, possam abalar a consideração social da vítima, bem como a própria noção de dignidade que esta tem de si.

Logo, os direitos da personalidade se inserem no âmago do debate sobre repercussões jurídicas por difusão de "Fake News" e propõe-

---

[27] SCHULMAN, Gabriel. www.privacidade-em-tempos-de-internet.com: o espaço virtual e os impactos reais à privacidade das pessoas. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochardo; ALMEIDA, Vitor (Coords.). **O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: em homenagem ao professor Stefano Rodotá**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 333-360. p. 338.

[28] "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."

[29] TEFFÉ, Chiara Antonia Spadaccini. Considerações sobre o direito à imagem na internet. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochardo; ALMEIDA, Vitor (Coords.). **Da dogmática à efetividade do Direito Civil:** anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IBDCIVIL. 2. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 409-429. p. 411.

-se, na seção seguinte, o exame de casos concretos que ecoaram nacionalmente pela ofensa à identidade pessoal, privacidade, imagem e honra das pessoas noticiadas. Analisar-se-á, ademais, as respostas que os Tribunais Superiores vêm apresentando ao enfrentar a problemática.

3. UM OLHAR CONCRETO SOBRE A PROBLEMÁTICA

A inter-relação entre a divulgação de "Fake News" e os direitos da personalidade ultrapassa o campo meramente teórico e encontra reflexos – precipuamente – na esfera concreta de quem é objeto de notícias com esse conteúdo.

Como exemplo da problemática exposta ao longo deste artigo, tem-se o caso emblemático de "Marielle Franco": quando do assassinato da ex-vereadora, circularam ao menos cinco notícias falsas sobre ela nos mais diversos meios de comunicação (redes sociais, revistas, jornais, etc.)[30], as quais guardam estrita relação com a sua reputação e com a sua vida privada.

Tais notícias falsas veicularam um suposto envolvimento de Marielle Franco com o uso e o tráfico de drogas. A sua condição de mulher também não ficou imune às "Fake News", tendo sido divulgado – falsamente – que Marielle engravidou aos 16 anos.

A repercussão das notícias falsas que envolveram o caso Marielle Franco foi tão grande, que ensejou o engajamento dos mais diversos setores públicos e privados no combate às "Fake News", como a Fundação Getúlio Vargas e o Fórum Brasileiro de Segurança Pública[31].

Constata-se que a divulgação de informações inverídicas sobre a vereadora atingiu preponderantemente seus direitos à identidade pessoal e à honra, em razão de o teor das "Fake News" visar sua desqualificação moral como política e como mulher. No caso de Marielle, os fatores de raça e gênero também estiveram presentes, revelando preconceito e ofensa à sua honra com a vinculação à prática de atos ilícitos (tráfico de

---

[30] SANTOS, Giselle. **Fake News:** 5 mentiras que espalham sobre Marielle. 2018. Disponível em: https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/cinco-mentiras-que-espalharam-sobre-marielle-equipe-da-ex-vereadora-lanca-site-contra-fake-news/. Acesso em: 28 fev. 2020.

[31] GRAGNANI, Juliana. **Como combate a mentiras sobre Marielle superou racha ideológico e pode antecipar guerra eleitoral nas redes**. 2018. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/brasil-43549550. Acesso em: 28 fev. 2020.

drogas) e suposta gestação na adolescência.

Além do conhecido caso que envolveu a ex-vereadora, a divulgação de "Fake News" também figurou como protagonista na vida da família de Marcos Vinícius da Silva, morto por um tiro em junho de 2018 durante uma operação da Polícia Civil, com 14 anos, no Complexo da Maré, no Rio de Janeiro.

Enquanto Marcos Vinícius ainda era operado no hospital em que foi atendido, iniciou-se o compartilhamento em redes sociais de uma foto que mostrava um adolescente parecido com ele, segurando uma arma apontada para o céu e sorrindo[32]. As publicações "acusavam Marcos Vinícius de ter envolvimento com o tráfico de drogas e o tom das mensagens dava a entender que isso justificaria uma execução"[33].

Nesse segundo caso, observa-se que foram violados em maior proporção os direitos à imagem e à honra da criança. A divulgação de imagem deturpada, ainda que não ao ponto de se tratar de "Deep Fake News", foi capaz de causar comoção social ao ponto de haver opiniões favoráveis ao assassinato do menino.

Segundo Bruna da Silva, mãe da criança falecida, com a divulgação desenfreada desta publicação, seu filho "morreu duas vezes"[34].

Nos dois fatos aqui examinados, ainda se tem o agravamento de as vítimas já terem falecido quando houve a proliferação de "Fake News". Desse modo, de acordo com o artigo 20, parágrafo único do Código Civil, é atribuída ao cônjuge, ascendentes ou descendentes a legitimidade para pleitear a proteção jurisdicional dos direitos da personalidade da pessoa falecida.

Ambos os casos foram levados ao Poder Judiciário do Rio de Janeiro, que atendeu às demandas dos familiares das vítimas, determinando que os canais de comunicação retirassem do ar as informações falsas sobre Marcos Vinícius e Marielle Franco.

Terceiro caso que repercute no país é do emblemático "Inquérito das Fake News". A situação envolveu a honra e imagens dos ministros da Suprema Corte brasileira no início de 2019, que foram alvo de notícias falsas em mensagens divulgadas em sites e aplicativos de comu-

---

[32] FRANCO, Luiza. **'Ele morreu duas vezes': a batalha de uma mãe para tirar da internet 'fake news' que acusam filho morto de ser traficante.** 2019. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47518522. Acesso em: 01 mar. 2020.

[33] Op. Cit.

[34] Op. Cit.

nicação[35]. Diante disso, com base em seu Regimento Interno, o STF instaurou o Inquérito nº 4.781 para investigar os fatos e pessoas envolvidas na propagação de informações inverídicas a respeito dos magistrados. O inquérito é sigiloso e, dentre os críticos de sua instauração, o partido Rede Sustentabilidade ajuizou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 572, questionando a compatibilidade do procedimento investigatório à Constituição Federal de 1988[36].

Não se discute neste trabalho o mérito da ADPF, pois esta se volta precipuamente a debater questões processuais e garantias de matéria penal. Além disso, em maio de 2020, a autora requereu a desistência da ação sob a justificativa de que o desenvolvimento do inquérito se revelou importante instrumento para a defesa da democracia[37].

O Ministro Luiz Edson Fachin, relator da ADPF, indeferiu o pedido de desistência, ao compreender não ser viável em ação desta natureza e apreciou o requerimento de Medida Cautelar. A Advocacia Geral da União, no caso, pontuou ser imprescindível a diferenciação de "fake news" e "liberdade de expressão", sob pena de ofensa a direitos fundamentais das pessoas investigadas[38].

O Relator submeteu o pedido de Medida Cautelar da ADPF ao plenário da Corte, que tinha como objetivo a suspensão da eficácia da portaria de instauração do Inquérito nº 4.781. Ao proferir seu voto, o Ministro Luiz Edson Fachin ressaltou que a liberdade de expressão admite estritas condicionantes, a fim de manter a possibilidade de responsabilização civil a quem viole valores democráticos ou ofenda a re-

---

[35] BBC NEWS BRASIL. **Inquérito das Fake News:** STF decide continuar investigação que atinge aliados de Bolsonaro. 2020. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/brasil-53003097. Acesso em: 20 jun. 2020.

[36] BRASIL. Notícias STF. **STF julga na sessão de hoje (10) ação contra inquérito das fake news.** Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=445182. Acesso em: 30. Jun. 2020.

[37] BRASIL. TV JUSTIÇA OFICIAL. **STF julga ação que questiona a abertura do inquérito das fake News.** Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=2aFeHGeQstk. Acesso em: 1º jul.2020.

[38] BRASIL. TV JUSTIÇA OFICIAL. **STF julga ação que questiona a abertura do inquérito das fake News.** Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=2aFeHGeQstk. Acesso em: 1º jul.2020.

putação de outrem[39]. A ADPF foi julgada improcedente[40] e o Inquérito atualmente segue seu curso pelo STF.

Infere-se que, atento à complexidade da problemática e à dificuldade de combate efetivo às "Fake News" – frente à rapidez das divulgações e a impossibilidade de se encontrar todas as fontes de divulgação –, o Poder Judiciário tem adotado algumas medidas que visam, de forma célere, obstar os conteúdos ofensivos na internet.

O Enunciado 554 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, por exemplo, dispõe que "independe de indicação do local específico da informação a ordem judicial para que o provedor de hospedagem bloqueie determinado conteúdo ofensivo na internet"[41]. O tema, já tratado pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal[42]., guarda relação com a rapidez com que as informações são replicadas e disponibilizadas na Internet, o que pode tornar inútil a prestação jurisdicional futura.

Também já se discutiu no Superior Tribunal de Justiça os direitos e deveres dos provedores de conteúdo (como, por exemplo, o Facebook) em relação às publicações divulgadas por seus usuários.

A Corte Superior fixou o entendimento de que os provedores de conteúdo: (i) não respondem objetivamente pela inserção no site, por terceiros, de informações ilegais; (ii) não podem ser obrigados a exercer um controle prévio do conteúdo das informações postadas no site por seus usuários; (iii) devem, assim que tiverem conhecimento

---

[39] O voto foi proferido em sessão plenária do STF transmitida pelo canal oficial da Suprema Corte e, até o momento de redação deste artigo acadêmico, não houve a publicação formal do voto. Por isso, as autoras referem-se ao conteúdo disponível pela gravação virtual das fontes oficiais: BRASIL. STF. **Pleno:** inquérito das fake News. Disponível em: < https://www.youtube.com/watch?v=BhsXdvt_qPo&t=1374s>. Acesso em: 01 jul. 2020.

[40] BRASIL. STF. **Consulta processual à ADPF nº 572.** Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5658808>. Acesso em: 1º jul. 2020.

[41] BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciados da VI Jornada de Direito Civil.** Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vijornadadireitocivil-2013-web.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2020.

[42] Conforme justificativa disponibilizada pelo CJF no Enunciado nº 625 da VI Jornada de Direito Civil: BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciados da VI Jornada de Direito Civil.** Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vijornadadireitocivil2013-web.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2020.

inequívoco da existência de dados ilegais no site, removê-los imediatamente, sob pena de responderem pelos danos respectivos; (iv) devem manter um sistema minimamente eficaz de identificação de seus usuários, cuja efetividade será avaliada caso a caso[43].

Tais medidas, ao mesmo tempo em que afastam o dever de os provedores de fiscalizarem previamente os conteúdos a serem postados, impõem a estes atores a obrigação de remover, imediatamente, conteúdos identificados como ilegais. A efetividade destas determinações, no entanto, é extremamente questionável, se considerada a velocidade de alcance das publicações.

Outra questão que exsurge no contexto da divulgação da "Fake News" e a violação aos direitos da personalidade é a reparação civil pelos danos causados às vítimas.

Nos Recursos Especiais n. 1.676.393/SP[44] e 1.473.393/SP[45], o Superior Tribunal de Justiça reconheceu que a inobservância, pela mídia, dos deveres de cuidado, pertinência e veracidade extrapola o exercício regular do direito de informar. Além disso, a Corte Superior manteve indenizações fixadas pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com o fito de reparar o intenso abalo moral sofrido pelas vítimas.

O arbitramento de indenização por danos morais em favor das vítimas da divulgação de "Fake News" tem dupla função: reparar o dano extrapatrimonial sofrido e desincentivar a divulgação de notícias sabidamente falsas.

A reflexão ora realizada demonstra a complexidade com que se depara a efetiva tutela dos direitos da personalidade em caso de "Fake

[43] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.641.155**. Facebook Serviços Online Do Brasil Ltda. e Outra. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 13 de junho de 2017. Dje. Brasília, 22 jun. 2017.Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=73633812&num_registro=201601123789&data=20170622&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em 11. mar. 2020.

[44] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.676.393.** Editora Abril S.A.. E. L. F. e Outros. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 07 de novembro de 2017. Dje. Brasília, 13 nov. 2017. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1676393&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 05 mar. 2020.

[45] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.473.393.** TVSBT CANAL 4 DE SÃO PAULO S.A. e Outro. O. R. G.. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 04 de outubro de 2016. Dje. Brasília, 23 nov. 2016. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1473393&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true. Acesso em: 05 mar. 2020.

News" e, mesmo nesses dois fatos que tiveram ampla repercussão no país, não houve, ao menos até o final de elaboração desta pesquisa, julgamento final e definitivo pelo Judiciário.

4. CONCLUSÃO

O tema atinente à divulgação das "Fake News" e ao seu combate perpassa pelas mais diversas esferas da sociedade, do setor público ao setor privado. As reflexões ora lançadas optaram por recorte metodológico aos direitos da personalidade violados nessa circunstância.

Na primeira seção, observou-se que o termo "Fake News" não é unívoco e demonstra, ao menos, seis sentidos diferentes, que comungam do teor de buscar a comoção do público para fomentar a circulação de informações maliciosamente falseadas. Vestindo-se de "verdade", a "mentira" tem repercussão que pode causar graves impactos a direitos fundamentais da pessoa noticiada.

Nesse trilhar, o segundo ponto do artigo problematizou a violação de direitos da personalidade por "Fake News", em especial, os direitos à identidade pessoal, à privacidade, à honra e à imagem. A facilidade de divulgação de notícias via Internet compromete a construção da subjetividade e identidade pessoal da vítima, mesmo quando se trata de notícias que ganham força após seu falecimento.

Por fim, a pesquisa examinou qualitativamente os casos de "Fake News" decorrentes dos assassinatos da vereadora Marielle Franco e do menino Marcos Vinícius da Silva, ocorridos no Rio de Janeiro em 2018.

Após divulgação de notícias atingindo a honra, identidade pessoal e imagem de ambos, os familiares legitimados judicializaram os casos para obter a proteção dos direitos da personalidade das pessoas falecidas.

Neste contexto, foram examinadas as respostas que os Tribunais Superiores vêm apresentando ao enfrentar a problemática, com vistas, em especial, à combater os efeitos nefastos causados pela rapidez com que as informações são replicadas e disponibilizadas na Internet.

No último item, o trabalho também citou a atualidade da questão decorrente do julgamento da ADPF nº 572, que visava obstar a instauração do Inquérito nº 4.781 pelo Supremo Tribunal Federal. O inquérito tem como objeto a investigação acerca da divulgação de Fake

News atingindo a reputação e honra dos ministros da Suprema Corte, além de atacarem frontalmente valores caros ao regime democrático.

Também está na pauta do dia o Projeto de Lei n. 2630/2020, já aprovado pelo Senado Federal, que institui a "Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet". A par das críticas que possam ser feitas ao seu conteúdo, o Projeto de Lei cria mecanismos para o combate à disseminação da Fake News e tem como objetivos (art. 3.º): (i) fortalecer o processo democrático por meio do combate à desinformação e do fomento à diversidade de informações na internet no Brasil; (ii) buscar maior transparência sobre conteúdos pagos disponibilizados para o usuário; e (iii) desencorajar o uso de contas inautênticas para disseminar desinformação nas aplicações de internet.

A opção entre compartilhar, deletar ou combater "Fake News" de que se tem conhecimento é tarefa que tem relação com a incidência dos direitos fundamentais, aqui incluídos os direitos da personalidade. Melhor do que ignorar a "notificação" no celular, é promover a proteção de direitos alheios através da verificação do conteúdo da notícia. Talvez assim, a prenunciada "era das 'Deep Fake News'" não venha a se concretizar.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Virgílio et al. Com avanço tecnológico, fake news vão entrar em fase nova e preocupante. **Folha de S. Paulo**. São Paulo, p. 1-6. 08 abr. 2018. Disponível em: https://anebrasil.org.br/wp-content/uploads/2018/04/Artigo-Fake-News-Virg%C3%ADlio-Almeida-08-Abr-2018.pdf. Acesso em: 03 mar. 2020.

BARBOSA-FOHRMANN, Ana Paula; SILVA JR. Antonio dos Reis. O discurso de ódio na internet. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGUI, João Victor Rozatti Longhi. **Direito Digital:** Direito Privado e internet. 2 ed. Indaiatuba: Editora Foco. 2019. p. 3-34.

BBC NEWS BRASIL. **Inquérito das Fake News:** STF decide continuar investigação que atinge aliados de Bolsonaro. 2020. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/brasil-53003097. Acesso em: 20 jun. 2020.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciados da VI Jornada de Direito Civil.** Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-jus-

tica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vijornadadireitocivil2013-web.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2020.

_____. Notícias STF. **STF julga na sessão de hoje (10) ação contra inquérito das fake news.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=445182>. Acesso em: 30. Jun. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.676.393.** Editora Abril S.A.. E. L. F. e Outros. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 07 de novembro de 2017. Dje. Brasília, 13 nov. 2017. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1676393&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 05 mar. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.473.393.** TVSBT CANAL 4 DE SÃO PAULO S.A. e Outro. O. R. G.. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 04 de outubro de 2016. Dje. Brasília, 23 nov. 2016. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1473393&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true. Acesso em: 05 mar. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.641.155**. Facebook Serviços Online Do Brasil Ltda. e Outra. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 13 de junho de 2017. Dje. Brasília, 22 jun. 2017.Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=73633812&num_registro=201601123789&data=20170622&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em 11. mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Consulta processual à ADPF nº 572.** Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5658808>. Acesso em: 1º jul. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Pleno:** inquérito das fake News. Disponível em: < https://www.youtube.com/watch?v=BhsXdvt_qPo&t=1374s>. Acesso em: 01 jul. 2020.

_____. TV JUSTIÇA OFICIAL. **STF julga ação que questiona a abertura do inquérito das fake News.** Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=2aFeHGeQstk>. Acesso em: 1º jul.2020.

FACHIN, Melina Girardi; GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. De fora, de cima, de baixo – todos os sentidos da dignidade no discurso dos

direitos. **Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais**, Curitiba, v. 2, n. 2, pp. 78-94, jul./dez. 2016.

FRANCO, Luiza. **'Ele morreu duas vezes':** a batalha de uma mãe para tirar da internet 'fake news' que acusam filho morto de ser traficante. 2019. Disponível em: v. Acesso em: 01 mar. 2020.

GRAGNANI, Juliana. **Como combate a mentiras sobre Marielle superou racha ideológico e pode antecipar guerra eleitoral nas redes.** 2018. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/brasil-43549550. Acesso em: 28 fev. 2020.

KONDER, Carlos Nelson de Paula. O alcance do direito à identidade pessoal no direito civil brasileiro. **Pensar - Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 23, n. 1, p.1-11, 2018. Fundação Edson Queiroz. http://dx.doi.org/10.5020/2317-2150.2018.7497. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/7497>. Acesso em: 03 mar. 2020.

LIM, Z. W.; LING, R.; TANDOC JR., E. C. *Defining "Fake News".* **Digital Journalism**, Londres, v. 6, n.2, pp. 137-153. DOI: 10.1080/21670811.2017.1360143.

MACHADO, Joana de Moraes Souza; MELO, Auricelia do Nascimento. A tutela da privacidade: desdobramentos da proteção internacional de dados pessoais. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochardo; ALMEIDA, Vitor (Coords.). **Da dogmática à efetividade do Direito Civil**: anais do Congresso Interncional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IBDCIVIL. 2. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 457-476.

MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PINTO, Renata Àvila. **Soberania digital ou colonialismo digital?,** SUR 27 (2018). Disponível em: http://sur.conectas.org/soberania-digital-ou-colonialismo-digital/. Acesso em: 03 mar. 2020.

QUEIROZ, João Quinelato de; SOUZA, Eduardo Nunes de. Breves notas sobre a responsabilidade civil dos provedores de aplicações de internet

na perspectiva civil-constitucional. **Rev. de Direito, Governança e Novas Tecnologias**. Porto Alegre, v. 4, n. 2, jul-dez.2018. p. 61-82.

RODOTÁ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância:** A privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODOTÁ, Stefano. **Il diritto di avere diritti**. Bari: Editori Laterza, 2012.

SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos. Vulnerabilidade existencial na internet. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). **Da dogmática à efetividade do Direito Civil:** Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IBDCivil. 2. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 57-71.

SANTOS, Giselle. **Fake News:** 5 mentiras que espalham sobre Marielle. 2018. Disponível em: https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/cinco-mentiras-que-espalharam-sobre-marielle-equipe-da-ex-vereadora-lanca-site-contra-fake-news/. Acesso em: 28 fev. 2020.

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

_____. **Direito e mídia**. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHULMAN, Gabriel. www.privacidade-em-tempos-de-internet.com: o espaço virtual e os impactos reais à privacidade das pessoas. In: In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coords.). **O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa***:* em homenagem ao professor Stefano Rodotá. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 333-360.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TEFFÉ, Chiara Antonia Spadaccini. Considerações sobre o direito à imagem na internet. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochardo; ALMEIDA, Vitor (Coords.). **Da dogmática à efetividade do Direito Civil:** anais do Congresso Interncional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IBDCIVIL. 2. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 409-429.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. *Fake news:* como garantir liberdades e conter notícias falsas na Internet? In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Autono-**

mia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 525-543.

VIANNA, Túlio Lima. **Transparência pública, opacidade privada***:* o Direito como instrumento de limitação do poder na sociedade de controle. 2006. 206 p. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

WARDLE, Claire. **Fake news. It's complicated**. First Draft News, 2017. Disponível em: <https://firstdraftnews.org/fake-news-complicated/>. Acesso em: 28 fev. 2020.

A RETIFICAÇÃO DO REGISTRO CIVIL DE ADOLESCENTES TRANSEXUAIS COMO VIABILIZAÇÃO DO EXERCÍCIO DO DIREITO AO NOME

UMA ANÁLISE A PARTIR DA ADI Nº 4.275

Ana Sarah Vilela de Oliveira[1]
Thaminy Helena Teixeira da Silva[2]

RESUMO: O presente artigo visa a defender a possibilidade de adolescentes transexuais realizarem a alteração do seu prenome no registro civil. Tal modificação, atualmente, só pode ser realizada por aqueles que já atingiram a maioridade, contudo, busca-se revelar que este também é um direito que abarca os adolescentes. Isso porque a adolescência é uma fase peculiar do desenvolvimento da personalidade, sendo nela o início de questionamentos acerca de padrões que lhe foram impostos durante a infância. Tais questionamentos são ainda mais fortes naqueles adolescentes que não se identificam com o seu gênero biológico, os transexuais. Nestes casos, o nome passa ter um papel primordial na adolescência, sendo o meio de se exteriorizar a identidade da pessoa trans e permitir o seu reconhecimento. Pretende-se, no trabalho, analisar os argumentos utilizados no julgamento da ADI nº 4.275 e aplicá-los aos adolescentes transexuais. Também busca-se demonstrar que, por si só, a idade não pode ser utilizada como critério de exclusão do direito desses sujeitos, usando como base a autonomia progressiva e o direito à participação presentes na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Para atingir seu objetivo, foi feita, além da análise jurisprudencial, revisão bibliográfica para que seja demonstrada a importância de se efetivar o direito ao nome dos adoles-

[1] Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Lavras. Membra do Laboratório de Bioética e Direito. Bolsista do PETi-Direito/UFLA e do PIVIC-UFLA.
[2] Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Lavras. Membra do Laboratório de Bioética e Direito. Bolsista do PETi-Direito/UFLA.

centes transexuais na formação da identidade pessoal desses indivíduos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito ao nome; Adolescentes transexuais; Identidade pessoal.

INTRODUÇÃO

O presente artigo desenvolveu-se a partir da identificação de que adolescentes que se reconhecem como transexuais não conseguem realizar a modificação do prenome no registro civil. Observou-se que tal dificuldade é devido ao fato de que os cartórios, responsáveis pelo documento, só admitem tal alteração quando realizada por pessoas que já atingiram a maioridade, ou seja, contam com 18 anos ou mais, visto que esta é a regra determinada pela Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/1973), em seu artigo 56.

Em 01 de março de 2018 foi julgada a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.275, que determinou a realização da alteração do prenome de indivíduos transexuais sem a necessidade de realização da cirurgia de transgenitalização. No entanto, a decisão não estabeleceu critérios acerca da idade em que se poderia realizar a modificação, permanecendo-se o entendimento da Lei nº 6.015/1973. Por conta disso, os adolescentes transexuais se encontram em um grupo excluído de tal direito.

Fato é que a sociedade possui erroneamente uma concepção binária de gênero, a qual é desempenhada no espaço público. Com efeito, atribui a todas às crianças determinadas características que se supõe serem compartilhadas por todos, impondo uma visão comum acerca de gênero. No entanto, sabe-se que existem pessoas que não se identificam com o gênero biológico, chamados de transexuais, incompatibilidade pode ser revelada ainda na infância. A adolescência é um período importante na formação da identidade do sujeito, em que ele estabelece conflitos internos, se descobre e forma suas convicções enquanto adulto em construção. Para o adolescente transexual, portanto, entende-se que esta fase é ainda mais complicada devido ao embate entre seu corpo e sua mente, visto que o gênero ao que ele entende pertencer não corresponde ao de seu sistema biológico. Devido a isso, o nome, para o adolescente transexual, se revela como uma importante forma de realização de sua identidade, pois, ao ser individualizado por um nome, o sujeito deve se sentir confortável e este deve refletir a forma como ele quer ser reconhe-

cido perante a sociedade.

Por conta disso, pretende-se demonstrar que os adolescentes transexuais possuem o direito à modificação do prenome no registro civil como forma de realização do seu direito ao nome e à identidade pessoal, ambos entendidos como direitos da personalidade. Além disso, visa a demonstrar que negar tais direitos seria uma grave violação aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana. Tais constatações se devem ao fato de que, além do nome ser um instrumento de individualização do sujeito no espaço em que se encontra, ele possibilita o desenvolvimento da personalidade do indivíduo, da sua autonomia e lhe garante um lugar na sociedade. Ou seja, viabiliza tanto o reconhecimento social e quanto o pessoal da identidade do adolescente transexual.

Dessa maneira, para atingir seu objetivo, o artigo visa: i) contextualizar os direitos da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro; ii) demonstrar a importância do direito ao nome, especificamente no caso das pessoas transexuais; iii) analisar os argumentos utilizados no julgamento da ADI nº 4.275; e iv) defender que os argumentos da ADI nº 4.275 também podem ser aplicados aos transexuais que não atingiram a maioridade.

1. OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O Código Civil, sem seu artigo 2º, determina que a pessoa adquire a personalidade civil no momento do seu nascimento com vida[1]. Inicialmente, é preciso compreender que a personalidade possui dois sentidos. O primeiro é o sentido subjetivo, que é a capacidade que toda pessoa tem de ser titular de direito e obrigações. Já o segundo, é o objetivo, que entende a pessoa como objeto de proteção pelo ordenamento jurídico[2]. Neste último sentido é que se fala em direitos de personalidade, pois a entende como o conjunto de atributos e características da pessoa humana que devem ser protegidos. Dentre tais atributos estão a vida, o corpo, a imagem, o nome, a liberdade, a privacidade, dentre outros. Por ser um conjunto de direitos subjetivos, buscam garantir direitos

[1] BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, DF: Planalto, [2002]. Disponível em: http://bit.ly/33oa2Bm. Acesso em: 26 de fev. 2020.

[2] SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011.

individuais e o direito de todos os indivíduos de se projetar na sociedade a partir da sua própria concepção de dignidade.

Ainda que o reconhecimento dos direitos de personalidade não seja recente, visto que na antiguidade já se puniam ofensas físicas e morais às pessoas, foi somente a partir da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 que começaram a positivá-los[3]. Para tanto, foram inseridos na Assembleia Geral da ONU de 1948, na Convenção Europeia de 1950 e no Pacto Internacional das Nações Unidas[4]. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 dispôs sobre os direitos de personalidade no seu artigo 5º, em que estão elencados os direitos e deveres individuais e coletivos. Além disso, o Código Civil de 2002 disciplinou um capítulo inteiro para a sua tutela, por meio dos artigos 11 ao 21, que norteiam de modo explícito os direitos ao próprio corpo, à privacidade, ao nome e à imagem. No entanto, é equivocado pressupor que direitos tão sensíveis e sempre em constante atualização encontrariam a devida proteção em somente onze artigos[5]. Sendo assim, ainda que, normativamente, os artigos sejam insuficientes, eles servem como instrumentos jurídicos de concretização dos direitos fundamentais no direito privado, possuindo um rol apenas exemplificativo no Código Civil.

O ordenamento se propôs a delimitar algumas características inerentes a estes direitos. Dessa forma, o artigo 11 do Código Civil determina que "com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária"[6]. São intransmissíveis, pois estão

---

[3] DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 27 ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2010.

[4] DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 27 ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2010.

[5] O papel desempenhado pelo Código Civil de 1916, anterior ao vigente, era o de cuidar da garantia legal das relações patrimoniais, possuía o papel de monopolizador dos interesses particulares. Além disso, tinha como principal valor jurídico o patrimônio e não era levado em consideração os valores existenciais da pessoa humana. Contudo, a Constituição Federal de 1988 erigiu como fundamento da República a dignidade da pessoa humana e o Código Civil precisou alterar a sua estrutura em face da nova ordem constitucional. Desse modo, a normativa civilística precisou redirecionar os seus institutos para a realização da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana. SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e constituição**. São Paulo: Atlas, 2013.

[6] BRASIL**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, DF: Planalto, [2002]. Disponível em: http://bit.ly/33oa2Bm. Acesso em: 26 de fev. 2020.

diretamente ligados a unicidade e a individualidade de cada pessoa. Irrenunciáveis, pois o seu titular não pode abdicá-los. No entanto, o enunciado nº 4 da I Jornada de Direito Civil dispõe que o exercício de tais direitos pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral[7]. Em consonância, Anderson Schreiber afirma que a limitação aos direitos da personalidade é necessária, haja vista que é "derivada da vontade do titular [...], porque a vontade individual aí não se opõe, mas se dirige à realização da personalidade humana"[8].

Para mais, Maria Helena Diniz ensina que as características dos direitos da personalidade são muito mais abrangentes do que as dispostas no Código Civil, e afirma que são absolutos, intransmissíveis, indisponíveis, irrenunciáveis, ilimitados, imprescritíveis, impenhoráveis e inexpropriáveis[9]. Absolutos por serem oponíveis erga omnes, uma vez que "o titular do direito poderá exigir de toda a comunidade que o respeite"[10], determinando um dever de não interferência tanto do Estado quanto dos entes privados. Ilimitados, pois o rol do Código Civil é exemplificativo, não se resume com os dispostos normativamente, havendo sempre a possibilidade do surgimento de mais direitos de personalidade. São imprescritíveis, pois a qualquer momento pode se exigir a sua proteção, por isso não se extinguem nem pelo uso e nem pela inércia. Impenhoráveis, pois não podem ser usados para pagar obrigações. E, por fim, inexpropriáveis, uma vez que nem o Estado nem os indivíduos podem retirá-los do seu titular[11].

Os direitos de personalidade, portanto, dizem respeito à um complexo de direitos e deveres. Pode-se entender desta forma pois, ao mesmo tempo em que a pessoa tem o direito de não os ter violados, lhe são atribuídas obrigações para o seu pleno exercício, essenciais para propiciar a projeção do indivíduo na sociedade. Desse modo, Paulo Mota expressa que devido a sua esfera complexa e dinâmica, a personalidade

---

[7] CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **I Jornada de Direito Civil**. Enunciados aprovados. Brasília, 2002. Disponível em: http://bit.ly/33tIdHN. Acesso em: 25 de fev. 2020.

[8] SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 26.

[9] DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 27 ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2010.

[10] FIUZA, César. **Direito Civil - Curso Completo**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 173.

[11] DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 27 ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2010.

não deve ser tutelada de modo estático, mas sua proteção deve ser ancorada na liberdade do indivíduo em se desenvolver de modo autônomo e consciente[12].

Neste viés, um dos direitos da personalidade, a ser tratado no presente trabalho, é o direito ao nome, o qual responde a um interesse que é, a um só tempo, público e individual: além de garantir segurança jurídica nas relações em sociedade, corresponde também à construção da identidade pessoal e ao reconhecimento social do indivíduo.

2. O DIREITO AO NOME E SUA IMPORTÂNCIA NA AFIRMAÇÃO DA IDENTIDADE DAS PESSOAS TRANSEXUAIS

O direito ao nome consiste em um atributo da pessoa humana, tornando-se possível a sua identificação e afirmação da sua própria individualidade. Ele constitui há um só tempo um direito do indivíduo de ter a sua esfera privada e a sua identidade resguardada, bem como um dever de ser identificado socialmente. Ou seja, possui a função identificadora, não só para si mesmo, mas com a comunidade em que está inserido, assim assegurando uma relação mais efetiva e segura[13].

Para tanto, Patrycia Prates ensina que o nome possui uma característica ubíqua ao pertencer tanto ao direito privado quanto ao direito público[14]. Fato é que essa ubiquidade deu margem a muitos debates sobre a sua natureza jurídica. A discussão deu origem a teorias como a dominial, que classificava o nome como um direito de propriedade; a teoria que o entendia como direito de bem imaterial e coisa incorpórea; e a teoria negativista, que via o direito ao nome como um direito sem objeto, ou seja, que não apresentava as características de direito[15]. No

[12]PINTO, Paulo Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (org). **Boletim Portugal-Brasil ano 2000**. Coimbra: Coimbra, 1999.

[13] MORAES, Maria Celina Bodin de. Sobre o nome da pessoa humana. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 12. 2000. Disponível em: http://bit.ly/2Qp4W2t. Acesso em: 16 de mar. 2020.

[14] CUNHA, Patrycia Prates da. **O direito ao nome e as possibilidades de alteração do registro civil**. 2014. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2014. Disponível em: http://bit.ly/38YOHPY. Acesso em: 26 de fev. 2020.

[15] CUNHA, Patrycia Prates da. **O direito ao nome e as possibilidades de alteração**

entanto, a teoria do direito de personalidade colocou fim ao debate:

> A melhor doutrina atribui ao nome a natureza jurídica de direito de personalidade, na medida em que, como sinal verbal ou mesmo marca do indivíduo, o identifica dentro da sociedade e da própria família e é capaz de ser tutelado *erga omnes*. A lei assegura o direito ao nome, assim como seu registro em local adequado, obedecidas as formalidades, criando a particularização da pessoa, no mundo jurídico. Ele faz, pois, parte integrante da personalidade[16].

A importância do nome está no fato de que ele carrega mais do que uma distinção entre os indivíduos, pois "à medida que a pessoa cresce, vive, se educa, se projeta na vida social, o nome, por bem dizer, se cola à personalidade, como que se liga, se consolida, se fusiona com a personalidade mesma"[17]. Para tanto, o direito ao nome possibilita o desenvolvimento da personalidade do indivíduo, da autonomia e garante a ele um lugar na sociedade, a qual só se faz possível a partir do reconhecimento da sua identidade. Dessa forma, o Código Civil buscou tutelá-lo em seu artigo 16, assegurando o direito ao nome para todas as pessoas e, além disso, estabeleceu que o nome possui dois componentes, sendo o prenome e o sobrenome[18].

Nesse sentido, a importância do nome conferiu-lhe características próprias, além das atribuídas aos direitos de personalidade, como a regra da imutabilidade do nome civil, como determina o artigo 58 da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/1973). A regra não permitia a alteração do registro civil, pois como um mecanismo de controle social do nome, tinha como justificativa a necessidade de garantir a segurança jurídica das relações. Isso porque, partiam de um interesse público e ignoravam sua esfera privada de identidade pessoal. Por este motivo, foi

---

do registro civil. 2014. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2014. Disponível em: http://bit.ly/38YOHPY. Acesso em: 26 de fev. 2020.

[16] AMORIM, José Roberto Neves. **Direito ao nome da pessoa física.** São Paulo: Saraiva, 2003, p. 8.

[17] MIRANDA, Pontes de**. Tratado de direito privado**. Tomo VII. Campinas: Bookseller, 2000, p. 96.

[18]BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, DF: Planalto, [2002]. Disponível em: http://bit.ly/33oa2Bm. Acesso em: 26 de fev. 2020.

preciso relativizar tal regra, a fim de se adequar à dimensão individual do nome e, com isso, viabilizar o direito de todos os indivíduos de ter o desenvolvimento da sua personalidade tutelado. Desse modo, a Lei nº 9.708/1998 possibilitou a alteração do art. 58 da Lei 6.015/1973 em determinadas possibilidades, como no caso de substituição pelo apelido público notório e em razão de infundada ameaça ou coação decorrente da colaboração com a apuração de crime[19].

A Lei 6.015/1973 ainda dispõe em seu artigo 56, a permissão para que após o primeiro ano da maioridade civil o interessado altere o nome, desde que não prejudique os apelidos de família.[20] Além disso, é possível a alteração posterior em casos excepcionais e motivados, submetidos a audiência do Ministério Público, como determina o artigo 59[21]. Ainda que estas disposições sejam um avanço, a Lei, por hora, permanece omissa em hipóteses como o caso da alteração do registro civil de pessoas transexuais. Todavia, as jurisprudências coadunam sobre a possibilidade e necessidade de mudança do prenome destes indivíduos, como se infere do julgamento da ADI nº 4.275 que será analisada no tópico seguinte.

Isto posto, é preciso compreender que a transexualidade é uma situação de incompatibilidade entre o sexo psíquico e aquele que se apresenta biologicamente. A Organização Mundial da Saúde (OMS), por meio da Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde (CID-11), por muitos anos, rotulou transexualidade como "transtorno de identidade de gênero", considerando tais

[19] BRASIL. **Lei nº 9.708, de 18 de novembro de 1998.** Altera o art. 58 da Lei no 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que dispõe sobre Registros Públicos, para possibilitar a substituição do prenome por apelidos públicos notórios. Brasília, DF: Planalto, [1998]. Disponível em: http://bit.ly/3d8Rb1u. Acesso em: 26 de fev. 2020.

[20] Art. 56. O interessado, no primeiro ano após ter atingido a maioridade civil, poderá, pessoalmente ou por procurador bastante, alterar o nome, desde que não prejudique os apelidos de família, averbando-se a alteração que será publicada pela imprensa. BRASIL. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Brasília, DF: Planalto, [1973]. Disponível em: http://bit.ly/33novxk. Acesso em: 26 de fev. 2020.

[21] Art. 57. A alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa, ressalvada a hipótese do art. 110 desta Lei. BRASIL. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Brasília, DF: Planalto, [1973]. Disponível em: http://bit.ly/33novxk. Acesso em: 26 de fev. 2020.

sujeitos como portadores de doença mental. Porém, no ano de 2018 a transexualidade foi removida desta disposição e incluída no capítulo dedicado à saúde sexual sob a definição de disforia de gênero[22]. O próprio Manual de Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais, em sua 5ª edição, propôs a explicar que

> (...) o termo gênero é utilizado para denotar o papel público desempenhado (e em geral juridicamente reconhecido) como menino e ou menina, homem ou mulher; porém, diferentemente de determinadas teorias construcionistas sociais, os fatores biológicos, em interação com fatores sociais e psicológicos são considerados como contribuindo para o desenvolvimento de gênero. Designação de gênero refere-se à designação de gênero em determinada sociedade em determinado momento histórico. [...] **Disforia de gênero,** como termo descritivo geral, refere-se ao descontentamento afetivo/cognitivo de um indivíduo com o gênero designado, embora seja definida mais especificamente quando utilizada como categoria diagnóstica. **Transgênero** refere-se ao amplo espectro de indivíduos que, de forma transitória ou persistente, se identificam com um gênero diferente de nascimento. **Transexual** indica um indivíduo que busca o que passa por uma transição social de masculino para o feminino ou de feminino para o masculino, o que, em muitos casos (mas não em todos), envolve também uma transição somática por tratamento hormonal e cirurgia genital (cirurgia de redesignação sexual) (grifo do autor)[23].

Sendo a disforia de gênero um descontentamento afetivo/cognitivo de um indivíduo com o gênero designado, e que a designação do gênero é determinado pelo momento histórico de uma influência cultural, biológica e psicológica, pressupõe-se que todos aqueles que não

---

[22] LEITE, Clébicar Tatiana; LERNER, Katia. Notícias sobre a nova classificação das identidades trans: uma análise das fontes citadas em reportagens publicadas no Brasil. **Revista Eletrônica Comunicação, Informação e Inovação em Saúde**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 2, abr./jun. 2019. Disponível em: http://bit.ly/38TsAul. Acesso em: 09 de mar. 2020.

[23] ZUCKER, Kenneth J. et al. Memo outlining evidence for change for gender identity disorder in the DSM-5. **Archives of Sexual Behavior**, Basel, v. 42, p. 901-914, 2013 apud BENTO, Berenice. Disforia de gênero: geopolítica de uma categoria psiquiátrica. **Revista Direito e Práxis,** Rio de Janeiro, v. 7, n. 15, 2016, p. 522. Disponível em: http://bit.ly/2WmqKjg. Acesso em: 09 de mar. 2020.

são disfóricos é porque estão contentes com os sentidos que o seu gênero repercute na sociedade – são os chamados cisgêneros. O que é necessário compreender, é que designar um gênero não se limita a definir uma identidade a partir de uma determinada genitália[24]. Desse modo, o cerne da questão está no reconhecimento do transexual com a sua identidade, ou seja, em como ele se enxerga e se percebe no meio social. É portal motivo que o nome passa a ter um papel primordial no reconhecimento destas pessoas, pois é uma forma de expressão da personalidade perante os demais. Sendo assim, vedar a alteração do prenome da pessoa transexual corresponderia a violar a sua dignidade.

Tendo em vista a deficiente regulamentação que tutela o direito ao nome, será realizada uma análise dos votos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.275 sobre a possibilidade de retificação do nome no registro civil de pessoas transexuais.

3. A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.275 SOBRE A POSSIBILIDADE DE RETIFICAÇÃO DO NOME NO REGISTRO CIVIL DE PESSOAS TRANSEXUAIS

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.275[25] foi ajuizada pela Procuradoria-Geral da República, e objetivou que fosse dada interpretação conforme a Constituição ao artigo 58 da Lei 6.015/1973, que dispõe sobre os registros públicos. Pedia-se que fosse reconhecido às pessoas transexuais o direito de substituição do prenome no registro civil independentemente da realização de cirurgia de transgenitalização ou de tratamentos hormonais. A ADI foi presidida pela Ministra Cármen Lúcia, e contou com o julgamento dos seguintes ministros: Luiz Edson Fachin, Luiz Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello, Marco Aurélio, Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes.

A partir da leitura do acórdão, pode-se inferir que a decisão

[24] BENTO, Berenice. Disforia de gênero: geopolítica de uma categoria psiquiátrica. **Revista Direito e Práxis.** Rio de Janeiro, v. 7, n. 15. 2016. Disponível em: http://bit.ly/2WmqKjg. Acesso em: 09 de mar. 2020.

[25] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275-DF. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 1º de março de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 07 mar. 2018. Disponível em: https://bit.ly/2Ix2xP2. Acesso em: 17 fev. 2020.

final dos ministros se baseou, principalmente, no princípio da dignidade da pessoa humana, por meio da necessidade de proteção do direito à identidade pessoal da pessoa transexual e à inviolabilidade da vida privada. Nessa esteira, passa-se, então, à análise dos argumentos do julgamento, a partir da exposição dos votos considerados mais relevantes para o presente trabalho.

O artigo 58 da Lei 6.0515/1973 dispõe que: "O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios". O objetivo da ação é compatibilizar tal dispositivo com a Constituição Federal, principalmente com os artigos 1º, inciso III – que determina a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República –, 3º, inciso IV – que estipula como objetivo promover o bem de todos sem preconceitos ou quaisquer forma de discriminação – e o artigo 5º, caput e inciso X – que estabelece a igualdade de todos os cidadãos e assegura a inviolabilidade da vida privada, honra e imagem das pessoas.

O primeiro a votar foi o Ministro Marco Aurélio, que declarou que justamente pela expressão "apelidos públicos notórios", constante na redação do artigo 58, já estaria autorizada a mudança do prenome pelas pessoas transexuais. Ele determina que a discussão em questão não seria sobre o direito que essas pessoas possuem de realizar a alteração do prenome, visto que o próprio dispositivo já o permite, mas sim sobre a possibilidade de esta alteração ser realizada por quem ainda não fez a cirurgia de transgenitalização. Segundo suas palavras, não se pode negar às pessoas transexuais tal direito, pois:

> É tempo de a coletividade atentar para a insuficiência de critérios morfológicos para afirmação da identidade de gênero, considerada a dignidade da pessoa humana. Descabe potencializar o inaceitável estranhamento relativo a situações divergentes do padrão importo pela sociedade para marginalizar cidadãos, negando-lhes o exercício de direitos fundamentais. [...] É inaceitável, no Estado Democrático de Direito, inviabilizar a alguém a escolha do caminho a ser percorrido, obstando-lhe o protagonismo, pleno e feliz, da própria jornada[26].

A transexualidade pode ser entendida como uma ruptura entre

[26] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275-DF. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimados: Presidente da Repúbli-

a mente e o corpo. Isso significa que a pessoa transexual não consegue compreender seu sexo biológico como seu e se sente pertencente ao gênero oposto. Segundo o ministro, a retificação do prenome se mostra como uma das maneiras para "permitir que a pessoa possa viver plenamente em sociedade, tal como se percebe"[27]. Para ele, o fundamento para a autorização da mudança de registro civil não está baseado na submissão ao procedimento cirúrgico de transgenitalização, mas somente na condição de transexual, ou seja, apenas o sofrimento e a identificação com o gênero oposto são suficientes para a troca do prenome, sendo irrelevante a pessoa ter passado ou não pela cirurgia.

O ministro afirma que por se tratar de situação excepcional, a modificação no registro civil ainda é baseada no critério morfológico[28], apesar de este ser um parâmetro que necessita de revisão. Sendo assim, nos casos em que não é realizada a cirurgia de transgenitalização, seria necessário verificar critérios técnicos para que se comprove a transexualidade. Ele adota como critérios os presentes nos artigos 3º e 4º da Resolução nº 1.955 do Conselho Federal de Medicina[29]. Tal norma versa sobre a cirurgia de transgenitalização e estabelece:

> Art. 3º Que a definição de transexualismo obedecerá, no mínimo, aos critérios abaixo enumerados:
>
> 1) Desconforto com o sexo anatômico natural;
>
> 2) Desejo expresso de eliminar os genitais[30], perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as

ca e Congresso Nacional. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 1º de março de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 07 mar. 2018, p. 11-12. Disponível em: https://bit.ly/2Ix2xP2. Acesso em: 17 fev. 2020.

[27] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275-DF. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 1º de março de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 07 mar. 2018, p. 13. Disponível em: https://bit.ly/2Ix2xP2. Acesso em: 17 fev. 2020.

[28] Segundo o Dicionário Online de Português, morfologia significa o estudo do aspecto, da forma e da aparência externa da matéria.

[29] BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM nº 1.955** de 2010. Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo e revoga a Resolução CFM nº 1.652/2002. Brasília, DF. Disponível em: https://bit.ly/2wBlMnV. Acesso em 07 mar. 2020.

[30] No voto do ministro Alexandre de Moraes, ele deixa claro que a tendência atual dos ordenamentos jurídicos é no sentido de dispensar a realização de cirurgia de redesignação de sexo. Portanto, resta claro que o desejo expresso de eliminar os genitais não é mais um requisito que explica a situação das pessoas transexuais.

> do sexo oposto;
>
> 3) Permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos;
>
> 4) Ausência de transtornos mentais.
>
> Art. 4º Que a seleção dos pacientes para cirurgia de transgenitalismo obedecerá a avaliação de equipe multidisciplinar constituída por médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social, obedecendo os critérios a seguir definidos, após, no mínimo, dois anos de acompanhamento conjunto:
>
> 1) Diagnóstico médico de transgenitalismo;
>
> 2) Maior de 21 (vinte e um) anos;
>
> 3) Ausência de características físicas inapropriadas para a cirurgia.

Para o ministro Marco Aurélio, a alteração do assentamento da pessoa não submetida à transgenitalização é permitida, desde que os seguintes requisitos sejam cumpridos: (i) idade mínima de 21 anos que, segundo ele, seria uma idade que revela a maturidade necessária para a tomada de tal decisão; e (ii) o diagnóstico de transexualidade realizado pela equipe multidisciplinar determinada no artigo 4º da Resolução, seguindo os critérios do artigo 3º do mesmo diploma. Resta interessante chamar a atenção para o requisito da idade mínima de 21 anos determinado pelo ministro, pois a Lei de Registros Públicos determina, em seu artigo 56, que a alteração do nome pode ser realizada no primeiro ano após a maioridade civil[31], que ocorre aos 18 anos. Quando Marco Aurélio determina que a pessoa transexual deve ter 21 anos para poder realizar a alteração do seu prenome, ele acaba aplicando o requisito da idade concernente à possibilidade de realização da cirurgia de transgenitalização, apesar de ela não ser necessária para que a modificação do registro ocorra. Tal opinião é questionável, visto que não é exposto motivo algum que justifique que somente as pessoas transexuais

[31] Art. 56. O interessado, no primeiro ano após ter atingido a maioridade civil, poderá, pessoalmente ou por procurador bastante, alterar o nome, desde que não prejudique os apelidos de família, averbando-se a alteração que será publicada pela imprensa. BRASIL. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Brasília, DF: Planalto, [1973]. Disponível em: http://bit.ly/33novxk. Acesso em: 26 de fev. 2020.

necessitem esperar até os 21 anos para alterar seus nomes, enquanto as pessoas cis gêneros[32] podem realizar a modificação a partir dos 18 anos.

Passamos agora a analisar o voto do ministro Luiz Edson Fachin. Para ele, além da interpretação constitucional ao artigo 58 da Lei 6.015/1973, deve-se também compatibilizar sua interpretação com o Pacto de São José da Costa Rica. Segundo o ministro, o artigo 5º da Constituição Federal, que estabelece a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade e à igualdade, deve ser lido de forma a materializar os direitos da personalidade, baseados no grande princípio da dignidade da pessoa humana. Ele afirma que a cláusula material de abertura, prevista no §2º do dispositivo, determina que estes direitos não podem ser vistos isoladamente, e que se deve analisá-los de acordo com a prevalência dos direitos humanos[33]. Por conta disso, no presente caso, o ministro utiliza o disposto no artigo 1º do Pacto de São José da Costa Rica para fundamentar seu posicionamento, que determina:

> Artigo 1º - Obrigação de respeitar os direitos. 1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, **sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza**, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social (grifo nosso)[34].

Se valendo da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Fachin afirmou que cabe ao Estado reconhecer a identidade de gênero das pessoas trans, a fim de que elas possam ter o gozo pleno dos seus direitos humanos e vivam com a mesma dignidade e respeito que têm todas as

---

[32] Pessoas cis gêneros são aquelas que se identificam com o seu gênero biológico, ou seja, não são trans.

[33] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275-DF. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 1º de março de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 07 mar. 2018, p. 32. Disponível em: https://bit.ly/2Ix2xP2. Acesso em: 17 fev. 2020.

[34] BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF: Planalto, [1992]. Disponível em: https://bit.ly/38wh9IL. Acesso em 07 mar. 2020.

pessoas[35]. Tal reconhecimento leva à necessidade de o Estado assegurar-lhes também o direito ao nome, essencial para o reconhecimento da identidade pessoal, à liberdade e à vida privada das pessoas transexuais[36]. Diante disso, o ministro defende seu posicionamento de que, para respeitar os direitos à identidade e ao nome das pessoas transexuais, a alteração do prenome não poderia ser condicionada à realização da cirurgia de transgenitalização[37].

Fachin ainda vai além na sua argumentação, apresentando um novo ponto. Segundo ele, "a identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la"[38]. Isso significa dizer que a identidade de gênero é construída pela própria pessoa, e basta sua autoidentificação para tornar obrigatório o reconhecimento pelo Estado. Dessa maneira, o ministro defende que se o Estado tem apenas o papel de reconhecimento, "é-lhe vedado exigir ou condicionar a livre expressão da personalidade a um procedimento médico ou laudo psicológico que exijam do indivíduo a assunção de um papel de vítima de determi-

[35] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275-DF. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 1º de março de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 07 mar. 2018, p. 34-35. Disponível em: https://bit.ly/2Ix2xP2. Acesso em: 17 fev. 2020.

[36] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275-DF. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 1º de março de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 07 mar. 2018, p. 35. Disponível em: https://bit.ly/2Ix2xP2. Acesso em: 17 fev. 2020.

[37] Nas palavras do ministro: "figura-me inviável e completamente atentatório aos princípios da dignidade da pessoa humana, da integridade física e da autonomia da vontade, condicionar o exercício do legítimo direito à identidade à realização de um procedimento cirúrgico ou de qualquer outro meio de se atestar a identidade de uma pessoa". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275-DF. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 1º de março de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 07 mar. 2018, p. 37. Disponível em: https://bit.ly/2Ix2xP2. Acesso em: 17 fev. 2020.

[38] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275-DF. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 1º de março de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 07 mar. 2018, p. 38. Disponível em: https://bit.ly/2Ix2xP2. Acesso em: 17 fev. 2020.

nada condição"[39]. Ele sustenta, portanto, que, além de não ser necessária a cirurgia de transgenitalização, também não é preciso comprovar a transexualidade por meio de laudo médico ou psicológico[40]. Sendo assim, basta a livre manifestação de vontade da pessoa para que ocorra a alteração do prenome, sendo desnecessário o requisito de diagnóstico de transexualidade defendido pelo ministro Marco Aurélio.

Quanto ao voto do ministro Luís Roberto Barroso, este se manifestou no sentido de não precisar haver decisão judicial que autorize a modificação do prenome, acompanhando o ministro Luiz Edson Fachin. Segundo ele, o procedimento é por autodeclaração, então não é necessária intervenção de um juiz. Quanto ao critério etário, Barroso determinou que a alteração pode ser feita por qualquer pessoa maior de idade, mantendo, portanto, o critério do artigo 56 da Lei 6.015/1973[41]. Ele ainda se pauta em uma passagem da Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre o processo de reconhecimento da identidade de gênero:

> Os Estados devem respeitar a integridade física e psíquica das pessoas, reconhecendo, legalmente, a identidade de gênero autopercebida, sem que existam obstáculos ou requi-

[39] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275-DF. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 1º de março de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 07 mar. 2018, p. 38. Disponível em: https://bit.ly/2Ix2xP2. Acesso em: 17 fev. 2020.

[40] O ministro Edson Fachin ainda afirma que "A pessoa não deve provar o que é e o Estado não deve condicionar a expressão da identidade a qualquer tipo de modelo, ainda que meramente procedimental". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275-DF. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 1º de março de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico.** Brasília, 07 mar. 2018, p. 38. Disponível em: https://bit.ly/2Ix2xP2. Acesso em: 17 fev. 2020.

[41] Nas palavras do ministro: "Eu estou aceitando que esta alteração possa ser feita perante o Registro Civil diretamente, sem procedimento judicial e sem a exigência de laudos médicos, ou de qualquer outra natureza, para qualquer pessoa que seja maior de idade, o que, pelo novo Código Civil, significa 18 anos". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275-DF. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 1º de março de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 07 mar. 2018, p. 54. Disponível em: https://bit.ly/2Ix2xP2. Acesso em: 17 fev. 2020.

> sitos abusivos, que possam constituir violações aos direitos humanos. Nessa perspectiva, recomenda-se que o processo de reconhecimento da identidade de gênero não deve impor aos solicitantes o cumprimento de requisitos abusivos, tais como, apresentações de certidões médicas ou estado civil, tão pouco se deve submeter os solicitantes a perícias médicas ou psicológicas relacionadas com sua identidade de gênero autopercebida, ou outros requisitos que desvirtuem o princípio segundo o qual a identidade de gênero não se prova. Portanto o trâmite deve estar baseado na mera expressão de vontade do solicitante[42].

Em seu voto, a ministra Rosa Weber apresentou diversos julgados de tribunais estaduais que refletem a necessidade de respeitar a identidade de gênero. Com essas decisões, a ministra revelou que: compelir a pessoa a realizar a cirurgia de transgenitalização seria abusivo[43]; a vida digna da pessoa transexual importa em ter reconhecida e refletida na sociedade a sua identidade sexual[44]; e a redesignação do nome reflete em autonomia e igualdade para essa população[45]. A ministra entende que existe um direito à identidade sexual, incluído dentre os direitos da personalidade, e que "tem como elemento mínimo de concretização a adequação da concepção individual de sexualidade ao quanto expres-

---

[42] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275-DF. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 1º de março de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 07 mar. 2018, p. 53-54. Disponível em: https://bit.ly/2Ix2xP2. Acesso em: 17 fev. 2020.

[43] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275-DF. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 1º de março de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 07 mar. 2018, p. 64-65. Disponível em: https://bit.ly/2Ix2xP2. Acesso em: 17 fev. 2020.

[44] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275-DF. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 1º de março de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 07 mar. 2018, p. 68. Disponível em: https://bit.ly/2Ix2xP2. Acesso em: 17 fev. 2020.

[45] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275-DF. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 1º de março de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 07 mar. 2018, p. 70. Disponível em: https://bit.ly/2Ix2xP2. Acesso em: 17 fev. 2020.

sado nos assentos do registro civil"[46]. Isso significa dizer que o direito à identidade sexual só é concretizado quando se torna possível a alteração do registro civil e, portanto, quando se tem respeitado o direito ao nome das pessoas transexuais.

Já o ministro Luiz Fux baseia sua argumentação no sentido de que a pessoa transexual possui o direito à retificação do registro civil pois este "concretiza a dignidade da pessoa humana, seja por meio da busca da felicidade, seja pelo princípio da igualdade, seja pelo direito ao reconhecimento"[47]. Ele ainda complementa que o desrespeito às esferas de reconhecimento compromete a formação da identidade do sujeito, restringindo seu auto-respeito e sua autoestima, pilares básicos do desenvolvimento pessoal[48].

No mesmo sentido de direito ao reconhecimento, o ministro Ricardo Lewandowski ainda complementa, em seu voto, afirmando que:

> A autodeterminação da pessoa "trans" deve integrar o patrimônio normativo na luta por reconhecimento deste grupo minoritário. Isso quer dizer que, numa sociedade igualitária e democrática, que respeite os direitos fundamentais, as pessoas devem ter reconhecido seu direito ao nome e ao gênero de acordo com sua autoidentificação, sem que possam ser exigidas condicionantes irrazoáveis[49].

Quanto aos requisitos para mudança do nome, Lewandowski

---

[46] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275-DF. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 1º de março de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 07 mar. 2018, p. 76. Disponível em: https://bit.ly/2Ix2xP2. Acesso em: 17 fev. 2020.

[47] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275-DF. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 1º de março de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 07 mar. 2018, p. 91. Disponível em: https://bit.ly/2Ix2xP2. Acesso em: 17 fev. 2020.

[48] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275-DF. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 1º de março de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 07 mar. 2018, p. 97. Disponível em: https://bit.ly/2Ix2xP2. Acesso em: 17 fev. 2020.

[49] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275-DF. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimados: Presidente da Repú-

entendeu que cabe ao julgador verificar se a mudança poderá ser realizada. Ele afirma que deve se valer de depoimentos de testemunhas, declarações de psicólogos ou médicos, e qualquer outro meio de prova que o interessado tiver. Quanto ao requisito da idade, o ministro não se manifestou.

No mesmo sentido, o ministro Celso de Mello também entendeu que a identidade de gênero se trata de um direito ao reconhecimento, e que o Estado não pode criar embaraços para seu exercício. Quanto à realização da cirurgia de transgenitalização, ele afirmou que esta é desnecessária pois não é ela que atribui a pessoa a condição de transgênero, e que, portanto, não pode ser um requisito para a expressão do direito da personalidade[50].

Concluindo o julgamento, a ministra Cármen Lúcia, presidente do plenário, afirmou que sujeitar a pessoa transexual a manter seu nome de nascimento importaria em insegurança jurídica e em uma afrontosa contrariedade aos direitos da personalidade[51]. Segundo ela, o gênero é um elemento de identificação cultural, e "cultura é expressão da vivência humana comunitária, que a Constituição quer agregante, não excludente"[52]. Por ser um elemento cultural e de reconhecimento, cabe ao Estado somente o papel de realizar o registro daquilo que a pessoa afirma ser[53]. Concluindo o julgamento, a ministra determina que deve

blica e Congresso Nacional. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 1º de março de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 07 mar. 2018, p. 116-117. Disponível em: https://bit.ly/2Ix2xP2. Acesso em: 17 fev. 2020.

[50] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275-DF. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 1º de março de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 07 mar. 2018, p. 124-125. Disponível em: https://bit.ly/2Ix2xP2. Acesso em: 17 fev. 2020.

[51] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275-DF. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 1º de março de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 07 mar. 2018, p. 166. Disponível em: https://bit.ly/2Ix2xP2. Acesso em: 17 fev. 2020.

[52] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275-DF. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 1º de março de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 07 mar. 2018, p. 150. Disponível em: https://bit.ly/2Ix2xP2. Acesso em: 17 fev. 2020.

[53] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275-DF. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 1º de março

ser dada interpretação constitucional ao artigo 58 da Lei 6.015/1973, assegurando à pessoa transexual a alteração do prenome no registro civil independentemente de cirurgia. Ela ainda estabelece que a modificação deve ser realizada por autodeclaração, diretamente no cartório e independentemente de autorização judicial[54].

Fica claro, diante da análise aqui feita, que o julgamento da ADI foi um grande avanço em defesa dos direitos das pessoas transexuais. Contudo, resta observar que a decisão não se posicionou diante do requisito da idade para a alteração do prenome, tornando desamparado o grupo dos adolescentes trans. Diante disso, passa-se agora a compreender a adolescência como um momento de formação de identidade pessoal, a fim de se defender a possibilidade de aplicação da ADI aos adolescentes transexuais que desejam realizar a modificação do prenome.

4. O EXERCÍCIO DO DIREITO AO NOME PELOS ADOLESCENTES TRANSEXUAIS

A adolescência é um período de extrema importância para a formação da identidade do sujeito pois é nessa fase que ele começa a questionar os padrões que lhe foram impostos durante a infância, definir os valores que pretende seguir na vida adulta, além de ser um momento de mudanças corporais e do início do exercício da sexualidade. Maria Claudia Santos Lopes de Oliveira, explica que a adolescência é a quinta crise normativa, marcada pelo conflito entre identidade e difusões de papéis, pois "é uma etapa que impele o indivíduo a uma redefinição da própria identidade, ao avaliar sua inserção no plano espaço-temporal, integrando o passado, com suas identificações e conflitos, ao futuro, com suas perspectivas e antecipações"[55]. Isso demonstra que o adolescente, em busca de se compreender em si mesmo e nas relações com os

---

de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 07 mar. 2018, p. 146. Disponível em: https://bit.ly/2Ix2xP2. Acesso em: 17 fev. 2020.

[54] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275-DF. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 1º de março de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 07 mar. 2018, p. 171. Disponível em: https://bit.ly/2Ix2xP2. Acesso em: 17 fev. 2020.

[55] OLIVEIRA, Maria Claudia Santos Lopes de. Identidade, narrativa e desenvolvimento na adolescência: uma revisão crítica. **Psicologia em Estudo**, Maringá, v. 11, n. 2, mai./ago. 2006, p. 428.

demais, vive um período de intenso desenvolvimento psicossocial, além das questões biológicas. No mesmo sentido, Adolfo Semo Suárez, a partir da obra de Erik Erikson, explica que:

> [...] a identidade se forma através do processo de reflexão e observação, simultaneamente. Isto significa que o adolescente julga a si próprio **observando** como os outros o julgam comparando-o com eles mesmos e com o que eles julgam ser significativo. A **reflexão** vem a partir do momento em que ele julga a maneira pela qual o grupo o julga; esse julgamento acontece à luz do modo como se percebe a si próprio em comparação com os demais e com os tipos que se tornaram importantes para ele. Em sua maior parte, este processo é inconsciente[56] (grifo do autor).

A adolescência, portanto, é uma fase de questionamentos, em que o adolescente se observa, observa os demais e possui o objetivo de alcançar sua identificação própria, incluídos aí visão ideológica, direção vocacional e identidade sexual. Depreende-se disso, então, que a adolescência já é uma fase de muitos questionamentos, que são ainda mais difíceis para os adolescentes transexuais. As situações de conflito e a discriminação sofridas por essas pessoas se expande no ambiente escolar, onde o adolescente quer se ver pertencente ao seu grupo e aos seus colegas, mas acaba vivendo em um ambiente hostil e violento que não lhe reconhece e não lhe acolhe. Sendo assim, nessa fase em que o sexo biológico se revela como uma fonte de sofrimento, é importante traçar estratégias que o protejam, e uma maneira importante de se concretizar tal esforço é a retificação do nome para que tal elemento de identificação corresponda à própria identidade do adolescente.

Raul Cleber ensina, com base na lição de Zeno-Zencovich, que o direito ao nome tem duas funções. A primeira é a direta, que distingue os sujeitos dos demais, e, quando há violações nesta esfera, sua tutela se dá pelo direito ao nome. A segunda é a função indireta, que visa individualizar a personalidade de um sujeito, e aqui o nome é utilizado de modo instrumental, pois quando é violada esta função, importa uma

---

[56] ERISON, Erik**. Identidade, juventude e crise**. 2 ed. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Guanabara, 1987. apud SUÁREZ, Adolfo Semo. Crise de identidade na adolescência: breve análise e implicações para a práxis religiosa segundo a teoria de Erik Erikson. **ACTA Científica – Ciências Humanas**, São Paulo, v. 2, n. 9, 2005, p. 35.

lesão da personalidade em si[57]. Ou seja, quando há a violação da função indireta o que realmente ocorre é uma violação à sua identidade pessoal, uma vez que esta reflete todo um complexo de valores e ideais do sujeito. Como um composto dinâmico, a identidade é um constitutivo da dignidade humana e que tem o seu desenvolvimento como principal característica. Depreende-se, portanto, que o direito à identidade pessoal é representado e tem o seu reconhecimento tutelado pelo direito ao nome.

Devido à sua paralela formação e à concepção da pessoa tanto no seu aspecto físico quanto intelectual, a identidade pessoal é capaz de ser individualizada por meio dos diferentes traços pelos quais a pessoa humana se apresenta no meio em que se encontra. No entanto, como parte da natureza física, biológica e psicológica da pessoa trans, seus traços dependem da apreciação subjetiva de quem detém esta condição. Isso porque, a identidade só se materializa quando o indivíduo a assume, aceitando-se como é, amando-se e conhecendo-se[58]. Desse modo, é preciso meios que proporcionem a liberdade do indivíduo em se projetar na sociedade a partir do que entende ser a sua personalidade, bem como fatores que garantam a sua igualdade.

> Conclui-se que a lesão ao direito à identidade se espalha como penas soltas no vento, a inúmeros outros direitos, até mesmo a saúde física e psíquica do indivíduo, fato que, portanto, deve-se resguardar o direito a identidade sexual, a mudança de sexo e a consequente mudança de nome para identificação mais correta ao parecer interno e externo do indivíduo[59].

Para tanto, o não reconhecimento dos transexuais à troca de prenome importa em lesão à preceitos fundamentais, tais como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), da igualdade (art. 5º, caput),

---

[57] ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo. Identità personale. In: **ENCICLOPEDIA del Digesto delle discipline privatistiche**. Torino: UTET, v. 9, 1993, p. 300-301. apud CHOERI, Raul Cleber da Silva. **O direito à identidade na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p 268.

[58] OLIVEIRA, Maria Izabel Pinto de; BARRETO, Wanderlei de Paula. Direito à identidade como direito da personalidade. **Revista Jurídica Cesumar**, Maringá, v. 10, n. 1, jan./jun. 2010. Disponível em: http://bit.ly/3b3IEv7. Acesso em: 10 de mar. 2020.

[59] OLIVEIRA, Maria Izabel Pinto de; BARRETO, Wanderlei de Paula. Direito à identidade como direito da personalidade. **Revista Jurídica Cesumar**, Maringá, v. 10, n. 1, jan./jun. 2010, p. 204. Disponível em: http://bit.ly/3b3IEv7. Acesso em: 10 de mar. 2020.

da vedação de discriminações odiosas (art. 3º, IV), da liberdade (art. 5º, caput) e da privacidade (art. 5º, X). Isso porque o direito à identidade pessoal só é garantido se moldado por cada direito fundamental, que consagra a liberdade, a igualdade e a pluralidade.

Nesse sentido, os argumentos utilizados no julgamento da ADI nº 4.275 protegem os adolescentes trans, contudo, por não ter estabelecido nenhum critério etário para a realização da alteração do prenome sem a necessidade de cirurgia de transgenitalização, os cartórios seguem aplicando a regra geral do artigo 56 da Lei 6.015/1973. Como exposto anteriormente, tal regra determina que a alteração do prenome só pode ser realizada após atingida a maioridade, sendo que para os demais casos seria necessário ter autorização judicial. Dessa maneira, defende-se no presente trabalho, que a ADI deve ser aplicada aos casos dos adolescentes transexuais que desejam realizar a retificação do nome, sendo dispensada a autorização judicial.

O principal argumento utilizado pelos ministros foi o de que a alteração do registro civil decorre da dignidade da pessoa, para permitir que ela viva plenamente em sociedade tal como se percebe. No caso dos adolescentes, tal situação é ainda reforçada, pois a convivência em sociedade nessa fase é necessária para a formação da identidade, e criar obstáculos para esse convívio seria o mesmo que impedir que o adolescente se desenvolva de maneira digna. Em seu voto, Luiz Edson Fachin diz que "inadmitir a alteração do gênero no assento de registro civil é atitude absolutamente violadora de sua dignidade e de sua liberdade de ser, na medida em que não reconhece sua identidade sexual, negando-lhe o pleno exercício de sua afirmação pública"[60]. Podemos falar, portanto, que impedir o adolescente transexual de exercer seu direito ao nome e à identidade pessoal significa dizer que o Estado não lhe reconhece e o impede de se afirmar enquanto ser humano pertencente a outro gênero.

O ministro Luís Roberto Barroso defende que a pessoa transgênero, quando comprova que sua identidade de gênero é diferente do seu sexo biológico, possui o direito fundamental de alteração do prenome, pois tal tema é relacionado com o direito fundamental ao livre

[60] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275-DF. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 1º de março de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 07 mar. 2018, p. 37. Disponível em: https://bit.ly/2Ix2xP2. Acesso em: 17 fev. 2020.

desenvolvimento da personalidade[61]. Tal argumento também pode ser aplicado aos adolescentes transexuais, visto que eles também possuem o direito citado, e o desenvolvimento da personalidade e a construção da identidade desses sujeitos está diretamente ligada com o direito ao nome e o reconhecimento social. A ministra Rosa Weber, inclusive, dispõe que:

> Direito à identidade pessoal, que compreende a identidade sexual e de gênero, é um dos direitos fundamentais da pessoa humana. Melhor explicando, o direito à identidade pessoal é o direito dos direitos da pessoa humana, porquanto apenas a partir do reconhecimento da identidade é que o indivíduo pode desenvolver sua personalidade, autonomia e lugar na comunidade a qual pertence[62].

A identidade de gênero é definida por cada pessoa a partir de um contexto cultural e, sendo parte essencial de sua personalidade, contribui para a autodeterminação, identificação e dignidade do sujeito. O Estado, portanto, deve exercer o papel de assegurar a igualdade entre as pessoas e a livre manifestação da liberdade, de forma que os indivíduos possam se apresentar como si mesmos e obter respeito e consideração dos demais. Para isso, contudo, é preciso que o indivíduo se reconheça, e manter o nome de nascimento impede este reconhecimento, além de culminar em sofrimento e discriminação.

Em 2012, a Argentina promulgou a Lei nº 26.743, que estabelece o direito a identidade de gênero das pessoas63. Em seu artigo 5º, o diploma legal versa sobre a possibilidade das pessoas menores de idade solicitarem a retificação do nome e do gênero no registro civil, e estabe-

---

[61] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275-DF. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 1º de março de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 07 mar. 2018, p. 55-56. Disponível em: https://bit.ly/2Ix2xP2. Acesso em: 17 fev. 2020.

[62] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275-DF. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 1º de março de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 07 mar. 2018, p. 75. Disponível em: https://bit.ly/2Ix2xP2. Acesso em: 17 fev. 2020.

[63] ARGENTINA. **Ley nº 26.743, de 23 de mayo de 2012**. Establécese el derecho a la identidad de género de las personas. Disponível em: https://bit.ly/2Qia4W5. Acesso em: 14 mar. 2020.

lece que deve-se seguir os seguintes requisitos: (i) realização dos trâmites por meio de representação dos representantes legais; (ii) expressa conformidade do menor, tendo em conta os princípios de capacidade progressiva e interesse superior da criança; e (iii) assistência de advogado. Caso não seja possível obter o consentimento de algum dos representantes, o artigo estabelece que o menor poderá recorrer à via judicial64.

O Brasil deveria seguir o exemplo do país vizinho e determinar legalmente o direito de os adolescentes transexuais realizarem a retificação do nome. Defende-se isso pois, para a alteração no registro, é necessário amadurecimento, mas amadurecimento é um processo contínuo e que pode ser identificado nos adolescentes, pensamento inclusive determinado pelos princípios da autonomia progressiva e do interesse superior da criança. Tais princípios, representados na Doutrina da Proteção Integral, foram trazidos pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança de 1990, documento do qual o Brasil é signatário. O país, inclusive, consagrou tal doutrina também com o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990)[65].

O princípio da autonomia progressiva está previsto no Artigo 5 da citada Convenção, e determina que os Estados e as famílias devem proporcionar à criança instrução adequada de acordo com a evolução de suas capacidades[66]. Isso demonstra que o amadurecimento das

[64] Articulo 5º. Personas menores de edad. Con relación a las personas menores de dieciocho (18) años de edad la solicitud del trámite a que se refiere el artículo 4º deberá ser efectuada a través de sus representantes legales y con expresa conformidad del menor, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo con lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061 de protección integral de los derechos del abogado del niño y adolescentes. Asimismo, la persona menor de edad deberá contar con la assistência del abogado del niño prevista en el altículo 27 de la Ley 26.061. Cuando por cualquier causa se niegue o sea imposible obtener el consentimiento de alguno/a de los/as representantes legales del menor de edad, se podrá recurrir a la vía sumaríssima para que los/as jueces/zas correspondientes resuelvan, teniendo en cuenta los principios de capacidade progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo com lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061 de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

[65] BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Planalto, [1990]. Disponível em: https://bit.ly/2INuyC8. Acesso em: 14 mar. 2020.

[66] Artigo 5. Os Estados Partes respeitarão as responsabilidades, os direitos e os deveres dos pais ou, onde for o caso, dos membros da família ampliada ou da comunidade, conforme determinem os costumes locais, dos tutores ou de outras pessoas legalmente responsáveis, de **proporcionar à criança instrução e orientação adequadas e**

crianças e adolescentes segue um caminho evolutivo, e quanto maior o nível de maturidade, mais liberdade elas devem ter no exercício dos seus direitos. Por consequência, o Estatuto da Criança e do Adolescente determina que as situações que envolvam tais sujeitos devem atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, e que a promoção e proteção deles devem ser efetuadas no respeito pela sua intimidade[67]. Fica determinado, portanto, que tais sujeitos possuem o chamado direito à participação, que é estabelecido pelo Artigo 12 da Convenção. A redação informa que:

> Artigo 12:
>
> 1. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o **direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança**.
>
> 2. Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional[68].

O direito à participação, portanto, é a oportunidade de a crian-

---

acordes com a evolução de sua capacidade no exercício dos direitos reconhecidos na presente convenção. BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Planalto, [1990]. Disponível em: https://bit.ly/2INuyC8. Acesso em: 14 mar. 2020.

[67] Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários. Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas. **IV. interesse superior da criança e do adolescente: a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto. V. privacidade: a promoção dos direitos e proteção da criança e do adolescente deve ser efetuada no respeito pela intimidade, direito à imagem e reserva da sua vida privada.** BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Planalto, [1990]. Disponível em: https://bit.ly/2INuyC8. Acesso em: 14 mar. 2020.

[68] BRASIL. **Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990.** Promulga a Con-

ça e o adolescente expressarem suas opiniões sobre os assuntos que lhes afetam e terem tais opiniões levadas em consideração. Annabella Del Moral Ferrer apresenta o direito à participação em uma tridimensionalidade. A primeira dimensão seria o direito da criança e do adolescente de opinar em todo assunto que incida sobre algum aspecto de sua vida, pois, segundo ela, "Se deve outorgar à criança a faculdade para intervir, pois não pode mais ser considerado um sujeito passivo ou alguém a quem se pode privar deste direito" (tradução nossa)[69]. A segunda dimensão é o direito de ser escutado, e é entendida como o dever de o sujeito receptor escutar aquilo que a criança ou adolescente está opinando e lhe dar significado. Segundo Ferrer, deve existir do adulto "uma conduta ampla que permita à criança sentir-se levada em conta, e, sobretudo, obriga a dispor do tempo, da capacidade necessária para atendê-lo e de uma atitude respeitosa acerca de sua condição particular de indivíduo em crescimento"[70] (tradução nossa). Por fim, existe a dimensão do direito que as crianças e adolescentes possuem de ter suas opiniões tomadas em conta de acordo com sua idade e maturidade. Sem ele, o direito à participação careceria de seu elemento fundamental, pois não teria sentido em permitir que a criança e o adolescente opinem sem que suas opiniões fossem levadas em consideração[71].

Sendo assim, defende-se que, a partir da análise do grau de amadurecimento do adolescente, ele deve exercer seu direito ao nome e, por conseguinte, à identidade pessoal, por meio do seu direito à participação. Ele deve possuir liberdade para expor sua necessidade quanto à retificação do prenome, e exercer sua autonomia para perseguir tal fim, sendo dever do Estado ouvir sua opinião e levá-la em consideração, lhe proporcionando a alteração do registro a fim de que ocorra o desenvolvimento de sua personalidade da forma mais saudável possível.

Devido a importância do nome e da garantia de direitos fun-

---

venção sobre os Direitos da Criança. Brasília, DF: Planalto, [1990]. Disponível em: https://bit.ly/2U6EWdi. Acesso em: 16 mar. 2020.

[69] DEL MORAL FERRER, Annabella J. El derecho a opinar de niños, niñas y adolescentes em la Convención sobre los Derechos del Niño. **Cuestiones Jurídicas**, Maracaibo, v. 1, n. 2, jul./dez. 2007, p. 78.

[70] DEL MORAL FERRER, Annabella J. El derecho a opinar de niños, niñas y adolescentes em la Convención sobre los Derechos del Niño. **Cuestiones Jurídicas**, Maracaibo, v. 1, n. 2, jul./dez. 2007, p. 80.

[71] DEL MORAL FERRER, Annabella J. El derecho a opinar de niños, niñas y adolescentes em la Convención sobre los Derechos del Niño. **Cuestiones Jurídicas**, Maracaibo, v. 1, n. 2, jul./dez. 2007, p. 80.

damentais, o Tribunal de Justiça do Espírito Santo (TJES) autorizou a alteração do prenome de um adolescente transexual. O portal Tribuna Online noticiou o caso, contudo, a decisão corre em segredo de justiça. A publicação relata que o jovem de 16 anos não se identificava com o sexo em que nasceu desde criança, já usava nome, roupas e possuía outras características do gênero masculino, mas estava enfrentando dificuldades de ser reconhecido como se identificava. Com o auxílio do Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos, da Defensoria Pública Capixaba, a decisão foi anunciada pela 1ª Vara da Infância e da Juventude de Vitória - ES, no dia 14 de março de 2019[72].

O Tribunal de Justiça de Goiás também autorizou o direito à alteração do nome de registro civil de um adolescente transexual aos 16 anos. A notícia foi veiculada pelo portal G1 da Globo, contudo, a decisão também corre em segredo de justiça. O fato muito se assemelha ao do jovem capixaba, uma vez que ambos tiveram o auxílio do Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos da Defensoria Pública. A publicação noticia que Pedro, até então, era chamado pelo nome de menina e usava cabelos compridos, mas nunca gostou de se arrumar e maquiar, como sua mãe o incentivava. Aos 15 anos resolveu contar que era um menino trans, e na primeira conversa sobre o assunto já deixou claro a importância da alteração do seu nome. O pedido da DPE-GO foi acolhido pelo Ministério Público do Estado e pelo Juízo[73].

Depreende-se destes casos, portanto, que os tribunais inferiores já vêm relativizando a regra da maioridade nos casos de adolescentes transexuais. Ainda que não se tenha critérios definidos que determinem como o processo vai ocorrer, é um avanço importante e deve ser valorizado o modo como esses tribunais se posicionaram em relação a alteração do nome de adolescentes transexuais. A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.275 enfatizou a importância de se tutelar o direito à identidade pessoal, desse modo, seria um dissenso não à protegê-la no momento fulcral de desenvolvimento do sujeito, qual seja, a adolescência. É preciso compreender que toda pessoa deve ser reconhecida, tratada de acordo com sua identidade de gênero e identificada dessa maneira pelo

[72]OLIVEIRA, Leone. Adolescente consegue troca de sexo e de nome na Justiça. **Tribuna Online**, [S.l.], 26 mar. 2019. Disponível em: http://bit.ly/2TXo0XW. Acesso em: 11 de mar. 2020.

[73] GONÇALVES, Rodrigo. Justiça autoriza adolescente trans de 16 anos a alterar nome no RG, em Goiás. **G1 Globo**, [S.l.], 14 mai. 2019. Disponível em: https://glo.bo/39YhYfc. Acesso em: 11 de mar. 2020.

seu nome, que, como visto, é um instrumento direto de exteriorização da identidade pessoal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto ao longo do presente artigo, conclui-se que os adolescentes transexuais devem ter assegurado o direito a retificação do nome no registro civil, pois somente com o direito ao nome respeitado é que se realiza, de forma plena, o direito à identidade pessoal. Tal proposta é plenamente possível no ordenamento brasileiro, visto que a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, ratificada no Brasil, bem como o Estatuto da Criança e do Adolescente, determinam que se deve proporcionar a esses sujeitos o direito à participação nas questões que de alguma maneira afetem sua vida. Para que tal participação seja efetiva, deve-se analisar o grau de maturidade do adolescente e se ele tem ciência da repercussão que tal decisão terá em sua vida, proporcionando-lhe, portanto, o exercício de seus direitos por meio de estímulos à sua autonomia e liberdade.

Entende-se também, que a possibilidade de ratificação do nome é permitida pois os argumentos que ensejaram o julgamento da ADI nº 4.275 são plenamente aplicáveis ao caso dos adolescentes transexuais. Em seus votos, os ministros defenderam que a possibilidade de alteração do prenome sem a necessidade de realização da cirurgia de transgenitalização era direito das pessoas transexuais, visto que se tratava de matéria atinente à realização da personalidade e da dignidade humanas. Como estes são decorrentes da característica de pessoa, e nesse grupo estão incluídos os adolescentes, deve-se estender o direito à modificação do nome também aos transexuais que ainda não atingiram a maioridade.

Por fim, revela-se importante destacar que a adolescência, por ser uma fase de crise em que o indivíduo constrói sua identidade, é um período ainda mais complicado para aqueles que não se identificam com seu gênero biológico. Ser chamado pelo nome de registro mesmo quando não mais se identifica com ele e prefere ser chamado por outro, é algo que causa ainda mais sofrimento para esses indivíduos em formação e afeta o desenvolvimento de suas personalidades.

Sendo assim, espera-se que a tendência seja seguir o caminho das decisões de tribunais inferiores até que seja determinada a alteração do registro civil de adolescentes transexuais administrativamente, sem

a necessidade de uma autorização judicial. Isso porque a identidade de gênero é algo inerente ao sujeito e, estando presentes os requisitos da autonomia e da maturidade, não cabe ao Estado determinar se o adolescente é ou não transexual, mas somente respeitar o que ele entende como sendo sua própria identidade.

REFERÊNCIAS

AMORIM, José Roberto Neves. **Direito ao nome da pessoa física**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ARGENTINA. **Ley nº 26.743, de 23 de mayo de 2012**. Establécese el derecho a la identidad de género de las personas. Disponível em: https://bit.ly/2Qia4W5. Acesso em: 14 mar. 2020.

BENTO, Berenice. Disforia de gênero: geopolítica de uma categoria psiquiátrica. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 15, p. 496-536. 2016. Disponível em: http://bit.ly/2WmqKjg. Acesso em: 09 de mar. 2020.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM nº 1.955** de 2010. Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo e revoga a Resolução CFM nº 1.652/2002. Brasília, DF. Disponível em: https://bit.ly/2wBlMnV. Acesso em 07 mar. 2020.

_____. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Planalto, [1988]. Disponível em: http://bit.ly/3b771bn. Acesso em: 26 de fev. 2020.

_____. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.** Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF: Planalto, [1992]. Disponível em: https://bit.ly/38wh9IL. Acesso em 07 mar. 2020.

_____. **Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990.** Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Brasília, DF: Planalto, [1990]. Disponível em: https://bit.ly/2U6EWdi. Acesso em: 16 mar. 2020.

_____. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Brasília, DF: Planalto, [1973]. Disponível em: http://bit.ly/33novxk. Acesso em: 26 de fev. 2020.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Planalto,

[1990]. Disponível em: https://bit.ly/2INuyC8. Acesso em: 14 mar. 2020.

_____. **Lei nº 9.708, de 18 de novembro de 1998.** Altera o art. 58 da Lei no 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que dispõe sobre Registros Públicos, para possibilitar a substituição do prenome por apelidos públicos notórios. Brasília, DF: Planalto, [1998]. Disponível em: http://bit.ly/3d8Rb1u. Acesso em: 26 de fev. 2020.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, DF: Planalto, [2002]. Disponível em: http://bit.ly/33oa2Bm. Acesso em: 26 de fev. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275-DF. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 1º de março de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 07 mar. 2018. Disponível em: https://bit.ly/2Ix2xP2. Acesso em: 17 fev. 2020.

CHOERI, Raul Cleber da Silva. **O direito à identidade na perspectiva civil-constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **I Jornada de Direito Civil**. Enunciados aprovados. Brasília, 2002. Disponível em: http://bit.ly/33tIdHN. Acesso em: 25 de fev. 2020.

CUNHA, Patrycia Prates da. **O direito ao nome e as possibilidades de alteração do registro civil**. 2014. 33 p. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2014. Disponível em: http://bit.ly/38YOHPY. Acesso em: 26 de fev. 2020.

DEL MORAL FERRER, Annabella J. El derecho a opinar de niños, niñas y adolescentes em la Convención sobre los Derechos del Niño. **Cuestiones Jurídicas**, Maracaibo, v. 1, n. 2, p. 73-99, jul./dez. 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 27 ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2010.

FIUZA, César. **Direito Civil - Curso Completo.** 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GONÇALVES, Rodrigo. Justiça autoriza adolescente trans de 16 anos a alterar nome no RG, em Goiás. **G1 Globo,** [S.l.], 14 mai. 2019. Disponível

em: https://glo.bo/39YhYfc. Acesso em: 11 de mar. 2020.

LEITE, Clébicar Tatiana; LERNER, Katia. Notícias sobre a nova classificação das identidades trans: uma análise das fontes citadas em reportagens publicadas no Brasil. **Revista Eletrônica Comunicação, Informação e Inovação em Saúde**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 2, p. 315-329, abr./jun. 2019. Disponível em: http://bit.ly/38TsAul. Acesso em: 09 de mar. 2020.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Tomo VII. Campinas: Bookseller, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Sobre o nome da pessoa humana. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 12, p. 48-74. 2000. Disponível em: http://bit.ly/2Qp4W2t. Acesso em: 16 de mar. 2020.

OLIVEIRA, Leone. Adolescente consegue troca de sexo e de nome na Justiça. **Tribuna Online**, [S.l.], 26 mar. 2019. Disponível em: http://bit.ly/2TXo0XW. Acesso em: 11 de mar. 2020.

OLIVEIRA, Maria Claudia Santos Lopes de. Identidade, narrativa e desenvolvimento na adolescência: uma revisão crítica. **Psicologia em Estudo**, Maringá, v. 11, n. 2, p. 427-436, mai./ago. 2006.

OLIVEIRA, Maria Izabel Pinto de; BARRETO, Wanderlei de Paula. Direito à identidade como direito da personalidade. **Revista Jurídica Cesumar**, Maringá, v. 10, n. 1, p. 199-215, jan./jun. 2010.

PINTO, Paulo Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (org). **Boletim Portugal-Brasil ano 2000**. Coimbra: Coimbra, p. 149-246, 1999.

SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e constituição**. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011.

SUÁREZ, Adolfo Semo. Crise de identidade na adolescência: breve análise e implicações para a práxis religiosa segundo a teoria de Erik Erikson. **ACTA Científica – Ciências Humanas**, São Paulo, v. 2, n. 9, p. 31-38, fev. 2005.

AS DIVERGÊNCIAS NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE A LESÃO A DIREITOS DA PERSONALIDADE E O RECONHECIMENTO DO DANO MORAL

QUESTÕES MATERIAIS E PROCESSUAIS[1]

Gilberto Fachetti Silvestre[2]
Miryã Bregonci da Cunha Braz[3]
Nathielle Zanelato dos Reis[4]

RESUMO: Trata-se de pesquisa sobre os entendimentos de Turmas do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em torno de casos paradigmáticos de dano moral decorrentes de certos direitos da personalidade que não encontram previsão legal expressa. A pesquisa revelou que a instância especial possui entendimentos divergentes em torno do reconhecimento de certos direitos da personalidade e da configuração do dano moral, tanto entre as Turmas, quanto internamente nas próprias Turmas. O objeto escolhido se deve ao fato de o STJ ser a instância uniformizadora da jurisprudência no Brasil. A pesquisa, de caráter e método qualiquantitativo, analisou os fundamentos do dano moral e sua indenização no âmbito das Turmas do STJ. Para atingir o fim proposto, a pesquisa adotou a metodologia de revisão sistemática da jurisprudência, especificamente recorrendo a análise qualitativa e indutiva dos julgados no âmbito do STJ. Parte do questionamento se existe uniformidade de decisões em torno da matéria e, consequentemente, se existe ou não jurisprudência

[1] Pesquisa financiada pela CAPES.

[2] Professor da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Doutor em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

[3] Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Bolsista CAPES/DS.

[4] Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Especialista em Direito Civil pela Universidade Anhanguera. Bolsista CAPES/DS.

em torno do dano moral decorrente da lesão a direitos da personalidade reconhecidos atualmente.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos da personalidade; Dano moral; Superior Tribunal de Justiça.

INTRODUÇÃO

Esta é uma pesquisa sobre os entendimentos de Turmas do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em torno de casos paradigmáticos envolvendo direitos da personalidade e dano moral nos últimos 30 anos. Propõe-se a realizar um exame da existência de direitos da personalidade não escritos no rol legal e do prejuízo extrapatrimonial à personalidade, sempre a partir de decisões paradigmáticas do Superior Tribunal de Justiça (STJ). O objetivo é indicar os parâmetros de reconhecimento da violação de alguns direitos da personalidade, bem como sua relação com a ocorrência do dano moral, passando pela questão do arbitramento do *quantum* indenizatório.

A escolha do tema se deve à relevância social da responsabilidade civil e das ações de indenização por dano moral, já que pouco mais de um milhão de ações judiciais dessa natureza tramitam nas justiças estaduais de todo o país, segundo dados de 2017 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

O tema é, deveras, bastante presente na justiça brasileira e possui conceitos amplamente conhecidos e utilizados pela comunidade jurídica nos dias atuais, e até mesmo pelos leigos. Porém, certas questões se mostram controversas, principalmente, por exemplo, quanto aos requisitos exigidos para a atribuição da indenização.

Para seu desenvolvimento, as investigações valeram-se de elementos e conceitos da civilística e da processualística contemporâneas.

Como premissa fundamental, tem-se que a partir do personalismo ético, a pessoa humana tornou-se o centro do Direito Privado, o que ensejou a ideia de "despatrimonialização" do Direito Civil e sua consequente jushumanização. Nesse contexto, a personalidade se apresenta como um valor intrínseco à humanidade que, dada sua importância, deve ser protegido e tutelado pelo ordenamento jurídico. Assim, a lesão aos direitos da personalidade — enquanto conjunto de poderes que protegem e garantem a personalidade — consiste em violação de ordem

extrapatrimonial, a que se convencionou designar de "dano moral".

As primeiras análises sobre a viabilidade da pesquisa revelaram que a instância especial possui entendimentos divergentes em torno do reconhecimento de certos direitos da personalidade e da configuração do dano moral. E isso ocorre não só entre as Turmas, mas dentro das próprias Turmas.

Ao traçar o corte metodológico, esta pesquisa optou por analisar o reconhecimento — ou não — pela instância especial de alguns direitos personalíssimos que não se encontram elencados no rol legal exemplificativo de poderes de proteção da dignidade humana (arts. 11 a 21 do Código Civil e *caput* do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil). *Pari passu*, a pesquisa procedeu a levantamento de julgados da 3ª e da 4ª Turmas para análise de caráter qualitativo, para verificar como se comporta a jurisprudência do STJ em torno do dano moral quanto a certos direitos da personalidade previamente selecionados.

A equipe de pesquisadores parte do questionamento se existe uniformidade de decisões em torno da matéria, o que, no final das contas, equivale a inferir se existe ou não jurisprudência em torno do dano moral decorrente da lesão a direitos da personalidade reconhecidos atualmente (posteriores, portanto, ao Código Civil e à Constituição da República).

A investigação foi desenvolvida como uma abordagem de caráter qualiquantitativo. E o método utilizado foi o indutivo, buscando estabelecer uma referência geral com base no conhecimento de certo número de dados singulares, ou seja, partindo de dados singulares para a elaboração de uma conclusão de cunho genérico. Uma revisão de bibliografia foi realizada apenas no intuito de aprofundamento teórico.

A pesquisa, assim, pretende oferecer aos operadores do Direito o entendimento — ou "desentendimento"! — recente e contemporâneo do STJ acerca da indenização por dano moral decorrente da lesão a certos direitos da personalidade não previstos no rol legislativo. Com isso, pretende oferecer recursos práticos à comunidade jurídica para a operabilidade da matéria em sede judicial.

1. O ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM TORNO DA LESÃO AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E DO DANO MORAL.

Contemplados nos arts. 11 a 21 do Código Civil, os direitos da personalidade são inerentes à pessoa humana e à sua dignidade e visam à proteção do indivíduo em seus aspectos fundamentais, dentre os quais se destacam a honra, a reputação e as manifestações do intelecto[1]. São, portanto, poderes que protegem a identidade e a subjetividade do ser humano, a fim de resguardar o que a pessoa é. Trata-se, assim, de uma especial proteção do ordenamento jurídico civil para além da tutela do patrimônio[2,3].

Para uma ampla, contemporânea e eficaz proteção da pessoa humana e de sua dignidade, os direitos da personalidade são previstos em *numerus apertus* a partir de normas vagas (cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados)[4].

Em razão de suas características e conteúdo, a lesão aos direitos da personalidade representa prejuízos à esfera mais íntima do indivíduo e fere as projeções biopsíquicas, morais e intelectuais que integram a pessoa humana5,6. Por tal razão, esse tipo de ofensa é chamado de "dano moral" que, em linhas gerais, consiste em um prejuízo extrapatrimonial causado ao lesado7, de caráter íntimo, o qual é assim caracterizado por

---

[1] BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 35.

[2] PINO, Giorgio. Teorie e dottrine dei diritti della personalità. Uno studio di meta-giurisprudenza analítica. In: *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2003/1, pp. 237-274.

[3] CHARPENTIER, Élise. Entre droits de la personnalité et droit de propriété: un cadre juridique pour l'image des choses? In: *Revue Juridique Thémis*, 43-3, 2009.

[4] DEL VECCHIO, Giorgio. Diritto e personalità umana nella storia del pensiero. Prolusione al corso di filosofia del diritto nell'Università di Ferrara letta il 19 gennaio 1904. In: *Rivista di filosofia e scienze affini*, 1 (3), oct. 2016.

[5] BOVERO, Michelangelo. Ciudadania y derechos fundamentales. In: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXV, núm. 103, enero-abril de 2002, pp. 9-25.

[6] MOORE, K. L.; PERSAUD, T. V. N. *The developing human: clinically oriented embryology*. 7th ed. Philadelphia: WB Saunders, 2003.

[7] GARRIDO, Diego Alejandro Sandoval. Reparación integral y responsabilidad civil: el concepto de reparación integral y su vigencia en los daños extrapatrimoniales a la persona como garantía de los derechos de las víctimas. In: *Rev. Derecho Privado*, nº.25, Bogotá, jul./dez. 2013.

Amaro Alves de Almeida Neto: "é a causação de aborrecimento extremo, um desgosto profundo, uma contrariedade grave causada a uma pessoa em consequência de um ato culposo, positivo ou omissivo de terceiro. Assim, nada mais é do que a perturbação da psique do individuo, um abalo da normalidade psíquica de alguém" 8.

O Código Civil não pretendeu encerrar em *numerus clausus* a previsão dos direitos da personalidade. Assim, embora tenha tratado apenas de alguns desses direitos, existem outros além daqueles ali contemplados[9] e, por essa razão, são considerados "ilimitados, ante a impossibilidade de se imaginar um número fechado" [10].

Corroborando esse entendimento, o próprio Superior Tribunal de Justiça, ao longo dos anos, aponta a existência de direitos da personalidade não legislados e reconhece que a proteção não está restrita à previsão legal. É o caso, *verbi gratia*, do "direito à opção sexual" [*sic*][11], do "direito de não saber"[12], do "direito à identidade pessoal"[13] e do "direito ao esquecimento"[14], dentre outros.

O direito à "opção sexual" [*sic*] foi associado ao inciso III do art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil, e já havia sido reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) por meio do julgamento da ADPF nº. 132/RJ e da ADI nº 4.277/DF, em 2011. Foi igualmente reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp. nº 1.183.378/RS[15] e, desde então, vem sendo amplamente tutelado.

A instância especial já vinha, há muito, reconhecendo o direito

---

[8] ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial. A tutela da dignidade da pessoa Humana. In: *Revista Síntese de Direito Processual Civil*, v.12, n. 80, dez. 2012, p. 392.

[9] SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 15.

[10] DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil*. Teoria Geral do Direito Civil. V.1. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 135.

[11] STJ, REsp. nº 613.374/MG, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 17/05/2005.

[12] STJ, REsp. nº 1.195.995/SP, 3ª Turma, Rel. para acórdão Min. Massami Uyeda, julgado em 22/03/2011.

[13] STJ, REsp. nº 1.063.304/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, julgado em 26/08/2008.

[14] STJ, REsp. nº 1.334.097/RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 28/05/2013.

[15] STJ, REsp. nº 1.183.378/RS, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 25/10/2011.

à "opção sexual" [*sic*] em casos isolados, ainda que não relacionados a uniões homoafetivas. Foi o caso do REsp. nº 613.374/MG[16], julgado em 2005. Na ocasião, um jornal veiculou na matéria de capa "Helio Bicha é preso a 100 km de Passos". O acusado, sentindo-se lesado em sua dignidade, ajuizou ação pleiteando reconhecimento de danos morais, mas teve seu pedido julgado improcedente pelo juízo de piso.

Na sentença, o juiz pautou-se na exceção da verdade para fundamentar a negativa, considerando que: 1) o autor era, de fato, homossexual; 2) era conhecido por esse apelido; e 3) realmente estava preso. Assim, a sentença assinalou que, como todas as informações veiculadas estavam corretas e inexistia mentira, não haveria dano indenizável.

Após recurso, a instância de apelação mineira reformou o provimento, reconhecendo abuso na veiculação, pelo que arbitrou o *quantum* indenizatório em R$ 20 mil. Posteriormente, o dano à personalidade foi confirmado pelo STJ, que reduziu significativamente o valor da indenização para R$ 5 mil.

Direito também não previsto expressamente na legislação, mas debatido no STJ é o "direito de não saber", abordado no julgamento do REsp. nº 1.195.995/SP[17]. No caso levado à Corte, um indivíduo foi submetido a uma bateria de exames, na entrega dos resultados, recebeu a informação de que era soropositivo, embora não tivesse solicitado exame de HIV. Com isso, sentiu-se lesado em sua intimidade e ajuizou ação indenizatória sob o fundamento de que teria o "direito de não saber" dessa notícia devastadora.

O caso chegou ao STJ e a Relatora, Min. Nancy Andrighi, votou pelo provimento parcial do recurso, reconhecendo violação a direito da personalidade. Na ocasião, consignou que a intimidade do autor teria sido violada pelo simples fato de ter sido involuntariamente submetido a exame não solicitado, independentemente de divulgação a terceiros. Nos termos do voto da relatora, o autor teria o direito de não saber da doença, visto que não deu causa à investigação empreendida.

Posteriormente, contudo, após pedidos de vista, os demais componentes da Turma acompanharam o voto divergente do Min. Massami Uyeda e, por maioria, negaram provimento ao recurso, entendendo que

[16] STJ, REsp. nº 613.374/MG, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 17/05/2005.

[17] STJ, REsp. nº 1.195.995/SP, 3ª Turma, Rel. para acórdão Min. Massami Uyeda, julgado em 22/03/2011.

o direito fundamental à vida longeva e saudável se sobreleva ao "direito de não saber" o qual, inclusive, não se reconheceu como sendo um direito da personalidade.

A situação representa a divergência observada no interior das Turmas do STJ, que, em razão de sua composição, dentre outros fatores, oscilam no reconhecimento de direitos da personalidade não legislados.

Já o "direito à identidade pessoal" foi analisado no julgamento do REsp. nº 1.063.304/SP[18]. A matéria ganhou tônica no exame de caso em que a foto de um advogado abraçando um amigo em um bar foi publicada em jornal com o seguinte título "Bairros de São Paulo atraem vizinhança homossexual". Sentindo-se lesado, o fotografado, que alegou não ser homossexual, pediu reconhecimento de danos morais, deferido pela juíza de piso, que arbitrou o *quantum* em R$ 90 mil.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) manteve o reconhecimento do dano, mas reduziu o valor da indenização para R$ 60 mil. Na ocasião, o TJSP asseverou que além de utilizar a imagem do autor sem autorização, a reportagem lhe atribui uma condição que não lhe é própria. O caso chegou ao STJ, que confirmou o dano e, no julgamento monocrático, consignou que "sem dúvida, a publicação da fotografia desrespeitou os valores do autor, sua vida íntima, familiar e profissional, prejudicando sua imagem no meio social em que vive, trabalha e se relaciona". Sob tais argumentos, o Relator entendeu ser irrisório o valor fixado e o aumentou para R$ 250 mil. Na ementa do julgado, ficou ressalvado: "A homossexualidade, encarada como curiosidade, tem conotação discriminatória, e é ofensiva aos próprios homossexuais; nesse contexto, a matéria jornalística, que identifica como homossexual quem não é, agride a imagem deste, causando-lhe dano moral".

De se asseverar que o STJ deixou claro que o dano à personalidade não consistia no fato de o autor ter sido dado por homossexual, mas sim em, não o sendo, ter-lhe sido negado o "direito à identidade pessoal".

Outro tema recorrente no STJ é o "direito ao esquecimento", debatido na apreciação do REsp. nº 1.631.329/RJ[19], julgado pelo Tribunal em 2017. Na origem, a novelista Glória Perez ajuizou ação inde-

[18] STJ, REsp. nº 1.063.304/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, julgado em 26/08/2008.

[19] STJ, REsp. nº 1.631.329/RJ, 3ª Turma, Rel. p/ Acórdão Min. Nancy Andrighi, julgado em 2/10/2017.

nizatória em face da TV Record, devido à exibição de entrevista com o ex-ator Guilherme de Pádua, condenado pelo assassinato de sua filha. Na reportagem — cujo título foi "Caso Daniela Perez 20 anos depois" —, o autor do crime — hoje pastor evangélico — contou, em sua versão, detalhes da execução.

A mãe da vítima, sentindo-se lesada com a publicação, à qual atribuiu cunho sensacionalista, ajuizou ação indenizatória com fundamento no direito ao esquecimento. A autora alegou que, além de exibir fotos de sua filha sem autorização, o programa teria lhe causado dor e sofrimento ao relembrar o crime, além de colocar o criminoso em posição de vítima, causando prejuízos à imagem da falecida.

O juízo de piso e a instância de apelação carioca entenderam que não houve violação de direitos da personalidade, tese confirmada pelo STJ. No julgamento do recurso especial a Corte não considerou o abuso por entender que, embora o direito ao esquecimento seja aplicável a ofensores e ofendidos, não alcançava o caso dos autos, visto que o fato entrou para o domínio público e o caráter da reportagem foi informativo, sem intuito lucrativo.

Outro caso conhecido envolve o antigo programa "Linha Direta", da Rede Globo, que relembrava crimes do passado. Em uma das edições, o tema foi a chacina da Candelária e, na ocasião, noticiou-se o envolvimento de policiais que haviam sido absolvidos pela justiça. Sentindo-se lesado, sobretudo pela possibilidade de reprodução do programa por vídeos na internet, um dos policiais ajuizou ação indenizatória fundamentada no direito ao esquecimento. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) determinou a retirada da matéria e dos respectivos vídeos, bem como o pagamento de indenização por danos morais no importe de R$ 50 mil.

A questão chegou ao STJ que, apesar de ressalvar de que chacina da Candelária é fato genuinamente histórico, de domínio e interesse público, e, por isso, sobrevive à passagem de tempo, naquele caso concreto não havia necessidade de veicular o nome e imagem do autor em rede nacional. Nesses termos, invocando o direito ao esquecimento do envolvido, em 2013, foi negado provimento ao recurso interposto pela Rede Globo, mantendo a condenação no patamar de R$ 50 mil por não a considerar exorbitante.

Todavia, recentemente, o STJ reconheceu na matéria caráter de repercussão geral e determinou o sobrestado do feito até que o Supre-

mo Tribunal Federal decida questão constitucional suscitada, qual seja, "aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil quando for invocado pela própria vítima ou pelos seus familiares" (Tema nº 786/STF). Assim, conquanto o caso ainda não tenha um desfecho, observa-se que, até o momento, o direito ao esquecimento tem prevalecido.

Com isso, observa-se que no mesmo período o STJ tomou decisões diferentes para casos semelhantes: no caso da chacina da Candelária, não fosse a questão constitucional levantada, o direito ao esquecimento teria prevalecido, ao contrário do que ocorreu com o recurso da ação da novelista Glória Perez. Nota-se que os casos são similares, ambos julgados no mesmo período — entre 11/10/2017 e 31/10/2017 —, mencionados em programa de rede nacional e notadamente de domínio público. Todavia, em apenas um deles foi reconhecida a existência de dano indenizável.

Nesse contexto, essa pesquisa percebeu uma notória ausência de parâmetros objetivos uniformizadores para o reconhecimento do dano moral, denunciando discrepância de tratamento dado a matérias semelhantes.

Tratando-se as Turmas do Superior Tribunal de Justiça de órgãos colegiados, por certo haverá divergências nos julgamentos das questões levadas à instância especial, a depender, dentre outros fatores, da composição dos órgãos. Ademais, a questão atinente aos danos à personalidade e à configuração de dano moral apresenta elevada carga de subjetividade, porquanto está associada às projeções biopsicológicas, morais e intelectuais do indivíduo. Sob essa perspectiva, há dificuldades tanto na verificação da existência do prejuízo como na apuração de sua extensão.

Com efeito, muitos são os fatores que determinam a existência do dano e o arbitramento do respectivo *quantum* indenizatório. Vale dizer, a divergência de posicionamento observada nos julgados do STJ envolve diferentes causas. Entretanto, apesar de reconhecer a complexidade que circunda a matéria, é importante que casos semelhantes recebam tratamento jurídico semelhante. Com isso, serão privilegiadas a isonomia e a segurança jurídica, valores caros ao ordenamento jurídico, sobretudo na atual sistemática processual.

A pesquisa de julgados das Turmas da Corte revela que, a despeito das tentativas de unificação da jurisprudência, muitos temas têm recebido tratamento e soluções diferentes, inclusive em questões tidas

como pacificadas. É o caso, por exemplo, da necessidade de prova do dano à personalidade, pois, conquanto esteja consolidado o posicionamento de que não se exige prova do sofrimento, mas sim do fato danoso, há registros de negativa de dano moral por ausência de prova desse elemento subjetivo.

A projeção dos prejuízos à personalidade é essencialmente interna, pois afeta a dignidade da pessoa humana[20]. E, sendo a dignidade um valor social, toda a comunidade é prejudicada quando um direito personalíssimo é violado. Daí se falar em "projeção externa do dano"[21].

A análise de julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ) revelou que as Turmas da instância especial aderiram à ideia de tutela da personalidade e reparação de danos trazida pelo Código Civil, o qual oferece também mecanismos inibitórios que visam a evitar o dano, minimizar sua ocorrência e diminuir seus impactos.

> Especificamente quanto ao caráter da responsabilidade civil, na prática, os julgados do STJ revelam que, na contramão da literatura jurídica majoritária, nem sempre as Turmas do Tribunal consideram a compensação por dano moral como lenitivo pela violação aos direitos da personalidade. Ao contrário, não são raros os julgados que compreendem o dano moral como *pretium doloris*, uma ideia da qual a literatura e os tribunais se afastaram com o tempo: "a indenização pelo dano exclusivamente moral não possui o acanhado aspecto de reparar unicamente o *pretium doloris*, mas busca restaurar a dignidade do ofendido. Por isso, não há que se dizer que a indenização por dano moral é um preço que se paga pela dor sofrida. É claro que é isso e muito mais"[22].
>
> Com efeito, nos últimos anos, o posicionamento do STJ foi se transformando, no sentido de considerar os danos morais *ipso jure* como lesões a direitos da personalidade e, aos poucos, parece abandonar a antiga concepção de dano moral como "preço da dor". Um exemplo dessa virada de paradigma

[20] RIGAUX, François. *La protection de la vie des autres biens de la personnalité*, Bruylant-LGDJ, 1990.
[21] SILVESTRE, Gilberto Fachetti; HIBNER, Davi Amaral; RAMALHO, Camila Vila Nova. *Acessibilidade e direitos da personalidade: questões materiais e processuais*. Moldova: Novas Edições Acadêmicas, 2018.
[22] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. Vol. 4. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 332.

é o seguinte julgado[23]:

> O dano moral não precisa representar a medida nem o preço da dor, mas uma compensação pela ofensa injustamente causada a outrem. A indenização econômica, assim, tornou-se o único meio para a reparação do dano moral. Ocorre por mera compensação ou neutralização e não exatamente por restauração dos bens lesados, o que, à evidência, seria impossível. Diante de tais situações, a única via pela qual se pode ao menos minorar os efeitos do dano é por meio da reparação pecuniária.

Veja, a seguir, alguns casos emblemáticos.

No AREsp. nº 1.174.714/SE[24], cujo recorrente pleiteou indenização por dano moral em razão de ter presenciado roubo à agência bancária com utilização de explosivos. Mediante juízo monocrático, a Corte entendeu que, apesar do fato danoso estar comprovado, não havia "nos autos prova suficiente de que tal fato deflagrou um estado de dor e sofrimento que caracterizassem danos morais a serem indenizados", pelo que concluiu ser "totalmente descabida a pretensão indenizatória, a título de danos morais, promovida pela parte autora".

Contudo, em caso semelhante, em que um indivíduo que teve seu carro roubado no estacionamento de um clube, em assalto à mão armada, ajuizou ação requerendo indenização por danos materiais e morais, tendo o reconhecimento de ambos sido negado pelo juízo de piso e pela instância de apelação, o Relator do REsp. nº 1.687.632/SP[25], entendeu ser "irrefutável que o roubo à mão armada, violento por natureza, submete o homem médio, a intenso sofrimento, angústia e abalo emocional, o que caracteriza o dano moral, prescindindo de provas para a sua configuração" e, por essa razão, condenou o clube ao pagamento de indenização por danos morais, que arbitrou em R$ 10 mil.

Outro tema que apresenta decisões discrepantes é o dano moral em razão da existência de corpo estranho e insetos no interior de embalagens de alimentos. Em 2014, chegou ao STJ o REsp. nº 1.424.304/

[23] STJ, AREsp. nº 1.083.146/SP, Decisão Monocrática, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 03/07/2017.
[24] STJ, AREsp. nº 1.174.714/SE, Decisão Monocrática, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 16/10/2017.
[25] STJ, REsp. nº 1.687.632/SP, Decisão Monocrática, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 16/11/2017.

SP[26], com o caso de uma consumidora que encontrou corpo estranho em garrafa de refrigerante e, apesar de não ter ingerido o produto, sentiu-se lesada em sua dignidade. Na ocasião, o órgão decidiu pela existência de dano moral, nos seguintes termos:

> A aquisição de produto de gênero alimentício contendo em seu interior corpo estranho, expondo o consumidor à risco concreto de lesão à sua saúde e segurança, ainda que não ocorra a ingestão de seu conteúdo, dá direito à compensação por dano moral, dada a ofensa ao direito fundamental à alimentação adequada, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana. 4. Hipótese em que se caracteriza defeito do produto (art. 12, CDC), o qual expõe o consumidor à risco concreto de dano à sua saúde e segurança, em clara infringência ao dever legal dirigido ao fornecedor, previsto no art. 8º do CDC. 5. Recurso especial não provido.

Em 2015, foi levado ao STJ no AgRg. no AREsp. nº 489.030/SP[27] um caso em que os autores haviam consumido salada contaminada por larvas verdes, cujas fotos constavam nos autos. Os autores não se recordavam se haviam ou não ingerido as larvas, mas alegaram que, como as fotografias mostravam somente pedaços dos insetos, era muito provável que sim. Na oportunidade, como a ingestão não restou comprovada, a 4ª Turma decidiu pela inocorrência de dano moral, conforme restou consignado:

> A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se consolidou no sentido de que a ausência de ingestão de produto impróprio para o consumo configura, em regra, hipótese de mero dissabor vivenciado pelo consumidor, o que afasta eventual pretensão indenizatória decorrente de alegado dano moral. [...]. Ora, é comum a existência de lagartas verdes nas folhas de alface e similares [...]. O fato ocorrido, mesmo que desagradável, não ultrapassou o mero dissabor, pois inexistiram maiores consequências para a saúde dos demandantes [...].

Em sentido oposto, dois meses depois, no AREsp. nº. 603.327/

[26] STJ, REsp. nº 1.424.304/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 11/03/2014.

[27] STJ, AgRg. no AREsp. nº 489.030/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 16/04/2015.

SP[28], ao analisar caso em que a vítima consumiu barra de cereal igualmente contaminada por larva, o STJ entendeu pela existência de dano moral. Na ocasião, o Min. Marco Buzzi, em decisão monocrática, amparou sua conclusão no seguinte fundamento: "Nisso há, muito mais que mero dissabor, lesão à integridade física e psicológica do consumidor, o que se traduz dano moral e obriga à reparação dessa natureza, na linha de precedentes desta Corte".

Cerca de dois anos após esse julgamento, em 2017, ao analisar o REsp. nº 1.644.405/RS[29], em que uma criança levou à boca alimento com corpo estranho, mas cuspiu ao notar a contaminação, a relatora, Min. Nancy Andrighi, entendeu pela ocorrência de dano moral que, segundo ela, consistiria no simples fato de levar o corpo estranho à boca. Na ocasião, registrou estar ciente de precedentes nos quais a Corte afastou o dano por não ter havido ingestão, mas ressalvou o seu posicionamento pessoal.

Em 2018, ao julgar o REsp. nº 1.435.584/RS[30], em juízo monocrático, o Min.Raul Araújo reformou decisão da corte de origem para excluir o reconhecimento de dano moral em caso no qual se encontrou uma caixa de chicletes dentro de garrafa de cerveja. Segundo a instância especial, a identificação da contaminação impediu o consumo e, como não houve ingestão, afastou a ocorrência de dano moral indenizável.

No ano seguinte, a 4ª Turma, ao julgar o AgInt no REsp. nº 1.797.805/PR[31], negou indenização por danos morais ao autor que encontrou larva viva no interior de um chocolate. Na ocasião, o relator ressalvou entendimento contrário da 3ª Turma, mas disse seguir a orientação dominante na Corte, segundo a qual a configuração de dano moral indenizável em razão de corpo estranho em alimento exige sua ingestão.

Em março de 2020, a decisão monocrática proferida nos autos do AgInt no Resp. nº 1.773.354/RS[32], indica que a 3ª Turma segue reafirmando seu entendimento de que, para a ocorrência de dano moral

[28] STJ, AREsp. nº. 603.327/SP, Decisão Monocrática, Rel. Min. Marco Buzzi, julgado em 09/06/2015.

[29] STJ, REsp. nº 1.644.405/RS, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 09/11/2017.

[30] STJ, REsp. nº 1.435.584/RS, Decisão Monocrática, Rel. Min. Raul Araújo, julgado em 06/11/2018.

[31] STJ, AgInt no REsp. nº 1.797.805/PR, 4ª Turma, Rel. Min. Raul Araújo, julgado em 21/05/2019.

[32] STJ, AgInt no Resp. nº 1.773.354/RS, Decisão Monocrática, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 18/02/2020.

basta o fato de encontrar o corpo estranho no alimento, sem mencionar a necessidade de levá-lo à boca ou ingeri-lo. Vale dizer, considerou-se que a simples presença do corpo estranho configura dano moral *in re ipsa*, pelo que houve reforma da decisão para reconhecer a ocorrência de dano moral, cuja indenização foi arbitrada em R$ 5 mil.

Como se observa, é comum haver decisões discrepantes e soluções diferentes para casos semelhantes no repositório das Turmas da Corte. Daí a dificuldade em trazer objetividade e unificar matérias que envolvem aspectos eminentemente subjetivos.

Por certo, essa investigação verificou que há dificuldade em identificar a aptidão do fato alegado para gerar violação dos direitos da personalidade. Em que pese a existência de parâmetros técnicos, a pesquisa revelou que o repositório de julgados denuncia que os métodos até então utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça são insuficientes para identificar a violação.

A análise qualitativa dos julgados revela que se deve, ainda, considerar que a divergência de posicionamentos verificadas no âmbito da Corte repercute, dentre outros, no aspecto probatório e na fundamentação das decisões, inaugurando debates de ordem constitucional, processual e social.

Passo seguinte, essa pesquisa verificou a existência de limites adotados pelo STJ para o reconhecimento dos danos a direitos da personalidade, e passou a analisá-los.

A despeito das divergências acerca dos parâmetros para o reconhecimento do dano moral, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é o de que ele pressupõe ofensa anormal à personalidade e produz dano na esfera íntima do indivíduo, conforme ficou consignado no REsp. nº 876.527/RJ[33]. Tal orientação traduz a preocupação do órgão com a banalização do dano moral que, por muito tempo, foi fruto de aventuras jurídicas com o intuito meramente lucrativo.

Com efeito, decisões do STJ têm assinalado que os aborrecimentos comuns do dia a dia, meros dissabores normais e próprios do convívio social, não são suficientes para originar danos morais indenizáveis[34]. Essa é a mesma ótica da literatura jurídica ao ponderar que, alguns

[33] STJ, REsp. nº 876.527/RJ, 4ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 01/04/2008.

[34] Como, por exemplo: STJ, REsp. nº 1.363.948/ES, Decisão Monocrática, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 31/10/2017.

fatos, embora desagradáveis, não ensejam dano moral, e por isso "nem todo atentado a direitos da personalidade em geral é apto a gerar dano de cunho moral"[35]. Sérgio Cavalieri Filho, a propósito, alerta que[36]:

> só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral [...]. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos. [...] dor, vexame e sofrimento só poderão ser considerados dano moral quando tiverem por causa uma agressão à dignidade de alguém.

Não são raros os casos em cujos julgamentos o STJ assinalou que, para ensejar compensação, a lesão aos direitos da personalidade deve ser severa[37]. Tal posicionamento revela certa tendência ao reconhecimento de "danos morais não indenizáveis", nas situações em que, apesar de existir lesão a direitos da personalidade, o prejuízo moral foi ínfimo, a ponto de não restar configurado o dever de compensação. Nesse sentido, o Tribunal reafirma que "a vida em sociedade traduz, em certas ocasiões, dissabores que, embora lamentáveis, não podem justificar a reparação civil por dano moral"[38].

Essa investigação constatou que a Corte tem adotado critérios cada vez mais rígidos para o reconhecimento do dano moral. A impressão que fica é que essa é uma medida para coibir ou amenizar aquilo que se designa de "indústria do dano moral". A essa conclusão se chegou ao se observar, por exemplo, casos de negativação indevida. Em um primeiro momento da história do tribunal, bastava que a inscrição fosse indevida para que o dano moral se operasse *in re ipsa*: "A indevida inscrição em cadastro de inadimplente, bem como o protesto do títu-

---

[35] BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 60.

[36] CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 84.

[37] STJ, REsp. nº 801.109/DF, 4ª Turma, Rel. Min. Raul Araújo, julgado em 12/06/2012.

[38] STJ, AREsp. nº 1.639.384/SP, Decisão Monocrática, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 17/02/2020.

lo, geram direito à indenização por dano moral, independentemente da prova objetiva do abalo à honra e à reputação sofrida pelo autor, que se permite, na hipótese, presumir" [39].

Mais recentemente, porém, o posicionamento é o de que, caso já conste alguma anotação devida no cadastro do indivíduo, inscrições indevidas subsequentes não geram dano moral presumido, sendo necessária a prova do prejuízo, conforme a Súmula nº 385: "da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento"[40].

De fato, o STJ tem estreitado a via do reconhecimento do dano moral, assumindo postura combativa daquela chamada "indústria do dano moral". A atitude representa, de um lado, o desencorajamento ao ajuizamento de ações temerárias com intuito meramente lucrativo e, de outro, o fortalecimento do paradigma da personalização, à medida em que exige que a lesão, para ser indenizável, gere abalo moral, afastando as situações cujo prejuízo seja meramente econômico.

2. OS ENTENDIMENTOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE O *QUANTUM* COMPENSATÓRIO NAS AÇÕES DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL

O Código de Processo Civil prescreve no inciso V do *caput* do art. 292 que, nas ações indenizatórias fundadas em dano moral, o valor da causa corresponderá ao valor pretendido pelo autor, ou seja, estabeleceu a regra da formulação de pedido certo. Assim, ressalvada a hipótese do inciso II do § 1º do art. 324, o pedido de compensação por dano moral deverá indicar o valor pretendido.

Sobre a necessidade de indicação do *quantum* compensatório pretendido, em que pese haver divergências na literatura e jurisprudência, o tema reclama prévia reflexão acerca da própria concepção do dano moral, pois sua compreensão como sofrimento (*pretium doloris*) ou lesão *ipso jure* (*in re ipsa*) interfere substancialmente na obrigatoriedade de

[39] STJ, REsp. nº 457.734/MT, 4ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 22/10/2002.

[40] Nesse sentido, ver, como exemplo: STJ, REsp nº 1.429.279/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 02/09/2014; e STJ, REsp. nº 1.532.555/MG, Decisão Monocrática, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 21/05/2018.

fixação do *quantum*. Explica-se:

Se classificado como *pretium doloris*, obviamente, apenas a parte-autor-vítima poderá indicar quanto "vale seu sofrimento", pois, sendo subjetivo, não cabe ao Poder Judiciário aferi-lo. Nesse caso, caberá ao juiz o controle de razoabilidade do *quantum*, decidindo se houve dano moral e se o valor indicado é razoável, ou seja, apenas confirmar ou não o *quantum*.

Por outro lado, se classificado como lesão de pleno direito, o valor indicado pela parte será meramente indicativo, sem aptidão para vincular o julgador que, nesse caso, fará um controle do ordenamento jurídico. Vale dizer, sendo o dano moral compreendido como lesão aos direitos prescritos no ordenamento jurídico, caberá ao magistrado, portanto, dizer qual é o "valor dessa lesão".

Atualmente, este é um exemplo do entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca da obrigatoriedade de indicação do *quantum* pretendido, conforme se verifica na seguinte ementa[41]:

> RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. VALOR DA CAUSA. PROVEITO ECONÔMICO. IDENTIFICAÇÃO. POSSIBILIDADE. CUMULAÇÃO. SOMA DOS PEDIDOS. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. Se desde logo é possível estimar um valor, ainda que mínimo, para o benefício requerido na demanda, a fixação do valor da causa deve corresponder a essa quantia. Precedentes. 3. De acordo com a iterativa jurisprudência desta Corte, quando há indicação na petição inicial do valor requerido a título de danos morais, ou quando há elementos suficientes para sua quantificação, ele deve integrar o valor da causa. 4. O Código de Processo Civil de 2015 estabelece que o valor da causa, nas ações indenizatórias, inclusive as fundadas em dano moral, será o valor pretendido. 5. Na hipótese em que há pedido de danos materiais cumulado com danos morais, o valor da causa deve corresponder à soma dos pedidos. 6. Recurso especial parcialmente provido.

Ressalta-se, porém, que mesmo após a vigência do Código de

[41] STJ, REsp. nº 1.698.665/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 24/04/2018.

Processo Civil, a Corte já reconheceu a possibilidade de elaboração de pedido genérico, a despeito do inciso V do *caput* do art. 292, conforme se verifica em trechos extraídos de decisões monocráticas prolatadas nos seguintes julgados:

1. REsp. nº 1.713.756/MG[42]: "É pacífica a jurisprudência desta Corte quanto à possibilidade de formulação de pedido genérico de compensação por dano moral, cujo arbitramento compete exclusivamente ao juiz, mediante o seu prudente arbítrio"; e

2. AgInt. no AREsp. nº 1.172.658/SP[43]: "No que diz respeito à existência de julgamento extra petita nas hipóteses de indenização por dano moral, a jurisprudência desta Corte Superior se firmou no sentido de que, formulado pedido genérico, fica afastada a alegação de julgamento fora dos limites do pedido".

3. Pois bem. Caso haja formulação de pedido certo, surge outra divergência, que consiste em saber se o julgador deve ou não se limitar ao *quantum* indicado pela parte.

A 3ª Turma parece adotar posicionamento de que, uma vez apontado o valor, o juízo estará a ele vinculado, sob risco de julgamento *ultra petita*: "nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, havendo pedido certo de condenação por danos morais, o magistrado, ao julgar a causa, deve se limitar ao que foi requerido, sob pena de julgamento *ultra petita*"[44].

Já a 4ª Turma, em sentido contrário, considera que o valor indicado na inicial é meramente estimativo e não vincula o julgador: "o magistrado, ao arbitrar a indenização por danos morais, não fica vinculado ao valor meramente estimativo indicado na petição inicial. Precedentes. 4. Agravo interno provido para conhecer do agravo e negar provimento

[42] STJ, REsp. nº 1.713.756/MG, Decisão Monocrática, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 15/02/2018.
[43] STJ, AgInt no AREsp. nº 1.172.658/SP, Decisão Monocrática, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 14/02/2018.
[44] STJ, AREsp. nº 1.231.657/SP, Decisão Monocrática, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 05/02/2018.

ao recurso especial"[45].

No âmbito da literatura jurídica, também há divergência sobre a possibilidade de formulação de pedido genérico após o Código de Processo Civil de 2015.

Fredie Didier Júnior, por exemplo, defende a necessidade de indicação de valor[46]:

> o pedido nestas demandas deve ser certo e determinado, delimitando o autor quanto pretende receber como ressarcimento pelos prejuízos morais que sofreu. Quem, além do próprio autor, poderia quantificar a "dor moral" que alega ter sofrido? Como um sujeito estranho e por isso mesmo alheio a esta "dor" poderia aferir a sua existência, mensurar a sua extensão e quantificá-la em pecúnia? A função do magistrado é julgar se o montante requerido pelo autor é ou não devido; não lhe cabe, sem uma provocação do demandante, dizer quanto deve ser o montante.

Já Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero entendem pela continuidade da permissão de pedido genérico: "Ao referir expressamente à ação que visa a tutela reparatória por força da alegação de dano moral, o novo Código pretende que o autor de fato aponte, sempre que possível, o valor que pretende a título de indenização, nada obstante seja possível na hipótese a formulação de pedido genérico" [47].

Essa pesquisa levou em consideração uma interpretação sistemática a partir da topografia do art. 292, o qual foi inserido no Título V (Do Valor da Causa) do Livro IV (Dos Atos Processuais) na Parte Geral do *Codex*, ou seja, foi tratado separadamente das questões atinentes aos pedidos e à sua formulação. Logo, ao que tudo indica, conquanto a lei não especifique a repercussão da regra, certamente a indicação deve apontar o valor que se pretende atribuir à causa e não ao pedido inde-

---

[45] STJ, AgInt no AREsp. nº 1.389.028/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Raul Araújo, julgado em 11/04/2019.

[46] DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 581.

[47] MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. ARENHART, Sérgio Cruz. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 301.

nizatório.

Dessa forma, a determinação contida nos arts. 291 e 292 não tem o condão de impor à parte autora o dever de apontar com precisão o valor do *quantum* compensatório pretendido, nem, tampouco, vincula o julgador ao valor eventualmente apontado.

Nesse aspecto, não se pode ignorar os reflexos do valor da causa que, para além de servir de base para o cálculo das custas processuais, projetam-se na fixação de multas diversas impostas às partes e auxiliares da justiça (§ 2º do art. 77; art. 81; § 8º do art. 334; inciso II do § 1º do art. 468; § 10 do art. 702; § 4º do art. 1.021; e §§ 2º e 3º do art. 1.026), arbitramento de honorários de sucumbência (§§ 2º e 5º do art. 85; parágrafo único do art. 338; e art. 701) e, ainda, para o cálculo do necessário depósito relativo à propositura de ação rescisória (inciso II do art. 968).

Assim, em que pese a importância que a legislação processual confere ao valor atribuído à causa e suas projeções em diversos institutos, a regra do inciso I do *caput* do art. 292 não atribui vinculação explícita entre a indicação do valor pretendido a título de indenização por danos morais e a vedação de pedido genérico. O legislador se restringiu a determinar que, na hipótese de indicação do valor pretendido, esse será o valor atribuído à causa.

Com efeito, a regra de fixação de valor certo pretende impor ao postulante a autorresponsabilidade. Nada obstante os antagonismos entre literatura e tribunal, recomenda-se que os pedidos de dano moral indiquem o valor pretendido sempre que possível, o que, aliás, facilita a compreensão do pedido pelo julgador.

Havendo arbitramento, certamente os magistrados devem estar atentos ao ônus argumentativo inerente à atividade judicante e, com responsabilidade, adotar *standards* interpretativos colhidos na jurisprudência, obedecendo, sempre que possível, aos critérios oriundos de suas próprias decisões, a fim de realizar arbitramentos coerentes. *Arbitramento*, e não *arbitrariedade*.

No que tange ao reflexo da indicação do *quantum* pretendido para fins de sucumbência, destaca-se que, a despeito da indicação, eventual arbitramento em montante inferior não configura, de plano, sucumbência recíproca, conforme Súmula nº 326 do STJ: "Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca".

Assim, a formulação normativa, inicialmente, trouxe a expec-

tativa de que os pedidos seriam formulados com mais responsabilidade. Mas, à medida que chegaram ao STJ os recursos interpostos após o advento do Código de Processo Civil, houve certa frustração, justamente em razão da não aplicação da sucumbência recíproca.

Outro ponto a se analisar é a revisão do arbitramento do *quantum* indenizatório na perspectiva da Súmula nº 07. Com efeito, o recurso especial não se presta à discussão quanto à ocorrência do dano moral. Todavia, há casos em que o jurisdicionado não se dá por satisfeito com o valor arbitrado a título de compensação ou com a valoração que se fez da prova levada ao juízo e, por tais razões, entende que a lei federal não foi aplicada corretamente.

Quanto ao arbitramento, já se consolidou no órgão o entendimento de que somente será revisto em caso de fixação de valor irrisório ou exorbitante. Apenas em tais situações, tidas como exceções à Súmula nº 07, é que o STJ se debruçará sobre a fixação do *quantum*, pois, nesses casos, estaria subentendida a má aplicação da lei.

A justificativa do Tribunal é que sua intervenção está restrita à uniformização de entendimento. Por se tratar de "Corte de caráter nacional, destinada a firmar interpretação geral do Direito Federal para todo o país e não para a revisão de questões de interesse individual"[48], as insurgências relativas ao valor do *quantum* indenizatório, somente são admitidas para preservar o duplo grau de jurisdição nas ocasiões em que o valor fixado se revelar teratológico.

Certamente, a revisão do valor arbitrado perpassa por questões fáticas e que demandam análise probatória, como, por exemplo, a extensão do dano e as condições de sua ocorrência. Parece ser justamente essa a razão que inviabiliza a análise de adequação do *quantum*, haja vista a estreita vinculação da fundamentação recursal admissível no âmbito do STJ.

Diante disso, observou-se um impasse: se de um lado há a impossibilidade de revisão do valor arbitrado, de outro há a ausência de parâmetros para sua fixação. Nesse contexto, é necessário que, como órgão responsável pela uniformização da aplicação da legislação federal, o STJ passe a empregar critérios de razoabilidade a serem seguidos pelos demais tribunais a ele vinculados. É, portanto, necessário que a fixação de balizas para a quantificação tome por base critérios que, na medida

[48] STJ, AgRg no AREsp. nº 384.785/DF, 3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 24/09/2013.

do possível, sejam relativamente objetivos e forneçam aos juízos de piso parâmetros eficientes de arbitramento, sem, contudo, impor-lhes um tabelamento que engesse a atividade judicante em torno da matéria.

A partir disso, uma vez descumpridos os critérios estabelecidos, caso chegue à Corte eventual insurgência relativa ao *quantum* arbitrado, o inconformismo terá como fundamento o dissídio jurisprudencial e não a violação ou má aplicação de lei federal. Na prática, isso causaria o afunilamento do filtro recursal, uma vez que a admissibilidade de recursos especiais aviados sob essa hipótese é mais restrita e depende de cotejo analítico que demonstre a divergência.

Em matéria de reconhecimento de violação aos direitos da personalidade de pessoa jurídica (art. 52 do Código Civil), O Superior Tribunal de Justiça entende ser evidente que a pessoa jurídica não comporta a totalidade de direitos da personalidade garantida às pessoas naturais. Por exemplo, não é dotada dos direitos à vida, integridade psíquica, honra subjetiva (ligada à autoestima), vida privada, intimidade e outros de índole eminentemente subjetiva. Reconhece-se, todavia, seus direitos à honra objetiva, imagem, nome, dentre outros e, nessa perspectiva, o STJ admite a possibilidade de danos somente aos direitos da personalidade que lhe são próprios[49]:

> Toda a edificação da teoria acerca da possibilidade de pessoa jurídica experimentar dano moral está calçada na violação da honra objetiva, consubstanciada em atributo externalizado, como uma mácula à imagem, à admiração, ao respeito e à credibilidade no tráfego comercial. Assim, a violação à honra objetiva está intimamente relacionada à publicidade de informações potencialmente lesivas à reputação da pessoa jurídica [...] a ausência de comprovação de efetiva ofensa à honra objetiva da pessoa jurídica conduz ao não conhecimento do direito à compensação por danos morais.

Destaca-se, outrossim, que na pessoa jurídica o dano moral não se configura *in re ipsa*, por se tratar de fenômeno muito distinto daquele relacionado à pessoa natural[50]. Nesse contexto — nada obstante seja possível, em tese, a indenização pelos danos morais suportados por

[49] STJ, AgInt no AgInt no REsp. nº 1.455.454/PR, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 17/04/2018.

[50] STJ, REsp. nº 1.564.955/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 06/02/2018.

pessoa jurídica (Súmula nº 227) —, tais situações são muito restritas e exigem comprovação de desprestígio perante terceiros ou de mácula à imagem no meio comercial[51].

Assim, no que tange ao reconhecimento de dano moral em face de pessoa jurídica, diferentemente do que ocorre em outros temas, a Corte tem seguido o posicionamento no sentido de admitir tal possibilidade. Entretanto, impõe filtros estreitos ao seu reconhecimento, sobretudo no aspecto probatório, porquanto exige comprovação de que o dano tenha repercutido negativamente em seu conceito, reputação e credibilidade de que goza perante terceiros.

Sobre o reconhecimento de direitos da personalidade do nascituro — a despeito das discussões que possam surgir acerca do momento de aquisição da personalidade[52] —, o STJ tem reconhecido que o nascituro é dotado de direitos da personalidade. Portanto, abstraindo-se as divergências acerca do início da personalidade, a abordagem aqui empreendida se limita ao tratamento dado pela Corte ao nascituro.

Nesse viés, Rodolfo Pamplona Filho e Ana Tereza Meirelles Araújo apontam que a proteção à dignidade se sobrepõe às discussões doutrinárias, geralmente relacionadas à aquisição de direitos patrimoniais. Tratando-se, porém, de direitos da personalidade, considera que a tutela deve ser garantida independentemente da teoria adotada[53]. E o STJ caminha na mesma direção e, abraçando interpretação altamente protetiva, reconhece e tutela os direitos da personalidade do nascituro, em qualquer que seja a teoria relativa ao início da aquisição[54]. Veja, exemplificativamente, o seguinte trecho de um julgado[55]:

> as teorias mais restritivas dos direitos do nascituro — natalista e da personalidade condicional — fincam raízes na ordem jurídica superada pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002. O paradigma no qual foram edificadas

[51] STJ, REsp. nº 1.656.201/PB, Decisão Monocrática, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 08/06/2017.

[52] DIESSE, François. La situation juridique de l'enfant à naître em droit français : entre pile et face. In: *Revue générale de droit* 304 (1999): 607–661.

[53] PAMPLONA FILHO, Rodolfo; ARAÚJO, Ana Tereza Meirelles. Tutela jurídica do nascituro à luz da Constituição Federal. In: *Evocati Revista*, n. 23, nov. 2007.

[54] STJ, REsp. nº. 1.120.676/SC, 3ª Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, Rel. p/ Acórdão Min. Paulo De Tarso Sanseverino, julgado em 07/12/2010.

[55] STJ, REsp. nº 1.415.727/SC, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 04/09/2014.

> transitava, essencialmente, dentro da órbita dos direitos patrimoniais. Porém, atualmente isso não mais se sustenta. Reconhecem-se, corriqueiramente, amplos catálogos de direitos não patrimoniais ou de bens imateriais da pessoa — como a honra, o nome, imagem, integridade moral e psíquica, entre outros. 4. Ademais, hoje, mesmo que se adote qualquer das outras duas teorias restritivas, há de se reconhecer a titularidade de direitos da personalidade ao nascituro, dos quais o direito à vida é o mais importante. Garantir ao nascituro expectativas de direitos, ou mesmo direitos condicionados ao nascimento, só faz sentido se lhe for garantido também o direito de nascer, o direito à vida, que é direito pressuposto a todos os demais.

Com efeito, a Corte destaca a alta proteção conferida pela legislação aos direitos do nascituro, dentre eles a possibilidade de ser contemplado por doação (art. 542 do Código Civil), receber curatela (art. 1.779 do Código Civil) e atendimento pré-natal (art. 8º do Estatuto da Criança e do Adolescente). Ainda segundo o STJ, as disposições do Código Penal que tratam do aborto, no título destinado aos crimes contra a pessoa e alocado em capítulo destinado aos crimes contra a vida, reafirma a ampla proteção.

Um exemplo é o voto do Min. Luis Felipe Salomão no REsp. nº 1.415.727/SC, em que reconheceu o direito de recebimento do seguro DPVAT à mulher que sofreu aborto em decorrência de acidente de carro. Na ocasião, ressaltou que, por qualquer que seja a teoria utilizada, "há de se reconhecer a titularidade de direitos da personalidade ao nascituro, dos quais o direito à vida é o mais importante"[56].

Nos últimos 15 anos, a Corte tem se mostrado inclinada à defesa integral dos direitos do nascituro, antes vistos de forma mais restrita. Por exemplo, nos casos envolvendo nascituros cujos pais, em decorrência de ato ilícito, morreram antes do nascimento dos filhos, embora o STJ admita a existência do dano moral, a divergência consiste na seguinte questão: o fato de não ter havido a convivência própria de pai e filho influencia ou não no *quantum* indenizatório?

A questão — que até então permanece nebulosa — era tratada de forma bastante restritiva antes do Código Civil vigente. Por exemplo,

[56] STJ, REsp. nº 1.415.727/SC, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 04/09/2014.

em 2002, no julgamento do Resp. nº 399.028/SP[57], a Corte considerou que o fato de pai e filho nunca terem se conhecido seria apto para reduzir o *quantum*. Contudo, anos depois, ao julgar o Resp. nº 931.556/RS[58], reconheceu não haver possibilidade de divergência entre o *quantum* fixado em favor do nascituro em relação aos filhos já nascidos.

Contudo, em 2017, em decisão monocrática proferida nos autos do AREsp. nº 1.056.284/SP, pelo Min. Marco Aurélio Bellizze, da 3ª Turma, o Tribunal voltou a aplicar o entendimento aparentemente superado, ao indicar que seria "necessário considerar, no arbitramento do valor da compensação por dano moral, o fato de o nascituro não ter conhecido/convivido com o seu genitor" [59].

Em 2018, o Min. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, da 1ª Turma, considerou, monocraticamente, no julgamento do AREsp. nº 1.087.455/RJ[60], cujo recorrente pleiteava redução da indenização arbitrada em razão de perda de feto de 33 semanas, que, apesar do avançado estado da gravidez, o valor deveria ser reduzido. Na oportunidade, o relator ressaltou que para fins de arbitramento da compensação, a extensão do dano causado pela interrupção da gestação não é da mesma ordem que o abalo sofrido pela perda familiar com quem os autores conviviam diariamente e, sob essa premissa, reduziu a indenização de R$ 100 mil para R$ 30 mil.

A análise do repositório da Corte revela que, mesmo sendo incontroversa a possibilidade de violação de direitos da personalidade do nascituro, há oscilações quanto à questão relativa a essa condição ser ou não capaz de influenciar na fixação do *quantum*. Em que pese a aparente inclinação para a tese segundo a qual a condição de feto é irrelevante para fins de arbitramento, destaca-se a prolação de decisões divergentes, a exemplo do entendimento indicado nos julgados supramencionados.

Espera-se que nos próximos anos, seguindo a tendência de interpretar a legislação federal no sentido de conferir ao nascituro proteção integral quanto ao aspecto imaterial, o entendimento da Corte seja uni-

---

[57] STJ, Resp. nº 399.028/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 26/02/2002.

[58] STJ, Resp. nº 931.556/RS, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 17/06/2008.

[59] STJ, AREsp. nº 1.056.284/SP, Decisão Monocrática, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 05/04/2017.

[60] STJ, AREsp. nº 1.087.455/RJ, Decisão Monocrática, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 12/04/2018.

ficado de modo a protegê-lo integralmente em seus direitos personalíssimos.

3. CONCLUSÃO

As investigações desta pesquisa revelaram a discrepância com que o Superior Tribunal de Justiça trata situações semelhantes, bem como a divergência de posicionamento entre suas Turmas. Por esse motivo, o presente trabalho se propôs a compatibilizar, de um lado, o caráter essencialmente subjetivo do dano e seu reconhecimento e, de outro, a necessidade de estabelecer critérios razoáveis aplicáveis à matéria, sobretudo no que tange ao arbitramento.

As divergências de posicionamento parecem estar relacionadas às tentativas das Turmas de amenizar a chamada "indústria do dano moral", da qual decorre a "banalização do dano moral". A análise dos julgados e de seus fundamentos revela que as divergências não decorrem de questões dogmáticas ou técnicas, mas sim de fatores de política judiciária para coibir a judicialização do dano moral por tudo. Um exemplo foi a constatação de exigência da prova do sofrimento, o que demonstra que o dano moral deve ser visto como excepcional e como séria lesão aos direitos da personalidade, afastando-se de todo e qualquer excesso de suscetibilidades ou dissabores quotidianos. Logo, nem tudo é dano moral e nem toda situação de desgosto deve ser transformada em lide e levada à via judicial. Revela-se, assim, totalmente razoável que o STJ seja mais rigoroso na demonstração do dano moral, fazendo, assim, que surja uma nova cultura em torno da compreensão da matéria e, consequentemente, uma diminuição de demandas.

Ficou claro, assim, que em termos de operabilidade a compreensão em torno dos temas "dano moral" e "direitos da personalidade" nem sempre é pacífica e consensual no âmbito da instância superior especial, apesar de ser discussão de muitas décadas.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial. A tutela da dignidade da pessoa Humana. In: *Revista Síntese de Direito Processual Civil*, v.12, n. 80, dez. 2012.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Re-

novar, 2014.

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOVERO, Michelangelo. Ciudadania y derechos fundamentales. In: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXV, núm. 103, enero-abril de 2002, pp. 9-25.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; CIANCI, Mirna; CUNHA, Leonardo Carneiro da.; DANTAS, Bruno; DELFINO, Lúcio.; DIDIER JUNIOR, Fredie; REDONDO, Bruno Garcia (Orgs.). *Novo Código de Processo Civil – impactos na legislação extravagante e interdisciplinar*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2016.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CHARPENTIER, Élise. Entre droits de la personnalité et droit de propriété: un cadre juridique pour l'image des choses? In: *Revue Juridique Thémis*, 43-3, 2009.

DEL VECCHIO, Giorgio. Diritto e personalità umana nella storia del pensiero. Prolusione al corso di filosofia del diritto nell'Università di Ferrara letta il 19 gennaio 1904. In: *Rivista di filosofia e scienze affini*, 1 (3), oct. 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015.

DIESSE, François. La situation juridique de l'enfant à naître em droit français : entre pile et face. In: *Revue générale de droit* 304 (1999): 607-661.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil*. Teoria Geral do Direito Civil. Vol. 1. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

EHRHARDT JR., Marcos Augusto de A. Direitos Humanos Fundamentais à personalidade: a necessária intersecção entre o público e o privado para a garantia de sua proteção a partir da perspectiva do mínimo existencial. In: *Revista do Ministério Público* (Alagoas), Maceió, n.16, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do patrimônio mínimo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GARRIDO, Diego Alejandro Sandoval. Reparación integral y responsabilidad civil: el concepto de reparación integral y su vigencia en los daños extrapatrimoniales a la persona como garantía de los derechos de las víctimas.

In: *Rev. Derecho Privado*, nº. 25, Bogotá, jul./dez. 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. ARENHART, Sérgio Cruz. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MOORE, K. L.; PERSAUD, T. V. N. *The developing human: clinically oriented embryology*. 7th ed. Philadelphia: WB Saunders, 2003.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; ARAÚJO, Ana Tereza Meirelles. Tutela jurídica do nascituro à luz da Constituição Federal. In: *Evocati Revista*, n. 23, nov. 2007.

PINO, Giorgio. Teorie e dottrine dei diritti della personalità. Uno studio di meta-giurisprudenza analítica. In: *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2003/1, pp. 237-274.

RIGAUX, François. *La protection de la vie des autres biens de la personnalité*, Bruylant-LGDJ, 1990.

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

SILVESTRE, Gilberto Fachetti; HIBNER, Davi Amaral; RAMALHO, Camila Vila Nova. *Acessibilidade e direitos da personalidade: questões materiais e processuais*. Moldova, Europa: NEA – Novas Edições Acadêmicas, 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. Vol. 4. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

A TUTELA DA IMAGEM DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES NA MÍDIA

UMA PERSPECTIVA DIANTE DA EROTIZAÇÃO PRECOCE

Ana Sarah Vilela de Oliveira[1]
Brenda Laura Silva Santos[2]

Resumo: Este artigo trata da importância de tutelar a imagem de crianças e adolescentes na mídia frente a exposição excessiva e erotização precoce. A tecnologia, através dos meios de comunicação, impulsionam e influenciam o seu público para certa demanda. Conquanto, àqueles que não possuem o discernimento maduro para julgar aquilo que lhe é ofertado, é exposto a uma condição intensa de vulnerabilidade que pode comprometer o desenvolvimento de sua personalidade. Objetivou-se, neste trabalho, realizar um estudo sobre o direito a imagem, a doutrina da proteção integral associada com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e os efeitos da erotização precoce no caso da cantora Melody. A partir disso, analisar o Recurso Especial nº 1.036.296 - ES e identificar como o Superior Tribunal de Justiça se posicionou em relação a um caso de exposição e comparação de um menor com uma ex-dançarina da banda "É o Tchan". Como resultado, espera-se demonstrar a necessidade de uma tutela específica do direito a imagem de crianças e adolescentes.

Palavras chave: Direito a imagem. Crianças e adolescentes. Erotização precoce.

---

[1] Graduanda em Direito na Universidade Federal de Lavras. Membra do Laboratório de Bioética e Direito-UFLA. Bolsista do PETi-Direito e PIVIC.
[2] Graduanda em Direito na Universidade Federal de Lavras. Bolsista no programa institucional voluntário de iniciação científica/UFLA e do projeto de extensão „Precisamos falar sobre abuso sexual infantil" - UFLA.

INTRODUÇÃO

De acordo com a Lei 8.069/90, em seu título I, artigo 2º: "Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade". Neste contexto, é preciso ressaltar que esses indivíduos foram e ainda são muito negligenciados, tanto que a população infantojuvenil era vista pelo antigo Código de Menores como mais dependente do que capaz. Destarte, devido à condição de pessoa em desenvolvimento, acabam se tornando mais vulneráveis, de modo que a Lei 8.069/90, por meio do artigo 18, determinou que "é dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor." Assim, visa garantir o pleno exercício de seus direitos, uma vez que eles devem ser assegurados de forma prioritária e absoluta, como prevê o texto constitucional.

No entanto, ao examinar a importância de tutelar a imagem dos menores na mídia, sob a perspectiva da erotização precoce, foi possível observar que no caso da cantora Melody, os próprios pais acabaram por violar os seus direitos fundamentais. No caso da modelo Vivian Redondo, o próprio aparato judiciário mostrou-se omisso diante de caso de manifesta lesão aos seus direitos, fato que será examinado por meio do REsp. 1.036.296 – ES.

Portanto, o presente trabalho pretende demonstrar a necessidade de uma tutela específica da imagem desses indivíduos a fim de proteger a peculiar condição de personalidade em desenvolvimento. Para isso foi feito uma investigação jurisprudencial e bibliográfica sobre o direito à imagem e os direitos das crianças e adolescentes, bem como uma análise do caso da cantora Melody e da modelo Vivian Redondo - REsp. 1.036.296 - ES.

1. DIREITOS DE PERSONALIDADE

No contexto da segunda metade do século XIX, jusnaturalistas franceses e alemães utilizaram da expressão direitos da personalidade para designar direitos inerentes ao homem[3]. Obtido a partir de sua análise objetiva, consiste em um conjunto de características e atributos

[3] SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade.** São Paulo: Atlas, 2011.

da pessoa humana com intrínseca proteção por parte do ordenamento jurídico, já no sentido subjetivo é a capacidade que toda pessoa tem de ser titular de direitos e obrigações[1]. É visto como um complexo de valores que integra o ser humano e são essenciais para o desenvolvimento das suas características, aptidões e capaz de garantir a projeção do indivíduo na sociedade a partir da sua própria concepção de dignidade.

A importância do desenvolvimento da personalidade não é um tema inovador, uma vez que a dignidade humana é considerada como verdadeiro corolário de toda a ordem jurídica. Além de importar uma limitação estatal, permite criar diretrizes para a atuação do legislador, a fim de tutelar a projeção que o indivíduo faz de si no mundo. Neste viés, um dos direitos da personalidade, objeto de estudo deste trabalho, é o direito à imagem.

1.1 IMAGEM COMO DIREITO DE PERSONALIDADE

O conceito de imagem (do latim: imãgo) se refere a representação visual de uma pessoa ou de um objeto[2], ou seja, remete aos aspectos simbólicos que caracterizam o indivíduo, a sua exteriorização. Mas, mais que uma associação de como se é visto, a imagem remete a todo um complexo de valores e características físicas e morais.

A pintura é uma importante alusão de como a imagem torna um traço marcante e característico de seu autor, como o Sfumato, técnica exclusiva desenvolvida por Leonardo da Vinci[3]. Para tanto, a imagem que o indivíduo faz de si mesmo pode ser associada, do mesmo modo, como uma pintura moldada dia a dia, sendo lembrado e exteriorizado por ela. Dessa forma, António Menezes Cordeiro ensina que "o destino que se dê à imagem é, de certo modo, um tratamento dado à própria pessoa"[4], ressaltando a imagem como um importante atributo da personalidade humana.

Visando a sua tutela, o art. 5º da CF incisos V, X e XXVIII,

---

[1] SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade.** São Paulo: Atlas, 2011.

[2] CONCEITO DE IMAGEM. **Conceito.de**, [s.l.], 2019. Disponível em: https://bit.ly/2U9wdbl. Acesso em: 15 de fev. 2020.

[3] IMBROISI, Margaret. Técnica artística: sfumato. **História das Artes**, [s.l.], 2018. Disponível em: https://bit.ly/396r349. Acesso em: 18 de fev. 2020.

[4] CORDEIRO, Antônio Menezes. **Tratado de Direito Civil Português**. Coimbra: Almedina, v. 1, t. 3, 2004. p. 194.

alínea "a"[5] passou a considerar o direito a imagem como um direito autônomo, isto é, independe de ofensa ou não de outro direito da personalidade. Além disso, o artigo 20 do Código Civil estabelece que em casos que haja a divulgação, captação, exposição e utilização de imagens que ferem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se destinarem a fins comerciais serão expostos a indenização cabível, salvo se autorizadas ou necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública[6]. Conquanto, o artigo 20 acaba por incorrer em dois equívocos, o primeiro por delimitar as situações onde a imagem de uma pessoa pode ser veiculada sem sua autorização, abrindo margens para situações de necessidade de administração da justiça ou de manutenção da ordem pública, sem um parâmetro definido para sua exposição. O segundo, ao limitar a possibilidade do retratado obter a proibição do uso ou veiculação da sua imagem àquelas hipóteses em que lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se destinarem a fins comerciais. Contudo, o direito a imagem é autônomo, ou seja, independe da lesão à honra, nesse sentido, esta restrição não se justifica. Outrossim, a proibição da veiculação de imagens nos casos destinados a fins comerciais geram conturbadas interpretações, como a de que imagens podem ser tiradas em espaço público sem a autorização do retratado, quando não possui este fim. Além de não delimitarem o contexto de proteção de pessoas públicas, as quais são frequentemente expostas. Porém, são casos em que o direito a imagem é intrínseco como em qualquer outro, haja vista que o uso não autorizado da imagem alheia pode sofrer sanções mesmo quando não voltado a estes fins. Além disso, na internet, o dano à imagem é, frequentemente, irreversível, reafirmando a necessidade de soluções centradas sobre a sua auto-regulamentação e a atuação das im-

[5] Art. 5º "V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;" "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;" "XXVIII - são assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas." BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Planalto, [1988]. Disponível em: http://bit.ly/3b771bn. Acesso em: 02 de fev. 2020.

[6] BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, DF: Planalto, [2002]. Disponível em: http://bit.ly/33oa2Bm. Acesso em: 02 fev. 2020.

prensas, visto a alta tecnologia em que a sociedade está submetida.

Ainda que insuficiente a tutela do direito à imagem no Código Civil, David Cury buscou sintetizar o seu conteúdo:

> é possível afirmar que ele visa a tutelar: a) a faculdade, absoluta e exclusiva, que toda pessoa tem de não ser fotografada sem o devido consentimento, podendo exigir de outrem o respeito a esse direito; b) a possibilidade que o indivíduo tem de tirar proveito econômico da própria imagem, pela cessão do seu uso para finalidades publicitárias ou comerciais (aspecto funcional da imagem); c) o exercício e a conservação da imagem moral que todo sujeito possui no meio social (no aspecto afetivo, social, religioso, familiar, político, identificativo, etc.), impedindo que a sua personalidade seja alterada material ou intelectualmente, causando prejuízo à reputação ou ao prestígio social.[7]

Para a análise que se pretende fazer, será feita uma reflexão mais detida acerca do direito à imagem de crianças e adolescentes. Haja vista que em face da natural fragilidade destes indivíduos, os seus direitos foram também consagrados pelo artigo 227 da Constituição Federal de 1988[8] e pela Lei nº 8.069/90.

2. ANÁLISE LEGAL DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Segundo Sierra e Mesquita, as crianças e adolescentes eram vistas como seres completamente dependentes, que possuíam mais necessidades do que capacidades[9], o antigo Código de Menores confirmava

[7] JÚNIOR, David Cury. **A proteção jurídica da imagem da criança e do adolescente.** 2006. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2006. p. 58. Disponível em: https://bit.ly/2WE72zp. Acesso em: 07 de fev. 2020.

[8] Art. 227 "É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de coloca-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão." BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Planalto, [1988]. Disponível em: http://bit.ly/3b771bn. Acesso em: 02 de fev. 2020.

[9] SIERRA, Vânia Morales; MESQUITA, Wania Amélia. Vulnerabilidade e fatores de risco na vida de crianças e adolescentes. **São Paulo em Perspectiva**, São Paulo, v. 20,

essa ideia, ao oferecer um tratamento específico a esses indivíduos que se encontravam em situações de irregularidades. No entanto, por meio da Constituição Federal de 1988, o artigo 227 passou a assegurar os direitos fundamentais para as crianças e os adolescentes e, em seguida, no ano de 1990, foi promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente, que reforça a garantia dos direitos desses indivíduos, considerando-os como sujeitos de direitos.

Ainda que a Carta Magna de 1988 e o Código Civil de 2002 tenham instituído os direitos da personalidade em seus dispositivos, a Lei 8.069/90 também os reconheceu no capítulo intitulado "Dos Direitos Fundamentais". Visando oferecer uma tutela diferenciada aos direitos da personalidade dos menores, o referido diploma legal também estabeleceu direitos próprios[10], que são inerentes à população infantojuvenil, uma vez que proporcionam o pleno e adequado desenvolvimento corporal e mental. Isso porque, quando se trata de menores, que são pessoas em condição de desenvolvimento físico e psíquico, é essencial que os seus direitos sejam assegurados de forma prioritária e absoluta, como determina a Constituição Federal em seu art. 227.

De acordo com os ensinamentos de David Cury Júnior, as possibilidades previstas nos artigos 16 a 18 da Lei 8.069/90, que tutelam os direitos à liberdade, ao respeito e à dignidade, não são taxativas. Assim, o artigo 15 do referido Estatuto é considerado como uma cláusula geral dos direitos da personalidade das crianças e dos adolescentes, uma vez que tutela esses direitos de forma ampla.[11] Desse modo, o direito à imagem constitui um direito fundamental destes indivíduos, pois encontra-se previsto no art. 17[12] do ECA. Além disso, sua tutela se estende

---

n.1, jan./mar. 2006. Disponível em https://bit.ly/33CcOmE. Acesso em: 07 de fev. 2020.

[10] Como por exemplo os direitos à brincar, praticar esportes e divertir-se, previstos no art. 16, inciso IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente. BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Planalto, [1990]. Disponível em: https://bit.ly/2INuyC8. Acesso em: 02 de fev. 2020.

[11] JÚNIOR, David Cury. **A proteção jurídica da imagem da criança e do adolescente.** 2006. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2006. Disponível em: https://bit.ly/2WE72zp. Acesso em: 07 de fev. 2020.

[12] Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais. BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto

em relação à regulação da aparição de crianças e adolescentes em shows, filmes, desfiles e eventos festivos[13]. A fim de garantir uma proteção mais abrangente, a Lei 8.069/90 também estabeleceu sanções nas esferas civis, administrativas e penais, sem prejuízo umas das outras, para aquele que violar tal direito. Não obstante as inúmeras tentativas desta Lei, o direito à imagem ainda é muito negligenciado, devido à situação de vulnerabilidade dos menores, que, na maioria dos casos, não conseguem discernir o que é adequado, ficando à cargo dos seus pais ou responsáveis essa missão.

Sierra e Mesquita ensina que o conceito do termo vulnerabilidade é amplamente vasto, visto que sua origem passou a ser investigada não só pelo fator "renda" dos indivíduos, mas também por meio das suas interações sociais.[14] Nesse sentido, pode-se dizer que a ideia de vulnerabilidade social tem uma conexão direta com a perspectiva de bem estar social, de forma que as autoras defendem que

> ser vulnerável não é o mesmo que ser incapaz, mas significa ter por direito a condição de superar os fatores de risco que podem afetar o seu bem-estar. Em outras palavras, o sujeito com menos de 18 anos depende de um conjunto de fatores que devem viabilizar a efetivação de seus direitos.[15]

Isso posto, torna-se cada vez mais perceptível a vulnerabilidade dos menores causada pela interação da população infantojuvenil em suas relações com a família, vizinhos, sociedade e até mesmo com a própria atividade jurisdicional. Não são raras as vezes em que esses atores, que possuem o dever legal de velar pelos direitos dos menores, acabam, na

---

da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Planalto, [1990]. Disponível em: https://bit.ly/2INuyC8. Acesso em: 02 de fev. 2020.

[13] BARROS, Guilherme Freire de Melo. Direito da criança e do adolescente. In: BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Sinopses para concursos – Direito da criança e do adolescente**. 8 ed, v. 36. Salvador: Editora Jus Podivm, 2019. p. 29- 38. Disponível em: https://bit.ly/33IL1RH. Acesso em: 09 de mar. 2020.

[14] SIERRA, Vânia Morales; MESQUITA, Wania Amélia. Vulnerabilidade e fatores de risco na vida de crianças e adolescentes. **São Paulo em Perspectiva**, São Paulo, v. 20, n.1, jan./mar. 2006. Disponível em https://bit.ly/33CcOmE. Acesso em: 07 de fev. 2020.

[15] SIERRA, Vânia Morales; MESQUITA, Wania Amélia. Vulnerabilidade e fatores de risco na vida de crianças e adolescentes. **São Paulo em Perspectiva**, São Paulo, v. 20, n.1, jan./mar. 2006. p. 149-150. Disponível em: encurtador.com.br/esvy8. Acesso em: 07 de fev. 2020.

verdade, violando-os ou colocando-os em ameaça de lesão. Dessa forma, é indispensável a análise a seguir, acerca da doutrina da proteção integral e do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, os quais são instrumentos para garantir o melhor desenvolvimento destes indivíduos.

3. DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE FRENTE AOS CASOS DE EROTIZAÇÃO PRECOCE

Em janeiro de 1990, o Brasil assinou a Convenção sobre os Direitos da Criança, de novembro de 1989, pertencente à Assembleia Geral das Nações Unidas, na qual consagrou como um dos seus princípios basilares, o da proteção integral[16]. A partir da doutrina da proteção integral às crianças e aos adolescentes, estes passaram a serem vistos como sujeitos de direito e que possuem interesses fundamentais, que devem ser assegurados com primazia absoluta. Além disso, a referida doutrina é um marco para distinguir os direitos dos menores dos sujeitos adultos, por se tratarem de indivíduos em fase de desenvolvimento. Dessa forma, o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente assente com a imprescindibilidade de uma proteção jurídica específica e integral à população infantojuvenil.

O princípio ora em exame estabelece o dever da família, da sociedade e do poder público em buscar a plena concretização dos direitos fundamentais, previstos no art. 4º do ECA, quais sejam "à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária"[17]. Para mais, cabe à todos velar pelos direitos essenciais desses indivíduos, de forma que eles sejam salvaguardados de qualquer tipo de ameaça ou violação, sob pena de incorrerem nas medidas de proteção

[16] BRASIL. **Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990.** Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Brasília, DF: Planalto, [1990]. Disponível em: https://bit.ly/2U6EWdi. Acesso em: 02 de fev. 2020.

[17] BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Planalto, [1990]. Disponível em: https://bit.ly/2INuyC8. Acesso em: 02 de fev. 2020.

dispostas no art. 98 da mesma Lei[18].

Dessa forma, pode-se concluir que

> Basicamente, a doutrina jurídica da proteção integral adotada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente assenta-se em três princípios, a saber: • Criança e adolescente como sujeitos de direito – deixam de ser objetos passivos para se tornarem titulares de direitos. • Destinatários de absoluta prioridade. • Respeitando a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. [19]

Outrossim, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente também é derivado da Convenção sobre os direitos da Criança, de 1989. Desse modo, irradiou para inúmeras normas do ordenamento jurídico brasileiro, notadamente no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código Civil de 2002,

> sendo que ela funciona como cláusula geral dos direitos da criança e do adolescente, pois, pela sua flexibilidade, confere amplos poderes ao Juiz para, atendendo as particularidades do caso concreto, adotar a solução mais conveniente aos interesses supremos da criança ou do adolescente, observadas as diretrizes da Lei n. 8.069/90 e do artigo 5o, da Lei de Introdução ao Código Civil.[20]

Portanto, nas demandas que envolvam crianças e adolescentes, sejam elas relativas ao poder familiar, aos direitos de personalidade, entre outras, o juiz, necessariamente, precisa averiguar a decisão que atenda ao melhor interesse desses indivíduos. Mesmo que os pais da criança ou

---

[18] Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados: I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; III - em razão de sua conduta. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Planalto, [1990]. Disponível em: https://bit.ly/2INuyC8. Acesso em: 02 de fev. 2020.

[19] FERREIRA, Luiz Antônio Miguel; DOI, Cristina Teranise. A proteção integral das crianças e dos adolescentes vítimas. **Ministério Público do Paraná,** [s.l.], [s.d.]. Disponível em: https://bit.ly/33CxmLP. Acesso em: 15 de fev. 2020.

[20] JÚNIOR, David Cury. **A proteção jurídica da imagem da criança e do adolescente.** 2006. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2006. p. 94. Disponível em: https://bit.ly/2WE72zp. Acesso em: 07 de fev. 2020.

do adolescente se mostrem contrários à ela, uma vez que os direitos dos menores possuem absoluta primazia. A partir disso, é perceptível que nos casos de erotização precoce, os dois princípios em comento são amplamente violados, devido à atitude de sexualizar indivíduos que ainda estão em fase de desenvolvimento, bem como não é levado em consideração aquilo que seria melhor e mais apropriado para o menor, o que será discutido no tópico posterior.

4. EROTIZAÇÃO PRECOCE

Com o desenvolvimento da comunicação e informação, as crianças e os adolescentes se tornaram vítimas de uma sociedade tecnológica sem parâmetros suficientes que tutelem sua peculiar condição. Desse modo, a mídia, a internet e as redes sociais, constituem tecnologias complexas e de difícil regulamentação, haja vista as proporções globais a que estão submetidas.

Devido a condição de sujeitos em desenvolvimento, não possuem o necessário discernimento para compreender as consequências de sua exposição, o que acaba por influenciar em como se projetam na sociedade, refletindo na construção da sua personalidade. Brey e outros, expõe por meio da síntese de Speyer, a visão freudiana de que "a infância é uma fase muito importante da vida, pois é nela em que o humano se desenvolve psicologicamente, sofrendo graduais mudanças em seu comportamento e adquirindo as bases para a formação de sua personalidade"[21].

É visível que, na atualidade, as crianças passaram a ser sujeitos de consumo, com propagandas, conteúdos e mensagens voltadas para estimular um perfil único e valorável para o mercado. Veronese ensina que "como a criança ainda não possui estrutura física e nem psicológica para decifrar as mensagens que chegam através da publicidade, que inclui a criança no mundo adulto, o resultado é a perda de valores e a

[21] SPEYER, J. Freud. **O desconhecido:** As ideias pedagógicas implícitas na obra de Sigmund Freud. Assis: Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras, 1963 apud BREI, Vinicius Andrade; GARCIA, Luciana Burnett; STREHLAU, Suzane. A influência do marketing na erotização precoce infantil feminina. In: ENCONTRO DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA EM ADMINISTRAÇÃO, 32, 2018, Rio de Janeiro. **Anais...** Rio de Janeiro: TPA, 2011. p. 113. Disponível em: https://bit.ly/33Cd0SV. Acesso em: 22 de jan. 2020.

erotização precoce"[22]. Na cultura do consumo, em que a criança está exposta a um bombardeio de informações, elas passam a estar sujeitas a conteúdo adulto sem estar preparada para tanto.

Sigmund Freud, em sua obra "Três ensaios sobre a teoria da sexualidade", afirmou que a sexualidade está presente desde a infância[23] e, assim, Bock, Furtado e Teixeira simplifica:

> Nas fases do desenvolvimento infantil, conforme a teoria freudiana, o próprio corpo da criança é fonte de prazer, sendo o mesmo erotizado, ocorrendo o deslocamento da libido (energia dos instintos sexuais) a cada uma das zonas erógenas do corpo. Assim, Freud postulou as fases do desenvolvimento sexual em: fase oral (a zona de erotização é a boca); fase anal (a zona de erotização é o ânus); fase fálica (a zona de erotização é o órgão sexual); em seguida, vem um período de latência com a diminuição das atividades sexuais; e, por fim, a fase genital, quando o objeto de erotização deixa de ser o corpo e passa a ser o objeto externo ao indivíduo.[24]

Desse modo, as crianças estão sujeitas a erotização, mas em uma fase que não possuem condições para lidar com a possível indução de um comportamento sexualizado. Esses indivíduos passam a ser alvo de investimentos por parte da mídia, por meio das roupas, músicas, gestos

---

[22] VERONESE, Josiane Rose Petry; ZANETTE, Sandra. **Criança, consumo e publicidade:** por uma sociedade fraterna. Rio de Janeiro, 2018 apud BOLSON, Gabriela; RICHTER, Daniela. A objetificação da mulher e a erotização precoce de crianças e adolescentes meninas, análise da paródia "vai baranga" de MC Melody?. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS E DEMOCRACIA, 6, 2018, Ijuí. **Anais...** Ijuí: UNIJUI, 2018. p. 7. Disponível em: https://bit.ly/2UbgokM. Acesso em: 02 de fev. 2020.

[23]FREUD, Sigmund. Três ensaios sobre a teoria da sexualidade. In: FREUD, Sigmund. **Obras completas**. Rio de Janeiro: Imago, 1974. v. 12. p. 135-172 apud FIGUEIREDO, Adriana de Oliveira Gonçalves et al. A influência televisiva como desencadeadora da erotização infantil na contemporaneidade (3-5 Anos). **Pedagogia em ação.** [s.l.], v. 1, n. 2, ago./nov. 2009. p. 64. Disponível em: https://bit.ly/2QFD4r8. Acesso em: 18 de jan. 2020.

[24] BOCK, Ana M. B.; FURTADO, Odain; TEIXEIRA, Maria e Lourdes. A psicanálise. In: BOCK, Ana M. B.; FURTADO, Odain; TEIXEIRA, Maria e Lourdes. **Psicologias:** uma introdução ao estudo da psicologia. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 70-82 apud FIGUEIREDO, Adriana de Oliveira Gonçalves et al. A influência televisiva como desencadeadora da erotização infantil na contemporaneidade (3-5 Anos). **Pedagogia em ação.** [s.l.], v. 1, n. 2, ago./nov. 2009. p. 64. Disponível em: https://bit.ly/2QFD4r8. Acesso em: 18 de jan. 2020.

e danças. Conquanto, é preciso compreender que as formas de se conceber a infância variam de tempo em tempo e possuem como base a sociedade e cada contexto cultural.[25]

No Brasil, a Comissão e Constituição e Justiça e de Cidadania reconheceu e aprovou o funk como manifestação cultural popular, digna do cuidado e proteção do Poder Público. O texto assegura aos artistas do ritmo o respeito aos seus direitos e ao movimento funk, a livre realização de suas atividades e de manifestações como festas, bailes e reuniões.[26] Como parte da cultura, o funk é definido por um grande apelo de uma sociedade marcada por exclusão e violência, sendo um notável instrumento de manifestação cultural. No entanto, atualmente, o funk possui um conteúdo apelativo voltado para uma ótica sexualizada. No cenário de um funk erotizado, a jornalista Daiana Constantino expõe sua indignação

> Para quem não conhece – já pedindo desculpas pelo conteúdo – estão presentes frases que mostram, por exemplo, o prazer (do homem) ao "socar" a genitália feminina sem parar (e que elas estariam fazendo fila para isso). Outra sugere para que o homem embebede a mulher, a estupre e a abandone na rua, após uma "surubinha de leve". Uma terceira diz para a menina "sentar bem", indicando como deve se portar no ato sexual. O "Vai Malandra", de Anitta, que teve 64 milhões de visualizações menos de dez dias depois de seu lançamento em dezembro do ano passado, manda a mulher olhar o zíper do homem e colocar o bumbum ali, "posso dar para você, será que você aguenta?", pergunta a letra.[27]

A necessidade que se faz presente, é limitar um conteúdo adulto para crianças e adolescentes que não possuem o discernimento maduro para julgar o que lhe é exposto. Desse modo, estimular a sexualidade de maneira precoce pode trazer problemas psicológicos, tais como antecipação da menstruação, gravidez precoce, DST, distúrbios alimentares,

---

[25] SANTOS, Ivone Maria dos. A cultura do consumo e a erotização na infância. **Revista Extraprensa**, São Paulo, v. 2, n. 2. 2009. p. 5. Disponível em: https://bit.ly/2xcxxkR. Acesso em: 07 de fev. 2020.

[26] TURCHETTI, Ana Clara. A cultura e história do funk no Brasil. **Ombrelo**, [s.l.], ago./2019. Disponível em: https://bit.ly/2WzqOfq. Acesso em: 07 de fev. 2020.

[27] CONSTANTINO, Daiana. Letras de funk: empoderamento ou degradação da mulher? **Gazeta do Povo**, [s.l.], 2018. Disponível em: https://bit.ly/2QBJAPn. Acesso em: 15 de fev. 2020.

depressão, baixo desempenho escolar, banalização da sexualidade, bem como o aumento de pedofilia no mundo[28].

Para tanto, é preciso defender um olhar cuidadoso e compreender a criança como um sujeito com características naturais e culturas próprias em transformação, de modo a garantir o seu pleno e saudável desenvolvimento. Para isso, será exposto os casos de Gabriela Abreu Severino e Vivian Redondo para uma análise do que aqui se pretende defender.

5. CASO GABRIELA ABREU SEVERINO

Gabriela Abreu Severino é uma cantora infantil do gênero funk, que ficou popularmente conhecida como MC Melody. A garota, nascida em 4 de fevereiro de 2007, causou e ainda causa muitas polêmicas nas redes sociais, devido às suas músicas, coreografias e publicações com forte apelo sexual.

Atualmente, Gabriela conta com 13 anos, no entanto, em uma rápida análise pelo seu perfil em uma rede social, é possível perceber que muitos internautas duvidam da sua verdadeira idade. Do mesmo modo, é muito comum encontrar comentários em suas publicações feitos por homens, enaltecendo o seu corpo, sua beleza e a forma como ela dança e faz poses para as fotos, como se fosse uma mulher adulta.

No ano de 2015, o Ministério Público de São Paulo iniciou um inquérito para avaliar o grande teor sexual e apelos eróticos de celebridades infantis. Dentre os casos, estava o de Gabriela Abreu Severino, que à época dos fatos contava com apenas 8 anos de idade. Segundo o G1, o inquérito dirigido pela Promotoria de Justiça de Defesa dos Interesses Difusos e Coletivos da Infância e da Juventude da Capital, desconfiava que houvesse lesão ao direito ao respeito e à dignidade de menores, uma vez que, no caso de Gabriela, ela canta e dança melodias com letras apelativas sexualmente, bem como posa para as câmeras de maneira excessivamente sensual. O Ministério Público, portanto, ressaltou o "impacto nocivo no desenvolvimento do público infantil e de adolescentes, tanto

[28] SANTOS, Ivone Maria dos. A cultura do consumo e a erotização na infância. **Revista Extraprensa**, São Paulo, v. 2, n. 2. 2009. p. 7-8. Disponível em: https://bit.ly/2xcxxkR. Acesso em: 07 de fev. 2020.

de quem se exibe quanto daqueles que o acessam".[29]

Na época, o site de notícias procurou contatar o pai da menor, Thiago Abreu, mas não obteve sucesso. Todavia, a reportagem demonstra que, em entrevistas concedidas por ele, antecedentes ao fato, Thiago declarou que a filha cantava e dançava daquele modo, pois era do seu gosto, que ele nunca a obrigou a fazer nada que ela não quisesse[30]. Em janeiro de 2019, Melody voltou a ser polêmica, devido à um comentário com forte apelo erótico de um seguidor em uma das suas publicações.

Após essas explanações, fica evidente que a menor passou por um processo de erotização precoce, pois contava com menos de 12 anos e, ainda assim, todo o seu comportamento era baseado em atitudes pertencentes ao mundo adulto. Vários internautas e celebridades nacionais e internacionais se posicionaram contra as atitudes da menina, mas, seu genitor dizia apenas que melhoraria, o que nunca ocorreu.

Por se tratar de uma adolescente, atualmente com 12 anos, Gabriela não possuía e ainda não possui o discernimento necessário para entender o que é apropriado à sua faixa etária. Desse modo, pela omissão de seus pais, que não controlaram os conteúdos que deveriam ser direcionados à sua filha, esta teve as suas atitudes diretamente influenciadas por condutas inapropriadas, o que gerou violação de alguns de seus direitos fundamentais, como por exemplo o direito à imagem e à dignidade.

Assim, é possível inferir que Thiago Abreu, pai da jovem, foi contra os princípios do melhor interesse da criança e do adolescente, bem como a doutrina da proteção integral. Isso porque, além de lesar o direito à imagem de Gabriela, previsto no art. 17 do ECA, ao permitir que fotos e vídeos com teor sexual pudessem ser postados pela filha, Thiago transgrediu, igualmente, o direito à dignidade de Melody, haja vista que ela foi submetida à tratamentos manifestamente constrangedores e vexatórios.

Um estudo realizado no Brasil, Argentina e México – o 'Kids Power 2007' – "constatou que 98% dos pequenos são influenciados pela imagem de seus ídolos e, dessa forma, interferem nas compras dos

[29] SENRA, Ricardo. Ministério Público abre inquérito sobre 'sexualização' de MC Melody. **G1/Música**, [s.l.], 2015. Disponível em: https://glo.bo/2WzjxfD. Acesso em: 10 de fev. de 2020.

[30] SENRA, Ricardo. Ministério Público abre inquérito sobre 'sexualização' de MC Melody. **G1/Música**, [s.l.], 2015. Disponível em: https://glo.bo/2WzjxfD. Acesso em: 10 de fev. de 2020.

pais"[31]. Logo, crianças e adolescentes que são fãs de Gabriela, podem ter seus comportamentos influenciados pelas atitudes da cantora mirim, uma vez que o público infantojuvenil, por estarem em situação de desenvolvimento e vulnerabilidade, se espelham em seus ídolos. Sobre esse assunto, Richter e Rosa escrevem com maestria:

> Os casos observados são de domínio público, por estarem inseridos em um universo de glamour e exposição, essas figuras cultivam uma legião de fãs, acabam se tornando referências, e desta forma influenciando o comportamento de outras crianças e adolescentes. Não se pode tratar de uma questão que vem sendo cada vez mais recorrente com normalidade, sem pensar nos impactos e efeitos nocivos que o público infantoadolescente pode vir a sofrer. Embora a facilidade dos meios de comunicação atue como ferramenta para estabelecer novas conexões, a sociedade não pode se furtar em estabelecer limites a esse público, pois o comportamento precoce reflete diretamente no desenvolvimento pessoal de cada ser humano.[32]

Portanto, as medidas de proteção previstas no título II da Lei 8.069/90 podem ser aplicadas, devido à violação dos direitos à imagem, a dignidade, entre outros de Melody, em razão da omissão ou abuso do seu genitor, conforme determina o art. 98, inc. II, do referido diploma legal. Para mais, será exposto o caso da modelo Vivian Redondo, e será analisado como o Superior Tribunal de Justiça se posicionou sobre um caso de exposição e erotização precoce de uma adolescente.

6. EROTIZAÇÃO PRECOCE E O DIREITO A

[31] JORDÃO, Cláudia. A força do personagem. **Istoé**, [s.l], 2007 apud BREI, Vinicius Andrade; GARCIA, Luciana Burnett; STREHLAU, Suzane. A influência do marketing na erotização precoce infantil feminina. In: ENCONTRO DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA EM ADMINISTRAÇÃO, 32, 2018, Rio de Janeiro. **Anais...** Rio de Janeiro: TPA, 2011. p. 112. Disponível em: https://bit.ly/33Cd0SV. Acesso em: 22 de jan. 2020.

[32] RICHTER, Daniela; ROSA, Letícia Cardias. O uso das novas tecnologias como meio de exposição e estímulo nos casos de erotização precoce: o direito à prevalência da doutrina da proteção integral. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL: DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS & IX MOSTRA INTERNACIONAL DE TRABALHOS CIENTÍFICOS, 13, 2016, Santa Cruz do Sul. **Anais...** Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2016. p. 16. Disponível em: https://bit.ly/2J6vcdR. Acesso em: 09 de mar. 2020.

IMAGEM NO STJ – RESP 1.036.296/ES

No ano de 2008 a modelo Vivian Redondo, representada pelo seu genitor, pois na época dos fatos contava com 13 anos de idade, interpôs o Recurso Especial 1.036.296/Es. Em razão da ofensa aos arts. 131, 332, 334, II e III, 535, I e II, do CPC/1973, aos arts. 3º, 4º, 17, 18, 70, 71, 72 e 73 da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente)[33], ao art. 159 do Código Civil de 1916 e aos arts. 186 e 927 do Código Civil de 2002[34].

O fato é que a agência de modelos PIETRO AGÊNCIA DE SERVIÇOS LTDA, encaminhou uma publicação para o jornal de propriedade da S/A A GAZETA contendo uma fotografia que integrava o ensaio fotográfico de Vivian. A imagem foi utilizada para veicular os

[33] Art. 3º. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade; Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária; Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais; Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor; Art. 70. É dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente; Art. 71. A criança e o adolescente têm direito a informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos e produtos e serviços que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento; Art. 72. As obrigações previstas nesta Lei não excluem da prevenção especial outras decorrentes dos princípios por ela adotados; Art. 73. A inobservância das normas de prevenção importará em responsabilidade da pessoa física ou jurídica, nos termos desta Lei. BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Planalto, [1990]. Disponível em: https://bit.ly/2INuyC8. Acesso em: 02 de fev. 2020.

[34] Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito; Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, DF: Planalto, [2002]. Disponível em: http://bit.ly/33oa2Bm. Acesso em: 02 fev. 2020.

seguintes dizeres "Imagens de março - Vivian Redondo não ficou nem um pouco preocupada com a presença de Scheila Carvalho em Vitória. Nem precisava, não é mesmo?". A modelo se sentiu ofendida com o fato e alegou que a comparação lhe causou constrangimentos, problemas psíquicos e a impediu de conseguir novos contratos e, por consequência, prosseguir na carreira de modelo. Além disso, afirmou que não deu autorização para a veiculação da imagem.

O Superior Tribunal de Justiça utilizou como argumento o fato que o direito à imagem, de consagração constitucional (art. 5º, V e X), constitui-se um direito fundamental da pessoa humana. Desse modo, é preciso o consentimento para o seu uso e veiculação e quando não obtido, gera o direito ao ressarcimento de perdas e danos independentemente de prova do prejuízo[35] (Súmula 403/STJ), exceto quando necessária à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública (CC/2002, art. 20). No entanto, é um tanto quanto equivocado defender, no caso em questão, que a autorização para utilização da imagem não precisa ser expressa, podendo ser concedida de forma tácita por seu titular ou representante, como expõe o julgado. Nesse sentindo, ensina David Cúry que

> a exploração da imagem da pessoa depende de uma autorização expressa e especial – assim como para os demais direitos da personalidade – e, neste caso, nenhum consentimento pode ter o alcance de uma autorização geral, valendo apenas no limite específico para a qual foi consentida a captação ou a divulgação pelo retratado. [36]

Para tanto, o posicionamento do Ministro Raul Araújo, ao alegar que uma vez que a jovem exercia a atividade de modelo, a divulgação seria útil para viabilizar a aproximação de potenciais clientes, não prospera, haja vista que a questão em fomento é que foi comparada a uma mulher que era exaltada pelo seu corpo e danças típicas do ritmo Axé. A autorização dos pais para que a filha exercesse tais atividades não legitima associar a imagem de uma criança a de uma mulher, que é elogiada

---

[35] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Seção). **Súmula** 403. Brasília, 2009. Disponível em: https://bit.ly/2UsonIX. Acesso em: 22 de jan. 2020.

[36] JÚNIOR, David Cury. **A proteção jurídica da imagem da criança e do adolescente.** 2006. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2006. p. 87. Disponível em: https://bit.ly/2WE72zp. Acesso em: 07 de fev. 2020.

pela sua beleza enquanto adulta. Com efeito, afastar a ilicitude da publicação ao afirmar que houve a autorização tácita, haja vista que o genitor permitiu que as fotografias de Vivian fossem entregues e permanecessem com a agência em questão com o intuito de divulgar o seu trabalho, é imprudente.

A situação da criança e do adolescente perante a mídia, publicitária ou informativa, não é a mesma da pessoa adulta, em face da sua natural fragilidade. É preciso compreender a importância de uma tutela específica da imagem desses indivíduos, haja vista que o consentimento obtido para a utilização e publicação de imagens de adultos não é suficiente para tutelar a condição peculiar de personalidade em desenvolvimento. Como exposto, a criança pode se tornar vítima dos pais, que através do trabalho desta ganham status e prestígio, não se importando com os desdobramentos que isso pode acarretar para a criança.

Nesse sentido, o poder familiar não é absoluto e encontra limites nos direitos do próprio filho(a), como infere-se dos artigos 187 e 1637 do Código Civil[37], bem como dos artigos 22 e 98, II da lei nº 8069/90[38]. Desse modo, é preciso avaliar de forma rigorosa as possíveis

[37] Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, DF: Planalto, [2002]. Disponível em: http://bit.ly/33oa2Bm. Acesso em: 02 fev. 2020.

Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha. BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, DF: Planalto, [2002]. Disponível em: http://bit.ly/33oa2Bm. Acesso em: 02 fev. 2020.

[38] Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais. BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Planalto, [1990]. Disponível em: https://bit.ly/2INuyC8. Acesso em: 02 de fev. 2020.

Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados: I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; III - em razão de sua conduta. BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Planalto, [1990]. Disponível em: https://bit.ly/2INuyC8. Acesso em: 02 de fev. 2020.

implicações da atividade, o ambiente e as condições em que a fotografia será captada e divulgada, bem como o seu contexto para evitar danos a personalidade da criança e do adolescente.

Como exposto anteriormente, a sexualidade na infância, enquanto busca de prazer e bem estar, é algo natural ao desenvolvimento humano, pois refere-se ao descobrimento do próprio corpo. No entanto, a sexualidade associada à atitudes adultas, trata-se da erotização precoce. Por serem indivíduos em fase de desenvolvimento, os menores não possuem o preparo psíquico para assimilarem informações pertencentes ao mundo adulto, o que pode desencadear graves consequências emocionais e físicas, de curto ou longo prazo.

No que se refere ao Recurso Especial 1.036.296/Es, é evidente que houve uma naturalização da erotização precoce. Ao comparar uma adolescente de 13 anos à uma mulher que, na época dos fatos, contava com 25 anos e que era vista como objeto de desejo de muitos homens, a reportagem atribuiu à uma menor características e comportamentos que não pertenciam a sua fase, o que foi completamente ignorado pelo Poder Judiciário julgador da demanda.

Dessa forma, o constrangimento da autora tem razão de ser, pois quando teve uma foto sua veiculada e comparada à de Scheila Carvalho, Vivian passou a ser vista não como uma adolescente, que ainda está em fase de desenvolvimento corporal e emocional, mas sim, como um mini adulta que carrega a beleza e o corpo de uma mulher 12 anos mais velha que ela. Essa assertiva é apresentada pelo advogado da autora, quando afirma que

> este [jornal] também sem autorização a fez publicar com legenda promovida ao seu talante, fazendo comparativo de uma menor impúbere com uma das mulheres mais desejadas do Brasil e cobiçadas sexualmente, principalmente pelos jovens, o que gerou todo o transtorno e constrangimento[39].

Ainda que o voto do Ministro Raul Araújo defenda que a vei-

[39] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso especial** nº 1.036.296 – ES. Recurso especial. Responsabilidade civil. Estatuto da criança e do adolescente. Veiculação da imagem de menor impúbere em coluna jornalística, com legenda de comentário. Adolescente iniciada na Carreira de modelo profissional. Dano moral e material. não ocorrência. Publicação de uma das várias fotografias fornecidas pelo genitor. Inexistência de ofensa à dignidade da menor. Legenda com teor elogioso. Fotografia sóbria e artística. Ausência de incompatibilidade

culação da imagem da menor e a legenda atribuída não tenham sido ofensivas à sua integridade moral, Vivian se sentiu constrangida com a comparação e com os comentários subsequentes à ela. Isso porque, os adolescentes do seu colégio passaram a comentar, frequentemente, sobre a eventual semelhança entre as duas artistas.

O Superior Tribunal de Justiça foi omisso quanto à atitude de comparar uma menor à uma mulher que possui uma beleza que merece ser enaltecida, mas típica de uma mulher adulta que despertava interesses e cobiças sexuais, devido às danças que executava, enquanto dançarina da banda "É o Tchan". Restou-se violados, portanto, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, assim como a doutrina da proteção integral, uma vez que o constrangimento sofrido pela autora reside no fato de que foram atribuídas a uma menor, características físicas que lhes colocaram como alvo de brincadeiras e comentários com teor eróticos.

Portanto, ao declarar que

> é importante ressaltar que a então dançarina notabilizou-se, país afora, em razão de seu talento, beleza e formosura física, exibidas nos mais variados meios de comunicação e nos palcos em que o grupo musical se apresentava. Frise-se que, à época da veiculação da matéria farpeada (idos de 1998), ela era considerada uma das mulheres mais bonitas do Brasil, não havendo nada que desabonasse a reputação da citada artista, seja no campo pessoal, seja com relação ao desempenho de seu trabalho.[40]

O ministro relator violou o art. 18 do Estatuto da Criança e

---

com a atividade profissional em questão. Publicação desprovida de finalidade lucrativa. Anuência do responsável legal presumida. Peculiaridades do caso. Recurso especial não provido. Recorrente: V R – Menor Impúbere. Recorrido: S/A A Gazeta e Pietro Agencia de Serviços LTDA. Relator: Raul Araújo. Brasília, 21 de março de 2017. p. 4. Disponível em: https://bit.ly/33FjiB3. Acesso em: 22 de jan. 2020.

[40] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso especial** nº 1.036.296 – ES. Recurso especial. Responsabilidade civil. Estatuto da criança e do adolescente. Veiculação da imagem de menor impúbere em coluna jornalística, com legenda de comentário. Adolescente iniciada na Carreira de modelo profissional. Dano moral e material. não ocorrência. Publicação de uma das várias fotografias fornecidas pelo genitor. Inexistência de ofensa à dignidade da menor. Legenda com teor elogioso. Fotografia sóbria e artística. Ausência de incompatibilidade com a atividade profissional em questão. Publicação desprovida de finalidade lucrativa. Anuência do responsável

do Adolescente, haja vista que ele reforçou o tratamento constrangedor dado à Vivian e corroborou com a erotização precoce da autora, pois acreditava que não havia violação ao direito à imagem da menor, pelo simples fato de a dançarina ser uma das mulheres mais bonitas do país e ter fama nacional e internacional. Essa atitude, como já demonstrado neste trabalho, é extremamente prejudicial às crianças e aos adolescentes, pois gera reflexos, muitas vezes negativos, em etapas consequentes, como por exemplo na fase adulta, dado que seus comportamentos posteriores serão moldados com base em informações que eles não foram capazes de assimilarem.

Por fim, é importante ressaltar que não é devido à beleza da modelo e da dançarina que estas não poderiam se sentirem constrangidas com a divulgação de suas imagens. A mera ocorrência da exposição de foto, sem o devido consentimento, é o suficiente para gerar danos morais ao retratado, independentemente dos aspectos físicos que este possua. Para mais, ainda que pareça inocente e agradável ser comparada com uma mulher esbelta, nenhuma criança ou adolescente deve passar por esse tipo de abordagem, por se tratar de erotização precoce.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à imagem é um direito da personalidade extremamente sensível, principalmente, no tocante às crianças e aos adolescentes. Dessa forma, a Lei 8.069/90, optou por tutelá-lo de maneira específica, em seu art. 17, assim como a Constituição da República declarou em seu art. 227 que ele, assim como todos os direitos desse público, precisa ser assegurado de maneira prioritária e absoluta.

No entanto, a violação a esse direito é frequente na atualidade, devido aos novos meios de comunicação de massa. A internet, apesar de ser uma ferramenta útil e fundamental, tem alimentado em seus internautas uma necessidade pela exposição. O modo mais gravoso dessa exibição é quando menores possuem acesso à ela, sem que haja nenhum ou pouco controle pelos pais ou responsáveis. Nessas situações, constantemente, é visto casos de erotização precoce, dado que crianças e ado-

---

legal presumida. Peculiaridades do caso. Recurso especial não provido. Recorrente: V R – Menor Impúbere. Recorrido: S/A A Gazeta e Pietro Agencia de Serviços LTDA. Relator: Raul Araújo. Brasília, 21 de março de 2017. p. 10. Disponível em: https://bit.ly/33FjiB3. Acesso em: 22 de jan. 2020.

lescentes passam a ter comportamentos adultos, por não saberem filtrar as atitudes que são corretas ou não para a sua idade. Desse modo, a educação sexual se faz um importante instrumento para combater esta problemática, uma vez que, quando ela não é trabalhada corretamente, a população infanto-juvenil pode sofrer diretamente seus reflexos, como por exemplo, gravidez na adolescência, DST's, ansiedade, depressão e a naturalização de um eventual abuso sexual sofrido.

Outrossim, é possível perceber que, muitas das vezes, os próprios pais ou aqueles que têm a obrigação legal de zelar pelos menores, acabam sendo omissos e compactuam com a violação de direitos desse público, como ocorreu nos casos apresentados. Para tanto, além de uma administração mais ampla que os pais e responsáveis devem exercer sobre o conteúdo que chegam aos seus filhos e o que eles publicam, é responsabilidade de todos assegurar que os menores tenham os seus direitos protegidos.

Dessa forma, é imprescindível uma tutela ainda mais específica que seja capaz de zelar pelo desenvolvimento da personalidade de crianças e adolescentes. Portanto, o seu direito à imagem não deve ser tutelado da mesma forma que dos adultos, em vista dos desdobramentos que esta comparação é capaz de gerar, tal como a erotização precoce.

REFERÊNCIA

BARROS, Guilherme Freire de Melo. Direito da criança e do adolescente. In: BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Sinopses para concursos – Direito da criança e do adolescente**. 8 ed, v. 36. Salvador: Editora Jus Podivm, 2019. p. 29- 38. Disponível em: https://bit.ly/33IL1RH. Acesso em: 09 de mar. 2020.

BOLSON, Gabriela; RICHTER, Daniela. A objetificação da mulher e a erotização precoce de crianças e adolescentes meninas, análise da paródia "vai baranga" de MC Melody?. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS E DEMOCRACIA, 6, 2018, Ijuí. **Anais...** Ijuí: UNIJUI, 2018. p. 1-18. Disponível em: https://bit.ly/2UbgokM. Acesso em: 02 de fev. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Planalto, [1988]. Disponível em: http://

bit.ly/3b771bn. Acesso em: 02 de fev. 2020.

_____. **Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990.** Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Brasília, DF: Planalto, [1990]. Disponível em: https://bit.ly/2U6EWdi. Acesso em: 02 de fev. 2020.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Planalto, [1990]. Disponível em: https://bit.ly/2INuyC8. Acesso em: 02 de fev. 2020.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, DF: Planalto, [2002]. Disponível em: http://bit.ly/33oa2Bm. Acesso em: 02 fev. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (2. Seção). **Súmula** 403. Brasília, 2009. Disponível em: https://bit.ly/2UsonIX. Acesso em: 22 de jan. 2020.

_____, Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso especial** nº 1.036.296 – ES. Recurso especial. Responsabilidade civil. Estatuto da criança e do adolescente. Veiculação da imagem de menor impúbere em coluna jornalística, com legenda de comentário. Adolescente iniciada na Carreira de modelo profissional. Dano moral e material. não ocorrência. Publicação de uma das várias fotografias fornecidas pelo genitor. Inexistência de ofensa à dignidade da menor. Legenda com teor elogioso. Fotografia sóbria e artística. Ausência de incompatibilidade com a atividade profissional em questão. Publicação desprovida de finalidade lucrativa. Anuência do responsável legal presumida. Peculiaridades do caso. Recurso especial não provido. Recorrente: V R – Menor Impúbere. Recorrido: S/A A Gazeta e Pietro Agencia de Serviços LTDA. Relator: Raul Araújo. Brasília, 21 de março de 2017. Disponível em: https://bit.ly/33FjiB3. Acesso em: 22 de jan. 2020.

BREI, Vinicius Andrade; GARCIA, Luciana Burnett; STREHLAU, Suzane. A influência do marketing na erotização precoce infantil feminina. In: ENCONTRO DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA EM ADMINISTRAÇÃO, 32, 2018, Rio de Janeiro. **Anais...** Rio de Janeiro: TPA, 2011. p. 97-116. Disponível em: https://bit.ly/33Cd0SV. Acesso em: 22 de jan. 2020.

CONCEITO DE IMAGEM. **Conceito.de**, [s.l.], 2019. Disponível em: https://bit.ly/2U9wdbl. Acesso em: 15 de fev. 2020.

CONSTANTINO, Daiana. Letras de funk: empoderamento ou degrada-

ção da mulher? **Gazeta do Povo**, [s.l.], 2018. Disponível em: https://bit.ly/2QBJAPn. Acesso em: 15 de fev. 2020.

CORDEIRO, Antônio Menezes. **Tratado de Direito Civil Português**. Coimbra: Almedina, v. 1, t. 3, 2004.

FERREIRA, Luiz Antônio Miguel; DOI, Cristina Teranise. A proteção integral das crianças e dos adolescentes vítimas. **Ministério Público do Paraná,** [s.l.], [s.d.]. Disponível em: https://bit.ly/33CxmLP. Acesso em: 15 de fev. 2020.

FIGUEIREDO, Adriana de Oliveira Gonçalves et al. A influência televisiva como desencadeadora da erotização infantil na contemporaneidade (3-5 Anos). **Pedagogia em ação.** [s.l.], v. 1, n. 2, p. 63-70, ago./nov. 2009. Disponível em: https://bit.ly/2QFD4r8. Acesso em: 18 de jan. 2020.

IMBROISI, Margaret. Técnica artística: sfumato. **História das Artes**, [s.l.], 2018. Disponível em: https://bit.ly/396r349. Acesso em: 18 de fev. 2020.

JÚNIOR, David Cury. **A proteção jurídica da imagem da criança e do adolescente.** 2006. 284 p. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2006. Disponível em: https://bit.ly/2WE-72zp. Acesso em: 07 de fev. 2020.

PATERNO, Keli Andréa Vargas. **A Invasão da Erotização do Adulto no Mundo Infantil:** micropoderes na vida pública e privada. 2010. 208 p. Dissertação (Mestrado em Educação) – Universidade Estadual de Maringá, Maringá, 2011. Disponível em: https://bit.ly/2UqFRWg. Acesso em: 07 de fev. 2020.

RICHTER, Daniela; ROSA, Letícia Cardias. O uso das novas tecnologias como meio de exposição e estímulo nos casos de erotização precoce: o direito à prevalência da doutrina da proteção integral. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL: DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS & IX MOSTRA INTERNACIONAL DE TRABALHOS CIENTÍFICOS, 13, 2016, Santa Cruz do Sul. **Anais...** Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2016. p. 1-20. Disponível em: https://bit.ly/2J6vcdR. Acesso em: 09 de mar. 2020.

SANTOS, Ivone Maria dos. A cultura do consumo e a erotização na infância. **Revista Extraprensa**, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 1-20. 2009. Disponível em: https://bit.ly/2xcxxkR. Acesso em: 07 de fev. 2020.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade.** São Paulo: Atlas, 2011.

SENRA, Ricardo. Ministério Público abre inquérito sobre 'sexualização' de

MC Melody. **G1/Música**, [s.l.], 2015. Disponível em: https://glo.bo/2WzjxfD. Acesso em: 10 de fev. de 2020.

SIERRA, Vânia Morales; MESQUITA, Wania Amélia. Vulnerabilidade e fatores de risco na vida de crianças e adolescentes. **São Paulo em Perspectiva**, São Paulo, v. 20, n.1, p. 148-155, jan./mar. 2006. Disponível em https://bit.ly/33CcOmE. Acesso em: 07 de fev. 2020.

TURCHETTI, Ana Clara. A cultura e história do funk no Brasil. **Ombrelo**, [s.l.], ago./2019. Disponível em: https://bit.ly/2WzqOfq. Acesso em: 07 de fev. 2020.

COLISÃO ENTRE OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E AS MANIFESTAÇÕES HUMORÍSTICAS NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Flávia Silveira Siqueira[1]
Marina Guimarães Rufato[2]

RESUMO: Os direitos da personalidade e a liberdade de expressão e informação são direitos personalíssimos e fundamentais da pessoa humana. É, contudo, comum que o exercício deste último encontre limites na tutela daqueles, e, dessa forma, não há que se dizer em uma solução genérica. Nesse sentido, o presente trabalho busca analisar as decisões judiciais do Superior Tribunal de Justiça referentes ao assunto, de forma a compreender os principais parâmetros utilizados na ponderação. Entende-se que, somente sendo possível a solução desses litígios no caso concreto, é fundamental que se entenda quais são os limites e o que é considerado abuso de direito, uma vez que limitações arbitrárias da liberdade de expressão podem caracterizar uma censura, mas a desproteção dos direitos da personalidade vão de encontro aos fundamentos do ordenamento jurídico brasileiro. Concluiu-se, da análise, que o STJ se utilizou de quatro parâmetros de ponderação, quais sejam: (1) a necessidade ou não da autorização do sujeito da sátira; (2) o meio em que esta é veiculada; (3) a prevalência do interesse público; e, por fim, (4) a boa-fé e os bons costumes como baliza do exercício da liberdade de expressão.

PALAVRAS-CHAVE: Superior Tribunal de Justiça; direitos da personalidade; humor.

[1] Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Lavras. Membra do Laboratório de Bioética e Direito e do PETi-Direito.
[2] Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Lavras. Membra do Laboratório de Bioética e Direito e do PETi-Direito. Monitora de Direito Civil.

INTRODUÇÃO

Diante das graves crises econômicas geradas pelo liberalismo e não intervencionismo estatal, aliado às grandes guerras que devastaram países e levaram milhões de pessoas à morte, os ordenamentos jurídicos sofreram alterações, no sentido de colocar a proteção da pessoa humana, e não mais a do patrimônio, como prioridade.

Nessa perspectiva, a Constituição de 1988 estabeleceu a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, e foi seguida pelo Código Civil de 2002, que acrescentou um capítulo específico dedicado à tutela dos direitos da personalidade. Nesse diapasão, surge a proteção de valores como imagem, nome, privacidade, esquecimento, entre outros.

Não menos importante, especialmente diante da recente experiência brasileira com regimes militares e autoritários, a Constituição tutelou também a liberdade de expressão e informação como garantia fundamental do Estado Democrático de Direito. De certo, é notável que o discurso humorístico é exercício desses direitos, e deve ser tutelado pelo ordenamento jurídico.

No entanto, **é comum que indivíduos se sintam lesados em seus direitos da personalidade frente ao exercício da liberdade de expressão do outro, especialmente no que diz respeito às manifestações humorísticas. Vez que ambos assumem status de direitos fundamentais, a resolução do conflito não é abstratamente prevista em lei, mas deve ser ponderada pelo Judiciário a partir das particularidades do caso concreto. Assim, o presente trabalho objetiva analisar a ponderação do Superior Tribunal de Justiça, a partir dos principais critérios utilizados na análise.**

1. BREVE ESTUDO DO HUMOR

A relação do ser humano com o riso acompanha a sociedade desde que se tem registros. Não se trata especificamente da comédia, o gênero que surge da tragédia nos teatros gregos, mas, de forma geral, a toda manifestação social feita com o intuito de rir e fazer rir. Na contemporaneidade, este é um dos elementos chaves da convivência social: programas de humor, *stand up's,* palhaços e comediantes trabalham na esfera do riso das mais variadas formas. Nesse sentido, cria-se a necessi-

dade de entender, em um primeiro momento, essa relação.

Iniciaremos nossa análise por Platão, filósofo grego cuja relação com o humor não era una[1]. Para ele, existiam dois tipos de riso, sendo estes de combate e de escárnio. A este último, o ser humano deveria, necessariamente, evitar, pois era um riso que demonstrava ausência de autocontrole, e abandono às suas paixões[2]. Segundo ele,

> não devem nossos guardiães amar o riso [...]; porque quando alguém se abandona a um riso violento [...] ele acarreta uma mudança também violenta. É, então, inadmissível que se representem homens respeitáveis dominados pelo riso, e ainda menos os deuses.[3]

Portanto, esse é o tipo de riso que afasta o ser humano do bom e do controle, não sendo, dessa forma, recomendado. Já o riso de combate, por outro lado, deve ser encorajado, uma vez que se trata de um riso que não advém da ignorância ou da ausência de autocontrole, mas, sim, "retributivo da maldade e da ignorância que se pretende sábia". Este, aproxima o homem da ideia de *paídia* – isto é, a formação completa que fazia o homem como um completo cidadão.

Outro filósofo que tratou do riso, ainda que não tenha se delongado nessa discussão, foi Aristóteles. Inicialmente ele trata do homem como único animal que possui a capacidade de rir. E se esta, para ele, não é uma característica que possa definir o homem em sua integralidade, não se pode dizer que não o distinga dos outros animais[4]. Ainda é possível analisar o riso sob dois espectros distintos: o biológico e o social. No primeiro, tem-se que advém da condição fisiológica do diafragma, que teria a função de

> separar a região do coração ou o princípio de alma sensível [...] da cavidade abdominal. O objetivo dessa separação é ga-

[1] CAMPOS, Antonio Queiroz. Os diálogos de Platão e os gêneros literários da Antiguidade Clássica. **O que nos faz pensar.** v. 20. n. 30. 2011, pp. 219-239

[2] Na oportunidade, o filósofo critica Homero, que traz o riso da ignorância aos deuses, em escárnio a Hefesto, em sua obra *A Ilíada*. (CAMPOS, Antonio Queiroz, 2011, p. 232)

[3] PLATÃO, **A República,** pp. 388-389, *apud* CAMPOS, Antonio Queiroz. Os diálogos de Platão e os gêneros literários da Antiguidade Clássica. **O que nos faz pensar.** v. 20. n. 30. 2011, p. 232.

[4] PEIXOTO, Juliana. Sobre o riso em Aristóteles. **Argumentos,** ano 6, n. 12. 2014, pp. 106-108.

> rantir que o calor e a umidade advindos dos órgãos inferiores decorrentes da alimentação não afetem os órgãos superiores da região do coração.[5]

Por essa função, quando o diafragma sofre qualquer alteração que seja oriunda do calor, este produz o riso, que pode ser, inclusive, involuntário, como o caso das cócegas, argumento que o filósofo utiliza para sustentar sua tese. Para ele, as cócegas são um estímulo externo de ação risível, porque atinge rapidamente a região do diafragma.

Sem mais digressões por este espectro de análise, passa-se ao exame da perspectiva social. O filósofo entende o bom-humor como uma virtude relacionada à diversão ou ao jogo, estudada no meio das virtudes morais. Sendo uma virtude, portanto, o bom-humor segue a regra da justa-medida, ou justo-meio. Ou seja, o bom-humor só é efetivamente virtuoso quando se encontra em um meio qualitativo das virtudes. Desta forma, não pode ser ao extremo do bufão, que, ao dispor-se a fazer rir, não poupa nem a si nem a outras pessoas, nem ao extremo do rústico, que não ri ou graceja com nada[6].

Além disso, Aristóteles estuda a importância do riso e do bom-humor. Segundo ele, o homem – como um animal que se diferencia dos outros – tem também a necessidade do repouso. E este deve ser um momento de diversão em convívio social, que se constitui preciso como uma virtude de segunda ordem. Nas palavras de Juliana Peixoto:

> Aristóteles dirá, então, em sua *Política*, que enquanto o jogo ou a brincadeira visa o repouso ou o descanso, sendo que o repouso em questão tem de ser necessariamente agradável, pois é uma cura para a sensação de dor provocada pelo trabalho, já a diversão [...] deve conter não somente o belo, mas também o prazer, pois a felicidade é constituída por ambos. [7]

No entanto, para o filósofo, as atividades sérias, que não visam o riso ou não o tem como parte, são sempre aquelas da melhor parte do homem, que o fará mais feliz. Esta, portanto, é aquela que lhe é própria, a atividade da alma, conforme sua virtude, isto é, "um reto exercício da

[5] PEIXOTO, Juliana. Sobre o riso em Aristóteles. Argumentos, ano 6, n. 12. 2014, pp. 106-108

[6] PEIXOTO, Juliana. Sobre o riso em Aristóteles. **Argumentos,** ano 6, n. 12. 2014, p.109.

[7] PEIXOTO, Juliana. Sobre o riso em Aristóteles. **Argumentos,** ano 6, n. 12. 2014, p. 111

razão"[8].

Por fim, analisaremos os argumentos do filósofo francês Henri Bergson. Em seu livro "O Riso" ele reúne informações já coletadas sobre o cômico, e apresenta um manual prático, de forma tal que apresenta as principais origens desse fenômeno. Dentre as características que ele apresenta, pode-se citar, inicialmente, que, assim como Aristóteles, Bergson entende que o riso é um fenômeno humano. Vai além, no sentido de que, para ele, o homem não só é o único que pode rir, mas também o único que faz rir. Em suas palavras:

> Chamamos atenção para isto: não há comicidade fora do que é propriamente humano. [...] Já se definiu o homem como "um animal que ri". Poderia também ter sido definido como um animal que faz rir, pois se outro animal o conseguisse, ou outro objeto inanimado, seria por semelhança com o homem, pela característica impressa pelo homem ou pelo uso que o homem faz.[9]

Outra característica inerente ao riso é a ausência de empatia. Só é possível, segundo o filósofo, rir daquilo que não desperta nenhum tipo de emoção. Para que algo seja risível, é necessário afastar emoções como piedade ou afeição de forma que se permita a comicidade. Por fim, o humor destina-se a coletividade. O riso é sempre grupal, uma vez que seu ambiente natural é o coletivo, e deve, portanto, ter uma significação social.

Entende-se, portanto, que, para o autor, "o cômico surgirá quando homens reunidos em grupo dirijam sua atenção a um deles, calando a sensibilidade e exercendo tão-só a inteligência."[10].

Deste modo, fundamentalmente, pode-se entender que, no estudo dos três filósofos apresentados, o riso é inerente e só aparece no ser humano. Nesse diapasão, a causa do riso é não outra senão a própria humanidade, sendo possível rir de si mesmo – como a técnica do palhaço -, ou rir do outro. Este último é o foco desse trabalho.

Apesar de, historicamente, o humor ter sido colocado como

---

[8] PEIXOTO, Juliana. Sobre o riso em Aristóteles. **Argumentos**, ano 6, n. 12. 2014, p. 111

[9] BERGSON, Henri. **O riso:** ensaio sobre a significação do cômico**.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1983.

[10] BERGSON, Henri. O riso: ensaio sobre a significação do cômico. 2ª ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1983, p.11.

oposto àquilo que é bom – para Aristóteles, o riso não é parte da atividade a qual o homem se criou para realizar, e no cristianismo, o riso não é natural (vide a representação de Jesus, como quem nunca ri)[11] – o riso é parte fundamental da sociedade. Com a chegada do século XX, o riso passou a ganhar força em todas as suas formas. Se antes era considerado pecado, agora, a falta de humor torna-se um problema na disputa comercial ou, até mesmo, de seguidores espirituais.[12]

Hoje em dia, o riso e o direito de sátira, são garantias fundamentais da democracia. Segundo Dworkin, o ridículo, o cômico são uma forma de expressão distinta da mera crítica, cujo intuito é diferente. Em suas palavras:

> O ridículo é uma forma diferente de expressão: seu conteúdo não pode ser recolocado de uma forma retórica menos ofensiva sem que expresse algo muito diferente daquilo que pretendia. É por isso que cartuns e outras formas do ridículo tem sido, por séculos, ainda que ilegal, uma das mais importantes armas dos movimentos políticos, tanto nobres quanto imorais. (Tradução livre).[13]

Dessa forma, o estudo de seu fenômeno perpassa, para além de uma mera necessidade humana de alívio, repouso e/ou consolo, como uma concepção social democrática de igualdade de condições – a de rir, e, especialmente, de ser objeto de riso. É instrumento de democracia, e se trata, fundamentalmente, da liberdade de expressão. É o que se anali-

---

[11] "o riso vai se insinuar por todas as imperfeições humanas. É uma constatação de decadência e, ao mesmo tempo, um consolo, uma conduta de compensação, para escapar ao desespero e à angústia: rir para não chorar. Eis aí o que os pais da Igreja recriminam: em lugar de chorar sobre nossa decadência, o que seria marca de arrependimento, rimos de nossas fraquezas, e essa é a nossa perda. Vemos nosso nada e rimos dele: um riso diabólico" (MINIOIS, Georges. **História do Riso e do Escárnio**, São Paulo: UNESP, 2003, p. 77)

[12] MINIOIS, Georges. **História do Riso e do Escárnio**, São Paulo: UNESP, 2003.

[13] "Ridicule is a distinct kind of expression: its substance cannot be repackaged in a less offensive rethorical form without expressing something very different from what was intended. That is why cartoons and other forms of ridicule have for centuries, even when illegal, been among the most important weapons of both noble and wicked political movements" DWORKIN, Ronald. The Right to Ridicule, The New York Review, March 23, 2006.

sará no próximo tópico.

2. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A importância da liberdade de expressão na história brasileira recente é inegável. Durante a Ditadura Militar que vigorou no Brasil de 1964 a 1985, a censura foi largamente utilizada como meio de manutenção do Estado totalitário, silenciando manifestações culturais e políticas contrárias ao Estado e seus interesses. Com a Constituição de 1988 e a redemocratização, a liberdade de expressão ficou prevista como um direito fundamental, cuja proteção é central para ordenamentos jurídicos contemporâneos.[14] Atualmente, pode-se dizer que tanto a imprensa quanto a manifestação artística é livre no Brasil, e a proteção de tão importante direito é reconhecida cotidianamente pelos Tribunais.[15]

Evidência disso é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130. A ação foi interposta pelo Partido Democrático Trabalhista, em 30 de abril de 2009, alegando inconstitucionalidade da Lei nº 5.250/1967, a chamada Lei de Imprensa. Seu principal argumento era de que a lei não poderia ter sido recepcionada pela Constituição Federal de 1988, uma vez que suas cláusulas se apoiavam na censura característica da ditadura militar na qual o país se encontrava no ano de sua aprovação.[16]

Em linhas gerais, o relator (min. Carlos Britto) entendeu e foi seguido por sete outros ministros, que o Poder Legislativo não pode legislar sobre a imprensa no sentido de restringi-la, e que, se no caso concreto se entender que houve violação de direitos da personalidade, deverá haver proporcional indenização. Com base nesses argumentos, a lei foi julgada inconstitucional.[17]

Cabe inicialmente importante diferenciação entre os direitos

[14]BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. **RTDC**, v.16, out./dez. 2003. p. 4

[15] SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do "Hate Speech". In: SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais**: estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

[16] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130**. Relator: Min. Carlos Britto. Distrito Federal, 06 de novembro de 2009. Disponível em: https://bit.ly/2IC1YDG.

[17] BERNASIUK, Helen Lentz Ribeiro. A Lei de Imprensa: Breve análise sobre a po-

fundamentais à liberdade de expressão e de informação. Apesar de intimamente relacionadas, a liberdade de informação diz respeito à livre comunicação de fatos, ou seja, pressupõe um suporte fático que indique a veracidade do que está sendo comunicado. A liberdade de expressão, por sua vez, se ocupa de "tutelar o direito de externar ideias, opiniões, juízos de valor, em suma, qualquer manifestação do pensamento humano"[18]. Por essa razão, quando se trata de manifestações humorísticas, falamos essencialmente do direito à liberdade de expressão, ainda que, em alguma medida, a liberdade de informação seja também exercida.

Como leciona o ministro Luis Roberto Barroso,[19] os direitos fundamentais possuem as mesmas características normativas dos princípios, vez que representam a concretização da dignidade da pessoa humana. Assim, diversas são as situações concretas que chegam ao poder judiciário nas quais há conflito entre tais direitos, ambos legitimamente tutelados no caso, mas o respeito por um significa a mitigação do outro. Visto que os princípios não são hierarquizados, o legislador não estabelece para o julgador critérios fixos de decisão, cabendo ao juiz "fazer as valorações adequadas, de modo a preservar o máximo de cada um dos valores em conflito, realizando escolhas acerca de qual interesse deverá circunstancialmente prevalecer"[20].

Cabe, portanto, ao julgador, se utilizar da técnica da ponderação. Após identificar os direitos em conflito e as circunstâncias concretas do caso,

> os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto serão examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos a serem atribuídos aos diversos elementos

---

são do Supremo Tribunal Federal no Julgamento da ADPF 130. **Revista da Ajuris**, v. 42, n. 138, 2015. Disponível em: https://bit.ly/2VZQ5iE.

[18] BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. **RTDC**, v.16, out./dez. 2003. p. 18

[19] BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. **RTDC**, v.16, out./dez. 2003. p. 4.

[20] BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. RTDC, v.16, out./dez. 2003. p. 4.

> em disputa e, portanto, o grupo de normas a preponderar no caso [21]

Desse modo, a decisão tomada deve ser aquela mais adequada diante das peculiaridades do caso concreto, preservando ao máximo cada princípio envolvido. À medida que as situações chegam aos Tribunais, os parâmetros de análise vão sendo estabelecidos

O conflito entre ambos os direitos é frequente quando se trata de produções artísticas e jornalísticas que buscam atingir o humor, cuja importância inerente enquanto manifestação da sociedade foi explicada. No contexto jurídico dessas manifestações, sua proteção se dá pelo direito fundamental à liberdade de expressão, um elemento essencial para a própria manutenção da democracia.

Apesar de sua importância inquestionável, nenhum direito é absoluto, não sendo a liberdade de expressão uma exceção à regra. A ponderação entre a liberdade de expressão e outros direitos fundamentais, especialmente os direitos da personalidade, é um campo onde o medo da censura é sempre recorrente. Ademais, quando se trata de humor, os limites entre o exercício de um direito e a violação de outro se tornam ainda mais complexos, e a ponderação pelos Tribunais a partir das peculiaridades do caso concreto é imprescindível para encontrar o equilíbrio entre o respeito aos atributos atinentes à pessoa humana, centrais no ordenamento contemporâneo, e a liberdade de expressão.

Daniel Sarmiento é certeiro na delimitação da importância e no fundamento da liberdade de expressão:[22]

> A possibilidade de cada um de exprimir as próprias ideias e concepções, de divulgar suas obras artísticas, científicas ou literárias, de comunicar o que pensa e o que sente, é dimensão essencial da dignidade humana. Quando se priva alguém destas faculdades, restringe-se a sua capacidade de realizar-se como ser humano e de perseguir na vida os projetos e objetivos que escolheu. Trata-se de uma das mais graves violações à autonomia individual que se pode conceber, uma vez que

[21] BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. **RTDC**, v.16, out./dez. 2003. p. 1.

[22] SARMIENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do "Hate Speech". In: SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais**: estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 37.

> nossa capacidade de comunicação [...] representa uma das mais relevantes dimensões da nossa própria humanidade.

Destaca-se, ainda, que a importância da liberdade de expressão se estende a outro direito fundamental ao qual está intimamente ligada: o direito ao acesso à informação, novamente essencial para a concretização da dignidade da pessoa humana. Para que o indivíduo faça suas próprias escolhas e tenha suas próprias opiniões, o que é parte de sua autonomia, é preciso primeiramente ter acesso à informação e a outras opiniões e pontos de vista.[23]

A importância do humor e do riso nesse contexto se dá na medida em que as formas de fazer humor revelam em grande medida as convicções, cultura, opiniões, preconceitos e discursos inerentes a uma sociedade. Paulo Rigamonte[24], se utilizando do já mencionado Henri Bergson, expõe as duas dimensões do humor e do riso: a primeira é o fenômeno social que representa, visto que o que é engraçado para determinada sociedade ou grupo de pessoas revela muito sobre essa sociedade ou grupo; a segunda, por sua vez, é a do humor como mecanismo discursivo, que dissemina críticas e opiniões sobre determinado assunto. Evidencia-se, portanto, como a liberdade para se manifestar de forma humorística é protegida sob a liberdade de expressão, configurando-se como uma legítima manifestação artística e intelectual de expressão de ideias e posicionamentos.

Antes de adentrar à análise da abordagem que o Tribunal de Justiça dá ao tema, passaremos agora a uma breve contextualização e discussão quanto aos fundamentos dos direitos da personalidade no contexto brasileiro.

3. FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA DOS

[23] SARMIENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do "Hate Speech". In: SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais**: estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 37.

[24] RIGAMONTE, Paulo. **O humorismo como manifestação da liberdade de expressão no contexto da jurisprudência do supremo tribunal federal**. 2016. Trabalho de conclusão de curso (Bacharel) - Centro Universitário Unitoledo, [s. l.], 2016. p. 48.

DIREITOS DA PERSONALIDADE

A tutela dos Direitos da Personalidade no ordenamento jurídico brasileiro é relativamente recente, de forma que seus fundamentos e relação com outros direitos ainda é um campo que precisa ser melhor compreendido.

Maria Celina Bodin de Moraes e Thamis Dalsenter Viveiros de Castro são precisas ao contextualizarem a forma como o conhecimento jurídico construído nos séculos XVIII e XIX estabeleceu um Direito essencialmente patrimonialista e individualista, cuja personalidade do sujeito era entendida apenas como atributo do sujeito patrimonial, sendo sua função a de garantir a liberdade negocial do indivíduo. Assim, a própria concepção de autonomia, central para a discussão sobre direitos da personalidade, ficou "alicerçada na concepção jurídica da personalidade como atributo do sujeito de direito capaz de realizar livremente negócios jurídicos".[25]

Com a mudança de paradigma social – pós crise econômica gerada pelo não intervencionismo estatal e as duas grandes guerras -, o ser humano passou a residir no centro do ordenamento jurídico. Assim, a dignidade da pessoa humana foi estabelecida como princípio fundamental e norteador de toda a legislação e atuação estatal, como foi com a Alemanha, Portugal e Espanha[26], para citar alguns exemplos. No Brasil, a previsão se estabeleceu na Constituição de 1988 (art. 1°, III), influenciada não apenas pela mudança internacional, mas pela recente Ditadura Militar, também responsável por sistemáticas violações de direitos dos cidadãos brasileiros.

A importância da breve contextualização histórica se dá no fato de que, sob os direitos da personalidade, "compreendem-se [...] os direitos atinentes à tutela da pessoa humana, considerados essenciais à sua dignidade e integridade",[27] de modo que a previsão de tais direitos como

---

[25] MORAES, Maria Celina Bodin de; DALSENTER, Thamis. A autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo. **Pensar**. Fortaleza, v. 19, n. 3, set./out, 2014. p. 785.

[26] SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 212, abr./jun. 1998. p. 2

[27] A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil - constitucional Brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). Temas de Direito Civil. 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 2.

se dá no Código Civil de 2002 tem o escopo de especificar e tutelar de forma concreta atributos da dignidade da pessoa humana que são parte das relações civis.[28] Como ensina Anderson Schreiber, os direitos da personalidade nada mais são do que o instituto do direito privado para tutelar os atributos humanos que no plano constitucional são chamados "direitos fundamentais" e, no plano internacional, "direitos humanos", todos tutelando o mesmo valor: a dignidade humana.[29]

Nesse mesmo sentido discute Gustavo Tepedino: a percepção da tutela da pessoa humana é coerente ao contexto histórico em que se estabelece, visto que suas primeiras concepções tinham por escopo a proteção do indivíduo contra o Estado, em grande medida por medo do totalitarismo. Entretanto, entendeu-se que a tutela também se estende ao direito privado, visto que aspectos como a integridade física, a vida, a privacidade, a honra e a imagem "satisfazem aspirações próprias do indivíduo em si mesmo considerado".

Nesse sentido, reconhece-se a existência de situações jurídicas subjetivas oponíveis *erga omnes*, de forma a tutelar a pessoa frente agressões que afetem aspectos de sua personalidade,[30] como a honra, a imagem e privacidade, que serão os principais direitos comprometidos quando contrapostos à liberdade de expressão no contexto do humor. Assim, os direitos da personalidade são direitos subjetivos de "exigir o comportamento negativo de todos"[31], ou seja, estabelece um "dever geral de abstenção".[32]

O Código Civil de 2002 elenca um rol aberto de direitos da personalidade. Apesar do mérito da evolução em relação ao Código de 1916, cuja essência era invariavelmente patrimonialista e distante da proteção da personalidade, as previsões do capítulo II do atual Código, "Dos Direitos da Personalidade", são apontadas por muitos doutrina-

---

[28] SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo, Atlas, 2011. p.14

[29] SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo, Atlas, 2011. p.13

[30] TEPEDINO, Gustavo. A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil - constitucional Brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Temas de Direito Civil**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 4.

[31] DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1. p. 126.

[32] A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil - constitucional Brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Temas de Direito Civil**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 8.

dores como insuficientes ou falhas para proteger efetivamente o indivíduo.[33] Assim, cabe ao intérprete, ao jurista e aos magistrados estabelecer melhores contornos aos direitos de forma coerente à sua proteção constitucional.

Esses direitos, agrupados pela doutrina como "direitos à integridade moral (à honra, à imagem e à privacidade)"[34], apesar de não esgotarem todas as possibilidades de conflito, são aqueles mais sensíveis quando se trata de limitações à liberdade de expressão.

Por fim, fundamental para a compreensão das violações aos direitos da personalidade, é a responsabilidade contratual por abuso de direito, prevista nos art. 187 do Código Civil: "Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes".[35]

Ou seja, é possível a configuração de ato ilícito quando a pessoa - física ou jurídica - é titular de um direito, mas seu exercício é irregular. A lei não especifica quais são esses limites, cabendo à doutrina e à jurisprudência delimitá-los. Nas palavras de Anderson Schreiber, define-se "[...] ato abusivo como aquele que supera os limites ou os fins econômicos e sociais do próprio direito subjetivo exercido."[36]

Em grande medida, a ponderação aqui desempenha papel fundamental, visto que a previsão genérica de limites ao exercício de certos direitos, como, por exemplo, a liberdade de expressão, facilmente recairia em um controle arbitrário e autoritário.

Com base nisso, passaremos agora à análise jurisprudencial, busca compreender os principais parâmetros de ponderação utilizados pelo STJ no que diz respeito ao embate entre liberdade de informação,

---

[33] SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo, Atlas, 2011. p. 12

[34] BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. **RTDC**, v.16, out./dez. 2003. p. 13

[35] BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002, art. 187.

[36] SCHREIBER, Anderson. Manual de Direito Civil Contemporâneo. 3ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 322.

expressão e imprensa e os direitos da personalidade.

4. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

A pesquisa foi feita com os descritores "direito adj da adj personalidade e (humor ou humorista ou humorístico)" no portal de jurisprudências do Supremo Tribunal de Justiça. Da pesquisa, resultaram a princípio 20 decisões monocráticas e um acórdão. Em análise dos julgados, 10 das decisões monocráticas não se relacionam ao assunto aqui trabalhado, e quatro não foram analisadas em virtude da Súmula 7 do STJ. Além disso, uma decisão, julgada em 2002, foi descartada por ainda ser fundamentada no Código Civil de 1916, de modo a diferir muito das outras, todas julgadas no período de 2013 a 2019, com incidência do CC/02. Dessa forma, três decisões monocráticas foram analisadas e um acórdão, totalizando quatro decisões.

Analisaremos os argumentos principais a seguir.

4.1 AUTORIZAÇÃO

É preciso analisar com cautela a necessidade ou não da autorização quando se diz respeito à liberdade de expressão, sob pena de aproximarmo-nos de um processo censório. A regra, quando se trata de atividades humorísticas no ambiente da liberdade de expressão e imprensa, é a dispensa de autorização, visto que a exigir dos associados a todo programa, charge, caricatura, tirinha e outras tantas formas de fazer humor, esvaziaria o próprio sentido e importância da proteção dessas manifestações. É fácil imaginar, por exemplo, que nenhum político autorizaria charges, tirinhas ou reportagens que ridicularizassem sua atuação e certamente as tiraria judicialmente de circulação.

No REsp 1.728.040[37], por sua vez, a análise recaiu sobre um quadro do programa de humor "Pânico na TV", denominado "Vô, Num Vô", no qual dois personagens abordam mulheres em ambientes públicos. A partir de seus aspectos físicos, são atribuídos um selo verde "Vô", ou um vermelho "Num vô", enquanto a câmera mantém o foco

[37] BRASIL, Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso especial** 1.728.040-SP (2016/0026304-5). Recorrente: Marcia Salvatore. Recorrido: TV Ômega Limitada. Relator: Marco Aurélio Bellizze. Distrito Federal, 21 de setembro de 2018. Disponível em: https://bit.ly/3d53dJu. Acesso em: 10/03/2020.

nos seios, nádegas, barriga e pernas das mulheres. Naquela oportunidade, a reação da recorrente com a aproximação foi recursar-se expressamente a conversar com os repórteres, além de esconder seu rosto. Foi, contudo, surpreendida com sua aparição na transmissão do programa.

A argumentação do ministro relator tem por foco a recusa da recorrente em participar da brincadeira e, consequentemente, na não autorização da transmissão da sua imagem em rede nacional. Com base nisso, reconheceu a violação ao seu direito à imagem e à privacidade:

> [...] não houve qualquer autorização, nem sequer implícita, da recorrente para a veiculação de sua imagem na mídia, sendo certo que, embora tenha escondido o rosto, o seu corpo foi filmado e divulgado nos programas "Pânico na TV" e "A tarde é sua", além de constar em vídeos na internet.[38]

É inegável que o programa tem assegurados seus direitos à liberdade de imprensa e de expressão, os quais reconhecidamente são exercidos por meio dos programas humorísticos exibidos em rede nacional. Entretanto, a decisão reforça a necessidade de autorização da recorrente para a exposição da sua imagem naquela situação.

Entretanto, no caso em questão, é razoável dizer que não há interesse público na veiculação das imagens dos aspectos físicos de mulheres com o único propósito de serem julgadas e avaliadas, como será melhor abordado no subtópico seguinte. Pelo contrário, o único propósito alcançado pela matéria, diante da clara negativa das mulheres em participar, é expô-las em situação humilhante e vexatória. Isso não significa dizer que o programa não possa ser feito, mas sim que a autorização dos envolvidos é necessária, precisamente porque envolve clara cessão temporária e pontual dos seus direitos à imagem e à privacidade. Nesse sentido, sintetiza a decisão:

> Ao se recusar a participar do referido quadro humorístico, a emissora deveria ter apagado a filmagem na parte em que é mostrada a recorrente. Todavia, preferiu divulgá-la sem a sua autorização, violando, assim, seu patrimônio moral. A liberdade de imprensa não pode servir de escusa a tamanha

[38] BRASIL, Supremo Tribunal de Justiça. Recurso especial 1.728.040-SP (2016/0026304-5). Recorrente: Marcia Salvatore. Recorrido: TV Ômega Limitada. Relator: Marco Aurélio Bellizze. Distrito Federal, 21 de setembro de 2018. Disponível em: https://bit.ly/3d53dJu. Acesso em: 10/03/2020, p.8.

> invasão na privacidade do indivíduo, impondo-lhe, como ocorrido no caso concreto, além da violação de seu direito de imagem, uma situação de absoluto constrangimento e humilhação.[39]

4.2 INTERESSE PÚBLICO

Outro limite imposto pela jurisprudência brasileira é o interesse público. Entende-se por interesse público aquilo que atende ao interesse coletivo, que se justifique pela notoriedade no cenário social. É o que se vislumbra, por exemplo, no caso referenciado acima, e no AREsp 1.022.556, no qual o ministro Marco Aurélio Bellizze argumenta

> Assim, considerando que o réu, ora demandado, apenas teceu comentários críticos ao recorrente, em relação a fatos que lhe foram concretamente imputados, advindos, inclusive, de procedimento de investigação previamente instaurado, conforme amplamente noticiado pela mídia, está caracterizado o exercício regular do direito de informar, inexistindo, dessa forma, ato ilícito indenizável.[40]

Dessa forma, infere-se que a argumentação do Judiciário se respalda no interesse público na existência e publicidade de um crime, havendo, portanto, a preponderância da legítima manifestação em forma de sátira e opinião.

Nesse sentido, entende-se que o interesse público precisa ser presumido. Sua análise para restringir ou não um conteúdo só poderá ser feita em caso concreto. Nas palavras de Barroso, "a conclusão que se chega, portanto, é de que o interesse público na divulgação de informações [...] é presumido. A superação dessa presunção, por algum outro interesse, público ou privado, somente poderá ocorrer, legitimamente, nas situações limite, excepcionalíssimas [...]."[41] No mesmo sentido, ainda

---

[39] BRASIL, Supremo Tribunal de Justiça. Recurso especial 1.728.040-SP (2016/0026304-5). Recorrente: Marcia Salvatore. Recorrido: TV Ômega Limitada. Relator: Marco Aurélio Bellizze. Distrito Federal, 21 de setembro de 2018. Disponível em: https://bit.ly/3d53dJu. Acesso em: 10/03/2020, p.12.

[40] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial** 1.022.556-RJ (2016/0310612-3). Agravante: Daniel Valente Dantas. Agravado: Paulo Henrique dos Santos Amorim. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, p.5.

[41] BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula. Colisão entre liberdade de

leciona que a liberdade de informação e de expressão são, essencialmente, de interesse público, independentes do conteúdo veiculado.

É o que se tem no AREsp 1.728.040 (caso "Vô, Num Vô"), uma vez que, nesse caso, a despeito do interesse público inerente ao programa veiculado, como já tratado, não se pode entende-lo como absoluto, vez que viola os direitos personalíssimos da requerente. Assim sendo, na ponderação de ambos, não se justifica a exposição da mulher em rede nacional.

Outro caso semelhante envolvendo o programa televisivo é o AREsp 17.280.040. Na situação, o programa veiculou o nome da apelada – sem sua autorização – expondo-o ao ridículo, ao relacioná-lo à profissão de Proctologia pela sonoridade de seu sobrenome, além de ter identificado seu local de residência e endereço.

O argumento do interesse público é colocado neste sentido:

> [...] não é possível chancelar o comportamento de veículos e profissionais da imprensa que, a pretexto de informar, transbordam os limites do **interesse público** e atingem direitos da personalidade, implicando danos à imagem e à honra das pessoas sobre as quais noticiam. (grifo nosso)[42]

4.3 MEIO VEICULADO

Por sua vez, o meio pelo qual a liberdade de expressão está sendo exercida, notadamente com objetivo humorístico, é relevante para a ponderação. Isso se dá em razão de que, como já discutido anteriormente, a liberdade de expressão não traz consigo a obrigação da veracidade do que é veiculado, como acontece com a liberdade de informação. Contudo, isso não significa dizer que não há limites nesse sentido para a liberdade de expressão, que não autoriza a disseminação de informações não verídicas.

Assim, o conteúdo humorístico, que muitas vezes se vale de

---

expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. RTDC, v.16, out./dez. 2003, p. 24

[42] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, **Agravo em Recurso Especial** 1.414.871 – PR (2018/0329457-9). Agravante: Empresa Folha da Manhã S/A. Agravado: Débora de Souza Kuss. Relator: Ministro Ricardo Vilas Bôas Cueva. Distrito Federal, 26 de abril de 2019. Disponível em: https://bit.ly/2UcGeUc. Acesso em: 20/02/2020.

exageros, suposições ou mesmo invenções de fatos, está mais próximo da violação de direitos da personalidade de seus alvos se veiculado em contextos nos quais aparente veracidade. Nesse sentido defende Anderson Schreiber[43]

> A finalidade exclusivamente satírica do periódico em que é veiculada a matéria atenua o impacto sobre a reputação dos retratados, vez que seu público não tende a assumir como verdadeiros os fatos ali narrados. Diversamente, a publicação satírica camuflada entre outras reportagens, de cunho exclusivamente jornalístico, apresenta maior potencial lesivo à honra dos retratados porque não possui a evidente falta de seriedade que já é pressuposta pelo público na primeira hipótese

Com base nisso, analisa-se o REsp n° 1.432.324[44], no qual o piloto de fórmula 1 nacionalmente conhecido por "Rubinho Barrichello" pleiteava danos morais por violação ao seu direito de imagem, frente à empresa de comunicação e propaganda. Em anúncio comercial produzido pela empresa, aparece uma criança em um carro de brinquedo, com roupas semelhantes às de piloto de Fórmula 1 utilizadas por Barrichello, com a frase: "Rubinho, dá pra ser mais veloz?".

O emprego do humor aqui é evidente, ironizando Rubens por ser associado à lentidão nas corridas de Fórmula 1. Sendo ele nacionalmente reconhecido pela corrida e não havendo associação a atributos pessoais, senão à sua performance no esporte, não haveria, a princípio, que se falar em violação ao seu direito à honra ou à imagem. Contudo, a procedência de seu pedido se deu em função do meio e da finalidade na qual a associação foi feita: propaganda comercial.

Como fundamento para tal decisão, o julgado coloca o art. 18 do Código Civil, "sem autorização, não se pode usar nome alheio em propaganda comercial"[45], bem como o Enunciado n° 278 da IV Jornada

---

[43] SCHREIBER, Anderson. Direitos da Personalidade. São Paulo, Atlas, 2011. p.27.

[44] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial** 1.432.324 – SP (2012/0275340-2). Recorrente: Rubens Gonçalves Barrichello. Recorrido: Full Jazz Comunicação e Propaganda LTDA. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Distrito Federal, 04 de fevereiro de 2015. Disponível em: https://bit.ly/33lCKmo. Acesso em: 11/03/2020.

[45] BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

de Direito Civil, que se refere ao mencionado artigo:

> A publicidade que divulgar, sem autorização, qualidades inerentes a determinada pessoa, ainda que sem mencionar seu nome, mas sendo capaz de identificá-la, constitui violação a direito da personalidade.[46]

Apesar das críticas que o julgado merece diante da confusão que promove entre o direito ao nome e o direito à imagem, cujas tutelas são autônomas, a decisão reconheceu a violação aos seus direitos de personalidade, notadamente em razão do fim econômico naturalmente associado às propagandas comerciais.

Diferente foi a situação analisada no AREsp nº 1.022.556 – RJ[47]. Naquela oportunidade, o conhecido jornalista Paulo Henrique Amorim publicou em seu *blog* "Conversa Fiada" críticas ao empresário Daniel Dantas por seu envolvimento com escândalos de corrupção. Na postagem, utilizou-se do humor para associar a Daniel as alcunhas de "passador de bola apanhado no ato de passar a bola" e "Gilmar Dantas" comparando-o ao ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes.

Na decisão, o ministro relator deu razão à Paulo Amorim. Para além do principal argumento utilizado, do inegável interesse público, já discutido, a decisão destaca o meio de veiculação, notadamente seu *blog*, reconhecido pelas críticas políticas costumeiramente feitas com sarcasmo e ironia.

4.4 BOA-FÉ E BONS COSTUMES

No AREsp 1.022.556[48], o relator do STJ coloca três parâme-

[46] BRASIL, IV Jornada de Direito Civil. **Enunciado 278.** A publicidade que divulgar, sem autorização, qualidade inerente a determinada pessoa, ainda que sem mencionar seu nome, mas sendo capaz de identifica-la, constitui violação a direito da personalidade. Disponível em: https://bit.ly/2WhPid6. Acesso em: 11/03/2020.

[47] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial** 1.022.556 – RJ (2016/0310612-3). Agravante: Daniel Valente Dantas. Agravado: Paulo Henrique dos Santos Amorim. Distrito Federal, 09 de maio de 2017. Disponível em: https://bit.ly/2wbdmDM. Acesso em 11/03/2020.

[48] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial 1.022.556 – RJ (2016/0310612-3). Agravante: Daniel Valente Dantas. Agravado: Paulo Henrique dos Santos Amorim. Distrito Federal, 09 de maio de 2017. Disponível em: https://bit.ly/2wbdmDM. Acesso em 11/03/2020.

tros de análise a serem discutidos: "não excedeu suas finalidades, bem como não contrariou a boa-fé ou os bons costumes."[49].

Para o poder judiciário, fazer humor não implica ferir a moral e os bons costumes. Pelo contrário, por esse argumento, é necessário respeitar determinados limites impostos por estes parâmetros. Entretanto, é necessária uma análise mais profunda, uma vez que os "bons costumes" se comportam como uma cláusula que não se conceitua objetivamente. Segundo Thamis Dalsenter Viveiros de Castro:

> A partir de um raciocínio envolvendo conteúdo moral, as múltiplas visões de mundo sustentam compreensões completamente diferentes sobre os comportamentos que devem ou não ser tutelados juridicamente.
>
> [...]
>
> Esse tipo de exemplo serve para demonstrar como os valores entram em conflito com aparente facilidade e como os bons costumes são frequentemente utilizados na tentativa de conferir status jurídico a considerações de ordem moral que mais se aproximam de meras ofensas a padrões sociais eu não merecem tutela diante das circunstâncias concretas.[50]

É necessário ressaltar, dessa forma, a ideia de que sob o aspecto de cláusula aberta dos bons costumes, estes só podem ser analisados casuisticamente, e sob extrema cautela, com riscos de se limitar uma situação que, em sua extremidade, poderia configurar cerceamento de liberdade de expressão – censura. Nesse sentido, tem-se as palavras do humorista Fábio Porchat, que diz:

> [...] a definição de humor é ferir a moral e os bons costumes. Sempre. Repare, não é humilhar, difamar, ofender, mas sim, pegar a sua moral e os seus bons costumes e colocá-los em uma corda bamba, para que você tropece em cima dos seus preconceitos, para que você se coloque em xeque! O humor

[49] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial** 1.022.556-RJ (2016/0310612-3). Agravante: José Antônio Kuhn. Agravado: Empresa Jornalística O Diário Ltda. Relator: Ministro Antônio Carlos Ferreira.

[50] CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. **Bons costumes no Direito Civil Brasileiro.** São Paulo, Almedina. 2017.

te expõe![51]

Procuramos aqui caracterizar a necessidade da ponderação, para averiguar se existe algum interesse que seja maior do que o fazer rir no caso concreto, e não avaliar em abstrato - seja para a proteção dos direitos da personalidade, seja para a proteção da liberdade de expressão. É a análise, por exemplo, feita no Resp 1.728.040:

> Nos exatos termos do art. 187 do CC/2002, o conceito de ato ilícito passou a abarcar a conduta do "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". (art. 187 do CC/2002).
>
> Assim, o dever de indenizar também exsurge do exercício irregular de direitos que ocasiona dano a outrem, ainda que de índole exclusivamente moral.[52]

É notável, na decisão, que se utiliza os bons costumes e a boa-fé objetiva como limites para o exercício do direito de expressão – como já explícito. Nesse sentido, é nítida a aplicabilidade dessa cláusula no que tange aos bons costumes, vez que a sátira tem por escopo exclusivamente desrespeitar a recorrente, sem qualquer outro propósito aparente.

Para além da finalidade e dos bons costumes, a decisão trata sobre boa-fé. Aqui, presume-se, pelo contexto, que o ministro trata da boa-fé subjetiva, entendida como um estado interno do sujeito, de boa intenção, e não necessariamente, seu comportamento externado.

Mais uma vez, resta-se tarefa impossível analisar, em abstrato, a questão da boa-fé subjetiva. Isto porque, se tratando de um *animus* de simplesmente fazer humor, sem interferir em qualquer direito da personalidade, não se pode analisar sem um contexto e sem agentes aos quais

---

[51] PORCHAT, Fábio. 'Humor é ferir a moral e os bons costumes'. **O Estadão**, São Paulo, 17 de maio de 2013.

[52]BRASIL, Supremo Tribunal de Justiça. Recurso especial 1.728.040-SP (2016/0026304-5). Recorrente: Marcia Salvatore. Recorrido: TV Ômega Limitada. Relator: Marco Aurélio Bellizze. Distrito Federal, 21 de setembro de 2018. Disponível em: https://bit.ly/3d53dJu. Acesso em: 10/03/2020.

se imponha tal comportamento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A relação do ser humano com o humor sempre foi intrínseca à sociedade. Desde as civilizações mais antigas, o riso assume posição de relevância e de estudo. Filósofos como Platão, Aristóteles e Bergson entendem que este é um fenômeno unicamente humano, e, que, portanto, é feito e destina-se ao homem. A importância do humor na sociedade contemporânea, nesse aspecto, se dá no sentido de que o direito à sátira é garantia fundamental da democracia, de modo que, em regra, qualquer liberdade de expressão é presumidamente legítima.

Entretanto, há casos em que existe o abuso de direito, no qual a liberdade de expressão ultrapassa certos limites estabelecidos pela proteção dos direitos da personalidade. Visto que ambos são tutelados enquanto direitos fundamentais, e, portanto, não são hierarquizados entre si, eventuais conflitos tornam necessário que haja uma ponderação do Poder Judiciário, uma vez que a solução só pode ser dada mediante o caso concreto.

O Superior Tribunal de Justiça, no entanto, não teve tantas oportunidades para julgar casos com essa temática, de forma que não houve espaço para criar um precedente ou uma jurisprudência consolidada. Ainda assim, é possível extrair das decisões existentes parâmetros concretos de análise, notadamente, (1) a necessidade ou não da autorização do sujeito da sátira; (2) o meio em que esta é veiculada; (3) a prevalência do interesse público; e, por fim, (4) a boa-fé e os bons costumes como baliza do exercício da liberdade de expressão.

Conclui-se, nesse diapasão, que o STJ tende a priorizar a proteção aos direitos da personalidade frente à liberdade de expressão, quando a manifestação desta última tiver como propósito, exclusivamente, ridicularizar atributos individuais e inerentes ao livre desenvolvimento da personalidade humana. No entanto, utiliza-se, muitas vezes, para isso, de critérios subjetivos e de difícil análise, ainda que no caso concreto – como boa-fé e bons costumes.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula. Colisão entre li-

berdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. Revista Trimestral de Direito Civil, v.16, out./dez. 2003

BERGSON, Henri. **O riso:** ensaio sobre a significação do cômico. 2ª ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1983.

BERNASIUK, Helen Lentz Ribeiro. A Lei de Imprensa: Breve análise sobre a posição do Supremo Tribunal Federal no Julgamento da ADPF 130. **Revista da Ajuris**, v. 42, n. 138, 2015. Disponível em: https://bit.ly/2VZQ5iE. Acesso em: 20/02/2020.

BRASIL, IV Jornada de Direito Civil. **Enunciado 278.** A publicidade que divulgar, sem autorização, qualidade inerente a determinada pessoa, ainda que sem mencionar seu nome, mas sendo capaz de identifica-la, constitui violação a direito da personalidade. Disponível em: https://bit.ly/2WhPid6. Acesso em: 11/03/2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002, art. 187.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Agravo em Recurso Especial** 1.414.871 – PR (2018/0329457-9). Agravante: Empresa Folha da Manhã S/A. Agravado: Débora de Souza Kuss. Relator: Ministro Ricardo Vilas Bôas Cueva. Distrito Federal, 26 de abril de 2019. Disponível em: https://bit.ly/2UcGeUc. Acesso em: 20/02/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial** 1.022.556 – RJ (2016/0310612-3). Agravante: Daniel Valente Dantas. Agravado: Paulo Henrique dos Santos Amorim. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Distrito Federal, 09 de maio de 2017. Disponível em: https://bit.ly/2wbdmDM. Acesso em 11/03/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial** 1.432.324 – SP (2012/0275340-2). Recorrente: Rubens Gonçalves Barrichello. Recorrido: Full Jazz Comunicação e Propaganda LTDA. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Distrito Federal, 04 de fevereiro de 2015. Disponível em: https://bit.ly/33lCKmo. Acesso em: 11/03/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso especial** 1.728.040-SP (2016/0026304-5). Recorrente: Marcia Salvatore. Recorrido: TV Ômega Limitada. Relator: Marco Aurélio Bellizze. Distrito Federal, 21 de setembro

de 2018. Disponível em: https://bit.ly/3d53dJu. Acesso em: 10/03/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130**. Relator: Min. Carlos Britto. Distrito Federal, 06 de novembro de 2009. Disponível em: https://bit.ly/2IC1YDG. Acesso em: 20/02/2020.

CAMPOS, Antonio Queiroz. Os diálogos de Platão e os gêneros literários da Antiguidade Clássica. **O que nos faz pensar.** v. 20. n. 30. 2011, pp. 219-239. Disponível em: https://bit.ly/2QiFUSy. Acesso em: 20/02/2020

CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. **Bons costumes no Direito Civil Brasileiro.** São Paulo, Almedina. 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro:** teoria geral do direito civil. 29. ed., v. 1. São Paulo: Saraiva, 2012,

DWORKIN, Ronald. The Right to Ridicule, **The New York Review**, March 23, 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil.** 14.ed., v.1. São Paulo: Saraiva, 2012.

MINIOIS, Georges. **História do Riso e do Escárnio**, São Paulo: UNESP, 2003

MORAES, Maria Celina Bodin de; DALSENTER, Thamis. A autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo. **Pensar**. Fortaleza, v. 19, n. 3, set./out, 2014.

MORAES, Maria Celina Bodin de; DALSENTER, Thamis. A autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo. **Pensar**. Fortaleza, v. 19, n. 3, set./out, 2014.

PEIXOTO, Juliana. Sobre o riso em Aristóteles. **Argumentos:** Revista de Filosofia**,** ano 6, n. 12. jul./dez. 2014, pp. 103-113. Disponível em: https://bit.ly/38UhyoD. Acesso em: 20/02/2020.

PLATÃO. **A República.** Rio de Janeiro: Best Seller, 2002. Tradução de Enrico Corvisieri.

PORCHAT, Fábio. 'Humor é ferir a moral e os bons costumes'. **O Estadão**, São Paulo, 17 de maio de 2013.

RIGAMONTE, Paulo. **O humorismo como manifestação da liberdade de expressão no contexto da jurisprudência do supremo tribunal federal**. 2016. Trabalho de conclusão de curso (Bacharel) - Centro Universitário

Unitoledo, [s. l.], 2016

SARMIENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do "Hate Speech". In: SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais:** estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade.** São Paulo, Atlas, 2011.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de Direito Civil Contemporâneo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 322.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 212, abr./jun. 1998.

TEPEDINO, Gustavo. A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil - constitucional Brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Temas de Direito Civil.** 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

DIREITO À INFORMAÇÃO FRENTE AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE EM TRATAMENTO NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Christian Felipe Corrêa Martins[1]
Victoria Cascaes Brito[2]

Resumo: Existiu um grande processo de pavimentação até que se estabelecessem direitos conhecidos como fundamentais na ordem do Estado Democrático de Direito brasileiro, entretanto, sempre foi uma questão a maneira que seria resolvido seu conflito. As dúvidas acerca deste conflito ficam ainda mais evidentes quando se coloca um embate entre o direito à informação, garantia consagrada após um processo histórico de constantes supressões, e os direitos da personalidade, que constituem proteção à dignidade humana. Esta pesquisa procurou fazer um estudo qualitativo, por meio de metodologia bibliográfica indutiva, de decisões jurisprudenciais de tribunais superiores, para assim compreender se havia um padrão e quais eram os parâmetros utilizados para decidir qual direito – entre um da personalidade e a liberdade de informação – prevaleceria. O estudo teve suporte na teoria de ponderação de Robert Alexy e fez análise de três jurisprudências. Constatou-se que não é possível estabelecer a utilização de um processo lógico comum nas decisões, uma vez que algumas possuem um forte respaldo e são bem justificadas, enquanto outras não possuem fundamento concreto e tendem a ser influenciadas por circunstâncias parciais. Foi concluído que é preciso maior cuidado na ponderação por parte dos tribunais superiores e que ainda há de se desenvolver um sistema de análise mais cauteloso.

Palavras-chave: Direito à informação. Direito da personalidade. Embate entre princípios.

---

[1] Graduando em Direito pela Universidade Federal do Pará.
[2] Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Pará. Coordenadora do Núcleo de Estudos Avançados em Direito Financeiro e Tributário da Liga Acadêmica Jurídica do Pará.

INTRODUÇÃO

A direito à informação é Direito Fundamental consagrado pelo artigo 5º, IV e XIV da Constituição Federal de 1988, que prevê: "é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato" e "é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional", sendo um dos primeiros direitos afirmados pelo movimento constitucionalista que grassara nos séculos XVII e XVIII[3]. O artigo 220º da CRFB complementa essa proteção constitucional, instituindo que "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 vedando "toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística".

Entretanto, esse direito fundamental não é ilimitado, sendo uma das suas condicionantes os Direitos da Personalidade, também assegurados pela Constituição de 88, que na forma do artigo 5º, X, diz que "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra, e a imagem das pessoas". O Código Civil dedicou um capítulo à proteção dos direitos da personalidade (arts. 11 a 21). Vale ressaltar o texto do artigo 20º deste Código, que reitera a proteção à honra prevista na CF:

> 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 destinarem a fins comerciais.

O embate entre os direitos fundamentais supracitados é constante nos Tribunais Superiores. O Novo Código de Processo Civil, de 2015, consagra em seu texto a técnica de ponderação entre princípios[4]

---

[3] NOBRE JÚNIOR, EDILSON. Liberdade De Expressão Versus Direitos Da Personalidade In Revista CEJ, Brasília: Ed. Ano XIII n. 45, abr./jun. 2009, p. 4-13.

[4] TARTUCE, Flávio. A Técnica da Ponderação e suas Aplicações ao Direito de Família e Das Sucessões. In: X Congresso de Direito de Família – IBDFAM, 2015, Belo Horizonte. Anais (online). Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. Disponível em:http://www.ibdfam.org.br/publicacoes/anais/detalhes/1156/X%20Congresso%20de%20Direito%20de%20Fam%C3%ADlia. Acesso em: 05/05/2020

como um método para a resolução desse tipo de conflito. Diz, a respeito disso, o doutrinador Leandro Tartuce, em seu artigo A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO E SUAS APLICAÇÕES AO DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES:

> O art. 489 do CPC/2015, ao tratar dos elementos da sentença, estabelece em seu § 2º que, "no caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão".

Não obstante, o que se nota na jurisprudência é um desalinhamento em relação a quais critérios devem ser utilizados para julgar casos onde há embate entre normas, possibilitando decisões controversas e que vão de encontro à proteção do direito à informação, como se pode evidenciar por recentes decisões do STF. Em abril de 2019, o Supremo Tribunal Federal determinou que a Revista Crusoé e o site O Antagonista retirassem do ar reportagens que faziam menção ao Presidente da Corte, Dias Toffoli, alegando que "há claro abuso no conteúdo da matéria veiculada", mas sem esclarecer no que consiste o mencionado abuso.

A decisão, um dos objetos a serem analisados por esta pesquisa, faz parte do Inquérito 4781, que foi aberto por Toffoli e é relatado pelo Ministro Alexandre de Moraes. Segundo o relator, as reportagens "atingem a honorabilidade e a segurança do Supremo Tribunal Federal, de seus membros e familiares, extrapolando a liberdade de expressão." Ou seja: trata-se de um caso de embate entre um direito da personalidade (honra, previsto no artigo 5º, X da CF e no Art. 20º do Código Civil) e o direito à informação (salvaguardado pela Constituição, nos artigos 5º, IV e XIV e 220º). A Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo (Abraji), em nota, disse que

> É grave acusar quem faz jornalismo com base em fontes oficiais e documentos de difundir "fake news", independentemente de o conteúdo estar correto ou não. Mais grave ainda é se utilizar deste conceito vago, que algumas autoridades usam para desqualificar tudo o que as desagrada, para determinar supressão de conteúdo jornalístico da internet. O precedente que se abre com essa medida é uma ameaça grave à liberda-

de de expressão, princípio constitucional que o STF afirma defender.

Assim, nota-se a extrema relevância da temática para uma melhor compreensão do ordenamento jurídico contemporâneo e para que se possa a defender direitos fundamentais com qualidade e rigor técnico: é basilar que se analise como o embate entre o Direito à Informação e os Direitos da Personalidade tem sido trabalhado em sede do Supremo Tribunal Federal, sendo este o objetivo deste artigo. Para tanto, utilizar-se-á da técnica de ponderação de Robert Alexy, a qual será explicada no bojo do artigo, avaliando se os julgados seguem ou não critérios lógicos para decidir qual direito fundamental deve "pesar mais" no caso concreto.

Esta pesquisa possui metodologia do tipo bibliográfica e indutiva, por meio de consulta a livros, legislação, artigos científicos e a jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros acerca do embate entre Direito à Informação e Direitos da Personalidade. Trata-se de estudo exploratório e descritivo, visando o aprimoramento de ideias e a coleta de informações sobre o tema em questão, podendo servir, ainda, de auxílio e fomento para novas pesquisas, bem como descritivo, propondo a análise dos casos concretos: o Recurso Especial nº 1.335.153 - RJ do Superior Tribunal de Justiça, a Reclamação nº 9.428 - DF do Supremo Tribunal Federal e o Inquérito 4.781 Distrito Federal do Supremo Tribunal Federal.

Quanto à natureza ou abordagem, será qualitativa, pois será feita uma análise crítica acerca da jurisprudência sobre a matéria. Quanto à utilização dos resultados, a pesquisa será aplicada, vez que terá como finalidade contribuir para fins práticos, buscando sedimentar a problemática que se propõe trabalhar.

1 O DIREITO À INFORMAÇÃO E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO: DEFINIÇÃO E AFIRMAÇÃO HISTÓRICA

Faz-se mister delimitar os conceitos de "direito à informação" e "direitos da personalidade" a serem utilizados no desenvolver desta pesquisa, bem como elucidar a evolução histórica de sua afirmação enquanto direitos fundamentais, para que se compreenda a importância de haver uma vigilância acerca do modo como os Tribunais Superiores

tratam a sua tutela.

O direito à informação é direito fundamental previsto constitucionalmente, nos artigos 5º, IV e XIV e 220º, da Constituição Federal de 1988. Pode-se depreender dos citados artigos que o "direito à informação", em verdade, abarca três direitos: o direito se manifestar, expressando opiniões, na forma do artigo 5º IV; o direito de informar, na forma do artigo 220º; e o direito de ser informado, na forma do artigo 5º XIV, que diz "assegurado a todos o acesso à informação" e protege o exercício jornalístico e investigativo ao determinar "resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional".

Assim, entende-se o direito à informação como esse conjunto de direitos, abarcando as liberdades de informação e expressão. Perlingieri entende o direito à informação, mais precisamente na sua manifestação enquanto direito à liberdade de imprensa, como "um dos fundamentos do Estado de Direito", sendo basilar para que seja constituído um regime democrático[1]. A liberdade de expressão foi um dos primeiros direitos afirmados pelo movimento constitucionalista que grassara nos séculos XVII e XVIII[2], de modo que "o Constitucionalismo brasileiro sempre conviveu com a liberdade de expressão, muito embora em alguns períodos tal direito apenas possuía reconhecimento meramente formal"[3]

Em verdade, o que se nota na história brasileira no que tange a tutela no direito à informação é uma sucessão de momentos onde essa proteção constitucional não alcançava a prática. Embora a liberdade de expressão estivesse prevista na primeira Constituição brasileira, a Imperial de 1824 (no art. 179, IV), essa proteção fora gravemente desrespeitada durante sua vigência: os jornais, livros e periódicos eram lidos em busca por "abusos" e, segundo Tassia Toffoli Nunes[4]:

---

[1] SOUSA, Alice. As situações subjetivas existenciais segundo Pietro Perlingieri: análise crítica. Diritto civile e commerciale, novembro de 2011. Disponível em https://www.diritto.it/as-situacoes-subjetivas-existenciais-segundo-pietro-perlingieri-analise-critica/ Acesso em 3 de junho de 2020.

[2] NOBRE JÚNIOR, EDILSON. Liberdade De Expressão Versus Direitos Da Personalidade In Revista CEJ, Brasília: Ed. Ano XIII n. 45, abr./jun. 2009, p. 4-13.

[3] NOBRE JÚNIOR, EDILSON. Liberdade De Expressão Versus Direitos Da Personalidade In Revista CEJ, Brasília: Ed. Ano XIII n. 45, abr./jun. 2009, p. 4-13.

[4] NUNES, Tassia. Liberdade de Imprensa no Império brasileiro: os debates parlamentares. Dissertação (Mestrado em História Social) – Departamento de História da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São

> apesar da liberdade de imprensa constituir um ponto importante do discurso liberal evocado durante os movimentos para a independência, e também depois, nas discussões sobre a configuração das instituições do novo império, a atividade jornalística da oposição ainda sofria perseguições do ministério, que tinha a seu alcance a edição de medidas extralegais para a instauração de processos policiais e judiciais sumários.

Da mesma forma foi o tratamento ao direito a informação durante a República brasileira: embora fosse protegida pelas Constituições de 1891 (art. 72, § 12), 1934 (art. 113, n. 9), 1937 (art. 122, n. 15), 1946 (art. 141, § 5º), 1967 (art. 151, § 8º), 1969 (art. 153, § 8º), nunca foi respeitado na prática. A República brasileira já inicia reprimindo violentamente qualquer manifestação ou apoio de cunho monárquico, a exemplo do ocorrido na Revolta dos Canudos, demonstrando a ineficácia da proteção constitucional. A Constituição de 1943 pouco durou, sendo logo substituída pela Constituição de 1937, do Estado Novo, na qual há verdadeira regulamentação da censura à imprensa, com a criação do Departamento de Imprensa e Propaganda, que controlava a imprensa e emitia listas de assuntos proibidos[5]. Em 1964, inicia o período do Regime Militar no Brasil, e com ele os inúmeros casos de censura a qualquer tipo de manifestação contrária ao regime, além da promulgação do Ato Institucional nº5, o qual determinou que todo e qualquer veículo de comunicação deveria ter a sua pauta previamente aprovada e sujeita a inspeção local por agentes autorizados.

Assim, é evidente a necessidade de estar alerta e vigilante para o modo como os Tribunais Superiores tratam a tutela do direito à informação no Brasil. Trata-se de direito fundamental, basilar para que se assegure um regime democrático, e que, em detrimento de sua importância, fora negligenciado e ameaçado em diversos momentos ao longo da história do Brasil. Assim, nota-se que não basta a sua previsão constitucionalmente, pois essa se mostrou meramente formal e ineficaz em assegurá-lo, sendo imprescindível que a jurisprudência afirme e assegure o direito à informação através de seus julgados.

Cabe ressaltar que, embora o direito à informação mereça cui-

---

Paulo. São Paulo, p. 69, 2010.

[5] FERNANDES LOPES, Dirceu. Contra o arbítrio, pela liberdade. In: Jornal da USP, São Paulo, Ano XXIII, de 2 a 6 de junho de 2008. Disponível em http://www.usp.br/jorusp/arquivo/2008/jusp831/pag10.htm

dado especial em virtude de seu histórico de negligências, essa tutela precisa ser realizada na forma de julgados bem embasados e minunciosamente analisados, não significando que o direito à informação deva sempre ter mais peso do que outros direitos ao qual venha se contrapor eventualmente. Para Perlingieri, assegurar o direito à informação significa ausência de prévia censura, ou seja, a possibilidade de divulgação de qualquer assunto sem apreciação inicial por parte de qualquer órgão.[6] Entretanto, o autor reconhece que a honra e a imagem das pessoas não podem ser prejudicadas em prol de uma proteção irresponsável ao direito à informação.

O Código Civil brasileiro dedica um capítulo a tratar dos direitos da personalidade. O doutrinador Carlos Roberto Gonçalves[7] diz que:

> A concepção dos direitos da personalidade apoia-se na ideia de que, a par dos direitos economicamente apreciáveis, destacáveis da pessoa de seu titular, outros há, não menos valiosos e merecedores da proteção da ordem jurídica, inerentes à pessoa humana e a ela ligados de forma perpétua e permanente. São os direitos da personalidade, cuja existência tem sido proclamada pelo direito natural, destacando, dentre outros, o direito à vida, à liberdade, ao nome, ao próprio corpo, à imagem e à honra. (grifo nosso)

Assim, entende-se os direitos da personalidade como aqueles perpetuamente atrelados à própria pessoa humana e "emanações da própria dignidade humana"[8]. Cabe notar que é relativamente recente a proteção aos direitos da personalidade no Brasil e no mundo. Nas palavras de Barroso[9], "o reconhecimento dos direitos da personalidade

---

[6] SOUSA, Alice. As situações subjetivas existenciais segundo Pietro Perlingieri: análise crítica. Diritto civile e commerciale, novembro de 2011. Disponível em https://www.diritto.it/as-situacoes-subjetivas-existenciais-segundo-pietro-perlingieri-analise-critica/ Acesso em 3 de junho de 2020.

[7] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Parte Geral. Saraiva: 2016. São Paulo, p. 188.

[8] BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade: critérios de ponderação, interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. Migalhas. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm Acesso em: 28 de maio de 2019, p. 6.

[9] Op cit

como direitos autônomos, de que todo indivíduo é titular, generalizou-se após a Segunda Guerra Mundial" e sua evolução tem-se mostrado lenta: no Brasil, têm sido tutelados principalmente na jurisprudência. O grande passo para a proteção dos direitos da personalidade foi dado com o advento da Constituição Federal de 1988[10]. Segundo a Doutora em Direito das Relações Sociais – Direito Civil, Cleide Fermentão[11]:

> A Constituição promulgada em 1988 resultou de debates e anseios do povo brasileiro por um novo paradigma. O Código Civil vigente à época datava de 1916 e a constituição que imperava era fruto de ditadura militar, e nela os direitos personalíssimos não recebiam a proteção do Estado (...) A Constituição Federal vigente nasceu como resultado de debates da sociedade brasileira por direitos fundamentais, por liberdade de expressão, liberdade de escolha de seus representantes e outros direitos. No que se refere ao Direito Civil, os tribunais tomaram a iniciativa de julgar os processos em conformidade com a evolução da sociedade, sendo vanguardeiros na formação do direito, principalmente no que tange à igualdade e à dignidade humana.

Cabe ressaltar que os direitos da personalidade não possuem rol taxativo no ordenamento brasileiro, de modo que é permitido o desenvolvimento e proteção da personalidade em suas mais diversas manifestações. Novamente citando Carlos Roberto Gonçalves, embora a positivação dos direitos da personalidade no Código Civil demonstre grande avanço, "o atual Código mostrou-se tímido a respeito de assunto de tamanha relevância, dando-lhe reduzido desenvolvimento, preferindo não correr o risco de enumerá-los taxativamente". A ideia de não taxatividade dos diretos da personalidade é problematizada:

> tal ideia é extremamente sedutora e, ao mesmo tempo, frágil. Sedutora porque possibilita uma abertura material de tutela da dignidade humana, na sua expressão dos direitos da personalidade, viabilizando e potencializando o livre desenvolvimento da personalidade através de direitos tipificados e não tipificados; frágil, pois relega o seu reconhecimento a uma

[10] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Parte Geral. Saraiva: 2016. São Paulo, p. 189.

[11] FERMENTÃO, Cleide. Os Direitos da Personalidade Como Direitos Essenciais e a Subjetividade do Direito. Revista Jurídica Cesumar, v. 6, n. 1, p. 241-266, 2006.

> espécie de "boa vontade" – à discricionariedade – estatal, especialmente, do Poder Judiciário.[12]

Assim, entende-se a importância de conhecer e tutelar os direitos da personalidade: são direitos de recente proteção e lenta evolução, a despeito de sua tamanha importância para a garantia da qualidade de vida do cidadão, e que, por vezes, dependem de um posicionamento contundente do Poder Judiciário para que se afirmem. Neste artigo, dar-se-á foco a cinco dos direitos da personalidade, em vista serem os que mais frequentemente conflitam com o direito à informação, gerando um embate entre direitos fundamentais. São eles os direitos à intimidade, à vida privada, à honra, à imagem (previstos no artigo 5º, X, da CF) e ao direito ao esquecimento, recentemente reconhecido no ordenamento jurídico brasileiro pela jurisprudência.

Os cinco direitos supracitados integram o conjunto dos "direitos à privacidade"[13]. Os direitos à intimidade e à vida privada são resguardados pelo artigo 21 do Código Civil em consonância ao artigo 5º, X, da Constituição; o direito à imagem é trabalhado no artigo 20º do mesmo Código, que também resguarda a honra ao determinar que a divulgação de imagens de pessoas sem sua autorização pode ser proibida "se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais".

É importante notar que os Tribunais Superiores vêm buscando determinar critérios para a limitação dos direitos à privacidade frente o direito à informação, conforme será analisado ao longo deste artigo. Por exemplo, ao analisar os direitos à intimidade e à vida privada, o ministro Barroso[14] diz:

---

[12] BOLESINA, Iuri. SCHROEDER, Helena. A "Limitação" Voluntária dos Direitos da Personalidade no Direito Civil Contemporâneo. In: XII Seminário Nacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea: III Mostra Nacional de Trabalhos Científicos. 2016, Santa Cruz do Sul, RS. Anais, Santa Cruz do Sul: Unisic, 2016. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/14745>

[13] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Parte Geral. Saraiva: 2016. São Paulo, p. 208.

[14] BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade: critérios de ponderação, interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. Migalhas. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm Acesso em: 28 de maio de 2019,

> a doutrina e a jurisprudência costumam identificar um elemento decisivo na determinação da intensidade de sua proteção: o grau de exposição pública da pessoa, em razão de seu cargo ou atividade, ou até mesmo de alguma circunstância eventual. A privacidade de indivíduos de vida pública – políticos, atletas, artistas – sujeita-se a parâmetro de aferição menos rígido do que os de vida estritamente privada.

Essa tentativa de predeterminar parâmetros que definam quando um direito será tutelado de forma mais branda mostra-se preocupante, em vista que se trata de direitos fundamentais da pessoa humana, não podendo ser limitados sistematicamente e, principalmente, não através de critérios "a priori". Os critérios convencionados pela jurisprudência para determinar em quais casos os direitos à privacidade terão maior ou menor proteção quando em conflito com o direito à informação configuram, em verdade, regras, segundo a definição de Robert Alexy, determinando a prioristicamente qual direito "pesará mais", conforme se demonstrará no desenvolver deste artigo.

Assim, em se tratando do embate entre os direitos da personalidade e direito à informação, ambos direitos fundamentais protegidos constitucionalmente, é necessário haver apreciação cuidadosa de toda a circunstância fática concernente ao caso concreto, sendo inconcebível a sua hierarquização e análise a priori.

2 O DIREITO À INFORMAÇÃO FRENTE AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE: UMA QUESTÃO PRINCIPIOLÓGICA

No ordenamento jurídico brasileiro, o direito à informação não é absoluto. A Constituição que o protege e assegura em seus artigos 5º, IV e XIV e 220º também o limita, prevendo em seu art. 5º, X a inviolabilidade do direito de imagem, à intimidade, à vida privada e à honra das pessoas. Assim, tanto o direito à informação, que abarca, entre outros, a liberdade de imprensa, de expressão e o direito de ser informado, como os direitos da personalidade, dentre os quais destacamos o direito à honra, à intimidade e à imagem, são considerados direitos fundamentais do cidadão brasileiro, estando conexos ao Direito à Vida, conforme leciona o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves[15], ao dizer que a Constituição

p. 6

[15] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Parte Geral. Saraiva:

de 1988 elevou o conjunto de direitos à privacidade (imagem, vida privada e honra) "à condição de direito individual, conexos ao da vida".

Como exposto anteriormente, não é incomum que ocorra embate entre esses direitos fundamentais nos Tribunais Superiores brasileiros. Nas palavras de Marmelstein[16]:

> As normas constitucionais são potencialmente contraditórias, já que refletem uma diversidade ideológica típica de qualquer Estado democrático de Direito. Não é de se estranhar, dessa forma, que elas frequentemente, no momento aplicativo, entrem em rota de colisão.

Neste artigo, utilizaremos os casos em que há conflitos entre as normas constitucionais que protegem os Direitos à Personalidade, tutelados pelo Código Civil, e Direito à Informação. Elegemos, para análise, os emblemáticos casos Aida Curi *versus* Emissora Globo de televisão, Sarney *versus* Estadão e o inquérito imposto sobre o site Antagonista e a revista Cruzoé.

A jurisprudência não é uníssona no que tange o conflito entre os direitos supracitados[17]. O Tribunal de Justiça de São Paulo tende a defender que em caso de conflito entre direito à informação e direitos da personalidade, não há prevalência entre um ou outro. Nesse sentido, são os julgados do citado tribunal: Apelação Cível nº 518.733.4/1-00, Rel. Francisco Loureiro, J. 07.08.2008 Apelação Cível nº 346.461.4/1-00, Rel. Francisco Loureiro, J. 12.01.2006).

De forma contrastante, o Supremo Tribunal de Justiça, no RE nº1.388.994 de 2013, disse que, sopesados o risco de lesão ao patrimônio subjetivo individual do autor e ameaça de censura à imprensa, o fiel da balança deve pender para o lado do direito à informação e à opinião e que "mesmo para casos extremos, como o dos autos, em que há notícia de seguidos excessos no uso da liberdade de imprensa, a mitigação da

---

2016. São Paulo, p. 208.

[16] MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. São Paulo: Atlas, 2008

[17] KFURI LOPES, Renan. Privacidade E Liberdade De Expressão: Pessoas Públicas, Célebres e Privadas, Interesse Público e a Redução dos Direitos à Personalidade. RKL Advocacia: Doutrina Pátria, 2019. Disponível em: http://www.rkladvocacia.com/privacidade-e-liberdade-de-expressao-pessoas-publicas-celebres-e-privadas-interesse-publico-e-reducao-dos-direitos-personalidade/#_ftnref14 Acesso em 28 de maio de 2020.

regra que veda a censura prévia não se justifica". Essa tentativa de impor uma regra, geral e que se aplicaria a todos os casos de embate entre direito à informação e direitos da personalidade, mostra-se preocupante.

A dificuldade nesses casos está na impossibilidade de estipular uma regra a ser seguida sempre, de forma "tudo-ou-nada": é impossível estabelecer que, por exemplo, "todas as vezes em que houver embate entre o Direito à Honra e Direito à Informação, a honra vencerá". É com base nessa ideia que o doutrinador alemão Robert Alexy[18] estabelece a premissa de que direitos fundamentais têm, na maioria das vezes, a estrutura de princípios.

Isso porque princípios, nas palavras do filósofo Ronald Dworkin[19]:

> Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm –a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se intercruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é.

Complementando a definição dworkiniana, cito Humberto Ávila[20]:

> Os princípios consistem em normas primariamente complementares e preliminarmente parciais, na medida em que, sobre abrangerem apenas parte dos aspectos relevantes para uma tomada de decisão, não têm a pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir, ao lado de outras razões,

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

[19] DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

[20] ÁVILA, Humberto. Teoria Geral dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, agosto de 2004. P. 68

para a tomada de decisão.

Assim, entende-se que no caso de haver embate entre princípios, embora um deles vá se sobressair no caso concreto, isso não significa que este é mais importante que o outro, ou que deve sempre se sobressair, pois num hipotético embate entre os mesmos princípios em que se mude o contexto fático, o outro pode se sobressair, a depender de outros fatores. Nas palavras de Barroso[21]: "não existe hierarquia em abstrato entre princípios, devendo a precedência relativa de um sobre o outro ser determinada à luz do caso concreto". O sopesamento entre princípios só pode ocorrer no caso concreto e a sua decisão permanece atrelada a essa realidade fática. Uma vez que direitos fundamentais têm a mesma estrutura de princípios, a mesma lógica vale para o embate entre Direito à Informação e Direitos da Personalidade.

Dessa forma, Robert Alexy propõe uma técnica de ponderação a ser utilizada como método para a resolução de conflitos entre princípios, a qual deve ser aplicada nos casos de embate entre direitos da personalidade e informação, conforme prevê o artigo 489 do Código Civil, em seu parágrafo 2º. Sobre o tema, o Ministro Luís Roberto Barroso escreveu o artigo Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade: Critérios de Ponderação, onde elenca oito etapas[22] a serem seguidas para a ponderação na hipótese de colisão desses direitos e as quais analisaremos a seguir. Mas, antes disso, ressalva: "A ponderação consiste, portanto, em uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente".

3 A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO APLICADA AO DIREITO CIVIL, SEGUNDO O MINISTRO BARROSO

Primeiramente, Barroso, op cit, explica como se dá o sopesamento entre direitos fundamentais de forma geral, para depois o aplicar ao conflito específico entre liberdade de informação e expressão e direitos da personalidade. Assim, ele estabelece quatro etapas para o sopesa-

[21] BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

[22] BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade: critérios de ponderação, interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. Migalhas. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm Acesso em: 28 de maio de 2019.

mento.

A primeira etapa consiste na identificação, pelo juiz, de quais são normas relevantes para a solução do caso e se há conflitos entre elas. Diz o autor que "a existência dessa espécie de conflito –insuperável pela subsunção– é o ambiente próprio de trabalho da ponderação". Na segunda etapa, "cabe examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos." E é na terceira etapa que inicia, de fato, a resolução do caso, e onde a "ponderação irá singularizar-se, em oposição à subsunção": é a fase do sopesamento, onde se irá se atribuir pesos aos diversos elementos em disputa, a partir de análise conjunta das normas e das repercussão dos fatos do caso concreto.

Depois do sopesamento, Barroso diz que "decidir quão intensamente esse grupo de normas – e a solução por ele indicada – deve prevalecer em detrimento dos demais", ou seja, deve-se aplicar o já consagrado princípio da proporcionalidade, que se subdivide em 3 subprincípios[23]: (I) o subprincípio da adequação, que vem com duas exigências: os fins propostos pelo Estado devem ser legítimas e os meios devem contribuir para atingir os fins propostos; (II) o subprincípio da necessidade, com duas etapas para a aplicação: deve-se verificar se a medida escolhida com base no princípio é a menos gravosa possível; e (III) o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, a análise do "custo-benefício" do sopesamento, que não é feita em termos econômicos, mas em valores constitucionais, levando em consideração todos os direitos impactos por aquela decisão.

Estabelecidas as etapas de sopesamento de forma genérica, o autor passa à segunda parte de seu estudo, que se dedica de forma específica ao conflito entre liberdade de informação e expressão e direitos da personalidade. Nela, o autor estabelece oito parâmetros de análise para o solucionar especificamente o conflito entre liberdade de informação e expressão e direitos da personalidade. São eles: (I) a veracidade do fato; (II) a licitude do meio empregado na obtenção da informação; (III) a personalidade pública ou estritamente privada da pessoa objeto da notícia; (IV) o local do fato; (V) natureza do fato; (VI) existência de interesse público na divulgação em tese; (VII) existência de interesse público na divulgação de fatos relacionados com a atuação de órgãos públicos; (VIII) preferência por sanções a posteriori, que não envolvam

[23] SOUZA NETO, C. P. SARMENTO, D. Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.

a proibição prévia da divulgação.

No parâmetro de análise da "veracidade dos fatos", o autor inicia ressaltando que a "informação que goza de proteção constitucional é a informação verdadeira". Ou seja: para que haja a tutela do direito à informação, a informação veiculada precisa ser verdadeira, pois caso não seja, configura-se ofensa ao direito da personalidade, que então deve ser tutelado em primazia. Entretanto, vale ressaltar aqui que, conforme o autor, para que haja responsabilidade, "é necessário haver clara negligência na apuração do fato ou dolo na difusão da falsidade", de modo que caso seja veiculada informação falsa por descuido, sem dolo, não configura responsabilidade.

Deve-se analisar, ainda, a "licitude do meio empregado na obtenção da informação", ou seja: se a fonte da notícia se utilizou de meios ilícitos para obter a informação veiculada, ela deve ser responsabilizada. Isso porque "a Constituição, da mesma forma que veda a utilização, em juízo, de provas obtidas por meios ilícitos, também interdita a divulgação de notícias às quais se teve acesso mediante cometimento de um crime."

Em seguida, é necessário avaliar se a personalidade da pessoa objeto a notícia, cujo direito está em embate com o direito à informação é "personalidade pública ou estritamente privada", pois "As pessoas que ocupam cargos públicos têm o seu direito de privacidade tutelado em intensidade mais branda (...) O mesmo vale para as pessoas notórias". Rénan Kfuri Lopes, especialista em Direito Civil, explica[24]:

> Segundo Adriano de Cupis, as pessoas de certa notoriedade, assim como não podem opor-se à difusão da própria imagem, igualmente não podem opor-se à divulgação dos acontecimentos da sua vida. O interesse público sobreleva, nesses casos, o interesse privado; o povo, assim, como tem interesse em conhecer a imagem dos homens célebres, também aspira a conhecer o curso e os passos de sua vida, as suas ações e as suas conquistas; e, de fato, só através de tal conhecimento pode formar-se um juízo sobre o seu valor. Todavia, esse posicio-

[24] KFURI LOPES, Renan. Privacidade E Liberdade De Expressão: Pessoas Públicas, Célebres e Privadas, Interesse Público e a Redução dos Direitos à Personalidade. RKL Advocacia: Doutrina Pátria, 2019. Disponível em: http://www.rkladvocacia.com/privacidade-e-liberdade-de-expressao-pessoas-publicas-celebres-e-privadas--interesse-publico-e-reducao-dos-direitos-personalidade/#_ftnref14 Acesso em 28 de maio de 2020.

> namento não é unânime. Anderson Schreiber assevera que, se a profissão ou o sucesso de uma pessoa a expõe ao interesse do público, o direito não deve reduzir, mas assegurar, com redobrada atenção, a tutela da sua privacidade.

Além disso, segundo Barroso, deve-se analisar o local do fato, uma vez que "os fatos ocorridos em local reservado têm proteção mais ampla do que os acontecidos em locais públicos. Eventos ocorridos no interior do domicílio de uma pessoa, como regra, não são passíveis de divulgação contra a vontade dos envolvidos". Entretanto, há controversas acerca do tema, como explicado por Rénan Lopes, ainda citando Anderson Schreiber:

> O fato de certa pessoa ser célebre –equivocadamente chamada de pessoa pública– não pode servir de argumento a legitimar invasões à sua privacidade, aí abrangidos não apenas o espaço doméstico de desenvolvimento de sua intimidade, mas também os mais variados aspectos do seu cotidiano e de sua vida privada. Tampouco o fato de se estar em local público pode ser invocado como circunstância autorizadora da violação à privacidade.

A seguir, Barroso expõe a necessidade de analisar a "natureza do fato", pois "acontecimentos da natureza (...) são passíveis de divulgação por seu evidente interesse jornalístico, ainda quando exponham a intimidade, a honra ou a imagem de pessoas neles envolvidos".

Então, é necessário analisar a "Existência de interesse público na divulgação em tese". É necessário, então, definir "interesse público". Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello[25],

> o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem.

E, novamente segundo Renan Lopes, deve-se atentar para o ensinamento dado por Enéas Costa Garcia: "vontade popular, curiosidade coletiva, bisbilhotice mórbida, intromissão leviana e sensacionalismo na vida alheia não se confundem com o interesse público", de modo que é

[25]BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

preciso haver um interesse informativo, e não mera curiosidade popularesca. Sobre a necessidade analisar a existência desse "interesse público", diz Barroso:

> o interesse público na divulgação de qualquer fato verdadeiro se presume, como regra geral. A sociedade moderna gravita em torno da notícia, da informação, do conhecimento e de ideias. Sua livre circulação, portanto, é da essência do sistema democrático e do modelo de sociedade aberta e pluralista que se pretende preservar e ampliar. Caberá ao interessado na não divulgação demonstrar que, em determinada hipótese, existe um interesse privado excepcional que sobrepuja o interesse público residente na própria liberdade de expressão e de informação.

Depois, Barroso explica o sétimo parâmetro de análise para o embate entre direito à informação e direitos da personalidade: a "existência de interesse público na divulgação de fatos relacionados com a atuação de órgãos públicos". O autor diz que "Em um regime republicano, a regra é que toda a atuação do Poder Público, em qualquer de suas esferas, seja pública, o que inclui naturalmente a prestação jurisdicional" e ressalta que "O art. 5º, XXXIII, como referido, assegura como direito de todos o acesso a informações produzidas no âmbito de órgãos públicos, salvo se o sigilo for indispensável à segurança da sociedade e do Estado."

Por fim, o oitavo parâmetro definido pelo Ministro é a "preferência por sanções a posteriori, que não envolvam a proibição prévia da divulgação", dizendo que, caso haja uso abusivo do direito de informação, o abuso pode ser corrigido de diversas formas, "que incluem a retificação, a retratação, o direito de resposta e a responsabilização, civil ou penal e a interdição da divulgação. Somente em hipóteses extremas se deverá utilizar a última possibilidade".

4 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL A PARTIR DOS CRITÉRIOS DE PONDERAÇÃO DE ROBERT ALEXY

O primeiro julgado a ser tratado será o que se relaciona ao embate entre direito ao esquecimento e o direito à informação, o Recurso Especial nº 1.335.153 - RJ do Superior Tribunal de Justiça (STJ)[26] –

[26] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.335.153 – RJ (2011/0057428-0). Recorrente: Nelson Curi e outros. Recorrido: Globo Comu-

mais conhecido como o caso Aída Curi versus a emissora Globo de televisão. Tal processo teve início na 47ª Vara Cível da Comarca da Capital do Rio de Janeiro, na qual o mesmo foi julgado improcedente, em face desta decisão os autores afirmaram a nulidade da sentença pelos motivos de fundamentação deficitária, omissão, má apreciação das provas, distribuição errônea do ônus e indeferimento de importantes provas para o desenrolar da decisão, o que levou este a tramitar até o STJ.

A priori, devem ser dispostas as circunstâncias fáticas do recurso: o caso Aída Curi ocorreu em 1958, quando a jovem de mesmo nome foi abusada sexualmente e morta por três homens, porém, o julgado vai tratar da exibição de um documentário televisivo acerca do mesmo, que aconteceu 50 anos depois no programa linha direta da Rede Globo. Os irmãos ainda vivos de Aída alegam que, apesar de terem sido avisados previamente pela emissora da veiculação do programa, não autorizaram sua exibição e que este evento reabriu feridas antigas que eles possuíam o direito de esquecer, além de ter permitido que a ré enriquecesse por meio da tragédia da família, por isso estes ajuizaram ação reparatória de danos morais e materiais perante a recorrida.

Por se tratar de decisão monocrática apenas será abordado o voto do relator, ministro Luis Felipe Salomão, de maneira a dividir seus argumentos entre aqueles a favor da tese dos recorrentes e aqueles contra a mesma, adiantando que ela não foi aceita ao final. O ministro dispõe, com intuito explicativo, que, apesar da licença para o uso de imagem, essa utilização pode acarretar em indenização caso seja utilizado de forma degradante ou até mesmo com propósitos lucrativos. Também é determinado pelo relator que a liberdade de imprensa encontra barreiras em três situações: na propagação de informações inverídicas, no insulto a algum direito da personalidade ou na veiculação motivada pelo propósito de difamar, caluniar ou injuriar um indivíduo.

A tese de direito ao esquecimento encontra suporte jurídico no Enunciado n.531 da VI Jornada de Direito Civil, onde havia sido reconhecido há pouco tempo, em suma, ele foi considerado uma ramificação do direito à dignidade da pessoa humana, uma vez que tem origem no sistema de ressocialização de detentos, tal direito não procura apagar fatos, mas sim permitir que uma discussão seja aberta quanto ao modo que esses eventos são lembrados e proporcionar uma avaliação da

---

nicação e Participações S/A. Relator: ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 10 de dezembro de 2013.

importância da rememoração destes, o ministro faz questão de ressaltar a importância desse tópico durante diversos momentos do acórdão.

O relator reitera a inviolabilidade de princípios como a intimidade, a vida privada e a honra em face à liberdade de informação e manifestação de pensamento, dispostos no art. 220 § 1º da Constituição Federal, ele continua ao citar o art. 222, da mesma legislação, que orienta em seu § 3º os meios de comunicação devem respeitar os princípios elencados no art. 221, destacando o inciso IV, que trata sobre o respeito aos valores éticos e sociais da família. Ao falar do texto constituinte novamente, é explicado que a dignidade humana está em suas primeiras páginas pois é um princípio que orienta toda a interpretação de todos outros e ainda assevera que existe uma forte tendência da legislação infraconstitucional em proteger este valor quando em conflito com outro.

Ademais, é apontada a prudência que deve ser tida ao lidar com programas de jornalismo policial, por conta do histórico de programas como esse se utilizarem de populismo penal, que acaba moldando no imaginário dos telespectadores de uma maneira parcial a imagem do crime e muitas vezes do criminoso, acarretando em uma manipulação e interferência tanto no processo de resolução do crime quanto no tratamento que será dado no julgamento deste. Portanto, o ministro estabelece que o direito do esquecimento pode servir como correção contra o abuso realizado na época do crime por parte dos programas desse tipo e que é tentado ser cometido novamente, assim como não existe motivo para rememoração do crime a não ser que o mesmo tenha um caráter de importância histórica, salvo tais casos a publicidade do crime já foi cumprida no decorrer do processo penal e, para uma reabilitação efetiva daqueles que cumpriram a pena, deve ser dada a oportunidade de reiniciar sua vida sem a sombra do delito cometido. Além do relator fazer alusão a casos internacionais onde foi aplicado o direito ao esquecimento e seu aporte principiológico na legislação brasileira, o que comprovaria a possibilidade de seu uso com sucesso no sistema jurídico nacional.

Partindo agora aos argumentos que não corroboram com a tese proposta na ação tem-se, inicialmente, que, apesar do programar fazer os familiares reviverem o sofrimento passado na ocorrência do crime, não era a primeira vez em que aquele caso havia sido rememorado, uma vez que mesmo após os 50 anos que datam o delito, ele ainda era discutido tanto na mídia quanto no meio acadêmico em virtude do grande impacto e publicidade que teve na sociedade e que o fez repercutir no decorrer

dos anos. Deve ser analisado que trazendo à tona o caso novamente a emissora fomentou um debate importante no que tange à violência contra mulher, não se limitando ao fazer a reportagem documental ao atingir o cumprimento de uma função social, tendo em vista que o esquecimento nem sempre é a melhor opção e em alguns caso é necessário rememorar para que não se permitam repetir os erros que foram cometidos no passado, desse modo a sociedade consegue refletir e atentar para uma problemática que havia sido inobservada. Outrossim, a alegação de que o uso do nome e imagem da vítima aumentaram os lucros da ré não se provou verdadeira, o que descaracteriza a ação por danos materiais.

Em seguida o relator vai tratar da estrita relação entre o Estado de Direito que se considera democrático e a liberdade de imprensa, que é uma das garantias que é constantemente relacionada aos direitos políticos e à liberdade característica intrínseca da democracia, consequentemente, existe um delicado limiar ao restringir de alguma forma este direito tão essencial, portanto, não deve ser permitido que qualquer embate limite a imprensa, é imperioso o cuidadoso estudo fático da realidade de cada caso. Ainda mais, é enfaticamente frisado que este direito foi profundamente atacado quando a estrutura democrática estava fragilizada na ditadura, logo, dada a sua perseguição é exigida uma cautela maior em seu tratamento. Além disso, o direito ao esquecimento também não pode ser utilizado de maneira indistinta, visto que, assim como a imprensa permite a livre expressão, a história é a identidade de algo e a raiz para entender vários problemas contemporâneos que advém de sintomas passados, por isso, o ministro assevera que o registro de crimes passados corrobora para o exame da evolução social e até mesmo permite a análise do comportamento do aparato jurídico que, como efeito, torna possível um entendimento do caminho que a criminologia está tomando.

Em suma, é preciso considerar as circunstâncias fáticas que incidem no sopesamento de direitos, então o direito ao esquecimento não é aplicável ao caso, haja vista o grande intervalo de tempo que separa o acontecimento da exibição por parte do programa (50 anos), os fatos já haviam alcançado domínio público se tornando impossível desassociar a vítima do crime, também é preciso dar ênfase à abordagem dada pelo Linha Direta, a qual não foi considerada abusiva ou sensacionalista, a imagem de Aída foi utilizada uma única vez durante o programa, além dele serviu de abertura para um diálogo de resistência feminina, vide a

comprovada luta que foi travada por Aída contra seus agressores, ela passou trinta minutos resistindo. Inclusive, infelizmente, constata-se que em face do grande intervalo de tempo o impacto suportado pelos familiares já não é mais o mesmo e não pode ser considerado um abalo moral intenso. Por conseguinte, foi negado provimento ao recurso especial.

A segunda jurisprudência a ser tratada é a que vai abordar o embate da privacidade, na forma do sigilo legal de dados, e a liberdade de imprensa: a Reclamação nº 9.428 - DF do Supremo Tribunal Federal (STF)[27], realizada no dia 10 de dezembro de 2009, comumente chamado de caso Sarney *versus* Estadão. O embate legal se deslocou da 5ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, que se declarou absolutamente incompetente para apreciar o recurso nos autos do Agravo de Instrumento nº 2009.00.2.010738-6 por haver conexão com da mesma com a decisão que decretou quebra de sigilo telefônico proferida por juiz federal no Estado do Maranhão. O julgamento subiu então para o STF como uma reclamação impetrada pelo jornal O Estado de São Paulo, em oposição a decisão mantida pelo do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, em conjunto à intimação de Fernando José Macieira Sarney, alegando descumprimento da ADPF nº 130, que revogou completamente a Lei nº 5.250 de 1967, mais conhecida como lei de imprensa.

É preciso dispor os detalhes concretos tocados na jurisprudência: o reclamante ficou impedido de publicar dados relacionados a Fernando Sarney, filho do ex-presidente e político Jose Sarney, uma vez que, mesmo que o jornal tivesse conseguido acesso a estes, tais dados estavam cobertos por segredo de justiça. O Estadão considerou isso uma afronta à recente decisão do STF de revogar a Lei de Imprensa, cujos artigos foram considerados incompatíveis com a Constituição Federal, que, em síntese, regulava a mídia e seus profissionais de maneira exacerbada.

Os votos mais relevantes serão separados entre os que reconheceram a reclamação e aqueles que não a fizeram, visto que a maior parte dos ministros optou pelo segundo caminho, terminando a reclamação não reconhecida. O voto do ministro Carlos Ayres Britto é disposto logo após o voto do relator, ministro Cezar Peluso, e é considerado a

[27] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 9.428- DF. Reclamante: S. A O Estado de S. Paulo. Reclamado: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Intimado: Fernando José Macieira Sarney. Relator: ministro Cezar Peluso. Brasília, 10 de dezembro de 2009.

principal oposição à tese majoritária, juntamente com o ministro Celso de Mello, além do primeiro ter sido relator da discutida ADPF 130. A partir de um pequeno contexto dado pelo ministro, ele explicita os artigos nº 61 e 64 da lei revogada, que abordavam censura judicial anterior à liberdade de imprensa, ele faz referência à importância dessa decisão pois muitos jornais do país estavam sendo censurados judicialmente a época de ainda validade da Lei de Imprensa e foi uma questão central da ADPF. Logo após, Carlos Britto reitera a relevância da liberdade de imprensa, que é uma ramificação direta da dignidade da pessoa humana, exaurida normativamente na Constituição repetidas vezes, com o fito de impedir a censura que dia foi aplicada a esta garantia. Ademais, o ministro apresenta uma interpretação ao atrigo 220 da Constituição que dispõe: "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.", para o ministro isso significa que qualquer ofensa a um direito da personalidade deve ser observada após dada a liberdade de imprensa e que qualquer censura judicial à imprensa estaria indiretamente retornando à lei de imprensa.

O segundo voto que segue a tese de legitimidade da reclamação é o da ministra Cármen Lúcia, que o começa iniciando o voto de Ayres Britto e depois faz uma breve explicação de seu voto. A ministra argumenta que, fazendo exceção às restrições impostas pela Constituição ao Estado de Direito em seu art. 139, não deve existir nenhuma forma de restrição da liberdade de imprensa, uma vez que isto seria inconstitucional e ainda faz questão de destacar que esse tipo de censura advinda de algum dos três poderes ia ser uma demonstração autoritária do poder público. Enfim, Cármen Lúcia faz menção que uma simples interdição na liberdade de imprensa poderia abrir precedente e terminar descaracterizando esta, o que seria extremamente perigoso ao lembrar que esta garantia é um dos pilares da democracia.

Resta então o voto do ministro Celso de Mello, que extensivamente faz defesa à reclamação e à liberdade de imprensa. No princípio o ministro vai detalhar como funciona a reclamação e sua importância para a defesa das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal e seus efeitos, isto com intuito de validar o pedido feito pelo reclamante, tendo em vista que este denunciaria uma decisão de um tribunal que iria contra o poder vinculante de uma ADPF. O ministro então vai fazer referência as discussões suscitadas na última, ele reitera que a censura foi

tópico central na análise da inconstitucionalidade da lei de imprensa, além de fazer alerta do perigo existente na tentativa de impor limites ao pensamento, pois este sempre deve ser livre.

O direito à informação se desdobra na liberdade para realizar críticas a qualquer tipo de autoridade, por isso algum tipo de repressão é mais notável arriscada se partir do Estado, vide as bases democráticas que o dão suporte. A garantia da crítica deriva do interesse social naquelas atividades que influem em suas vidas, logo, quanto mais alto o cargo, mais os olhos da imprensa estarão virados sobre ele, se trata da legitimidade criada pela função social dos meios de comunicação. Portanto, não importa o quão ácida ou dura seja a crítica feita, porque a liberdade advinda de seu propósito social seria literalmente uma excludente da intenção dolosa da ofensa, ou seja, não poderia ser considerada injúria ou ofensa – a não ser que deliberadamente seja feita e caracterizada como tal, ratifica ainda a hostilidade com que a carta magna recebe inclinações à supressão das liberdades de expressão e pensamento, assim sendo, o judiciário não possui autoridade sobre as manifestações feitas por indivíduos que trabalham com informação. Celso de Mello também faz questão de citar jurisprudências internacionais e internas, onde a responsabilidade civil não foi reconhecida nas circunstâncias de um meio de comunicação fizesse críticas, outrossim, a fim de dar mais suporte à sua tese faz alusão a tratados internacionais – Declaração Internacional dos Direitos da Pessoa Humana, Pacto Internacional sobre Direitos civis e políticos, Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, Pacto de San José da Costa Rica – nos quais o país se comprometeu com a defesa da liberdade de expressão. Desse modo, termina seu voto reafirmando que o peso que recai sobre a censura é exorbitante para ser aceito, assim deferindo a medida.

Adiante, no que tange aos votos vencedores, que consideraram a reclamação improcedente, se dará ênfase ao do ministro relator Cezar Peluso, por sua vez, os votos dos ministros Ellen Gracie, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Gilmar Mendes e Dias Toffoli só acompanham o do relator e não são extensos e possuem argumentos muito semelhantes, por isso, não serão aqui aprofundados. Inicia-se o voto do relator, ministro Cezar Peluso, na tentativa de clarificar que o caso debatido não se extingue no conflito de dois direitos da personalidade, mas sim ultrapassa este embate atingindo também o direito ao sigilo das comunicações telefônicas – além de serem protegidas por segredos de justiça – haja

vista a tentativa de liberá-las na mencionada publicação do Estadão.

O relator vai então tratar da questão do uso da reclamação, onde ele faz questão de enfatizar o caráter excepcional do dispositivo, que apenas pode ser utilizado para preservar a competência da corte ou para fazer respeitar suas decisões, ou seja, apenas a suposição de ofensa à carta magna não enseja o uso da reclamação, ele assevera que não existe lugar na reclamação para o debate sobre delimitação de direitos como a liberdade de imprensa, assim, reconhece que a ação não possui legitimidade para se utilizar do dispositivo por não encontrar no processo disposto relação com revogada Lei de Imprensa, no que diz respeito a descumprir aquilo que foi decidido na ADPF 130, evidência para isso é encontrada na petição inicial da ação inibitória contra o reclamante, que não se faz menção em momento nenhum à supracitada lei, tampouco na decisão impugnada que foi recorrida na reclamação. É ressaltado que a matéria da ADPF 130 não consegue se converter em precedente judicial vinculante para todos os casos que envolvam o direito à informação e expressão em embate com direitos da personalidade, ele rememora votos da dita decisão onde se explicitou que deveria existir a convivência entre os direitos mencionados, pois não poderia haver uma liberdade irrestrita da imprensa, sendo esta plena nos limites da Constituição. Conclui o relator que foi empregada via imprópria e que, por isso, o processo de reclamação deve ser extinto.

É indispensável mencionar que, em Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 840.718 do Distrito Federal[28] acontecido no dia 07 de setembro de 2018, em sessão da segunda turma com o ministro Ricardo Lewandowski como relator, o STF reconheceu a ofensa à ADPF 130 realizada na decisão do TJDFT que primeiro censurou o jornal Estado de S. Paulo, visto que na primeira foi proibida qualquer tipo de censura prévia, mesmo que as informações divulgadas estivessem sob sigilo judicial, derrubando assim a censura ao Estadão.

A última decisão a ser analisada é o Inquérito 4.781 Distrito Federal[29], instaurado pela Portaria GP nº 69, no dia 14 de março de 2019, com relatoria do ministro Alexandre de Moraes que foi designado para condução desta na investigação de notícias falsas, calúnias, difamações

[28] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 840.718 - DF. Agente: SAESP. Agido: FJMS. Relator: ministro Edson Fachin. Brasília, 07 de setembro de 2018.

[29] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito 4.781 - DF. Relator: ministro Alexandre de Moraes. Brasília, 13 de abril de 2019.

contra a honra e segurança do Supremo Tribunal Federal e seus membros, excedendo os limites da liberdade de expressão.

O presidente do STF, Dias Toffoli, autorizou a investigação de reportagens divulgadas no site O Antagonista e a Revista Cruzoé. O relato da decisão é breve e abrange apenas o voto do relator, este inicia estabelecendo o apreço dado pela Constituição à integral liberdade de expressão, informação, manifestação do pensamento. Entretanto, ressalta que nada impede a análise posterior de informações publicada que realizem ofensa a algum indivíduo e, consequentemente responsabilização por eventuais danos causados. Logo depois declara inconfundível abuso por parte dos dois veículos supracitados na reportagem "O amigo do amigo do meu pai", que apresenta intensas ofensas ao presidente da corte, o que levou ao posicionamento da Procuradoria-Geral da República de que não havia recebido nenhuma informação de Marcelo Odebrecht, ao qual o título da matéria faz referência, em vista disso, o relator assim expõe que fica clara a necessidade de intervenção do STF, ordenando, sob pena de multa diária de R$ 100.000,00, que a notícia fosse imediatamente retirada.

Faz se relevante, a critério de complementação, expor a ratificação do mesmo inquérito[30] realizado pelo ministro Alexandre de Moraes, no dia 18 de abril de 2019, onde ele explica que o documento citado na reportagem censurada chegou na posse da Procuradoria Geral da República apenas no dia 12 de abril de 2019. O ministro segue com a intenção de repudiar as alegações de que havia se pretendido restringir a garantia de liberdade de expressão, após isso, fundamenta a o direito aludido e a importância que não se faça entrave mediante censura prévia. Dessa maneira, revoga a medida antes disposta de retirada integral da reportagem.

5 ANÁLISE CRÍTICA DA TRADIÇÃO JURISPRUDENCIAL BRASILEIRA NO QUE TANGE O EMBATE ENTRE DIREITO À INFORMAÇÃO E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A tradição jurisprudencial brasileira vem se mostrando inconsistente no seu tratamento do embate entre os direitos da personalidade e o direito à informação, de modo que se nota avanços e retrocessos

[30] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito 4.781 - DF. Relator: ministro Alexandre de Moraes. Brasília, 18 de abril de 2019.

na proteção desses direitos fundamentais. Nesse sentido, se mostra imprescindível o estabelecimento de critérios a serem analisados, a fim de estabelecer parâmetros para que se uniformize a maneira de discutir conflito entre direitos de mesma hierarquia no nosso sistema jurídico, como pretendeu o ministro Luís Roberto Barroso, conforme explorado no bojo deste artigo. Não obstante, alguns dos critérios estabelecidos pelo ministro tendem a engessar a discussão proposta, não sendo capazes de abarcar a dimensão do embate principiológico, prejudicando a proteção desses valores juridicamente relevantes e sua devida ponderação.

Isto se dá em razão da tentativa do Ministro em estabelecer regras para a determinação de qual direito prevalecerá, restringindo a dimensão principiológica de tais garantias. Por exemplo, ao dizer que "eventos ocorridos no interior do domicílio de uma pessoa, como regra, não são passíveis de divulgação contra a vontade dos envolvidos", o ministro determina um critério de análise sob a lógica do "tudo ou nada", tipificando uma regra sobre o tema, esvaziando o embate essencialmente principiológico que existe entre direitos fundamentais, conforme ensina Robert Alexy.

Partindo, agora, para a análise crítica da primeira jurisprudência trabalhada neste artigo, o caso Aída Curi versus a emissora Globo de televisão. Nesse caso, nota-se um exercício de ponderação exemplar, demonstrando uma aplicação cuidadosa do método formulado por Alexy, uma vez que, na ocasião do enfrentamento entre duas garantias fundamentais (direito à informação e direito ao esquecimento, direito da personalidade recentemente consagrado no ordenamento jurídico brasileiro), o ministro Luis Felipe Salomão constrói em sua argumentação, mediante um rico suporte teórico de doutrina, jurisprudência e direito comparado, toda uma explanação do peso e limitações que estes direitos possuem.

Primeiramente, é validada a tese de que o direito ao esquecimento é válido, sendo de um desdobramento direto do direito à dignidade da pessoa humana e merecendo ser tutelado. Depois demonstra-se que a liberdade de imprensa não é absoluta, devendo obedecer a preceitos instituídos e que não devem ser excedidos. Isto posto, segue-se no exame dos pormenores que incidem no caso concreto o qual está sendo julgado, mostrando que, por conta do intervalo exorbitante de tempo entre o crime e a abordagem utilizada no programa, a proposição de que o direito ao esquecimento deveria "pesar mais" (na terminologia de

Alexy) e ser tutelado em detrimento do direito à informação é afastada. Levou-se em consideração, ainda, a importância social que o crime possuía na instigação dos telespectadores acerca da luta feminina e a grande publicidade que este possuía desde que ocorreu.

Enquanto o exercício do sopesamento é bem calculado e cuidadoso na decisão supramencionada, a segunda decisão analisada nesta pesquisa (o caso Sarney *versus* Estadão) denota uma corte do STF dividida quanto à de interpretação do pedido feito na reclamação. Ao passo que os ministros Ayres Britto e Celso de Mello defendem fervorosamente o precedente constitucional de que não é possível haver censura prévia em nenhum meio e de nenhuma forma, principalmente em se tratando do judiciário, grande parte dos ministros restantes acompanham o pensamento do ministro relator Cezar Peluso de que, como o processo foi feito mediante uma reclamação, se torna indispensável a ligação direta entre a matéria tratada na ação e a ADPF cujo caráter vinculante ela supostamente descumpre.

É preciso compreender que a ADPF 130, que foi abordada, declarou inconstitucionalidade dos dispositivos da lei de imprensa, entre eles inclusa a possibilidade de censura judicial, o recorrente da ação do STF possuía informações que estavam sobre sigilo judicial e iria publicá-las, pois elas faziam referência a um caso que era considerado de vital interesse público. A partir disso, vários ministros asseveram, se utilizando de manobras argumentativas, que mesmo que a ação fosse legítima, as informações a serem divulgadas estavam sobre segredo de justiça e era preciso respeitar a privacidade de Fernando Sarney.

Todavia, as informações fazem referência a uma figura pública e seu conteúdo estava ligado à investigações de diversos crimes aos quais ele foi indiciado, por isso, é completamente possível em casos como esse permitir que a liberdade de imprensa prevaleça dada a clara relevância que a liberação dessas informações teria para sociedade. Além disso, o ministro Ayres Britto reitera constantemente que a censura judicial foi matéria tratada na ADPF 130, na qual ele foi relator, logo, a reclamação seria adequada, o que se confirmou na revogação da decisão 9 anos depois.

A terceira e mais recente decisão analisada é a que se pode qualificar como a que possui o exercício de sopesamento mais mal estruturado. Trata-se de inquérito para investigação de *fake news* que retirou reportagens do site O Antagonista e da revista Cruzoé, dado que depois

de sua publicação, onde havia sido feita a asserção sobre documentos recebidos Procuradoria-Geral da República, bastou declaração da citada anteriormente para que, sem receio, ocorresse a censura do texto divulgado. Como justificativa, alegou-se que as reportagens "atingem a honorabilidade e a segurança do Supremo Tribunal Federal, de seus membros e familiares, extrapolando a liberdade de expressão", de modo que haveria "claro abuso no conteúdo da matéria veiculada". Entretanto, nunca se demonstrou qual seria esse abuso, configurando violação ao artigo 489 do Código de Processo Civil de 2015, que, segundo Tartuce[31]:

> nos termos do seu parágrafo 1º, não se considerada fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: a) se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; b) empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso, o que aqui merece destaque

Após algum tempo, a informação foi confirmada e o STF retratou-se derrubando a antiga decisão. Entretanto, este episódio serviu para demonstrar que a suprema corte brasileira ainda precisa percorrer um longo caminho até que se estabeleçam padrões de julgamento devidos, a fim de que não seja permitida a interpretação incauta de garantias de tamanha importância, a exemplo do caso exposto, que rapidamente relativizou um dos precedentes mais importantes para a manutenção de um regime democrático.

Nota-se, dessa forma, que o tratamento dado pelos tribunais superiores ao embate entre direito à informação e os direitos da personalidade não é uniforme, não sendo possível identificar uma progressão no sentido de maior cautela ao sopesar esses direitos fundamentais. Trata-se, em verdade, de um histórico senoidal, onde se observa argumentações que reconhecem a importância da matéria e a tratam com o devido respeito e outras que parecem servir mais a objetivos políticos do que à validade jurídica, não se preocupando em analisar os princípios em embate, mas sim buscar razões que justifiquem a decisão pré-concebida que melhor assiste as intenções extrajurídicas dos juízes do caso.

Ocorre que, no Brasil, são notórios os períodos em que o Direi-

[31] TARTUCE, Flávio. A Técnica da Ponderação e suas Aplicações ao Direito de Família e Das Sucessões. In: X Congresso de Direito de Família – IBDFAM, 2015, Belo Horizonte. Anais (online). Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. Disponível em:http://www.ibdfam.org.br/publicacoes/anais/detalhes/1156/X%20Congresso%20de%20Direito%20de%20Fam%C3%ADlia Acesso em: 05/05/2020

to à Informação gozava de proteção meramente formal, nunca chegando à materialidade. Os ataques à imprensa e a censura marcam a história brasileira desde a República Velha, com repressão a quem manifestasse apoio à monarquia, passando pelo Estado Novo, com a criação do Departamento de Imprensa e Propaganda, que funcionava como um órgão de censura no período, e pela recente Ditadura Militar, que teve o Ato Institucional nº 5 como maior símbolo da censura da época, por estabelecer que todo e qualquer veículo de comunicação deveria ter a sua pauta previamente aprovada e sujeita a inspeção local por agentes autorizados.

Assim, é imprescindível que os juristas estejam vigilantes quanto ao modo como o Direito à Informação é sendo tratado pelos tribunais superiores, mesmo porque se trata de um dos fundamentos do Estado de Direito[32], sendo direito basilar para que haja uma democracia real, que impera na prática. A vigente Constituição Federal tem caráter extremamente garantista, protegendo direitos que, por vezes, irão conflitar entre si. Cabe ao Poder Judiciário proteger esses direitos da melhor forma possível, assegurando objetividade e racionalidade ao processo legal.

CONCLUSÃO

De forma objetiva, pode-se concluir que é fundamental para o judiciário brasileiro que seja estabelecida uma espécie de método comum, formado por etapas, para que se determine qual princípio terá prevalência sobre o outro, como fica claro no texto de Alexy:

> A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedências condicionadas consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro. Sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária[33]

Baseado nessas premissas é que esse estudo se submeteu à análise jurisprudencial qualitativa dos tribunais superiores do Brasil, baseada

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

[33] ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.96.

na teoria de ponderação principiológica de Robert Alexy. com o fito de identificar se havia um padrão de julgamento em casos onde dois direitos de mesmo nível estivessem em oposição – especificamente, os direitos da personalidade e o direito à liberdade de informação, vide o limiar delicado de casos em que se deve optar pela prevalência de um deles.

A partir do pressuposto de que, mediante a análise previamente estabelecida de jurisprudências das principais cortes superiores brasileiras, após esmiuçar o seu conteúdo, foi possível perceber que este exercício ainda não possui uma regulamentação definida, o ambiente para que seja feita a ponderação ainda pode acabar recaindo em critérios arbitrários, por conta da inexistência de um sistema partilhado entre os juristas. Assim, se estabelece uma linha tênue, construída pela liberdade, entre a decisão bem fundamentada e a decisão que se utiliza de estratégias sofísticas a fim de justificar um veredito parcial.

Tal afirmação está embasada na impossibilidade observada dos tribunais em manter uma consistência em decisões deste teor, enquanto algumas decisões se utilizam de variados meios para se embasar – como jurisprudência, doutrina, teorias, direito comparado – outras aparentam não analisar de maneira correta o problema proposto, se desviando do objetivo e em momentos até transmitem uma imagem apressada, em que parece não haver cautela na fundamentação e suporte da decisão final, almejando apenas a sentença final e fazendo uso dos meios teóricos apenas para a justificar.

Ademais, restou evidente que o argumento do jurista Luís Roberto Barroso, ao tentar delimitar o modo que a técnica de Alexy deveria ser aplicada no sistema jurídico do nosso país, findou em modificar a estrutura vital da teoria original. A tese tinha propósito de determinar uma esquematização lógica que deveria ser realizada na conjuntura analítica do julgamento, de modo que, ainda assim, possua um espaço para a consideração das condições factuais que intervêm no caso concreto. Dessa maneira, quando o ministro tenta instituir uma tática para analisar da mesma forma todo caso que se encaixa em padrões pré-determinados, ele está se desviando justamente do fim original proposto por Alexy, que era a permitir uma discussão aprofundada tentando examinar a complexidade de cada caso nas suas próprias circunstâncias.

Diante do exposto, conclui-se que se faz indispensável que o sistema jurídico brasileiro fixe um processo que deve ser feito quando se realiza a ponderação, semelhante ao instituído no exercício do princípio

constitucional da proporcionalidade, que possui grande difusão tanto doutrinária quanto nos tribunais de fato. É evidente que esse espaço, deixado para que cada magistrado determine como se procederá o seu parecer, tem por vezes sido prejudicial às decisões, o que se torna mais perceptível na ocorrência de uma retratação algum tempo (ou até anos) depois. Além disso, é preciso que primeiro o corpo teórico do Brasil construa uma base para dar suporte a esta prática, não basta passar de maneira direta as técnicas de Alexy, visto que elas foram construídas tendo em mente uma sociedade e sistema diferente, logo, é preciso adaptar as ferramentas para que sejam moldadas refletindo a nossa estrutura. Portanto, apesar da teoria ainda carecer de um grande desenvolvimento, é primordial que isto aconteça, para que assim se construa um sistema mais equitativo e, além de tudo, justo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.96.

ÁVILA, Humberto. **Teoria Geral dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, agosto de 2004. P. 68

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo.** 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade: critérios de ponderação, interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa.** Migalhas. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm Acesso em: 28 de maio de 2019, p. 6.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOLESINA, Iuri. SCHROEDER, Helena. **A "Limitação" Voluntária dos Direitos da Personalidade no Direito Civil Contemporâneo**. In: XII Seminário Nacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea: III Mostra Nacional de Trabalhos Científicos. 2016, Santa Cruz do Sul, RS. Anais, Santa Cruz do Sul: Unisic, 2016. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/

view/14745>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.335.153 – RJ (2011/0057428-0). Recorrente: Nelson Curi e outros. Recorrido: Globo Comunicação e Participações S/A. Relator: ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 10 de dezembro de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 840.718 - DF. Agente: SAESP. Agido: FJMS. Relator: ministro Edson Fachin. Brasília, 07 de setembro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito 4.781 - DF. Relator: ministro Alexandre de Moraes. Brasília, 13 de abril de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito 4.781 - DF. Relator: ministro Alexandre de Moraes. Brasília, 18 de abril de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 9.428- DF. Reclamante: S. A O Estado de S. Paulo. Reclamado: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Intimado: Fernando José Macieira Sarney. Relator: ministro Cezar Peluso. Brasília, 10 de dezembro de 2009.

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

FERMENTÃO, Cleide. Os Direitos da Personalidade Como Direitos Essenciais e a Subjetividade do Direito. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 6, n. 1, p. 241-266, 2006.

FERNANDES LOPES, Dirceu. **Contra o arbítrio, pela liberdade**. In: Jornal da USP, São Paulo, Ano XXIII, de 2 a 6 de junho de 2008. Disponível em http://www.usp.br/jorusp/arquivo/2008/jusp831/pag10.htm

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Parte Geral. Saraiva: 2016. São Paulo, p. 188-208.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais.** São Paulo: Atlas, 2008

NOBRE JÚNIOR, EDILSON. Liberdade De Expressão Versus Direitos Da Personalidade In: **Revista CEJ**, Brasília: Ed. Ano XIII n. 45, abr./jun. 2009, p. 4-13.

NUNES, Tassia. **Liberdade de Imprensa no Império brasileiro: os debates parlamentares.** Dissertação (Mestrado em História Social) – Departamento de História da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da

Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 69, 2010.

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

SOUSA, Alice. **As situações subjetivas existenciais segundo Pietro Perlingieri: análise crítica**. Diritto civile e commerciale, novembro de 2011. Disponível em https://www.diritto.it/as-situacoes-subjetivas-existenciais-segundo-pietro-perlingieri-analise-critica/ Acesso em 3 de junho de 2020.

SOUZA NETO, C. P. SARMENTO, D. **Direito Constitucional:** Teoria, História e Métodos de Trabalho. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.

TARTUCE, Flávio. **A Técnica da Ponderação e suas Aplicações ao Direito de Família e Das Sucessões.** In: X Congresso de Direito de Família – IBDFAM, 2015, Belo Horizonte. Anais (online). Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. Disponível em:http://www.ibdfam.org.br/publicacoes/anais/detalhes/1156/X%20Congresso%20de%20Direito%20de%20Fam%C3%ADlia Acesso em: 05/05/2020

KFURI LOPES, Renan. **Privacidade E Liberdade De Expressão:** Pessoas Públicas, Célebres e Privadas, Interesse Público e a Redução dos Direitos à Personalidade. RKL Advocacia: Doutrina Pátria, 2019. Disponível em: http://www.rkladvocacia.com/privacidade-e-liberdade-de-expressao-pessoas-publicas-celebres-e-privadas-interesse-publico-e-reducao-dos-direitos-personalidade/#_ftnref14 Acesso em 28 de maio de 2020.

O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA VISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ESTABELECENDO PARÂMETROS DE APLICAÇÃO

Ana Carolina de Mari Rocha[1]
Mariana Alves Lara[2]

Resumo: Embora tenha origem no âmbito do Direito Penal e seja anterior à popularização da internet, o chamado direito ao esquecimento tem ganhado novos contornos com as crescentes revoluções tecnológicas, além de um enquadramento dentro do Direito Civil como um direito de personalidade. A presente pesquisa, adotando a vertente jurídico-dogmática, objetivou analisar como o Superior Tribunal de Justiça tem aplicado esse direito em suas decisões, a fim de identificar os parâmetros utilizados para a necessária ponderação entre o esquecimento e os interesses a ele opostos, como a liberdade de imprensa e o direito à memória. Após a análise jurisprudencial, foi possível identificar alguns dos referidos parâmetros, bem como verificar certa uniformidade nos julgados, de modo que se chegou à conclusão de que as divergências entre os Ministros parecem residir mais na valoração de cada um desses parâmetros nos casos concretos postos a julgamento, do que à existência deles.

Palavras-chave: Direito ao esquecimento. Direitos de personalidade. Superior Tribunal de Justiça.

[1] Mestranda em Direito na UFMG. Bacharela em Direito pela UFMG.
[2] Professora de Direito Civil da UFMG. Doutora em Direito Civil pela USP. Mestre em Direito Civil pela UFMG.

INTRODUÇÃO

O Código Civil brasileiro de 2002 inovou em relação ao seu predecessor ao dedicar um capítulo da Parte Geral à tutela dos direitos de personalidade. De acordo com Danilo Doneda, essa opção legislativa evidencia que o direito civil se reconhece como parte de um ordenamento jurídico cujo valor máximo é a proteção da pessoa humana[3].

Muito embora os artigos 11 a 21 do Código Civil positivem um rol de direitos de personalidade, resta assentado que esta tipicidade não é fechada. Ao contrário, trata-se de uma tipificação exemplificativa e *numerus apertus.* Uma vez que os direitos de personalidade podem ser entendidos como "direitos subjetivos que põem em vigor, através de normas cogentes, valores constitutivos da pessoa natural"[4], todo e qualquer valor constitutivo da pessoalidade pode e deve ser reconhecido como direito de personalidade. Pedro Pais de Vasconcelos afirma que os tipos ideais axiológicos nasceram de experiências reiteradas de agressões à personalidade, que pela gravidade e repetição foram ganhando autonomia de regime. Assim, os tipos de direitos de personalidade consagrados na lei são as cicatrizes deixadas pelas feridas que são repetidamente infligidas à dignidade das pessoas. À medida que novas agressões vão surgindo na prática, a lei vai reconhecendo e estruturando regimes de defesa e reação contra elas[5].

Dessa forma, surgiu o chamado direito ao esquecimento, uma resposta às constantes violações a determinado aspecto da privacidade dos indivíduos que viam fatos pretéritos e dolorosos serem rememorados, reabrindo feridas já quase cicatrizadas. Aos poucos, a doutrina e a jurisprudência passaram a reconhecer esse valor como um direito de personalidade não positivado, mas merecedor de proteção enquanto conformador da dignidade da pessoa humana.

Na atualidade, pode-se afirmar que já se encontra pacificada a existência e a necessidade de proteção do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, ainda são bastante nebulosos

---

[3] DONEDA, Danilo. Os direitos de personalidade no Código Civil. *In:* TEPEDINO, Gustavo. (Coord.) **A Parte Geral do Novo Código Civil:** estudos na perspectiva civil-constitucional. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 35-60, pp. 35.

[4] STANCIOLI, Brunello. **Renúncia ao exercício de direitos de personalidade** ou como alguém se torna o que quiser. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 95.

[5] VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direitos de Personalidade.** Coimbra: Almedina, 2006, p. 65.

os contornos desse direito e os limites de aplicação. É preciso garantir o direito ao esquecimento, mas sem violar a liberdade de expressão e de imprensa, sem impor a censura, sem apagar a memória coletiva e esquecer fatos históricos, o que não é tarefa fácil.

Nesse contexto, o presente trabalho tem por escopo analisar como o Superior Tribunal de Justiça tem aplicado o direito ao esquecimento, de modo a conseguir estabelecer parâmetros de aplicação que possam ser seguidos pelas instâncias inferiores de julgamento[1]. Esse objetivo torna-se ainda mais relevante em um contexto de valorização dos precedentes, inaugurado pelo Código de Processo Civil de 2015, que determina que os tribunais uniformizem sua jurisprudência e a mantenham estável, íntegra e coerente (art. 926 do Código de Processo Civil). Dessa feita, para alcançar o objetivo almejado, adotar-se-á uma investigação jurisprudencial, de vertente jurídico-dogmática e tipo compreensivo-propositivo.

1. PANORAMA GERAL ACERCA DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

O início do tratamento da privacidade em termos de um "direito ao esquecimento" é comumente atribuído ao ensaio de Samuel Warren e Louis Brandeis, intitulado "The Right to Privacy", de 1890[2]. Naquela época, algumas invenções mecânicas, como a máquina fotográfica instantânea e a proliferação de jornais sensacionalistas, começaram a gerar discussões em torno da privacidade das pessoas[3]. Suas raízes também deitam do *droit à l'oubli*, do Direito Francês: uma garantia que

[1] Vale ressaltar que o tema do direito ao esquecimento também será analisado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 1.010.606, com repercussão geral. O processo encontra-se concluso ao Relator, o Min. Dias Toffoli, desde outubro de 2018, conforme informações constantes no site: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5091603. Acesso em 08 mar 2020. Dessa feita, na pendência de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, as decisões do Superior Tribunal de Justiça são as que balizam as instâncias inferiores de julgamento.

[2] Trata-se do texto: WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. **The Right to Privacy**. Havard Law Review. Cambridge: Havard University Press. v. IV, nº 05, dec, 1980, p. 193-207.

[3] PARENTONI, Leonardo Netto. O Direito ao Esquecimento (*Right to oblivion). In:* DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords.). **Direito & *Internet* III** – Tomo I: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014). São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 539.

o indivíduo criminalmente condenado possuía de se opor à publicação de fatos relacionados a sua condenação, após o cumprimento da pena[4].

Desde seu surgimento como uma faceta do direito à privacidade, o direito ao esquecimento tem ganhado vários nomes e expressões. No inglês, pode ser denominado como *right to oblivion* (direito ao esquecimento), *right to forget* (direito de esquecer), *right to be forgotten* (direito de ser esquecido), *right to be let alone* (direito de ser deixado em paz), *right to erasure* (direito ao "apagamento"), *right to delete* (direito de apagar). No italiano, é tratado como *diritto all'oblio.* No espanhol, é o *derecho al olvido*. E no francês, o já citado *droit à l'oubli* [5].

A despeito das variadas nomenclaturas, o direito ao esquecimento tem sido entendido como uma proteção à integridade psíquica do ser humano frente à divulgação de fatos pretéritos[6]. Aliás, como bem relembra Parentoni[7], o fundamento do esquecimento já é habitualmente utilizado em vários ramos do Direito para justificar a supressão de informações após certo período de tempo. É o que ocorre, por exemplo, com a extinção dos antecedentes criminais no âmbito do Direito Penal e com a prescrição das obrigações no Direito Civil.

No entanto, as mudanças sociais que culminaram no desenvolvimento da atual sociedade da informação, fizeram com que o direito ao esquecimento ganhasse novos relevos e acepções além dos originariamente a ele atribuídos. Isso porque "o esquecimento permite 'dar uma segunda chance' a quem teve sua imagem associada a fato negativo. Ou

---

[4] PARENTONI, Leonardo Netto. O Direito ao Esquecimento (*Right to oblivion). In:* DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords.). **Direito & *Internet* III** – Tomo I: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014). São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 578.

[5] Para críticas às nomenclaturas, cf. PARENTONI, Leonardo Netto. O Direito ao Esquecimento (*Right to oblivion). In:* DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords.). **Direito & *Internet* III** – Tomo I: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014). São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 546 e 547.

[6] CORDEIRO, Carlos José; PAULA NETO, Joaquim José. A concretização de um novo direito da personalidade: o direito ao esquecimento. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 4, n. 2, 2015. Disponível em: <http://civilistica.com/a-concretizacao-de-um-novo-direito-da-personalidade/>. Acesso em 12/02/2020.

[7] PARENTONI, Leonardo Netto. O Direito ao Esquecimento (*Right to oblivion). In:* DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords.). **Direito & *Internet* III** – Tomo I: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014). São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 542.

seja, permite o recomeço, dissociado dos erros do passado"[8]. Sobre sua relevância, Mayer-Schönberger pontua que:

> [...] o esquecimento desempenha uma função importante na tomada de decisão humana. Ele nos permite generalizar e abstrair das experiências individuais. Ele nos possibilita aceitar que os seres humanos, como toda a vida, mudam com o tempo. Assim, nos ancora ao presente, em vez de nos manter permanentemente presos a um passado cada vez mais irrelevante. Além disso, o esquecimento capacita as sociedades a perdoarem seus membros e permanecerem abertas à mudança[9].

Conforme foi ganhando relevo, várias foram as teorias elaboradas para tentar explicar a natureza jurídica do direito ao esquecimento. As primeiras delas enquadravam-no dentro de preceitos da responsabilidade civil ou o equiparavam a um direito real para que tivesse oponibilidade *erga omnes.* Em seguida, surgiram teorias que o consideravam direito autoral por analogia, e ainda outras mais amplas que o tem como parte dos direitos humanos[10].

Na atualidade, o direito ao esquecimento passou a ser encarado majoritariamente como um direito de personalidade, representando uma necessidade individual reconhecida. Não é por menos que o Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil principia que "a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento"[11]. Assim, percebe-se a indispensabilidade de se

---

[8] PARENTONI, Leonardo Netto. O Direito ao Esquecimento (*Right to oblivion). In:* DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords.). **Direito & *Internet* III** – Tomo I: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014). São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 542.

[9] MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. **Delete**: the virtue of forgetting in the dgital age. New Jersey: Princeton University Press, 2009, p. 115. No original: "[...]forgetting performs an important function in human decision-making. It permits us to generalize and abstract from individual experiences. It enables us to accept that humans, like all life, change over time. It thus anchors us to the present, rather than keeping us tethered permanently to an ever more irrelevant past. Plus, forgetting empowers societies to be forgiving to its members, and to remain open to change."

[10] Para mais detalhes sobre essas teorias e seus defensores, cf. PARENTONI, Leonardo Netto. O Direito ao Esquecimento (*Right to oblivion). In:* DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords.). **Direito & *Internet* III** – Tomo I: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014). São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 581.

[11] Jornada de Direito Civil VI. Enunciado 531. Ministro Ruy Rosado de Aguiar

proteger a pessoa contra exposições de sua vida passada[12]. Na definição de Parentoni,

> [...] direito ao esquecimento é a faculdade de obstar o processamento informatizado, a transferência ou a publicação de dados pessoais, além de exigir que sejam apagados, sempre que sua preservação esteja causando constrangimento ao sujeito envolvido, desde que não exista razão de interesse público que justifique a preservação[13].

O direito ao esquecimento refere-se, exclusivamente, a dados pessoais, sensíveis ou não, que podem ter sido expostos tanto pelo próprio titular, quanto por terceiro (com ou sem consentimento), de forma lícita ou ilícita[14]. Além disso, possui um sentido positivo (obrigação de fazer), que gera a pretensão para o titular dos dados pessoais de exigir, contra terceiros, o apagamento desses dados, e um sentido negativo (obrigação de não fazer), que impõe o dever de abstenção de condutas de processamento, publicação ou transferência de dados pessoais[15]. Via de regra, esse direito é exercido pelo próprio titular dos dados, mas também pode ser exercido por seus sucessores em caso de falecimento. A pretensão é exigida contra quem tem o controle sobre os dados pessoais do reclamante (*data controller)*, que pode ser tanto pessoa natural, como pessoa jurídica, de direito público ou privado, nacional ou estrangeira, e

---

Júnior (coord.). Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>. Acesso em 12/02/2020.

[12] CORDEIRO, Carlos José; PAULA NETO, Joaquim José. A concretização de um novo direito da personalidade: o direito ao esquecimento. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 4, n. 2, 2015. Disponível em: <http://civilistica.com/a-concretizacao-de-um-novo-direito-da-personalidade/>. Acesso em 12/02/2020.

[13] PARENTONI, Leonardo Netto. O Direito ao Esquecimento (*Right to oblivion). In:* DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords.). **Direito & *Internet* III** – Tomo I: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014). São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 577.

[14] PARENTONI, Leonardo Netto. O Direito ao Esquecimento (*Right to oblivion). In:* DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords.). **Direito & *Internet* III** – Tomo I: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014). São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 590.

[15] PARENTONI, Leonardo Netto. O Direito ao Esquecimento (*Right to oblivion). In:* DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords.). **Direito & *Internet* III** – Tomo I: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014). São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 581.

até mesmo entes despersonificados[16].

Quanto ao prazo, como característico dos direitos de personalidade, tem-se que o direito ao esquecimento é imprescritível, podendo ser pleiteado enquanto perdurar a exposição dos dados do reclamante. Ele pode ser exercido tanto após (*ex post)* a exposição, o que normalmente ocorre, quanto antes (*ex ante*) da divulgação, caso o titular já tenha ciência de que será lesado e queira exercer seu direito em caráter preventivo[17].

Como demonstram suas origens, o direito ao esquecimento surgiu antes mesmo da era digital e de toda revolução tecnológica ocasionada pela internet. No entanto, após a "virtualização" do mundo, há uma crescente necessidade de reestruturação desse direito. Isso porque é bastante desafiador falar em direito ao esquecimento em um contexto digital, considerando a grande dificuldade de se apagar algo que já foi exposto na internet.

Conforme constata Mayer-Schönberger[18], nos tempos antigos, esquecer era a regra e lembrar era a exceção. Mas, por conta da tecnologia digital, essa balança mudou. Hoje, esquecer se tornou a exceção, e lembrar é a regra. Como ensina Schreiber, "a internet não esquece. Ao contrário dos jornais e revistas de outrora, cujas edições antigas se perdiam no tempo, sujeitas ao desgaste do suporte físico, as informações que circulam na rede ali permanecem indefinidamente"[19]. Isso sem falar, como atenta o autor, que no mundo digital, fatos pretéritos vem à tona com a mesma clareza de fatos atuais[20].

Além dos impasses provocados pela internet para a efetivação

---

[16] PARENTONI, Leonardo Netto. O Direito ao Esquecimento (*Right to oblivion). In:* DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords.). **Direito & *Internet* III** – Tomo I: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014). São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 582.

[17] PARENTONI, Leonardo Netto. O Direito ao Esquecimento (*Right to oblivion). In:* DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords.). **Direito & *Internet* III** – Tomo I: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014). São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 585.

[18] MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. Delete..., cit., p. 11: "Since the beginning of time, for us humans, forgetting has been the norm and remembering the exception. Because of digital technology and global networks, however, this balance has shifted. Today, with the help of widespread technology, forgetting has become the exception, and remembering the default."

[19] SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade.** 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 170.

[20] SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade.** 2ª ed. São Paulo: Atlas,

do direito ao esquecimento, muitas discussões cingem-se, também, aos direitos, em alguma medida, "opostos" a ele, como o direito à informação e à memória. A preservação das informações também é de salutar importância para a sociedade e, como tal, é igualmente digna de proteção jurídica. Assim, apagar dados pode representar, em outro viés, certo tipo de censura à liberdade de imprensa e à manifestação de pensamento, além de obstaculizar a manutenção de memórias coletivas e fatos históricos.

Devido a essas controvérsias, como identifica Schreiber[21], surgiram três correntes sobre o tema: uma pró-informação, que defende a inexistência de um direito ao esquecimento por ser contrário à memória de um povo e à própria história da sociedade; uma pró-esquecimento, para a qual o direito ao esquecimento não apenas existe, como deve prevalecer sempre como expressão da intimidade e da privacidade das pessoas, e, por fim, uma corrente intermediária, que advoga a inexistência de uma hierarquização prévia e abstrata entre a liberdade de informação e a privacidade, defendendo uma ponderação entre esses direitos no caso concreto.

O dilema das correntes extremistas emerge, muitas vezes, em virtude de uma compreensão incompleta do que seria o direito ao esquecimento. Não se trata, como apressadamente poderia se supor, de dar a alguém o poder de "apagar fatos ou reescrever a História [...]. O que o direito ao esquecimento assegura é a possibilidade de se discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados"[22]. Aliás, como bem assevera Schreiber:

> O direito ao esquecimento não é, como se vê, um direito contra a verdade, mas sim um direito a favor de uma verdade atualizada. Nesse sentido, o nome direito ao esquecimento pode ser considerado enganoso, pois não se trata de fazer com que a sociedade esqueça algo, mas simplesmente de proteger o indivíduo contra uma vinculação opressiva do fato ao seu

2013, p. 170.

[21] SCHREIBER, Anderson. As três correntes do direito ao esquecimento. As posições que foram delineadas na audiência pública do STF. **Jota**. 18 de Junho de 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/as-tres-correntes-do-direito-ao-esquecimento-18062017>. Acesso em 12/02/2020.

[22] SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade.** 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 171.

> nome e à sua imagem em projeções públicas da pessoa[23].

Nesse ponto, vê-se que a solução recai sobre a necessária ponderação de princípios. De um lado, a sociedade tem direito de relembrar fatos antigos. De outro, uma pessoa não deve ser perseguida, ao longo de toda sua vida, por um fato que aconteceu em seu passado[24]. Portanto, é importante ressaltar que:

> [...] não raro o exercício do direito de esquecimento impõe ponderação com o exercício de outros direitos, como a liberdade de informação, sendo certo que a ponderação nem sempre se resolverá em favor do direito ao esquecimento. O caso concreto deve ser analisado em suas peculiaridades, sopesando-se a utilidade informativa na continuada divulgação da notícia com os riscos trazidos pela recordação do fato à pessoa envolvida. Como em outros conflitos já analisados, não há aqui solução simples. Impõe-se, ao contrário, delicado balanceamento entre os interesses em jogo[25].

De fato, o que se pode inferir é que a aplicação e a efetividade do direito ao esquecimento, especialmente no contexto digital, dependerão de como os tribunais irão se posicionar diante das demandas judiciais. A tendência é que conflitos envolvendo o esquecimento só aumentem em uma sociedade que tudo lembra. Assim, estabelecer parâmetros para o exercício desse direito e analisar como tem sido o tratamento dado a ele pela jurisprudência não só se faz importante como extremamente necessário.

---

[23] SCHREIBER, Anderson. Direito ao Esquecimento: Críticas e Respostas. **Carta Forense**. 4 de Setembro de 2017. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/direito-ao-esquecimento-criticas-e-respostas/17830>. Acesso em 12/02/2020.

[24] SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade.** 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 170.

[25] SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade.** 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 171.

2. O DIREITO AO ESQUECIMENTO NOS JULGADOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Não são muitos os casos em que o Superior Tribunal de Justiça se viu instado a manifestar-se acerca da aplicação do direito ao esquecimento em matéria cível.[26] Trata-se de uma questão recente, uma vez que os dois primeiros acórdãos daquela Corte sobre o tema, e também os mais paradigmáticos, foram proferidos em 2013. Muito embora esses dois casos tenham sido julgados na mesma sessão de julgamento e pelo mesmo Relator, o Ministro Luís Felipe Salomão, o resultado foi diferente, haja vista que em um deles foi verificada a violação ao direito, o que ensejou o pagamento de indenização, enquanto no outro entendeu-se inexistir lesão. Destaca-se que nas duas oportunidades foi reconhecida a existência do direito ao esquecimento como direito autônomo e digno de tutela. Contudo, não se verificaram os mesmos pressupostos de aplicação, como será analisado.

No julgamento do Recurso Especial n. 1.334.097[27], foi apreciada a situação de Jurandir Gomes de França que pleiteou reparação por danos morais em face da TV Globo LTDA. Em 1993, Jurandir foi indiciado como partícipe dos homicídios ocorridos no mesmo ano na cidade do Rio de Janeiro, conhecidos como *Chacina da Candelária*. Submetido a Júri, ele foi absolvido por negativa de autoria pela unanimidade dos membros do Conselho de Sentença. Ocorre que, em junho de 2006, a TV Globo exibiu uma edição do programa *Linha Direita – Justiça* no qual Jurandir foi mencionado como um dos envolvidos na chacina, mas que fora absolvido. Sob a alegação de que o programa levou a público situação já superada e que lhe havia prejudicado sobremaneira, reacendendo a imagem de chacinador e o ódio social, bem como ferindo o seu direito à paz, ao anonimato e à privacidade, requereu trezentos salários mínimos a título de indenização. Em primeira instância o pedido foi

[26] Ao inserir a expressão *direito ao esquecimento,* entre aspas, no sistema de busca de jurisprudência do site do Superior Tribunal de Justiça, apareceram vinte e oito acórdãos no dia 20 de fevereiro de 2020. Dentre estes, vinte e um acórdãos referem-se à matéria penal, especificamente ao direito do condenado em processo criminal de ver esquecidos os seus antecedentes após cumprida a pena. Somente sete acórdãos abordaram o direito ao esquecimento em matéria cível, tendo sido todos eles analisados na elaboração deste trabalho.

[27] BRASIL. STJ. Quarta Turma. REsp 1334097/RJ. Ministro Relator Luís Felipe Salomão, julgado em 28/05/2013, DJe 10/09/2013.

indeferido, mas a sentença foi reformada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro para condenar a ré ao pagamento de R$50.000,00, motivo pelo qual ela recorreu ao Superior Tribunal de Justiça.

Em resumo, a TV Globo LTDA. sustentou em sua defesa a ausência de ilicitude, por ser absolutamente comum no Brasil e no exterior que programas jornalísticos divulguem casos criminais célebres. Não teria havido invasão à privacidade porque os fatos noticiados já eram públicos, da mesma forma que não teria havido nenhuma ofensa ao autor, pois o programa cuidou de noticiar a absolvição do indiciado. Ademais, a emissora invocou o interesse público e o seu direito de informar sobre acontecimentos relevantes.

O segundo caso, analisado no julgamento do Recurso Especial n. 1.335.153[28], refere-se ao pedido de indenização por danos morais, materiais e à imagem, apresentado pelos irmãos de Aida Curi também em face da TV Globo LTDA. Em 1958, Aida foi vítima de um homicídio que ficou nacionalmente conhecido. Os autores da ação alegam que o crime havia sido esquecido com o passar do tempo, até que o programa *Linha Direta – Justiça* reabriu as feridas ao veicular novamente a vida e a morte de Aida. Sustentam também que teria havido enriquecimento ilícito da emissora com a exploração da imagem da vítima e da tragédia familiar. Os pedidos foram julgados improcedentes em primeira e segunda instâncias, o que motivou a interposição do recurso especial pelos autores.

Nos dois casos, a *ratio decidendi* firmada, ou seja, os fundamentos jurídicos que sustentaram a decisão da Corte[29], foi no sentido de que os indivíduos têm direito ao esquecimento, se assim desejarem, consistindo esse direito em "não se submeterem a desnecessárias lembranças de fatos passados que lhes causaram, por si, inesquecíveis feridas"[30]. Contudo, muito embora o Superior Tribunal de Justiça não deixe dúvida quanto à existência e à tutela do direito ao esquecimento como direito

[28] BRASIL. STJ. Quarta Turma. REsp 1335153/RJ. Ministro Relator Luis Felipe Salomão, julgado em 28/05/2013, DJe 10/09/2013.

[29] Na teoria dos precedentes judiciais, a ratio decidendi é entendida como uma racionalidade jurídica baseada em normas, princípios e costumes, ou seja, é a opção hermenêutica adotada pelo juiz sem a qual a decisão não teria sido proferida daquela determinada forma. ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. Ativismo Judicial e Teoria dos Precedentes. Integração dos Poderes e Coerência nas Decisões do Judiciário. Curitiba: Juruá, 2015, p. 67

[30] BRASIL. STJ. Quarta Turma. REsp 1335153/RJ. Ministro Relator Luis Felipe Salomão, julgado em 28/05/2013, DJe 10/09/2013, p. 4.

de personalidade, cuja violação enseja o pagamento de indenização por perdas e danos (art. 12 do Código Civil brasileiro[31]), há diferenças fáticas sensíveis nos dois casos, que motivaram as decisões divergentes.

Como parâmetros de aplicação do direito ao esquecimento, o Ministro Luís Felipe Salomão, em seu voto, ponderou que a atividade da imprensa deve se apoiar no fato de que a Constituição Federal, ao proclamar a liberdade de informação e de manifestação do pensamento, traçou diretrizes principiológicas de acordo com as quais essa liberdade será exercida. Ou seja, os direitos e garantias constitucionais não são absolutos. Nesse contexto, devem ser tutelados tanto os valores de liberdade de imprensa, quanto aqueles ligados à dignidade da pessoa humana, como vida privada, intimidade, honra e imagem. Acrescenta o Ministro que, no conflito aparente entre esses bens jurídicos há, de regra, uma inclinação ou predileção constitucional para soluções protetivas da pessoa humana. Nesse sentido:

> Com efeito, no conflito entre a liberdade de informação e dos direitos da personalidade – aos quais subjaz a proteção legal e constitucional da pessoa humana -, eventual prevalência pelos segundos, após realizada a necessária ponderação para o caso concreto, encontra amparo no ordenamento jurídico, não consubstanciando, sem si, a apontada censura vedada pela Constituição Federal de 1988.[32]

Ainda sobre a liberdade de imprensa, o Ministro pondera que a veracidade da notícia não confere a ela inquestionável licitude. Ou seja, a verossimilhança da informação é um, mas não o único requisito da liberdade de imprensa, de modo que notícias ainda que verdadeiras, em alguns casos, não devem ser veiculadas.

Como um segundo parâmetro na aplicação do direito ao esquecimento, consta no voto que a história da sociedade é patrimônio imaterial do povo. Um crime, como qualquer fato social, pode entrar para os arquivos da história, devendo ser lembrado pelas gerações futuras.

---

[31] Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.
Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

[32] BRASIL. STJ. Quarta Turma. REsp 1334097/RJ. Ministro Relator Luís Felipe Salomão, julgado em 28/05/2013, DJe 10/09/2013, p. 27.

Todavia, há crimes e criminosos que se tornam artificialmente históricos e famosos por obra da exploração midiática exacerbada. Nesse contexto, a historicidade do crime não pode ser um óbice intransponível ao reconhecimento do direito ao esquecimento. Dessa feita, a historicidade deve ser analisada caso a caso, devendo ser aferida a possível artificiosidade da história criada. O Ministro bem pondera que o interesse público legítimo não se confunde com o interesse *do* público, guiado muitas vezes por um sentimento de execração coletiva.

Um terceiro parâmetro consiste no fato de que o interesse público sobre certo fato tende a desaparecer com o transcurso do tempo. No caso de crimes, esse interesse em geral desaparece com a resposta penal conferida (absolvição ou cumprimento da pena). Não se pode, pois, permitir a eternização da informação.

Por fim, o quarto parâmetro firmado nos dois julgados se refere à possibilidade de contar a história de forma fidedigna sem que a imagem ou o nome do titular do direito ao esquecimento sejam expostos. Ou seja, quando é possível narrar o fato sem expor certo personagem, o nome e a imagem deste devem ser preservados. Contudo, caso seja impossível desvincular o indivíduo da história, estaria justificada sua exposição.

A partir desses quatro parâmetros, o Superior Tribunal de Justiça entendeu por bem manter a condenação da TV Globo no caso envolvendo a Chacina da Candelária, pois apesar de os fatos terem sido veiculados de maneira verídica, a privacidade do autor da ação foi violada. Muito embora se trate de um fato histórico, os eventos importantes poderiam ter sido contados sem a exposição de Jurandir, sendo que os dados relacionados a ele já não possuem mais interesse público, devido ao decurso do tempo e à absolvição. Dessa forma, o Relator foi acompanhado em seu voto pelos Ministros Antônio Carlos Ferreira, Isabel Galotti e Marco Buzzi, mantendo-se a condenação da emissora em R$50.000,00 (cinquenta mil reais).

Entretanto, no caso envolvendo Ainda Curi, a solução foi diversa. O Ministro relator, partindo dos mesmos parâmetros já expostos, entendeu que o crime envolvendo Ainda Curi é um fato histórico e a sua narrativa seria inviável se fosse omitida a figura da vítima. Ou seja, seria impraticável para a imprensa retratar o caso Aida Curi, sem Aida Curi. Ademais, não identificou artificiosidade ou abuso antecedente na cobertura do crime. A partir do pressuposto de que o reconhecimen-

to, em tese, do direito ao esquecimento não conduz necessariamente ao dever de indenizar, negou-se provimento ao recurso especial interposto pelos irmãos Curi. A Ministra Isabel Galotti proferiu voto divergente do Relator e deu provimento ao recurso, não com base no direito ao esquecimento, mas com fundamento na exposição da imagem do morto para fins comerciais sem autorização (art. 20 do Código Civil). O Ministro Antônio Carlos Ferreira acompanhou o voto divergente, mas prevaleceu o entendimento do relator, que foi acompanhado pelos Ministros Marco Buzzi e Raul Araújo.

Da leitura de outro acórdão, no qual também restou reconhecida a existência do direito ao esquecimento, extrai-se mais um parâmetro de aplicação, qual seja, a desnecessidade de prova de má-fé nas publicações que violam o referido direito. Ou seja, a "jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem-se manifestado pela responsabilidade das empresas jornalísticas pelas matérias ofensivas por elas divulgadas, sem exigir prova inequívoca da má-fé da publicação."[33]

Alguns julgados do STJ referem-se à análise do direito ao esquecimento no ambiente digital. Também nesses casos restou confirmada a existência e tutela do direito, mas em geral rejeitou-se imputar aos provedores de buscas, como o Google, a obrigação de fiscalizar o conteúdo acessível ao público. Ou seja, fixou-se o entendimento de que os "provedores de pesquisa não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação da página onde este estiver inserido"[34]. Com isso, tenta-se evitar que os buscadores na internet se transformem em "censores digitais", de modo que a obrigação de implementar o direito ao esquecimento deve recair diretamente sobre aquele que mantém a informação no ambiente digital[35]. Este pode ser estabelecido como um

[33] Trecho do voto do Min. Paulo de Tarso Sanseverino. BRASIL. STJ. Terceira Turma. REsp 1369571/PE, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Rel. p/ Acórdão Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 22/09/2016, DJe 28/10/2016.

[34] BRASIL. STJ. Terceira Turma. AgInt no REsp 1593873/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, julgado em 10/11/2016, DJe 17/11/2016.

[35] Destaca-se que no julgamento do REsp 1660168/RJ, o voto da Min. Relatora Nancy Andrighi foi exatamente no sentido de indeferir o pedido da autora de que certos provedores de busca excluíssem das pesquisas com seu nome, os links que levavam a notícias de fraude em concurso da magistratura, tendo sido acompanhada pelo Ministro Ricardo Villas Boas Cuevas. Contudo, o Min. Marco Aurélio Bellizze em voto-vista divergiu da relatora e, considerando a "excepcionalidade da situação

sexto parâmetro de aplicação do direito ao esquecimento[36].

A despeito da uniformidade de alguns parâmetros, da análise de todos os julgados do Superior Tribunal de Justiça envolvendo o direito ao esquecimento, é possível concluir pela existência de muita divergência na aplicação do referido direito. Quatro dos sete acórdãos analisados não foram unânimes, havendo dissensões muito bem fundamentadas. Por exemplo, no Resp. 1434498/SP [37], quatro membros da família Almeida Teles, que se destacaram pelo combate à ditadura militar no Brasil e foram duramente torturados, ajuizaram ação contra Carlos Alberto Brilhante Ustra, na qual pretenderam ver reconhecida "a existência de relação jurídica entre os autores e o réu para o fim de declarar que o réu, por agir com dolo e cometer ato ilícito passível de reparação, causou danos morais e danos à integridade física" dos autores. Embora a primeira e a segunda instâncias tenham julgado procedentes os pedidos dos autores, a Relatora Ministra Nancy Andrighi, fundamentando-se no direito ao esquecimento, deu provimento ao recurso interposto por Carlos Alberto Brilhante Ustra.

Segundo a Ministra, a Lei da Anistia rompeu com o passado para reescrever a história, libertando os brasileiros das "amarras da vingança". Nesse contexto, deve-se reconhecer o direito ao esquecimento dos anistiados políticos, direito esse que, no particular, se revela como o de "não ser pessoalmente responsabilizado por fatos pretéritos e legitimamente perdoados pela sociedade, ainda que esses fatos sobrevivam como verdade histórica"[38].

Em voto-vista, o Min. Paulo de Tarso Sanseverino utilizou

concreta", deferiu o pedido da autora e foi acompanhado pelos Ministros Moura Ribeiro e Paulo de Tarso Sanseverino. Muito embora a decisão tenha sido no sentido de condenar os sites de busca a não mostrarem certos resultados nesse caso, todos os Ministros enfatizaram que a regra é a não responsabilização. BRASIL. STJ. Terceira Turma. REsp 1660168/RJ. Rel. Ministra Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julgado em 08/05/2018, DJe 05/06/2018.

[36] Nesse sentido são os acórdãos: BRASIL. STJ. Terceira Turma. AgInt no REsp 1599054/RJ, Rel. Ministro Moura Ribeiro, julgado em 25/04/2017, DJe 11/05/2017; BRASIL. STJ. Terceira Turma. AgInt no REsp 1593873/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, julgado em 10/11/2016, DJe 17/11/2016.

[37] BRASIL. STJ. Terceira Turma. REsp 1434498/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 09/12/2014, DJe 05/02/2015.

[38] BRASIL. STJ. Terceira Turma. REsp 1434498/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 09/12/2014, DJe 05/02/2015.

como fundamento o parâmetro do direito à memória histórica, imprescindível para que graves violações a direitos humanos não voltem a ocorrer. Segundo o ministro, deve-se dar conhecimento à coletividade dos detalhes dos gravíssimos fatos perpetrados por agentes do Estado brasileiro, "para que não se relegue o sofrimento das vítimas a um desconhecimento pela sociedade". Tendo sido acompanhado pelos Ministros Villas Bôas Cueva e Marco Aurélio Bellizze, essa foi a tese firmada.

De todo modo, os parâmetros evidenciados no presente trabalho estão de certa forma assentados na jurisprudência do STJ no contexto atual. As divergências aparecem mais no tocante à valoração desses parâmetros em cada situação concreta, que propriamente à existência deles. Dessa forma, sendo o Superior Tribunal de Justiça a instância uniformizadora da jurisprudência pátria em matéria infraconstitucional, as decisões citadas devem reverberar nas instâncias inferiores, servindo de balizas para os julgamentos futuros sobre o tema.

CONCLUSÃO

Esquecer faz parte do humano. Majoritariamente encarado como um defeito, o esquecimento pode revelar-se uma verdadeira virtude em relação a fatos pretéritos indesejados e vexatórios. No bojo de uma sociedade digital que é capaz de se lembrar de tudo, o direito ao esquecimento tornou-se não apenas um desejo, como também uma proteção aos cidadãos contra a exposição indevida de acontecimentos que podem rememorar dores e antigas feridas, algumas vezes já até cicatrizadas com o tempo.

Após a análise dos julgados colacionados, não resta dúvida quanto ao reconhecimento do direito ao esquecimento pelo Superior Tribunal de Justiça como um direito de personalidade merecedor de tutela jurídica e cuja violação pode levar à indenização por perdas e danos, nos termos do art. 12 do Código Civil.

Todavia, apesar do reconhecimento de sua existência, há contundentes divergências na ponderação de princípios no caso concreto, uma vez que o direito ao esquecimento pode colidir, no plano fático, com outros direitos como a liberdade de imprensa e a memória histórica de um povo. Assim, para sopesar todos os interesses envolvidos, muitas vezes antagônicos, foram identificados seis parâmetros de aplicação nas

decisões do STJ.

O primeiro deles preconiza que, em um conflito aparente entre a liberdade de imprensa e os aspectos relacionados à privacidade e à dignidade humana, há uma predileção maior para decisões protetivas da pessoa. Ainda, a veracidade de uma notícia não é, por si só, motivo suficiente para afastar a aplicação do direito ao esquecimento. Em outras palavras, a verossimilhança de uma informação não a torna, *a priori*, lícita, e nem é fator decisivo para permitir sua divulgação a qualquer custo.

O segundo, de modo semelhante ao primeiro, alerta que a historicidade de um fato também não pode ser, por si só, empecilho para a efetivação do direito ao esquecimento em determinadas situações. É necessário que se analise até que ponto existem estratégias de artificiosidade e inflamação pública na exposição da história.

O terceiro parâmetro identifica que o interesse público em relação a certos fatos tende a esvanecer-se com o passar do tempo, o que muitas vezes torna indevida a divulgação de acontecimentos que ocorreram em longa data.

O quarto critério relaciona-se à necessidade ou não da revelação do nome ou da imagem do titular do direito ao esquecimento. Há que se averiguar se era possível narrar os fatos sem a identificação do sujeito, caso em que não se justifica a sua exposição.

O quinto parâmetro apregoa a prescindibilidade da prova de má-fé nas publicações que violam o direito ao esquecimento, bastando, portanto, que se prove o dano que a divulgação causou ao titular dos dados, sem a necessidade de inequívoca comprovação de má-fé de quem os difundiu.

Por fim, o sexto e último parâmetro reconhece como responsável direto pela implementação do direito ao esquecimento no âmbito virtual aquele que mantém a informação em seu ambiente digital, e não os provedores de pesquisa.

Como exposto anteriormente, as divergências entre os julgadores parecem residir muito mais na valoração de cada um desses parâmetros do que na existência deles. Isto é, o reconhecimento dessas balizas como forma de auxiliar na ponderação dos direitos fica claro. O dilema situa-se exatamente em suas medidas, só aferíveis nas situações concretas.

A tendência é que casos envolvendo o esquecimento apareçam cada vez mais nos tribunais, principalmente em conflitos no ambiente

digital. Como visto, a tecnologia tem alterado profundamente a memória humana, fato que ressignifica a própria ideia de direito ao esquecimento em uma sociedade que coleta dados pessoais massivamente de seus membros. Por isso, o estudo dos contornos de efetivação do direito ao esquecimento se faz não só importante como imprescindível, afinal, é preciso lembrar de esquecer.

REFERÊNCIAS

ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. Ativismo Judicial e Teoria dos Precedentes. Integração dos Poderes e Coerência nas Decisões do Judiciário. Curitiba: Juruá, 2015.

BRASIL. STJ. Quarta Turma. REsp 1334097/RJ. Ministro Relator Luís Felipe Salomão, julgado em 28/05/2013, DJe 10/09/2013.

BRASIL. STJ. Quarta Turma. REsp 1335153/RJ. Ministro Relator Luis Felipe Salomão, julgado em 28/05/2013, DJe 10/09/2013.

BRASIL. STJ. Terceira Turma. REsp 1434498/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 09/12/2014, DJe 05/02/2015.

BRASIL. STJ. Terceira Turma. REsp 1369571/PE, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Rel. p/ Acórdão Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 22/09/2016, DJe 28/10/2016.

BRASIL. STJ. Terceira Turma. AgInt no REsp 1593873/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, julgado em 10/11/2016, DJe 17/11/2016.

BRASIL. STJ. Terceira Turma. AgInt no REsp 1599054/RJ, Rel. Ministro Moura Ribeiro, julgado em 25/04/2017, DJe 11/05/2017.

BRASIL. STJ. Terceira Turma. REsp 1660168/RJ. Rel. Ministra Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julgado em 08/05/2018, DJe 05/06/2018.

CORDEIRO, Carlos José; PAULA NETO, Joaquim José. A concretização de um novo direito da personalidade: o direito ao esquecimento. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 4, n. 2, 2015. Disponível em: <http://civilistica.com/a-concretizacao-de-um-novo-direito-da-personalidade/>. Acesso em 12/02/2020.

DONEDA, Danilo. Os direitos de personalidade no Código Civil. *In:*

TEPEDINO, Gustavo. (Coord.) **A Parte Geral do Novo Código Civil:** estudos na perspectiva civil-constitucional. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 35-60.

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

PARENTONI, Leonardo Netto. O Direito ao Esquecimento (*Right to oblivion). In:* DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords.). **Direito & *Internet* III** – Tomo I: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014). São Paulo: Quartier Latin, 2015.

SCHREIBER, Anderson. As três correntes do direito ao esquecimento. As posições que foram delineadas na audiência pública do STF. **Jota**. 18 de Junho de 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/as-tres-correntes-do-direito-ao-esquecimento-18062017>. Acesso em 12/02/2020.

SCHREIBER, Anderson. Direito ao Esquecimento: Críticas e Respostas. **Carta Forense**. 4 de Setembro de 2017. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/direito-ao-esquecimento-criticas-e-respostas/17830>. Acesso em 12/02/2020.

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

STANCIOLI, Brunello. **Renúncia ao exercício de direitos de personalidade** ou como alguém se torna o que quiser. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direitos de Personalidade.** Coimbra: Almedina, 2006.

DESPATOLOGIZAÇÃO DA TRANSEXUALIDADE

DESAFIOS PARA SUA EFETIVAÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO.

Elisa Santana Fonseca[1]
Josiene Aparecida de Souza[2]

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo discutir os desafios para a efetiva despatologização da transexualidade na sociedade brasileira, dando-se ênfase à (im) possível acessibilidade de crianças e adolescentes transgêneros aos tratamentos previstos na Resolução nº 2.265/19. Para tanto, utilizar-se-á como referenciais teóricos as pesquisas desenvolvidas por Marina Cordeiro Matos Sillmann e Maria de Fátima Freire de Sá em que se discute a capacidade Gillick e a autonomia para consentir de crianças e adolescentes e ainda a possibilidade de recusa de tratamento médico por estas pessoas. Por último, vislumbra-se analisar os discursos que patologizam a transexualidade, implicitamente, nas decisões do Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: transexualidade; despatologização; tratamento médico;

INTRODUÇÃO

Acreditou-se por um longo período de tempo que os conceitos gênero, sexo e sexualidade eram indissociáveis e resultantes de uma ordem biológica compulsória, o que resultou na hierarquização da dicotomia masculino e feminino. Consequentemente, estabeleceu-se a heteronormatividade como regra e os papéis sociais a serem desempenhados

[1] Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete; pesquisadora do Grupo de Estudos em Bioética na Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete.

[2] Professora da FDCL- Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete. Mestra em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto. Especialista em Processo Civil pelo CAD/FUMEC, graduada em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto.

por cada sexo, masculino e feminino, foram devidamente estipulados, de forma a pré-determinar o comportamento de cada indivíduo.

Ante a essa dicotomia, surgem os conceitos cisgênero, que são aqueles que o gênero corresponde perfeitamente ao sexo que lhe foi atribuído ao nascer, ao passo que os transgêneros, são aquelas pessoas que se opõem ao binarismo de gênero, e transitam-se entre os gêneros, adotando tanto signos atribuídos ao sexo feminino quanto ao sexo masculino, podendo em momentos diferentes da vida se identificar com algum deles ou mesmo não se identificar com nenhum. Importante trazer à tona o conceito de transexualidade, a qual é compreendida como a identificação com o gênero psicossocial oposto ao sexo biológico, sendo fundamentalmente uma questão de autodeterminação e identificação. [3]

Por anos, a Organização Mundial de Saúde (OMS), responsável por editar a Classificação Internacional de Doenças (CID), que é usada como referência para o diagnóstico e controle de enfermidades, classificou os transgêneros como portadores de doenças mentais, corroborando para a construção de um cenário discriminatório e excludente. Ante as evoluções sociais e descobertas científicas, constatou-se a insensatez dessa classificação, o que deu ensejo a despatologização dessa característica.

Importante frisar que a homossexualidade deixou de ser classificada como doença mental em maio de 1.997[4], ao passo que, apenas no ano de 2018 a transexualidade foi retirada do rol de doenças mentais. A nova versão da Classificação Internacional de Doenças, a CID 11, trouxe em seu texto um novo capítulo referente a Saúde Sexual, onde a incongruência de gênero deixou de fazer parte das doenças mentais para compor um novo capítulo, relacionado à saúde sexual.[5]

O Conselho Federal de Medicina (CFM), seguindo suas atri-

---

[3] SILVA, Jéssica de Paula Bueno**. O reconhecimento das pessoas trans [manuscrito]: uma análise do poder de emancipação ou institucionalização do direito sob a perspectiva de Axel Honneth** /Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Ouro Preto. Escola de Direito, Turismo e Museologia. Departamento de Direito. Programa de Pós-Graduação Novos Direitos, Novos Sujeitos.

[4] BRASIL. **OMS retira a homossexualidade da lista de doenças mentais**. [Disponível em: http://opiniaoenoticia.com.br/vida/comportamento/oms-retira-homossexualidade-da-lista-de-doencas-mentais/] Acesso em: 28 de maio de 2020.

[5] WORLD HEALTH ORGANIZATION. **CID -11: Classificação das doenças para mapear a maneira como vivemos e morremos. [**Disponível em: https://www.who.int/health-topics/international-classification-of-diseases.] Acesso em: 24 de março de 2020.

buições legais, na busca de ampliar o acesso à saúde das pessoas transgênero, editou a Resolução nº 2.265/2019, que estabeleceu mudanças significativas no processo transexualizador, dentre as quais faz menção ao tratamento de crianças e adolescentes transgêneros o que, até o presente momento, não era mencionado em nenhuma norma vigente.[1]

Ocorre que, a referida Resolução nº 2.265/19 do Conselho Federal de Medicina (CFM) exige a apresentação do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE) para a realização dos procedimentos médicos nela previstos.

Os pacientes que não possuem capacidade plena para outorgar o consentimento, incluindo-se no grupo: as crianças, os adolescentes menores de 18 anos, os portadores de doenças físicas ou mentais que apresentam algum comprometimento para discernir, pessoas inconscientes ou severamente debilitadas, devem ser representados por quem a legislação civil estabelecer, devendo apresentar, ainda, o Termo de Assentimento.[2]

Nas relações médico-científicas é por meio do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido e do Termo de Assentimento que há a manifestação da autonomia privada do paciente. Em se tratando de pacientes pediátricos, apesar de certas peculiaridades em razão de seu grau de desenvolvimento, sua autonomia também deve ser preservada como garantia para o exercício de seu direito à personalidade.

A autonomia privada do paciente corresponde a capacidade de autodeterminação e encontra-se correlata a liberdade e a informação para o posterior exercício do consentimento. Dessa maneira, uma vez prestadas as informações pelo profissional de saúde acerca do estado clínico do paciente, este, se dotado de autonomia, poderá decidir qual tratamento seguir ou mesmo optar pela escolha de não se tratar[3].

Diante disso, perquire-se: quais os aspectos jurídicos da Re-

---

[1] BRASIL. Resolução nº 2.265, de 20 de setembro de 2019. **Dispõe sobre o cuidado específico à pessoa com incongruência de gênero ou transgênero e revoga a Resolução CFM nº 1.955/2010.** [Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2019/2265] Acesso em 24 de março de 2020.

[2] BRASIL. **Recomendação nº 1 de 21 de janeiro de 2016**. Dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica. [Disponível em: https://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/1_2016.pdf.] Acesso em: 08 de junho de 2020.

[3] NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. RAWICZ, Luciana Araújo. MORAES, Vivian Lacerda**. A influência do ambiente hospitalar sobre as autonomias de pacien-**

solução nº 2.265/19 podem impedir o acesso aos tratamentos nela previstos pelas crianças e adolescentes transgêneros? Seria possível construir uma relação dialógica entre: médico, paciente e o seu responsável legal de forma a garantir o acesso do menor aos tratamentos transexualizadores como exercício de sua liberdade? Como delinear os limites da autoridade parental em face da autonomia das crianças e adolescentes na tomada de decisão ao referido tratamento? Como o sistema judiciário brasileiro tem se posicionado acerca dos direitos dos transgêneros, em especial, dos transexuais?

Por fim, a presente pesquisa encontra-se substrato na vertente jurídico-dogmática que por sua vez possui o raciocínio indutivo-dedutivo[4].

1. DESPATOLOGIZAÇÃO DA TRANSEXUALIDADE E A RESOLUÇÃO Nº 2.265/2019 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

Os conceitos de gênero e sexualidade foram construídos em termos culturais e históricos, caracterizando as relações de poder e hierarquizando universalmente a dicotomia masculino e feminino. Nesse sentido, surge a crítica quanto a perspectiva dual entre sexo/ gênero que se consubstancia em um sistema marcado por relações de poder, com comportamentos diferenciados entre homens e mulheres no cenário social, político e cultural. Mister destacar a influência deste último fator na estruturação do sistema patriarcal, idealizado pela heterossexualidade compulsória e pela socialização dos papeis de gênero.

A filósofa Judith Butler em sua obra "Problemas de gênero: Feminismo e Subversão da Identidade", destaca que, diferente da ordem compulsória entre sexo/gênero/desejo socialmente imposta, o gênero é fruto de uma concepção cultural e social, sendo um erro acreditar que

---

tes e de profissionais da saúde. IN: Maria de Fátima Freire de Sá; Bruno Torquato de Oliveira Naves; Iara Antunes de Souza. (Org.). Direito e Medicina: autonomia e vulnerabilidade em ambiente hospitalar. 1ed.Indaiatuba, São Paulo: Foco Jurídico, 2018, v. 1, p. 82.

[4] GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática.** 4 ed. rev. e atual.- Belo Horizonte: Del Rey, 2013. 278 p.

ele decorra de uma ordem biológica:

> Concebida originalmente para questionar a formulação de que a biologia é o destino, a distinção entre sexo e gênero atende a tese de que, por mais que o sexo pareça intratável em termos biológicos, o gênero é culturalmente construído: consequentemente, não é nem o resultado causal do sexo nem tampouco tão aparentemente fixo quanto o sexo. Assim, a unidade do sujeito já é potencialmente contestada pela distinção que abre espaço ao gênero como interpretação múltipla do sexo. Se o gênero são os significados culturais assumidos pelo corpo sexuado, não se pode dizer que ele decorra de um sexo desta ou daquela maneira.[5]

Dessa maneira, segundo as interpretações de Judith Butler, não é plausível identificar a binariedade como um recurso que atribui a categorização de homens a partir de um corpo masculino, ao passo que as mulheres são interpretadas apenas pelo corpo feminino[6]. Por esse motivo, torna-se necessário desconstruir a perspectiva de que o gênero está para a cultura, assim como o sexo para a natureza, haja vista que este último também corresponde a um meio discursivo/cultural[7]. Logo, para Judith Butler[8] a cultura determina e condiciona a definição de sexo e gênero, de modo que ambos os conceitos podem ser livres ou fixos já que dependem do discurso que os legitima, revelando-se ineficaz a diferença entre sexo e gênero.

Assim, Judith Butler[9] propõe uma desnaturalização do sexo e do gênero que foram tratados como destino de forma estratégica pelo poder. Nesse sentido, atribui-se uma categoria social de gênero, em que este é identificado como um dispositivo pessoal de construção de si e de questionamento da identidade, de modo que "[...] o que a pessoa 'é' – e a rigor, o que o gênero é – refere-se sempre às relações construídas em que

---

[5]JUDITH, Butler. **Problemas de Gênero**: Feminismo e subversão da identidade. 17ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019. p. 25-26.
[6]JUDITH, Butler. **Problemas de Gênero**: Feminismo e subversão da identidade. 17ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019. p. 24.
[7]JUDITH, Butler. **Problemas de Gênero**: Feminismo e subversão da identidade. 17ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019. p. 25.
[8]JUDITH, Butler. **Problemas de Gênero**: Feminismo e subversão da identidade. 17ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019.
[9]JUDITH, Butler. **Problemas de Gênero**: Feminismo e subversão da identidade. 17ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019.

ela é determinada"[10]. Dessa forma, não há que se falar em uma substancialidade dicotômica do gênero masculino ou feminino, mas compreendê-lo como "[...] um ponto relativo de convergência entre conjuntos específicos de relações, cultural e historicamente convergentes"[11].

Sendo assim, a partir dos ensinamentos de Judith Butler[12]é plausível desconstruir a dicotomia entre gênero e sexo, de modo que o primeiro representa uma construção social do sexo e o segundo encontra-se associado ao campo do natural, haja vista que ambas as denominações são alicerçadas em um discurso epistemológico heteronormatizante que demarcou as concepções identitárias masculinas e femininas.

Seguindo a evolução social e os novos estudos científicos acerca dessa temática, a Organização Mundial de Saúde (OMS), na nova versão da Classificação Internacional de Doenças, a CID 11, trouxe em seu texto um novo capítulo referente a Saúde Sexual, onde a incongruência de gênero deixou de fazer parte do rol de doenças mentais para compor um novo capítulo, relacionado à saúde sexual.[13]

O capítulo de condições relacionadas à saúde sexual possui um tópico dedicado à incongruência de gênero que apresenta as seguintes codificações: HA60 para incongruência de gênero na adolescência ou idade adulta, HA61 para incongruência de gênero na infância e, por fim, HA6Z incongruência de gênero, não especificada.[14]

A Organização Mundial de Saúde – OMS –no preâmbulo de seu ato fundador de 1946, definea saúde como "[...]o estado de completo bem-estar físico, mental e social e não simplesmente como a ausência de enfermidade"[15].

Ademais, importante explorar ainda uma visão civil cons-

[10]JUDITH, Butler. **Problemas de Gênero**: Feminismo e subversão da identidade. 17ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019. p. 29.

[11]JUDITH, Butler. **Problemas de Gênero**: Feminismo e subversão da identidade. 17ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019. p. 29.

[12]JUDITH, Butler. **Problemas de Gênero**: Feminismo e subversão da identidade. 17ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019.

[13] WORLD HEALTH ORGANIZATION. **CID -11: Classificação das doenças para mapear a maneira como vivemos e morremos.** [Disponível em: https://www.who.int/health-topics/international-classification-of-diseases.] Acesso em: 24 de março de 2020.

[14] WORLD HEALTH ORGANIZATION. **CID -11: Para estatísticas de mortalidade e morbidade.** Disponível em:https://icd.who.int/browse11/l-m/en. Acesso em: 28 de maio de 2020.

[15] WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Constitution of the World Health Or-**

titucional acerca do direito fundamental à saúde que vai além de uma leitura prestacional do Estado a seus cidadãos. Assim, vislumbra-se uma ligação direta entre saúde e liberdade, ou seja, a pessoa tem liberdade de autonomamente escolher o que é saúde para si e para seu próprio corpo, na medida de seu discernimento.[16]

A jurista Ana Carolina Brochado Teixeira[17] entende o conceito de saúde àquilo que denominou como governo corporal:

> O governo corporal assume grande importância, pois é a partir dele que é verdadeiramente possível se pensar em um novo conceito de saúde, determinante para a autocompreensão de bem-estar. Logo, um conceito de saúde, para além da ausência de doenças, atende, principalmente, às necessidades individuais, de modo que a própria pessoa possa construir – e projetar validamente no mundo externo – o que pretende para si e para o próprio corpo, ou seja, 'saúde é um estado de razoável harmonia entre o sujeito e a sua própria realidade'.

Corroborando com este entendimento, Paula Camila Veiga Ferreira e Roberto Henrique Pôrto Nogueira[18] entendem o direito à saúde como uma situação jurídica existencial que se respalda no governo de si mesmo e pelo discernimento para a decisão afeta ao direito ao próprio corpo. Diante disso, é possível elastecer o significado do direito à saúde como uma dimensão física atrelada à esfera psíquica.

Nos termos da Constituição da República Federativa do Brasil, a saúde, em termos gerais, passou a ser tratada como direito social, constituindo um dever do Estado, sendo ainda considerado de relevância pública as ações e os serviços de saúde. A Lei Maior tutela o acesso de todos os brasileiros, indistintamente, às ações de saúde indispensáveis

---

ganization. Geneva: World Health Organization, 1946.

[16] SOUZA, Iara Antunes de. **Estatuto da pessoa com deficiência**: curatela e saúde mental – Conforme a Lei: 13.146/2015- Estatuto da Pessoa com Deficiência/ 13.105/2015- Novo Código Processo Civil. Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2016.

[17] TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Saúde, corpo e autonomia privada**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 233.

[18] NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto; FERREIRA, Paula Camila Veiga. A opção pelo uso e a autorização para produção e fornecimento de fosfoetanolamina sintética. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, Belo Horizonte, n.35, p.57-72, mai./ago. 2018.

aos seus tratamentos preventivos ou curativos.[19]

Buscando adequar e ampliar o atendimento às pessoas transgêneros no Brasil, o Conselho Federal de Medicina (CFM), órgão que possui atribuições de fiscalização e normatização da prática médica, publicou no dia 09 de janeiro de 2020 a Resolução nº 2.265/2019 que trouxe mudanças dentro do processo de transexualização[20].

Importante esclarecer que o Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina são autarquias criadas pela Lei n. 3.268, de 30 de setembro de 1957.[21]Logo, são entes personalizados, com regime de fazenda pública, que executam as atividades estatais de forma especializada e eficiente, em decorrência da descentralização administrativa.[22]

De maneira geral, a Administração Pública é dotada do poder normativo, que se traduz no poder de expedir normas gerais com eficácia *erga ones.* Não se trata de um poder legislativo, mas sim de um mecanismo para criação de normas complementares à lei. Em sua obra, "Manual de Direito Administrativo", Mateus Carvalho destaca a importância do poder regulamentar dado a Administração Pública para a correta execução das leis:

> O Poder Normativo se traduz no poder conferido à Administração Pública de expedir normas gerais, ou seja, atos administrativos gerais e abstratos com efeitos *erga omnes.* Não se trata de poder para a edição de leis, mas apenas um mecanismo para a edição de normas complementares à lei. Trata-se de prerrogativa dada à Administração Pública de editar esses atos e permitir sua efetiva aplicação sempre limitada pela lei. O poder normativo facilita a compreensão do texto legal. Os seus atos são sempre inferiores à lei e visam regulamentar determinada situação de caráter geral e abstrato, pois facilitam a

[19]BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. [Disponível em: www.planalto.gov.br] Acesso em: 12 de maio de 2020.

[20] BRASIL. Resolução nº 2.265, de 20 de setembro de 2019. **Dispõe sobre o cuidado específico à pessoa com incongruência de gênero ou transgênero e revoga a Resolução CFM nº 1.955/2010.** [Disponível em: sistemas.cfm.org.br] Acesso em 24 de março de 2020.

[21]BRASIL. Lei nº 3.268 de 30 de setembro de 1.957. **Dispõe sobre os Conselhos de Medicina e dá providências**. [Disponível em: www.planalto.gov.br] Acesso em: 27 de abril de 2020.

[22] CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 3. ed. rev. ampl. e atual. Salvador, Juspodium, 2016. P. 164.

execução da lei, minudenciando seus termos.[23]

Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Neves[24] destacam que, os conselhos de medicina são a própria administração pública exercendo suas funções de forma descentralizada e, após a devida revisão, ponderação, classificação, valoração e qualificação, os dados médicos passam a ser uma base ontológica. Em razão disso, são aptos para elaboração de normas de regulamentação da prática médica, dotadas de força cogente.

Ao elaborar a resolução nº 2.265/19, o Conselho Federal de Medicina (CFM), usando de suas prerrogativas legais, trouxe meios práticos para aplicação das novas disposições contidas na Classificação Internacional de Doenças 11 (CID 11) no que diz respeito à transexualidade, garantindo e ampliando o processo de transexualização, o que vai de encontro com as determinações constitucionais de garantir acesso a todos os brasileiros, indistintamente, aos tratamentos de saúde necessários ao seu pleno desenvolvimento.

A Resolução nº 2.265/2019 do Conselho Federal de Medicina (CFM) trouxe, dentre outras mudanças, a idade mínima de 18 (dezoito) anos para intervenção cirúrgica de afirmação de gênero e de 16 (dezesseis anos) para a realização de hormônio terapia, além de tratamento multidisciplinar para crianças e adolescentes.[25]

Atualmente, de acordo com a Portaria nº 2.803/2013 do Ministério da Saúde, que redefine e amplia o processo transexualizador no Sistema Único de Saúde (SUS), a idade mínima para se realizar o procedimento cirúrgico de afirmação de gênero é de 21 (vinte e um) anos e para o tratamento hormonal 18 (dezoito) anos. No que diz respeito ao tratamento de crianças e adolescentes, a legislação atual não traz qualquer especificação.[26]

Conforme destacado pela endocrinologista Dra. Elaine Fra-

---

[23] CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 3. ed. rev. ampl. e atual. Salvador, Juspodium, 2016. p. 117.

[24] SÁ, Maria de Fátima Freire de e NEVES, Bruno Torquato de Oliveira. Manual de Biodireito. 3. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte, Del Rey Editora, 2015. p. 15.

[25]BRASIL. Resolução nº 2.265, de 20 de setembro de 2019. **Dispõe sobre o cuidado específico à pessoa com incongruência de gênero ou transgênero e revoga a Resolução CFM nº 1.955/2010.** [Disponível em: sistemas.cfm.org.br] Acesso em 24 de março de 2020.

[26] BRASIL. Portaria nº 2.803, de 19 de novembro de 2013. **Redefine e amplia o Processo Transexualizador no Sistema Único de Saúde (SUS**). [Disponível em

de[27],representante da Sociedade Brasileira de Endocrinologia e Metabologia junto ao Conselho Federal de Medicina, a nova resolução sobre os cuidados específicos à pessoa com incongruência de gênero ou transgênero representa um grande avanço, visto que trouxe mudanças significavas para o tratamento e apresentou um texto completo, do qual três pontos importantes merecem destaque: a inclusão de todos os procedimentos e respectivos protocolos de acompanhamento, tanto psicológico quanto hormonal e cirúrgico, normatização do tratamento em crianças e adolescentes e o processo terapêutico singular.

Aderir a tais premissas contribuirá para a melhoria do atendimento às pessoas com incongruência de gênero, ampliando o escopo de serviços aos quais esse grupo passará a ter acesso na rede pública, especialmente no que diz respeito a regulamentação do acesso a tratamento por crianças e adolescentes transexuais pois, conforme contatou-se em pesquisa elaborada por Fernanda Karla Nascimento[28]junto a um grupo de crianças e adolescentes transgêneros brasileiros, abordou que há uma "ausência de normas ou diretrizes abordando o atendimento às crianças e adolescentes transgêneros no âmbito da saúde, torna restrito o acompanhamento dessa população".

Tal afirmação encontra-se alinhada ao estudo realizado por Röder[29], o qual aborda a qualidade de vida de crianças e adolescentes transgêneros em uma Clínica de Identidade de Gênero de Hamburgo, Alemanha, onde "adolescentes transgêneros representam uma população vulnerável com probabilidade de experimentar altos níveis de sofrimento, bem como baixa qualidade de vida."

Constata-se, assim, pelo que foi exposto, a importância de se disponibilizar meios para promoção da saúde de crianças e adolescentes transgêneros brasileiros, como forma de materializar a autonomia priva-

---

bvsms.saude.gov.br]. Acesso em 24 de abril de 2020.

[27] BRASIL.**Sociedade Brasileira de Endocrinologia e Metabologia. Resolução do CFM e Incongruência de Gênero**. [Disponível em: www.endocrino.org.br] Acesso em 26 de abril de 2020.

[28]NASCIMENTO, Fernanda Karla.**Crianças e adolescentes transexuais brasileiros: atributos associados à qualidade de vida.**Dissertação de Mestrado, apresentada à Escola de Enfermagem de Ribeirão Preto/USP. Área de concentração: EnfermagemSaúdePública.

[29]RÖDER, M. et al. **Health-related quality of life in transgender adolescents: Associations with body image and emotional and behavioral problems**. InternationalJournalofTransgenderism, v.19, n.1, p. 78-91, 2018.[Disponível em: < www.tandfonline.com] Acesso em: 5 Fev. 2019

da, a liberdade e a dignidade da pessoa humana, sendo estes pressupostos necessários para a viabilização das relações existenciais.

2. CAPACIDADE GILLICK E A AUTONOMIA PARA CONSENTIR DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Importante trazer à tona que a portaria nº 2.083/13 do Ministério da Saúde[30]e a Resolução nº 2.265/2019 do Conselho Federal de Medicina (CFM)[31] dispõem que os procedimentos transexualizadores só serão realizados mediante a apresentação do Termo de Consentimento Livre e Esclarecimento, assinado pelo paciente maior de 18 anos com discernimento e Termo de Assentimento, assinado em caso de criança e adolescentes ou pessoas com discernimento reduzido.

Nos procedimentos médicos, a autonomia privada se materializa por meio do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE) que, conforme delineado por Joyceane Bezerra de Menezes e Ana Paola de Castro e Lins[32], é o meio pelo qual se garante que nas relações médicas, a autonomia do paciente seja materializada e o direito a dignidade da pessoa humana consolidado:

> "É pelo viés da liberdade que a autonomia se consolida como um dos meios de realização da dignidade da pessoa humana, mormente no que toca às situações existenciais, sendo considerada como verdadeiro instrumento de promoção da perso-

[30] BRASIL. Resolução nº 2.265, de 20 de setembro de 2019. **Dispõe sobre o cuidado específico à pessoa com incongruência de gênero ou transgênero e revoga a Resolução CFM nº 1.955/2010.** [Disponível em: sistemas.cfm.org.br] Acesso em 26 de abril de 2020.

[31] BRASIL. Portaria nº 2.803, de 19 de novembro de 2013. **Redefine e amplia o Processo Transexualizador no Sistema Único de Saúde (SUS)**. [Disponível em bvsms.saude.gov.br]. Acesso em 24 de abril de 2020.

[32] MENEZES, Joyceane Bezerra de & CASTRO E LINS, Ana Paola de. "**Identidade de gênero e transexualidade no direito brasileiro**". Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, v. 17, jul./set. 2018, pp. 17-41. [Disponível em: https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/269/227.] Acesso em 26 de abril de 2020.

nalidade." [33]

Renata Pompeu[34]propõe a conceituação de uma autonomia a partir de uma identidade social arquitetada nas relações intersubjetivas e como uma das formas de desenvolvimento da liberdade do sujeito:

> Quem é livre pode ainda não se expressar autonomamente, pois pode recusar ao poder que esta contém ou o realizar a partir de uma visão de mundo que apresenta apenas comportamentos obrigatórios ou proibidos. A construção da autonomia como poder se dá durante toda a vida do sujeito cujo desafio é ser capaz de se "contaminar" cada vez menos pela heteronomia da cultura e afirmar sua individualidade diversa dos modelos culturais tradicionalmente construídos.

Sendo assim, autonomia privada perpassa por um caminho deliberativo que recebe influências exógenas no âmbito social que impactam diretamente nas dimensões de liberdade e da dignidade da pessoa humana. Por esse motivo, Renata Pompeu[35] alude que a heteronomia é substrato necessário para garantir o exercício da autonomia:

> [...] não é possível separar heteronomia e autonomia, ou se isso for feito, que seja apenas para fins didáticos. A separação das duas atuações representaria exatamente um idealismo que se quer evitar. Todo agir livre encontra em si mesmo elementos diversos da vontade do sujeito que a modelam e se misturam com ela gerando uma conduta imbricada de valores, crenças, superstições, raciocínios econômicos, inclinações e tendências.

Desse modo, é possível compreender a autonomia privada como um desdobramento da liberdade individual e da dignidade da pessoa humana diante das heteronomias que a compõem e lhe fazem resistência. Isso significa dizer que não é possível a realização da liberdade, e,

---

[33]MENEZES, Joyceane Bezerra de & CASTRO E LINS, Ana Paola de. "**Identidade de gênero e transexualidade no direito brasileiro**". Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, v. 17, jul./set. 2018, pp. 17-41. [Disponível em: https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/269/227.] Acesso em 26 de abril de 2020.

[34] POMPEU, Renata Guimarães. **Autonomia Privada na relação contratual** – Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015, p. 29-30.

[35] POMPEU, Renata Guimarães. **Autonomia Privada na relação contratual** – Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015, p.97.

consequentemente construção da autonomia privada, sem a influência dos deveres, das necessidades e das limitações existentes. A autonomia, portanto, se consubstancia em um ambiente de heteronomias. Desconsiderar esse paradigma é desconhecer o pressuposto de liberdade. O que se espera então do Estado Democrático de Direito é o reconhecimento da autonomia em meio às heteronomias[36].

Para Ana Carolina Brochado Teixeira[37]diante da diversidade de fundamentação teórico-jurídica dos atos de autonomia, delimita-se como parâmetro o tipo de situações, definidas pelas funções a serem realizadas: se patrimonial, consubstancia-se na livre iniciativa, prevista pelo artigo 170 da Constituição da República de 1988[38]; se existencial, sua base está na dignidade da pessoa humana, conforme art. 1º, III, Constituição da República[39] ; e na liberdade, art. 5º, *caput*[40], Constituição da República. A diferença de fundamento interfere, portanto, na coerência e na legitimidade dos argumentos utilizados para qualificação da situação jurídica.

A autonomia privada justifica e fundamenta o direito ao desenvolvimento da personalidade que, embora não haja previsão legal expressa, forma-se pela conjugação dos princípios da dignidade da

---

[36] POMPEU, Renata Guimarães. **Autonomia Privada na relação contratual** – Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015.

[37] TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A travessia da mulher na pós-modernidade: da superação de vulnerabilidade à afirmação de uma pauta positiva de emancipação. **Revista de Ciências Jurídicas – Pensar**, Fortaleza, v. 23, p. 1-20, jul. /set. 2018, p.86.

[38]"Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
I - soberania nacional;
II - propriedade privada;
III - função social da propriedade;
[...]" (BRASIL, 1988).

[39]"Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
[...]
III - a dignidade da pessoa humana;
[...]" (BRASIL, 1988).

[40]"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 [...]" (BRASIL, 1988).

pessoa humana, da liberdade e da igualdade, sendo, pois, um direito constitucional implícito. Para decidir sobre determinado procedimento médico, o paciente precisa ter discernimento, exigindo-se, assim, que ele seja capaz de compreender, distinguir e apreciar a situação em que se encontra.[41]

Em situações onde o paciente não possui capacidade plena para prática dos atos da vida civil, a relação entre o médico e o paciente é indireta, com a participação efetiva dos pais ou responsáveis, desde o relato quanto as necessidades do paciente até a condução do tratamento necessário.[42]Analisando a disposição civilista, tem-se que as crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, todavia, não possuem o poder de exercê-los por si só, o que contribui para uma visão de que são dependentes e impossibilitados de se manifestarem acerca de seus próprios interesses. [43]

Nesse contexto, crianças e adolescentes transgêneros só poderão ser submetidos a qualquer dos procedimentos previstos na resolução nº 2.265/2019 do Conselho Federal de Medicina (CFM), mediante assistência ou representação de seus representantes legais para apresentação do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE). Em outras palavras, para que crianças e adolescentes transgêneros manifestem sua autonomia para prática de procedimentos médicos de maneira juridicamente válida, far-se-á necessário o auxílio de seus pais ou responsáveis, uma vez que são sujeitos de direitos mas não podem exercê-los por si só.

Marina Cordeiro Matos Sillmann[44] apresenta uma discussão acerca do discernimento de crianças e adolescentes para recusarem ou

---

[41] SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015. 432p.

[42] SILLMANN, Marina Cordeiro Matos. **A relação bioética e jurídica entre o pediatra, a criança e a sua família.** Revista Educação, Meio Ambiente e Saúde. v.9, nº 3, p. 80 – 88. 2019. [Disponível em: www.faculdadedofuturo.edu.br] Acesso em: 27 de maio de 2020.

[43] O Código Civil dispõe que os adolescentes com idade entre 16 (dezesseis) e 18 (dezoito) anos, aqueles que por causa transitória ou permanente, não poderem exprimir suas vontades e os ébrios eventuais e viciados em tóxicos, são relativamente incapazes, necessitando da assistência de seus representantes legais para os atos da vida civil, já os menores de 16 (dezesseis) anos são absolutamente incapazes, devendo ser representados.

[44] SILLMANN, Marina Cordeiro Matos.**Recusa de tratamento médico por crianças e por adolescentes**. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós Graduação em Direito, 2017.

aderirem a tratamentos de saúde, onde a autonomia progressiva, resultante do grau de discernimento por elas apresentado, seria o meio mais adequado para garantir o exercício de sua autonomia. A partir de uma análise crítica da competência de Gillick, Sillmann apresenta os parâmetros necessários para apurar o discernimento de menores de 16 (dezesseis) anos, discutindo a possibilidade desse conceito ser utilizado pelo ordenamento jurídico brasileiro, bem como na relação médico-paciente.

Tal discussão se mostra de grande relevância para a situação em análise, onde os pais ou responsáveis de crianças ou adolescentes transgêneros podem não autorizar o tratamento transexualizador proposto na resolução nº 2.265/2019. Doutro lado, tem-se a liberdade e a autonomia privada do paciente, a qual inclui o direito de decidir sobre questões existenciais e afetas ao próprio corpo, incluindo, assim, a possibilidade de acesso ao tratamento transexualizador.

Analisando o ordenamento jurídico brasileiro como um todo, constata-se a existência de normas onde o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e a autonomia progressiva foram positivadas. É o que ocorre na Convenção dos Direitos da Criança de 1.989[45], ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 99.710 de 21 de novembro de 1.990[46], contanto hoje status de norma supra legal e com o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)[47].

Para essas normas, crianças e adolescentes são sujeitos ativos de direitos e deveres. O livre exercício dos preceitos nelas contidos está diretamente vinculado ao desenvolvimento psicológico e a capacidade de discernimento desse sujeito detentor do direito, de modo a garantir que os interesses de crianças e adolescentes sejam superiores ao de ter-

---

[45] BRASIL.Convenção Sobre os Direitos das Crianças.**Estabeleci critérios globais para a proteção de crianças e adolescentes, foi adotada pela Assembleia Geral da ONU em 20 de novembro de 1989. Entrou em vigor em 2 de setembro de 1990. É o instrumento de direitos humanos mais aceito na história universal. Foi ratificado por 196 países. Somente os Estados Unidos não ratificaram a Convenção.** [Disponível em: www.unicef.org.] Acesso em: 08 de junho de 2020.

[46] BRASIL.**Decreto nº 99.710 de 21 de novembro de 1990**. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. [Disponível em: www.planalto.gov.br] Acesso em 08 de junho de 2020.

[47]Brasil. Lei 8.069 de 13 de julho de 1.990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.**[Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm.] Acesso em 08 de junho de 2020.

ceiros.

Marina Sillmann[48]destaca que a formação de juízo de valor por parte de crianças e adolescentes é um direito, ao passo que seus pais ou responsáveis tem o dever de mantê-los informados e de envolvê-los em todas as decisões que iram influenciar suas vidas, bem como de dar-lhes a oportunidade de expressar suas opiniões:

> O direito a formar juízos consiste na possibilidade da criança e do adolescente obterem suas próprias conclusões a respeito dos fatos que ocorrem em sua vida. Aos adultos, cabe o dever de informar a essas pessoas as questões que envolvem o assunto, bem como, apresentar as consequências das diferentes decisões a serem tomadas [...] Já o direito a expressar opiniões e ser ouvido, representa o dever dos adultos em permitir que a criança possa se manifestar livremente nos assuntos de seu interesse e também de compreender a mensagem que o infante quer passar nas suas mais variadas formas de manifestação (fala, escrita, desenhos, gestos, etc.), prestando atenção em seu significado.[49]

Ressalta-se que, respeitar a opinião de crianças e adolescentes na tomada das decisões que lhes envolvem não significa dizer que suas vontades serão aceitas indistintamente, mas sim a garantia de que serão envolvidas nos processos decisórios, "sendo que quanto mais maturidade e discernimento ela apresente, maior também será o peso de sua opinião na tomada de decisões sobre sua vida."[50]

Percebe-se um conflito entre as normas previstas na Convenção Sobre os Direitos das Crianças e Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que reconhecem as crianças e adolescentes como sujeitos de direitos aptos a exercê-los de acordo com seu desenvolvimento e o Código Civil, que reconhece às crianças e adolescentes a capacidade de

---

[48] SILLMANN, Marina Cordeiro Matos. **A relação bioética e jurídica entre o pediatra, a criança e a sua família.** Revista Educação, Meio Ambiente e Saúde. v.9, n º 3, p. 80 – 88. 2019. [Disponível em: www.faculdadedofuturo.edu.br] Acesso em: 27 de maio de 2020.

[49] SILLMANN, Marina Cordeiro Matos. **Recusa de tratamento médico por crianças e por adolescentes**. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós Graduação em Direito. p. 63.

[50] SILLMANN, Marina Cordeiro Matos. **Recusa de tratamento médico por crianças e por adolescentes**. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós Graduação em Direito. p.31.

direito, mas não a capacidade de fato, uma vez que estão condicionadas à representação ou assistência.

Analisando o Código Civil isoladamente, tem-se que crianças e adolescentes são titulares de direitos, todavia não podem exercê-los sem auxílio de seus representantes legais.

O diálogo de fontes de ambos os sistemas normativos faz-se necessária para que a autonomia da criança e do adolescente possa se efetivar no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, para tanto o equilíbrio do poder familiar dos pais perante aos filhos é algo indispensável.

O poder familiar está positivado nos artigos 229 da Constituição Federal[51], no artigo 1.634 do Código Civil[52] e no artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente[53]e nas palavras de Sillmann[54] é "um múnus jurídico que os pais devem cumprir em favor de seus filhos para auxiliar no processo de desenvolvimento destes".

A criança ou adolescente é sujeito ativo de um processo de desenvolvimento, onde a seus pais incumbem o dever de sustento, guar-

---

[51] (BRASIL, 1998)
"Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade."

[52] (BRASIL, 2002)
"Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:
I - dirigir-lhes a criação e a educação;
II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;
III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;
V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;
VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivo não puder exercer o poder familiar;
VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

[53] (BRASIL, 1.990)
"Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais."

[54] SILLMANN, Marina Cordeiro Matos. **Recusa de tratamento médico por crianças e por adolescentes**. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós Graduação em Direito. p.81.

da e educação, observando sempre, o melhor interesses de seus filhos. Importante ressaltar que, no processo de educação os filhos possuem o direito de participação, com a possibilidade de contestarem as decisões tomadas pelos pais, devendo prevalecer uma forma relacional e lógica dentro dos limites de discernimento apresentado pela criança ou adolescente:

> Não basta mais a imposição verticalizada da vontade dos pais. O menor como sujeito de direitos e possuidor de dignidade deve ter sua vontade respeitada na medida em que tenha discernimento para tomar as decisões referentes ao ato, ainda que contrarie seus pais ou que sua decisão consista em um 'erro'. Reforçamos a visão de que a intervenção paterna e materna deve se limitar à proteção necessária para o desenvolvimento do filho. Em caso de conflito, prevalece a vontade que atender ao melhor interesse do menor.[55]

Nesse contexto, para a obtenção do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE) de Crianças e Adolescentes transgêneros que desejam se submeter aos procedimentos transexualizadores, os pais ou responsáveis, junto à equipe médica, devem atentar-se, além do critério etário, ao desenvolvimento psicológico e a possibilidade de comunicação dos pacientes.

O exercício do poder familiar, no que diz respeito a direitos da personalidade de crianças e adolescentes, só é válido quando possibilita a atuação dos titulares do direito, devendo se reduzir a medida que esses atingem maior grau de discernimento:

> Desse modo, o limite do poder familiar para exercer os atos relativos aos direitos da personalidade de crianças e adolescentes consistiria na possibilidade concreta de atuação de seus titulares. À medida que os infantes e jovens se desenvolvem, a interferência do poder familiar se reduz na mesma proporção.[56]

Quando cita-se o direito de crianças e adolescentes receberem

[55] SILLMANN, Marina Cordeiro Matos. SÁ, Maria de Fátima Freire de. **A recusa de tratamento médico por crianças e adolescentes: uma análise a partir da competência de Gillick.** Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva. V. I, nº 2, 2015, p. 81.

[56] SILLMANN, Marina Cordeiro Matos. SÁ, Maria de Fátima Freire de. **A recusa de tratamento médico por crianças e adolescentes: uma análise a partir da compe-**

informações médicas, independentemente de autorização, o caso Gillick merece destaque, devido a sua contribuição às ciências jurídicas.

Em 1.974 o Departamento de Saúde e Segurança do Reino Unido emitiu a Circular HSC (IS) 32[57] dirigida a profissionais de saúde sobre planejamento familiar, nela prevê-se o tratamento menos formal aos jovens, feito por uma equipe com experiência. Dentre as atribuições do médico está, também, o aconselhamento sobre contracepção, ainda que sem o consentimento dos pais.

Vitória Gillick, mãe de cinco filhas menores dezesseis anos, insatisfeita com a circular e sob o fundamento de seu poder familiar, enviou uma notificação às autoridades locais informando que não desejava que as filhas fossem informadas acerca dos métodos contraceptivos sem o seu conhecimento ou anuência, até que completassem dezesseis anos.[58]

As autoridades negaram o pedido de Vitória Gillick que, inconformada, recorreu às vias judicias a fim de que fosse decretada a ilicitude da circular. Após longa discussão a HouseofLords[59], decidiu pela licitude da circular e, desde então, é permitido ao menor de dezesseis anos consentir em questões relacionadas a tratamento médico, independentemente de autorização do representante legal, desde que seja considerado apto para tanto pelo profissional da saúde. Assim, deu-se origem ao termo Competência Gillick[60]que consiste na possibilidade de o menor aderir a tratamento médico, independentemente do consentimento

---

tência de Gillick. Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva. V. I, nº 2, 2015, p. 83.

[57] SILLMANN, Marina Cordeiro Matos. SÁ, Maria de Fátima Freire de. **A recusa de tratamento médico por crianças e adolescentes: uma análise a partir da competência de Gillick.** Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva. V. I, nº 2, 2015, p. 73.

[58]SILLMANN, Marina Cordeiro Matos. SÁ, Maria de Fátima Freire de. **A recusa de tratamento médico por crianças e adolescentes: uma análise a partir da competência de Gillick.** Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva. V. I, nº 2, 2015, p. 73.

[59] SILLMANN, Marina Cordeiro Matos. SÁ, Maria de Fátima Freire de. **A recusa de tratamento médico por crianças e adolescentes: uma análise a partir da competência de Gillick.** Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva. V. I, nº 2, 2015, p. 73.

[60] SILLMANN, Marina Cordeiro Matos. SÁ, Maria de Fátima Freire de. **A recusa de tratamento médico por crianças e adolescentes: uma análise a partir da competência de Gillick.** Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva. V. I, nº 2, 2015, p. 73.

dos pais.

A capacidade de consentimento do menor será avaliada de acordo com sua compreensão acerca dos fatos e isso é medido por meio de aplicação de testes, criados por dois juízes que julgaram a causa de Gillick, os testes de Lorde Scarman e *Fraser Guidelines:*

> O teste de Lorde Scarman parte do pressuposto que a responsabilidade parental não é absoluta e que, se o menor de dezesseis anos apresentar inteligência e discernimento para a prática de determinado ato, haveria uma flexibilização dos deveres parentais. As Fraser Guidelines desenvolvem um pouco mais os critérios do teste de Lorde Scarman e exigem, para a prática do ato, que reste demonstrado a presença dos critérios acima mencionados do voto do Lorde Fraser.[61]

Após a análise do caso concreto, os juízes concluíram que o "direito dos pais em controlar uma criança deriva dos deveres parentais com o intuito de a proteger e a beneficiar e que a duração de tal dever não deveria estar atrelada à idade, mas sim ao grau de inteligência e compreensão para tomar por si aquela decisão."[62]

No que diz respeito aos tratamentos previstos na Resolução nº 2.265/2019 do Conselho Federal de Medicina (CFM)[63] para crianças e adolescentes, importante destacar a necessidade da atenção à escolha do paciente, considerando-a na medida de capacidade de decisão individual, com base no domínio de diversas habilidades, entre as quais o envolvimento com o assunto, a compreensão das alternativas e a possibilidade de comunicação de sua preferência.

O exercício do poder familiar nessa situação não pode ser exercido de maneira absoluta, de forma que os responsáveis por crianças e adolescentes transgênero não possam tomar decisões isoladamente, sem a participação do paciente, sob o argumento de que esses não pos-

---

[61] SILLMANN, Marina Cordeiro Matos. **Recusa de tratamento médico por crianças e por adolescentes**. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós Graduação em Direito. p.91.

[62] SILLMANN, Marina Cordeiro Matos. **Recusa de tratamento médico por crianças e por adolescentes**. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós Graduação em Direito. p.90.

[63] BRASIL. Portaria nº 2.803, de 19 de novembro de 2013. **Redefine e amplia o Processo Transexualizador no Sistema Único de Saúde (SUS**). [Disponível em bvsms.saude.gov.br] Acesso em 24 de abril de 2020.

suem a capacidade necessária para tanto.

Para a obtenção do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE) onde o paciente é criança ou adolescente, Marina Silmmann[64] destaca a necessidade de se ter atenção as peculiaridades inerentes à pessoa em desenvolvimento:

> O consentimento informado, via de regra, deve ser fornecido por alguém capaz e informado, sendo um ato voluntário. Para os adultos, a presença de tais requisitos é presumida. Por outro lado, a codificação civilista brasileira entende que menores de dezoito anos não têm capacidade para fornecer esse consentimento. Contudo, essa presunção legal não se mostra compatível com a realidade, devendo ser apresentadas possibilidades de exceção para o fornecimento do consentimento por menores de idade, a partir de um critério dinâmico de capacidade, moldado a partir da situação concreta.

O Conselho Federal de Medina (CFM)[65], por meio do Termo de Assentimento, garante à crianças, adolescentes e pessoas que, mesmo com deficiência de ordem física ou mental, o direito à informação e participação acerca dos tratamentos que lhe são ofertados. Assim, esses pacientes, em conjunto com seu representante legal, podem, de forma autônoma e livre, no limite de suas capacidades, anuir aos procedimentos médicos que lhe são indicados ou deles discordar.

Assim, tem-se que, no que diz respeito à obtenção do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido para o tratamento de crianças e adolescentes transgêneros, assim como em outras situações, a questão da capacidade civil não pode ser considerada apenas sob o viés do Código Civil Brasileiro, mas sim do ordenamento jurídico como um todo, pois, em diversos pontos percebe-se que a necessidade de análise da capacidade progressiva para consentir ou não com a realização de determinado tratamento médico.

3. DISCURSOS PATOLOGIZANTES IMPLÍCITOS EM

---

[64] SILLMANN, Marina Cordeiro Matos. **Recusa de tratamento médico por crianças e por adolescentes**. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós Graduação em Direito. p.106.

[65] BRASIL. Recomendação nº 1 de 21 de janeiro de 2016. **Dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica.** [Disponível em: portal.cfm.org.br] Acesso em: 08 de junho de 2020.

DECISÕES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na análise de Recursos Especiais e de pedidos de Homologação de Sentença Estrangeira, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) reconheceu o direito de transexuais alterarem seu prenome e gênero junto ao registro de nascimento, todavia, em analise detida das decisões, percebe-se um discurso implícito que reafirma a patologização da transexualidade. Diante de tal fato, as discussões sobre o direito dos transgêneros se ampliou e chegou ao Supremo Tribunal Federal (STF).

Em outubro de 2009, a terceira turma recursal do STJ, por unanimidade, deu provimento ao Recurso Especial nº 10008398/SP[66], onde deferiu-se a alteração de prenome e gênero do recorrente, pessoa transexual redesignada.

Nessa ocasião, a Ministra-relatora Nancy Andrighi, baseada no princípio da dignidade da pessoa humana, proferiu que:

> [...] conservar o sexo masculino no assento de nascimento do recorrente, em favor da realidade biológica e em detrimento das realidades psicológica e social, bem como morfológica, pois a aparência do transexual redesignado, em tudo se assemelha ao sexo feminino, equivaleria a manter o recorrente em estado de anomalia, deixando de reconhecer seu direito de viver dignamente [...][67]

No trecho acima destacado, percebe-se a superação de uma visão patologizante quando afirma-se que conservar o sexo masculino no assento de registro civil em detrimento de uma realidade biológica que não condiz com a psicológica, serio o "equivalente a manter o recorrente em um estado de anomalia" que não existe ou se verifica.

Lado outro, há afirmação de que "a aparência do transexual se assemelha ao sexo feminino", o que pressupõe a concepção binária de sexo, o que nas palavras de Judith Butler[68] "a hipótese de um sistema

---

[66] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Terceira turma. **Recurso Especial n. 1.008.398/SP.** Voto da Relatora, Ministra Nancy Andrighi. Brasília-DF, j. 15.10.2009c. Disponível em: [www.stj.gov.br]. Acesso em: 14 de junho de 2020.

[67]BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Terceira turma. **Recurso Especial n. 1.008.398/SP.** Voto da Relatora, Ministra Nancy Andrighi. Brasília-DF, j. 15.10.2009c. Disponível em: [www.stj.gov.br]. Acesso em: 14 de junho de 2020.

[68] JUDITH, Butler. **Problemas de Gênero**: Feminismo e subversão da identidade. 17ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019. p. 26.

binário dos gêneros encerra implicitamente a crença em uma relação mimética entre gênero e sexo, na qual gênero reflete ou é por ele restrito."

Em outra oportunidade, onde buscava-se a homologação de sentença estrangeira proferida pelo tribunal de Gênova, na Itália, onde estabeleceu-se a ratificação de prenome e sexo no registro civil após a realização de cirurgia de redesignação sexual, o então Ministro Presidente Barros Monteiro, anunciou que:

> Já na Declaração Universal dos Direitos de Homem, adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, afirmava-se que a dignidade é inerente a todos os membros da família humana. E a Constituição em vigor inclui, entre os direitos individuais, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (art. 5o X). Reside aqui o fundamento autorizador da mudança do sexo jurídico, pois, sem ela, ofendida estará a intimidade do autor, bem como sua honra. O constrangimento, a cada vez que se identifica, afastou o autor de atos absolutamente normais em qualquer indivíduo, pelo medo da chacota. A busca da felicidade, que é direito de qualquer ser humano, acabou comprometida.[69]

Na homologação da sentença estrangeira nº 01058[70], o então, Ministro Barros Monteiro, ponderou que a pretensão não ofendia a soberania, a ordem pública ou os bons costumes e, posteriormente, afirmou que "[...] uma identidade de gênero que lhe permita resolver a grave dicotomia em sua personalidade, com a possibilidade de garantir-lhe uma vida mais serena e de favorecer a sua integração social em sintonia com sua tendência natural [...]"[71], afirmação que mostra um discurso, mesmo que implícito, baseado em uma ideia patologizante acerca da transexualidade.

No ano de 2017, a quarta turma recursal do STJ, por meio

[69]BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Presidência. **Sentença Estrangeira** n. 001058. Voto do Relator, Min. Barros Monteiro. Brasília-DF, DJ 04.12.2006a. Disponível em: [www.stj.gov.br]. Acesso em: 14 de junho de 2020.

[70] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Presidência. **Sentença Estrangeira** n. 001058. Voto do Relator, Min. Barros Monteiro. Brasília-DF, DJ 04.12.2006a. Disponível em: [www.stj.gov.br]. Acesso em: 14 de junho de 2020.

[71]BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Presidência. **Sentença Estrangeira** n. 001058. Voto do Relator, Min. Barros Monteiro. Brasília-DF, DJ 04.12.2006a. Disponível em: [www.stj.gov.br]. Acesso em: 14 de junho de 2020.

da decisão proferida no julgamento do Recurso Especial nº 1.626.739/RS[72], que tinha como Relator o Ministro Luís Felipe Salomão, decidiu pelo direito dos transexuais à retificação do prenome e do sexo/gênero no registro civil a exigência de realização da cirurgia de transgenitalização.

O STF, com repercussão geral reconhecida, no julgamento da ADI 4275[73], assim como manifestado pelo STJ, entendeu que a adequação de prenome e gênero de transgêneros independe de realização de intervenção cirúrgica ou hormonal, bem como decisão judicial que autorize:

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL E REGISTRAL. PESSOA TRANSGÊNERO. ALTERAÇÃO DO PRENOME E DO SEXO NO REGISTRO CIVIL. POSSIBILIDADE. DIREITO AO NOME, AO RECONHECIMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA, À LIBERDADE PESSOAL, À HONRA E À DIGNIDADE. INEXIGIBILIDADE DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO OU DA REALIZAÇÃO DE TRATAMENTOS HORMONAIS OU PATOLOGIZANTES. 1. O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero. 2. A identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la. 3. A pessoa transgênero que comprove sua identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer por auto identificação firmada em declaração escrita desta sua vontade dispõe do direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil pela via administrativa ou judicial, independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros, por se tratar de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. 4. Ação direta

[72] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Presidência. **REsp. 1.626739-RS.** Relator, Min. Luis Felipe Salomão, por maioria, julgado em 9/5/2017, DJe 1/8/2017. Disponível em: [www.stj.gov.br]. Acesso em: 14 de junho de 2020.

[73] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Presidência. **ADI 4.275.** Relator, Min. Marco Aurélio. Julgado em 1/03/2018, DJe 7/03/2019. Disponível em: [jurisprudencia.stf.jus.br]. Acesso em: 14 de junho de 2020.

julgada procedente. [74]

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), adequando-se aos parâmetros das decisões proferidas pelo STJ e STF, elaborou o provimento nº 73 de 28 de julho de 2018[75], que trata da averbação nos assentos de nascimento e casamento das alterações perpetradas pelos transgêneros.

Percebe-se a evolução no entendimento dos tribunais brasileiros no que diz respeito a aos direitos dos transgêneros, em especial dos transexuais, iniciando-se um caminho de superação da visão assimétrica de mundo. Assim, nota-se um início ao questionamento quanto ao binarismo de gênero por meio interpretações reconstrutivas que buscam ver o ser humano a partir de suas singularidades e auto percepção, e não mais por meio de visões pré-determinadas socialmente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, no hodierno contexto social, a crítica que se faz é na perspectiva de desinvisibilizar as pessoas transgêneras e reconhecê-las como sujeitas de direito, as quais possuem autonomia e liberdade para fazerem as suas escolhas em seus processos de autoconstrução.

Salienta-se que a incongruência de gênero pode ser identificada ainda na infância, por esse motivo, promover a assistência adequada, através de um amplo acesso aos procedimentos transexualizadores pelo Sistema Único de Saúde representa uma perspectiva eficaz para propiciar o pleno desenvolvimento identitário dessas pessoas. Para tanto, nota-se a necessidade de alinhar as disposições legais de forma a possibilitar o exercício prático dos direitos das pessoas trans, dentre eles: autonomia, liberdade e dignidade.

No caso de crianças e adolescentes transgêneros que desejarem se submeterem a tratamentos transexualizadores, se utilizar como pressuposto o Código Civil isoladamente, tem-se que elas não são capazes de decidir, por si só, quanto a realização do tratamento. Todavia,

---

[74] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Presidência. **ADI 4.275.** Relator, Min. Marco Aurélio. Julgado em 1/03/2018, DJe 7/03/2019. Disponível em: [jurisprudencia.stf.jus.br]. Acesso em: 14 de junho de 2020.

[75] BRASIL, Conselho Nacional de justiça. Provimento nº 73. Dispõe sobre a averbação da alteração do prenome e do gênero nos assentos de nascimento e casamento de pessoa transgênerono Registro Civil das Pessoas Naturais (RCPN). Disponível em: [www.cnj.jus.br]. Acesso em: 14 de junho de 2020.

ao atentar-se ao ordenamento jurídico como um todo, crianças e adolescentes são sujeitos ativos de direito e, dentro de sua capacidade progressiva, devem ser incentivados a participarem das escolhas que geram impacto direto em seu desenvolvimento.

Importante trazer à baila, o movimento dos Tribunais Superiores no sentido de reconhecimento das pessoas transgênero que, ao decidirem pela possibilidade de alteração do prenome e gênero/sexo no registro de nascimento independente de autorização judicial ou intervenção cirúrgica ou hormonal, afirma-se a identidade de gênero como um direito da personalidade e, como tal, merece guarida por parte do ordenamento jurídico.

Faz-se necessário, portanto, dispensar maior atenção aos elementos necessários à efetivação do reconhecimento das pessoas transgêneras, embora as evidências agora estejam claras de que a transexualidade não é um transtorno mental e, de fato, assim classificá-la causa enorme estigma para à essas pessoas, ainda existem questões que precisam ser solucionadas para a efetivação de seus direitos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto nº 99.710 de 21 de novembro de 1990. **Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança**. [Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm.] Acesso em 08 de junho de 2020.

BRASIL, Conselho Nacional de justiça. Provimento nº 73. **Dispõe sobre a averbação da alteração do prenome e do gênero nos assentos de nascimento e casamento de pessoa transgênero. Registro Civil das Pessoas Naturais (RCPN)**. Disponível em: [www.cnj.jus.br]. Acesso em: 14 de junho de 2020.

BRASIL. Lei nº 3.268 de 30 de setembro de 1.957. **Dispõe sobre os Conselhos de Medicina e dá providências**. [Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3268.htm.] Acesso em: 27 de abril de 2020.

BRASIL. Lei 8.069 de 13 de julho de 1.990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. [Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm.] Acesso em 08 de junho de 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**.

Diário Oficial da União, Brasília, 11 jan. 2002. [Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>.] Acesso em: 26 de abril de 2020.

BRASIL. Portaria nº 2.803, de 19 de novembro de 2013. **Redefine e amplia o Processo Transexualizador no Sistema Único de Saúde (SUS)**. [Disponível em http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt2803_19_11_2013.html. Acesso em 24 de abril de 2020.

BRASIL. Recomendação nº 1 de 21 de janeiro de 2016. **Dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica.** [Disponível em: https://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/1_2016.pdf.] Acesso em: 08 de junho de 2020.

BRASIL. Resolução nº 2.265, de 20 de setembro de 2019. **Dispõe sobre o cuidado específico à pessoa com incongruência de gênero ou transgênero e revoga a Resolução CFM nº 1.955/2010.** [Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2019/2265] Acesso em 24 de março de 2020.

BRASIL. Sociedade Brasileira de Endocrinologia e Metabologia. **Resolução do CFM e Incongruência de Gênero.** [Disponível em: https://www.endocrino.org.br/resolucao-do-cfm-e-incongruencia-de-genero/.] Acesso em 26 de abril de 2020.

BRASIL. **Convenção Sobre os Direitos das Crianças**. Estabelece critérios globais para a proteção de crianças e adolescentes, foi adotada pela Assembleia Geral da ONU em 20 de novembro de 1989. Entrou em vigor em 2 de setembro de 1990. É o instrumento de direitos humanos mais aceito na história universal. Foi ratificado por 196 países. Somente os Estados Unidos não ratificaram a Convenção. [Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-criança.] Acesso em: 08 de junho de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Presidência. **ADI 4.275.** Relator, Min. Marco Aurélio. Julgado em 1/03/2018, DJe 7/03/2019. Disponível em: [jurisprudencia.stf.jus.br]. Acesso em: 14 de junho de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Presidência. **REsp. 1.626739-RS.** Relator, Min. Luis Felipe Salomão, por maioria, julgado em 9/5/2017, DJe 1/8/2017. Disponível em: [www.stj.gov.br]. Acesso em: 14 de junho de 2020.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Terceira turma. **REsp. 1.008.398/**

SP**.** Voto da Relatora, Ministra Nancy Andrighi. Brasília-DF, j. 15.10.2009c. Disponível em: [www.stj.gov.br]. Acesso em: 14 de junho de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Presidência. **Sentença Estrangeira** n. 001058. Voto do Relator, Min. Barros Monteiro. Brasília-DF, DJ 04.12.2006a. Disponível em: [www.stj.gov.br]. Acesso em: 14 de junho de 2020.

BRASIL. **OMS retira a homossexualidade da lista de doenças mentais**. [Disponível em: http://opiniaoenoticia.com.br/vida/comportamento/oms-retira-homossexualidade-da-lista-de-doencas-mentais/] Acesso em: 28 de maio de 2020.

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 3. ed. rev. ampl. E atual. Salvador, Juspodium, 2016.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática.** 4 ed. rev. e atual.- Belo Horizonte: Del Rey, 2013. 278 p.

JUDITH, Butler. **Problemas de Gênero**: Feminismo e subversão da identidade. 17ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019.

MENEZES, Joyceane Bezerra de & CASTRO E LINS, Ana Paola de. **"Identidade de gênero e transexualidade no direito brasileiro**". Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, v. 17, jul./set. 2018, pp. 17-41. [Disponível em: https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/269/227.] Acesso em 26 de abril de 2020.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. RAWICZ, Luciana Araújo. MORAES, Vivian Lacerda**. A influência do ambiente hospitalar sobre as autonomias de pacientes e de profissionais da saúde**. IN: Maria de Fátima Freire de Sá; Bruno Torquato de Oliveira Naves; Iara Antunes de Souza. (Org.). Direito e Medicina: autonomia e vulnerabilidade em ambiente hospitalar. 1ed.Indaiatuba, São Paulo: Foco Jurídico, 2018, v. 1.

NASCIMENTO, Fernanda Karla.**Crianças e adolescentes transexuais brasileiros: atributos associados à qualidade de vida**. Dissertação de Mestrado, apresentada à Escola de Enfermagem de Ribeirão Preto/USP. Área de concentração: Enfermagem em Saúde Pública.

NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto; FERREIRA, Paula Camila Veiga. **A opção pelo uso e a autorização para produção e fornecimento de fosfoetanolamina sintética**. Revista Eletrônica de Direito do Centro Uni-

versitário Newton Paiva, Belo Horizonte, n.35, p.57-72, mai./ago. 2018.

POMPEU, Renata Guimarães. **Autonomia Privada na relação contratual** – Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Saúde, corpo e autonomia privada**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **A travessia da mulher na pós-modernidade: da superação de vulnerabilidade à afirmação de uma pauta positiva de emancipação**. Revista de Ciências Jurídicas – Pensar, Fortaleza, v. 23, p. 1-20, jul. /set. 2018.

RÖDER, M. et al. **Health-related quality of life in transgender adolescents**: Associations with body image and emotional and behavioral problems. InternationalJournalofTransgenderism, v.19, n.1, p. 78-91, 2018. [Disponível em: < https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/15532739.2018.1425649>] Acesso em: 5 Fev. 2019

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira**. Manual de Biodireito**. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

SILVA, Jéssica de Paula Bueno. **O reconhecimento das pessoas trans** [manuscrito]: uma análise do poder de emancipação ou institucionalização do direito sob a perspectiva de Axel Honneth /Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Ouro Preto. Escola de Direito, Turismo e Museologia. Departamento de Direito. Programa de Pós-Graduação Novos Direitos, Novos Sujeitos.

SILLMANN, Marina Cordeiro Matos. **A relação bioética e jurídica entre o pediatra, a criança e a sua família**. Revista Educação, Meio Ambiente e Saúde. v.9, n º 3, p. 80 – 88. 2019. [Disponível em: http://www.faculdadedofuturo.edu.br/revista1/index.php/remas/article/view/234/0.] Acesso em: 27 de maio de 2020.

SILLMANN, Marina Cordeiro Matos. SÁ, Maria de Fátima Freire de. **A recusa de tratamento médico por crianças e adolescentes**: uma análise a partir da competência de Gillick. Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva. V. I, nº 2, 2015.

SILLMANN, Marina Cordeiro Matos. **Recusa de tratamento médico por crianças e por adolescentes**. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós Graduação em Direito.

SOUZA, Iara Antunes de. **Estatuto da pessoa com deficiência**: curatela e saúde mental – Conforme a Lei: 13.146/2015- Estatuto da Pessoa com

Deficiência/ 13.105/2015- Novo Código Processo Civil. Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2016.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. CID -11: **Classificação das doenças para mapear a maneira como vivemos e morremos**. [Disponível em: https://www.who.int/health-topics/international-classification-of-diseases.] Acesso em: 24 de março de 2020.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Constitution of the World Health Organization**. Geneva: World Health Organization, 1946.

NOTAS SOBRE A CRIOGENIA HUMANA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA[1]

Fabrício Manoel Oliveira[2]
Fernanda Marinho Antunes de Carvalho[3]
Giuliana Alves Ferreira de Rezende[4]

Resumo: Os avanços tecnológicos, aliados ao desejo de superação biológica da morte, ensaiam a utilização da criogenia para viabilizar o congelamento de corpos humanos, em preparo para um futuro no qual seja possível reavivá-los sem dano. Apesar da inexistência de normas que regulem especificamente a criogenia, propõe-se no presente trabalho escrevinhar os contornos jurídicos da questão, especialmente no que tange ao "direito ao cadáver" como um direito da personalidade e sua relação com o exercício da autonomia privada. Em pesquisa jurisprudencial, com base em termos correlatos à "criogenia", identificou-se uma única decisão, na qual o Superior Tribunal de Justiça deparou-se com essas questões na apreciação do Recurso Especial nº 1.693.718/RJ, quando foi chamado a definir sobre o envio do cadáver do pai das partes para a realização de procedimento de criogenia nos Estados Unidos, conforme disposição de última vontade. Conclui-se, em consonância com o decidido pelo STJ, pela necessária proteção à autonomia da vontade e consequente observância das disposições de última vontade, ainda que não escritas, por se tratar de exercício de direito da personalidade, não

[1] Pesquisa financiada pelo CNPq.

[2] Mestrando em Direito Civil pela Faculdade de Direito da UFMG, com bolsa CNPq. Integrante do Grupo de Estudos Sobre Pessoa, Autonomia e Responsabilidade (GPAR) da Faculdade de Direito da UFMG.

[3] Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Integrante do GPAR: Grupo de Estudos Pessoa, Autonomia e Responsabilidade da Faculdade de Direito da UFMG.

[4] Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Integrante do GPAR: Grupo de Estudos Pessoa, Autonomia e Responsabilidade da Faculdade de Direito da UFMG. Estagiária e Diretora-Adjunta da Divisão de Assistência Judiciária da UFMG.

comportando limitação pela vontade de terceiro(s).

Palavras-chave: Criogenia; Direitos da Personalidade; Superior Tribunal de Justiça.

INTRODUÇÃO

O (breve) interregno de uma vida humana, geralmente de algumas décadas, é incapaz de nos mostrar todas as potencialidades e possibilidades ofertadas pelo mundo e pela própria condição humana, pelas interações e não interações com o meio e com os outros, bem como pelos processos históricos que nos orbitam.

O conhecimento da finitude biológica da vida, capaz de mobilizar volumoso contingente enérgico nas pessoas[5], apresenta-se de forma heteróclita: de certa forma, causa (ou já causou em algum momento) pesar e desespero, um sentimento de desconsolo pela nossa datação, ao passo que, por outro lado, também proporciona substrato simbólico para que aprendamos a lidar com fenômenos (dos mais diversos) da melhor forma possível, isto é, tentando usufruir de modo satisfatório do tempo que ainda nos resta.

Nas palavras de Rafael E. Aguilera Portales e Joaquín González Cruz, a morte é desordem, mas também é ordem. É ponto de chegada, mas também de partida. Uma diluição do homem no campo do desconhecido[6].

Toda essa zona de penumbra e incerteza, contudo, propicia o surgimento de tentativas variadas de se vencer os limites físicos e biológicos de nosso corpo[7], notadamente por meio da transformação e do aprimoramento de nossas dinâmicas e processos mentais e corpóreos.

A partir das últimas décadas do século XX, no entanto, os

---

[5] COELHO, Francisco José Figueiredo; FALCÃO, Eliane Brígida Morais. **Ensino Científico e Representações Sociais da Morte Humana**. Revista Iberoamericana de Educación. Vol. 39, Número 3, 2006. Disponível em: <https://rieoei.org/RIE/article/view/2572>. Acesso em: 13.03.2020, p. 1-4.

[6] PORTALES, Rafael E. Aguilera; CRUZ, Joaquín González. **La muerte como límite antropológico. El problema del sentido de la existencia humana**. Gazeta de Antropología. Número 25/2. Artículo 56, 2009. Disponível em: <https://digibug.ugr.es/handle/10481/6903>. Acesso em: 13.03.2020, p. 1-4.

[7] MAIA, José Jerónimo Machadinha. **A Nossa Natureza (Trans)Humana**. Mátria Digital. Número 3. Novembro 2015/Outubro 2016, p. 1-30.

avanços da tecnologia e o progresso científico alcançaram um patamar até então tido como fictício: a viabilidade do congelamento do corpo humano para que, no futuro, com o constante desenvolvimento dos aparatos tecnológicos, possa ser possível revivê-lo, fazendo com que a pessoa volte à vida.

Conforme aduzem Ana Virgínia Gabrich Fonseca Freire Ramos e Luíza Machado Farhat Benedito, se a técnica de criopreservação permitirá a reanimação de pessoas, isto a ciência contemporânea ainda não é capaz de responder[1], todavia, é de se observar que a cada ano (novos) avanços e (re)invenções parecem deixar mais plausível essa ideia. O desejo de superar biologicamente a morte, mais do que nunca, começa a pedir passagem.

Diante disso, o presente trabalho, a partir de uma metodologia jurídico descritiva-exploratória, o raciocínio dedutivo e o método teórico-jurisprudencial, pretende investigar quais os contornos jurídicos que se dá ao processo criogênico no ordenamento brasileiro, especialmente no que cinge ao "direito ao cadáver" como um direito de personalidade e sua relação com o exercício da autonomia privada, com enfoque na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto, empresa que se justifica ante a necessidade de o Direito estar em consonância com uma realidade que se encontra em constante mudança, tanto por avanços científicos quanto tecnológicos. Para tanto, ele é dividido em três partes: na primeira estudar-se-á a criogenia como processo científico; na segunda estudar-se-á os contornos de tal dinâmica à luz dos direitos da personalidade no ordenamento nacional; e, por fim, estudar-se-á a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça envolvendo a temática, analisando-se a granularidade do(s) caso(s) concreto(s) e a (in)corretude do posicionamento da Corte à luz das regras e princípios da dogmática civilística.

1 CONSIDERAÇÕES SOBRE O PROCESSO

[1] RAMOS, Ana Virgínia Gabrich Fonseca Freire; BENEDITO, Luíza Machado Farhat. **De Frankenstein à Criogenia: Dando Vida à Corpos Inanimados**. Revista de Direito de Família e Sucessões. Goiânia. V. 5, nº 1, jan/jun 2019, p. 21-24. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/direitofamilia/article/view/5460>. Acesso em: 13.03.2020.

CRIOGÊNICO HUMANO

A criogenia pode ser definida como o ramo da física-química que trata da produção e dos efeitos que eclodem em materiais quando de sua submissão à temperaturas extremamente baixas, o que se dá através de processos científicos específicos[2].

Em baixas temperaturas, que inexistem naturalmente, certas propriedades se modificam, o que proporciona uma vasta aplicabilidade de tal técnica, especialmente em processos industriais, nas ciências espaciais, na eletrônica e, até mesmo, nas ciências biológicas e na agricultura[3].

Em se tratando de ciências biológicas, a criogenia vem sendo utilizada, a partir das últimas décadas do século XX, como dito outrora, para viabilizar o congelamento de corpos humanos, com viso que, futuramente, com o progressivo desenvolvimento da tecnologia científica, seja possível trazê-lo de volta à vida.

Denominado criônica, esse processo, simplificadamente, envolve a injeção de substâncias químicas conservatórias no corpo humano, com sua consequente submissão a uma cápsula hermeticamente fechada, geralmente composta por nitrogênio líquido, que alcança temperaturas de cerca de - 130 Cº. Ele permanece, então, ligado à máquinas de controle, recebendo oxigenação e realizando processos de circulação de fluídos internos[4].

Para Benjamin P. Best, a criônica se justifica por quatro fundamentos principais: o processo de congelamento pode retardar o metabolismo e impedir mudanças bioquímicas por séculos; a formação de

---

[2] ZOHURI, Bahman. **Physics of Cryogenics**: An Ultralow Temperature Phenomenon. Cambridge: Elsevier, 2018, p. 1-8.

[3] LEBRUN, Ph. **An Introduction to Cryogenics**. European Organization for Nuclear Research. Laboratory for Particle Physics. Geneva: CERN, Accelerator Technology Department, 2007. Disponível em: <http://cds.cern.ch/record/1012032/files/at-2007-001.pdf?version=1>. Acesso em: 14.03.2020, p. 1-4.

[4] De acordo com Benjamin P. Best, atualmente o intuito principal da criônica é preservar a estrutura cerebral do corpo humano. Outros órgãos e demais tecidos são, de certa forma, considerados secundários no processo de congelamento, uma vez que se acredita que, futuramente, órgãos artificiais e tecnologias de reparo molecular serão capazes de suprimir eventuais danos conservatórios decorrentes desse procedimento. BEST, Benjamin P.. **Scientific Justification of Cryonics Practice**. Rejuvenation Research. Vol. 11, nº 2, 2008. Disponível em: < https://www.liebertpub.com/doi/pdf/10.1089/rej.2008.0661>. Acesso em: 14.03.2020, p. 1-11.

partículas de gelo no corpo humano pode ser repelida por processos científicos específicos; a morte é um processo, e não um evento único, e por isso mesmo leva mais tempo para ocorrer do que comezinhamente se acredita; e, por fim, os danos eventualmente ocasionados no processo criogênico, no futuro, poderão ser reversíveis[5].

Com efeito, todos esses fatores, somados ao (indômito) desejo de perenidade biológica, de ultrapassagem da barreira do desconhecido, pululam na sociedade moderna e trazem inúmeros questionamentos[6], mas poucas respostas. O principal deles, se realmente conseguiremos reviver pessoas humanas, segue nos atormentado, mas ao mesmo tempo fornecendo insumos e nos instigando para que novos paradigmas científicos sejam alcançados.

2 DIREITOS DA PERSONALIDADE E CRIOGENIA NO DIREITO BRASILEIRO

É bem verdade que em nosso ordenamento jurídico não existem disposições específicas que tratem da criogenia. Pode-se, entretanto, proceder à análise do direito ao corpo ou, ainda, ao cadáver. Em relação ao direito ao corpo, a Constituição Federal reconhece o direito do ser humano à integridade psicofísica, por exemplo, por intermédio do art. 5, inciso XLIX, que garante aos presos o respeito à integridade física e moral. A sua proteção foi, também, objeto de tutela pelo Código Civil que, em seu artigo 13, dispõe que "salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes." Na mes-

[5] BEST, Benjamin P.. **Scientific Justification of Cryonics Practice**. Rejuvenation Research. Vol. 11, nº 2, 2008. Disponível em: < https://www.liebertpub.com/doi/pdf/10.1089/rej.2008.0661>. Acesso em: 14.03.2020, p. 1-11.

[6] Para indagações acerca do procedimento e suas consequências, cf. MILLER, John A.; SLESNICK, Irwin L.. **Difficult Decisions**: Human Cryonics. The Science Teacher. Vol. 55, nº 3, 1988. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/24142800?seq=1#metadata_info_tab_contents>. Acesso em: 14.03.2020, p. 34-36; e RAMOS, Ana Virgínia Gabrich Fonseca Freire; BENEDITO, Luíza Machado Farhat. **De Frankenstein à Criogenia: Dando Vida à Corpos Inanimados**. Revista de Direito de Família e Sucessões. Goiânia. V. 5, nº 1, jan/jun 2019, p. 21-24. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/direitofamilia/article/view/5460>. Acesso em: 13.03.2020.

ma linha, o artigo 15 determina que "ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica". Os referidos dispositivos encontram-se no capítulo destinado aos "direitos da personalidade" que, portanto, assumem posição central em meio às discussões acerca da prática da criogenia.

À parte dos direitos que se traduzem em uma expressão pecuniária, o indivíduo é ainda sujeito de relações jurídicas que, embora despidas de expressão econômica intrínseca, representam para o seu titular um alto valor[7]. Aí residem os chamados direitos da personalidade, direitos que dignificam o homem, que é, então, protegido em sua essência. Após codificações que reduziam o direito civil à ideia de um direito "disponível", tem-se uma codificação que deixa de ter perfil essencialmente patrimonial, de modo que, em 2002, o nosso Código Civil passa a proteger direitos que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais. Constituem direitos inerentes à pessoa, em suas projeções física, mental e moral tais como o direito à honra, à vida, à intimidade, à integridade física ou, ainda, à autodeterminação corporal.

Nesse sentido, afirma Anderson Schreiber que:

> O corpo deixa de ser visto, nesse sentido, como instrumento de interesses institucionais da Igreja, do Estado ou da família, pretensamente superiores àqueles do seu titular. O corpo reencontra-se com a pessoa humana, para se tornar instrumento da realização do seu próprio projeto pessoal de vida, a salvo de "intervenções forçadas" de quem quer que seja[8].

A proteção ao corpo, entretanto, não cessa com a morte. Os direitos da personalidade projetam-se para além do falecimento do sujeito e, em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em li-

---

[7] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil e Teoria Geral do Direito Civil. 27.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014, p. 46

[8] SCHREIBER, Anderson. **O caso da criogenia**: direito ao cadáver e tutela post mortem da autodeterminação corporal. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/o-caso-da-criogenia-direito-ao-cadaver-e-tutela-post-mortem-da-autodeterminacao-corporal/18341>. Acesso em: 16 mar. 2020.

nha reta, ou colateral até o quarto grau[9]. E é sob a ótica do referido artigo que via de regra deve ser interpretada a expressão "direito ao cadáver", no direito de cada ser humano de determinar o destino que reservará ao seu corpo após seu falecimento e de ter essa destinação respeitada mesmo depois do seu óbito[10]. O "cadáver", de acordo com Anderson Schreiber, ingressou no campo jurídico por meio do direito penal, que até hoje tipifica condutas como sua destruição, subtração, ocultação e vilipêndio. No campo civilista, a discussão tange a natureza jurídica do cadáver, que por alguns é até mesmo qualificado como coisa ou como bem, qualificação negada por outros[11]. Antonio Chaves o define como "objeto de um direito privado não patrimonial, de origem consuetudinária, e que tem por conteúdo a faculdade de determinar o modo e a forma de seu destino normal", destino esse que, conforme dispõe o Código Civil, consistiria em um "direito familiar, que corresponde aos parentes do defunto em razão do sentimento de piedade que os liga à pessoa falecida."[12]

O artigo 14 do referido código, ainda, determina ser válida a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte. Parece claro portanto que, havendo disposição do falecido, deverá ser respeitado o seu direito de determinar a destinação de seu corpo. Na sua ausência, entretanto, é que restarão as diversas discussões acerca do tema.

---

[9] Cf. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, arts 12, parágrafo único.

[10] SCHREIBER, Anderson. **O caso da criogenia**: direito ao cadáver e tutela post mortem da autodeterminação corporal. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/o-caso-da-criogenia-direito-ao-cadaver-e-tutela-post-mortem-da-autodeterminacao-corporal/18341>. Acesso em: 16 mar. 2020.

[11] SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil:** da erosão dos filtros à diluição dos danos. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 49.

[12] CHAVES, Antonio. Direitos à vida, ao próprio corpo e às partes do mesmo. **Estudos de direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 185-186.

3 A CRIOGENIA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3.1 METODOLOGIA

Por se tratar de um tema extremamente recente e complexo, justifica-se pesquisa jurisprudencial que verifique como tem se posicionado o Superior Tribunal de Justiça a respeito da matéria.

Em sendo assim, através de uma metodologia de investigação jurisprudencial, a pesquisa foi realizada com base nas seguintes palavras-chave: "criônica", "criogenia", "criogenia humana", "crioconservação", "criopreservação" e "congelamento do corpo", busca que se deu sem a inserção de qualquer marcador temporal

3.2 RESULTADOS ENCONTRADOS

Após a aplicação da referida métrica, apenas um único resultado foi encontrado, o qual trata especificamente da temática. O Recurso Especial nº 1.693.718/RJ tem como plano de fundo discussão travada entre três irmãs maternas acerca da destinação do corpo de seu genitor, que atualmente se encontra em processo criogênico nos Estados Unidos.

3.2.1 Dissecação e Reflexões sobre os Resultados Encontrados

O caso trata-se de ação ordinária (com pedido liminar) ajuizada por Carmen Silvia Monteiro Trois e Denise Nazaré Bastos Monteiro em face de Lígia Cristina de Mello Monteiro, todas filhas de Luiz Felippe Dias de Andrade Monteiro.

Em apertada síntese, as duas primeiras, residentes no Rio Grande do Sul, narram que o genitor da família falecera no início do ano de 2012 no Rio de Janeiro, local em que morava com a terceira. No entanto, relatam que além de não terem sido diretamente comunicadas do óbito, foram surpreendidas com o fato de o corpo estar sendo preparado para ser enviado aos Estados Unidos, no intuito de que permanecesse

em processo criogênico.

Diante disso, solicitaram a tutela jurisdicional para, liminarmente, (i) suspender qualquer tipo de translado do corpo para o aludido país, bem como para que (ii) fosse autorizado o seu sepultamento em território nacional. No mérito, além da confirmação da antecipação de tutela, pleitearam (iii) danos morais por toda a situação vivenciada.

Na análise do pedido liminar, o juiz vetou o envio do corpo para os Estados Unidos, mas indeferiu momentaneamente o pedido de realização de seu sepultamento.

Em sentença, proferida poucos dias depois, deliberou por (a) impedir o translado do corpo e (b) autorizar o sepultamento requerido por Carmen Silvia Monteiro Trois e Denise Nazaré Bastos Monteiro.

Inconformada, Lígia Cristina de Mello Monteiro apresentou recurso de apelação ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, o qual lhe deu provimento para determinar a realização da criogenia do corpo do genitor. Para tanto, a Corte buscou investigar a real vontade do falecido, chegando à conclusão de que possuía o desejo de ter seu corpo congelado após a morte. Reconheceu, não é despiciendo mencionar, a inexistência de previsão legal sobre a matéria, valendo-se, pois, da aplicação analógica das disposições existentes sobre cremação, a qual não demanda forma especial para a manifestação de vontade[13]. O acórdão

[13] O interesse na cremação, com efeito, não carece de nenhum tipo de registro formal ou cartorário, basta que haja prévia manifestação da pessoa, na forma do artigo 77 § 2º da Lei de Registros Públicos: "Art. 77. Nenhum sepultamento será feito sem certidão do oficial de registro do lugar do falecimento ou do lugar de residência do de cujus, quando o falecimento ocorrer em local diverso do seu domicílio, extraída após a lavratura do assento de óbito, em vista do atestado de médico, se houver no lugar, ou em caso contrário, de duas pessoas qualificadas que tiverem presenciado ou verificado a morte (Redação dada pela Lei nº 13.484, de 2017). § 1º Antes de proceder ao assento de óbito de criança de menos de 1 (um) ano, o oficial verificará se houve registro de nascimento, que, em caso de falta, será previamente feito (Redação dada pela Lei nº 6.216, de 1975). § 2º A cremação de cadáver somente será feita daquele que houver manifestado a vontade de ser incinerado ou no interesse da saúde pública e se o atestado de óbito houver sido firmado por 2 (dois) médicos ou por 1 (um) médico legista e, no caso de morte violenta, depois de autorizada pela autoridade judiciária (Incluído pela Lei nº 6.216, de 1975)". BRASIL. **Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%206.015%2C%20DE%2031%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201973.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20os%20registros%20p%C3%BAblicos%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAncias.>. Acesso em: 12.03.2020.

teve a seguinte ementa:

> CRIOGENIA. DESTINAÇÃO DE RESTOS MORTAIS. DISPOSIÇÃO DE ÚLTIMA VONTADE. INEXISTÊNCIA DE TESTAMENTO OU CODICILO. DIREITO DA PERSONALIDADE. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. AUSÊNCIA DE CONSENSO ENTRE AS LITIGANTES. PROVA DOCUMENTAL ROBUSTA, QUE DEMONSTRA QUE O DE CUJUS DESEJAVA VER O SEU CORPO SUBMETIDO AO PROCEDIMENTO DA CRIOGENIA. 1. A criogenia ou criopreservação consiste na preservação de cadáveres humanos em baixas temperaturas para eventual e futura reanimação e se insere dentre os avanços científicos que deram nova roupagem à ciência, rompendo com antigos paradigmas sociais, religiosos e morais. 2. Disputa acerca da destinação dos restos mortais do pai das litigantes, cujo desate não consiste na unificação da vontade das partes, mas sim na perquirição da real vontade do falecido. 3. Disposição de última vontade quanto à destinação de seu cadáver, que recai no rol dos direitos da personalidade constitucionalmente assegurados. Inexistência de testamento ou codicilo que não deve inviabilizar o cumprimento dos seus desígnios, sob pena de afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana. 4. Em que pese a solenidade e o conservadorismo do direito sucessório pátrio, são reconhecidas formas excepcionais de testamento, como o particular, nuncupativo, marítimo e aeronáutico que prescindem das formalidades ordinárias e visam impedir que o indivíduo venha a falecer sem fazer prevalecer sua derradeira vontade. 5. Os elementos constantes dos autos, em especial a prova documental, demonstram de forma inequívoca o desejo do falecido de ter o seu corpo congelado após a sua morte. 6. Inafastável a aptidão da parenta mais próxima do falecido, com quem mantinha relação de afeto e confiança incondicionais, no caso, sua filha Lygia, para dizer sobre o melhor destino dos restos mortais, ou seja, aquele que melhor traduz suas convicções e desejos à época de seu óbito. 7. Ausência de previsão legal acerca do tema — criogenia — que, na forma do art. 4º da LICC, autoriza a aplicação analógica das disposições existentes acerca da cremação, para a qual a Lei de Registros Públicos não estabeleceu forma especial para a ma-

> nifestação de vontade. Precedentes deste Egrégio Tribunal. 8. Inexistência de paradigma jurisprudencial que não inviabiliza a pretensão diante da ausência de vedação legal e da demonstração de ser esta a disposição de última vontade do *de cujus*. Recurso provido[14].

Após a publicação da decisão, o corpo do *de cujus,* que estava em uma clínica especializada no Rio de Janeiro, foi finalmente enviado aos Estados Unidos.

Diante desse cenário, Carmen Silvia Monteiro Trois e Denise Nazaré Bastos Monteiro apresentaram embargos infringentes, que foram acolhidos pelo Poder Judiciário, reformando a decisão anterior. Decretou-se, pois, o sepultamento do corpo de Luiz Felippe Dias de Andrade Monteiro. O acórdão teve a seguinte ementa:

> EMBARGOS INFRINGENTES – CRIOGENIA – ANALOGIA LEI Nº 6.015 – DECLARAÇÃO DE VONTADE – INEXISTÊNCIA – CHANCE DE CURA – AUSÊNCIA DE INDÍCIOS – FORMA E LOCAL DE SEPULTAMENTO – DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. I- O direito de dispor do corpo "após a morte" é um direito da personalidade, e por isto inerente a seu titular. II- O direito não pode ficar alheio aos avanços da ciência, a se permitir a disposição do corpo de forma diversa das usuais e típicas. III- "Criogenia ou criopreservação consistente na preservação de cadáveres humanos em baixas temperaturas para eventual e futura reanimação e insere-se dentre os avanços científicos que deram nova roupagem a ciência e medicina, rompendo com antigos paradigmas sociais, religiosos e morais." (Apelação Cível n. 0057606-61.2012.8.19.0001, Rel. Des. Flávia Resende, pág. 507/525). IV- Inexistindo regulamentação quanto a outras formas de sepultamento, deve-se aplicar, por analogia, a norma da Lei nº 6.015, que permite a cremação, mediante autorização expressa da pessoa interessada. V - Impossibilidade de se substituir a manifestação de vontade do falecido, pela

[14] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Vigésima Câmara Cível. **Apelação Cível nº 0057606-61.2012.8.19.0001**. Relatora: Flávia Romano de Rezende. Data de Julgamento: 13/06/2012. Data de Publicação: 10/07/2012. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=1&Version=1.1.9.2>. Acesso em: 12.03.2020.

> vontade de uma de suas filhas. Caráter personalíssimo do direito de dispor sobre o corpo, após a morte. VI – Situação fática onde há incerteza quanto a real vontade do falecido, em razão das sequelas de um AVC. VII - Total ausência de resultados favoráveis com o procedimento de criogenia. Princípio da dignidade humana que deve ser observado, assim como a segurança jurídica das relações subsequentes, que acentua a responsabilidade de se conferir o destino dado ao corpo após a morte. VIII- Razoabilidade que se aplica quanto ao local do sepultamento. Parcial acolhimento dos embargos infringentes[15].

Essa (nova) reviravolta fez com que Lígia Cristina de Mello Monteiro apresentasse recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça, apontando violação legal do artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro[16], do artigo 14 do Código Civil[17] e do artigo 77, § 2º, da Lei n. 6.015/1973[18].

Sustentou, nessa toada, a (i) imperiosidade do prevalecimento do último desejo do *de cujus*, justamente por se tratar de um direito personalíssimo; além do fato de que (ii) a ausência de disposição legal sobre a temática atrairia, nessa hipótese, a aplicação do raciocínio analógico, notadamente no que tange à cremação. Quer dizer, tendo em vista que tal providência é permitida em nosso ordenamento e não demanda nenhum tipo de registro formal, e constatada a última vontade por meio de sua familiar mais próxima, que com ele residia, tal raciocínio deveria

---

[15] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Sétima Câmara Cível. **Embargos Infringentes nº 0057606-61.2012.8.19.0001**. Relator: Ricardo Couto de Castro. Data de Julgamento: 20.08.2014. Data de Publicação: 03.02.2016. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2012.005.00373&USER=>. Acesso em: 13.03.2020.

[16] "Art. 4°. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito". BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm>. Acesso em: 12.03.2020.

[17] "Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte. Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo". BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 12.03.2020.

[18] Cf. nota 16.

ser transplantado para o caso em comento.

Analisando-se o primeiro argumento de Lígia Cristina de Mello Monteiro, pode-se inferir que, de fato, o ordenamento nacional privilegia os atos de última vontade da pessoa, notadamente por meio da concessão de autorização para a realização de testamento[19]. Tal favorecimento, em realidade, encontra amparo no princípio da autonomia privada, isto é, no poder de autogoverno da pessoa, que permite o estabelecimento do conteúdo jurídico dos fenômenos com que lida no mundo das coisas, especialmente a transmissão *post mortem* de seu conjunto patrimonial.

Dentre os diversos dispositivos que denotam o prestígio dos atos de última vontade, pode-se citar, *exempli gratia*, o *caput* e o § 2º do artigo 1.857 do Código Civil[20] (capacidade para testar), o inciso III do artigo 1.814 do Código Civil[21] (exclusão da sucessão de herdeiro ou legatário que tente, de alguma forma, obstar a livre disposição do ato de última vontade) e o artigo 48 do Código de Processo Civil[22] (o foro de

[19] QUINTELLA, Felipe; DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Civil**. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016, p. 1247.

[20] "Art. 1.857. Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte. § 1º A legítima dos herdeiros necessários não poderá ser incluída no testamento. § 2º São válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado". BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 12.03.2020.

[21] "Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários: I - que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente; II - que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro; III - que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade". BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 12.03.2020.

[22] "Art. 48. O foro de domicílio do autor da herança, no Brasil, é o competente para o inventário, a partilha, a arrecadação, o cumprimento de disposições de última vontade, a impugnação ou anulação de partilha extrajudicial e para todas as ações em que o espólio for réu, ainda que o óbito tenha ocorrido no estrangeiro. Parágrafo único. Se o autor da herança não possuía domicílio certo, é competente: I - o foro de situação dos bens imóveis; II - havendo bens imóveis em foros diferentes, qualquer destes; III - não havendo bens imóveis, o foro do local de qualquer dos bens do espólio. III - não havendo bens imóveis, o foro do local de qualquer dos bens do espólio". BRASIL. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível

competência para o cumprimento das disposições de última vontade).

Mas não só na sucessão testamentária os atos de última vontade são tidos como forçosos e impreteríveis. Em certas situações, tal como ocorre com o artigo 1.881 do Código Civil[23] (estipulação de codicilos) e com o artigo 77, § 2º, da Lei n. 6.015/1973[24] (orientação para cremação), a disposição de última ordem também é imperativa, desde que respeitados os protocolos legais exigidos para tanto.

Por outro lado, em relação ao segundo ponto por ela levantado, consoante assinala Maria Helena Diniz, a atração do raciocínio analógico demanda três requisitos específicos, quais sejam a ausência de previsão normativa específica do tema em debate, a parecença entre o caso previsto na legislação e o caso que é alvo das lentes analíticas, e a identidade fundamental entre eles[25].

Da análise do caso é possível inferir que ele se amolda com perfeição ao modelo analógico, senão veja-se: indiscutível é a ausência de legislação particular acerca de tal conteúdo. Preenchido, portanto, o primeiro requisito; no que cinge ao segundo requisito, há certo grau de correlação e entrelaçamento essencial entre ambas, afinal, as duas versam sobre formas de destinação corpórea *post mortem*; por fim, o terceiro requisito também é preenchido, na medida em que é patente sua identidade fundamental, o compartilhamento de princípios e raízes comuns, haja vista a localização da *ratio iuris* no exercício da autonomia privada sobre o próprio corpo e seu destino final, de acordo com valores singulares e desejos pessoais.

Sem embargo, se a analogia se lastreia em um processo de apreciação de similitudes, entre a dedução e a indução, adequada é a subordinação de uma conduta não disciplinada (criogenia) aos preceitos

---

em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 13.03.2020.

[23] "Art. 1.881. Toda pessoa capaz de testar poderá, mediante escrito particular seu, datado e assinado, fazer disposições especiais sobre o seu enterro, sobre esmolas de pouca monta a certas e determinadas pessoas, ou, indeterminadamente, aos pobres de certo lugar, assim como legar móveis, roupas ou jóias, de pouco valor, de seu uso pessoal". BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 12.03.2020.

[24] Cf. nota 16.

[25] DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Interpretada**. 7ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2001, p. 113-114.

que regem semelhante situação (cremação)[26].

Isso tudo denota, portanto, que os dois argumentos principais trazidos por Lígia Cristina de Mello Monteiro eram de grande plausibilidade jurídica, estando de acordo com as diretrizes sustentaculares da civilística contemporânea, favorecedoras da autonomia privada.

Todavia, inicialmente o recurso especial não foi conhecido pelo Ministro Marco Aurélio Bellizze, sob o fundamento de que as razões recursais demandariam reanálise de provas, situação vedada pela súmula 7 da Corte[27].

Diante disso, Lígia Cristina Mello Monteiro apresentou agravo interno, o qual foi provido por unanimidade pela Terceira Turma para reconsiderar a decisão monocrática, o que permitiu o regular prosseguimento do recurso especial.

Ao analisá-lo, primeiramente o Superior Tribunal de Justiça afastou as alegações incidentais de Carmen Silvia Monteiro Trois e Denise Nazaré Bastos Monteiro de que o corpo do *de cujus* havia sido enviado ao exterior sem autorização judicial, isso porque constatou-se que a remessa ocorrera poucos dias após a procedência da pretensão de Lígia Cristina de Mello Monteiro no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Assim, concluiu pela ausência de elementos acerca do descumprimento de qualquer ordem judicial, e asseverou, por fim, que tal matéria deveria ser discutida em instância de piso, e não no atual momento processual.

Superados esses aspectos preliminares, alertou a Corte que o caso não envolve investigação acerca da validade ou eficácia do processo criogênico, ou se os progressivos avanços da ciência tornarão possível o retorno à vida do *de cujus*. Ao contrário, trata-se da compreensão do último desejo de Luiz Felippe Dias de Andrade Monteiro, comprovando se realmente queria (ou não) ser criopreservado, e se há algum tipo de violação do ordenamento pátrio para tanto.

Inicialmente, asseverou o Tribunal que, ainda que haja o falecimento da pessoa, certos direitos da personalidade permanecem tutela-

---

[26] REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 84-86.

[27] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 7.** A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. DJ 3 set. 1990. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:R65FYtC-XpoJ:www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf+&cd=1&hl=pt-PT&ct=clnk&gl=br&client=firefox-b-d>. Acesso em: 14.06.2020.

dos, de modo que seu exercício e eventuais repercussões por ele ocasionadas são transferidas aos herdeiros[28]. Isso não significa, no entanto, que não devem ser respeitadas eventuais diretrizes apontadas pelo *de cujus*, muito pelo contrário.

Em nosso sentir, o destino do próprio corpo, se explicitado em vida, desde que não viole nenhuma norma legal, especialmente de saúde pública, configura um direito de personalidade, uma faculdade que diz respeito unicamente à pessoa (caráter personalíssimo e inato) que não deve sofrer limitações externas por outrem, como comentado acima.

Tanto é assim que é possível, por exemplo, que a pessoa designe seu corpo para objetivos científicos ou altruísticos, no todo ou em parte, conforme artigo 14 do Código Civil[29], ou mesmo para a cremação, como aludido anteriormente, nos moldes do artigo 77, § 2º, da Lei n. 6.015/1973[30].

Segundo Carlos Roberto Gonçalves, os direitos da personalidade, os quais possuem natureza de irrenunciabilidade e intransigibilidade, são ligados à pessoa de maneira permanente e perpétua, e por isso atraem ampla proteção jurídica, ou seja, são reconhecidos pelo ordenamento jurídico de forma duradoura[31].

Avançando nesse horizonte, Adriano de Cupis traz à baila, cristalinamente, o direito ao destino do cadáver: "a vontade do defunto pode determinar o destino do cadáver mais amplamente do que a von-

---

[28] Conforme a fundamentação do julgado: "Outrossim, há direitos oriundos da personalidade que continuam sendo protegidos após a morte, pela transferência de seu exercício aos herdeiros - a exemplo dos direitos autorais - § 1º do art. 24 da Lei n. 9.610/1998 - ou pela transferência da pretensão jurídica de sua defesa em juízo – conforme consta no parágrafo único do art. 12 do Código Civil". BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **Recurso Especial n° 1.693.718/RJ**. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Data de Julgamento: 26.06.2019. Data de Publicação: 04.04.2019. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1693718&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 13.03.2020, p. 15.

[29] "Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte. Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo". BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 12.03.2020.

[30] Cf. nota 16.

[31] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, vol. I: Parte Geral. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 188-190.

tade dos parentes. Pode destiná-lo a um instituto científico ou à prática anatômica, enquanto que os parentes não podem senão determinar o modo e a forma de destino formal"[32].

Outra não é a opinião de Carlos Alberto Bittar, para quem:

> Como prolongamento do direito ao corpo, e em nosso entender, sob a mesma base, encontra-se o direito da pessoa de dispor quanto ao destino do próprio cadáver, devendo ser respeitada a sua vontade pela coletividade, salvo se contrária à ordem pública. A morte opera a separação do ser, remanescendo, por certo tempo, a forma material e alguns componentes, até a consumação definitiva, persistindo, enquanto presentes, o direito de personalidade correspondente (direito ao cadáver e às partes do cadáver)[33].

De igual sorte pensam Bruna Andretta Vituri e Gabriel Righi quando nos remetem à necessidade de amplo respeito ao ato de última vontade daquele(a) que deseja submeter seu corpo ao processo de criogenia[34]. Afinal, se o paradigma da civilística contemporânea alça o sujeito ao centro do ordenamento jurídico, vislumbrando-o como pessoa humana[35], isso significa que a leitura dos institutos e situações jurídicas que lhe gravitam, na busca da solução mais adequada, deve ser realizada (também) à luz de sua funcionalização, com ascensão à realidade normativa de direitos da personalidade construídos *in concreto*, privilegiando e realçando os constructos do espectro de sua dignidade e liberdade[36].

É dizer, a autodeterminação e a liberdade de escolha (desde

---

[32] DE CUPIS, Adriano. **Os Direitos da Personalidade**. Campinas: Romana, 2004, p. 98-100.

[33] BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, p. 79.

[34] VITURI, Bruna Andretta; RIGHI, Gabriel. A Criogenia como Ato de Última Vontade e Autonomia Frente o Ordenamento Jurídico Brasileiro e o Direito à Sucessão. *In*: ESPOLADOR, Rita de Cássia R. Tarifa; PAVÃO, Juliana Carvalho (org.). **Direito Contratual Contemporâneo**. Londrina: Thoth, 2019, p. 93-96.

[35] TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Tomo 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 340-342.

[36] TEPEDINO, Gustavo. O Papel Atual da Doutrina do Direito Civil entre o Sujeito e a Pessoa. *In*: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (coord.). **O Direito Civil entre o Sujeito e a Pessoa**: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 17-38.

que observada a base axiológica que dá arrimo ao ordenamento, sem quaisquer prejuízos a terceiros) se fazem imperiosas em todos os momentos da vida, e não seria diferente nessa ocasião, em prestígio aos variados espectros da personalidade. Sem embargo, "a realização funcional do direito de personalidade deve ser assegurada. De outro modo, o Direito objetivo não se deteria com a figura"[37].

Vale, *mutatis mutandis*, o raciocínio preconizado no enunciado n° 277 da IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, que assinala: "O art. 14 do Código Civil, ao afirmar a validade da disposição gratuita sobre o próprio corpo, com objetivo científico ou altruístico, para depois da morte, determinou que a manifestação expressa do doador de órgãos em vida prevalece sobre a vontade dos familiares, portanto, a aplicação do art. 4º da Lei n° 9.434/97 ficou restrita à hipótese de silêncio do potencial doador"[38].

E foi justamente nesse sentido que se deu o entendimento do Tribunal, como é possível notar:

> Com efeito, o nosso ordenamento jurídico, além de proteger as disposições de última vontade do indivíduo, contempla um conjunto de normas legais que tratam de formas distintas de destinação do corpo humano após a morte em relação à tradicional regra do sepultamento (enterro), fornecendo, assim, o substrato legal necessário para a solução do litígio, conforme doravante será demonstrado.
>
> [...]
>
> Nota-se, portanto, que o ordenamento jurídico confere certa margem de liberdade à pessoa para dispor sobre seu patrimônio jurídico após a morte, assim como protege essa vontade e assegura que seja observada. Demais disso, as previsões legais admitindo a cremação e a destinação do cadáver para fins científicos apontam que as disposições acerca do próprio corpo estão incluídas nesse espaço de autonomia. Trata-se do direito ao cadáver.

---

[37] MENEZES CORDEIRO, Antônio. **Tratado de Direito Civil**: Parte Geral e Pessoas, Vol. 4. 4ª ed., rev. e atual.Coimbra: Almedina, 2016, p. 102

[38] TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República**. Tomo I. 2ª ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 40-41.

[...]

Ainda no entender do autor, o direito ao cadáver seria uma vertente do direito ao próprio corpo e, portanto, um direito da personalidade, que compreende o direito às exéquias, consubstanciado na possibilidade de optar-se por uma forma de sepultamento, assim como a autorização para dispor do corpo morto, no todo ou em partes, a exemplo da doação de órgãos.

Embora existam defensores da tese de que caberia ao Estado determinar a destinação do cadáver, atendendo ao interesse público, essa concepção não se amolda ao ordenamento jurídico, que disciplina a matéria no âmbito privado e prestigia a autonomia tanto no aspecto patrimonial, a exemplo do art. 1.857 do Código Civil, que exprime o direito da pessoa capaz de dispor, por testamento, do seus bens, para depois de sua morte; quanto extrapatrimonial, como no inciso III do art. 1.609 do Código Civil, que cuida do reconhecimento de filiação por testamento, além do já mencionado art. 14 do mesmo diploma legal.

Sendo assim, é conveniente frisar que também os direitos de personalidade, e entre eles o direito ao cadáver, se orientam pela lógica do Direito Privado, primando pela autonomia dos indivíduos, sempre que esta não violar o ordenamento jurídico. Apenas como contraponto, lembre-se que, no âmbito do Direito Público, é a lei que rege e fundamenta a ação de seus atores. Com efeito, sob a égide do Direito Privado, os particulares têm uma margem de liberdade na orientação de suas condutas, e a lei funciona, em regra, como um limite e uma proteção, mas não como fundamento.

Por outro lado, os entes públicos dependem da lei para atuar, pois na falta dela, não podem fazê-lo.

[...]

No caso em análise, por sua natureza privada, a escolha feita pelo particular de submeter seu cadáver ao procedimento da criogenia encontra proteção jurídica, na medida em que sua autonomia é protegida pela lei e não há vedação à escolha por

esse procedimento[39].

Por se tratar, pois, de uma escolha pessoal, e levando em consideração que em nada atenta contra a moral ou os bons costumes, assinalou o Tribunal que ela deve ser observada, desde que devidamente comprovada. E a comprovação, segundo o julgamento, mostrou-se categórica e axiomática, haja vista que foi prestada por descendente que conviveu e coabitou com Luiz Felippe Dias de Andrade Monteiro por mais de 30 anos.

Como elucidado no acórdão, não há que se falar na necessidade de comprovação formal da última vontade. Tendo em vista a ausência de previsão legal quanto à criogenia, analogicamente se faz possível, então, a utilização do raciocínio aplicado à cremação, que não demanda qualquer requisito específico para a constatação de vontade, como levantado por Lígia Cristina de Mello Monteiro em sua peça recursal, argumento examinado há pouco.

Cumpre asseverar que Bruna Andretta Vituri e Gabriel Righi também entendem que o consentimento acerca do processo criogênico não precisa ser escrito, apesar de poder sê-lo. Para os autores, esse querer pode ser manifestado de três modos distintos: verbalmente, de forma escrita ou tacitamente. A primeira delas se dá, geralmente, a um familiar ou pessoa mais próxima, ainda que não possua parentesco direto com o enunciador; a segunda se dá, normalmente, através de um testamento ou mesmo por meio da estipulação de diretivas antecipadas de vontade; e, por fim, a última se dá quando o comportamento do sujeito prenuncia, por diversos indicadores, o seu desejo, que se torna presumível para aqueles que gravitam sua esfera íntima[40].

E foi em consonância com esse raciocínio que decidiu o Tribunal: "[...] apesar de não mais exercer esses atos de vontade após a mor-

---

[39] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **Recurso Especial nº 1.693.718/RJ**. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Data de Julgamento: 26.06.2019. Data de Publicação: 04.04.2019. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1693718&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 13.03.2020, p. 14-21.

[40] VITURI, Bruna Andretta; RIGHI, Gabriel. A Criogenia como Ato de Última Vontade e Autonomia Frente o Ordenamento Jurídico Brasileiro e o Direito à Sucessão. *In*: ESPOLADOR, Rita de Cássia R. Tarifa; PAVÃO, Juliana Carvalho (org.). **Direito Contratual Contemporâneo.** Londrina: Thoth, 2019, p. 93-96.

te, é a vontade do falecido, manifestada em vida, que deve ser conhecida e respeitada [...]"[41].

Em arremate, o acórdão apenas ressaltou que, levando em consideração que o corpo se encontra em processo criogênico nos Estados Unidos há mais de sete anos, seu eventual retorno não atenderia aos fins de pacificação social exigidos pelo Direito:

> A solução da controvérsia, dessa forma, perpassa pela observância ao postulado da razoabilidade, porquanto, a par do reconhecimento de que o *de cujus* realmente desejava ser submetido ao procedimento da criogenia após a morte, não se pode ignorar, diante da singularidade da questão discutida, que a situação fático-jurídica já se consolidou no tempo, impondo-se, dessa forma, a preservação do corpo do pai da recorrente e das recorridas submetido ao procedimento da criogenia no referido instituto[42].

A conclusão, destarte, assim estipulou:

> Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para julgar improcedente a ação ordinária, mantendo-se, em consequência, o corpo de Luiz Felippe Dias de Andrade Monteiro submetido ao procedimento da criogenia em atenção à sua vontade manifestada em vida. Ficam as recorridas condenadas ao pagamento das custas processuais e honorários de sucumbência fixados em R$ 1.000,00 (mil reais), nos termos do

---

[41] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **Recurso Especial n° 1.693.718/RJ**. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Data de Julgamento: 26.06.2019. Data de Publicação: 04.04.2019. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1693718&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 13.03.2020, p. 21.

[42] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **Recurso Especial n° 1.693.718/RJ**. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Data de Julgamento: 26.06.2019. Data de Publicação: 04.04.2019. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1693718&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 13.03.2020, p. 28.

art. 20, § 4º, do CPC/1973. É o voto[43].

Nota-se, portanto, que o Superior Tribunal de Justiça acolheu integralmente os dois pontos principais aventados por Lígia Cristina Mello Monteiro. Prevaleceu, *al fin y al cabo*, a vontade emanada (em vida) pelo *de cujus*, ainda que isso tenha se dado de forma não escrita (valendo-se, para tanto, do método interpretativo analógico).

A dúvida existente acerca da vontade ou da declaração foi corretamente dirimida pela Corte, que constatou (nos autos) a primeira através da exteriorização da segunda perante Lígia Cristina Mello Monteiro, pessoa com que o genitor mais teve contato ao longo de sua vida e no leito de morte.

Apurada a vontade e, também, a declaração, e não violada nenhuma norma de interesse público, restou apenas a observação de seus regulares efeitos jurídicos.

Cabe relembrar, nesse ponto, uma das lições de Menezes Cordeiro, para quem há uma apetência de princípio para o reconhecimento da prevalência de um direito da personalidade quando este se encontra em conflito com qualquer outro tipo de direito, em que pese inexistir regra jurídica específica para tanto[44].

Prestigiou-se de forma vigorosa e incisiva um direito de personalidade fundado no cânone da autonomia privada, que, afinal, "[...] no es expresión de una mera licitud o facultad, sino manifestación de poder y precisamente del poder de crear , dentro de los límites establecidos por la ley, normas jurídicas"[45]. É dizer, uma das possibilidades de sentido da autonomia privada é justamente aquele que engloba o campo de liberdade dentro de uma ordem jurídica, de forma abarcar tanto as

[43] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **Recurso Especial nº 1.693.718/RJ**. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Data de Julgamento: 26.06.2019. Data de Publicação: 04.04.2019. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1693718&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 13.03.2020, p. 28-29.

[44] MENEZES CORDEIRO, Antônio. **Tratado de Direito Civil**: Parte Geral e Pessoas. Tomo. 4, 4ª ed., rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2016, p. 102

[45] FERRI, Luigi. **La Autonomía Privada**. Traducción de Luis Sancho Mendizábal. Santiago: Ediciones Olejnik, 2018, p. 16.

permissibilidades materiais quanto jurídicas[46].

Destarte, resta nítido que *decisum* diferente contrariaria o real desejo do genitor, isto é, sua vontade de se submeter à criopreservação, aspecto que fora comprovado ao longo do processo por meios distintos, como narrado no acórdão.

A título ilustrativo e elucidativo, desse modo, vale colacionar a ementa do acórdão:

> RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ORDINÁRIA. 1. DISCUSSÃO TRAVADA ENTRE IRMÃS PATERNAS ACERCA DA DESTINAÇÃO DO CORPO DO GENITOR. ENQUANTO A RECORRENTE AFIRMA QUE O DESEJO DE SEU PAI, MANIFESTADO EM VIDA, ERA O DE SER CRIOPRESERVADO, AS RECORRIDAS SUSTENTAM QUE ELE DEVE SER SEPULTADO NA FORMA TRADICIONAL (ENTERRO). 2. CRIOGENIA. TÉCNICA DE CONGELAMENTO DO CORPO HUMANO MORTO, COM O INTUITO DE REANIMAÇÃO FUTURA. 3. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL SOBRE O PROCEDIMENTO DA CRIOGENIA. LACUNA NORMATIVA. NECESSIDADE DE INTEGRAÇÃO DA NORMA POR MEIO DA ANALOGIA (LINDB, ART. 4º). ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO QUE, ALÉM DE PROTEGER AS DISPOSIÇÕES DE ÚLTIMA VONTADE DO INDIVÍDUO, COMO DECORRÊNCIA DO DIREITO AO CADÁVER, CONTEMPLA DIVERSAS NORMAS LEGAIS QUE TRATAM DE FORMAS DISTINTAS DE DESTINAÇÃO DO CORPO HUMANO EM RELAÇÃO À TRADICIONAL REGRA DO SEPULTAMENTO. NORMAS CORRELATAS QUE NÃO EXIGEM FORMA ESPECÍFICA PARA VIABILIZAR A DESTINAÇÃO DO CORPO HUMANO APÓS A MORTE, BASTANDO A ANTERIOR MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DO INDIVÍDUO. POSSIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO DA VONTADE POR QUALQUER MEIO DE PROVA IDÔNEO. LEGITIMIDADE DOS FAMILIARES MAIS PRÓXIMOS A ATUAREM NOS CASOS ENVOLVENDO A TUTELA DE DIREITOS DA

[46] MENEZES CORDEIRO, Antônio. **Tratado de Direito Civil**: Parte Geral. Tomo 1, 2ª ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2000, p. 217-219.

PERSONALIDADE DO INDIVÍDUO POST MORTEM. 4. CASO CONCRETO: RECORRENTE QUE CONVIVEU E COABITOU COM SEU GENITOR POR MAIS DE 30 (TRINTA) ANOS, SENDO A MAIOR PARTE DO TEMPO EM CIDADE BEM DISTANTE DA QUE RESIDEM SUAS IRMÃS (RECORRIDAS), ALÉM DE POSSUIR PROCURAÇÃO PÚBLICA LAVRADA POR SEU PAI, OUTORGANDO-LHE AMPLOS, GERAIS E IRRESTRITOS PODERES. CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS QUE PERMITEM CONCLUIR QUE A SUA MANIFESTAÇÃO É A QUE MELHOR TRADUZ A REAL VONTADE DO DE CUJUS. 5. CORPO DO GENITOR DAS PARTES QUE JÁ SE ENCONTRA SUBMETIDO AO PROCEDIMENTO DA CRIOGENIA HÁ QUASE 7 (SETE) ANOS. SITUAÇÃO JURÍDICA CONSOLIDADA NO TEMPO. POSTULADO DA RAZOABILIDADE. OBSERVÂNCIA. 6. RECURSO PROVIDO. 1. A controvérsia instaurada neste feito diz respeito à destinação do corpo de Luiz Felippe Dias Andrade Monteiro, pai das litigantes. Enquanto a recorrente busca mantê-lo submetido ao procedimento de criogenia nos Estados Unidos da América, sustentando ser esse o desejo manifestado em vida por seu pai, as recorridas pretendem promover o sepultamento na forma tradicional (enterro). 2. A criogenia ou criopreservação é a técnica de congelamento do corpo humano morto, em baixíssima temperatura, com o intuito de reanimação futura da pessoa, caso sobrevenha alguma importante descoberta médica ou científica capaz de ressuscitar o indivíduo. 3. O procedimento da criogenia em seres humanos não possui previsão legal em nosso ordenamento jurídico. Nesses casos, para preencher a lacuna normativa sobre a matéria, o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB enumera as técnicas de integração da norma jurídica, estabelecendo que: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito". 3.1 Na hipótese, deve-se aplicar a analogia jurídica (iuris), pois o nosso ordenamento jurídico, além de proteger as disposições de última vontade do indivíduo, como decorrência do direito ao cadáver, contempla diversas normas legais que tratam de formas distintas de destinação do corpo humano após a morte em relação à tradicional regra do sepultamento, dentre as quais podemos citar o art. 77, § 2º, da Lei

de Registros Públicos, que disciplina a possibilidade de cremação do cadáver; a Lei n. 9.434/1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento; o art. 14 do Código Civil, que possibilita a destinação do corpo, após a morte, para fins científicos ou altruísticos, dentre outras. 3.2. Da análise das regras correlatas dispostas no ordenamento jurídico, considerando a necessidade de extração da norma jurídica a ser aplicada ao caso concreto, verifica-se que não há exigência de formalidade específica para a manifestação de última vontade do indivíduo, sendo perfeitamente possível, portanto, aferir essa vontade, após o seu falecimento, por outros meios de prova legalmente admitidos, observando-se sempre as peculiaridades fáticas de cada caso. 3.3. Ademais, o ordenamento jurídico brasileiro, em casos envolvendo a tutela de direitos da personalidade do indivíduo post mortem, legitima os familiares mais próximos a atuarem em favor dos interesses deixados pelo de cujus. São exemplos dessa legitimação as normas insertas nos arts. 12, parágrafo único, e 20, parágrafo único, do Código Civil, que tratam especificamente sobre direitos da personalidade, bem como no art. 4º da Lei n. 9.434/1997, que diz respeito à legitimidade dos familiares em relação à autorização para a remoção de órgãos, tecidos e outras partes do corpo humano para fins de transplante, dentre outras. 3.4. Nessa linha de entendimento, extraindo-se os elementos necessários à integração da lacuna normativa pela analogia, é de se concluir que, na falta de manifestação expressa deixada pelo indivíduo em vida no sentido de ser submetido à criogenia após a morte, presume-se que sua vontade seja aquela manifestada por seus familiares mais próximos. 4. Na hipótese dos autos, não obstante as partes litigantes - recorrente e recorridas - tenham o mesmo grau de parentesco com o falecido, pois todas são descendentes de 1º grau (filhas), é razoável concluir que a manifestação da filha Lígia Monteiro, ora recorrente, é a que traduz a real vontade de seu genitor em relação à destinação de seus restos mortais, visto que, sem dúvida alguma, é a que melhor pode revelar suas convicções e desejos, em razão da longa convivência com ele, que perdurou até o final de sua vida. 4.1. Com efeito, revela-se incontroverso nos autos que a recorrente conviveu e coabitou com seu pai por mais de 30 (trinta) anos, após ele ter se divorciado da mãe das recorridas, sendo a maior parte desse tempo - mais de 20

(vinte) anos - em cidade bem distante da que residem suas irmãs (recorridas). 4.2. Também é fato incontroverso que Luiz Felippe Dias de Andrade Monteiro lavrou procuração pública em favor de sua filha Lígia (recorrente), com quem residia, outorgando-lhe amplos, gerais e irrestritos poderes, o que indica a confiança irrestrita inerente a uma convivência duradoura entre pai e filha. 4.3. Por outro lado, as autoras da ação (recorridas) não se desincumbiram de refutar, de forma concreta, o fato de que sua irmã Lígia, por ter convivido com o genitor delas por mais de 30 (trinta) anos, teria melhores condições de traduzir sua vontade, sobretudo porque a causa de pedir está totalmente fundada no desejo delas próprias de realizar o sepultamento de seu pai em território nacional, e não na aferição da manifestação de última vontade dele. 5. Vale destacar que o corpo do genitor das litigantes já se encontra submetido ao procedimento de criogenia, no Cryonics Institute, localizado na cidade de Michigan (EUA), desde julho de 2012, isto é, há quase 7 (sete) anos. 5.1. Tal fato deve ser levado em consideração na análise do presente caso, visto que, embora legítimo o interesse das recorridas em tentar sepultar o pai em território nacional, não se pode ignorar que a situação jurídica, de certa forma, já se consolidou no tempo. De fato, negar provimento ao presente recurso especial para que o corpo seja repatriado e, posteriormente, sepultado e enterrado no Rio de Janeiro/RJ, cidade na qual as recorridas nem sequer residem, não se mostra razoável, pois, além de restabelecer o difícil sentimento de perda e sofrimento já experimentado quando do falecimento, essa situação, certamente, não teria o condão de assegurar a pacificação social almejada pelo direito. 5.2. A solução da controvérsia perpassa pela observância ao postulado da razoabilidade, porquanto, a par do reconhecimento de que o de cujus realmente desejava ser submetido ao procedimento da criogenia após a morte, não se pode ignorar, diante da singularidade da questão discutida, que a situação fático-jurídica já se consolidou no tempo, impondo-se, dessa forma, a preservação do corpo do pai da recorrente e das recorridas submetido ao procedimento da criogenia no referido instituto. 6. Recurso especial provido[47].

Não é despiciendo ressaltar, contudo, que do acórdão foram

[47] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **Recurso Especial n°**

opostos embargos de declaração por parte de Carmen Silvia Monteiro Trois e Denise Nazaré Bastos Monteiro, os quais foram conhecidos em parte e, nesta parte, rejeitados. Irresignadas, apresentaram ainda recurso extraordinário, inicialmente inadmitido pela Vice-Presidência do Tribunal, mais especificamente por decisão monocrática da Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Ante à não admissão, apresentaram agravo em recurso extraordinário, o que proporcionou a remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal[48]. Até o término deste artigo, contudo, este último ainda não havia julgado o recurso.

CONCLUSÃO

Embora contemporaneamente inviável, a superação biológica da morte teria como primeiro ato a manutenção do corpo a ser reanimado, o que é viabilizado pela criogenia. Este artigo buscou analisar os contornos jurídicos da utilização desta técnica como método de preservação de cadáveres humanos no contexto dos direitos da personalidade, especificamente no que cinge ao "direito ao cadáver", especificamente à sua destinação *post mortem*.

A investigação pautou-se no estado da arte do processo criogênico humano, capaz de retardar as diversas transformações bioquímicas pelas quais passa o corpo humano no "processo" em que consiste a morte. Noutro giro, concluiu-se, na seara jurídica que, tutelado o direito à integridade psíquica, física e moral (art. 5º, XLIX, CF/88 e art. 13 a 15, CC) em vida, projeta-se este direito também para além morte, de forma que cabe a cada indivíduo determinar o destino do seu corpo em vida e após o falecimento. Neste último sentido, fala-se em "direito ao cadáver". A ausência de norma específica sobre a matéria permite apli-

---

1.693.718/RJ. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Data de Julgamento: 26.06.2019. Data de Publicação: 04.04.2019. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1693718&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 13.03.2020.

[48] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Presidência. **Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.257.449/RJ**. Relator: Ministro Presidente. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=5858344>. Acesso em: 13.03.2020.

cação de analogia com as normas que preveem a cremação, situação que conta com alto grau de correlação com a criogenia, sendo ambas formas de destinação corpórea *post mortem*; e que compartilha a premissa do exercício da autonomia privada do indivíduo sobre o destino final do corpo do sujeito.

Propôs-se, então, pesquisa jurisprudencial no Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, tendo sido encontrada uma decisão a respeito da matéria. Trata-se de ação ordinária com pedido liminar ajuizada por Carmen Silva Monteiro Trois e Denise Nazaré Bastos Monteiro em face de Lígia Cristina de Mello Monteiro, todas filhas de Luiz Felippe Dias de Andrade Monteiro, falecido em 2012. Sua vontade, exteriorizada em vida para uma de suas filhas, era que seu corpo fosse submetido a procedimento de criogenia nos Estados Unidos da América. Após sua morte, duas de suas filhas insurgiram-se contra a realização desta determinação, pelo que requereram ao judiciário a suspensão do traslado do corpo do pai, e seu sepultamento em território nacional. A disputa alcançou o Superior Tribunal de Justiça e, em sede de Recurso Especial entendeu-se que, no mérito, tratava-se de hipótese do exercício da autonomia privada em relação ao "direito ao cadáver", do qual decorre o direito ao destinamento do mesmo. Assim, em analogia a situações similares existentes no ordenamento jurídico, como a cremação, determinou-se que, ainda que não escrita, a existência manifestação basta ao exercício da autonomia da vontade em relação à destinação do cadáver e deve ser respeitada pelos familiares sobreviventes.

In fine, o direito ao cadáver, e à determinação em vida sua destinação, interpretado como direito da personalidade, prestigia a autonomia da vontade e deve ser tutelado pelo Estado de Direito. A ausência de manifestação formalizada, ou até mesmo a ausência de previsão legal específica sobre o tema, não devem restringem a liberdade do indivíduo de optar pela solução criogênica.

REFERÊNCIAS

BEST, Benjamin P.. **Scientific Justification of Cryonics Practice.** Rejuvenation Research. Vol. 11, nº 2, 2008. Disponível em: <https://www.liebertpub.com/doi/pdf/10.1089/rej.2008.0661>. Acesso em: 14.03.2020.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade.** Rio de Janeiro:

Forense Universitária, 1989.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm>. Acesso em: 12.03.2020.

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 12.03.2020.

BRASIL. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 13.03.2020.

BRASIL. **Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%206.015%2C%20DE%2031%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201973.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20os%20registros%20p%C3%BAblicos%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAncias.>. Acesso em: 12.03.2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 7.** A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. DJ 3 set. 1990. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:R65FYtC-XpoJ:www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf+&cd=1&hl=pt-PT&ct=clnk&gl=br&client=firefox-b-d>. Acesso em: 14.06.2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **Recurso Especial nº 1.693.718/RJ**. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Data de Julgamento: 26.06.2019. Data de Publicação: 04.04.2019. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1693718&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 13.03.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Presidência. **Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.257.449/RJ**. Relator: Ministro Presidente. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=5858344>. Acesso em: 13.03.2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Sétima Câmara Cível. **Embargos Infringentes nº 0057606-61.2012.8.19.0001**. Relator: Ricardo Couto de Castro. Data de Julgamento: 20.08.2014. Data de Publi-

cação: 03.02.2016. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2012.005.00373&USER=>. Acesso em: 13.03.2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Vigésima Câmara Cível. **Apelação Cível nº 0057606-61.2012.8.19.0001**. Relatora: Flávia Romano de Rezende. Data de Julgamento: 13/06/2012. Data de Publicação: 10/07/2012. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=1&Version=1.1.9.2>. Acesso em: 12.03.2020.

CHAVES, Antonio. Direitos à vida, ao próprio corpo e às partes do mesmo. **Estudos de direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

COELHO, Francisco José Figueiredo; FALCÃO, Eliane Brígida Morais. **Ensino Científico e Representações Sociais da Morte Humana**. Revista Iberoamericana de Educación. Vol. 39, Número 3, 2006. Disponível em: <https://rieoei.org/RIE/article/view/2572>. Acesso em: 13.03.2020.

DE CUPIS, Adriano. **Os Direitos da Personalidade.** Campinas: Romana, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Interpretada**. 7ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

FERRI, Luigi. **La Autonomía Privada.** Traducción de Luis Sancho Mendizábal. Santiago: Ediciones Olejnik, 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, vol. I: Parte Geral. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LEBRUN, Ph. **An Introduction to Cryogenics**. European Organization for Nuclear Research. Laboratory for Particle Physics. Geneva: CERN, Accelerator Technology Department, 2007. Disponível em: <http://cds.cern.ch/record/1012032/files/at-2007-001.pdf?version=1>. Acesso em: 14.03.2020.

MAIA, José Jerónimo Machadinha. **A Nossa Natureza (Trans)Humana**. Mátria Digital. Número 3. Novembro 2015/Outubro 2016.

MENEZES CORDEIRO, Antônio. **Tratado de Direito Civil**: Parte Geral e Pessoas. Tomo 4. 4ª ed., rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2016.

MENEZES CORDEIRO, Antônio. **Tratado de Direito Civil**: Parte Geral. Tomo 1. 2ª ed., rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2000.

MILLER, John A.; SLESNICK, Irwin L.. **Difficult Decisions**: Human Cryonics. The Science Teacher. Vol. 55, nº 3, 1988. Disponível em: <ht-

tps://www.jstor.org/stable/24142800?seq=1#metadata_info_tab_contents>. Acesso em: 14.03.2020.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil e Teoria Geral do Direito Civil. 27ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

PORTALES, Rafael E. Aguilera; CRUZ, Joaquín González. **La muerte como límite antropológico. El problema del sentido de la existencia humana**. Gazeta de Antropología. Número 25/2. Artículo 56, 2009. Disponível em: <https://digibug.ugr.es/handle/10481/6903>. Acesso em: 13.03.2020.

QUINTELLA, Felipe; DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Civil**. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016, p. 1247.

RAMOS, Ana Virgínia Gabrich Fonseca Freire; BENEDITO, Luíza Machado Farhat. **De Frankenstein à Criogenia**: Dando Vida à Corpos Inanimados. Revista de Direito de Família e Sucessões. Goiânia. V. 5, nº 1, jan/jun 2019, p. 21-24. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/direitofamilia/article/view/5460>. Acesso em: 13.03.2020.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil:** da erosão dos filtros à diluição dos danos. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SCHREIBER, Anderson. **O caso da criogenia**: direito ao cadáver e tutela post mortem da autodeterminação corporal. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/o-caso-da-criogenia-direito-ao-cadaver-e-tutela-post-mortem-da-autodeterminacao-corporal/18341>. Acesso em: 16 mar. 2020.

TEPEDINO, Gustavo. O Papel Atual da Doutrina do Direito Civil entre o Direito e a Pessoa. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor. **O Direito Civil entre o Sujeito e a Pessoa**: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Tomo 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República**. Tomo I. 2ª ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro:

Renovar, 2007.

VITURI, Bruna Andretta; RIGHI, Gabriel. A Criogenia como Ato de Última Vontade e Autonomia Frente o Ordenamento Jurídico Brasileiro e o Direito à Sucessão. *In*: ESPOLADOR, Rita de Cássia R. Tarifa; PAVÃO, Juliana Carvalho (org.). **Direito Contratual Contemporâneo**. Londrina: Thoth, 2019.

ZOHURI, Bahman. **Physics of Cryogenics**: An Ultralow Temperature Phenomenon. Cambridge: Elsevier, 2018.

ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL

ANÁLISE DA APLICABILIDADE DOS REQUISITOS FIXADOS NO JULGAMENTO DO RESP N. 1.581.505/SC

Ana Beatriz Vasconcellos Rezende[1]
João Pedro da Silva Hubner[2]

Resumo: O presente estudo tem como escopo realizar a análise crítica do acordão proferido no julgamento do REsp n. 1.581.505/SC, mais precisamente em relação aos requisitos que restaram definidos na ementa do julgado relatado pelo Ministro Antonio Carlos Ferreira, com a aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial. Tecem-se críticas aos requisitos apontados de modo a demonstrar a insuficiência destes para delimitar mais precisamente a aplicabilidade desta doutrina no Brasil, visto a tendência do Judiciário de justificá-la apenas partindo de indicadores quantitativos. Torna-se clara, dessa forma, a necessidade de o Superior Tribunal de Justiça fixar um critério unificado que resulte na harmonização das decisões proferidas pelas Cortes de Justiça com vias a promover a segurança jurídica no ordenamento brasileiro.

Palavras-chave: Adimplemento substancial. Requisitos. REsp n. 1.581.505/SC.

INTRODUÇÃO

A "teoria do adimplemento substancial", embora não prevista expressamente na legislação brasileira, é um instituto consolidado na doutrina do Direito Civil. Ela aparece como um meio de cercear o direito do credor de exigir a resolução contratual, previsto no art. 475 do Có-

[1] Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Viçosa. Gerente de publicidade na empresa júnior Consenso Consultoria Jurídica.
[2] Graduando em Direito pela Universidade Federal de Viçosa. Membro do grupo de pesquisa "Temas em Direito de Família" da UFV. Pesquisador de iniciação científica na área de Direito Internacional Público.

digo Civil brasileiro[3], quando seu exercício seria abusivo em virtude do inadimplemento do devedor. Assim, no direito pátrio, seu fundamento mais aceito é encontrado na cláusula geral da boa-fé objetiva.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do REsp n. 1.581.505/SC[4], de relatoria do Ministro Antonio Carlos Ferreira, estabeleceu três requisitos a serem observados pelos tribunais nas situações em que a "teoria do adimplemento substancial" se fizer pertinente: a) "a existência de expectativas legítimas geradas pelo comportamento das partes"; b) "o pagamento faltante há de ser ínfimo em se considerando o total do negócio"; c) "deve ser possível a conservação da eficácia do negócio sem prejuízo ao direito do credor pleitear a quantia devida pelos meios ordinários".

A despeito de respeitável o julgado, tudo indica que a iniciativa de estabelecer critérios de aplicação para tal teoria não findou em relevante inovação no ordenamento jurídico, como será demonstrado ao longo do presente trabalho. Ademais, os parâmetros propostos se mostram insuficientes na delimitação de tal instituto, o que se torna problemático dado o relevante impacto em futuros julgamentos que tomarão o caso como precedente, visando manter a coerência e harmonia nas vindouras decisões em que se cabe a análise da aplicação da "teoria do adimplemento substancial".

Diante disso, este trabalho objetiva analisar os requisitos apontados de maneira crítica, utilizando-se de ensinamentos doutrinários, fundamentos jurisprudenciais e o direito comparado como luzes para as reflexões que se seguem. Assim, o trabalho se divide em quatro capítulos, além dessa introdução e de considerações finais. No primeiro capítulo, realiza-se breve explanação acerca das origens históricas da teoria da *substancial performance* ainda no direito inglês. No capítulo seguinte, aborda-se, sucintamente, o delineamento adquirido pela teoria do adimplemento substancial no Brasil. Em seguida, no terceiro capítulo, apresenta-se breve exposição do caso que levou ao julgamento do REsp n. 1.581.505/SC. E, por fim, no quarto capítulo, trazem-se a análise crítica os requisitos estampados na ementa do julgado, perpassando-os um a

[3] Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

[4] STJ, **REsp n. 1.581.505**/SC, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, QUARTA TURMA, julgado em 18/08/2016, DJ 28/09/2016.

um, a fim de examinar seus possíveis efeitos e impactos no ordenamento jurídico nacional.

1. ORIGEM E DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO

A doutrina da *substancial performance* surgiu na Inglaterra, no sistema da *Common Law* no Século XVIII, com o caso *Boone v. Eyre* (1.779). Neste, em suma, as partes haviam pactuado que Boone passaria a Erye a propriedade de uma plantação nas Andarilhas, incluindo os escravos que lá habitavam, assim que celebrado o contrato. Para tanto, Erye se comprometeu a pagar 500 libras e uma renda anual de 160 libras (*consideration*) ao parceiro de negócios. Todavia, o autor, Boone, alegava que o outro havia atrasado 400 libras de renda, enquanto o réu, Erye, afirmava que o fez porque o credor não havia adimplido sua parte, visto que faltara em lhe entregar o domínio sobre os escravos [1].

O magistrado Lord Mansfield, a quem coube resolver o litígio, identificou a existência de duas espécies de cláusulas em um contrato: as dependentes (*conditions*) – interdependentes das obrigações da outra parte e que por isso danificam o sinalagma (*consideration*) – e as independentes, com cunho meramente acessório e que posteriormente foram denominadas *warranty*. Mansfield, em sua sentença, decidiu que o fato de Boone não ter transferido o domínio sobre os escravos não autorizava a Erye deixar de pagar a renda que devia, visto que esta estava intimamente ligada a *consideration* (sinalagma), enquanto a transferência dos escravos não era uma *condition* (cláusula dependente), por isso o litigio deveria ser resolvido em perdas e danos[2].

Vale ressaltar que a injustiça posteriormente reconhecida no caso *Cutter v. Powell* (1.795) também contribuiu para a solidificação da teoria da *substancial performance*. Neste caso, Cutter deveria servir de imediato em uma embarcação que saia de Kingston rumo a Livertpool. Este, veio a falecer ainda a bordo, sem chegar ao destino final, não conseguindo consequentemente cumprir a obrigação integralmente. Diante disso, quando sua viúva demandou que lhe fosse pago o referente ao serviço prestado pelo falecido marido, o magistrado decidiu que a esposa

[1] BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 9, n. 1, nov. 1993. p. 61.

[2] Ibid.,. p. 61.

não teria direito a valor algum, considerando-se a vigência da regra na qual ao credor haveria a opção de não aceitar o pagamento que não fosse prestado exatamente como fora acordado[3].

Atualmente, na *Common Law*, o inadimplemento configurado é sempre classificado em substancial ou não. Trata-se de análise objetiva, somente podendo ser requerida a resolução se houver se caracterizado um *fundamental breach,* dado as consequências do não cumprimento e o valor dado pelos à cláusula não executada[4]. Como relata Becker, os parâmetros que vêm sendo utilizados pelos tribunais ingleses – e também os americanos – para caracterização da doutrina do *substancial performance* podem ser assim resumidos:

> Examinando-se numerosas decisões, é possível concluir que se fazem necessárias três circunstâncias para que determinado adimplemento possa ser considerado como substancial. A primeira delas é a proximidade entre o efetivamente realizado e aquilo que estava previsto no contrato. A segunda, é que a prestação imperfeita satisfaça os interesses do credor. A terceira (questionável se considerar-se o adimplemento substancial apenas sob uma ótica objetivista) refere-se ao esforço, diligência do devedor em adimplir integralmente[5].

2. O ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL NA SISTEMÁTICA DO DIREITO BRASILEIRO

O sinalagma, isto é, a reciprocidade entre as prestações, é essencial aos contratos bilaterais, considerando-se que uma prestação se apresenta como fundamento da outra. Se porventura tal equilíbrio de interesses mútuos for quebrado, diante da não execução da parcela devida por uma das partes, o alicerce que oferece a base para a existência do contrato é comprometido e este perde a sua razão de ser[6].

Como ensina Clóvis do Couto e Silva[7], "a obrigação é um pro-

---

[3] Ibid.,. p. 62.
[4] Ibid.,. p. 62.
[5] Ibid.,. p. 63.
[6] BUSSATTA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 92.
[7] COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A Obrigação como Processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 167.

cesso, vale dizer, dirige-se ao adimplemento, para satisfazer o interesse do credor". Logo, o Código Civil brasileiro prevê ao credor, em seu art. 475, o direito à resolução contratual – entendido como direito potestativo ou direito formativo extintivo – que consiste, de acordo com Eduardo Luiz Bussatta[8], no "desfazimento do vínculo jurídico, decorrente do inadimplemento retirando-lhe a eficácia", sendo seu objetivo retornar as partes ao *statu quo*. Por outro lado, o contratante prejudicado pode requerer que o avençado anteriormente se mantenha e que lhe sejam garantidas perdas e danos, ou ainda, se não mais for exequível o pactuado, o compatível ao inviabilizado mais perdas e danos.

Todavia, nem todo o inadimplemento desencadeará a possibilidade de pedir a resolução do contrato[9], fazendo-se necessário o exame da gravidade daquilo que se inadimpliu[10]. Isso porque, o artigo retromencionado não delimitou precisamente o inadimplemento que permitiria ao contratante fazer valer o seu direito formativo extintivo. Deste modo, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald[11], sustentam que a correta leitura de tal dispositivo legal implicaria que o que se deixou de adimplir deve ser de grande vulto, significativo, ou seja, substancial. Assim também ensina Eduardo Luiz Bussatta:

> Só se pode pensar na resolução do contrato quando o descumprimento é sério, lesivo aos interesses da parte não inadimplente. Tal descumprimento deve retirar o sinalagma funcional do contrato, afastando sua função econômico-social. Contrariamente, fica vedado o exercício do direito potestativo à resolução quando o inadimplemento possui escassa importância. E aí é que entra em cena a teoria do adimplemento substancial ou do inadimplemento de escassa importância,

[8] BUSSATTA, Eduardo Luiz. op. cit., p. 92.

[9] FRANCISCO, Luiz Felipe Miranda de Medeiros; FRANCISCO, Carolina Cardoso. Adimplemento substancial e resolução dos contratos necessidade de fixação de um critério unificado. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, vol. 06, n. 01, p. 201-202, 2013. Disponível em: < https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/9585/7420>. Acesso em: 24 fev. 2020.

[10] SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento: Adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 32, out./dez. 2007, p. 16.

[11] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil:** contratos, 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 204.

> exercendo justamente a função de vedação ao exercício de tal direito[12].

Como pontifica Clóvis do Couto e Silva[13], o adimplemento substancial importa em "um adimplemento tão próximo ao resultado final, que, tendo-se em vista a conduta das partes, exclui-se o direito de resolução, permitindo tão somente o pedido de indenização e/ou de adimplemento, vez que aquela primeira pretensão viria a ferir o princípio da boa-fé.". Exemplificando que "quando alguém se obriga a construir um prédio e a construção chega praticamente ao seu término (adimplemento substancial); não se faculta sempre, neste caso, a perda da retribuição contratada, ou a resolução do contrato por inadimplemento"[14].

Couto e Silva foi o precursor da teoria no Direito pátrio, com a difusão no Judiciário em grande parte pelo trabalho de um de seus alunos, o Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, relator do primeiro acórdão do STJ a evocar a doutrina em 1995[15]. Em síntese, no REsp n. 76.362/MT[16], se debateu se a seguradora, demandada, deveria pagar a indenização ao segurado, demandante, considerando que esse não havia adimplido a última parcela devida do prêmio. A conclusão final foi que, como o autor havia cumprindo com as demais prestações, seu adimplemento havia sido substancial, logo deveria receber o que lhe era devido.

Em abono, colhe-se da lição de Caio Mário: "com base nos princípios da boa-fé, da vedação do abuso de direito e da função social do contrato, tal doutrina pode ser encontrada no sistema do Código Civil de 2002, ainda que sem regra específica a respeito"[17]. Daí a importância do princípio da boa-fé objetiva no Direito brasileiro para a fundamentação da doutrina da *substancial performance* importada do

---

[12] BUSSATTA, Eduardo Luiz. op. cit., p. 93-94.

[13] BECKER, Analise. op. cit., p. 60.

[14] COUTO E SILVA, Clóvis do. O Princípio da Boa-Fé no Direito Brasileiro e Português. *In:* **Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português**. São Paulo: RT, 1980. p. 56.

[15] FERREIRA, Antônio Carlos. A interpretação da doutrina do adimplemento substancial (Parte 1). **CONJUR**, 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-fev-09/direito-civil-atual-interpretacao-doutrina-adimplemento-substancial-parte>. Acesso em: 24 fev. 2020.

[16] STJ, **REsp 76.362/**MT, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar Junior, QUARTA TURMA, julgado em 11/12/1995, DJ 01/ 04/1996.

[17] PEREIRA, Caio Mario da Silva**. Instituições de Direito** Civil - v. II - Teoria Geral Das Obrigações – 29. ed. 2017. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 176.

Direito Inglês.

Não obstante, alguns contratos contam com uma cláusula resolutiva expressa, consoante a qual uma vez restado inadimplemento da parte com o acordado, a resolução ocorre de pleno direito. Isto é, não é necessário o exercício de pretensão pela via judicial. Por conseguinte, a teoria do adimplemento substancial só pode ser citada quando a cláusula que preveja a resolução seja abusiva violando, consequentemente, o princípio da boa-fé objetiva, de tal modo que esta será nula ou no mínimo ineficaz[18].

Contrasta a cláusula resolutiva expressa com a cláusula resolutiva tácita ou implícita. Na última, é essencial que se ajuíze ação judicial propugnando pela resolução contratual, conforme revela o art. 474 do Código Civil[19], podendo o réu evocar a "teoria do adimplemento substancial" em sua contestação, porquanto, nesse caso, o desfazimento contratual só se opera com o trânsito em julgado da sentença[20].

3. EXPLANAÇÃO DO JULGADO NO RESP. 1.581.505/SC

No caso do REsp n. 1.581.505/SC julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, a ré, Marina Cristhiane de Freitas Faoro, alegava que havia adimplido substancialmente a sua obrigação, mesmo admitindo não ter pago mais de 30% do valor total estipulado no contrato de promessa de compra e venda. Ressaltando que diversos outros tribunais decidiam que a teoria poderia incidir quando houvesse o devedor arcado com mais de 60% do valor avençado, e que o acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina estaria equivocado ao conceber que tal doutrina só poderia ser aplicada diante de um adimplemento mínimo de 70% do total do estipulado. Contudo, o STJ, assim como o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, chegou à conclusão que se sobressaia de fato, no caso concreto, o inadimplemento. Assim, por unanimidade, foi negado provimento. Na esteira do voto do Relator Antonio Carlos Ferreira, "neste caso, o que se pode adjetivar de substancial é a inadimplência da recorrente, e não a parcela que cumpriu da avença. O débito superior a um terço do contrato de mútuo, incontroverso, jamais poderá

[18] BUSSATTA, Eduardo Luiz. op. cit., p. 96.

[19] Art. 474. A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial.

[20] BUSSATTA, Eduardo Luiz. op. cit., p. 97.

ser considerado irrelevante ou ínfimo"[21].

Na primeira instância, a promitente vendedora, Adibens Administradora de Bens Ltda., havia ajuizado a ação objetivando rescindir o contrato de promessa de compra e venda hora firmado com a promitente compradora. Neste, a primeira se obrigava a fornecer um imóvel, enquanto que a segunda deveria pagar-lhe certo valor, o qual havia parcelado. Todavia, a devedora deixou de adimplir um certo número de parcelas, continuando inerte mesmo quando foi notificada e constituída em mora. Outrossim, a autora pedia a reintegração na posse do imóvel sobre o qual recaia o litígio, o valor advindo da cláusula penal e mais indenização pela ocupação do imóvel.

Em sua contestação a demandada invocou a incidência da teoria do adimplemento substancial, alegando que, o que deixara de adimplir era pouco frente ao total já adimplido. Ela pugnou, ainda, pela aplicação do Código de Defesa do Consumidor em relação aos pedidos condenatórios e requisitou a restituição do que já havia adimplido.

O juiz de primeira instância não acolheu nenhum dos pedidos formulados pela promitente vendedora, porquanto Marina Cristhiane já havia saldado 84,36% do valor, acreditando assim não caber o direito potestativo a rescisão do contrato. Além disso, concluiu que a Adibens poderia ajuizar uma outra ação para demandar as parcelas não pagas, esta então recorreu alegando que, na verdade, aquilo que não fora adimplido ia além de 50% do total expresso no instrumento contratual, não sendo o adimplemento da cocontratante substancial.

Quando o recurso foi julgado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, a decisão foi no sentido de que o inadimplemento teria sido de mais de 30% do valor do contrato e, por isso, foi rejeitada a aplicação da teoria do adimplemento substancial, devendo a ré indenizar a autora em relação à ocupação do imóvel. Entretanto, o recurso foi provido apenas parcialmente, pois foi afastado o pagamento dos valores adicionais solicitados pela demandante e a devolução da importância das parcelas já saldadas, já que no último caso deveria ter sido pleiteada a pretensão via reconvenção, contrariamente ao modo que fora feito, como forma de defesa.

O ponto mais expressivo desse recurso especial para o tema retratado neste artigo, foi a nova perspectiva trazida para a "teoria do adimplemento substancial" no Brasil. Isso porque, anteriormente, não

[21] STJ, **Resp 1.581.505**/SC. op. cit., p. 11.

havia nenhum critério jurisprudencial de tribunal superior para se acolher a aplicabilidade de tal teoria, voltando-se normalmente a uma análise puramente numérica do inadimplemento e ao princípio da boa-fé objetiva.

Já no REsp n. 1.581.505/SC o relator apontou três requisitos que julgou necessários à aplicação da "teoria do adimplemento substancial", estampados na ementa do acórdão. São eles:

> i) a existência de expectativas legítimas geradas pelo comportamento das partes; ii) o pagamento faltante há de ser ínfimo em se considerando o total do negócio; iii) deve ser possível a conservação da eficácia do negócio sem prejuízo ao direito do credor pleitear a quantia devida pelos meios ordinários[22].

Embora tais parâmetros reflitam alguns pontos teóricos já consolidados na aplicação da teoria do adimplemento substancial no Brasil, cumpre salientar que o Superior Tribunal de Justiça perdeu uma boa oportunidade de delimitar de maneira mais precisa e efetiva o âmbito de incidência do referido instituto, como será exposto a seguir.

4. CRÍTICA À APLICABILIDADE DOS REQUISITOS ESTABELECIDOS

4.1 Requisito I: a existência de expectativas legítimas geradas pelo comportamento das partes.

Fundada no princípio da autonomia privada, a liberdade de contratar é o que permite às partes moldarem suas relações jurídicas da maneira que lhe sejam mais adequadas, dentro dos parâmetros da legalidade e nos limites da função social do contrato, como estabelece a nova redação do art. 421 do Código Civil[23]. Na formação do vínculo jurídico entre os contratantes a celebração de um acordo leva ao estabelecimento de uma obrigação a ser cumprida, objetivando alcançar as legítimas expectativas do credor quando da contratação.

Neste sentido, segundo Aline Terra e Gisela Sampaio, o primeiro requisito apontado na ementa do julgado não trouxe nenhuma inovação ao ordenamento jurídico ou às possibilidades de aplicação da

[22] STJ, **REsp n. 1.581.505**/SC. op. cit., p. 9-10.

[23] Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.

teoria. Isso porque, na realidade, o credor sempre possuirá legítimas expectativas, baseadas no comportamento do devedor, no sentido de que a obrigação será cumprida e que será alcançado o perfeito adimplemento[24]. Como escreve Lucas Gaspar Ferreira Martins:

> Na grande maioria dos casos, as obrigações são espontaneamente cumpridas, isto é, realizada voluntariamente a prestação, a obrigação preenche, em regra, a sua função, satisfazendo, através do meio próprio (cumprimento) o interesse do credor e liberando o devedor do vínculo a que se encontrava adstrito. Nascida a relação obrigacional, esta se desenvolve para o seu fim, ou seja, para o adimplemento, também chamado mais estritamente de 'cumprimento', 'execução', 'pagamento[25].

Ainda, aponta Rogério Lauria Marçal Tucci que "o adimplemento é considerado o fim objetivamente perseguido, mas não a qualquer custo, pois a finalidade econômico-social não é exclusivamente tutelada, já que há necessidade de respeito ao princípio da boa-fé"[26]. As legítimas expectativas existentes, vale dizer, desde o surgimento do pactuado entre os contratantes devem seguir os ditames da boa-fé objetiva no sentido de sempre buscar, também, o adimplemento da obrigação de forma plena, não havendo um interesse egoístico por parte do credor. O interesse, justificado pelas legítimas expectativas, é elemento subjetivo componente do adimplemento, devendo ser observado diante do que ficou estabelecido entre as partes com fundamento no princípio da boa-fé objetiva que, para Clóvis do Couto e Silva atua:

> [...]como uma máxima objetiva que determina aumento de deveres, além daqueles que a convenção explicitamente constitui. Endereça-se a todos os partícipes do vínculo e pode, in-

[24] TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz**.** Adimplemento substancial e tutela do interesse do credor: análise da decisão proferida no REsp1.581.505. Belo Horizonte: **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 11, jan/março 2017. p. 106. Disponível em: rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/viewFile/10/9. Acesso em: 20 mar. 2020.

[25] MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira - **Mora, inadimplemento absoluto e adimplemento substancial das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 21.

[26] TUCCI, Rogério Lauria Marçal. A**dimplemento: conceito e natureza jurídica.** Revista dos Tribunais: Revista de Direito Civil Contemporâneo, v. 10/2017, DTR\2017\478. p. 51 – 72. Disponível em: http://www.revistadostribunais.com.br. Acesso em: 19 mar. 2018.

> clusive, criar deveres para o credor, o qual, tradicionalmente, era apenas considerado titular de direitos[27].

Diante do surgimento das expectativas criadas pelo credor, a boa-fé objetiva também atua para que estas expectativas sejam legítimas. Ruy Rosado Aguiar assegura que "o princípio da boa-fé impõe aos contratantes o dever de agir de modo a assegurar à contra parte a plena realização das legítimas expectativas derivadas do contrato"[28]. Nesse sentido, a boa-fé é entendida como cláusula geral que busca o afastamento da visão individualista do contrato para se direcionar a uma visão social econômica. Trata-se de verdadeiro meio de controle de ações abusivas provenientes das partes, criando também para o credor uma série de deveres em prol da cooperação ao alcance do adimplemento[29].

A boa-fé objetiva é tomada como verdadeiro modelo de comportamento ético, não se afastando do controle das legítimas expectativas das partes. Pelo contrário, regula o emaranhado de comportamentos, de modo a atribuir valoração ética e limitando abusos em decorrência de possíveis interesses individualistas. Para Caio Mário a boa-fé:

> [...] não diz respeito ao estado mental subjetivo do agente, mas sim ao seu comportamento em determinada relação jurídica de cooperação. O seu conteúdo consiste em um padrão de conduta, variando as suas exigências de acordo com o tipo de relação existente entre as partes[30].

Carlos Roberto Gonçalves leciona que a boa-fé deve sempre estar presente nas tratativas, durante a formação e cumprimento do contrato. Ela impõe aos contratantes padrão de conduta a ser seguido, quais sejam: honestidade, probidade e lealdade são alguns dos aspectos que acompanham o comportamento das partes e dão respaldo legal à existência das suas legítimas expectativas[31].

Não obstante, tem-se a boa-fé como fundamento primeiro

---

[27] COUTO E SILVA, Clóvis V. do. op. cit., p. 33.

[28] AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *In*: LIMA, Aline Bueno Antocheves. A teoria do adimplemento substancial e o princípio da boa-fé objetiva**. Revista eletrônica do curso de direito da UFSM**. Santa Maria, v. 2, n. 2, p. 19, 2007.

[29] CORRÊA, Bruna Gomide. **Adimplemento substancial: um limite à resolução dos contratos**. Trabalho de conclusão de curso. Universidade Federal de Uberlândia. Uberlândia: 2018. p. 71.

[30] PEREIRA ,Caio Mario da Silva**.** op. cit., p. 18.

[31] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unila-**

da teoria do adimplemento substancial. A análise do cabimento da aplicação da teoria passa pelo crivo da verificação do comportamento das partes dentro da relação, direcionadas ao adimplemento da obrigação. Afinal, o instituto do adimplemento substancial visa impedir que o credor se utilize de meios abusivos para extinguir a relação contratual, a fim de manter o equilíbrio quando apenas parte ínfima da obrigação não foi adimplida pelo credor tendo este agido de boa-fé[32].

Esse equilíbrio não diz respeito apenas ao valor quantitativo da parcela que restou inadimplido. O equilíbrio deve ser apto a conciliar os interesses das partes de maneira a satisfação do crédito, além de observar se o devedor agiu de maneira a sempre buscar o adimplemento absoluto do pactuado e não buscou apenas adimplir com aquilo que considerou suficiente ao alcance das legítimas expectativas do credor[33].

Diante da verificação da existência de legítimas expectativas resguardadas pela boa-fé objetiva é que levam à necessidade de se tecerem críticas a este requisito. A existência de legítimas expectativas reguladas pela boa-fé objetiva é entendimento pacífico da doutrina e é, consequentemente, esperada após a firmação de uma obrigação. Apontar a necessidade de existirem legítimas expectativas como requisito à aplicação da teoria do adimplemento não é criar mecanismo inovador de análise à utilização desta em casos concretos, mas, repisar o que a doutrina vem ensinando já há algum tempo a respeito de toda e qualquer relação obrigacional.

4.2 Requisito II: o pagamento faltante há de ser ínfimo em se considerando o total do negócio

O segundo requisito elencado pelo relator no REsp n. 1.581.505/SC, é complexo e problemático, uma vez que é percebida na doutrina a tendência em diferenciar os requisitos em quantitativos e qualitativos, visando ao exame da aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial.

Tal entendimento foi estampado no Enunciado n. 586 da VII Jornada de Direito Civil: "Para a caracterização do adimplemento

---

terais. ed. 11. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 40.

[32] CORRÊA, Bruna Gomide. op. cit., p. 75.

[33] TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz**.** op. cit., p. 107.

substancial (tal qual reconhecido pelo Enunciado 361 da IV Jornada de Direito Civil - CJF), levam-se em conta tanto aspectos quantitativos quanto qualitativos". Ademais, Flávio Tartuce[34], a partir de decisão da Corte de Cassação italiana trazida por Giuseppe Chiné, explica que na doutrina e jurisprudência italianas são seguidos dois parâmetros: um objetivo – através de uma perspectiva econômica do inadimplemento dentro daquele contrato – e outro subjetivo – voltado aos cocontratantes e o modo como a relação jurídica se desenvolveu entre eles.

Contudo, uma breve leitura do segundo requisito apontado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior – entendido este como qualitativo – conduz a um entendimento contrário, visto que, em verdade, observar se o pagamento faltante foi ínfimo em consideração ao total do negócio é um exame de cunho quantitativo e não qualitativo.

Além disso, vale apontar que em seu voto o Ministro Antonio Carlos Ferreira reconhece que a Corte não vem utilizando indicadores uniformes quanto à análise quantitativa dos casos em que se é debatido a aplicabilidade da doutrina do adimplemento substancial, e por isso frisa a relevância de outros meios de avaliação. Assim, recorre então ao precedente firmado no REsp n. 76.362/MT para invocar os três requisitos delimitados pelo Ministro Ruy Rosado.

Todavia, ao examinar o caso, o Ministro Antonio Carlos Ferreira acaba seguindo a mesma tendência que criticara, na medida em que também só observou a situação a partir de uma ótica quantitativa, posto que em vários trechos de seu voto, para afirmar a não aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial, retratou que:

> Não há falar em aplicação da teoria do adimplemento substancial quando verificado que a dívida da promitente compradora *alcança mais de 30% do valor da avença*, [...] deixando a promitente-compradora de pagar quase *um terço das parcelas* avençadas no respectivo contrato, afigura-se evidente o seu inadimplemento (grifo nosso)[35].

Mesmo explicando que naquele caso específico "[...] não estão presentes os requisitos para a aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial, conclusão a que se chega tão só pelo exame do critério

[34] TARTUCE, Flávio. **Direito Civil:** teoria geral dos contratos e contratos em espécie , v. 3, 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 370.
[35] STJ, **REsp n. 1.581.505**/SC. op. cit., p. 3.

quantitativo, cujo relevo dispensa perquirir os demais elementos do negócio jurídico e de sua execução."[36]. Trata-se de raciocínio que pode vir a ser prejudicial se generalizado e for seguido em outros casos, já que pode acabar por incentivar ainda mais o emprego somente do critério quantitativo. Isto porque, considerando-se que o magistrado afirma haver na jurisprudência oscilação numérica do inadimplemento que permitiria a invocação da teoria, muitas vezes outros aplicadores da lei podem vir a dispensar a mesma, ainda que esta fosse cabível, por entenderem tal valor de grande "relevo", conclusão esta que poderia ser diferente se examinados os critérios qualitativos.

Para ilustrar tal crítica, basta observar o próprio caso, pois quando tramitava o processo em primeira instância o juiz competente por julgá-lo entendeu ser substancial o adimplemento e decidiu em favor da ré, desfecho este que não se sucedeu nas outras instâncias, já que as outras decisões compreenderam a porcentagem do inadimplemento como substancial, sendo então perceptível a inconstância de resultados advindos de um mesmo dado numérico. Logo, o critério quantitativo por si só, quanto ao valor do inadimplemento diante do magistrado, mostra-se insuficiente dada a variabilidade de sua interpretação, levando, por conseguinte, a decisões divergentes que acabam por abalar a segurança jurídica.

Como explica o Anderson Schreiber:

> O atual desafio da doutrina está em fixar parâmetros que permitam ao Poder Judiciário dizer, em cada caso, se o adimplemento afigura-se ou não significativo, substancial. À falta de suporte teórico, as cortes brasileiras têm se mostrado tímidas e invocado o adimplemento substancial apenas em abordagem quantitativa. A jurisprudência tem, assim, reconhecido a configuração de adimplemento substancial quando se verifica o cumprimento do contrato 'com a falta apenas da última prestação', ou o recebimento pelo credor de '16 das 18 parcelas do financiamento', ou a 'hipótese em que 94% do preço do negócio de promessa de compra e venda de imóvel encontrava-se satisfeito'. Em outros casos, a análise judicial tem descido mesmo a uma impressionante aferição percentual, declarando substancial o adimplemento nas hipóteses 'em que a parcela contratual inadimplida representa apenas 8,33% do valor total das prestações devidas', ou de pagamen-

[36] STJ, **REsp n. 1.581.505**/SC. op. cit., p. 11.

> to 'que representa 62,43% do preço contratado.
>
> Por outro lado, com base no mesmo critério percentual – e às vezes no mesmo percentual em si – as cortes brasileiras têm negado a aplicação da teoria ao argumento de que 'o adimplemento de apenas 55% do total das prestações assumidas pelo promitente comprador não autoriza o reconhecimento da execução substancial do contrato', ou que 'o pagamento de cerca de 43% contraindica a hipótese de adimplemento substancial', ou ainda que 'a teoria do adimplemento substancial do contrato tem vez quando, como o próprio nome alude, a execução do contrato abrange quase a totalidade das parcelas ajustadas, o que, por certo, não é o caso do pagamento de apenas 70%.'
>
> Pior que a disparidade entre decisões proferidas com base em situações fáticas semelhantes – notadamente, aquelas em que há cumprimento quantitativo de 60 a 70% do contrato –, o que espanta é a ausência de uma análise qualitativa, imprescindível para se saber se o cumprimento não integral ou imperfeito alcançou ou não a função que seria desempenhada pela relação obrigacional em concreto. Em outras palavras, urge reconhecer que não há um parâmetro numérico fixo que possa servir de divisor de águas entre o adimplemento substancial ou o inadimplemento *tout court*, passando a aferição de substancialidade por outros fatores que escapam ao mero cálculo percentual (grifo do autor)[37].

No mesmo diapasão, mas se referindo ao precedente em análise, a professora Aline Terra relata que:

> Já o segundo requisito indicado – o pagamento faltante há de ser ínfimo se comparado com o total do negócio – parece falho, porque não absorve a crítica feita pelo próprio Relator no sentido de que a mera análise quantitativa, por si só, não se afigura suficiente. Para a aplicação da teoria, muito mais importante do que a análise quantitativa é a análise qualitativa, levando-se em consideração o interesse concreto do credor e as circunstâncias que cercam aquele específico programa contratual. Assim, ao apontar como requisito da teoria apenas o

[37] SCHREIBER, Anderson. **A boa- fé objetiva e o adimplemento substancial**. Direito contratual. Temas atuais. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes e TARTUCE, Flávio. São Paulo: Método, 2008. p. 140.

> critério quantitativo, a indicação é insuficiente e, a bem da verdade, imprecisa. Nesse sentido, a ementa da decisão simplesmente não traduz o entendimento do Relator a respeito dos pressupostos de aplicação da teoria[38].

Destarte, ainda que a boa-fé objetiva seja princípio basilar do Direito Civil brasileiro e fundamento *per si* da doutrina do adimplemento substancial no Direito pátrio[39], urge a necessidade de a jurisprudência e a doutrina fixarem requisitos auxiliares com o fito de melhor delimitar situações em que recorrer a tal teoria seria cabível.

Isto fica ainda mais claro ao se contemplar o direito comparado, porquanto os parâmetros qualitativos apontados em alguns estudos e precedentes estrangeiros são mais eficazes, no sentido de uma identificação mais precisa da ocorrência de situações fáticas em que incide a teoria do adimplemento substancial, ou não. Veja-se, por exemplo, o caso do direito italiano, em que, de acordo com o Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, a jurisprudência observa três elementos como meio de caracterizar o inadimplemento *de não escassa importância*, são eles:

> [...] a jurisprudência e a doutrina italianas têm fixado três critérios para definir o que seja inadimplemento de não escassa importância, em vista do interesse da outra parte: ou se leva em consideração (a) a causa do contrato ou (b) o equilíbrio das prestações, ou (c) os motivos individuais expressos ou implícitos. A opinião largamente aceita na doutrina recomenda que a importância do adimplemento seja aferida segundo critério objetivo, fundado na equivalência entre prestação e contraprestação[40].

O mesmo acontece na Alemanha, onde para caracterização de tal teoria é necessário, além dos requisitos normativamente retratados: (a) que a contraparte consiga tirar proveito das prestações já executadas (b) o exame da dimensão do inadimplemento deve ter como critério

---

[38] TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. op. cit., p. 106.

[39] LIMA, Aliciene Bueno Antocheves de . A teoria do adimplemento substancial e o princípio da boa-fé
Objetiva. **Revista Eletrônica do Curso de Direito Da UFSM**. Santa Maria, v. 2, n. 2, jul. 2007, p. 75-84.

[40] AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**: resolução. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2003. p. 101.

objetivo o fim do contrato[41].

Tais critérios, contrariamente aos citados no REsp n. 1.581.505/SC, complementam a fundamentação da teoria do adimplemento substancial na boa-fé objetiva, pois expressam maior preocupação em saber se a finalidade do contrato foi atingida e se o sinalagma não foi fortemente comprometido pela parte faltante, intenção esta insculpida também na justificativa do retromencionado Enunciado n. 586 da VII Jornada de Direito Civil:

> A jurisprudência brasileira, com apoio na doutrina (Enunciado 361 da IV JDC - CFJ), já absorveu a teoria do adimplemento substancial, que se fundamenta no ordenamento brasileiro na cláusula geral da boa-fé objetiva. Superada a fase de acolhimento do adimplemento substancial como fator limitador de eficácias jurídicas, cabe ainda a tarefa de delimitá-lo conceitualmente. Nesse sentido, entende-se que ele não abrange somente "a quantidade de prestação cumprida", mas também os aspectos qualitativos da prestação. Importa verificar se a parte adimplida da obrigação, ainda que incompleta ou imperfeita, mostrou-se capaz de satisfazer essencialmente o interesse do credor, ao ponto de deixar incólume o sinalagma contratual. Para isso, o intérprete deve levar em conta também aspectos qualitativos que compõem o vínculo[42].

Outra questão a ser considerada é que o relator não expôs unicamente os parâmetros enumerados no REsp n. 76.362/MT, mas também os utilizados pelos tribunais ingleses, o que até certo ponto é relevante, considerando-se que o surgimento da teoria do adimplemento substancial ocorreu na *Common Law*. Entretanto, isto acabou por criar outro ponto controverso no debate, já que o Ministro Raul Araújo, em seu voto, demanda um melhor posicionamento do Ministro Antonio Carlos Ferreira a respeito de se os requisitos qualitativos a serem seguidos seriam os dos precedentes pátrios ou do Direito Inglês, visto que ambos foram trazidos pelo relator.

Sua Excelência destaca na ementa que nos leu, ou a de exi-

---

[41] SILVA, Vivien Lys Porto Ferreira da. **Adimplemento Substancial**. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Pontificia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2006. p. 43-47.

[42] AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **VII Jornada de Direito Civil**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2015. p. 23-24.

> girmos os requisitos que são apontados às fls. 8 de seu voto, como os que atualmente são adotados no Direito inglês, que formula três requisitos: a) a insignificância do inadimplemento – que é bem objetivo; b) - a satisfação do interesse do credor – esse que é o ponto nodal que distingue a aplicação da teoria em relação ao Direito inglês, parece que é o que nossos precedentes apontam, que é a possibilidade de que o credor tenha o seu crédito satisfeito com a aplicação da teoria, e não que se permita que ele vá por outros meios ainda buscar a satisfação dos seus direitos[43].

Os requisitos ingleses, mesmo que não ideais, se mostram mais bem alicerçados que os brasileiros. Isto porque "a insignificância do inadimplemento" pode ser entendida não como um critério quantitativo somente, mas um exame que o juiz deve fazer pensando se perante aquela relação jurídica o impacto do inadimplemento comprometeu de modo fatal a reciprocidade entre as prestações[44]. O segundo critério já foi perfeitamente comentado pelo Ministro Araújo na citação acima retratada. Por fim, o último critério "c) diligência por parte do devedor no desempenho de sua prestação, ainda que a mesma se tenha operado imperfeitamente" é advindo da própria boa-fé objetiva, sendo muito importante para distinguir situações em que o devedor até pode adimplir integralmente, mas escolhe não prestar aquela ínfima parcela por entender que pode escudar-se na teoria do adimplemento substancial, já que quando o caso é analisado apenas sob o viés quantitativo e se percebe que a parte faltosa é diminuta, a má-fé do devedor pode passar despercebida, frustrando assim a boa-fé objetiva e consequentemente a própria teoria, já que a primeira lhe serve de base[45].

---

[43] STJ, **REsp n. 1.581.505**/SC. op. cit., p. 15.

[44]CHUEIRI, Rodrigo Cunha. **Adimplemento substancial:** análise crítica de parâmetros para aplicação no direito brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2014. p . 97.

[45] VIEIRA, Laírcia. Crítica a aplicação da teoria do adimplemento substancial. **DIREITO DIÁRIO**, 2016. Disponível em:< https://direitodiario.com.br/adimplemento-substancial/>. Acesso em: 24 fev. 2020.

4.3 Requisito III: Deve ser possível a conservação da eficácia do negócio jurídico sem prejuízo ao direito do credor de pleitear a quantia devida pelos meios ordinários

De acordo com a sistemática do Código Civil, o inadimplemento de uma obrigação pode ocorrer por duas formas: inadimplemento relativo, parcial ou mora e pelo inadimplemento total ou absoluto. O inadimplemento relativo é aquele em que houve um atraso no cumprimento da obrigação, não impossibilitando o seu cumprimento futuramente. Já o inadimplemento absoluto se dá quando a obrigação não mais pode ser cumprida, tornando inútil a realização para o credor[46]. Assim, o critério de distinção entre as duas categorias é a utilidade que resta para o credor, informação que pode ser retirada do art. 395 do Código Civil[47].

Mais precisamente, a mora é compreendida como o "atraso, retardamento ou a imperfeita satisfação obrigacional"[48]. Prevista no art. 394 do Código Civil, "considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer." Diante disso, o terceiro requisito estampado na ementa do julgado diz respeito às possibilidades de o credor buscar, através de meios lícitos, o recebimento da parcela faltante do pagamento diante da aplicação da teoria do adimplemento substancial.

Para compreender melhor a crítica que aqui se faz a este último requisito, é importante entender que a teoria do adimplemento se aplica nos casos em que a mora resta configurada. Segundo Aline Terra e Gisela Sampaio, este requisito nada mais é do que um efeito relativo à mora, ou seja, a teoria se aplica nos casos em que resta configurada a mora do devedor e não o inadimplemento absoluto. A análise da "teoria do adimplemento substancial" ocorre em situações de mora, visto que o credor, na busca pelo cumprimento da obrigação, vê o devedor em atraso com

---

[46] TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forence, 2018. p. 480.

[47] Art. 395. Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

[48] TARTUCE, Flávio. op. cit., p. 483.

sua obrigação contratual[49].

> É, com efeito, no campo da mora que se impõe a análise da Teoria do Adimplemento Substancial; a discrepância entre a prestação efetivamente executada e a prestação devida não impede, no contexto da concreta relação contratual, a possibilidade de satisfação do interesse do credor, consubstanciado na realização do resultado útil programado[50].

Em seu voto, o Ministro Raul Araújo apontou para o que esta crítica almeja apresentar. Segundo ele, a possibilidade de o credor buscar o recebimento da parte faltante é o que sempre se esperou, pois, caso contrário colocaria "o devedor em uma situação confortável, porque o Judiciário o isenta completamente de pagar aquela parcela ínfima que deve, que ainda deve, [...]"[51]. Asseveram Aline Terra e Gisela Sampaio: "a importância do adimplemento substancial está justamente em impedir a resolução contratual, mas isso não significa que as parcelas descumpridas não serão pagas e arcadas pelo credo"[52].

Não obstante, o Ministro Raul Araújo ainda aponta que duas são as possibilidades de o credor pleitear a parcela faltante do pagamento diante da aplicação da teoria. Quando nos casos em que restar a mora, o credor pode, através de ação autônoma, buscar o que lhe falta, sendo esta a primeira opção já presente nos precedentes da Corte. Numa segunda opção, inspirada no direito inglês, o Judiciário, diante da aplicação da teoria, verificaria a possibilidade do credor se satisfazer quanto aos seus interesses. Entretanto, a questão central é que, ao estabelecer este requisito aqui discutido, estar-se-ia apenas dando ao credor o direito de perseguir seus próprios interesses através de uma ação autônoma, sem a satisfação do interesse do credor. Assim, a primeira opção apontada não é novidade no ordenamento jurídico brasileiro, como aponta o Ministro Raul Araújo.

> Temos duas maneiras de aceitar a aplicação da teoria, parece-me, de acordo com o voto do eminente Ministro Relator:

---

[49] TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz**.** op. cit., p.106.
[50] Ibid., p. 106.
[51] STJ, **REsp n. 1.581.505**/SC. op. cit., p.14.
[52] LIMA, Adaut Sacchi D'Albuquerque. T**eoria do adimplemento substancial na defesa contratual do consumidor**. Monografia de conclusão de curso. Centro Universitário de Brasília: Brasília, 2013. p. 41.

> uma, considerando o contrato praticamente cumprido e ensejando ao credor que ainda vá buscar, por outros meios, em outra ação, o ressarcimento dessa parte, que é insignificante, do inadimplemento. Essa é a opção "a", que vem sendo adotada nos nossos precedentes. A opção seguinte, que é aquela apontada no Direito inglês pelo eminente Relator, é a que exige que, na hipótese de que o Judiciário esteja aplicando a teoria, haja a possibilidade de satisfação do interesse do credor. Não vamos nessa segunda hipótese deixar que o credor ainda vá buscar em outra ação a satisfação daquela parcela insignificante. Teremos que encontrar uma forma, ou o devedor deverá encontrar uma forma de satisfazer aquele seu inadimplemento insignificante no próprio caso em que tratada a questão. Por exemplo, abre-se o prazo de tantos dias para ele adimplir
>
> Porque, se colocarmos na ementa que os requisitos são aqueles que vêm apontados pelo eminente Relatos, de acordo com os nossos precedentes, estaremos optando por apenas dar ao credor o direito de ainda perseguir os seus interesses, mas não estaremos satisfazendo o interesse do credor. Isso é bem diferente da opção adotada no Direito Inglês, em que se aplica a teoria por constatar ser possível a completa satisfação do interesse do credor[53].

Diante disso, o terceiro requisito fixado no Resp. n. 1.581.505 não configura um filtro propriamente dito à aplicação da teoria do adimplemento substancial. Isso porque, a possibilidade de o credor procurar outros meios para o recebimento do restante em aberto, sem abrir mão dos eventuais danos a ele causados, é na verdade uma consequência automática da ocorrência da mora do devedor em adimplir com o pactuado originalmente[54].

CONCLUSÃO

É indiscutível a importância do Superior Tribunal de Justiça na delimitação de novos meios eficazes à aplicação dos institutos jurídicos, como é o caso do adimplemento substancial. Com a função de pacificar

[53] STJ, **REsp n. 1.581.505**/SC. op. cit., p. 14.
[54] TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz**.** op. cit., p. 106.

a jurisprudência nacional, o STJ é tribunal vital para a harmonização das decisões proferidas pelos tribunais ao longo do território nacional.

Ocorre que, ao julgar o Resp. n. 1.581.505/SC, a Corte estabeleceu três critérios que, na prática, contribuem pouco para a delimitação concreta do âmbito de aplicação do instituto do adimplemento substancial no direito brasileiro. A manifestação em direção ao aprimoramento da aplicação da teoria com a propositura dos requisitos, de forma mais precisa, é passo fundamental na busca pela coerência das decisões proferidas. Porém, como ficou evidenciado, os requisitos apontados não lograram êxito como poderia ter ocorrido.

Em primeiro lugar, a legítima expectativa gerada pelo comportamento das partes é consequência esperada em todas as relações nas quais ficam estipuladas o cumprimento de uma obrigação. E que, ambas as partes do sinalagma, quais seja: credor e devedor devem agir de maneira a se alcançar o que restou estipulado dentro dos ditames da boa-fé objetiva.

Em segundo lugar, o entendimento o qual o pagamento faltante deve ser ínfimo em comparação ao total do negócio não é capaz de abarcar profundas minúcias da aplicação da teoria, por se tratar de requisito meramente quantitativo. O já citado voto do Ministro Relator apontou para a necessidade de se estipularem critérios qualitativos de análise da aplicação da teoria, mas, no momento da definição dos requisitos, esses não compuseram a tríade proposta. O fato é, cada vez mais, torna-se imprescindível a perquirição por elementos qualitativos capazes de averiguar os interesses do credor e as especificidades que cerceiam cada caso.

Em terceiro lugar, a existência de meios com os quais o credor possa buscar o recebimento do que não foi adimplido nada mais é, como foi justificado neste trabalho, do que uma consequência da incidência da mora no contrato. Apontar este corolário como requisito não é uma maneira de inovar o ordenamento, mas, apenas repisar o que já é positivado como regra geral.

Por não ser um instituto previsto na legislação brasileira, o adimplemento substancial necessita do apontamento de requisitos à sua aplicação, como se verifica em diversos outros ordenamentos. A iniciativa do Superior Tribunal de Justiça de apontar caminhos mais seguros à incidência da teoria é passo relevante na busca pela segurança jurídica e a concretização dos princípios norteadores em nosso ordenamento.

Ficará a cargo deste prestigiado Tribunal, portanto, aprofundar futuramente a discussão acerca desses requisitos e suas reais contribuições como parâmetros indispensáveis à aplicação da "teoria do adimplemento substancial". Somente após cuidadosa perquirição é que poderão ser delimitados aqueles que serão elementos essenciais à concretização do instituto, buscando manter o equilíbrio entre as partes e a manutenção do contrato, sem prejuízos ao credor e às legítimas expectativas geradas.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**: **resolução**. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2003.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **VII Jornada de Direito Civil**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2015.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *In*: LIMA, Aline Bueno Antocheves. A teoria do adimplemento substancial e o princípio da boa-fé objetiva**. Revista eletrônica do curso de direito da UFSM**. Santa Maria, v. 2, n. 2, p. 75-84, 2007.

BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 60-77, 1993.

BUSSATTA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CHUEIRI, Rodrigo Cunha. **Adimplemento substancial:** análise crítica de parâmetros para aplicação no direito brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2014.

CORRÊA, Bruna Gomide. **Adimplemento substancial: um limite à resolução dos contratos**. Trabalho de conclusão de curso. Universidade Federal de Uberlândia. Uberlândia: 2018.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A Obrigação como Processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

COUTO E SILVA, Clóvis do. O Princípio da Boa-Fé no Direito Brasileiro e Português. *In:* **Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português**. São

Paulo: RT, 1980.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: contratos**. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

FERREIRA, Antônio Carlos. A interpretação da doutrina do adimplemento substancial (Parte 1). **CONJUR**, 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-fev-09/direito-civil-atual-interpretacao-doutrina-adimplemento-substancial-parte>. Acesso em: 24 fev. 2020.

FRANCISCO, Luiz Felipe Miranda de Medeiros; FRANCISCO, Carolina Cardoso. Adimplemento substancial e resolução dos contratos necessidade de fixação de um critério unificado. **Revista Quaestio Iuris**. Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, p. 195-213, 2013. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/9585/7420. Acesso em: 24 fev. 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro:** contratos e atos unilaterais. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LIMA, Adaut Sacchi D'Albuquerque. **Teoria do adimplemento substancial na defesa contratual do consumidor**. Monografia de conclusão de curso. Centro Universitário de Brasília: Brasília, 2013.

LIMA, Aliciene Bueno Antocheves de. A teoria do adimplemento substancial e o princípio da boa-fé Objetiva. **Revista Eletrônica do Curso de Direito Da UFSM**. Santa Maria**,** v. 2, n. 2, p. 75-84, jul. 2007.

MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira - **Mora, inadimplemento absoluto e adimplemento substancial das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 16. ed, v. III. São Paulo: Forense, 2012.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito** Civil. 29. ed, v. II, 2017. São Paulo: Saraiva, 2017.

SCHREIBER, Anderson. **A boa- fé objetiva e o adimplemento substancial**. Direito contratual. Temas atuais. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes e TARTUCE, Flávio. São Paulo: Método, 2008.

SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento: Adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro, v. 8, n. 32, 2007.

SILVA, Vivien Lys Porto Ferreira da. **Adimplemento Substancial**. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Pontificia Universidade

Católica de São Paulo. São Paulo, 2006.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forence, 2018.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil:** teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 14. ed, v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Adimplemento substancial e tutela do interesse do credor: análise da decisão proferida no REsp1.581.505. Belo Horizonte: **Revista Brasileira de Direito Civil**, v.11, jan/março 2017. Disponível em: rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/viewFile/10/9. Acesso em: 20 mar. 2020.

TUCCI, Rogério Lauria Marçal. **Adimplemento: conceito e natureza jurídica.** Revista dos Tribunais: Revista de Direito Civil Contemporâneo, v. 10/2017, DTR\2017\478, p. 51 – 72. Disponível em: http://www.revistadostribunais.com.br. Acesso em: 19 mar. 2018.

VIEIRA, Laírcia. Crítica a aplicação da teoria do adimplemento substancial. **DIREITO DIÁRIO**, 2016. Disponível em:< https://direitodiario.com.br/adimplemento-substancial/>. Acesso em: 24 fev. 2020.

A TEORIA DA ONEROSIDADE EXCESSIVA E O REQUISITO DE EXTREMA

VANTAGEM NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ

Mariana Stehling Lara Carvalho[1]

Resumo: este artigo tem por objetivo analisar o requisito de extrema vantagem positivado pelo artigo 478 do Código Civil e verificar em que medida ele limita a aplicação da teoria da onerosidade excessiva no caso concreto. A investigação verifica se a interpretação do requisito está vinculada à literalidade dos termos do artigo 478 ou se há margem interpretativa para a sua flexibilização. Para tanto, foi pesquisada a doutrina brasileira e a jurisprudência do STJ sobre o tema, com especial enfoque nos julgados sobre os contratos de *leasing* e os contratos de compra e venda de safra futura, de modo que foi possível concluir a omissão do STJ na fixação do conceito de extrema vantagem. Com isso, propõe-se a flexibilização do requisito, com vistas a afastar seu caráter restritivo e ampliar o escopo de incidência da teoria, especialmente no contexto de pandemia do coronavírus, que apresenta a necessidade de revisão de diversos contratos.

Palavras-chave: contratos, coronavírus ("Covid-19"), onerosidade excessiva.

INTRODUÇÃO

O presente artigo se dedica à análise da teoria da onerosidade excessiva no recorte temático de um dos requisitos necessários para a sua incidência, a extrema vantagem verificada pela contraparte[2].

A relevância desse tema se coloca à medida que, enquanto insti-

[1] Graduanda do curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Membro da Equipe de Arbitragem da PUC/MG. Estagiária no Escritório Tolentino Advogados.

[2] Para a condução do recorte temático proposto neste artigo, decidiu-se excluir da análise as relações consumeristas regidas pelo Código de Defesa do Consumidor.

tuto relativamente recente no direito brasileiro, positivado por meio do Código Civil de 2002, ainda não é certo o real conceito de vantagem obtida por uma das partes no contexto de uma relação contratual desequilibrada por um fato superveniente e imprevisível.

Pode a vantagem ser interpretada como a simples ausência de ônus decorrente do fato gerador do desequilíbrio contratual? Ou o conceito de vantagem está necessariamente vinculado à percepção de ganho econômico por uma das partes contratantes? Essas são algumas das perguntas que, por um viés doutrinário e jurisprudencial, este artigo se propõe a debater.

Sem a pretensão de esgotar o tema aqui colocado, o recorte selecionado como tema deste trabalho foi motivado pelo contexto de pandemia do coronavírus ("Covid-19") e pretende auxiliar o desenvolvimento de bases interpretativas mais flexíveis à compreensão do requisito de extrema vantagem, de modo a expandir o escopo de incidência da teoria da onerosidade excessiva no direito brasileiro.

A utilidade deste trabalho, contudo, não se restringe ao contexto de pandemia que permeia a sua redação, na medida em que a relevância da análise doutrinária e jurisprudencial deste assunto extrapola o contexto no qual este trabalho está inserido.

1. O DESEQUILÍBRIO CONTRATUAL E AS TEORIAS REVISIONISTAS - UMA PERSPECTIVA HISTÓRICA

A necessidade de reequilíbrio contratual em razão de fatos supervenientes e imprevisíveis não é tema recente no estudo jurídico e, desde o direito romano - ainda que de forma incipiente[3], demanda estudo por meio da clássica cláusula rebus sic stantibus, traduzida por Álvaro Villaça de Azevedo[4] na seguinte frase: "os contratos de trato sucessivo e com dependência de prazo (a termo) estão sujeitos ao estado das coisas existentes no momento de sua celebração".

Após um longo período de esquecimento durante as codificações oitocentistas[5], esta cláusula retornou ao estudo da doutrina e, em

[3] BORGES, N. *A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 79. Para alguns autores, o desenvolvimento da cláusula *rebus sic stantibus* se deu no direito canônico.

[4] AZEVEDO, A. V. Teoria da imprevisão e revisão judicial dos contratos. *Revista dos Tribunais*, ano 85, v. 733, p. 109-119, nov. 1996. p. 10.

[5] LEÁES, L. G. P. de B. A onerosidade excessiva no código civil. *Revista de Direito*

seu entendimento contemporâneo, determina que "os contratos de duração, ou de execução diferida podem ser revisados ou resolvidos, devido à ocorrência de fato superveniente, com algum grau de imprevisibilidade, que desequilibra a relação contratual de maneira grave"[1].

Persistindo na análise histórica do desenvolvimento da revisão dos contratos, tem-se que a 1ª Guerra Mundial foi evento de profundas alterações na estrutura social e jurídica das sociedades do século XX[2]. Os desequilíbrios causados pela guerra nas relações jurídicas privadas demandaram uma pronta intervenção do Estado a fim de coibir os abusos e reequilibrar as relações contratuais. A partir desse marco histórico, diversas foram as teorias desenvolvidas para readequar as relações contratuais desequilibradas. Dentre essas teorias, três merecem maior destaque: (i) teoria da base objetiva do negócio; (ii) teoria da imprevisão e (iii) teoria da excessiva onerosidade.

A teoria da base objetiva do negócio, resposta germânica aos desequilíbrios verificados no período pós guerra, decorre de exercício doutrinário ainda do século XIX, posteriormente incorporado pela jurisprudência e legislação germânica[3]. Por essa teoria, a base objetiva do negócio se constitui, para Karl Larenz[4], no "conjunto de circunstâncias cuja existência ou persistência está devidamente pressuposta no contrato - soubessem-no ou não as partes -, já que, se assim não fosse, não se atingiria a finalidade do contrato, o propósito das partes contratantes e a subsistência do contrato não teria sentido, fim nem objeto". Orlando Gomes[5], ao conduzir estudo sobre essa teoria, esclareceu que a base objetiva do negócio não se confunde com a reserva mental e com os motivos

---

Bancário e do Mercado de Capitais, vol. 31, p. 12-24. jan./mar. 2006. p. 3.

[1] MORAES, R. J. de. *Cláusula* "*rebus sic stantibus*". São Paulo: Saraiva, 2001. p. 30.

[2] PUGLIESE, A. C. F. Teoria da imprevisão e o novo código civil. *Revista dos Tribunais*, v. 830, dez. 2004. p. 2.

[3] FERRAZ, P. S. M. *A onerosidade excessiva na revisão e extinção dos contratos*: a concorrência na aplicação da regra dos arts. 317 e 478 do código civil vigente. São Paulo: USP, 2015. p. 22. Dissertação de mestrado.

[4] LARENZ, K. Base del negocio jurídico y cumplimento de los contratos *apud* RODOVALHO, T. O dever de renegociar no ordenamento jurídico brasileiro. *In*: RAMOS, R.V. (coord.). *Libro de Ponencias del IXº Congreso Nacional de Derecho Civil*. Peru: Instituto Peruano de Derecho Civil, Lex & Iuris, 2014. p. 102.

[5] GOMES, O. Transformações gerais do direito das obrigações. São Paulo: Ed. RT,1967 *apud* FREGNI, G. A base objetiva do negócio jurídico e as consequências da sua quebra. *Revista de Direito Privado*, v. 39, p. 169-181, jul./set., 2009. p. 3.

individuais que levaram as partes a formar a vontade negocial[6], mas deve ser compreendida enquanto as circunstâncias necessárias para que a finalidade do negócio possa ser alcançada.

A título de exemplo, Luiz Gastão Leães[7] apresenta algumas circunstâncias básicas, de caráter geral, que podem caracterizar a base objetiva do negócio, são elas: (i) ordem econômica do país, (ii) poder aquisitivo da moeda e (iii) circunstâncias de mercado. A depender do efeito sobre a prestação contratada, a alteração dessas circunstâncias poderá autorizar a aplicação da teoria da base objetiva do negócio. Para melhor compreensão, é possível estabelecer um paralelo com os ensinamentos de Antônio Junqueira de Azevedo, para quem "o negócio jurídico é o negócio jurídico e todas as suas circunstâncias"[8]. Nessa linha, a base objetiva constitui também as circunstâncias do negócio ao tempo de sua celebração.

O objeto de incidência desta teoria, portanto, consiste nas situações de quebra da base objetiva do contrato, que, para Karl Larenz[9], ocorrem quando: (i) for comprometido o equilíbrio contratual e a relação de equivalência das obrigações contraídas pelos agentes do negócio ou (ii) restar violada a finalidade contratual - frustração do fim do contrato. Nessas hipóteses, o desequilíbrio contratual tem o efeito de tornar a obrigação inexigível para uma das partes, uma vez que a sua execução se torna impossível ou demandaria esforços além daquilo que se entende como razoável nos limites do princípio da boa fé objetiva.

Em suma, o que se tem é um desequilíbrio tão significativo entre prestação e contraprestação, que se torna impossível executar o contrato nas bases em que ele foi concebido. Torna-se impossível, portanto,

---

[6] Sobre este tema, Patrícia Ferraz afirma: "referidas teorias subjetivas são incompatíveis com o sistema brasileiro que, em linha de princípio, não leva em consideração os motivos do ato que não viciaram o consentimento, exceto quando expressamente o integram como razão determinante ou condição que dela dependa. Em suma, na vida negocial, quando da análise do cumprimento da obrigação, não há espaço para a pesquisa sobre a motivação íntima das pessoas". *In*: FERRAZ, *op. cit.* p. 25.

[7] LEÃES, *op. cit*. p. 3.

[8] AZEVEDO, A. J. de. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 120.

[9] LARENZ, K. Base del negocio jurídico y cumplimento de los contratos. Trad. de Carlos Fernández Rodrigues. *apud* FREGNI, G. A base objetiva do negócio jurídico e as consequências da sua quebra. *Revista de Direito Privado*, v. 39, p. 169-181, jul./set., 2009. p. 4.

exigir uma prestação que não mais encontra correspectivo e amparo na realidade vivenciada pelas partes. Nas palavras de Thiago Rodovalho[10], "em não havendo mais a base objetiva sobre o qual o negócio jurídico foi pactuado, inexiste, verdadeiramente, a base contratual que se pretende executar". Nessa hipótese, a teoria da base objetiva do negócio autoriza a revisão ou a resolução do negócio jurídico[11].

Vale destacar que, diferentemente de outras teorias desenvolvidas com o intuito de readequar relações negociais desequilibradas, a teoria da base objetiva do negócio não elenca a imprevisibilidade do evento superveniente como um dos requisitos para a sua aplicação, o que torna mais abrangente o escopo de sua incidência[12].

A teoria da base objetiva do negócio é positivada no direito brasileiro por meio do artigo 6º, inciso V do Código de Defesa do Consumidor[13] e a sua aplicação no Código Civil é tema controvertido na doutrina. Este debate foi o tema do REsp. nº 1.321.614/SP[14], publicado em 2015 e de relatoria do ministro Paulo de Tarso Sanseverino, que, em seu voto, defendeu a possibilidade de aplicação da teoria da base objetiva do negócio enquanto pressuposto da distribuição equitativa dos ônus oriundos de fatos supervenientes e imprevisíveis. No entanto, o entendimento que prevaleceu neste julgado, posteriormente convertido no informativo jurisprudencial nº 556 do STJ[15], foi o de que a teoria da

[10] RODOVALHO, T. O dever de renegociar no ordenamento jurídico brasileiro. *In*: RAMOS, R.V. (coord.) *Libro de Ponencias del IXº Congreso Nacional de Derecho Civil*. Peru: Instituto Peruano de Derecho Civil, Lex & Iuris, 2014. p. 101.

[11] MARTINS COSTA, J. A revisão dos contratos no código civil brasileiro. *Rivista Roma e America*: diritto romano comune, Roma, Mucchi Editore, 2003. p. 149.

[12] FREGNI, G. A base objetiva do negócio jurídico e as consequências da sua quebra. *Revista de Direito Privado,* v. 39, p. 169-181, jul./set., 2009. p. 5. Nesse mesmo sentido: REsp 131.151/RJ, 4.ª T., rel. Ruy Rosado de Aguiar Junior, DJ 08.10.1997.

[13] Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.

Pelo texto do Código de Defesa do Consumidor, fica evidente a desnecessidade de que o consumidor prove a imprevisibilidade do fato superveniente para que pleiteie a revisão contratual, bastando que alegue a desproporção entre as prestações pactuadas. Isso se justifica, na medida em que o Direito Consumerista é concebido sob o paradigma da vulnerabilidade do consumidor.

[14] STJ. REsp 1.321.614-SP, Rel. originário Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. para acórdão Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 16/12/2014, DJe 3/3/2015.

[15] "Em que pese sua relevante inovação, a referida teoria, ao dispensar, em especial, o requisito de imprevisibilidade, foi acolhida em nosso ordenamento apenas para as

base objetiva do negócio jurídico tem sua aplicação restrita às relações jurídicas de consumo, não sendo aplicável às relações contratuais puramente civis.

A segunda teoria concebida como resposta aos desequilíbrios contratuais verificados após a 1ª Guerra Mundial foi a teoria da imprevisão e constitui a resposta francesa ao contexto apresentado. De maneira breve, a origem desta teoria remonta ao ano de 1916 e ao episódio por meio do qual o *Conseil d´État* francês, ao apreciar litígio entre a Prefeitura de Bordeaux e a *Compagnie Génerale d´Éclairage* (concessionária do serviço público de iluminação a gás da cidade de Bordeaux), decidiu pela possibilidade de revisão dos contratos de concessão de serviços públicos de energia em razão de circunstâncias excepcionais e imprevisíveis. Posteriormente, essa decisão *inter partes* teve seus efeitos generalizados com o advento da *Loi Failliot*, que positivou a revisão de negócios e contratos de caráter comercial[16] em razão de fatos que caracterizavam uma álea extraordinária para um dos contratantes.

A aplicação da teoria da imprevisão no caso concreto depende da verificação de alguns requisitos objetivos, inicialmente fixados pela doutrina administrativa[17] e posteriormente incorporados pelo Direito Civil[18], quais sejam: (i) vigência de um contrato comutativo de execução diferida ou continuada; (ii) ocorrência de um fato superveniente impre-

relações de consumo, que demandam especial proteção. Ademais, não se admite a aplicação da teoria do diálogo das fontes para estender a todo direito das obrigações regra incidente apenas no microssistema do direito do consumidor. De outro modo, a teoria da quebra da base objetiva poderia ser invocada para revisão ou resolução de qualquer contrato no qual haja modificação das circunstâncias iniciais, ainda que previsíveis, comprometendo em especial o princípio pacta sunt servanda e, por conseguinte, a segurança jurídica".

[16] Para Otavio Luiz Rodrigues, a "Loi Failliot era uma lei de guerra, de caráter transitório, mas que introduziu no ordenamento jurídico um suporte normativo que possibilitou a resolução, por qualquer das partes contratantes, de obrigações de fornecimento de mercadorias e alimentos, contraídas antes de 1o de agosto de 1914, bem assim que ostentassem a natureza sucessiva e continuada, ou apenas diferida". *In*: RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos*: Autonomia da vontade e teoria da imprevisão. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 29. O mesmo autor, recentemente, publicou a tradução da *Loi Failliot* em artigo online disponível no site Consultor Jurídico, disponível por meio do link: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-02/direito-comparado-celebre-lei-deputado-failliot-teoria-imprevisao#sdfootnote3sym>. Acesso: 24/05/2020.

[17] DI PIETRO, M. S. Z. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 367.

[18] PUGLIESE, *op. cit.* p. 3.

visível e inevitável, que seja (iii) estranho à vontade das partes, (iv) cause severo desequilíbrio entre a prestação e a contraprestação ajustadas, de modo a (v) tornar excessivamente onerosa a execução da prestação para uma das partes.

No Brasil, as primeiras manifestações da Teoria da Imprevisão se deram no campo do direito público, por meio do acolhimento jurisprudencial da teoria em disputas envolvendo o pleito de reequilíbrio de contratos administrativos[19]. Hoje, o direito ao equilíbrio econômico financeiro dos contratos celebrados com a Administração Pública está positivado no artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal[20]. Por outro lado, no direito privado, a manutenção da equação econômico-financeira do contrato é extraída do princípio geral da função social dos contratos[21]. Contudo, embora existam opiniões divergentes[22], Judith Martins Costa entende que o Código Civil Brasileiro não acolhe a teoria da imprevisão[23].

Para a autora, os requisitos da teoria clássica da imprevisão, quais sejam: (i) a imprevisibilidade e a excepcionalidade do evento, bem

---

[19] Para Paula Forgioni e Eros Grau "(...) em meados da década de 1940 surgem estudos sobre os contratos de empreitada e a teoria da imprevisão. Em 1949, Carlos Medeiros Silva, discorrendo sobre eles, declarava vitoriosa a ideia revisional. Ao contrário do que ocorria com o direito civil - uma vez que o velho Código não acolhia expressamente a doutrina da imprevisão - no direito administrativo brasileiro os textos legais eram mais sensíveis ao problema da quebra do equilíbrio econômico nos contratos". *In*: FORGIONI, P.; GRAU, E. R. *O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 107.

[20] Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (grifo nosso).

[21] WALD, A. A aplicação da teoria da imprevisão pelos árbitros nos litígios decorrentes de contratos de construção. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 17, p. 11- 48, abr./jun., 2008. p. 6.

[22] Para Paula Forgioni e Eros Grau, "também no campo do direito privado encontra expressa guarida a teoria da imprevisão, positivada no artigo 478 do Código Civil". *In:* FORGIONI, G., *op. cit.* p. 109. Também nesse sentido: FERRAZ, *op. cit.* p. 27.

[23] MARTINS COSTA, *op. cit.* p. 144.

como (ii) a extraordinariedade da álea causada a um dos contratantes não são integralmente incorporados pelo artigo 317 do Código Civil brasileiro, que não exige a excepcionalidade e a extraordinariedade como requisitos para a sua aplicação. Além disso, no entendimento da autora, o artigo 478, ainda que exija a extraordinariedade do evento, trata do remédio de resolução do contrato e não propriamente de sua revisão.

Sem nos aprofundarmos nesta discussão, que mereceria artigo próprio para a devida análise, pode-se afirmar que parte da divergência doutrinária apresentada acima reside no fato de que a teoria da imprevisão e a teoria da onerosidade excessiva são institutos conjugados na sistemática do Código Civil de 2002, ou seja, coexistem e complementam-se na estrutura lógica adotada pelo ordenamento brasileiro. Nas palavras de Ana Paula Parra Leite[24]:

> a onerosidade excessiva não se confunde com a teoria da imprevisão, embora. no Brasil, a onerosidade excessiva envolva a teoria da imprevisão, porque, para a revisão contratual, não basta a onerosidade excessiva, é preciso ainda verificar se os fatos supervenientes são, além de extraordinários, imprevisíveis, conforme se infere da redação do artigo 478 do Código Civil.

Para Patrícia Ferraz[25], "a teoria da onerosidade excessiva é uma variante da teoria da imprevisão" e, de fato, o que se percebe ao estudar o tema da revisão contratual e sua disposição no direito brasileiro, é uma constante inter-relação entre o instituto da teoria da imprevisão e da teoria da onerosidade excessiva, de modo que a doutrina cunhou a expressão "teoria da imprevisão baseada na onerosidade excessiva"[26].

Por fim, a última teoria analisada por este trabalho é a teoria da onerosidade excessiva, resposta italiana aos desequilíbrios contratuais pós 1ª Guerra Mundial. Por esta teoria, a revisão contratual é admitida "quando uma prestação de obrigação contratual, em razão de acontecimento extraordinário e imprevisível no momento da formação do contrato, se torna, no momento da execução, notadamente mais gravosa do

---

[24] LEITE, A. P. P. *Equilíbrio contratual*. São Paulo: USP, 2013. p. 79. Tese de Doutorado.

[25] FERRAZ, *op. cit.* p. 28.

[26] WALD, *op. cit*. p. 13. No mesmo sentido, Caio Mário dá o nome ao subtítulo de nº 216 de seu livro de "Resolução por Onerosidade Excessiva. Teoria da Imprevisão", em clara posição de conjugar os dois institutos. *In*: PEREIRA, C. M. da S. *Instituições de direito civil*, v. 3. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p.66.

que era quando surgiu"[27].

Com inspiração direta no artigo 1.467 do *Codice Civile* de 1942 (código italiano)[28], o direito brasileiro incorporou a teoria por meio dos artigos 478 a 480 do Código Civil de 2002. Entretanto, o legislador pátrio inovou em relação ao código italiano e incluiu um requisito extra para incidência da teoria no caso concreto, a extrema vantagem verificada pela contraparte.

Desse modo, para que tenha aplicação no ordenamento brasileiro, a teoria da excessiva onerosidade depende da análise de quatro requisitos, que em muito se assemelham àqueles elencados na teoria da imprevisão, sendo eles (i) vigência de um contrato de execução diferida ou continuada; (ii) alteração radical das condições econômicas objetivas no momento da execução, em confronto com o ambiente objetivo no da celebração; (iii) onerosidade excessiva para um dos contratantes e benefício exagerado para o outro e (iv) imprevisibilidade da modificação percebida[29].

Se determinada a onerosidade excessiva pelo juízo, a parte que a invocou terá direito à resolução do contrato. Na sistemática do Código Civil, o remédio resolutivo é a solução oferecida pelo artigo 478 e a revisão aparece de forma subsidiária como faculdade do credor nos termos do artigo 479. Contudo, em interessante posicionamento proferido por meio do REsp 977.007-GO[30], a ministra Nancy Andrighi determinou a

---

[27] LIRA, R. P. Onerosidade excessiva nos contratos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v.159, jan./mar., 1985.

[28] 1467. [1] Contrato com prestações respectivas. Nos contratos de execução continuada ou periódica, ou então de execução diferida, se a prestação de uma das partes tornou-se excessivamente onerosa pela ocorrência de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá a parte que deve tais prestações pedir a resolução do contrato, com os efeitos estabelecidos no artigo 1458.

[2] A resolução não pode ser pedida se a onerosidade superveniente entra na álea normal do contrato.

[3] A parte contra a qual é pedida a resolução, pode evitá-la oferecendo-se modificar equitativamente as condições do contrato. *In*: LEÃES, *op. cit.* p. 5.

[29] PEREIRA, *op. cit*. p. 69.

[30] STJ. REsp 977.007-GO. T3 - TERCEIRA TURMA. Rel. Min. Nancy Andrighi. DJe 02/12/2009. Nas palavras da relatora: "Não obstante a literalidade do art. 478 do CC/02 - que indica apenas a possibilidade de rescisão contratual - é possível reconhecer onerosidade excessiva também para revisar a avença, como determina o CDC, desde que respeitados, obviamente, os requisitos específicos estipulados na Lei civil. Há que se dar valor ao princípio da conservação dos negócios jurídicos que foi expressamente adotado em diversos outros dispositivos do CC/02, como no parágrafo único do art. 157 e no art. 170". O mesmo entendimento já havia sido proferido

possibilidade de revisão judicial a pedido do devedor, com fundamento no princípio da conservação dos contratos. Esse entendimento já havia sido manifestado na III Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal por meio do enunciado número 176[31], de coordenação do professor Antônio Junqueira de Azevedo.

A figura da onerosidade excessiva não deve ser confundida com outros institutos presentes no Código Civil de 2002, tais como a revisão judicial prevista no artigo 317 e a força maior estabelecida pelo artigo 393.

Em relação ao primeiro exemplo, diferentemente da racional adotada pelo artigo 317, que determina a análise exclusiva da prestação em dois tempos distintos - antes e depois da formação do contrato -, na hipótese do artigo 478 procede-se a uma análise da prestação em confronto com a contraprestação, a fim de perceber a onerosidade excessiva. Além disso, o artigo 317 restringe-se à análise de prestações pecuniárias na hipótese de desvalorização da moeda[32] e, diferentemente da onerosidade excessiva, oferece a revisão como principal remédio.

A onerosidade excessiva também não deve ser confundida com a impossibilidade superveniente da prestação, hipótese de caso fortuito.

---

pela ministra em 2004, por meio do REsp nº 579.107-MT.

[31] "Em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual". *In*: CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL, Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados/coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. p. 38.

[32] Apesar de o texto do artigo 317 não deixar claro o real objeto de sua incidência, Luiz Gastão Leães, afirma que o trâmite legislativo para a aprovação desse artigo esclarece sua real finalidade: a correção monetária em razão da desvalorização monetária. Para o autor: "no anteprojeto apresentado pela Comissão Revisora e Elaboradora, o então art. 311 facultava ao juiz, a pedido da parte, "atualizar o valor da moeda", "quando houver desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento da execução, de modo a preservar, quanto possível, a equivalência das prestações". Na Câmara dos Deputados, o dispositivo, já enumerado como art. 317 do CC/2002 (LGL\2002\400), continuava a frisar expressamente que a idéia era a manutenção da equivalência das prestações "quando ocorrer desvalorização da moeda". No Senado, depois da tentativa de suprimir o dispositivo, o presidente da Comissão Revisora e Elaboradora ponderou da conveniência da manutenção do dispositivo, voltando à redação do anteprojeto, com referência tópica à desproporção decorrente da "desvalorização da moeda", que foi excluída da redação final, por considerá-la implícita, na seqüência dos artigos, incluindo-se, porém, no suporte fático, o atributo da imprevisibilidade, que não havia na redação primitiva". *In:* LEÃES, *op. cit.* p. 7.

Enquanto o segundo instituto, pelo próprio nome, aplica-se às situações em que a prestação se tornou impossível, a onerosidade excessiva não impossibilita o cumprimento da prestação acordada, mas aumenta, excessivamente, os custos de sua execução. Os institutos, portanto, não se confundem.

Colocadas as três principais teorias desenvolvidas pelos sistemas de *civil law* – alemão, francês e italiano - como resposta aos desequilíbrios contratuais verificados no século XX, passa-se a analisar a teoria da onerosidade excessiva e o requisito de extrema vantagem para a contraparte.

2. A EXTREMA VANTAGEM NO ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO

A partir dos conceitos gerais do instituto da onerosidade excessiva, passa-se a analisar o requisito da extrema vantagem, inovação do legislador pátrio em relação ao *Codice Civile* de 1942. O propósito deste tópico é o de analisar o conceito doutrinário deste requisito e verificar em que medida a definição adotada pelos operadores do direito afeta a aplicação prática da teoria da onerosidade excessiva em cada caso concreto.

Para tanto, apresenta-se o conceito extraído dos exatos termos do artigo 478 do Código Civil, ou seja, o entendimento obtido a partir da leitura literal do artigo, desprovida de carga interpretativa para a melhor adequação da norma à realidade fática. Nessa leitura, a extrema vantagem estaria diretamente vinculada a um ganho excessivo para a parte contrária. Isto é, seria necessário verificar o "enriquecimento indevido, o lucro exorbitante aproveitado pela parte contratante que não sofre a onerosidade excessiva, e que reflete, de conseguinte, num considerável aumento patrimonial a seu favor"[33]. Na tentativa de objetivar a medida da vantagem, Arnoldo Medeiros da Fonseca[34] sugeriu a vinculação deste conceito a um lucro que excedesse em um quinto o valor normal da

[33]. p. 3. HORA NETO, J. *A resolução por onerosidade excessiva no Código Civil*: uma quimera jurídica? *Revista de Direito Privado*, v. 16, p. 148-160, out./dez., 2003

[34] FONSECA, A. M. da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. Rio de Janeiro: Tip. Jornal do Commercio, 1932. p. 346.

prestação a que o credor tinha direito.

Arnoldo Wald[35], em posicionamento mais ponderado, afirma que a extrema vantagem pode ser caracterizada com o ganho da parte em relação àquilo que foi pactuado no momento de celebração do negócio, quando foi estabelecido o equilíbrio contratual. Nesse sentido, não seria necessário comprovar a ruína de uma parte e o correspondente enriquecimento da outra, bastando a verificação objetiva de desequilíbrio do sinalagma contratual. Tal desequilíbrio seria manifestado por meio de um custo excessivo, para uma parte, e de um ganho, para a contraparte, tendo por parâmetro aquilo que foi previsto no momento de celebração do negócio.

Contudo, ao aprofundar no estudo da matéria revisional, percebe-se, com certa clareza, que não é toda situação de desequilíbrio contratual que irá ocasionar vantagem para a contraparte. Apenas a título de exemplo, Mônica Bierwagen[36] apresenta uma situação em que isso se comprova. É o caso do pequeno empreiteiro que se compromete a construir um único imóvel e que, durante a execução do contrato, é surpreendido pelo aumento do preço do cimento utilizado para a construção. De fato, o empreiteiro experimentou um custo excessivo para a execução da prestação acordada, mas não se pode afirmar que o credor da obra recebeu uma extrema vantagem, porque irá receber exatamente a mesma prestação acordada no momento de formação do contrato.

Em diálogo com o exemplo colocado por Mônica Bierwagen, João Hora Neto[37] afirma que, apesar de parte da doutrina defender que a onerosidade excessiva provoque, por via reflexa, o lucro indevido e exagerado da contraparte, há casos em que isso não se verifica, na medida em que "a onerosidade excessiva não implica, necessariamente, o lucro indevido da outra parte".

De mesmo modo, não se pode esquecer o contexto que permeia a redação deste artigo, a pandemia do Covid-19 e seus efeitos sobre

[35] WALD, *op. cit.* p. 13. Para o autor: "a respeito do empobrecimento de uma das partes e do correspondente enriquecimento da outra, que não há necessidade de que se comprove a ruína de uma parte e a conseqüente pujança da outra parte, ou mesmo uma ou outra individualmente, mas que tenha sido caracterizado um custo excessivo, de um lado, e, na maioria dos casos, um ganho, de outro, em relação ao que se previa no momento da celebração do contrato, quando fora calculado o equilíbrio contratual".

[36] BIERWAGEN, M. Y. *Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo código civil*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 70.

[37] HORA NETO, *op. cit.* p. 5.

os contratos. Diante das restrições de circulação impostas pela administração pública, seja na esfera, municipal, estadual ou federal, diversas rodovias foram fechadas e a circulação entre estados foi limitada. Com essas medidas, os contratos de fornecimento foram afetados, na medida em que o fornecedor teve limitada as vias que utilizava para a entrega de sua mercadoria. Pode-se afirmar, sem dúvidas, que as empresas fornecedoras experimentaram um custo excessivo na tentativa de entregar seus produtos por vias que não estivessem fechadas, mas, por outro lado, não parece correto concluir que os compradores verificaram uma extrema vantagem a partir desse cenário de dificuldade.

E é por isso, que a interpretação literal dos termos do artigo 478 em relação à extrema vantagem não se mostra adequada. Por esse entendimento, a parte que pleiteia a incidência da teoria da onerosidade excessiva deveria, necessariamente, comprovar o ganho patrimonial da parte contrária, condição que não é razoável, restringe a aplicação do instituto e, em muitos casos, constitui uma prova diabólica a ser produzida.

Nessa linha, a doutrina brasileira não poupa críticas ao requisito de extrema vantagem para a contraparte. Para Laura Coradini Frantz[38], este requisito, ao ser interpretado como um ganho patrimonial, torna inócua a aplicação da teoria.

> (...) os fatos supervenientes que afetam a economia contratual, incidem no contrato, geralmente, tornando inviável a prestação, sem que disso decorra, necessariamente, vantagem para a outra parte. Assim a guerra, as revoluções, os planos de intervencionismo econômico etc. Destarte, esse requisito é absolutamente inadequado para a caracterização da onerosidade, que existe sempre que o fato novo pesar demais sobre um, pouco importando que disso decorra ou não vantagem ao outro.

Luis Renato Ferreira da Silva[39] aponta no mesmo sentido ao afirmar que "esta nova exigência provoca sensível modificação na teoria,

[38] FRANTZ, L. C. Excessiva onerosidade superveniente: uma análise dos julgados do STJ. In: MARTINS COSTA, Judith. *Modelos de direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 224. No mesmo sentido, João Hora Neto afirma que "o requisito da extrema vantagem para a outra parte (art. 478, do CC/2002 (LGL\2002\400)), consoante já demonstrado, se traduz em algo completamente desarrazoado, uma vez que a comprovação da onerosidade excessiva por si só basta para atestar-se o desequilíbrio do contrato". *In:* NETO, *op. cit*. p. 7.

[39] SILVA, L. R. F. da. Revisão dos contratos: do código civil ao código de defesa do

reduzindo a sua incidência ainda mais". E Ruy Rosado Aguiar[40], ao analisar o projeto que viria a se tornar o Código Civil de 2002, apresentou críticas contundentes ao requisito de extrema vantagem. Nas palavras do doutrinador:

> A regra inserida no Projeto [no art. 478, CC/2002], porém, é bem mais limitativa do que a doutrina recomenda e a prática forense tem admitido. Assim, nos contratos de execução continuada ou diferida, se houver acontecimento extraordinário e imprevisível, tornando extremamente onerosa a prestação para uma das partes, e com extrema vantagem para a outra, é possível ao devedor pedir a resolução do contrato (...) há aí duas exigências que não têm sido feitas: a imprevisibilidade do fato futuro e a extrema vantagem para a contraparte. (...) é possível que o fato futuro se abata sobre o devedor sem que daí decorra maior vantagem para o credor, e nem por isso deixa de existir a onerosidade excessiva que justifica a extinção ou a modificação do contrato por iniciativa do devedor.

O requisito da extrema vantagem, portanto, tem caráter extremamente restritivo ao escopo de incidência da teoria da onerosidade excessiva aos casos concretos, vez que, como demonstrado, não é toda situação de desequilíbrio contratual que ocasionará um benefício para a contraparte. Nesse entendimento, a prestação jurisdicional aos pleitos revisionais fica diminuída e afeta a utilidade da inovação do Código Civil de 2002 consubstanciada no artigo 478. O que se investiga, portanto, é a flexibilização doutrinária desse conceito, de modo a possibilitar a utilidade da teoria da excessiva onerosidade como instrumento de correção de desequilíbrios.

Como forma de contornar a interpretação literal do artigo, alguns doutrinadores defendem uma interpretação diferenciada do requisito da extrema vantagem, de modo a mitigar o seu caráter restritivo. Laura Coradini Frantz[41] propõe que a exigência seja interpretada a partir

---

consumidor *apud* FRANTZ, L. C. Excessiva onerosidade superveniente: uma análise dos julgados do STJ. *In*: MARTINS COSTA, J. *Modelos de direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 224.

[40] AGUIAR JUNIOR, R. R. de. Projeto do Código Civil (LGL\2002\400) - As obrigações e os contratos. RT 775/19 *apud* OLIVEIRA, D. Breves notas sobre a evolução histórica da teoria da imprevisão e da quebra da base objetiva. *Revista de Direito Privado*, v. 37, p. 41-69, jan./mar., 2009. p.14.

[41] FRANTZ, *op. cit*. p. 224.

da seguinte análise:

> conseguiria o contratante que não é prejudicado pela onerosidade realizar no mercado um contrato nas mesmas condições? Se não conseguir celebrar novo contrato naqueles termos, poderá ser um indício da extrema vantagem que estará recebendo em detrimento da outra parte contratante.

Na mesma linha de flexibilizar a interpretação do requisito, Antônio Junqueira de Azevedo[42], em parecer sobre a onerosidade excessiva em contratos de consórcio, desenvolve a ideia de extrema vantagem a partir da extensão das consequências do fato imprevisível. Para o autor, dado um fato superveniente que tenha gerado alterações nas circunstâncias contratuais, a parte que se vê livre das consequências dele estará recebendo uma extrema vantagem. Esse entendimento se adequa melhor à realidade do Covid-19 colocada acima, uma vez que há margem para entender que a parte que não foi prejudicada pelo fechamento de vias recebeu uma vantagem em relação à contraparte.

Por fim, a IV Jornada de Direito Civil, em posição de vanguarda sobre o tema, aprovou o enunciado número 365[43], de coordenação dos professores Paulo de Tarso V. Sanseverino, Nelson Nery Jr., Eugênio Facchini Neto e Carlos Roberto Gonçalves, que determinou a flexibilização do requisito enquanto elemento acidental do desequilíbrio contratual que independe de plena comprovação.

> A extrema vantagem do art. 478 deve ser interpretada como elemento acidental da alteração das circunstâncias, que comporta a incidência da resolução ou revisão do negócio por onerosidade excessiva, independentemente de sua demonstração plena.

A partir da análise doutrinária é possível concluir, primeiro, que o requisito da extrema vantagem recebeu severas críticas em relação a seu efeito limitador do instituto da onerosidade excessiva e, segundo,

---

[42] AZEVEDO, A. J. de. (parecer) Natureza jurídica dos contratos de consórcio. (sinalagma indireto). Onerosidade excessiva em contrato de consórcio. Resolução parcial do contrato. *In*: _____. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. Saraiva: São Paulo, 2009. p. 362.

[43] JORNADAS DE DIREITO CIVIL I, III, IV e V: enunciados aprovados. Coordenador científico: Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. p. 57.

que existem proposições para que se flexibilize a interpretação deste elemento.

Se o requisito da extrema vantagem for interpretado de forma absoluta, situações de extrema incoerência, contrárias à racionalidade do instituto serão verificadas. Nesse contexto, a jurisprudência desempenha papel fundamental na direção interpretativa a ser tomada pelos operadores do direito em relação a este requisito.

3. A EXTREMA VANTAGEM NA PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A pesquisa sobre a teoria da excessiva onerosidade na jurisprudência do STJ revela dois grandes momentos de sua aplicação: (i) os contratos de arrendamento mercantil atrelados à variação cambial (ou *leasing*) na década de 90 e (ii) os contratos de compra e venda de safra futura, conhecidos como caso da soja verde.

Sobre o primeiro grupo de julgados, Luiz Philipe Cardoso[44], em sua tese de mestrado, desenvolveu estudo sobre os contratos de *leasing* e a extrema vantagem e, para contextualizar o tema, explica que, no início do ano de 1999, o Governo Federal parou de intervir no câmbio para fixar o patamar máximo e mínimo do dólar americano. Com a adoção do regime de câmbio flutuante, o dólar teve aumento expressivo e, em duas semanas da medida, a moeda havia aumentado mais de 50%. Esse aumento teve impacto direto nos contratos de arrendamento que tinham suas prestações atreladas à variação do dólar, o que ocasionou uma série de pleitos revisionais por parte dos arrendatários.

Ainda que os tribunais regionais e o próprio STJ tenham aplicado o Código de Defesa do Consumidor em parte das decisões sobre o tema, a análise dos julgados permanece válida na intenção de estabelecer os parâmetros adotados pelo julgador na definição de extrema vantagem. A conclusão alcançada por Luiz Philipe Cardoso é a de que:

> Com relação à extrema vantagem, alguns julgados entenderam que ela não estava configurada justamente porque a arrendadora também sofrera, no caso, as consequências da abrupta variação cambial. Tendo sido o *leasing* realizado com

[44] CARDOSO, L. P. *A onerosidade excessiva no direito civil brasileiro*. São Paulo: USP, 2010. p. 108. Dissertação de mestrado.

> captação de recursos no exterior, teria o arrendador de repor a soma captada com os reflexos da variação cambial.

Exemplo deste entendimento é o REsp nº 401.021-ES[45], de relatoria do ministro Cesar Asfor Rocha que julgou pedido de revisão da cláusula do contrato de *leasing* que previa o reajuste das prestações pela variação cambial, para que fosse aplicada, em seu lugar, a variação do INPC. O relator, voto vencido neste caso, decidiu pela impossibilidade de revisão da cláusula e, em sua fundamentação, citou trecho de artigo de Glauber Moreno Talavera[46], que defendia:

> Assim, verifica-se que nesses contratos de arrendamento mercantil, viabilizados pela captação de recursos externos, as arrendadoras não aferiram nenhum ganho com a desvalorização do real diante do dólar, vez que ao contrair o capital que viabilizou a operação de leasing liquidável pelo pagamento do equivalente em moeda estrangeira, as arrendadoras também endividaram-se em dólar. Não houve, pois, enriquecimento sem causa.

A decisão que prevaleceu, entretanto, foi no sentido de determinar a distribuição dos efeitos da variação cambial entre as partes contratantes do *leasing*.

Com relação ao segundo grupo de julgados, os pleitos revisionais baseavam-se na alteração superveniente do preço da soja e no impacto deste evento sobre o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de compra e venda de safra futura. Com o aumento do preço, diversas foram as ações ajuizadas pelos produtores de soja com pedido de revisão dos contratos ao alegar que teriam suportado uma excessiva onerosidade para adimplir a obrigação contratada.

Entretanto, a posição majoritária adotada pelo STJ foi no sentido de negar a revisão a esses contratos, ao justificar que a soja é *comoditie* com cotação na bolsa de valores e, por isso, está sujeita ao risco de flutuação de preço. Em suma, entendeu o STJ que a variação de

---

[45] STJ. REsp nº 401.021-ES. Rel. Min. Cesar Asfor Rocha. Rel. para acórdão Min. Ruy Rosado de Aguiar. T4 - QUARTA TURMA. Julgamento: 17/12/2002. DJe: 22/09/2003.

[46] TALAVERA, G. M. *A novela da variação cambial nos contratos de leasing*: últimos capítulos... Disponível em: <http://artigoscheckpoint.thomsonreuters.com.br/a/230d/a-novela-da-variacao-cambial-nos-contratos-de-leasing-ultimos-capitulos-glauber-moreno-talavera>. Acesso: 14/06/2020.

preço da mercadoria não superava a álea normal do contrato pactuada pelas partes.

Em relação ao requisito de extrema vantagem, o REsp. nº 803.481-GO[47] reverteu a decisão proferida pelo tribunal *a quo*, que havia admitido a revisão do contrato em razão da variação do preço da soja, para negar provimento ao pedido. Para a relatora, ministra Nancy Andrighi, a variação do preço, além de fato previsível pelas partes, não caracterizaria onerosidade excessiva e, tampouco, uma extrema vantagem. A fundamentação do acórdão se desenvolveu no sentido de afirmar que, o que de fato havia ocorrido no caso analisado, era uma redução da margem de lucro do vendedor e não propriamente um prejuízo. Para a relatora:

> O produtor, ao fixar o preço, certamente foi cauteloso em nela computar seus gastos e um lucro razoável, de modo que, em vez de experimentar prejuízo com a alienação antecipada assegurou um lucro. O negócio foi lucrativo para o vendedor, embora seu lucro fosse menor do que seria se em vez de tê-lo vendido no ano anterior o tivesse alienado em março a maio do ano seguinte.
>
> Assim, os requisitos do negócio ser excessivamente oneroso para uma das partes e vantajoso para a outra, em decorrência de um acontecimento extraordinário e imprevisível, reclamados pelo artigo 478 do CC/02, inexistem na hipótese e, portanto, inexiste ofensa a tal dispositivo legal.

Na mesma linha, o REsp nº 722.130-GO[48], ao também analisar pedido de resolução de contrato de compra e venda de safra futura, reformou a decisão do tribunal *a quo*, que havia decidido que o preço inferior ao de mercado constituia vantagem exagerada ao comprador, com consequência de enriquecimento sem causa, para determinar a impossibilidade da resolução do contrato. Para decidir, o relator ministro Ari Pargendler fez referência direta ao parecer elaborado pelo professor Sílvio Rodrigues[49] e juntado aos autos. Novamente, a razão de decidir se

---

[47] STJ. REsp. nº 803.481-GO. Rel. Min. Nancy Andrighi. T3 - TERCEIRA TURMA. Julgamento: 28/06/2007. DJe: 01/08/2007.

[48] STJ. REsp nº 722.130-GO. Rel. Min. Ari Pargendler. T3 - TERCEIRA TURMA. Julgamento: 15/12/2005. DJe: DJ 20/02/2006.

[49] No parecer, Silvio Rodrigues defende que "o aumento do preço do saco de soja à época de sua entrega não torna excessivamente oneroso o negócio para o vendedor.

deu com base na inexistência de prejuízo do vendedor, mas apenas na redução de sua margem de lucro, sem que isso configurasse vantagem para o comprador, mas, apenas, a alocação de risco do negócio. Para o relator:

> Salvo melhor juízo e na linha desse parecer, o artigo 478 do Código Civil não autoriza o descumprimento do contrato, porque: 1º) o fato que teria alterado o valor das prestações de uma das partes não era extraordinário, mas correntio; 2º) o acontecimento que afetou a prestação de uma das partes não era imprevisível, pelo contrário, era perfeitamente previsível; 3º) não houve prejuízo para o vendedor, que teve no negócio apenas um lucro menor.

Ademais, em julgado que não trata dos dois principais temas abordados pelo STJ em matéria de excessiva onerosidade, no REsp nº 1.034.702-ES[50], o ministro João Otávio de Noronha, ao analisar pedido de rescisão de contrato de fornecimento de granito por violação do dever de preferência, desenvolveu os pressupostos da teoria da onerosidade excessiva como uma análise caso a caso. E, sobre a extrema vantagem, o ministro determinou o raciocínio no sentido de relacioná-la ao enriquecimento sem causa, instituto positivado no artigo 884 do Código Civil. Para o relator:

> a resolução contratual entendida como a solução recomendada para evitar que o credor de uma prestação tornada excessivamente onerosa receba, como empresário, "uma vantagem concorrencialmente injustificada" à custa de outra, que sofreria um dano sem nenhuma utilidade funcional ou econômica. Ultima ratio, evitar o enriquecimento sem causa de um dos contratantes em detrimento da ruína do outro sob a ótica da função social do contrato no sentido de garantia

---

Ele, ao fixá-lo, por ocasião de sua venda, certamente foi cauteloso em nela computar seus gastos e um lucro razoável. De modo que, em vez de experimentar prejuízo com a alienação antecipada assegurou um lucro. O negócio foi lucrativo para o vendedor, embora seu lucro fosse menor do que seria se em vez de tê-lo vendido no ano anterior o tivesse alienado em junho a setembro do ano seguinte. Portanto aquele requisito, do negócio ser excessivamente oneroso para uma das partes, reclamado pelo artigo 478 do Código Civil, inexiste na hipótese". O mesmo parecer serviu de fundamento ao Ministro Luis Felipe Salomão para decidir o REsp nº 849.228-GO, que também trata de compra e venda de safra futura.

[50] STJ. REsp nº 1.034.702-ES. Rel Min. João Otávio de Noronha. T4 - QUARTA TURMA. Julgamento: 15/04/2008. DJe: 05/05/2008.

> de equilíbrio e, ao mesmo tempo, fomento ao crescimento e desenvolvimento econômico

O que se percebe da análise jurisprudencial é que o STJ não fixou um conceito de extrema vantagem que seja orientador ao exame de pedidos baseados na teoria da excessiva onerosidade. E parte dessa omissão se justifica pela aplicação da Súmula 7, que veda o reexame do conjunto fático probatório dos autos e, em diversos julgados[51], foi utilizada como argumento para que o Tribunal não examinasse os pressupostos de aplicação da teoria.

Contudo, essa não se mostra a postura mais adequada e proveitosa ao ordenamento brasileiro, porque possibilita um vácuo normativo e sustenta a incerteza com relação à interpretação a ser adotada pelos operadores do direito, que se dividem entre (i) a literalidade dos termos do artigo 478 e (ii) a flexibilização proposta pela doutrina.

CONCLUSÃO

O presente artigo se propôs a revisar as teorias desenvolvidas pelos sistemas de *civil law* no século XX para reequilibrar as relações contratuais prejudicadas pela 1ª Guerra Mundial. Com isso, foram abordadas a teoria da base objetiva do negócio, a teoria da imprevisão e a teoria da excessiva onerosidade – foco maior deste trabalho.

Em relação à teoria da excessiva onerosidade, demonstrou-se que o legislador pátrio inovou em relação ao *Codice Civile* de 1942 e introduziu o controverso requisito de extrema vantagem obtida pela contraparte, que restringe o escopo de aplicação da teoria e que recebeu severas críticas da doutrina brasileira.

Como forma de mitigar o caráter restritivo do requisito, apresentou-se diversos entendimentos doutrinários que flexibilizam a interpretação do requisito, de modo a expandir o escopo de incidência da teoria e possibilitar a sua finalidade como instrumento de correção de

---

[51] A título de exemplo, apresenta-se item da ementa do AgRg no Ag 1132522-MT, que justificou a impossibilidade de reexame dos fatos com base na Súmula 7: "A solução da controvérsia, delimitada na alteração do entendimento exarado pelo Tribunal de origem no sentido de não ter sido comprovada nem onerosidade nem vantagem excessiva, esbarra na censura da súmula nº 07 do Superior Tribunal de Justiça, porquanto demanda reexame de provas".

desequilíbrios contratuais.

Por fim, analisou-se a jurisprudência do STJ, em especial os casos dos contratos de *leasing* e de compra e venda de safra futura, que apontaram pela inexistência de um entendimento pacífico do STJ sobre o tema. Não há direção interpretativa sobre o requisito e subsiste, portanto, a insegurança com relação à interpretação vinculada à literalidade do artigo 478 ou à possibilidade de flexibilização proposta pela doutrina.

No atual contexto de pandemia, não se pode esquecer da importância e do papel desempenhado pelos contratos que, na clássica doutrina de Enzo Roppo[52], constituem a "veste jurídico-formal de operações econômicas". E esse entendimento ganha ainda mais relevância quando se pensa na estrutura contratual moderna e na formação de redes contratuais (ou teias contratuais), de modo que o inadimplemento de um dos instrumentos prejudica toda a cadeia contratada.

Na medida em que revisar o contrato é, também, preservar a sua execução, tem-se que a revisão contratual será instrumento essencial ao giro e ao respiro da economia nacional na tentativa de superar os efeitos econômicos causados pela pandemia do Covid-19. Para tanto, a flexibilização do requisito de extrema vantagem será de suma importância para possibilitar a prestação jurisdicional por meio da aplicação da teoria da onerosidade excessiva.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR, R. R. de. Projeto do código civil (LGL\2002\400) - As obrigações e os contratos. RT 775/19. São Paulo: Ed. RT, 2000. p. 27-28. *apud* OLIVEIRA, D. Breves notas sobre a evolução histórica da teoria da imprevisão e da quebra da base objetiva. *Revista de Direito Privado*, v. 37, p. 41-69, jan./mar., 2009.

AZEVEDO, A.V. Teoria da imprevisão e revisão judicial dos contratos. *Revista dos Tribunais*, ano 85, v. 733, p. 109-119, nov. 1996.

AZEVEDO, A. J. de. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. (parecer) Natureza jurídica dos contratos de consórcio. (sinalagma indireto). Onerosidade excessiva em contrato de consórcio. Resolução parcial do contrato. *In*: *Novos estudos e pareceres de direito privado*. Saraiva: São

[52] ROPPO, E. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 11.

Paulo, 2009.

BIERWAGEN, M. Y. *Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo código civil*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BORGES, N. *A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2002.

CARDOSO, L. P. *A onerosidade excessiva no direito civil brasileiro*. São Paulo: USP, 2010. Dissertação de Mestrado.

DI PIETRO, M. S. Z. *Direito administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FERRAZ, P. S. M. *A onerosidade excessiva na revisão e extinção dos contratos*: a concorrência na aplicação da regra dos arts. 317 e 478 do código civil vigente. São Paulo: USP, 2015. Dissertação de mestrado.

FONSECA, A. M. da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. Rio de Janeiro: Tip. Jornal do Commercio, 1932.

FORGIONI, P.; GRAU, E. R. *O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005.

FRANTZ, L. C. Excessiva onerosidade superveniente: uma análise dos julgados do STJ. *In*: MARTINS COSTA, J. *Modelos de direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

FREGNI, G. A base objetiva do negócio jurídico e as consequências da sua quebra. *Revista de Direito Privado*, v. 39, p. 169-181, jul./set., 2009.

GOMES, O. Transformações gerais do direito das obrigações. São Paulo: Ed. RT,1967 *apud* FREGNI, G. A base objetiva do negócio jurídico e as consequências da sua quebra. *Revista de Direito Privado*, v. 39, p. 169-181, jul./set., 2009.

HORA NETO, J. A resolução por onerosidade excessiva no código civil: uma quimera jurídica? *Revista de Direito Privado*, v. 16, p. 148-160, out./dez. 2003.

JORNADAS DE DIREITO CIVIL I, III, IV e V: enunciados aprovados. Coordenador científico: Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. p. 57.

LARENZ, K. Base del negocio jurídico y cumplimento de los contratos *apud* RODOVALHO, T. O dever de renegociar no ordenamento jurídico brasileiro. *In*: RAMOS, R.V. (coord.) *Libro de Ponencias del IXº Congreso Nacional de Derecho Civil.* Peru: Instituto Peruano de Derecho Civil, Lex & Iuris, 2014.

_____. Base del negocio jurídico y cumplimento de los contratos. Trad. de

Carlos Fernández Rodrigues *apud* FREGNI, G. A base objetiva do negócio jurídico e as consequências da sua quebra. *Revista de Direito Privado*, v. 39, p. 169-181, jul./set., 2009. p. 4.

LEÃES, L. G. P. de B. A onerosidade excessiva no código civil. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 31, p. 12-24, jan./mar., 2006.

LEITE, A. P. P. *Equilíbrio contratual*. São Paulo: USP, 2013. Tese de Doutorado.

LIRA, R. P. Onerosidade excessiva nos contratos. Rio de Janeiro, *Revista de Direito Administrativo*, v. 159, jan./mar., 1985.

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

_____. A revisão dos contratos no código civil brasileiro. *Rivista Roma e America*: diritto romano comune, Roma, Mucchi Editore, 2003.

MORAES, Renato José de. *Cláusula "rebus sic stantibus"*. São Paulo, Saraiva: 2001.

OLIVEIRA, D. Breves notas sobre a evolução histórica da teoria da imprevisão e da quebra da base objetiva. *Revista de Direito Privado*, v. 37, p. 41-69, jan./mar., 2009.

PEREIRA, C. M. da S. *Instituições de direito civil, v.3*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PUGLIESE, A. C. F. Teoria da imprevisão e o novo código civil. *Revista dos Tribunais*, v. 830, dez., 2004.

RAMOS, J. V. (coord.). *Libro de Ponencias del IXº Congreso Nacional de Derecho Civil*. Peru: Instituto Peruano de Derecho Civil, Lex & Iuris, 2014.

RODOVALHO, T. O dever de renegociar no ordenamento jurídico brasileiro. *In*: RAMOS, R. V. (coord.). *Libro de Ponencias del IXº Congreso Nacional de Derecho Civil*. Peru: Instituto Peruano de Derecho Civil, Lex & Iuris, 2014.

RODRIGUES JR., O. L. *Revisão judicial dos contratos*: autonomia da vontade e teoria da imprevisão. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

ROPPO, E. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.

SILVA, L. R. F. da. Revisão dos contratos: do código civil ao código de defesa do consumidor *apud* FRANTZ, L. C. Excessiva onerosidade superveniente: uma análise dos julgados do STJ. *In*: MARTINS COSTA, J. *Modelos de direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TALAVERA, G. M. *A novela da variação cambial nos contratos de leasing*: últimos capítulos... Disponível em: <http://artigoscheckpoint.thomson-

reuters.com.br/a/230d/a-novela-da-variacao-cambial-nos-contratos-de-leasing-ultimos-capitulos-glauber-moreno-talavera>. Acesso: 14/06/2020.

WALD, A. A aplicação da teoria da imprevisão pelos árbitros nos litígios decorrentes de contratos de construção. *Revista de Arbitragem e Mediação*. v. 17, p.11-48, abr./jun., 2008.

Julgados Nacionais:

STJ. AgRg no Ag 1132522-MT. Rel. Min. Fernando Gonçalves. T4 - QUARTA TURMA. Julgamento: 20/10/2009. DJe: 09/11/2009.

STJ. REsp nº 1.034.702-ES. Rel Min. João Otávio de Noronha. T4 - QUARTA TURMA. Julgamento: 15/04/2008. DJe: 05/05/2008.

STJ. REsp 131.151-RJ., 4.ª T., Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Junior, DJ 08.10.1997.

STJ. REsp 1.321.614-SP, Rel. originário Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. para acórdão Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 16/12/2014, DJe 3/3/2015.

STJ. REsp nº 401.021-ES. Rel. Min. Cesar Asfor Rocha. Rel. para acórdão Min. Ruy Rosado de Aguiar. T4 - QUARTA TURMA. Julgamento: 17/12/2002. DJe: 22/09/2003.

STJ. REsp nº 579.107 -MT. Rel. Min. Nancy Andrighi. T3 - TERCEIRA TURMA. Julgamento: 07/12/2004. DJe: 01/02/2005.

STJ. REsp nº 722.130-GO. Rel Min. Ari Pargendler. T3 - TERCEIRA TURMA. Julgamento: 15/12/2005. DJe: DJ 20/02/2006.

STJ. REsp. 803.481-GO. Rel. Min. Nancy Andrighi. T3 - TERCEIRA TURMA. Julgamento: 28/06/2007. DJe: 01/08/2007.

STJ. REsp nº 849.228-GO. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. T4 - QUARTA TURMA. Julgamento: 03/08/2010. DJe: 12/08/2010.

STJ. REsp 977.007-GO. T3 - TERCEIRA TURMA. Rel. Min. Nancy Andrighi. DJe 02/12/2009.

A EXCEÇÃO DE INSEGURIDADE

A CARACTERIZAÇÃO DE UM INSTITUTO ESQUECIDO

Samuel Ewald Davidson Zatta[1]

Resumo: O instituto da exceção de inseguridade, previsto no artigo 477 do Código Civil, a despeito do parco interesse doutrinário no seu tratamento, apresenta-se como uma ótima ferramenta para que as partes busquem a preservação do contrato diante da perturbação por fatores supervenientes. Trata-se de instituto voltado a acautelar os direitos da parte que se vê obrigada a prestar em primeiro lugar, mas que não possui a segurança devida de que receberá a prestação da contraparte no futuro. Assim, por meio do presente trabalho se procurou abordar os pressupostos para a sua configuração e invocação, realizando uma análise conjunta entre o que as doutrinas nacional e italiana dispõem sobre o tema, bem como sobre o entendimento jurisprudencial na aplicação do dispositivo.

Palavras-chave: exceção de inseguridade; perda patrimonial; dúvida.

INTRODUÇÃO

A importância de se analisar a relação obrigacional como um processo já não é de hoje e remonta aos ensinamentos de Clóvis do Couto e Silva. A complexidade do trato das relações obrigacionais que se desenrolam no tempo demanda uma detalhada análise das circunstâncias fáticas e jurídicas que as circundam.

À luz das relações contratuais contemporâneas em que se vê uma massificação dessas e uma rapidez cada vez maior no fluxo de informações entre as partes, tem-se um momento em que – mais do que nunca – deve-se valorizar a confiança na relação entre as partes.

A consideração acerca da rapidez da troca de informações tam-

[1] Advogado em Curitiba/PR. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Membro do Grupo de Estudos em Arbitragem e Direito Comercial (GEAC-UFPR).

bém pode ser entendida como uma realidade acerca da mudança das circunstâncias em que as partes haviam celebrado o seu contrato. Em um cenário econômico em que as inúmeras perturbações geopolíticas são capazes de a influenciar (inclusive fatos imprevistos, como a pandemia do COVID-19), deve-se buscar meios para garantir a conservação dos negócios jurídicos, bem como a confiança entre as partes e a previsibilidade do curso da relação contratual.

O princípio da autonomia privada, ainda que moldado por limitações que gradativamente lh foram impostas, garante às partes a possibilidade de dispor sobre as condições de seus negócios e, em sendo necessário, adaptá-los às novas circunstâncias que mais se adequem aos seus interesses.

Considerando isso, o presente trabalho tem como objetivo tratar do dispositivo que disciplina uma parte dessas relações, o artigo 477 do Código Civil, denominado exceção de inseguridade. Trata-se de instituto que não tem merecido mais do que poucas páginas, se não alguns parágrafos, por parte dos manuais, não se falando de maneira completa sobre o que o constitui[2], isso quando não é confundido com a própria exceção de contrato não cumprido e com a exceptio non rite adimpleti contractus[3].

É diante desse parco interesse doutrinário que o trabalho se debruçará em uma análise dogmática e jurisprudencial do tema. É objetivo desse trabalho construir uma conceituação do instituto, bem como de seus requisitos, trazendo uma nova luz sobre esse instituto pouco apro-

[2] Exemplos disso são as seguintes obras: GONÇALVES. Carlos Roberto. **Direito civil**: direito das obrigações - volume 6 - tomo I: parte especial: contratos. 20. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. P. 49; CASSETARI, Christiano. **Elementos de direito civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. P. 38; NADER, Paulo. **Curso de direito civil**, volume 3: contratos. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. P. 166; TARTUCE, Flavio. **Direito Civil**: teoria geral dos contratos e contratos em espécie, v. 3. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. P. 314; KONDER, Carlos Nelson. **Contratos.** 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. (Fundamentos do direito civil). P. 152; LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**, v. 3: contratos. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 93; RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 18. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019. P. 277.

[3] Exemplo disso é o entendimento de Flávio Tartuce, que menciona ser o artigo 477 do Código Civil a exceptio non rite adimpleti contractus, quando a hipótese é totalmente distinta. TARTUCE, Flávio. Op. Cit. P.314

veitado, mas com uma enorme relevância e repercussão prática.

1. A EXCEÇÃO DE INSEGURIDADE

Para se atender ao objeto do presente trabalho é necessário que se parta de pressupostos básicos para a compreensão do que constitui a figura da exceção de inseguridade. O instituto previsto no artigo 477 do Código Civil, encontra-se inserido no capítulo referente à extinção do contrato, dentro da seção III denominada "Exceção do Contrato não Cumprido", e apresenta uma redação de que se podem extrair determinados requisitos para a sua qualificação. Veja-se:

> Art. 477. Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la.

Tem-se que o dispositivo prevê que em sobrevindo uma diminuição patrimonial por parte de um dos contratantes capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação, haveria uma possibilidade de que a contraparte se recusasse a cumprir a sua obrigação até que o outro contratante satisfizesse a sua obrigação ou prestasse garantia suficiente. Vê-se que a parte busca não realizar a sua prestação em razão da dúvida existente sobre a situação patrimonial da contraparte.

Para Ruy Rosado de Aguiar Júnior, seria possível a aplicação da exceção de inseguridade nos casos em que já há o vencimento da obrigação de um dos contratantes (excipiente) e não há o vencimento do outro (excepto), de modo que o primeiro pode alegar dúvida fundada sobre a possibilidade de que o segundo cumpra no futuro a sua parte, recusando, portanto, a sua prestação[1].

Assim, haveria uma suspensão da "exigibilidade do crédito do autor até que ele cumpra (se assim decidir, antes do vencimento; ou se nesse entretempo ocorrer o vencimento), ou até que ofereça garan-

[1] AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Comentários ao novo Código Civil, volume** VI, tomo II: da extinção do contrato. Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2011. P. 831. Apesar de utilizarmos as noções iniciais propostas por Aguiar Júnior, será explicado adiante que a invocação da exceção de inseguridade pode se dar independentemente do vencimento da obrigação do excipiente.

tia bastante." Desse modo, seria cabível a recusa prevista no art. 477 "quando ainda não vencida a obrigação do autor, sobre a qual paira séria dúvida a respeito do seu cumprimento.[2]"

Em síntese, poderia se dizer que trata o dispositivo da alteração patrimonial que seja capaz de colocar a contraparte em dúvida quanto ao cumprimento da obrigação pactuada. A despeito dessas considerações iniciais, o instituto com isso não se esgota, de modo que se faz necessária uma abordagem acerca de seus pressupostos.

1.1 DOS PRESSUPOSTOS PARA A CARACTERIZAÇÃO DA EXCEÇÃO DE INSEGURIDADE

A despeito de serem poucos os autores brasileiros que realizam uma descrição pormenorizada dos pressupostos para a invocação da exceção de inseguridade, entre aqueles que o realizam não há uma total semelhança ao se falar desses pressupostos.

A esse ponto, necessário destacar que, conforme Gabrielli, até mesmo a jurisprudência italiana não possui linhas de interpretação certas, de modo que muito fica reservado à casuística, não se adotando critérios de julgamento gerais e abstratos[3]. Mesmo comentário pode ser replicado à jurisprudência brasileira, uma vez que além de serem poucos os casos envolvendo sua aplicação, aqueles que o fazem não realizam uma análise pormenorizada dos requisitos que o caracterizam[4].

No entanto, balizas interpretativas se fazem necessárias para não se correr o risco de se submeter ao arbítrio do julgador, de modo que para o presente trabalho há o desafio da tentativa de construção de determinados pressupostos. De acordo com Ruy Rosado de Aguiar Júnior, seriam cinco os pressupostos para a invocação da medida disposta no art. 477 do Código Civil:

> Os pressupostos da medida prevista no art. 477 são: a) contrato bilateral de execução futura; b) não vencimento da obrigação do devedor/excepto; c) superveniente diminuição do patrimônio do devedor; d) dúvida sobre a possibilidade da

[2] AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Op. Cit.* P. 831.

[3] GABRIELLI, Enrico. **Il contratto e i rimedi: la sospensione dell'esecuzione**, in www.juscivile.it, 2014, 30 ss.; in Riv. dir. priv., 2014. P. 27.

[4] As questões referentes à jurisprudência brasileira serão abordadas em ponto apartado.

prestação; e) recusa da contraparte/excipiente de cumprir sua prestação até que a outra satisfaça ou ofereça garantia[5].

Já para Gagliardi, os requisitos para a invocação do instituto seriam: i) a existência de uma ordem nas prestações, de modo que a exceção é invocada pela parte que deve prestar em primeiro lugar; ii) um contrato de execução diferida ou continuada; iii) uma perda patrimonial superveniente que seja capaz de tornar duvidosa a prestação; iv) boa-fé objetiva, ressaltando o autor que a sua função seria distinta da que lhe é cabível nos casos de exceção de contrato não cumprido[6].

Percebe-se que Gagliardi insere expressamente a boa-fé objetiva como um dos requisitos para a invocação do instituto, mencionando também a questão da ordem das prestações para a invocação do art. 477. Ao fim e ao cabo, a despeito dessa diferença de nomenclatura, ficará demonstrado que ao se abordar os requisitos um por um, os pontos trazidos pelo dois Autores serão levados em consideração.

A despeito de o objetivo do trabalho ser o de trabalhar nos pressupostos específicos do instituto, cabe em breve comentário destacar que o instituto se trata de exceção caracterizada como substancial, dilatória, pessoal e dependente, caracterização que encontra respaldo em obra realizada por Gagliardi[7].

Feita essa ressalva, para o presente trabalho, será adotada a clas-

---

[5]AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Op. Cit. P. 833.

[6] **GAGLIARDI, Rafael Villar**. Exceção de contrato não cumprido. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 125-126.

[7] GAGLIARDI, Rafael Villar. *Op. Cit.* P. 123. Em breve síntese, trata-se de: i) exceção substancial por estar relacionada àquilo que diz respeito ao mérito da questão envolvendo as partes, não abarcando tão só e somente uma questão de rito ou de processo, afastando-a da possibilidade de se tratar de uma exceção processual; ii) em se tratando de exceção substancial, trata-se de uma exceção dilatória, uma vez que busca dilatar no tempo a prestação da obrigação de uma das partes, havendo uma delimitação de um aspecto temporal pela leitura do dispositivo; vê-se que a exceção é um instituto invocado para garantir um direito à suspensão da prestação em razão da situação de dúvida quanto à prestação futura; iii) pelo fato de se tratar de uma exceção oposta em uma relação contratual, em que existem direitos e obrigações, é configurada como exceção pessoal, uma vez que somente pode ser oposta na relação entre as contratantes e não por terceiros, não podendo ser caracterizada como exceção real; iv) ainda é também caracterizada como dependente, uma vez que está diretamente relacionada ao direito de que decorre. Para maiores comentários acerca da delimitação da exceção em seu sentido estrito, ver: SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Exceções substanciais**: exceção de contrato não cumprido. Rio de Janeiro: F. Bastos, 1959; DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael**. Execução e exceção de con-**

sificação proposta por Aguiar Júnior, de modo que os requisitos serão abordados em pontos apartados.

1.1.1 DA EXISTÊNCIA DE UM CONTRATO BILATERAL DE EXECUÇÃO FUTURA

Conforme mencionado acima, adotando-se a classificação proposta por Aguiar Júnior, o primeiro requisito para que seja possível se invocar a exceção de inseguridade é justamente a existência de um contrato bilateral de execução futura.

Dentro dessa conceituação, tem-se que o contrato bilateral é aquele que exige a reciprocidade entre as obrigações, havendo uma correspectividade entre elas, de modo que as prestações são convencionadas uma em função da outra, podendo também haver a simultaneidade de cumprimento, com a ressalva de disposições da lei, do contrato ou dos usos[8].

Contratos de execução futura (ou de execução diferida no tempo / no futuro) "são aqueles que uma das partes (ou ambas) deve cumprir sua obrigação em tempo futuro.[9]" Diz-se que o contrato de execução futura "pode ter prestação continuada (prestação do locador), ou periódica (fornecimento de bens ou serviços em certas datas); prolongada por sua natureza (contrato de empreitada); ou de execução diferida (venda a prestações).[10]"

De acordo com Aguiar Júnior, a exceção de inseguridade não poderia ser invocada nos casos de contratos de execução instantânea, uma vez que estes não sofreriam com o efeito de mudanças futuras, de modo que o art. 477 apenas teria incidência nas "relações decorrente de

---

trato não cumprido: notas ao art. 582 do CPC. Revista de Processo, vol. 172/2009, Jun/2009, p. 19-31; GAGLIARDI, Rafael Villar. *Op. Cit.* P. 5-15; 123-133; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Exceções no Direito Civil**: um tema em busca de um autor? In: MIRANDA, Daniel Gomes de; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino. (Org.). Prescrição e decadência: Estudos em homenagem a Agnelo Amorim Filho. 1ed. Salvador: Jus Podium, 2013, v. 1. P. 411-422.

[8] AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Op. Cit.* P. 728-729; 749.

[9] RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**, volume 3: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. P. 38

[10] AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Op. Cit.* P. 833.

contratos cuja prestação deva ocorrer no futuro.[11]"

Mesmo entendimento é extraído de Gagliardi, afirmando que o risco somente se mostra "latente quando a prestação se prolonga no tempo, tem vencimento futuro ou se renova periodicamente.[12]"

Assim, em consonância com os autores supracitados, deve-se dizer que não haveria qualquer sentido em se pensar em uma alteração da situação patrimonial em uma relação que não perdurasse no tempo e não tivesse a possibilidade de sofrer com as adversidades advindas do tempo.

1.1.2 NÃO VENCIMENTO DA OBRIGAÇÃO DO DEVEDOR/EXCEPTO

Quanto ao segundo requisito, a questão referente à ordem das prestações está intrinsecamente ligada à possibilidade de estar vencida ou não a obrigação do excipiente (aquele que alega a exceção) e o não vencimento da obrigação do excepto (aquele cuja prestação futura se encontra sob dúvida).

Isso, pois, segundo Aguiar Júnior, a aplicação do art. 477 se dá nos casos em que a obrigação do excepto ainda não tenha vencido e exista dúvida sobre o seu cumprimento futuro, quando se vencerá a obrigação[13]. Aqui, vê-se também a ligação do segundo requisito ao primeiro.

Pode-se perceber que a parte que deve prestar em primeiro lugar procura acautelar o seu direito por meio da invocação da exceção de inseguridade, uma vez que é pela existência da dúvida acerca do cumprimento futuro que poderá se abster de cumprir a sua parte na obrigação[14].

De acordo com Gagliardi, ao se considerar que a finalidade da

---

[11] AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Op. Cit.* P. 833.

[12] GAGLIARDI, Rafael Villar. *Op. Cit.* P. 127.

[13] Afirma o Autor que pode o excipiente ajuizar ação para que "se reconheça a situação jurídica definida no art. 477, que autoriza à recusa da sua prestação. A sentença que lhe for favorável garantirá que o seu credor somente poderá instaurar a ação de adimplemento dando garantia da execução da sua prestação ainda a vencer." AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Op. Cit.* P. 838.

[14] De acordo com Vicenzo Roppo, em havendo uma ameaça à concretização do fim do contrato, há a possibilidade de se invocar remédios em prol dos potencialmente afetados, sendo possível a suspensão temporária das obrigações a que estão obrigadas. Roppo as denomina de exceções suspensivas ou dilatórias, relatando que seriam duas as principais: a exceção de inadimplemento (de contrato não cumprido) e a de inseguridade, atribuindo maior relevância à primeira. ROPPO, Vicenzo. **Diritto**

exceção é a tutela dos interesses daquele que deve cumprir primeiro, precavendo-se do risco do não recebimento da contraprestação em uma situação excepcional de perda patrimonial superveniente, somente essa parte exposta ao risco poderia opor a exceção de inseguridade[15].

Para Salvatore Mazzamuto, ao tratar do ordenamento italiano, a previsão da exceção de inseguridade se trata de um meio de tutela à parte que deve cumprir antes da outra e que não tem como se utilizar da exceção do contrato não cumprido, ressaltando a dificuldade de sua implementação, uma vez que à parte que a invoca há o ônus de comprovação do agravamento das condições econômicas da contraparte em relação ao momento da celebração do contrato[16].

Assim, vê-se que, em atenção ao risco, o segundo requisito determina que somente a parte que deva prestar em primeiro lugar é que poderia opor a exceção de inseguridade. Aqui, é indiferente se a prestação do excipiente já se encontra ou não vencida[17].

A princípio, a configuração não apresenta maiores problemas em havendo uma clara delimitação de qual a ordem da prestação das obrigações dentro de uma determinada relação jurídica. Em não havendo uma configuração clara no negócio sobre a ordem da prestação das obrigações, o critério a ser utilizado para se verificar aquele que deve prestar primeiro deve advir da própria prática negocial daquela área, utilizando-se da interpretação de que dispõe o art. 113, incs. II e V, do

---

Privato. Quinta edizione. G. Giappichelli Editore, 2016. P 491.

[15] GAGLIARDI, Rafael Villar. *Op. Cit.* P. 126. De acordo com Gagliardi, mesmo "que ambos os contratantes estejam em situação econômica virtualmente ruinosa, apenas aquele obrigado a prestar primeiro se vê exposto ao risco de cumprir e não receber. Ao outro contratante assiste o direito de, demandado pelo cumprimento da obrigação assumida por contratante inadimplente, agitar a exceção de contrato não cumprido. Percebe-se, pois, que esta exceção não cabe ao titular da exceção de insegurança."

[16] MAZZAMUTO, Salvatore. **Manuale del diritto privato - Estratto**: Parte generale del contratto, 2016. P. 627.

[17] De acordo com Nelson Rosenvald, "o escopo do dispositivo não é punir o contratante, mas apenas proteger o equilíbrio contratual, minimizando o risco de descumprimento, pois a prestação a ser recusada ainda não é exigível pelo credor, mas provavelmente não será realizada ao seu tempo." ROSENVALD, Nelson. In: **Código Civil comentado**: doutrina e jurisprudência. Coord. Cezar Peluso. 13. Ed. Barueri: Manole, 2019. P. 520.

Código Civil[18].

1.1.3 SUPERVENIENTE DIMINUIÇÃO DO PATRIMÔNIO DO DEVEDOR/EXCEPTO

O presente requisito é um dos que mais demanda discussões: o que é superveniente diminuição patrimonial? O conhecimento da possibilidade de que esta diminuição somente se concretizasse após a celebração do negócio jurídico teria alguma implicação negativa sobre a possibilidade de invocar a exceção de inseguridade? O desconhecimento da situação patrimonial negativa quando da celebração do negócio jurídico impediria a invocação do dispositivo?

Para melhor compreensão as questões serão abordadas em dois tópicos distintos: i) o da diminuição ocorrida antes da celebração do negócio e ii) o da perda patrimonial ocorrida após a celebração e como ela seria configurada.

a) Sobre a diminuição patrimonial ocorrida antes da celebração do negócio: uma possiblidade de aplicação do princípio da conservação dos negócios jurídicos

Ao se tratar do requisito referente à perda patrimonial superveniente à celebração do negócio jurídico se nota novamente a importância do aspecto temporal.

Isso, pois não teria qualquer relevância o caso de uma alteração patrimonial que tenha ocorrido antes da celebração do negócio e com o conhecimento da contraparte[19]. A exceção somente pode ser oponível para os casos em que a diminuição patrimonial se der *após* a conclusão do contrato, sustentando Cristiano de Sousa Zanetti a impossibilidade de se invocar a exceção quando o patrimônio do devedor já possuía con-

---

[18] Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

§ 1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que:

II - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio;

V - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração.

[19] AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Op. Cit.* P. 834.

dições de comprometer a execução desde a celebração do negócio[20]. De acordo com o referido autor, a possibilidade de invocação da exceção de inseguridade não pode servir para "eximi-lo do ônus de se informar a respeito da situação patrimonial da parte contrária.[21]"

Conclusão semelhante é extraída das observações de Aguiar Júnior, que afirma que a exigência de um comportamento diligente pela parte está no fato de que a "força obrigatória do contrato não pode ser atenuada para favorecer aquele que não soube ser suficientemente cuidadoso ao informar-se da realidade sobre a qual contratava.[22]"

Ou seja, exige-se que a parte contratante tenha adotado a diligência do padrão de um "homem médio" a fim de se verificar a higidez da situação patrimonial de sua contraparte. De acordo com Anderson Schreiber, ao se tratar de relações contratuais duradouras, há um "efetivo dever de ambas as partes diligenciar pela utilidade da prestação antes, durante e depois do seu vencimento, para muito além do momento pontual de sua execução.[23]"

Enrico Gabrielli vai ainda mais longe, afirmando que a parte que soubesse mesmo antes da estipulação do contrato sobre a grave situação econômica da contraparte – tendo o negociado por sua conta

---

[20] ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Inadimplemento antecipado da obrigação contratual**. In: CELLI JUNIOR, Umberto; BASSO, Maristela; AMARAL JÚNIOR, Alberto do; (coord) – Arbitragem e Comércio Internacional. Estudos em Homenagem a Luiz Olavo Baptista. São Paulo: Quartier Latin, 2013. P. 318. No mesmo sentido, Paulo Lôbo afirma que a exceção somente pode ser oposta se a diminuição patrimonial ocorrer após a conclusão do contrato, realizando a ressalva de que sua oposição seria vedada se o contratante já estivesse em mora em relação à sua obrigação quando ocorreu a diminuição patrimonial da contraparte. LÔBO, Paulo. **Direito civil**: contratos. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. P. 164.

[21] ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Op. Cit.* P. 318.

[22] AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Op. Cit.* P. 835. Fabio Addis afirma que a força vinculativa do contrato somente poderia sofrer uma mitigação quando houvesse razões que se afastassem da "possível esfera de controle da parte in bonis. O que, porém, não se poderia dizer diante de uma conduta negligente e superficial, se não decididamente arriscada, pela qual o risco de não obter a contraprestação não representa, certamente, um evento imprevisível no momento da conclusão do contrato, podendo, ainda, constituir um elemento de risco previamente calculado." ADDIS, Fabio. Le eccezione dilatorie. In: ROPPO, Vincenzo (Coord.). **Trattato del contratto**: rimedi 2. Milano: A. Giuffrè, 2006. v. 5, p. 473. APUD. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Op. Cit.* P. 835.

[23] SCHREIBER, Anderson. **A tríplice transformação do adimplemento**: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 8, n. 32, out. 2007. P. 8.

risco – assumiria um comportamento contrário à boa-fé ao intender invocar a exceção[24].

Situação diversa é o caso em que mesmo com a adoção das diligências devidas, a parte contratante desconhecesse essa diminuição patrimonial anterior à celebração do contrato sem que houvesse qualquer culpa ou negligência sua[25].

Aguiar Júnior suscita a possibilidade de que a diminuição patrimonial ocorresse após o encerramento das negociações e da busca de informações, mas antes da celebração do contrato[26]. Ou seja, mesmo na situação da parte mais precavida seria invocável a exceção de inseguridade.

Já Gagliardi afirma que nas situações em que houvesse uma alteração patrimonial negativa que fosse anterior à celebração do negócio, mas que somente chegasse ao conhecimento do outro contratante após o fechamento do negócio, não haveria a possibilidade de se invocar a exceção de inseguridade. A seu ver, o contratante obrigado em primeiro lugar não teria "desculpas para inverter a ordem estabelecida pela lei, pelo contrato ou pelas circunstâncias do negócio.[27]"

Aguiar Júnior, citando Vicenzo Roppo, não nega a possibilidade de que a parte invoque um vício de consentimento a fim de pleitear a invalidade do acordado, mas argumenta que ainda assim a exceção do art. 477 seria a via mais acessível e eficaz para a proteção da parte[28].

Aguiar Júnior ainda afirma que não haveria qualquer exigência de que o fato determinante da diminuição patrimonial fosse novo, exigindo-se apenas que a consequência dele que devesse atuar após a celebração do contrato. Tal conclusão é obtida da doutrina italiana, afirmando Giorgio Cian e Alberto Trabucchi que, segundo a interpretação

---

[24] GABRIELLI, Enrico. *Il contratto e i rimedi: la sospensione dell'esecuzione.* P. 26.

[25] De acordo com Salvatore Mazzamuto, a invocação da exceção somente seria possível se em havendo mudança nas condições patrimoniais anteriores à conclusão do contrato essas tivessem sido ignoradas pela parte sem culpa. MAZZAMUTO, Salvatore. *Op. Cit.* P. 127.

[26] AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Op. Cit.* P. 825.

[27] GAGLIARDI, Rafael Villar. *Op. Cit.* P. 129. Sustenta Gagliardi a excepcionalidade da medida, não podendo ser realizada sobre ela uma interpretação extensiva. Para o Autor, se essa má situação econômico-financeira da parte fosse anterior à celebração do negócio, poder-se-ia falar de "vício na formação do negócio, por erro ou dolo, mas não de exceção de insegurança, que pressupõe um contrato bilateral válido e eficaz e a superveniência da perda patrimonial.

[28] AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Op. Cit.* P. 834.

jurisprudencial, a lógica da lei seria a de que a exceção seria cabível mesmo nos casos em que a alteração patrimonial chegasse ao conhecimento da parte após a celebração do negócio[29], sendo tal afirmação também realizada por Nicola Distaso[30].

Acerca disso, sustenta Aguiar Júnior que não haveria também qualquer exigência da existência do patrimônio ao tempo da celebração do contrato, uma vez que as partes poderiam ter negociado justamente na expectativa de que fossem angariados recursos ou obtidos os meios técnicos até a data que a prestação fosse exigida. Na sua opinião, se até a data que a prestação fosse exigida tivesse desaparecido a possibilidade de angariar os recursos ou de obter esses meios, poderia se entender que teria havido uma diminuição do patrimônio.[31]

A nosso ver, a postura adotada pela doutrina italiana parece a mais razoável[32]. Mesmo concordando-se com a possibilidade de que a parte alegue a existência de vício consentimento consubstanciado no erro ao contratar com uma parte que notoriamente não tem o patrimônio que se esperava, há que se ressaltar a compatibilidade da adoção do instituto com o princípio da conservação dos negócios jurídicos[33].

Trata-se, a nosso ver, de um cenário de valorização da auto-

---

[29] CIAN, Giorgio; TRABUCCHI, Alberto. **Commentario breve al codice civile**. 4. ed. Padova: CEDAM, 1992. P. 1185.

[30] DISTASO, Nicola. I contratti in generale. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1966. P. 1247. Gabrielli, citando a opinião de Roppo - que sustenta a anulabilidade por erro no caso de a situação econômica deficiente existir à época da celebração do contrato – afirma que a jurisprudência italiana concede uma proteção mais imediata à parte, autorizando a invocação da exceção de inseguridade nesses casos também. GABRIELLI, Enrico. GABRIELLI, Enrico. Appunti sulle autotutele contrattuali. In: Principi, Regole, Interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onoro di Giovanni Furgiuele. Tomo III. Universitas Studiorum, 2017. P. 42.

[31] AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Op. Cit.* P. 835-836.

[32] Como será abordado adiante, há a necessidade de realizar a ressalva de que a jurisprudência não se deparou com situações como as aqui mencionadas, de modo que a invocação da exceção de inseguridade tem se dado predominantemente em casos de superveniente perda patrimonial ou, ao menos, de insegurança quanto à situação financeira da contraparte decorrente de situações ocorridas após a celebração do negócio.

[33] Para Alexandre Guerra, mesmo por uma perspectiva econômica do direito, a eficiência do contrato valorizaria a aplicação do princípio da conservação dos negócios jurídicos, havendo um interesse da sociedade pelo contrato, de modo que o direito deveria garantir e preservar "a máxima expansão dos seus efeitos às partes em si consideradas e além dos próprios contratantes." GUERRA, Alexandre. Princípio da

nomia privada das partes, ressaltando a necessidade de observância do princípio da confiança nas relações interprivados[34]: uma das partes, pautada em elementos objetivos (qual seja, a diligência que realizou a fim de verificar a solvabilidade da contraparte), acreditava estar realizando um bom negócio, o que, porventura, acabou não se concretizando.

Ainda, caso as partes desejem afastar alegações como as possibilitadas pelo artigo 477 do Código Civil, podem ainda estipular a denominada cláusula solve et repete, prevista como uma renúncia à utilização e invocação das exceções (tanto a de contrato não cumprido quanto a de inseguridade), reservando-se apenas ao direito de uma futura indenização por perdas e danos[35].

Assim, mesmo diante dessa nova situação há o interesse em se preservar o negócio, desde que sejam observadas as premissas do art. 477 do Código Civil. Parece-nos muito mais eficiente a manutenção do negócio, do que um apego a uma mera preservação de uma interpretação restritiva acerca do conceito.

b) Perda patrimonial: parâmetros para invocação do art. 477

Nesse tópico em específico a questão que se põe é a da perda patrimonial ocorrida após a celebração do contrato e quais seriam os

---

Conservação dos negócios jurídicos. São Paulo: Almedina, 2016. P. 173-174

[34] De acordo com Judith Martins-Costa, a confiança que se discute é a legítima, qualificada como tal, não decorrente de uma crença, mas de uma "conjugação de fatores objetivos e subjetivos". MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. P. 252-253.

[35] De **acordo com Venosa, em havendo a referida cláusula, a parte deverá cumprir sua obrigação mesmo diante do descumprimento da outra parte e, posteriormente, poderá se voltar para solicitar a consequente conversão em perdas e danos.** VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil: contratos. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018. **P. 46. A admissibilidade da estipulação dessa clausula não é uniforme, havendo divergência sobre sua aplicabilidade.** De acordo com Custodio da Piedade Ubaldino Miranda, a cláusula não poderia ser admitida em casos de nulidade, uma vez que as partes não poderiam afastar por convenção hipóteses de interesse público que poderiam ser conhecidas de ofício pelo juízo. MIRANDA, Custodio da Piedade Ubaldino. Comentários ao código civil: dos contratos em geral (Arts. 421 a 480). São Paulo: Saraiva, 2013. P. 436. Por parte da doutrina italiana, Vicenzo Roppo também afirma que a cláusula não se aplicaria a casos de nulidade e anulabilidade, havendo ainda a possibilidade de o julgador entender pela existência de outros motivos que autorizem a suspensão da eficácia da cláusula. ROPPO, Vicenzo. Op. Cit. P. 491.

parâmetros para a sua configuração. Ao se falar do requisito da perda patrimonial, faz-se imprescindível o comentário de Aguiar Júnior acerca do patrimônio considerado suficiente para a obrigação, alegando que:

O patrimônio do devedor deve ter aptidão para responder pela obrigação assumida, para o que serve o conceito de 'substância patrimonial', aferível mediante o exame do conjunto dos bens do devedor e de suas características, tais como penhorabilidade, possibilidade de fácil excussão e liquidez[36].

Em se tratando de perda de patrimônio, Gagliardi menciona que por meio da boa-fé objetiva se teria um filtro pelo qual deveria ser analisada a perda patrimonial superveniente. A seu ver, não seria suficiente a existência de um mero revés para que a exceção fosse alegada, uma vez que pela excepcionalidade da medida sua aplicabilidade exigiria um emprego ponderado.

Na sua opinião, deveriam ser analisados os "impactos do revés na capacidade de solver do contratante atingido, especialmente em comparação à mesma capacidade quando o contrato foi firmado e, de acordo com os critérios do tráfico, definir se teria ou não comprometido a contraprestação.[37]"

Sem perder de vista tal conceituação, de acordo com Zanetti, haveria a necessidade de que a diminuição do patrimônio fosse de tal relevância que pudesse colocar em risco a execução da prestação que se prometeu[38]. A esse ponto, cabe destacar que não bastaria a existência de uma mera oscilação negativa no patrimônio da contraparte, afirmando Zanetti que tal alteração seria frequente no patrimônio de qualquer pessoa jurídica. A seu ver, a exceção de inseguridade somente seria aplicável para os casos em que houvesse "flutuações patrimoniais excepcionais.[39]"

De acordo com Nicola Distaso, considerando-se a boa-fé, so-

[36] AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Op. Cit.* P. 836.

[37] GAGLIARDI, Rafael Villar. *Op. Cit.* P. 130.

[38] ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Op. Cit.* P. 318.

[39] ZANETTI, Cristiano de Sousa. Op. Cit. P. 318. Aguiar Júnior sustenta também que a diminuição patrimonial poderia ser tanto de natureza quantitativa, fazendo referência à uma perda de receita ou redução de bens, quanto qualitativa, caso em que se teria a perda das condições técnicas para o cumprimento da prestação. Exemplifica afirmando que é o caso do "contratante que perdeu uma substancial fonte de renda; ou o fornecedor que teve destruída a máquina com a qual cumpriria a sua obrigação, ou demitiu o empregado habilitado à prestação do serviço." AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Op. Cit. P. 836. Ruy Rosado de Aguiar Júnior e Nelson Nery Júnior, nas notas de atualização à obra de Pontes de Miranda, afirmam que a perda qualita-

mente justificaria a invocação da exceção aquela mudança significativa nas condições econômicas, capaz de comprometer seriamente a probabilidade do cumprimento futuro[40].

Em complemento a essa situação, afirma-se que a perda patrimonial ocorrida deve ser analisada tão somente sob um viés objetivo, não se verificando a existência de qualquer culpa do contratante para tal acontecimento[41]. Não há necessidade da análise de um elemento subjetivo, sustentando-se que pouco importaria o fato de que "a perda patrimonial sentida pelo contratante seja resultado de crise econômica ou inabilidade para o comércio.[42]"

Gagliardi realiza pontuações práticas sobre o tema, relatando que o alcance do requisito da perda patrimonial não se restringe à demonstração da existência de um "ativo superior ao passivo", de modo que mesmo nessas situações não haveria qualquer impedimento à invocação do art. 477[43]. Sustenta o autor que o tráfico jurídico apontaria um elevado risco de inadimplemento decorrente de uma insolvência ou de uma pré-insolvência, admitindo-se a exceção de inseguridade[44].

Acerca desse ponto, relevante destacar que a ideia de insolvência não condiciona o direito à exceção, uma vez que "a decretação da insolvência ou da falência do contratante enseja o vencimento antecipado de suas obrigações e, por isso mesmo, exclui o direito à exceção aqui trata-

---

tiva faria referência à dúvida decorrente dos indícios com efeitos que poderiam não ser mensuráveis, mas que sugeririam um cenário de descumprimento da obrigação. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado: parte especial, v. XXVI. Atual. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Nelson Nery Júnior. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. P. 229.

[40] DISTASO, Nicola. *Op. Cit*. P. 1247.

[41] No mesmo sentido, Paulo Lôbo afirma que a idoneidade patrimonial é aferida objetivamente, independente de ter havido boa ou má-fé da parte contratual que teve essa perda patrimonial. LÔBO, Paulo. *Op. Cit*. P. 164. Cian e Trabucchi também afirmam ser irrelevante o fato da alteração das condições econômicas ser ou não devido à culpa da parte. CIAN, Giorgio; TRABUCCHI, Alberto. *Op. Cit.* P. 1185.

[42] GAGLIARDI, Rafael Villar. *Op. Cit.* P. 127.

[43] Segundo o Autor: "Há casos em que, embora o ativo tenha maior expressão econômica, o contratante apresenta liquidez baixa. Ainda, o contratante pode apresentar uma redução acentuada, quer em seus índices de liquidez, quer na relação entre ativo e passivo que, apesar de ainda positiva, tende inevitavelmente à insolvência. E mais, pode apresentar alto endividamento a curto prazo, aliado a um crescente número de protestos e cobranças judiciais." **GAGLIARDI, Rafael Villar**. Op. Cit. P. 127.

[44] GAGLIARDI, Rafael Villar. *Op. Cit.* P. 128.

da.[45]" De acordo com Cian e Trabucchi, não haveria a necessidade de se demonstrar um estado de insolvência, bastando que existisse um perigo atual e evidente da redução patrimonial[46].

No mesmo sentido, Vincenzo Roppo, citado por Aguiar Júnior, afirma que para a aplicação da medida somente se exigiria que a mudança nas condições patrimoniais da contraparte fosse suficientemente séria e irreversível a fim de não se criar um risco genérico, mas sim um perigo de se perder a contraprestação, não significando que deveriam estar presentes as características da insolvência em sentido técnico[47].

A título de exemplo, Carlos Roberto Gonçalves, citando o art. 590 do Código Civil, no caso de alteração das condições financeiras do mutuário (dispositivo que se diz ser uma aplicação específica do art. 477 do Código Civil), afirma que haveria uma notória mudança na situação econômica quando o fato se tornasse conhecido por todos e independesse de prova, "como sucede na hipótese em que vários títulos de sua emissão são protestados, ao mesmo tempo em que várias execuções lhe são movidas."[48]

Como exemplo prático dessa situação, Gagliano e Pamplona Filho propõem uma situação didática, conforme se vê:

> Dando outro exemplo, imagine-se que alguém contrate a

---

[45] GAGLIARDI, Rafael Villar. Op. Cit. P. 127-128. No mesmo sentido, Gabrielli demonstra que o conceito de insolvência do direito falimentar italiano é distinto da disciplina da exceção de inseguridade em razão da produção de duas situações distintas: no primerio caso, há a imediatava exigibilidade da contraprestação, enquanto no segundo, o agravamento da condição econômica da contraparte – que tem como origem o perigo de não receber a contraprestação – determina tão somente a suspensão da execução do contrato. GABRIELLI, Enrico. Il contratto e i rimedi: la sospensione dell'esecuzione. P. 26.

[46] CIAN, Giorgio; TRABUCCHI, Alberto. Op. Cit. P. 1185. Gagliardi afirma que se fosse necessária a demonstração da insolvência como requisito da perda patrimonial, "tornar-se-ia letra morta o art. 477 do Código Civil", de modo que sua aplicação na prática seria "impossível ou, no mínimo, extremamente rara." O autor afirma ainda que, como "resultado, o contratante obrigado a cumprir em primeiro lugar estaria desamparado nas situações em que, de fato, tem cabimento a exceção de insegurança." **GAGLIARDI, Rafael Villar**. Op. Cit. P. 127-128.

[47] ROPPO, Vincenzo. **Il contratto**. Milano: A. Giuffrè, 2001. p. 990. APUD. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Op. Cit.* P. 837. Para Aguiar Júnior, exige-se apenas que "diminuição leve à ideia fundada de que a prestaç ão poderá não ser cumprida assim como contratada" AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Op. Cit.* P. 836.

[48] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. Cit*. P. 360.

> banda TREBLEBES para fazer um show de final de ano, em uma determinada casa de espetáculos no interior da Bahia. Por força de uma enchente, porém, o local ficou interditado por vários meses, gerando visível e substancial prejuízo para seu proprietário. Ora, será que vale a pena correr o risco de se deslocar para a cidade, fazer a apresentação e não receber a contraprestação? É claro que não, motivo pelo qual deve o referido conjunto musical exigir garantias do cumprimento, antes de se aventurar pelas estradas da vida.[49]

Assim, o entendimento doutrinário é pela compreensão de que sem uma perda patrimonial efetiva após a celebração do contrato, não haveria argumentos para se invocar a exceção de inseguridade. Feita essa explicação, passa-se a tratar do quarto requisito para a oponibilidade da exceção de inseguridade: a existência de dúvida quanto ao cumprimento futuro da prestação.

1.1.4 DÚVIDA SOBRE A POSSIBILIDADE DA PRESTAÇÃO

Ruy Rosado de Aguiar Júnior e Nelson Nery Júnior, em suas notas de atualização à obra de Pontes de Miranda, afirmam que a dúvida seria o "estado de incerteza a respeito do fato futuro" e que estaria sempre presente no espírito das partes, uma vez que contratariam confiando na execução da prestação.

No que diz respeito à dúvida a que se refere o art. 477, afirmam que se trata de uma "dúvida séria, fundada nas circunstâncias vivenciadas pela parte devedora, diminuidoras do seu patrimônio, constituindo indícios que permitam a conclusão de que a prestação provavelmente não será cumprida."[50] Com a alteração patrimonial e a existência da dúvida, diz-se que o risco criado deixa de ser um risco genérico, que se encontra presente nas contratações em geral, para passar a ser um "risco específico e agravado pela nova situação."

Para a doutrina italiana, o mencionado risco deveria ser atual

---

[49] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, v. 4, tomo I: contratos, teoria geral. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2017. P. 311.
[50] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. Cit.* P. 229. Para Rosenvald, a dúvida deve estar relacionada à efetiva possibilidade de adimplemento da prestação, não bastando a mera desconfiança de que o patrimônio da contraparte foi afetado por uma perda superveniente. ROSENVALD, Nelson. *Op. Cit.* P. 520.

e evidente acerca da perda da contraprestação[51], falando-se também em insegurança acerca do adimplemento (na figura das condições patrimoniais da contraparte), devendo haver motivos razoáveis para se duvidar acerca da realização futura da contraprestação[52]

De acordo com Pontes de Miranda, a apreciação das questões referentes à dúvida deve ser o critério geral do tráfico, de modo que a dúvida acerca do adimplemento se caracteriza tanto em uma situação geral de incerteza quanto em uma situação específica entre os dois contratantes, podendo ser alegada a exceção em ambos os casos, bastando que a dúvida paire sobre quem precise prestar primeiro[53].

Aguiar Júnior afirma que a dúvida existente deve incidir sobre uma prestação considerada substancial, "não sobre uma prestação sem importância bastante na economia do contrato que autorize a recusa da contraprestação[54]", sustentando que poderia, inclusive, incidir sobre uma obrigação acessória, desde que esta fosse indispensável à prestação principal[55].

De acordo com Luiz Philipe Tavares de Azevedo Cardoso, a dúvida existente na exceção de inseguridade seria distinta daquela verificada nos casos de inadimplemento antecipado. A seu ver, a dúvida não estaria ligada a um "grau próximo da certeza[56]".

Para Caio Mário da Silva Pereira, pelo fato de a exceção de inseguridade estar relacionada a um risco de descumprimento, o grau de certeza que se exige acerca do adimplemento do pactuado entre as partes demandaria uma alta probabilidade de que o "devedor não pretende ou conseguirá adimplir", ao contrário do inadimplemento antecipado em

---

[51] MAZZAMUTO, Salvatore. *Op. Cit.* P. 127; ROPPO, Vicenzo. *Op. Cit.* P. 491

[52] Gabrielli, mencionando a jurisprudência italiana, afirma que os tribunais sustentam que para a existência da situação de perigo não é suficiente que haja um mero temor subjetivo de que a contraparte não possa adimplir com sua obrigação, mencionando que também as dívidas em aberto com terceiros não servem para isso. GABRIELLI, Enrico. Il contratto e i rimedi: la sospensione dell'esecuzione. P. 27.

[53] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. Cit.* P. 225.

[54] AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Op. Cit.* P. 837.

[55] Tal afirmação também encontra reflexo na doutrina italiana: GABRIELLI, Enrico. *Il contratto e i rimedi: la sospensione dell'esecuzione.* P. 28-29.

[56] CARDOSO, Luiz Philipe Tavares de Azevedo. **O inadimplemento antecipado do contrato no direito civil brasileiro.** Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, 2014. P. 140.

que se teria uma "probabilidade próxima à certeza[57]".

Segundo Caio Mário, para a invocação da exceção da inseguridade, se o excipiente não sabe da diminuição patrimonial, deve possuir razões para presumi-la, o que poderia se verificar em protesto de títulos, pedidos de moratória[58]. De acordo com Gabrielli, esse também seria o posicionamento da jurisprudência italiana, entendendo pela invocação do instituto quanto a contraparte tenha contra si protestos cambiais, procedimentos executivos, bem como indícios de que possa falir[59].

Sobre esse ponto, vê-se que o requisito da dúvida está intrinsecamente ligado ao da perda patrimonial superveniente. Isso, pois para aferição da perda patrimonial há a enumeração dos indícios de tais perdas, como os casos de protestos de títulos, execuções, cobranças judiciais, alto endividamento a curto prazo, perda de liquidez.

Assim, vê-se que frequentemente a existência da dúvida está aliada a provas documentais, ou, ao menos, provas mais concretas de que teria havido um abalo significativo na capacidade da contratante de cumprir com suas obrigações.

Tal correlação é objeto de crítica por parte de Aline de Miranda Valverde Terra, para quem a contemplação de hipóteses tão somente de deterioração patrimonial teria perpetuado a tradição patrimonialista que acompanha o direito das obrigações[60].

De acordo com a autora, haveria situações em que se teria a dúvida sobre a possibilidade de adimplemento da prestação sem que se falasse de qualquer perda patrimonial, mencionando-se a "omissão ou retardo de deveres secundários de prestação bem como da violação de deveres de conduta.[61]" O desafio estaria em se verificar os critérios que permitem identificar nessa omissão ou retardo desses deveres mais do que uma mera dúvida, mas o "efetivo risco de descumprimento, de modo a autorizar o credor a adotar medidas dirigidas à tutela de seu crédito.[62]"

Para Anderson Schreiber, a exceção de inseguridade, em sen-

---

[57] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil:** volume 3: contratos. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. P. 158.
[58] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. Cit.* P. 131.
[59] GABRIELLI, Enrico. *Il contratto e i rimedi: la sospensione dell'esecuzione.* P. 27.
[60] TERRA, Aline de Miranda Valverde. **O chamado inadimplemento antecipado**. Revista de Direito Privado, vol. 60/2014, Out – Dez/2014, P. 135-157.
[61] TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Op. Cit.* P. 135-157.
[62] TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Op. Cit.* P. 135-157.

do um remédio menos drástico, seria compatível com uma situação de incerteza acerca do cumprimento da prestação no futuro, falando-se apenas em uma "mera improbabilidade de cumprimento[63]". Schreiber afirma que o artigo 477 poderia ser utilizado, por analogia, para abarcar outras situações que representassem uma elevada probabilidade de inadimplemento, reservando a resolução para outros casos.

Sobre o cenário de distinção quanto aos pressupostos patrimoniais, destaca-se a existência do Enunciado 438 da V Jornada de Direito Civil, cujo texto traz exatamente o cenário proposto pela autora supracitada, veja-se: "A exceção de inseguridade, prevista no art. 477, também pode ser oposta à parte cuja conduta põe, manifestamente em risco, a execução do programa contratual."

Pelos comentários do proponente do enunciado, o Prof. Cristiano de Sousa Zanetti, já se falava em tal crítica, sustentando-se que a leitura do art. 477 parecia deixar o "credor sem saída, a não ser esperar que a execução seja executada oportunamente, ainda que as evidências sugiram que isso não ocorrerá[64]", exemplificando a crítica com o caso do empreiteiro que não adota as providências necessárias para concluir a obra a cuja execução havia se obrigado.

No entanto, Zanetti dispõe que ao se realizar uma análise do dispositivo à luz do princípio da boa-fé se vê que há a possibilidade de se requerer a prestação de garantias no caso de um comportamento do contratante que coloque em risco a observância do programa contratual, de modo que "não se afigura conforme à exigência de lealdade permitir que se pretenda o cumprimento da prestação alheia antes de executar aquilo a que se obrigou ou, ao menos, de oferecer garantias idôneas de que o fará.[65]"

A esse sentido, Venosa menciona um exemplo que parece convergir com essa opinião:

> "Imagine o contratante de uma empreitada, que deve fornecer dinheiro e materiais em continuação ao empreiteiro e venha a saber que este se envolve em operações arriscadas, que colocam em perigo sua solvência e credibilidade. Pagar nessa situação seria um risco de não ver completada a obrigação do empreiteiro em concluir a obra ou serviço. Permite-se, pois,

[63] SCHREIBER, Anderson. *Op. Cit.* P. 10.
[64] ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Op. Cit.* P. 318.
[65] ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Op. Cit.* P. 319.

> que o devedor suspeitoso peça uma garantia ao outro contratante, uma caução idônea.[66]"

Complementando a situação acima exemplificada, de acordo com Zanetti a boa-fé impede que o contratante pretenda reclamar a "observância do pacto cujo descumprimento seu comportamento sugere." Diz-se que haveria um "exercício inadmissível de posição jurídica de vantagem, qualificado pela doutrina como tu quoque", havendo repulsa pelo ordenamento nos termos dos arts. 422 e 187 do Código Civil. Assim, em havendo uma conduta que coloque em risco a satisfação do programa contratual, seria cabível a exceção de inseguridade.

Portanto, tem-se que a questão da dúvida para o cumprimento deve ser uma dúvida séria, baseada em circunstâncias objetivas, não podendo se tratar de algo meramente subjetivo, um juízo da própria parte. Para a consolidação dessas circunstâncias objetivas, são relevantes tanto os indícios patrimoniais, tais como protestos de títulos, cobranças judiciais, quanto a conduta da parte, na figura da omissão ou retardo de deveres secundários, capaz de colocar em risco a satisfação do programa contratual.

1.1.5 SOBRE A RECUSA DE PRESTAR *ATÉ QUE A OUTRA PARTE SATISFAÇA OU OFEREÇA GARANTIAS*

O quinto e último requisito, refere-se à recusa de prestar em razão de toda a situação que justifica o preenchimento dos quatro requisitos anteriores. Como solução visualizada pelo excipiente, tem-se que há a satisfação da obrigação ou o oferecimento de garantias pela contraparte a fim de conceder uma segurança de que o negócio será cumprido e de que o excipiente não terá que lidar com prejuízos quando do termo do negócio.

No entanto, tal solução nem sempre é alcançada, havendo posturas de inércia do excepto ou de recusa em prestar e/ou oferecer garantias.

Em havendo a situação de invocação da exceção de inseguridade do art. 477 do Código Civil, Aguiar Júnior afirma que restariam três condutas ao excepto: i) poderia este negar a procedência da dúvida,

---

[66] VENOSA, Silvio de Salvo. **Código civil interpretado**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. P. 671.

alegando a inexistência de fato novo ou a existência de fato, mas a inexistência de qualquer prejuízo ao seu patrimônio, ou ainda aventar que, de fato, teria havido uma diminuição patrimonial, mas que o patrimônio teria sido reposto, deixando aberto o número de exemplos possíveis para a negativa da procedência da dúvida; ii) o cumprimento da prestação, satisfazendo a obrigação; iii) o oferecimento de garantias, demonstrando que terá condições de satisfazer a prestação.[67]

No que diz respeito ao primeiro ponto, sustenta Aguiar Júnior que apesar de ser do excipiente o ônus da prova da diminuição patrimonial e das circunstâncias que suscitam a existência de dúvida sobre o descumprimento futuro, cabe ao excepto "demonstrar que aquele fato provado não lhe retirou as condições para o adimplemento.[68]" Quanto a esse ponto, sustenta ainda o autor que o excepto poderia se antecipar e oferecer a prestação devida ou dar a garantia do seu cumprimento, informando-o mediante notificação.

Acerca desse ponto, Gabrielli afirma que a jurisprudência italiana tem entendido que não haveria um ônus do excipiente em notificar a contraparte acerca da invocação da exceção de inseguridade e consequente suspensão do contrato, posição que encontra forte oposição por parte da doutrina italiana. Gabrielli cita a posição de Ugo Carnevali, para quem o excepto deveria ter conhecimento da suspensão realizada pelo excipiente a fim de que pudesse demonstrar a inexistência da alteração em sua condição financeira, podendo alegar também que estas teriam sido superadas. Para Carnevali, a ausência de notícia prévia à invocação da exceção implicaria sua ilegitimidade, podendo acarretar consequências de natureza indenizatória[69].

A nós, a invocação da exceção de inseguridade se trata de ato receptício, de modo que a produção de seus efeitos depende da ciência da contraparte acerca da suspensão da prestação. Isso, pois na ausência

[67] AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Op. Cit.* P. 838-839. O autor afirma ainda que a "indefinição sobre a execução do contrato, que resulta da recusa pela diminuição do patrimônio, não convém às partes, nem satisfaz o interesse social, cabendo-lhes em tempo adequado solucionar o impasse. Para isso, o excepto poderá cumprir sua obrigação ou requerer extinção do contrato alegando onerosidade excessiva; o credor/excipiente, vencido o seu crédito, poderá cobrá-lo ou requerer a resolução, depois de caracterizado o inadimplemento absoluto do devedor, determinante da perda do seu interesse em receber a prestação."

[68] AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Op. Cit.* P. 839.

[69] GABRIELLI, Enrico. **Il contratto e i rimedi: la sospensione dell'esecuzione.** P. 28.

de comunicação à contraparte estaria inviabilizado até mesmo o que dispõe o artigo 477 do Código Civil sobre o oferecimento de garantias ou prestação antecipada da obrigação.

Questão conexa a essa se refere às situações em que o excepto não se manifesta, restando inerte. De acordo com Pontes de Miranda, poderia se falar de três consequências da omissão nessa manifestação:

1. Ou se entende que tal omissão dupla se há de equiparar a inadimplemento, - o que seria insinuar-se cláusula rebus sic stantibus, sem base jurídica.

2. Ou se permite que, após o trânsito em julgado da decisão contra o credor-devedor, se fixe prazo para adimplemento, com a cominação de resolução (judicial). Tal solução é, com pequenas diferenças, a de grande parte da doutrina alemã. [...]

3. Ou se há de permanecer o estado em que ficaram os figurantes, até que se vença o crédito do excipiente: o outro não prestou, também êle não é adstrito a prestar, porque excepcionou.

A solução certa é c); porém, com o trânsito em julgado da decisão, há o pressuposto para a cominação, com fundamento no art. 302, XII, do Código de Processo Civil.[70]

A proposta de Pontes de Miranda parece a mais adequada ao se considerar uma postura de mitigação dos danos do excipiente.

Interligada à inércia do excepto, está a própria recusa em cumprir a obrigação de forma antecipada e a recusa em prestar a caução a fim de demonstrar a sua intenção de cumprir com o pactuado. Em havendo uma dessas posturas e em havendo clareza quanto ao não cumprimento da obrigação pelo excepto, afirma-se que "o risco de descumprimento é convertido em inadimplemento antecipado e, nesta hipótese, pode-se pleitear a execução específica antes do prazo.[71]" Diz-se que não haveria

[70] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. Cit.* P. 230-231.

[71] LONGHI, Maria Isabela Carvalho Sica. **Inadimplemento antecipado**. Dissertação de Mestrado. Universidade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014. P. 131. No mesmo sentido, Rosenvald afirma que para o caso de o contratante fragilizado não obter as garantias que são exigidas, "poderá ajuizar ação de resolução com pedido de indenização ou executar a prestação da contraparte antes do prazo previsto mediante a tutela específica das obrigações de dar, fazer ou não fazer (art. 497 do

sentido em se possibilitar a suspensão do cumprimento da obrigação principal pela existência de um risco do descumprimento "e, posteriormente, obrigar o credor a aguardar o termo se não houver a prestação de garantia ou se o risco de inadimplemento converter-se em inadimplemento propriamente.[72]"

Concorda-se com tal opinião. A exceção de inseguridade possui uma finalidade cautelar. Se o contexto fático implica a possibilidade de futuro descumprimento da obrigação, espera-se uma das posturas preconizadas por Aguiar Júnior (conforme colocado acima) a fim de se eliminar o cenário de insegurança vivenciado pelo excipiente. Em não se eliminando tal cenário, pode-se falar que o cenário de dúvida, de probabilidade, converte-se em uma alta chance de descumprimento, autorizador da invocação do inadimplemento antecipado. Pela inércia da contraparte e da sua própria recusa sem maiores motivações, tem-se que não há mais um espírito de cooperação a fim de se alcançar o adimplemento.

Ao se falar das condutas do excipiente e do excepto, cabe destacar que as atitudes tomadas por quaisquer das partes não dependem de uma judicialização. Deve-se privilegiar as negociações extrajudiciais, o que pode se dar por meio de notificações extrajudiciais, reuniões informais ou outros meios que as partes considerarem adequados. A judicialização das controvérsias referentes ao preenchimento ou não dos requisitos do artigo 477 deve ser entendida como a última opção disponível às partes.

Já para o caso de o excepto manifestar sua intenção de prestar garantias (o termo mais utilizado pela doutrina é a concessão de caução), Pontes de Miranda afirma que poderão ser tanto reais quanto pessoais.[73] De acordo com Aguiar Júnior, a garantia/caução ofertada deve "assegurar a execução da prestação em espécie e não pelo equivalente, pois a

---

CPC/2015; art. 461 do CPC/73)." ROSENVALD, Nelson. *Op. Cit.* P. 520.

[72] LONGHI, Maria Isabela Carvalho Sica. *Op. Cit.* P. 133.

[73] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. Cit*. P. 230. Tal opinião é partilhada em: AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Op. Cit*. P. 839; GAGLIARDI, Rafael Villar. *Op. Cit.* P. 131. Gagliardi realizada a ressalva de que a lei não especifica a espécie de caução a ser prestada; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. Cit.* P. 297; MIRANDA, Custodio da Piedade Ubaldino. *Op. Cit*. P. 438-439; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op Cit.* P. 131. De acordo com Gabrielli, a garantia não deve responder a requisitos particulares, bastando que produza o efeito produzido pela norma, qual seja, o de assegurar o futuro adimplemento da obrigação assumida. GABRIELLI, Enrico. **Appunti sulle autotutele contrattuali**. P. 45.

contraparte poderá não estar interessada nessa substituição." A seu ver, o excepto, ao oferecer a garantia, não obtém o direito de transformar a prestação no bem dado em garantia, uma vez que continua devendo aquilo que foi contratado entre as partes[74]. O excipiente ainda poderá promover a execução do contrato quando vencida a obrigação.

Sobre esse ponto, é questão pacífica entre a doutrina de que a exceção de inseguridade somente atingirá seu fim se a caução for idônea, "suficiente para demonstrar a solvabilidade do contratante desafortunado, refletindo a expressão econômica efetiva da prestação que lhe for própria.[75]" De acordo com Cian e Trabucchi, por meio da prestação adequada da garantia, há o restabelecimento do equilíbrio entre as partes no que diz respeito à confiança que elas depositam no resultado do contrato[76].

Em sendo suficiente, Miranda entende que o excipiente não poderia recusar a garantia. Porém, em havendo divergência quanto à idoneidade ou suficiência da garantia, sustenta que caberia ao juiz decidir sobre tal questão[77]. Sobre o ponto da recusa da garantia, Álvaro Villaça Azevedo, ao mencionar o caso do art. 495 do Código Civil (insolvência do comprador antes da tradição do bem), relata que a garantia prestada nem sempre poderia ser aceita, uma vez que se tratando de

---

[74] A esse ponto, é interessante que nosso ordenamento privilegiou a execução específica das obrigações, conforme disposto no artigo 475 do Código Civil. Schreiber afirma que "a execução específica deve ser vista como medida prioritária, a ser afastada somente naquelas hipóteses em que já reste comprometida a função concretamente desempenhada pela relação contratual. Com isto, o princípio da conservação dos contratos, que vem sendo invocado no Brasil de modo algo aleatório (sic) e meramente pontual, poderia adquirir um papel efetivo e abrangente no ordenamento pátrio, a revelar uma atuação global e sistemática em prol da manutenção dos negócios jurídicos. SCHREIBER, Anderson. *Op. Cit.* P. 22.

[75] GAGLIARDI, Rafael Villar. *Op. Cit.* P. 131.

[76] Os autores sustentam que a garantia adequada poderia ser comparada à oferta antecipada do serviço, ressalvando o fato de que a garantia não possa ser qualificada como contrária à boa-fé. CIAN, Giorgio; TRABUCCHI, Alberto. *Op. Cit.* P. 1185

[77] MIRANDA, Custodio da Piedade Ubaldino. *Op. Cit.* P. 438-439. Acerca da idoneidade e suficiência da garantia, Gabrielli afirma que o excepto poderá não concordar com a posição do excipiente, alegando a existência de exceção de contrato não cumprido, podendo, inclusive, solicitar a resolução do contrato, cuja avaliação da proporcionalidade da invocação da exceção será realizada pelo juiz. GABRIELLI, Enrico. **Appunti sulle autotutele contrattuali** P. 46. Tal posição também é a de Aguiar Júnior, ressaltando que se "a oferta do equivalente não satisfizer o excipiente, este poderá optar pela resolução do contrato." AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Op. Cit.* P. 839.

devedor insolvente, ao prestar a caução, poderia estar fazendo com bem que não mais lhe pertencesse, mas sim a seus credores, "daí por que quem deve pagar preço ou entregar coisa a insolvente não poderá, depois de cumprir sua obrigação, executar essa garantia em detrimento de outros credores.[78]"

A esse ponto, destaca-se que já foi mencionado que para a oposição da exceção de inseguridade não há a necessidade de demonstração de insolvência. No entanto, as observações propostas pelo autor supracitado são de extrema relevância. O excipiente deve se precaver, verificando a idoneidade do bem dado em garantia. A título de exemplo, em se tratando de bens imóveis, cabe verificar a existência de averbações de penhora em certidões de matrícula, analisando-se também a existência de execuções movidas contra o excepto e com possibilidade de alcançar aquele bem. Juntamente a isso, poderia se solicitar uma declaração do excepto de que o bem dado em garantia não possui quaisquer ônus que possam impedir uma futura execução em caso do descumprimento por sua parte.

Para além disso, supondo que a garantia seja aceita e considerada idônea, diz-se que a exceção caducaria e a prestação que se encontrava suspensa teria de ser cumprida[79].

2. CONEXÃO ENTRE JURISPRUDÊNCIA E DOUTRINA

Realizado todo o aparato de conceituação de todos os requisitos que caracterizam a exceção e inseguridade, há a necessidade de verificação se tais pressupostos são de fato seguidos pela prática forense, encontrando reflexos no entendimento jurisprudencial. A esse ponto, cabe destacar que a busca pelo instituto "exceção de inseguridade" não encontrou resultados em vários tribunais[80].

No que diz respeito ao Superior Tribunal de Justiça ("STJ"), no único julgado em que é mencionado o instituto da exceção de inseguridade na pesquisa geral disponibilizada no site da Corte, a controvérsia

[78] AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Comentários ao Novo Código Civil**, v. VII: das várias espécies de contrato. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. P. 193-194.

[79] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. Cit.* P. 131.

[80] A título de exemplo, para os TJSC, TJBA, TJMS, TJGO, TJMT, TJES, TJPB, TJAM e TJPE não foram encontrados resultados ao se buscar o instituto tanto em ementa, quanto no texto de acórdãos.

em Recurso Especial envolveu uma relação tácita de fornecimento de matéria prima, tendo a Recorrente sustentando que a Recorrida teria incorrido em conduta ilícita ao limitar o fornecimento dos produtos, bem como ao reduzir o crédito concedido e reduzido também os prazos para pagamentos dos materiais fornecidos[81].

No caso, restou reconhecida que a Recorrida atuou de maneira lícita, uma vez que operou as denominadas reduções após a Recorrente ter restado inadimplente por determinado período, o que teria alterado a "relação de confiabilidade entre as partes". Por meio do julgado, foi citado o Enunciado 438 da V Jornada de Direito Civil como fundamentação, tendo o relator constatado que:

> "Assim, no caso de inadimplemento do contratante - circunstância que sugere, realmente, alteração de solvabilidade de uma das partes -, se era lícito ao outro reter sua prestação, era-lhe igualmente lícito reduzir o volume dos produtos vendidos, na esteira do adágio de que quem pode o mais pode o menos."

Assim, entendeu-se que a conduta de inadimplência implicaria a alteração da solvência de uma das partes, autorizando-se a invocação da exceção. Em sentido semelhante, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo[82], em caso envolvendo a compra e venda de cana de açúcar, entendeu que o fato de a Compradora ser uma "devedora contumaz com relação às obrigações assumidas com relação à propriedade rural" da contraparte autorizaria a retenção da entrega do produto, devendo se realizar o depósito judicial prévio dos valores antes da possibilidade de retirada dos produtos.

Em controvérsia semelhante na mesma Corte, envolvendo entrega de cana de açúcar, restou na própria ementa do julgado que o: "Comportamento da Ré que se assemelha a de uma empresa insolvente, autorizando a aplicação da exceção de inseguridade prevista nos artigos 477 e 495 do CCivil.[83]" No corpo do Acórdão, ainda restou declarado pelo Relator que a despeito das alegações de que não teria sido provada

---

[81] SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - Recurso Especial nº 1.279.188/SP. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 16/04/2015, Quarta Turma.

[82] TJSP - Agravo de Instrumento nº 2186544-04.2019.8.26.0000. Rel. Des. José Augusto Genofre Martins, 31ª Câmara de Direito Privado, Julgado em 01.10.2019,

[83] TJSP – Agravo de Instrumento nº 2155326-55.2019.8.26.0000. Rel. Des. Soares Levada, 34ª Câmara de Direito Privado, julgado em 23.09.2019.

a sua insolvabilidade:

> "fato é que seu comportamento perante a recorrida no decorrer do cumprimento da avença tem o mesmo colorido de atitudes de uma empresa insolvente e incapaz de adimplir com seus deveres. É incontroverso nos autos que suas obrigações de pagamento das safras de cana-de-açúcar são pagas para a recorrida com atrasos consideráveis e injustificados, não se demonstrando sequer a boa-fé objetiva que se espera da contratante recorrente."

No voto condutor ainda se finalizou afirmando que:

> "Nada há de extravagante ou extraordinário, pois, em se aplicar ao caso a medida acautelatória da exceção da inseguridade prevista nos artigos 477 e 495 do CC, impondo-se à recorrente tão somente o adiantamento de parte do valor da garantia da safra mensal à agravada, com apuração posterior de eventual remanescência de débitos para serem quitados perante a recorrida, ou de diferença de valores adiantados que sobeja o montante da cana colhida e que deverão ser devolvidos para a recorrente."

Outros exemplos são colhidos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em que o deferimento do processamento de Recuperação Judicial por uma das partes durante a execução do contrato autorizou a invocação da exceção de inseguridade, uma vez que a parte já estaria inadimplente com alguns de seus compromissos, utilizando-se a própria inicial da Recuperação de Judicial como fundamento que "claramente indica a impossibilidade, no atual momento, de que o grupo PDG honre seus débitos.[84]"

Ainda, no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em discussão envolvendo um aluno e uma prestadora de serviços educacionais (mais precisamente uma faculdade), o estudante requereu a possibilidade de depósito judicial das parcelas sob o receio de que a instituição poderia vir a fechar, uma vez que já não estaria pagando os professores e que ainda haveria ações de despejo em face da instituição nas Unidades em que as aulas eram ministradas. O Tribunal reconheceu a invocação

[84] TJSP – Embargos de Declaração nº 2055510-71.2017.8.26.0000/50002. Rel. Des. Rômolo Russo, 7ª Câmara de Direito Privado, julgado em 14.12.17.

do artigo 477 do Código Civil nessa hipótese[85].

Quanto ao que já foi abordado nesse tópico, destaca-se a relevância em se comprovar as circunstâncias que autorizam a invocação da exceção de inseguridade, uma vez que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em discussão de contrato de promessa de compra e venda, entendeu que a ausência de prova da diminuição do patrimônio dos promitentes vendedores capaz de comprometer a execução do contrato afastaria a invocação da exceção de inseguridade[86].

Desse modo, a discussão doutrinária se reflete na aplicação jurisprudencial, embora com as limitações pertinentes e sem o aprofundamento necessário da abordagem de todos os requisitos. Vê-se que em todos os casos havia a existência de: i) contrato bilateral; ii) não vencimento da obrigação do excipiente, sendo esse aquele obrigado a prestar primeiro; iii) perda patrimonial ou indícios dessa perda, havendo a necessidade de prova dessa sob pena de impossibilidade de invocação da exceção (não pagamento de compromissos financeiros com terceiros, não pagamento dos compromissos assumidos com a própria parte); iv) existência de dúvida quanto à execução prestação futura (perda da relação de confiabilidade, conforme julgado do STJ); v) utilização do meio judicial para sustar o cumprimento da obrigação e solicitar garantias em razão da negativa recebida pela contraparte.

Por meio dos julgados, vê-se que as circunstâncias autorizadoras da invocação da exceção de inseguridade são objetivas, não se analisando o mero receio – subjetivo - da contraparte em não receber a contraprestação futura, de modo que a invocação da exceção está lastreada em comprovações fáticas e documentais sobre a perda da capacidade da contraparte em cumprir com a prestação futura. A despeito das poucas menções realizadas ao instituto pela jurisprudência, vê-se que os tribunais têm se atentado à correta invocação da exceção quando ela se faz necessária.

Voltando-se aos olhos para o presente evidente, em se tratando de um período como o que passa a economia mundial, decorrente da pandemia do COVID-19 (coronavírus) as circunstâncias objetivas que autorizam a invocação do artigo 477 do Código Civil são inúmeras.

---

[85] TJSP – Agravo de Instrumento nº 2117218-59.2016.8.26.0000. Rel. Des. Itamar Gaino, 21ª Câmara de Direito Privado, julgado em 28.09.16.

[86] TJRS – Ap. Cível nº 0358634-76.2018.8.21.7000. Rel. Desª Mylene Maria Michel, 19ª Câmara Cível, julgado em 21.2.2019.

Pense-se no simples exemplo de um contrato em que a parte que deve prestar em segundo lugar esteja com seu faturamento zerado em razão do fechamento de suas operações por restrição legal imposta pela administração pública. A parte obrigada a prestar em primeiro lugar tem uma clara demonstração objetiva que justifica o receio de não receber a contraprestação devida, supondo aqui o pagamento a prazo de determinado produto, uma vez que a contraparte – ao menos aos olhos de quem vê de fora - teve reduzida sua capacidade de adimplir com a obrigação.

Portanto, o cenário atual se apresenta como um cenário propício à invocação da exceção de inseguridade, principalmente visando a manutenção das relações negociais, o que é primordial para a conservação de toda a cadeia econômica.

CONCLUSÕES

Por meio do presente trabalho se procurou trazer luz a um instituto de certa forma esquecido pela doutrina, mas que possui uma vasta possibilidade de aplicação em casos práticos, sendo um instituto à disposição das partes que se encontrem em um cenário de riscos quanto ao adimplemento futuro de sua contraparte.

Tentou se realizar uma categorização dos requisitos necessários para o preenchimento e invocação da exceção de inseguridade, demonstrando-se que são cinco os requisitos para tanto: i) a existência de um contrato bilateral; ii) uma ordem de prestações, de modo que o excipiente deve ser o primeiro a prestar, independendo se sua prestação estiver vencida ou não; iii) deve haver uma perda patrimonial superveniente (havendo as ressalvas necessárias quanto às hipóteses de desconhecimento sobre a situação econômica precária da contraparte desde antes da celebração do contrato); iv) deve haver uma dúvida sobre o adimplemento da prestação futura da contraparte, pautando-se essas em circunstâncias objetivas, não bastando o mero receio da contraparte; v) em razão de todo esse cenário, o excipiente pode sustar o cumprimento da sua obrigação enquanto a contraparte não lhe ofereça garantias (idôneas a garantir a prestação futura) ou execute a prestação antecipadamente. Quanto ao último requisito, há a possibilidade de a contraparte refutar a alegação da excipiente, demonstrando-se que as circunstâncias autorizadoras da exceção não estariam presentes, de modo que a exceção poderá ser suscitada ou então levada a juízo. Em caso de inércia, abre-se a possibilidade

de resolução da avença.

Assim, considerando um contexto em que o cenário contratual pode sofrer perturbações dos modos mais variados possíveis – como é o que se vê com a pandemia do coronavírus – a exceção de inseguridade é um meio de garantir a preservação dos contratos sem que haja a imputação de maiores ônus às partes, privilegiando-se, portanto, o alcance do fim da relação obrigacional.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Comentários ao novo Código Civil**, volume VI, tomo II: da extinção do contrato. Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Comentários ao Novo Código Civil**, v. VII: das várias espécies de contrato. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira.

CARDOSO, Luiz Philipe Tavares de Azevedo. **O inadimplemento antecipado do contrato no direito civil brasileiro.** Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, 2014.

CASSETARI, Christiano. **Elementos de direito civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CIAN, Giorgio; TRABUCCHI, Alberto. **Commentario breve al codice civile**. 4. ed. Padova: CEDAM, 1992.

DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. **Execução e exceção de contrato não cumprido**: notas ao art. 582 do CPC. Revista de Processo, vol. 172/2009, Jun/2009, p. 19-31.

DISTASO, Nicola. **I contratti in generale**. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1966.

GABRIELLI, Enrico. **Il contratto e i rimedi: la sospensione dell'esecuzione**, in www.juscivile.it, 2014, 30 ss.; in Riv. dir. priv., 2014.

GABRIELLI, Enrico. **Appunti sulle autotutele contrattuali.** In: Principi, Regole, Interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onoro di Giovanni Furgiuele. Tomo III. Universitas Studiorum, 2017. P. 17-56.

GAGLIARDI, Rafael Villar. **Exceção de contrato não cumprido**. 1 ed.

São Paulo: Saraiva, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, v. 4, tomo I: contratos, teoria geral. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 3: contratos e atos. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GUERRA, Alexandre. **Princípio da Conservação dos negócios jurídicos**. São Paulo: Almedina, 2016.

KONDER, Carlos Nelson. **Contratos.** 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. (Fundamentos do direito civil).

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**, v. 3: contratos. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: contratos. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LONGHI, Maria Isabela Carvalho Sica. **Inadimplemento antecipado**. Dissertação de Mestrado. Universidade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MAZZAMUTO, Salvatore. **Manuale del diritto privato - Estratto**: Parte generale del contrato, 2016.

MIRANDA, Custodio da Piedade Ubaldino. **Comentários ao código civil**: dos contratos em geral (Arts. 421 a 480). São Paulo: Saraiva, 2013.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**, volume 3: contratos. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PELUSO, Cezar (Coord.). **Código civil comentado**: doutrina e jurisprudência. GODOY, Claudio Luiz Bueno de. [et al]. 13. Ed. Barueri: Manole, 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: volume 3: contratos. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: parte especial, v. XXVI. Atual. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Nelson

Nery Júnior. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 18. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**, volume 3: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Exceções no Direito Civil**: um tema em busca de um autor? In: MIRANDA, Daniel Gomes de; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino. (Org.). Prescrição e decadência: Estudos em homenagem a Agnelo Amorim Filho. 1ed. Salvador: Jus Podium, 2013, v. 1. P. 411-422.

ROPPO, Vicenzo. **Diritto Privato**. Quinta edizione. G. Giappichelli Editore, 2016.

SCHREIBER, Anderson. **A tríplice transformação do adimplemento**: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 8, n. 32, out. 2007.

TARTUCE, Flavio. **Direito Civil**: teoria geral dos contratos e contratos em espécie, v. 3. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. **O chamado inadimplemento antecipado**. Revista de Direito Privado, vol. 60/2014, Out – Dez/2014, P. 135-157.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Exceções substanciais**: exceção de contrato não cumprido. Rio de Janeiro: F. Bastos, 1959.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Código civil interpretado**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: contratos. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Inadimplemento antecipado da obrigação contratual**. In: CELLI JUNIOR, Umberto; BASSO, Maristela; AMARAL JÚNIOR, Alberto do; (coord) – Arbitragem e Comércio Internacional. Estudos em Homenagem a Luiz Olavo Baptista. São Paulo: Quartier Latin, 2013. P.313-333.

A REGULAÇÃO JUDICIAL DA AUTONOMIA PRIVADA

O CASO DAS *FACTORINGS* E A CLÁUSULA "PRO SOLVENDO"

Ricardo Tavares de Albuquerque[1]

Resumo: a autonomia da vontade, como se conhece na atualidade, é uma herança do liberalismo. Especificamente, o filósofo Kant legou à contemporaneidade o conceito de que autonomia é reger-se por suas próprias leis morais. A tensão entre o capitalismo e os Estados Sociais, sucessores do Estado Liberal, é marcada pelo intervencionismo, a variar de grau de acordo com cada Estado nacional e o momento histórico. A Constituição Federal de 1988 garante a autonomia, ou seja, a autorregulação particular na ausência de normas reguladoras. Porém, mesmo sendo esta a situação, o Superior Tribunal de Justiça tem julgado em desfavor da cláusula que garante o direito de regresso no contrato de *factoring*, o que acaba por regular judicialmente uma conduta e não por uma lei em sentido formal ou norma advinda de órgãos regulatórios. Além da falta de norma cogente, as normas obrigacionais permitem **a cláusula** *pro solvendo* tanto na cessão de crédito quanto no endosso, assim como as normas de validade, interpretação do negócio jurídico e deveres contratuais anexos não permitem ao STJ ir além da vontade declarada.

Palavras-chave: autonomia; intervenção estatal; contrato de *factoring*.

INTRODUÇÃO

O contrato de *factoring*, também denominado de faturização ou fomento mercantil, é um negócio jurídico a envolver uma operação de transferência de crédito entre empresários, por meio do instituto da

[1] Professor de Direito Civil da Universidade do Estado do Amazonas. Doutorando em Direito pela UFMG.

cessão de crédito ou do endosso de título cambial. Neste negócio, o empresário faturizado busca um crédito por meio da transferência de um crédito seu ao empresário faturizador, o qual adquire o crédito com um deságio e, com isso, gera o seu lucro na cobrança dos direitos creditórios adquiridos.

O fomento mercantil é um contrato atípico, ou seja, o seu conteúdo não é regulado em lei, o que permite a livre estipulação de cláusulas, estando as partes apenas limitadas por normas gerais, conforme disposição do artigo 425 do Código Civil.

Tal contrato é um importante meio de aquisição de crédito no meio empresarial e a falta de regulação não pode ser tida como um problema, pois tratando-se de direito privado, a regra é a autorregulação (autonomia) e intervenção mínima. Tanto na cessão de crédito quanto no endosso, a regra, de acordo com o Código Civil, é que tais transferências de crédito sejam *pro soluto*, ou seja, a alienante do crédito (faturizada) não se responsabiliza pelo inadimplemento do devedor, apenas pela existência do crédito.

Valendo-se da autorregulação e das normas do Código Civil, os empresários poderiam estabelecer cláusula em contrário[2], efetivamente tornando a transferência *pro solvendo*, na qual a faturizada estaria vinculada a responder pelo inadimplemento. Contudo, mesmo diante de uma situação de permissão legal de cláusula *pro solvendo* e de não haver regulação estatal limitando as cláusulas do contrato de fomento mercantil, o Superior Tribunal de Justiça possui o entendimento de que é proibida tal cláusula e, portanto, nula.

A compreensão desta proibição não vem de um texto legal, mas do fato de que ao pagar o crédito com deságio, a faturizadora estaria assumindo o risco de inadimplência, e, assim, não poderia transferir tal risco para a faturizada. Aqui reside o problema desta pesquisa: poderia o STJ julgar em contrariedade à vontade declarada das partes? Ao fazê-lo, estaria o STJ estabelecendo uma regulação não definida em lei?

A justificativa para a pesquisa se encontra no impacto social de um Tribunal Superior julgar de encontro com a vontade das partes declarada no contrato, posto se tratar de direito privado no qual não se afasta a regulação particular sem norma de ordem pública, fato este que terá impacto direto sociedade, em especial, na liberdade contratual.

O objetivo geral será analisar a idoneidade dos fundamentos

[2] Artigo 296 e 914 do Código Civil.

jurídicos do STJ em estabelecer limites na alocação de riscos da atividade econômica de *factoring* não definidos em lei. Por objetivos específicos, este artigo buscará as normas regulatórias sobre a atividade de fomento mercantil, assim como as regras de interpretação e invalidade do negócio jurídico no Código Civil, com o objetivo de confrontá-las com a possibilidade ou não de se estabelecer cláusula *pro solvendo* em contrato de *factoring*.

A metodologia será dedutiva quanto aos fins e terá como procedimento metodológico a pesquisa bibliográfica. Os dados da pesquisa, ou seja, o conteúdo das decisões paradigmas a serem analisadas, serão retirados diretamente dos acórdãos no site do Superior Tribunal de Justiça e do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional.

Quanto aos capítulos, o trabalho se divide em três sobre os temas centrais da pesquisa. No primeiro capítulo será tratada a intervenção estatal na economia, as normas constitucionais sobre a matéria e como uma decisão judicial pode ser considerada como uma verdadeira regulação do domínio econômico.

O segundo capítulo cuidará da autonomia e de onde se origina sua compreensão na contemporaneidade para preparar, no terceiro capítulo, a investigação crítica do mérito das decisões do STJ no que concernem os riscos assumidos no contrato de fomento mercantil e se **é** possível legalmente a interpretação judicial dada ao caso, assim como se a norma administrativa do Conselho Monetário Nacional proíbe ou não a atuação das *factorings* com direito de regresso.

1 INTERVENÇÃO ESTATAL NA ECONOMIA E REGULAÇÃO JUDICIAL

Muito se debate sobre o Estado mínimo, mas seja qual for o viés ideológico pelo qual se debate, a verdade é que o Estado – no caso aqui estudado, o Estado brasileiro, nunca se desinteressou pela economia e continua interessado. O grau de intervenção varia de acordo com as Constituições (a partir da República), como por exemplo, a Constituição de 1981 não possui um capítulo sobre economia, mas as demais, todas possuem um capítulo sobre a ordem econômica.

A Constituição Federal de 1988 garante que ninguém deverá agir ou deixar de agir senão em virtude de lei (artigo 5.º, inciso II), assim como garante a livre iniciativa e livre atividade profissional vinculada ao

disposto na lei (artigos 1.º, IV e 5.º, inciso, XIII). Mais à frente, dedica todo um capítulo à ordem econômica, no qual estabelece princípios e objetivos (artigo 170), além de prescrever a atuação do Estado na economia como agente econômico (artigo 173) e como agente regulador (artigo 174).

A visão corriqueira da economia é de que esta ciência cuida apenas dos estudos de questões financeiras, quando, na verdade, a economia, como seu próprio nome diz, é a "normatização da casa", ou seja, **é a ciência que organiza** os recursos da casa (casa aqui se refere à biosfera, mas diante das fronteiras nacionais, há economia interna e externa), não propriamente só questões financeiras.

Segundo Derani[1]: *a atividade reguladora da economia pelo Estado, já vimos, nasce com o Estado Moderno e a consolidação do modo de produção capitalista*. Ou seja, após a revolução industrial e *consolidação do capitalismo*, os Estados na contemporaneidade passaram a ter um atuação de "organizador" dos recursos e das atividades econômicas no que diz respeito à regulação, dada a diversidade de interesses envolvidos na atividade econômica, desde o trabalhador ao empreendedor, até questões em prol da proteção da coletividade e/ou de indivíduos diante dos riscos da atividade econômica, como no caso de questões ambientais, de consumidor ou concorrenciais.

Não há outro ente em posição tão estratégica quanto o Estado para organizar todos estes interesses e aqui, necessariamente, se valerá da concepção do direito como instrumento estatal, especificamente, de regulação de condutas na atividade econômica.

Por sua vez, o grau de regulação depende do Estado e da ideologia subjacente a ele. No ordenamento jurídico brasileiro é possível visualizar a ideologia em seu documento de fundação – a Constituição Federal de 1988 – a qual adotou um Estado de bem-estar social, no qual as conquistas liberais são ponderadas a partir do que se veio a denominar justiça social, termo este explicitamente previsto no capítulo da ordem econômica (artigo 170, *caput*).

Tal fato também é corroborado pelo princípio da função social reger tanto a propriedade privada enquanto direito individual (artigo 5.º, inciso XXIII), quanto é um princípio regedor da ordem econômica na Constituição (artigo 170, inciso III).

A ideologia do Estado de bem-estar social parte de princípios

[1] DERANI, Cristiane. **Privatizações e Serviços Públicos**. 2002, p. 83.

intervencionistas na economia (ainda que ponderados com ideais e direitos oriundos do liberalismo que o antecedeu) e, como demonstram as normas constitucionais citadas, o Estado brasileiro busca influenciar os fatores de produção por meio de sua atividade administrativa.[2]

Geralmente, remete-se a regulação, como o faz Coase, à função administrativa do Estado. Mas os fatores de produção não são apenas influenciados pelo Estado na sua função de execução das leis. A atuação do Poder Judiciário no Brasil é instituída na Constituição Federal como o princípio da inafastabilidade da jurisdição (artigo 5.º, inciso XXXV).

Ainda que haja debates sobre a possibilidade ou não de intervenção do juiz em relações contratuais – ou pelo menos em quais casos a lei permite – diante da sua inafastabilidade constitucional, o Poder Judiciário, como no caso das *factoring* e o direito de regresso, ao se pronunciar de modo a limitar determinada atividade econômica, como explica Coase, efetivamente dita como os fatores de produção devem ser usados.[3]

Esta explicação será importante para definir a regulação judicial na economia, pois o Poder Judiciário não está a dizer, esclarecer ou interpretar o direito regulatório, mas definindo a própria norma regulatória (com força de coisa julgada) ao determinar que o uso do capital (fator de produção) das empresas de *factoring* deverá obrigatoriamente assumir certo risco (não assumido pela parte ou assumido de um modo diferente do entendimento judicial).

Regulação estatal pode ser definida como:

> [...] a parcela da atividade responsável pela intervenção do Estado na livre iniciativa. Recai sobre o domínio econômico colocando limites ao exercício do direito de propriedade, à celebração dos contratos e ao desempenho das atividades eco-

[2] *The government is, in a sense, a super-firm (but of a very special kind) since it is able to influence the use of factors of production by administrative decision*. COASE, Ronald. **The problem of social cost**. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/724810>. Acesso em 28 de outubro de 2019, p. 17. "O governo é, em um sentido, uma superfirma (mas de um tipo muito especial), pois ele pode influenciar o uso dos fatores de produção por decisão administrativa" (tradução nossa).

[3] *Just as the government can conscript or seize property, so it can decree that factors of production should only be used in such-and-such a way*. COASE, Ronald. **The problem of social cost**. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/724810>. Acesso em 28 de outubro de 2019, p. 17. "Assim como o governo pode requisitar ou apreender propriedade, ele também pode decretar que os fatores de produção devem apenas ser usado de certa maneira" (tradução nossa).

> nômicas, impondo adicionais requisitos de validade e eficácia para o exercício da atividade empresarial e para os negócios jurídicos celebrados no âmbito do mercado.[4]

Especificamente nos casos da atividade de *factoring*, no qual o Superior Tribunal de Justiça tem o entendimento de que na sua atividade econômica não poderão exercer o direito de regresso, estabelecido pela cláusula "pro solvendo", tais limites contratuais não estão estabelecidos em lei, mas foram definidos via pronunciamento estatal judicial.

Mesmo que o Poder Judiciário não seja "governo" (visto que o termo governo geralmente se refere à atuação administrativa) como afirma Coase, mas é o Estado (ainda que na sua função jurisdicional e não executiva) efetivamente intervindo na livre iniciativa ao impor limites na liberdade de contratar e estabelecer cláusulas.

E neste ponto, o termo superfirma de Coase ganha outros contornos, pois o Estado não é uma superfirma apenas por não se submeter à concorrência como esclarece o economista, mas porque as suas três funções permitem influenciar os fatores de produção e, assim, limitar a autonomia dos particulares na atividade econômica.

Ressalte-se que a atividade regulatória possui uma atividade judicante, como se verá no presente estudo, onde o Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional aplica penalidades às empresas de *factoring* por supostamente atuar como instituição financeira. Sobre a atividade regulatória judicante e sua diferença com a jurisdição, Souto[5] explica que:

> **É que na grande maioria dos casos, a função judicante do Poder Judiciári**o e da própria Administração é voltada para o passado, para as origens do problema e para a definição de quem errou e de quem foi vítima. A função regulatória judicante é voltada para o futuro; ela é impregnada de uma necessidade da interpretação prospectiva do julgador em vis-

[4] RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; NEVES, Rubia Carneiro. Direitos autorais e música: tecnologia, direito e regulação. **Revista Brasileiro de Políticas Públicas**, v. 7, n. 3, 2017, p. 511-537. [on-line]. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4799>. Acesso em 29 de outubro de 2019, p. 526.

[5] SOUTO, Marcos Juruena Villela. Função regulatória. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Eletrônico**, n. 13, fev/mar/abr de 2008. [on-line]. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/marcos-juruena-villela-souto/funcao-regulatoria>. Acesso em 28 de outubro de 2019, p. 08.

> lumbrar quais são as prováveis consequências daquela decisão, que não evolve apenas as partes envolvidas mas todo o mercado que vai sofrer com a relação custo/benefício.

Discorda-se apenas da diferenciação acima no que concerne o fato de que a jurisdição não é, na maioria dos casos, prospectiva, posto que, segundo Lenza[6]:

> [...] o magistrado, antes de tudo, deve ter o exato conhecimento da realidade sócio-política-econômica do País onde judicia. Watanabe, em lapidar estudo sobre o tema, destacou ser direito da população, do consumidor da prestação jurisdicional, uma Justiça prestada por juízes inseridos na realidade social, comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa e não uma Justiça praticada por juízes sem qualquer aderência à vida.

Já se ultrapassou o tempo em que o juiz era a "boca da lei", mas n**ão** se entrará no tema acerca de "ativismo judicial", posto que fora do escopo da pesquisa, contudo, dada o texto de Lenza sobre a inserção sócio-política-econômica do juiz e o princípio constitucional da inafastabilidade, a jurisdição tem por dever-ser a preocupação do "julgador em vislumbrar quais são as prováveis consequências daquela decisão, que não evolve apenas as partes envolvidas mas todo o mercado que vai sofrer com a relação custo/benefício", a usar o próprio conceito de Souto.

Esta compreensão considera em especial o STJ, donde se origina a decisão analisada nesta pesquisa, uma vez que é o órgão máximo do direito federal infraconstitucional e, por consequência, sua jurisdição extraordinária fixa precedentes e, em alguns casos, devem obrigatoriamente ser seguidos pelas instâncias ordinárias (artigo 927, Código de Processo Civil).

Os particulares necessitam confiar na segurança jurídica da jurisdição, ou melhor dizendo, na sua estabilidade, de modo que ao estabelecer uma relação contratual, além da lei ou da autonomia como fonte (artigo 5.º, inciso II, CF), as decisões judiciais também são parâmetros para os particulares definirem suas normas contratuais.[7]

Essa estabilidade permite justamente a assunção ou não de ris-

---

[6] LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública.** 2005, p. 299-300.

[7] O parágrafo quarto do artigo 927 do CPC prevê que a alteração de súmula, jurisprudências pacificadas e teses em recursos repetitivos devem ser fundamentadas para

cos pelos particulares, o que demonstra que as decisões podem decidir sobre o passado, mas tem influência direta na conduta futura dos jurisdicionados – de modo que eles façam ou deixem de fazer algo diante do que foi decidido, especialmente como dito, por uma corte de jurisdição extraordinária.

Não se pode negar que a jurisprudência do STJ retirou a possibilidade (não só das litigantes) de as empresas de *factoring* instituírem cláusula *pro solvendo* na aquisição de direitos creditórios, efetivamente regulando *a permanência e a saída dos interessados em desempenhar determinada atividade econômica ou dela se beneficiar*[8]. Logo, por se tratar de dever-ser não há porque eliminar a regulação judicial por não ser prospectiva, mas sim porque não é função típica da jurisdição regular a atividade econômica.

Contudo, volta-se ao que acima se tratou sobre o Estado enquanto organizador dos recursos. No caso concreto, não se pode negar que a organização dos recursos (no caso o fator de produção capital envolvido na operação de faturização) ocorreu judicialmente.

A única diferença de verdadeira regulação do domínio econômico fora o órgão de onde se originou – atipicamente adveio da função jurisdicional, mas, no fim das contas, efetivamente se regulou a conduta dos particulares em determinada relação contratual, não se limitando aos que participaram do julgamento, pois irá regular também a conduta dos contratantes no futuro, caso contrário, poderão ter suas cláusulas invalidadas judicialmente. Qual empreendedor gastaria esforços e capital em favor de uma cláusula que não se sustenta judicialmente?

Enfim, o que se defende nesta pesquisa é que, eventualmente, o direito regulatório é insuficiente e nem sempre claro quanto à conceitos e limites, assim como concretamente órgão regulador (Conselho Monetário Nacional) não tinha uma regra clara sobre os limites da atividade

não violar os princípios da proteção da confiança, segurança jurídica e isonomia, o que demonstra justamente o que aqui se defende, que o Judiciário deve observar o presente e futuro nas suas decisões, já que delas emanam dispositivos que influenciarão comportamentos e, a se valer dos princípios citados na norma, os particulares necessitam de segurança, confiança e isonomia na sua relações jurídicas.

[8] RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; NEVES, Rubia Carneiro. Direitos autorais e música: tecnologia, direito e regulação. **Revista Brasileiro de Políticas Públicas**, v. 7, n. 3, 2017. [on-line]. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4799>. Acesso em 29 de outubro de 2019, p. 526.

de *factoring*, e uma decisão judicial nestes casos inevitavelmente se manifesta sobre matéria ou conduta insuficientemente regulada.

Além do princípio da inafastabilidade, a jurisdição brasileira não pode sequer deixar de se pronunciar quando há uma falta de norma, como determina a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro[9], logo, tanto em relação à falta ou insuficiência de norma, a jurisdição deve se pronunciar e quando ela se pronuncia nestes casos difíceis, **é possível que ela tome** uma decisão que definirá os rumos regulatórios.

Dworkin[10] explana que:

> Quero dizer que uma interpretação é, por natureza, o relato de um propósito; ela propõe uma forma de ver o que é interpretado – uma prática social ou uma tradição, tanto quanto um texto ou uma pintura – como se este fosse o produto de uma decisão de perseguir um conjunto de temas, visões ou objetos, uma direção em vez de outra.

Ou seja, quando não previamente definida a direção regulatória pelo órgão executivo competente (ou pelo menos insuficiente), a interpretação jurisdicional poderá ter um propósito regulatório, pois constitucionalmente esta não pode se afastar, mesmo que tome uma decisão de caráter nitidamente regulatório, como ocorrera no caso do fomento mercantil.

Contudo, o que também se defende neste artigo é que, no direito privado, a jurisdição deve ter um propósito desregulatório quando os particulares, na ausência de norma cogente, exerceram a autorregulação.

Ou seja, na falta da lei, o critério de solução de litígios no direito contratual é a autonomia, e o Judiciário não poderá afastá-la por falta de regulação por estar vinculado a este princípio constitucional, sob a consequência teratológica de a subjetividade do julgador substituir a vontade dos contraentes, como efetivamente ocorrera no caso estudado.

2 AUTONOMIA DO INDIVÍDUO EM CONTRAPOSIÇÃO AO ESTADO INTERVENTOR NO DIREITO PRIVADO

Quando se fala em intervenção estatal na economia, fala-se em contraposição à autonomia do indivíduo, ou seja, na faculdade de os

[9] Art. 4o Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

[10] DWORKIN, Ronald**. Levando os direitos a sério**. 2007, p. 71.

indivíduos se autorregularem sem a intervenção do Estado. É interessante observar que nos Estados nacionais, a lei é fonte tanto da liberdade econômica quanto da intervenção econômica estatal. É dizer, a Constituição Federal garante a autonomia privada ao mesmo tempo em que estabelece o interesse estatal na economia.

Não se pode deixar de citar que, historicamente, o embate autonomia e intervenção estatal andam juntos. Como explicado no capítulo anterior, apesar de sempre ter havido interesse estatal nas atividades produtivas, é com o modo de produção capitalista que o Estado na modernidade se consolida na intervenção do domínio econômico, excepcionalmente como agente, mas sempre como organizador e incentivador.

Este fato histórico tem influência direta na autonomia, pois é da histórica autonomia da vontade iluminista contra quem o Estado Social busca se se opor. Rodrigues Júnior[11] fala em crise da autonomia da vontade e expõe que:

> A autonomia da vontade não sobreviveria incólume ao século XX. A primeira guerra mundial (1914-1918), a Revolução Russa de 1917 e o desenvolvimento do capitalismo financeiro colocaram em situação de fragilidade o outrora pujante "Estado Liberal". O *interesse social* era finalmente convocado a sair do vestíbulo e a entrar triunfante na já combalida e arruinada mansão onde se hospedara faustosamente por três séculos o *interesse individual*.

Chega-se hoje a se usar o termo autonomia privada, justamente para se opor à autonomia da vontade do Estado Liberal. Contudo, ainda que regrada pelo interesse social, o conceito contemporâneo de autonomia vem da filosofia iluminista de Kant[12] no sentido de que "temos que atribuir a todo o ser dotado de razão e vontade esta propriedade de se determinar a agir sob a ideia da sua liberdade", do homem regido por suas leis morais.

Se o princípio da supremacia do interesse público é marcante para a tomada de decisões no direito público – e como consequência tem-se a intervenção estatal – para o direito privado a norma a ser segui-

[11] RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão**. 2006, p. 26.
[12] KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. 2007, p. 96.

da é o princípio da autonomia. Hayek[13] explica que há uma falsa noção de que a complexidade da sociedade moderna necessariamente leva a um planejamento central, contudo, o "planejamento ou um controle eficiente não apresentariam dificuldades se as condições fossem tão simples que uma única pessoa pudesse fiscalizar todos os fatos importantes".

Ainda se apoiando em Hayek, dada a ineficácia de um planejamento central, torna-se imprescindível a descentralização e coordenação automática entre os particulares, sendo estas apoiadas na autonomia de os particulares "ajustarem suas atividades a fatos que só eles podem conhecer, e que, no entanto, promova ao mesmo tempo um ajustamento mútuo dos seus respectivos planos"[14], sendo que, comparando o método da autonomia nas relações privadas, – a qual soluciona o problema econômico por meio da descentralização e da coordenação automática, o dirigismo central, ainda nas palavras de Hayek[15] "em aparência mais óbvio, é incrivelmente canhestro, primitivo e de alcance limitado".

A defesa de uma descentralização cai necessariamente em um dos pilares da autorregulação dos particulares: a liberdade de contratar, nela incluída a livre estipulação de cláusulas. O sistema de produção capitalista descentralizado e coordenado automaticamente defendido por Hayek, necessita de liberdade e igualdade nas relações contratuais.

Roppo[16] explica que a liberalização da atividade contratual das mulheres na Itália, em 1919, deu-se com o "objetivo de secundar as exigências de um sistema capitalista em expansão, que reclamava a eliminação de todo e qualquer obstáculo à mais livre, segura e intensa circulação de bens".

Desse modo, não se perde de vista que a defesa da autonomia, além de uma herança do iluminismo, é também uma exigência do modo de produção capitalista, o qual não se firma ou se expande com a planificação ou interferências indevidas estatais.

Dada esta questão histórica, a autonomia surge na atualidade como um princípio geral de direito previsto constitucionalmente, e, como tal, encerra uma norma de otimização[17], a qual pode ser conceitu-

---

[13] HAYEK, F.A. **O caminho da servidão**. 1999, p. 74.
[14] Ibid., mesma página.
[15] Ibid., p. 75.
[16] ROPPO, Enzo. **O contrato**. 2009, p. 31.
[17] ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 217, jul./set., 1999, p. 74.

ada como: a fonte de obrigações origina-se na vontade do particular não tendo o Estado regulado sua conduta (art. 5.º, inciso II, CF).

Enquanto princípio, a autonomia n**ão é apenas um valor a ser** lembrado pelo julgador, mas sim uma norma que define condutas de abstenção do poder público e, desse modo, vincula o julgador, como analisa o Ministro Humberto Gomes de Barros[18] do STJ em uma decisão envolvendo o contrato de fomento mercantil:

> *Tenho percebido que a jurisprudência tem feito restrições cambiais à atividade de fomento mercantil. Com todo respeito, não entendo o porquê das limitações feitas a tal atividade empresarial, pois a Lei não as faz. Trata-se de negócio lícito, mesmo porque não é proibido. Tal atividade, inclusive, possibilita a sobrevivência de muitas micro e pequenas empresas mediante a negociação imediata de créditos que demorariam certo tempo para ingressarem no caixa das faturizadas-clientes caso não fosse a atividade empresarial das faturizadoras. É verdade que o faturizador compra o título de crédito com abatimento pelo valor de face, mas esse é justamente lucro perseguido nessa empresa (atividade), que não pode ser discriminada pelos Tribunais. Não se pode perder de vista que a livre-iniciativa é fundamento da República Federativa do Brasil (CF, art. 1.º, IV).*

O v**í**nculo do magistrado aos citados princípios constitucionais da autonomia e livre iniciativa impõem a necessidade de fundamentação juridicamente idônea para afastar a vontade dos particulares no estabelecimento de suas cláusulas contratuais, posto que a fonte de obrigações nos negócios jurídicos está na autonomia, sendo as normas de direito obrigacional e contratual, por regra, fontes remotas e supletivas.

3 O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E O CONTRATO DE FOMENTO MERCANTIL: A ASSUNÇÃO DE RISCOS E AUSÊNCIA DE NORMA

[18] BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n. 820.672-DF. Recorrente: PROVER FOMENTO MERCANTIL LTDA. Recorrido: MARCO TÚLIO DE OLIVEIRA – MICROEMPRESA. Relator Ministro Humberto Gomes de Barros. Data do Julgamento: 06 de março de 2008. Data da publicação: 1.º de abril de 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200600336813&dt_publicacao=01/04/2008>. Acesso em 27 de outubro de 2019, p. 4.

PROIBINDO A CLÁUSULA DE REGRESSO

Em relação à autonomia e intervenção no caso estudado, a fundamentação do STJ não é idônea ao ponto de afastar a autonomia das empresas no negócio de fomento mercantil, posto que se excede na intepretação do negócio jurídico.

A principal conclusão do STJ quando julga casos envolvendo empresas de fomento mercantil é de que o alto deságio praticado na cessão de crédito demonstra que as *factoring* assumem inerentemente o risco de inadimplência, o que torna nula a cláusula de regresso (expressamente prevista em lei para o caso, artigo 296[19] e 914[20]do Código Civil):

> Na linha dos precedentes desta Corte, a empresa faturizada não responde pelo simples inadimplemento dos títulos cedidos, salvo se der causa à inadimplência do devedor. Assim, deve ser declarada nula a cláusula de recompra, tendo em vista que a estipulação contratual nesse sentido retira da empresa de factoring o risco inerente aos contratos dessa natureza.[21]

Mais detalhadamente, no Recurso Especial n. 949.360-RN, o relator expõe que o direito de regresso desnaturaria o contrato de fomento mercantil:

> A cláusula de recompra, sem dúvida – a própria sentença reconhece -, responsabiliza a faturizada pela liquidação da dívida meramente inadimplida pelo devedor principal, o que não se pode admitir, tendo em vista ser da essência do factoring, conforme demonstração acima, o dever de a faturizadora suportar os prejuízos pela inadimplência do crédito que "comprou" e se sub-rogou mediante instrumento de cessão de cré-

[19] Art. 296. Salvo estipulação em contrário, o cedente não responde pela solvência do devedor.

[20] Art. 914. Ressalvada cláusula expressa em contrário, constante do endosso, não responde o endossante pelo cumprimento da prestação constante do título.

[21] BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Agravo regimental no recurso especial n. 1361311-MG. Agravante: HMM PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA - EMPRESA DE PEQUENO PORTE. Agravado: MINAS PAPEL INDÚSTRIA DE ARTEFATOS LTDA. Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira. Data do julgamento: 20 de novembro de 2014. Data da publicação: 1.º de dezembro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201300015410&dt_publicacao=01/12/2014>. Acesso em 27 de outubro de 2019, p. 1.

> dito. Assim, na hipótese de mera inadimplência do devedor, a possibilidade de a faturizadora reaver da faturizada o que lhe pagou pela cessão do crédito desnatura o contrato de fomento mercantil, confundindo-se com o contrato de desconto bancário, uma forma de empréstimo [...].[22]

Em primeiro lugar, será analisada a interpretação da realocação do risco de inadimplência, para, ao fim, analisar a desnaturação do contrato de fomento em contrato de desconto bancário.

A interpretação no sentido de proibir a cláusula de realocação de riscos sem expressa disposição legal é excessiva porque presume algo não possível de se presumir legalmente, não respeita a boa-fé e autonomia das partes. Quanto à presunção de se assumir o risco de inadimplência em razão do valor do deságio/comissão, as regras de interpretação do negócio jurídico não permitem alcançar esta conclusão.

O **Código Civil**, na intepretação dos contratos, adota a teoria da confiança no artigo 422 ao prever a boa-fé como conduta a ser observada em qualquer fase contratual, assim como também é a boa-fé regra interpretativa dos negócios jurídicos (artigo 113, CC). O código também adota a teoria da declaração sem afastar a vontade da interpretação dos negócios jurídicos:

Não há dúvida que a vontade exerce um papel relevantíssimo na interpretação do negócio jurídico, devendo sempre ser levada em consideração, como inclusive, preceitua o CC 112 – reiterando o sistema anterior: CC/1916. O que não se pode permitir, todavia, é dar-se importância capital à vontade do declarante, olvidando-se do conteúdo da declaração. Isto seria totalmente nefasto à segurança das relações.[23]

A vontade a ser interpretada nos negócios jurídicos é a intenção consubstanciada nas declarações.[24] Conforme Pereira[25] o termo "nelas

---

[22] BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n. 949.360-RN. Recorrente: IGUANA FACTORING FOMENTO MERCANTIL LTDA. Recorrido: DCA DISTRIBUIDORA CENTRAL DE ALIMENTOS LTDA. Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira. Data do julgamento: 17 de dezembro de 2013. Data da publicação: 19 de março de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200700986420&dt_publicacao=19/03/2014>. Acesso em 11 de fevereiro de 2020, p. 13.

[23] NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JÚNIOR, Nelson. **Instituições de Direito Civil: parte geral do Código Civil e Direitos da Personalidade**. 2019, p. 228.

[24] Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

[25] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 2005, p. 501.

consubstanciada" é inútil, pois, é "óbvio que não se cogita de intenção que não se contenha na declaração". Ou seja, do deságio (seja ele alto ou não, pois esta é uma questão de preço, não regulada no caso) praticado nas atividades de fomento mercantil não há elementos suficientes para concluir que a intenção é a de assumir o total risco do inadimplemento, de modo a tornar nula a cláusula de regresso.

O deságio não pode sequer ser compreendido como declaração tácita (*toda vez em que tem de ser inferida de determinado comportamento*[26]) na assunção dos riscos pela faturizadora, pois há declaração expressa em contrário quanto à alocação de risco, a excepcionar a regra do Código Civil na qual o cedente ou endossante só respondem pela existência do crédito.

A existência da cláusula no contrato – a qual está devidamente prevista no Código Civil, artigo 296 e 914, a tornar a cessão ou endosso *pro solvendo*, permite apenas a interpretação consubstanciada nela e, se há uma cláusula de recompra (como comumente se denomina na prática empresarial), infere-se que as partes distribuíram os riscos entre faturizador e faturizada.

Santa Cruz[27] ilustra essa distribuição dos riscos:

> Vale frisar que a previsão da cláusula que garante o direito de regresso do faturizador contra o faturizado gera eficiências contratuais importantes, como a necessidade de o faturizado a escolher com mais critério, já que a eventual inadimplência deles lhe será prejudicial.

Em matéria negocial, o Estado-juiz não pode presumir um risco não expressamente assumido pelo particular. O sinal do preço do serviço não é um elemento capaz de fazer presumir que necessariamente a cessão de crédito ou endosso é *pro soluto* e proibida está a cláusula *pro solvendo*.

Inclusive, cabe aqui destacar a atual legislação sobre liberdade econômica, a qual alterou vários artigos sobre a interpretação do negócio e, especificamente sobre os riscos, determina que "a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada".[28]

A cláusula de regresso nada mais é do que uma distribuição de

---

[26] GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 2010, p. 226.
[27] SANTA CRUZ, André. **Direito Empresarial**. 2018, p. 76.
[28] Artigo 421-A, II, Código Civil.

risco entre as partes e, não como entende o STJ, uma forma de a faturizadora se desincumbir de riscos do contrato, até porque continua com o risco de inadimplemento no exercício do direito de regresso. A distribuição do risco entre os contratantes, como cita Santa Cruz, produz uma maior responsabilidade da faturizada na cessão/endosso de seus créditos, a evitar, inclusive, a possibilidade de fraude pela faturizada, como expõe o Ministro Humberto Gomes de Barro:[29]

> Ao se negar ao faturizador o direito de regresso decorrente do endosso é possível que se esteja a chancelar uma fraude (vulgo calote) decorrente de possível conluio entre emitente do título e faturizado. Perceba-se que alguém pode sacar títulos frios em benefício do faturizado já com prévia intenção de frustar-lhes o cumprimento (p. ex.: por contra-ordem ao banco sacado, no caso do cheque). Daí o faturizador, que pagou pelo título garantido pela segurança do endosso, fica frustrado por um entendimento jurisprudencial louvado em opiniões doutrinárias sem qualquer aparo legal.

Além de as regras de intepretação do negócio jurídico não permitirem a interpretação ao revés do declarado e sem amparo legal como destaca o Ministro no argumento acima citado, não é menos importante o desamparo da tutela do dever de boa-fé que pode advir da jurisprudência examinada.

Segundo Pereira[30]:

> A boa-fé é, assim, reconhecida como uma cláusula geral, na medida em que seu conteúdo será fixado pelo juiz na apreciação casuística. As realidades fáticas levam a que padrões de comportamento consagrados pelo ordenamento jurídico sejam concretizados na atuação das partes contraentes. Desse modo, ao se envolver em uma negociação, o indivíduo deve ter a sua conduta permeada por cooperação, lealdade, prote-

[29] BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n. 820.672-DF. Recorrente: PROVER FOMENTO MERCANTIL LTDA. Recorrido: MARCO TÚLIO DE OLIVEIRA – MICROEMPRESA. Relator Ministro Humberto Gomes de Barros. Data do Julgamento: 06 de março de 2008. Data da publicação: 1.º de abril de 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200600336813&dt_publicacao=01/04/2008>. Acesso em 27 de outubro de 2019, p. 5

[30] PEREIRA, Fábio Queiroz. **O ressarcimento do dano pré-contratual: interesse negativo e interesse positivo**. 2017, p. 108.

ção, cuidado e informações necessárias.

A conduta da faturizada que pleiteia a nulidade da cláusula que garante o regresso à faturizadora não condiz com o dever de boa-fé por ser desleal. Se no exercício da sua autonomia a faturizada assumiu um risco contratual, sendo sua vontade livre e desembaraçada, não há qualquer invalidade quanto ao consentimento.

Se não há vícios de consentimento, mas se houve reserva mental por parte da faturizada (ignorada pela faturizadora[31]), a conduta é claramente desleal e, portanto, violadora da boa-fé, já que na origem declarou algo que não pretendia cumprir, mas que por não dar a conhecer sua reserva, gerou vínculo obrigacional e confiança na outra parte e, por isso, o Código Civil determina a subsistência da vontade.

Nem todo descumprimento contratual é violador da boa-fé, pois "a infringência há de se relacionar sempre com a lealdade de tratamento e o respeito à esfera jurídica de outrem"[32]. Não há como descrever como leal uma conduta de um contraente que declara sua vontade sem vícios e usufrui do crédito oriundo do contrato de fomento mercantil para posteriormente expressar sua reserva não declarada (configurada pelo pedido de nulidade de cláusula) quando é chamada a cumprir com o risco de inadimplência assumido.

Logo, vê-se que não se sustenta a proibição criada pelo STJ, pois como visto, do deságio/comissão não é possível concluir que a faturizadora assume presumidamente o risco de inadimplência e, portanto, também não se pode concluir pela nulidade da cláusula, até porque, não é legalmente idônea a interpretação que leva à conclusão de uma hipótese de nulidade não prevista em lei.

Um negócio jurídico é nulo quando a lei taxativamente assim o declare ou proíbe a prática, mas não comina a sanção (art. 166, inciso VII). O que há na cessão de crédito ou endosso é uma norma determinando que a cessão seja *pro soluto* quando não houver disposição dos contraentes em contrário. As hipóteses de nulidade são apenas as definidas em lei por se tratar de norma de ordem pública, excepcional nas relações privadas, não podendo o STJ deduzir do conteúdo uma cláusula

[31] Art. 110. A manifestação de vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha conhecimento.

[32] COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. 2006, p. 37-38.

de preço, a nulidade de uma cláusula permitida em lei.

Enfim, cabe analisar se há norma cogente proibindo o direito de regresso. Os precedentes do STJ têm reflexo nas decisões do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, o qual os usa como paradigma para aplicar sanções às empresas de *factoring* por praticarem desconto bancário, como também entende o STJ no caso de se amparar o regresso.

Em análise do direito regulatório, encontra-se a Resolução 2.144/95 do Conselho Monetário Nacional, a qual dispõe que constitui ilícito administrativo a operação praticada por *factoring* que caracterize operação privativa de instituição financeira, conforme previsto no artigo 17 da lei 4.595/64[33].

Estaria, portanto, proibida a cláusula de regresso em razão de não poder *subsistir no fomento comercial, sob pena de se caracterizar o contrato de desconto bancário e, portanto, uma típica operação financeira, a exigir autorização do Banco Central*.[34]

A proibição, então, da atividade de fomento com direito de regresso, decorreria de uma conduta fraudadora do artigo 17 da lei 4.594/64 e, por conseguinte, civilmente existiria a nulidade porque o negócio jurídico teria por objetivo fraudar lei imperativa (artigo 166, VI, CC) – agir como instituição financeira sem a devida autorização.

Contudo, não se pode confundir a atividade de *factoring* com o contrato bancário, em razão de que não há incidência para as empresas de fomento o disposto no citado artigo 17.

Salomão Neto explica que:

> A definição de instituição financeira dada pelo artigo 17 da Lei nº 4.594/64 é desmesuradamente ampla e, se interpretada literalmente, em seu sentido puramente gramatical, poucas

[33] Art. 17. Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.

[34] BRASIL. CONSELHO DE RECURSOS DOS SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. Recurso n. 12972. Recorrente: RCA Factoring Fomento Mercantil Ltda. Recorrido: Banco Central do Brasil. Data do julgamento: 28 de abril de 2015. Data da publicação: 28 de maio de 2015. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/crsfn/download.asp?arquivo=AC%D3RD%C3O%20CRSFN%20-%2011511-15.doc>. Acesso em 29 de outubro de 2019, p. 24.

> atividades escapariam da reserva aberta em favor das assim chamadas instituições financeiras. De fato, poucas são as atividades que não envolvem coleta, intermediação ou aplicação de recursos próprios ou de terceiros.[35]

Dessa forma, pode ser observado que o fomento mercantil poderia se enquadrar neste conceito pois coleta recursos de terceiros (créditos cedidos/endossados), mas é claro, a lei não pretendeu dar essa amplitude como observa o autor. A atividade de fomento mercantil não atua na intermediação financeira.

As instituições financeiras intermediam a captação de recursos e sua consequente aplicação em diversas operações financeiras, mas, os recursos captados no mercado são de terceiros, que se tornam da instituição financeira por meio do mútuo, o qual transfere a propriedade dos recursos. Ou seja, no contrato de desconto bancário, a operação de crédito não é feita com recursos que originalmente eram do banco, mas que se tornaram dele por meio da captação do público. Ou seja, somente se caracteriza como instituição financeira, segundo Salomão[36]:

> (i) a captação de recursos de terceiros em nome próprio, (ii) seguida de repasse financeiro através da operação de mútuo, (iii) com o intuito de auferir lucro derivado da maior remuneração dos recursos repassados em relação à dos recursos coletado, (iv) desde que a captação seguida de repasse se realize em caráter habitual.

Com base neste entendimento, as *factorings*, praticando cessão de crédito ou endosso com direito de regresso, não se enquadram neste conceito, posto que não aplicam recursos de terceiros tornados próprios, já que os recursos aplicados na operação de fomento são originalmente próprios, assim como o seu lucro não vem da diferença entre os gastos com a coleta de recursos e a remuneração das operações de crédito efetuadas com recursos coletados, mas da diferença entre o valor pago com deságio e o valor inteiro do crédito a ser cobrado.

Assim, a interpretação do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional é demasiadamente ampla e não atende ao real sentido da norma. Uma vez afastado o citado artigo 17, posto que a atividade não se adequa ao conteúdo da norma, não há proibição legal

---

[35] SALOMÃO NETO, Eduardo. **Direito Bancário**. 2014, p. 16.

[36] Ibid., p. 29.

apta a afastar a autonomia dos particulares na regulação dos riscos na atividade de fomento mercantil, e, com esse entendimento, não podem os particulares sofrer penas em âmbito administrativo ou invalidados seus negócios lícitos.

CONCLUSÃO

O Estado de bem-estar social é um modelo que busca equilibrar a tensão entre o Estado liberal e o social, o que se traduz em autonomia e intervenção estatal. Historicamente, viu-se que o Estado mais interventor sucedeu ao Estado Liberal e da autonomia da vontade, passou-se à autonomia privada, ou seja, a autorregulação passa a ser limitada pelo interesse público.

Esta passagem para um Estado mais interventor no século 20, também é marcada pela consolidação do modo de produção capitalista, o qual, por sua vez, não deixou de se expandir e levar consigo as ideologias subjacentes como liberdade de contratar e igualdade, sem as quais o ambiente negocial capitalista não poderia prosperar.

Mesmo diante de um Estado regulador da atividade econômica, a Constituição Federal não deixou de garantir a autonomia como princípio regente das relações privadas, efetivamente garantindo aos particulares que na ausência de normas cogentes, as suas condutas são reguladas pela vontade, além de garantir a livre iniciativa como fundamento da república e ordem econômica, assim como direito fundamental do indivíduo.

Tanto a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro quanto o C**ódigo de** Processo Civil não permitem ao juiz a abstenção de julgar diante da falta de normas. Contudo, viu-se que no direito privado, na falta de normas o primeiro princípio geral a ser observado é o princípio da autonomia, ou seja, especialmente nas relações contratuais, a solução do litígio passa primeiro pelas normas estabelecidas pelos particulares no seu direito de autorregulação.

A falta de observância à garantia constitucional da autorregulação permite que a vontade do julgador substitua a vontade declarada das partes, como vem ocorrendo nos julgamentos do STJ sobre o direito de regresso na operação de *factoring*, garantido pela estipulação de cessão de crédito ou endosso *pro solvendo*.

Entende o STJ de que há uma obrigação de assunção dos riscos

de inadimplência para quem cobra o deságio, obrigação esta que tem por consequência a proibição de cláusulas que garantam o direito de regresso à faturizadora.

Não havendo norma de ordem pública impondo à atividade de *factoring* tal proibição, n**ão se tem como negar o ato regulatório** oriundo de decisão judicial (especificamente quanto ao uso do capital, preço e alocação de risco), pois o STJ verdadeiramente regulou a tomada de decisão dos particulares nesse caso, já que de sua jurisprudência necessariamente os particulares não tomarão decisão em contrário, dado que a validade da cláusula não se sustentará judicialmente.

Verificou-se também que as normas relativas à interpretação do negócio jurídico não permitem ao STJ presumir a assunção de risco se há declaração em contrário. A vontade das partes é investigada de acordo com o declarado e mesmo que haja reserva mental, se esta não é conhecida pelo contraente, subsiste o que se declarou.

Se não há norma proibindo a autorregulação, a declaração da vontade não pode ser afastada, somente se viciada no consentimento. A jurisprudência do STJ, ao permitir que a parte atente contra o vínculo livremente aceito de assumir os riscos de inadimplência, ampara uma conduta desleal.

Desleal porque, como estudado, age de má-fé a faturizada que originalmente não iria cumprir o vínculo ao qual se submetia, mesmo usufruindo do crédito que o fomento mercantil lhe proporcionou, a violar a confiança gerada na faturizadora no que concerne a distribuição dos riscos contratuais expressamente delineada em cláusula.

Se uma norma não é clara quanto à conduta do particular (de fazer ou se abster), a interpretação deve favorecer a autonomia. A regra do artigo 17, lei 4.594/64 não é idônea a afastar a liberdade de se conceber cláusulas contratuais de regresso em atividade de fomento mercantil.

Não há como incluir a atividade de fomento mercantil no conceito legal de instituição financeira, a não ser por uma interpretação literal, fora do real sentido da norma. Tanto a origem dos recursos, quanto a forma de lucrar são distintas o suficiente para entender que não há uma confusão com instituições financeiras e contrato de desconto bancário.

Não é sem justificativa a contraposição da autonomia em desfavor da regulação estatal. Quando um órgão estatal, como o STJ e Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, proíbem a autorregulação dos particulares fora de hipóteses legais ou adotando uma

interpretação que desfavorece a autonomia, efetivamente regulam uma atividade econômica.

Ainda que o Estado esteja em uma posição de organizador da economia, não é possível ao ente estatal responsável pelo planejamento central "conhecer todos os pormenores das modificações que influem constantemente nas condições da oferta e da procura das diferentes mercadorias, e nenhum órgão tem a possibilidade de reuni-los e divulgá-los com suficiente rapidez".[37]

Entenda-se que o dito planejamento central é feito por órgãos regulatórios no âmbito governamental executivo. Se há uma grande complexidade na compreensão do sistema de preços que o Estado em sua atividade tipicamente regulatória **não compreende da mesma forma que o os agentes privados, mais incompreensível será esta complexidade para o Judiciário que não é um órgão especializado nos pormenores de oferta e procura.**

Logo, não há como alcançar conclusão contrária à possibilidade de instituição de cláusula *pro solvendo* na atividade de fomento mercantil, em razão de não haver normas de ordem pública afastando o direito de os particulares se autorregularem, fato este que impede uma interpretação em contrariedade ao conteúdo da declaração de vontade dos contratantes, assim como impede que as decisões do Poder Judiciário tomem uma direção inexistente nas normas regulatórias.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 217, p. 67-79, jul/set., 1999.

BRASIL Código Civil de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em 27 de outubro 2019.

_____. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 27 de outubro de 2019.

_____. CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. Resolução n. 2144 de 22 de fevereiro de 1995. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1995/pdf/res_2144_v1_O.pdf>. Acesso em 27 de fevereiro

[37] HAYEK, F.A. Op. cit., p. 74.

de 2019.

_____. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 27 de outubro de 2019.

_____. CONSELHO DE RECURSOS DOS SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. Recurso n. 12972. Recorrente: RCA Factoring Fomento Mercantil Ltda. Recorrido: Banco Central do Brasil. Data do julgamento: 28 de abril de 2015. Data da publicação: 28 de maio de 2015. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/crsfn/download.asp?arquivo=AC%D3RD%C3O%20CRSFN%20-%2011511-15.doc>. Acesso em 29 de outubro de 2019.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Agravo regimental no recurso especial n. 1361311-MG. Agravante: HMM PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA - EMPRESA DE PEQUENO PORTE. Agravado: MINAS PAPEL INDÚSTRIA DE ARTEFATOS LTDA. Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira. Data do julgamento: 20 de novembro de 2014. Data da Publicação: 1.º de dezembro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201300015410&dt_publicacao=01/12/2014>. Acesso em 27 de outubro de 2019.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n. 820.672-DF. Recorrente: PROVER FOMENTO MERCANTIL LTDA. Recorrido: MARCO TÚLIO DE OLIVEIRA – MICROEMPRESA. Relator Ministro Humberto Gomes de Barros. Data do Julgamento: 06 de março de 2008. Data da publicação: 1.º de abril de 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200600336813&dt_publicacao=01/04/2008>. Acesso em 27 de outubro de 2019.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n. 949.360-RN. Recorrente: IGUANA FACTORING FOMENTO MERCANTIL LTDA. Recorrido: DCA DISTRIBUIDORA CENTRAL DE ALIMENTOS LTDA. Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira. Data do julgamento: 17 de dezembro de 2013. Data da publicação: 19 de março de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200700986420&dt_publicacao=19/03/2014>. Acesso em 11 de fevereiro de 2020

COASE, Ronald. **The problem of social cost**. Disponível em: <http://

www.jstor.org/stable/724810 >. Acesso em 28 de outubro de 2019.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

DERANI, Cristiane. **Privatizações e Serviços Públicos**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

DWORKIN, Ronald**. Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 20.ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010.

HAYEK, F.A. **O caminho da servidão**. 5.ª ed., Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2007.

LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JÚNIOR, Nelson. **Instituições de Direito Civil: parte geral do Código Civil e Direitos da Personalidade**. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. V.1, 21.ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PEREIRA, Fábio Queiroz. **O ressarcimento do dano pré-contratual: interesse negativo e interesse positivo**. São Paulo: Almedina, 2017.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; NEVES, Rubia Carneiro. Direitos autorais e música: tecnologia, direito e regulação. **Revista Brasileiro de Políticas Públicas**, v. 7, n. 3, 2017, p. 511-537. [on-line]. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4799>. Acesso em 29 de outubro de 2019.

ROCHA, Rafael da Silva. Autonomia privada e direitos da personalidade. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, n. 30, v. 18, abril de 2011, p. 145 a 158. [on-line]. Disponível em: <https://www.jfrj.jus.br/revista-sjrj/artigo/autonomia-privada-e-direitos-da-personalidade-personality-rights--and-private>. Acesso em 28 de outubro de 2019.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão**. 2.ª ed. São Paulo: Atlas,

2006.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009.

SALOMÃO NETO, Eduardo. **Direito Bancário**. 2.ª ed., São Paulo: Atlas, 2014.

SANTA CRUZ, André. **Direito Empresarial**. 8.ª ed., São Paulo: Método, 2018.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Função regulatória. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Eletrônico**, n. 13, fev/mar/abr de 2008. [on-line]. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/marcos-juruena-villela-souto/funcao-regulatoria>. Acesso em 28 de outubro de 2019.

AS CLÁUSULAS DE DESCONTO DE PONTUALIDADE NA VISÃO DO STJ

Marcelo Matos Amaro da Silveira[1]

Resumo: Nas relações contratuais, especialmente aquelas duradouras e com pagamentos diferidos é corriqueiro que sejam inseridas cláusulas que concedem um certo desconto para incentivar o pagamento pontual dos valores mensais devidos em razão do contrato. Trata-se de cláusula usualmente denominada de desconto ou abono de pontualidade, muito utilizada, por exemplo, nos contratos de locação ou de prestação de serviços educacionais. Esse expediente, apesar de comum, é bastante controverso, e não raras as vezes demandas judiciais discutindo a validade dessas cláusulas acabam chegando no STJ, que vem entendo que se trata de prática lícita. Ocorre que, se se considerar a noção mais moderna de cláusula penal e a estrutura legal do vencimento das obrigações, é possível verificar o tratamento do tribunal da cidadania merece críticas. O objetivo do presente trabalho, portanto, é exatamente esse, jogar uma luz na questão de forma a evidenciar que não se pode concordar com a direção que vem sendo tomada pelo STJ, apontando as críticas ao tratamento que vem sendo dadas às cláusulas de desconto de pontualidade.

Palavras-chave: Obrigações; Contratos; Penalidades Contratuais; Desconto

INTRODUÇÃO

A concessão de desconto nas relações comerciais, especialmente de compra e venda de mercadorias e fornecimento de serviços, é um artifício comum na realidade brasileira. Desde o famoso desconto para o pagamento à vista na compra de uma peça de roupa ou de um tênis, por exemplo, até as mais recentes promoções para o pagamento antecipado de parcelas na academia de ginástica, o "comércio" brasileiro está

[1] Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Graduado em Direito pela Milton Campos. Membro fundador do IBDCont e Associado do IBERC. Advogado em Belo Horizonte.

bastante acostumado com essas práticas como forma de potencializar as vendas.

Dentro desse contexto, é também costumeiro encontrar a concessão de benefícios reconhecidos pela doutrina e jurisprudência pelas denominações desconto, bônus ou abono de pontualidade. Trata-se da hipótese de conceder um desconto periódico ao devedor caso ele realize o pagamento da sua obrigação de forma pontual ou mesmo antecipada. Nesse caso o credor, como forma de incentivar o adimplemento de uma obrigação duradoura, concede um desconto sobre o preço a ser pago pelo devedor sempre que a obrigação for paga de forma pontual e tempestiva.

Fica estabelecido, por exemplo, que o pagamento antes do prazo avençado dá direito ao devedor de um desconto no importe de determinado percentual do valor da prestação pecuniária. Sendo ainda possível verificar hipóteses em que a concessão do benefício se dá quando o pagamento for realizado na própria data do vencimento. São disposições particularmente presentes nos contratos de locação de imóveis residenciais e comerciais, nas relações condominiais e nos contratos de prestação de serviços educacionais.

Esse tipo de estipulação tem clara função econômica, sendo capaz de dinamizar as relações contratuais e permitindo, por exemplo, que o fornecer amplie seu capital de giro, por receber uma quantidade de receita de forma antecipada. Também tem função de incentivo, pois os devedores irão preferir cumprir realizar o pagamento de forma pontual, ou mesmo antecipada. O desconto, portanto, funciona bem dentro das noções econômicas e comerciais, sendo aparentemente uma prática que beneficia tanto os credores/fornecedores quanto os devedores/consumidores.

Mas do ponto de vista jurídico, essa cláusula faz sentido? Qual é o enquadramento jurídico e função que essa estipulação exerce? Existe algum limite ou controle que deve ser verificado quando esse tipo de desconto é aplicado? É possível que ele seja aplicado em conjunto com outras cláusulas que regulam o inadimplemento das obrigações, e mais especificamente a cláusula penal?

O Superior Tribunal de Justiça tem analisado e respondido algumas dessas perguntas, sendo certo que recentemente é possível apontar uma certa direção que cada uma das duas turmas que julgam os recursos especiais de matéria privada vem tomando. Contudo, como já

explicitado no título do presente artigo, a direção tomada não é inume às críticas que serão apontadas a seguir.

O objetivo deste texto será, portanto, avaliar qual o posicionamento do STJ sobre a questão, analisando a evolução das decisões nas últimas duas décadas proferidas pela 3ª e 4ª turma desse tribunal. Em seguida, deverá ser apresentada a noção, a função e os limites da cláusula penal, de modo a justificar o devido enquadramento das cláusulas que estipulam a perda de certo direito ou benefício como um tipo desta penalidade contratual. Esta construção permitirá que, ao final, sejam apresentadas as críticas a jurisprudência do STJ que vem sendo construída ao longo dos últimos anos.

1. DA EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL

A discussão sobre a validade, limite e enquadramento jurídico do desconto de pontualidade vem sendo profícua no Superior Tribunal de Justiça nos últimos vinte anos, sendo possível apontar algumas decisões proferidas, pelas turmas responsáveis por julgar matéria de direito privado desse tribunal. Sendo certo que foi a partir da entrada em vigor do atual Código Civil Brasileiro (Lei 10.406/2002) que o assunto ganhou mais folego, mesmo antes disso era possível encontrar decisões sobre o assunto.

Uma primeira decisão que merece destaque, proferia em 31 de agosto de 2000 e relatada pelo Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO[1], refere-se a uma ação que discutia o enquadramento jurídico do desconto de pontualidade inserida em uma relação contratual. Levando em conta não só questões jurídicas, mas também a conjuntura econômica de alta inflação verificada à época, o relator decidiu que o desconto não pode ser considerado como penalidade, sendo na verdade um expediente que incentiva o cumprimento das obrigações e, inclusive, utilizado pelo próprio Poder Público.

Logo após a entrada em vigor do código de 2002, seguiram-se dois julgamentos, datados de 06 de novembro de 2003 e 03 de outubro de 2006, relatados respectivamente pelo Min. FÉLIX FISCHER[2] e AR-

[1] BRASIL. STJ – 3ª Turma. REsp. 236.828/RJ. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. *DJe 23/10/2000.*

[2] BRASIL. STJ – 5ª Turma. EDcl no REsp. 341.318/SP. Rel. Min. Felix Fischer. *DJe 15/12/2003.*

NALDO ESTEVES LIMA[3], os quais não trouxeram nenhuma análise mais substancial sobre a matéria. Na primeira decisão ficou consignado que a estipulação do desconto não pode ser considerada abusiva do ponto de vista abstrato, dependendo de análise no caso concreto. Já na segunda restou decidido que o desconto não se enquadrava como matéria de ordem pública, não merecendo controle *ex officio* pelo STJ, tendo o relator em seu voto destacado que " (...) as partes contratantes têm plena liberdade para a estipulação do valor inicial do aluguel." e que a "possibilidade, ou não, de estipulação de cláusula de pontualidade, não se encontram elencadas no rol de matérias que, excepcionando o princípio da liberdade de estipulação das partes (...)". Contudo, a decisão é particularmente interessante em relação à possibilidade de controle do valor do desconto, já que no julgamento da questão no Tribunal de Justiça de São Paulo, a turma julgadora havia decidido determinar a redução do valor do desconto, aplicando para tanto o art. 924 do Código Civil de 1916[4].

O mesmo relator acima mencionado, o Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, em acórdão datado do dia 18 de agosto de 2009[5], proferiu mais uma decisão que tangenciava o assunto. A discussão girava em torno do verdadeiro valor dos aluguéis em uma relação locatícia que utilizava o expediente do desconto de pontualidade. Para o locador o valor deveria ser o valor "cheio" do aluguel, enquanto o locatário argumentava que deveria ser considerado o valor com o desconto embutido, que teria inclusive sido o valor utilizado para calcular o depósito de garantia do imóvel. O relator, em seu voto, entendeu que a razão estava do lado do locador, e que o valor do aluguel deveria ser aquele originalmente pactuado entre as partes.

Na virada da década é possível verificar ainda uma outra decisão, datada de 04 de outubro de 2011 e relatada pelo Min. MASSAMI UYEDA[6], cujo teor foi no sentido da avaliar a possibilidade de se estipular um desconto nas taxas condominiais. Citando a decisão já destacada,

---

[3] BRASIL. STJ – 5ª Turma. REsp. 400.385/SP. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. *DJe 23/10/2006.*

[4] BRASIL. Lei 3.071/1916. Art. 924. Quando se cumprir em parte a obrigação, poderá o juiz reduzir proporcionalmente a pena estipulada para o caso de mora, ou de inadimplemento.

[5] BRASIL. STJ – 5ª Turma. EDcl no REsp. 978.260/SP. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. *DJe 14/09/2009.*

[6] BRASIL. STJ – 3ª Turma. AgRg em REsp. 1.217.181/DF. Rel. Min. Massami Uyeda. *DJe 13/10/2011.*

da lavra do Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DE DIREITO, o relator argumentou que o desconto não poderia ser considerado uma penalidade, destacando ser, na verdade "um estímulo para quitação antecipada das taxas devidas".

Se a primeira década do presente século viu algumas interessantes decisões envolvendo a discussão sobre o desconto de pontualidade, foi somente na presente década, e mais precisamente nos últimos cinco anos que o assunto tomou corpo. As decisões mais recentes sobre o assunto vêm efetivamente consolidando a matéria do ponto de vista jurisprudência, sendo possível apontar dois caminhos distintos que vêm sendo tomados por cada uma das duas turmas do STJ que julgam matéria de direito privado.

2 A POSIÇÃO DA 4ª TURMA DO STJ: NECESSIDADE DE INCENTIVAR O PAGAMENTO ANTECIPADO

A partir de 2015 é possível encontrar uma série de decisões da 4ª turma do STJ sobre o desconto de pontualidade, e mais especificamente sobre a possibilidade de cumulação deste com a cláusula penal moratória. Nos últimos anos os ministros dessa turma vêm se debruçando sobre a questão, sendo que pelo menos três acórdãos proferidos durante esse período merecem ser mencionados.

O primeiro deles, e talvez o mais paradigmático, foi julgado em 20 de agosto de 2015 e relatado pelo Min. RAÚL ARAÚJO[7], tendo inaugurado o posicionamento que seria abraçado pela turma. A discussão envolvia um contrato de locação e o questionamento sobre a possibilidade de cumulação do desconto de pontualidade com a cláusula penal moratória no bojo de uma ação de despejo por falta de pagamento. De um lado o locatário e devedor argumentava que a cláusula penal não poderia ser cumulada com o bônus de pontualidade, já que configuraria um *bis in ibden* penalizador. O locador, por sua vez, alegava o oposto, sendo que tanto a sentença de primeira instância quanto o acórdão do Tribunal de Alçada do Paraná lhe foram favoráveis.

Instado o STJ a se posicionar sobre o assunto, foi negado provimento ao Recurso Especial[8], restando decidido ser válida a cumulação

[7] BRASIL. STJ – 4ª Turma. REsp. 832.293/PR. Rel. Min. Raúl Araújo. *DJe 28/10/2015.*

[8] Em decisão não unânime, já que houve divergência da Min. Maria Isabel Galottti.

do desconto com a penalidade contratual. Segundo o relator o contrato de locação é de ampla liberdade das partes, e consequentemente totalmente livre a convenção dos aluguéis. Ficou registrado no voto que dentro desse espectro de liberdade também estão incluídas as cláusulas acessórias, como o desconto de pontualidade e a cláusula penal e que "apesar de ambos os institutos - o bônus e a multa - objetivarem o cumprimento pontual da obrigação contratada, não possuem eles a mesma natureza, pois o primeiro constitui um prêmio ou incentivo, enquanto a multa representa uma sanção ou punição".

Contudo, de forma absolutamente inovadora, ficou definido no acórdão ora em comento que a cumulação das figuras dependeria do preenchimento de certo requisito. Segundo o relator o desconto de pontualidade deveria ser sempre voltado para estimular o cumprimento antecipado da obrigação, sendo necessária a verificação de seu verdadeiro caráter premial. Estabeleceu-se, afinal, requisitos a serem considerados, quais sejam:

> a) os descontos dados para pagamento em datas precedentes, a título de bônus pontualidade; e b) a incidência da multa contratual, quando do pagamento após o vencimento, tendo como base de cálculo da sanção o valor cheio do aluguel. Deve-se verificar no contrato a compatibilidade entre as datas para a incidência de abono pontualidade e de multa por impontualidade.

O mencionado acórdão acabou por direcionar consideravelmente os que viriam a seguir. Em arresto do dia 01/09/2016, relatado pelo Min. ANTONIO CARLOS FERREIRA,[9] por exemplo, a ementa foi integralmente baseada neste acórdão, citado como paradigma. O Ministro Relator em seu voto destaca tal julgado, afirmando que:

> A Quarta Turma do STJ, no julgamento do REsp n. 832.293/PR, de relatoria do eminente Ministro RAUL ARAÚJO, debateu expressamente a respeito do tema referente à possibilidade de se cumular o abono pontualidade com a multa contratual, concluindo por reafirmar os precedentes desta Corte, no sentido de permitir tal cumulação.

O mesmo ministro relator, ANTONIO CARLOS FERREI-

[9] BRASIL. STJ – 4ª Turma. AgRg no Agravo no REsp. 324.762/PR. Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira. *DJe 08/09/2016.*

RA, em julgamento mais recente, datado do dia 25 de junho de 2019,[10] voltou a proceder da forma acima mencionada, reafirmando na ementa a consolidação do entendimento do STJ sobre a questão. A discussão envolvia não mais uma relação locatícia, mas a prestação de serviços educacionais. Restou ainda consignado que a avaliação da abusividade contratual quanto ao desconto de pontualidade independia de análise fático-probatória, podendo ser realizada uma análise abstrata da matéria. Neste sentido o voto destaca que:

> a jurisprudência das Turmas que compõem a Segunda Seção desta Corte considera legítima a cláusula que prevê o "desconto pontualidade" inserida em contrato de prestação de serviços educacionais. Além disso, a incidência da multa, que tem por propósito punir o inadimplemento, não caracteriza dupla penalidade na hipótese de pagamento efetuado com atraso.

É possível, desta forma, apontar um claro direcionamento da 4ª turma do STJ sobre a matéria. Para os ministros que compõem a mencionada turma julgadora a estipulação do desconto de pontualidade é uma liberalidade dos contratantes, possuindo natureza premial. Neste sentido, é totalmente possível que esta disposição seja acordada em conjunto com a cláusula penal moratória. Contudo, para que ambas sejam aplicadas, o desconto deve ser condicionado necessariamente ao pagamento em data anterior ao vencimento da obrigação, sendo cobrado o valor "cheio" na data do vencimento.

3. A POSIÇÃO DA 3ª TURMA DO STJ: VALIDADE IRRESTRITA

A 3ª turma do STJ tem seguindo caminho semelhante ao tomado pela 4ª turma na discussão envolvendo a cumulação do desconto de pontualidade com a cláusula penal. Mas se o ponto de partida parece ser exatamente o mesmo, a "linha de chegada" acaba sendo um pouco diferente e, de certa forma, mais abrangente. Duas decisões proferidas por essa turma são particularmente especiais, e merecem comento.

A Primeira é o acórdão, julgado em 04 de outubro de 2016 e

[10] BRASIL. STJ – 4ª Turma. AgInt no REsp 1787454/SP. Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira. *DJe 01/07/2019.*

relatado pelo Min. MARCO AURÉLIO BELIZZE[11], que é, sem sombra de dúvidas, o mais complexo dos arrestos analisados no presente trabalho. Isto porque sua discussão de fundo foi travada no âmbito de uma ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público de São Paulo, questionando a abusividade de prática perpetrada por uma prestadora de serviços educacionais.

Entre outros pedidos o *parquet* requeria a declaração de nulidade da prática comercial de conceder descontos por pontualidade de forma indiscriminada, mascarando o verdadeiro valor da mensalidade cobrada. Consta do voto que foi argumentada a utilização de um "desconto fictício no valor da mensalidade para os alunos que efetuarem o pagamento até a data de vencimento, quando, na verdade, no valor nominal cobrado, estaria embutido o valor de uma multa moratória camuflada". A seu lado, a instituição alegou inexistir qualquer irregularidade, ressaltando que o desconto era uma mera liberalidade.

Tanto em primeira instância, quando no julgamento colegiado do Tribunal de Justiça de São Paulo, a razão assistiu ao MP, ficando reconhecida a abusividade da prática que era questionada. Contudo, na instância superior houve uma reviravolta completa no julgamento, sendo apontada, ao contrário, não apenas a legalidade da prática de concessão do desconto de pontualidade, mas também da licitude sua cumulação com a cláusula penal moratória.

O ministro relator, apontando para a mesma direção de seus colegas da 4ª turma, argumentou que o desconto de pontualidade é um benefício para o aluno/consumidor, um abatimento do preço voltado para incentivar o pagamento pontual das mensalidades. Mesmo reconhecendo uma similitude entre essa figura e a cláusula penal, o ministro relator destaca em seu voto que

> o desconto de pontualidade, ainda que destinado a instar a outra parte contratante a adimplir a sua obrigação, como reverso da moeda, constitui um idôneo instrumento posto à disposição das partes, também com esteio na autonomia privada, destinado a encorajar, incentivar o contratante a realizar um comportamento positivo, almejado pelas partes e pela

[11] BRASIL. STJ – 3ª Turma. REsp 1.424.814/SP. Rel. Min. Marco Aurélio Buzzi. *DJe 10/10/2016.*

sociedade, premiando-o.

Neste sentido, considerando essa faceta promocional do desconto, ele defendeu a possibilidade de aplicação em paralelo da pena convencional moratória, tendo apenas essa última um caráter penalizador. Destacou que as relações contratuais de qualquer natureza "comportam, além das sanções legais decorrentes do descumprimento das obrigações ajustadas contratualmente (de caráter coercitivo e punitivo), também as denominadas sanções positivas (...)" e completou dizendo que "o desconto de pontualidade significar indiscutível benefício ao consumidor adimplente — que pagará por um valor efetivamente menor do preço (...)"

Mas o relator vai além, chegando a uma conclusão diversa daquela tomada pela 4ª turma do STJ. Dando passo diferente daquele dado nas decisões já analisadas, o Ministro Relator, no que foi acompanhado pelos outros membros da turma, reconheceu a possibilidade de cumulação do desconto com a multa moratória de forma indiscriminada. Isto significa dizer que o benefício poderia ser concedido não apenas para o pagamento antecipado, sendo também válida a sua aplicação para o pagamento feito também na exata data de vencimento da obrigação. Em suas palavras

> Primeiro, não se pode olvidar que a estipulação contratual que concede o desconto por pontualidade até a data de vencimento é inquestionavelmente mais favorável ao consumidor do que aquela que estipula a concessão do desconto até a data imediatamente anterior ao vencimento.
>
> No tocante à materialização do preço ajustado, parece-me, de igual modo, inexistir qualquer óbice ao seu reconhecimento, pois o pagamento efetuado até a data do vencimento toma por base justamente o valor contratado, sobre o qual incidirá o desconto; o pagamento feito após o vencimento, de igual modo, toma também por base o valor contratado, sobre o qual incidirá a multa contratual. Tem-se, permissa venia, não ser possível maior materialização do preço ajustado do que se dá em tal hipótese.

Nos exatos termos do acórdão acima comentado é possível apontar recente julgado datado do dia 19 de fevereiro de 2019 da lavra

da Ministra NANCY ANDRIGHI[12]. Em uma discussão sobre o desconto de pontualidade inserido em uma relação locatícia, ficou decidido ser válida a aplicação da cláusula penal em caso de inadimplemento do aluguel. Segundo a relatora:

> Inicialmente, convém ressaltar que, embora o abono de pontualidade e a multa moratória sejam, ambos, espécies de sanção, tendentes, pois, a incentivar o adimplemento da obrigação, trata-se de institutos com hipóteses de incidência distintas: o primeiro representa uma sanção positiva (ou sanção premial), cuja finalidade é recompensar o adimplemento; a segunda, por sua vez, é uma sanção negativa, que visa à punição pelo inadimplemento.

Ademais, a decisão reconheceu a inexistência de óbices para que o desconto fosse concedido para pagamentos realizados no exato dia do vencimento. Utilizando-se da mesma linha raciocínio do acórdão anterior, o arresto consignou se tratar de uma sanção positiva com objetivo de recompensar o devedor, sendo um ato de liberalidade direcionado para um comportamento cooperativo entre as partes, o que justifica a sua aplicação discricionária pelo credor, seja em que momento for.

Verifica-se, portanto, uma posição ainda mais forte e abrangente da 3ª turma do STJ. Para essa turma julgadora o desconto de pontualidade possuí uma faceta premial e de absoluta liberdade dos contratantes, sendo benéfico para ambos. Desta forma sua aplicação pode se dar inclusive para premiar o pagamento na data do vencimento, incidindo logo em seguida, caso seja verificado o inadimplemento, a pena convencional moratória acordada pelas partes, bem como a perda do desconto de pontualidade.

4. A CLÁUSULA PENAL

4.1 CONCEITO E ENQUADRAMENTO JURÍDICO

Após a análise dos julgadores do STJ sobre o desconto de pontualidade não parece ser difícil apontar inegável relação entre essa figura e a cláusula penal. Assim faz todo sentido tecer algumas considerações

[12] BRASIL. STJ – 3ª Turma. REsp 1.745.916/PR. Rel. Ministra Nancy Andrighi. *DJe 22/02/019.*

sobre a cláusula penal. Partindo-se de uma visão geral trata-se de um pacto acessório a uma obrigação em que o devedor se compromete a uma prestação diversa da assegurada, cujo conteúdo é usualmente pecuniário, que deverá ser prestada caso ocorra o incumprimento dessa obrigação que seja imputável a ele[13]. Trata-se de uma figura largamente utilizada nos negócios jurídicos, mais notadamente nas relações obrigacionais, tendo mais de dois mil anos de aplicação prática e desenvolvimento doutrinário.

A mencionada figura, que está prevista no Código Civil brasileiro, em seus arts. 408 e seguintes, serve para assegurar o cumprimento da obrigação à qual está acoplada, reforçando a obrigação principal e atuando como uma forma de "garantia" (*lato sensu*) desta[14]. Outro efeito verificado é a criação de uma sanção para o "devedor", que, caso não cumpra a obrigação, deverá realizar uma prestação diversa, que é conhecida como "pena convencional"[15]. Do ponto de vista macro, portanto, a função da cláusula penal é reforçar o vínculo existente entre as partes, em uma clara valorização do princípio do *pacta sunt servanda.*

Sendo um negócio jurídico, a estipulação da cláusula penal depende necessariamente da declaração de vontade das partes. Essa declaração negocial que constitui a cláusula penal será normalmente feita no mesmo momento em que a obrigação principal for acordada, mas não parece haver óbices para que ela seja estipulada em momento posterior desde que seu estabelecimento seja anterior à violação da obrigação assegurada[16].

A partir da noção geral de cláusula penal apresentada acima é possível identificar duas características muito importantes da cláusula penal: (a) sua acessoriedade e (b) seu aspecto de prestação futura. A cláusula penal é inegavelmente um negócio jurídico e mais especificamente se enquadra na noção de obrigação, já que constitui uma prestação que uma parte deverá realizar para outra. Contudo não se trata de obrigação autônoma, mas sim acessória, que depende de uma obrigação principal

[13] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. I, p. 93.
[14] FRANÇA, Rubens Limongi. *Teoria e prática da cláusula penal*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 158.
[15] CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil*. 3. ed. Coimbra: Almedina, v. IX, 2017. p. 475.
[16] Nesse sentido, ver MONTEIRO, António Pinto. *Cláusula Penal e Indemnização*, p. 44.

para ser válida e produzir efeitos.

O caráter acessório é uma característica muito importante da cláusula penal, e parece não necessitar de muitas explicações[17]. Contudo merece ser destacada, já que reconhecer a acessoriedade da cláusula penal significa reconhecer também a existência de certa relação de dependência desta em relação à obrigação principal[18]. Ela sempre dependerá da validade da obrigação à que está atrelada para funcionar, sendo que sua nulidade, exigibilidade, extinção e cessão estão intimamente ligadas com as da obrigação principal, sendo certo que caso a obrigação assegurada seja considerada nula, a cláusula penal também o será.

Juntamente com a noção de acessoriedade, é possível caracterizar a cláusula penal como promessa de cumprir uma prestação no futuro[19]. Sua eficácia e seu funcionamento estão condicionados a um fato incerto e posterior, qual seja, ao incumprimento da obrigação assegurada. Ela define uma sanção pelo incumprimento do contrato, sendo que, caso este ocorra, o devedor deverá realizar a prestação diversa da obrigação assegurada, qual seja, aquela definida pela cláusula penal, denominada genericamente como "pena convencional".

A partir dessa última afirmação extrai-se que a função da cláusula penal, numa visão mais macro, seria tutelar os interesses do credor da prestação assegurada, fixando de forma antecipada as consequências do inadimplemento da obrigação que eventualmente possa a ser verificado. Ela reforça a relação entre as partes e incentiva que a obrigação assegurada seja adimplida. Essa tutela pode ser tanto voltada para o inadimplemento absoluto, quando para o inadimplemento parcial (art. 409 do Código Civil). Classicamente, na primeira hipótese, ela é conhecida como cláusula penal compensatória, disciplinada no art. 410 do CC, já na segunda, como cláusula penal moratória[20], disciplinada no art. 411 do CC.

Importante destacar ainda que a cláusula penal se afigura como uma obrigação com faculdade alternativa "à parte *creditoris*", uma vez que o devedor se obriga a prestação diversa daquela assegurada, mas tal

---

[17] Nas palavras literais de António Pinto Monteiro: "não oferece, pois, dificuldades de maior". (MONTEIRO, António Pinto. *Cláusula Penal e Indemnização*, p. 87).

[18] CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil*, v. IX, p. 487.

[19] MONTEIRO, António Pinto. *Cláusula Penal e Indemnização*, p. 100.

[20] RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Função, natureza e modificação da cláusula penal no direito civil brasileiro.* 418 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2006, p. 181.

prestação não substitui a necessidade do cumprimento da própria prestação principal, sendo certo que é o credor que tem a alternativa de escolher a execução da prestação diversa (pena convencional ou indenização predeterminada) em caso de inadimplemento[21].

Todas as considerações apresentadas, contudo, são apenas de cunho geral, uma vez que a cláusula penal na verdade é uma figura multifacetada. A noção de cláusula penal ora evidenciada é apenas uma noção lata, existindo duas espécies da figura. As características acima apresentadas são aquelas que se aplicam a ambas as espécies da figura. Cada uma delas, porém, possui funções, finalidades, efeitos e funcionamento específicos.

4.2 das modalidades de cláusula penal

Antes de se adentrar na discussão sobre as modalidades de cláusula penal, é importante destacar que existe nos tempos atuais uma grande discussão sobre a natureza da figura e as suas espécies. Filia-se ao que hoje é conhecido como teoria dualista da cláusula penal, que considerada existir duas espécies cada uma com função e natureza próprias.

Tradicionalmente a cláusula penal era vista como uma figura unitária e bifuncional. A doutrina clássica dos países romano-germânicos entendia que somente uma espécie de cláusula penal existia, e que esta, ao mesmo tempo, tinha a função de indenizar o credor pelos danos sofridos pelo incumprimento e coagir/punir o devedor. A teoria monista, porém, não é a mais correta e atual. Não parece ser plausível que uma figura jurídica, ao mesmo tempo, tenha uma função indenizatória e coercitiva. Ao contrário, o mais correto é separar a cláusula penal em duas espécies diferentes, cada uma com uma função também diferente. Nesse contexto, a figura é separada em duas espécies: de um lado, uma espécie cuja função é indenizatória, e, de outro, uma espécie cuja função é coercitiva/punitiva.

Essa visão dualista – que foi introduzida no Direito lusófono por PINTO MONTEIRO[22] e, posteriormente, defendida no Direito brasileiro por NELSON ROSENVALD[23] – muda sobremaneira a con-

[21] MONTEIRO, António Pinto. *Cláusula Penal e Indemnização*, p. 100-105; e ROSENVALD, Nelson. *Cláusula Penal:* A pena privada nas relações negociais, p. 42-47.
[22] Na sua tese de doutorado Cláusula penal e indemnização.
[23] Na sua tese de doutorado Cláusula penal: a pena privada nas relações negociais.

cepção tradicional sobre a cláusula penal, focando na sua função exercida[24]. Se a cláusula penal exercer função indenizatória, sua espécie será a cláusula penal como liquidação antecipada do dano. Se, diferentemente, exercer uma função coercitiva/punitiva, sua espécie será a cláusula penal *stricto sensu*.

Contudo, a discussão sobre as modalidades da cláusula penal não fica prejudicada considerando-se essa visão mais moderna sobre as espécies.

Baseada em uma teoria clássica, de natureza monista, tradicionalmente a cláusula penal é separada em duas modalidades (usualmente referidas pela doutrina como espécies) que não leva em conta sua função, mas sim seus efeitos. Classicamente, portanto, a cláusula penal é dividida em uma modalidade compensatória e uma modalidade moratória[25]. Grosso modo, é possível falar que a primeira visa à indenização dos danos decorrentes do incumprimento da obrigação, enquanto a segunda serve para compensar os danos verificados quando há o cumprimento moroso da obrigação. Como não se cogitava a existência de mais de uma espécie do ponto de vista da função que a figura exerce, era do ponto de vista estrutural e de funcionamento que sempre se procurou separar as modalidades de cláusula penal.

A referida divisão consta do nosso Código Civil, que estabelece diferentes dinâmicas de funcionamento para cada uma das modalidades de cláusula penal, compensatória ou moratória. A cláusula penal compensatória funciona substituindo a obrigação principal, sendo a única prestação devida caso haja incumprimento do contrato[26], conforme estabelecido no artigo 410 do diploma civil. Já a cláusula penal moratória funciona cumulativamente com o cumprimento ou indenização por incumprimento, podendo ser exigida em conjunto com o cumprimento forçado ou com a indenização por incumprimento[27], nos termos do

[24] SILVEIRA, Marcelo Matos Amaro da. Cláusula Penal e Sinal: as penas privadas convencionais na perspectiva do direito português e brasileiro. Rio de Janeiro: GZ, 2019, p. 25 a 54.
[25] RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Função, natureza e modificação da cláusula penal no direito civil brasileiro, p. 181.
[26] ROSENVALD, Nelson. *Cláusula Penal*: A pena privada nas relações negociais, p. 57.
[27] ROSENVALD, Nelson. *Cláusula Penal*: A pena privada nas relações negociais, p. 58-59.

artigo 411 do Código Civil.

Se for considerada a visão mais moderna sobre a figura, dentro de uma noção dualista, é possível verificar a existência de cláusulas penais que substituem a prestação assegurada, e outras que funcionam em cumulação com a prestação assegurada ou principal. A divisão das modalidades, de certa forma se mantem, devendo ser levada em conta a substitutividade da "cláusula compensatória" e de cumulatividade da "cláusula moratória"[28].

De um lado, portanto, tem-se a modalidade substitutiva, e de outro a modalidade cumulativa, denominação inclusive que era utilizada por PONTES DE MIRANDA[29] em meados do século passado. Essa separação em duas modalidades, uma substitutiva e outra cumulativa, parece ser aquela que em verdade mais se harmoniza com a visão dualista, sendo totalmente possível existir uma cláusula de liquidação antecipada do dano substitutiva ou uma cláusula penal *stricto sensu* cumulativa, por exemplo. Essa divisão também auxilia no problema da qualificação da cláusula penal que reforça uma obrigação ou cláusula acessória, na medida em que, não podendo ser qualificada nem como compensatória nem como moratória, ela facilmente se encaixa na modalidade cumulativa, uma vez que o credor poderá exigir seu pagamento juntamente com o cumprimento da obrigação principal

4.3 dos LIMITES

De modo geral a cláusula penal tem como limite, no direito brasileiro, o valor da obrigação principal, conforme estabelece o art. 412 do Código Civil. A *priori*, portanto, nenhuma cláusula penal pode prever pena convencional cujo valor seja superior ao valor da obrigação principal. Tem-se, assim, um limite valorativo que deve ser considerado quando da estipulação de uma cláusula penal em uma relação obrigacional.

Fundamental ressalvar, contudo, que essa merece críticas seve-

[28] RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Função, natureza e modificação da cláusula penal no direito civil brasileiro, p. 181-182.
[29] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, t. XXVI, p. 81.

ras, que vem sendo apontadas por certa doutrina[30]. CAIO MÁRIO[31] já identificava a regra como inócua no Código Civil de 1916, e criticou sua manutenção no Código de 2002 por não se harmonizar com sua sistemática, reafirmando ser inócua e de conteúdo vazio. Já na vigência do Código de 2002, ROSENVALD[32] também tece críticas, questionando a aplicabilidade prática da referida norma e identificando-a como norma que afronta em demasia o princípio da autonomia privada.

De fato, essas críticas são pertinentes, principalmente ao se considerar que muitas vezes as cláusulas penais não são estabelecidas para reforçar as obrigações principais, e também pelo fato de "valor da obrigação principal" não ser um conceito bem determinado[33]. Conforme bem aponta JUDITH MARTINS-COSTA[34] é preciso ter cuidado com a expressão "obrigação principal". Ela não pode significar apenas o valor dado pelas partes ao contrato, e muitos menos o simples valor da obrigação principal. Este limite deve ser verificado considerando todo o contexto contratual, e principalmente a noção de obrigação complexa, devendo ser embutidos os valores subjetivos e das obrigações laterais do contrato. Neste sentido a autora evidencia a utilização da norma preferencialmente na modalidade compensatória[35].

Considerando as reflexões da autora, parece, portanto, possível afirmar que a limitação do valor da pena convencional decorrente de cláusula penal *stricto sensu* não se aplica, posição também adotada por TEPEDINO e SCHRIBER[36]. A intenção da norma é estabelecer limites às cláusulas penais indenizatórias, não cabendo às outras espécies. A norma contida no artigo 412 não deve ser aplicada às cláusulas penais

---

[30] FRANÇA, Rubens Limongi. *Teoria e Prática da Cláusula Penal*, p. 82 e 86-87; e SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das Obrigações*: comentários aos arts. 389 a 420 do código civil, p. 264; inclusive evidenciam que em alguns dos projetos de codificação do final do século XIX, não havia a previsão do limite no valor da pena, incluindo o projeto original do Código de 1916 elaborado por Clovis Bevilaqua.

[31] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. II, p. 158-159.

[32] ROSENVALD, Nelson. *Cláusula Penal*: A pena privada nas relações negociais, p. 226.

[33] SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das Obrigações*: comentários aos arts. 389 a 420 do código civil, p. 267.

[34] MARTINS-COSTA, Judith. Do adimplemento das obrigações, p. 679-681.

[35] MARTINS-COSTA, Judith. Do adimplemento das obrigações, p. 674.

[36] SCHIRIBER, Anderson; TEPEDINO, Gustavo. *Fundamentos de Direito Civil*: Obrigações, vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 394-395.

propriamente ditas, por não estar em harmonia com a dinâmica dessa espécie, que não possui função indenizatória, e sim coercitiva/punitiva.

Adotando-se o mesmo raciocínio, o artigo 412 não se aplica às cláusulas penais que se enquadram na categoria de moratória ou cumulativa[37]. O limite da cláusula penal cumulativa, portanto, não é o valor da obrigação principal. Por outro lado, as cláusulas penais que se enquadram na modalidade cumulativa muitas vezes possuem limites que variam de acordo com a natureza ou tipo de relação contratual ou negocial entre as partes, e que estão previstas em outras normas que podem ser encontradas no código civil ou na legislação esparsa.

Em primeiro lugar, filia-se à corrente defendida pelo professor FLÁVIO TARTUCE, quanto à limitação geral das cláusulas penais moratórias ou cumulativas com natureza indenizatória, que é de 10% (dez por cento) do valor da obrigação assegurada[38]. A questão é controversa na doutrina, mas parece ser a interpretação mais correta do sistema jurídico. Isto porque o artigo 9º da Lei da Usura (Decreto-lei 22.626/1933) é muito claro ao estabelecer que: "Não é válida a cláusula penal superior a importância de 10% do valor da dívida". Existe, portanto, uma regra geral limitativa das cláusulas penais moratórias, que não podem ultrapassar o valor estabelecido na mencionada lei.

Além disso, há também uma limitação geral para os contratos que estão sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), que em seu art. 52, §1º estabelece que: "As multas de mora decorrentes do inadimplemento de obrigações no seu termo não poderão ser superiores a dois por cento do valor da prestação". Nas relações de consumo, portanto, o fornecedor não pode estabelecer uma multa moratória superior a 2% (dois por cento) do preço da mercadoria ou serviço fornecido. Essa disposição aplica-se a todas a relações consumeristas, inclusive nos contratos bancários, conforme entendimento da súmula 285 do STJ[39].

Considerando relações jurídicas específicas, é possível apontar uma limitação específica da cláusula penal moratória nas relações condominiais. Segundo estabelece o art. 1.336, §1º do Código Civil, o condômino que não pagar a taxa condominial se sujeita aos encargos

[37] TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 2, p. 267.

[38] TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*, p. 267.

[39] BRASIL. STJ. Súmula 285: "Nos contratos bancários posteriores ao Código de Defesa do Consumidor incide a multa moratória nele prevista".

moratórios, devendo pagar o valor acrescido de multa no importe de até 2% (dois por cento) do valor do débito. Esse limite é bastante recente, tendo sido adotado apenas com a entrada em vigor do atual código civil brasileiro, sendo certo que no passado o limite estabelecido pela lei do condomínio edilício era de 20% (vinte por cento)[40].

Outros limites também podem ser encontrados no próprio Código Civil ou na legislação esparsa, mas essas hipóteses ora cobertas parecem ser as principais e aquelas que são mais relevantes para o presente trabalho. Apenas para reforçar destaca-se que os limites ora apontados são elementos de controle de eficácia da pena convencional, e não de validade. Isto significa dizer que a estipulação de percentuais superiores ao limite legal não tornará a cláusula penal nula, mas que o julgador, no seu exercício de controle deverá decotá-lo até alcançar o limite, sem prejuízo da aplicação do disposto no art. 413 do Código Civil.

5. CLÁUSULA PENAL E DESCONTO DE PONTUALIDADE

5.1 A PERDA DE UM DIREITO COMO PENALIDADE CONTRATUAL

Como foi evidenciado acima, a cláusula penal é um pacto acessório que estabelece uma prestação devida pelo devedor em caso de inadimplemento. O objeto dessa prestação, ou seja, o que será efetivamente a pena convencionada pelas partes, suscita algumas discussões. Acima mencionou-se que a prestação alternativa à da obrigação assegurada que é determinada pela cláusula penal é usualmente pecuniária. Mas pergunta-se se a "pena" deverá sempre ser uma quantia em dinheiro? A resposta deve ser negativa.

Apesar de ser o mais comum, nada impede que as partes estabeleçam uma "pena" que não seja pecuniária[41], podendo ser constituída por "qualquer outra realidade"[42]. Nada proíbe que as partes determinem que a prestação devida pelo incumprimento seja a entrega de outro bem não fungível, como um carro, um trator ou uma máquina. Da mesma

[40] Como lembra SCHVARTZMAN, Fábio. Desconto de pontualidade e cláusula penal: como o direito das obrigações pode promover a adimplência? Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCilvil, Belo Horizonte, v. 14, p. 229-244, out./dez. 2017, p. 232.

[41] MONTEIRO, António Pinto. *Cláusula Penal e Indemnização*, p. 54.

[42] CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil*, v. IX, p. 489.

forma, cogita-se a possibilidade da pena ser constituída por bens fungíveis, como sacas de café, uma certa quantidade de litros de gasolina, ou cabeças de gado. Neste sentido, é plenamente válida cláusula com a seguinte redação:

> Cláusula X.Y - Caso o CONTRATANTE A não cumpra com a obrigação de sigilo e confidencialidade prevista na presente cláusula, deverá entregar ao CONTRATANTE B XX (xxxxxxxxxx) cabeças de gados como penalidade pela violação da cláusula.

Mais que isso vislumbra-se inclusive ser possível estabelecer uma "pena" cuja prestação não seja material, como bem aponta OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR, para que é totalmente possível a estipulação de cláusulas penais que determinem o decaimento de certos direitos ou a perda de certos benefícios[43]. A cláusula penal, por ser uma promessa futura, admite uma gama de opções para seu objeto bem alargada, que não precisa ter qualquer relação com o objeto da obrigação principal, podendo ser constituída como a perda de determinado direito.

Neste sentido, considerando-se, por exemplo um contrato de fornecimento de refrigerantes celebrado entre uma mercearia e uma distribuidora de bebidas, deve ser considerada como cláusula penal perfeitamente válida a disposição contratual que estipule o seguinte:

> Cláusula A – Em caso de atraso no pagamento do valor previsto na cláusula Y, o CONTRATANTE perderá, no mês subsequente, o direito de escolher os dias e horários da entrega das mercadorias objeto do presente Contrato estabelecido na cláusula Z, ficando a critério exclusivo do FORNECEDOR a definição da agenda de entregas.

Tal disposição se adequa totalmente à estrutura de cláusula penal pois possui os elementos que caracterizam a figura. Esse tipo de estipulação estabelece uma prestação acessória e diversa da principal, que somente irá incidir caso o inadimplemento seja verificado. Verifica-se, portanto, o preenchimento das duas principais características que foram destacadas quando do enquadramento da cláusula penal: a acessorieda-

[43] RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Função, natureza e modificação da cláusula penal no direito civil brasileiro*, p. 179. No mesmo sentido SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das Obrigações*: comentários aos arts. 389 a 420 do código civil, p. 234.

de e a noção de prestação futura.

A cláusula que determina a perda de um direito é inegavelmente acessória, pois encontra-se ligada a uma outra obrigação através de uma relação de dependência. Ela só existe porque a obrigação que ela está assegurando existe. Ela só será válida caso a obrigação que ela assegura também for válida, já que o acessório sempre segue o principal.

Além disso, ela estabelece uma prestação futura que está necessariamente atrelada a um certo fato que somente poderá acontecer no futuro. A condição de eficácia dessa cláusula está ligada a um evento incerto e futuro, qual seja, o inadimplemento. Caso a obrigação assegurada seja integral e pontualmente cumprida a cláusula que estabelece a perda de um objeto nunca irá adentrar ao plano da eficácia. Por outro lado, caso seja verificado o inadimplemento da obrigação por fato imputável ao devedor, ou seja, com culpa, a condição de eficácia da cláusula irá se desenvolver, e consequentemente o devedor irá perder o direito ou benefício que possuía perante o credor.

O pacto que estabelece perda de direito também se identificada com a cláusula penal do ponto de vista funcional. Ambos possuem mesma macrofunção de reforço da relação contratual[44]. Importante destacar, inclusive, que já no início do século passado MÚCIO CONTINENTINO[45] já defendia essa noção, destacando que a perda de certa vantagem se traduz em uma pressão/ameaça para que o devedor cumpra a obrigação. Essa ameaça surge através da sanção, que no caso será exatamente o desaparecimento do direito ou do benefício que havia sido acordado pelas partes por conta do inadimplemento imputável a uma das partes.

É fundamental destacar que esse "tipo" de cláusula penal não se confunde com o chamado decaimento. Este, bastante comum nos contratos imobiliários, consiste na perda da totalidade das prestações já pagas. Tal prática é absolutamente nula se inserida em uma relação de consumo, por conta do disposto no art. 53 do CDC[46]. Além disso, atualmente existe um limite para o "decaimento" nas relações imobiliárias, conforme alteração promovida pela Lei 13.786/2018 (popularmente conhecida como Lei dos "Distratos") que inseriu o art. 67-A §5

[44] FRANÇA, Rubens Limongi. *Teoria e Prática da Cláusula Penal*, p. 173.
[45] CONTINENTINO, Múcio. *Da Cláusula Penal no Direito Brasileiro*. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1926, p. 73.
[46] CASSETTARI, Christiano. *Multa contratual*: teoria e prática da cláusula penal, p. 194.

na lei 4.591/1964 e art. 32-A, II na lei 6.766/1979.

O objeto dessa cláusula penal é a perda de certo direito ou benefício. A pena, portanto, é a própria perda. Por outro lado, no decaimento há a retenção do valor já pago, e não a perda do direito. O decaimento, portanto, não pode ser considerado como cláusula penal, se assemelhando muito mais à dinâmica das arras, já que o que ocorre é uma retenção do valor pago em razão do inadimplemento ou arrependimento de uma das partes.

Por fim, uma última nota para ressaltar que essa dinâmica se adequa muito bem à modalidade cumulativa, quando se estará diante de um inadimplemento pontual. Mas não se afasta, *a priori*, a hipótese de utilização deste expediente quando do inadimplemento absoluto, sendo utilizada como cláusula penal substitutiva. Em poucas palavras, portanto, é possível afirmar que o decaimento, ou seja, a perda de certo direito ou benefício é uma espécie de pena convencional, e a disposição que estabelecer essa pena é uma cláusula penal.

5.2 A UTILIZAÇÃO DO DESCONTO DE PONTUALIDADE COMO CLÁUSULA PENAL ÀS AVESSAS

Considerando a noção acima disposta, e como já foi evidenciado no primeiro ponto do presente trabalho, no tocante a esse "tipo" de cláusula penal e esse objeto da pena convencional surge na doutrina e jurisprudência brasileira a discussão sobre a relação entre a cláusula penal e os descontos ou de pontualidade. Qual seria, portanto, a natureza da cláusula ou estipulação que estabelece um desconto periódico para o pagamento antecipado ou no prazo dos aluguéis em uma relação locatícia, das mensalidades num contrato de prestação de serviços educacionais ou da taxa condominial?

Como já ficou evidenciado, o abono de pontualidade é uma estipulação contratual que determina uma espécie de "prémio" para o devedor que cumpra sua obrigação de pagamento de certo valor de forma antecipada, ou mesmo de forma pontual. Quando inserida na relação contratual, esta espécie de cláusula estabelece que caso o pagamento da obrigação seja feito antes data do vencimento, ou na data exata do vencimento, o devedor terá um desconto de X% sobre o preço devido. Por outro lado, caso ele não realize o pagamento da data acordada entre as partes, perderá esse desconto, passando a ter que pagar o valor origi-

nalmente acordado entre as partes.

Antes de analisar a natureza dessa estipulação, é preciso tecer brevíssimas considerações sobre a noção de vencimento, ou seja, do tempo do pagamento, disciplinada no Código Civil nos artigos 331 a 333. O tempo do pagamento é basicamente dividido em três categorias: pagamento instantâneo, pagamento diferido e pagamento periódico[47]. Além disso, é fundamental destacar que na ausência de estipulação expressa a data do vencimento da obrigação, ou seja, a data da realização da prestação acordada entre as partes ocorrerá quando o credor exigir.

Contudo, e especialmente considerando as hipóteses aqui investigadas, qual seja, o contrato de locação, de prestação de serviços educacionais e os condomínios, o mais comum será a existência de pagamentos periódicos, com a estipulação expressa de uma data para o vencimento, que nesse caso será também enquadrado na categoria de pagamento periódico. Ou seja, são estas as relações mais quais se cogita mais comumente a inclusão de um bônus de pontualidade.

Por fim, quanto ao tempo do pagamento, é preciso sublinhar que o credor não pode exigir que o pagamento de uma obrigação seja realizado antes da data do seu vencimento. Ou seja, quando estabelecida uma data específica para a realização de certa prestação, esta somente pode ser exigida pelo credor quando o marco temporal for alcançado. Essa máxima somente pode ser quebrada em situações específicas, conforme texto do artigo 333 do Código Civil, que basicamente estabelece três hipóteses que se enquadram nas situações de insolvência *lato sensu* do devedor. Desta forma, o credor poderá exigir que a prestação seja realizada de forma antecipada, antes da data do vencimento, quando, por exemplo, for decretada a falência do devedor.

Feitas tais considerações, volta-se à análise da figura ora em comento, a cláusula de desconto de pontualidade: trata-se, sem dúvidas, de um tipo de cláusula penal, sendo certo que alguma doutrina[48] têm inclusive a denominado de cláusula penal "às avessas". De fato, tal acepção além de interessante é a mais correta. O desconto de pontualidade concedido pelo credor ao devedor em uma relação de trato sucessivo e com pagamento periódico é um direito ou benefício concedido ao devedor,

[47] TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*, p. 159.

[48] CASSETTARI, Christiano. *Multa contratual*: teoria e prática da cláusula penal, p. 182; SIMÃO, José Fernando. Cláusula Penal e Abono de Pontualidade ou Cláusula Penal e Cláusula Penal disfarçada. *Jornal Carta Forense*, 20 out. 2009; e VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2014. v. II, p. 366.

e sua perda deve ser considerada como um tipo de pena convencional.

Todas as características da cláusula penal que foram extensivamente analisadas no presente artigo estão presentes na hipótese ora analisada. O desconto é acessório e estabelece uma prestação futura condicionada a certo fato. Da mesma forma, a macrofunção da cláusula penal está lá, pois o desconto incentiva que o devedor cumpra a sua obrigação de pagamento tempestivamente, reforçando o vínculo obrigacional das partes.

Como bem aponta JOSÉ FERNANDO SIMÃO, caso seja inserida cláusula de desconto em um contrato, o valor efetivo da prestação deverá levar em conta o valor do desconto, e não o valor inserido pelas partes. Assim a "perda" do direito será o objeto dessa cláusula penal. Nas palavras do próprio autor:

> O contrato prevê que se a mensalidade escolar no importe de R$ 100,00 for paga até o dia 5 do mês, há um desconto de 20%, se paga até o dia 10, o desconto é de 10% e se paga na data do vencimento, dia 15, não há desconto. Entretanto, se houver atraso a multa moratória é de 10%. Na realidade, o valor da prestação é de R$ 80,00, pois se deve descontar o abono de pontualidade de 20%, que é cláusula penal disfarçada.[49]

Essa noção apontada pelo professor da Universidade de São Paulo é fundamental. Quando se estabelece um desconto em uma relação que é duradoura e com pagamentos periódicos, em última análise o credor aceita que o verdadeiro valor a ser pago pelo devedor é aquele já embutido com o desconto. Como foi apontado acima, o credor não pode exigir um pagamento de forma antecipado, salvo em raras hipóteses. Desta forma, quando o desconto vira algo automático e constante há uma espécie de *surrectio*[50] no valor da obrigação, que passa a ser a descontada, e não mais o valor original.

Trata-se, é bom que se diga, de hipótese totalmente diversa da-

---

[49] SIMÃO, José Fernando. Cláusula Penal e Abono de Pontualidade ou Cláusula Penal e Cláusula Penal disfarçada.

[50] Sempre bom lembrar que a *Surrectio*, na lição de Judith Martins-Costa escorada em Menezes Cordeiro, é a criação de uma nova posição jurídica-subjetiva, ou seja, a criação de um verdadeiro benefício à uma das partes em uma relação jurídica (*A Boa-fé no Direito Privado*: critério para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 722).

quela quando um lojista concede um desconto para pagamento a vista em uma compra pontual. Ou quando o locador concede um robusto desconto ao locatário para que ele pague o aluguel correspondente a doze meses de forma antecipada. Aqui se está diante daquela hipótese em que há inserido no boleto da mensalidade da faculdade todo mês um desconto de 10% (dez por cento) caso o pagamento seja realizado com cinco dias de antecedência do vencimento, por exemplo, ou mesmo, em alguns casos, caso seja paga no exato dia do vencimento. Ou na relação condominial, quando fica estabelecido um desconto para pagamento da taxa condominial antecipadamente ou mesmo na data de vencimento.

Nesses últimos casos há uma relação de trato sucessivo, ou seja, duradoura, e cujo pagamento é periódico e com data de vencimento fixa, por exemplo, para que o pagamento seja realizado todo décimo dia do mês. Entende-se que quando o desconto de pontualidade é aplicado indiscriminadamente e de forma também periódica há a possibilidade de verificação uma "dupla *surrectio*", já que surge uma nova data de vencimento e é alterado o verdadeiro valor da obrigação[51].

Neste contexto, portanto, caso o pagamento não seja realizado na data estipulada para a aplicação do desconto, o devedor irá perder esse desconto, ou seja, será sancionado/penalizado com a perda do direito ao abono de pontualidade. No dia subsequente terá que realizar o pagamento com o valor cheio, incluindo-se o percentual do desconto. Inegável dizer, desta forma, que a perda do direito ao desconto, conforme já abordado anteriormente neste trabalho, é uma pena convencional, e a cláusula que estabelece esse desconto é uma cláusula penal. Dito isso, vira-se a análise novamente às decisões do STJ sobre o assunto que foram escrutinadas no início do presente trabalho, cabendo agora uma nota crítica a elas.

5.3 O EQUÍVOCO DAS DECISÕES DO STJ SOBRE O DESCONTO DE PONTUALIDADE

No primeiro ponto do presente trabalho ficou evidenciado que de modo geral o STJ vem decidido favoravelmente à validade do desconto de pontualidade, seja para o pagamento em data anterior à do

[51] Lembrando que em alguns casos o desconto é aplicado para o pagamento na data do próprio vencimento, e neste caso só uma transformação da obrigação seria verificada.

vencimento da obrigação, que é o entendimento da 4ª Turma, seja inclusive para o pagamento no próprio dia de vencimento, que é o entendimento mais ampliado da 3ª Turma, e também à possibilidade de sua cumulação com a pena convencional moratória, que é a posição comum a ambas as Turmas. Para a 4ª turma do egrégio tribunal essa cumulação é condicionada à concessão do desconto para o pagamento antes do vencimento. Por outro lado, o entendimento da 3ª turma do STJ é mais amplo, sendo reconhecida a possibilidade irrestrita de cumulação de ambas as disposições acessória.

Comentando as decisões das turmas do STJ sobre o assunto, FELIPE SCHVARTZMAN[52] celebra o posicionamento do tribunal superior, defendendo a natureza de sanção premial do desconto de pontualidade. O autor destaca que a figura atua de forma positiva no devedor estimulando o cumprimento pontual ou mesmo antecipado da obrigação. Por fim ressalta a importante função econômica dessa prática, especialmente relevante considerando os altos índices de inadimplência verificados na economia brasileira. Os argumentos do autor parecem ser bastante sólidos, mas o fato é que as decisões do STJ merecem críticas, por dois motivos bastante técnicos que serão apontados a seguir.

Acima ficou consignada a posição do presente autor, que qualifica os descontos de pontualidade como cláusula penal. A perda do direito ao desconto é uma pena convencional, e para tanto, deve ser tratada considerando as normas que regulam e limitam a cláusula penal. Considerando essa premissa, o primeiro erro a ser apontado em relação às decisões do STJ diz respeito ao controle do próprio desconto de pontualidade, levando-se em conta limites valorativos objetivos.

Em termos práticos, isto implica na limitação do percentual do desconto de pontualidade não pode ser superior a 10% (dez por cento) do valor da obrigação, pois esse é o limite abstrato das penas convencionais moratórias. Tal aspecto não foi considerado pelo STJ, mas é sem dúvidas nenhuma de suma importância. Se a pena convencional será a perda do benefício do desconto em razão do pagamento "atrasado", o valor não pode ser superior ao importe máximo estabelecido na Lei de Usura. Trata-se de norma de ordem pública e, portanto, inafastável.

Além disso, considerando relações jurídicas específicas, como no caso das consumeristas ou condominiais, o limite será ainda me-

[52] SCHVARTZMAN, Fábio. Desconto de pontualidade e cláusula penal: como o direito das obrigações pode promover a adimplência?, p. 242-244.

nor. O desconto a ser concedido só pode ser de no máximo 2% (dois por cento) pois esse é o limite para a pena convencional nesses casos. A utilização do desconto de pontualidade pode até ser uma liberalidade do credor, mas ela deve ser analisada considerando os princípios que regem as relações contratuais, e mais especificamente a boa-fé objetiva e a função social do contrato. Desta forma, "fazendo uma ponderação de princípios, a função social como limitadora da autonomia privada prevalece (art. 2035 do Código Civil) e ao abono, na qualidade de cláusula penal disfarçada, deve ser assim considerado para permitir o cálculo de real valor da prestação"[53].

E no caso em tela nada mais concreto do que o limite legal como consectário dos princípios ora elencado. O STJ, portanto, poderia até declarar válidos os descontos de pontualidade, mas ao fazê-lo deveria realizar um controle de eficácia da disposição, com base no art. 413 do Código Civil, decotando o valor excessivo eventualmente verificado e considerando sempre o limite legal.

Em paralelo com esse equívoco soma-se a segunda crítica que a jurisprudência ora comentada é merecedora. Se o desconto de pontualidade é um tipo de cláusula penal não faz sentido permitir que haja cumulativamente a aplicação da multa por inadimplemento. A cumulação das duas disposições acessórias trata-se de claro e inequívoco *bis in ibden*, já que se está aplicando duas penalidades a um mesmo fato.

Como já extensivamente demonstrado o desconto de pontualidade estabelece uma pena convencional, que é a perda do benefício concedido pelo credor. Se o devedor não realizar o pagamento na data antecipada ou do vencimento, ele perderá esse direito como penalidade pelo não cumprimento da obrigação. Desta forma não deve ser possível que além dessa perda o devedor também seja sancionado com uma multa moratória. É prática absolutamente abusiva e que deve ser coibida pelo julgador.

Considerando essas duas críticas, não é difícil concluir de que o desconto de pontualidade é, na realidade, um artifício utilizado para disfarça uma cláusula penal, uma "multa às avessas" utilizada como forma de burlar o limite valorativo e objetivo estabelecido pela lei. O locador de um prédio inteiro, por exemplo, concede um desconto de pontualidade de 10% (dez por cento) a todos seus locatários que pagarem na

[53] SIMÃO, José Fernando. *Cláusula Penal e Abono de Pontualidade ou Cláusula Penal e Cláusula Penal disfarçada*.

data do vencimento e, além disso, ainda estabelece uma multa moratória de 10% (dez por cento) do valor do aluguel estará violando a lei, pois o preço verdadeiro a ser pago pelo locatário será X-10%, e caso ele não realize o pagamento na data acordada deverá pagar X+20%.

Tal abusividade fica ainda mais explícita quando avaliada a aplicação do desconto de pontualidade em um condomínio edilício residencial[54]. Inegável dizer que a taxa condominial é na verdade um acordo voltado para rateio de despesas. Nesse sentido, se o condomínio estabelece um desconto de 10% (dez por cento) para pagamento antecipado ou no vencimento, naturalmente este desconto terá de ser extensivo a todos os condôminos, o que implica na admissão de que é possível que esta cota parte proporcionalmente menor suporte as despesas do condomínio.

Ou seja, num condomínio, bem como em toda e qualquer entidade que se sustente através do rateio de despesas, é conceitualmente impossível caracterizar-se a figura do desconto, pois este teria que ser novamente rateado entre todos. Sendo assim, se é definida uma contribuição condominial e sobre esta é oferecido um desconto de pontualidade, há de se supor que todos paguem pontualmente e que o somatório destas mensalidades pagas com desconto seja suficiente para bancar as despesas do condomínio. Consequentemente isto implica na admissão de que que a multa contratual total para o eventual inadimplente seja de 12% (doze porcento).

Esse é, inclusive, o ditame do enunciado 505 da V Jornada de Direito Civil do CJF, que dispõe ser "nula a estipulação que, dissimulando ou embutindo multa acima de 2%, confere suposto desconto de pontualidade no pagamento da taxa condominial, pois configura fraude à lei (Código Civil, art. 1336, § 1º), e não redução por merecimento."[55]

Pelos motivos apontados acima, vê-se que a direção que o STJ tem tomado quanto o desconto de pontualidade, portanto, não tem sido a mais correta: pelos dois motivos apontados acima. Como o Tribunal da Cidadania não considera a figura como um "tipo" de cláusula penal, ele tem acabado por se equivocar nas decisões. em um primeiro lugar por não realizar o controle valorativo dos montantes de desconto

[54] CASSETTARI, Christiano. *Multa contratual*: teoria e prática da cláusula penal, p. 183-184.

[55] Em que pese a sanção de nulidade do mencionado enunciado ser um pouco excessiva considerando a possibilidade de controle da pena convencional nos termos do art. 413 do Código Civil.

praticados pelo credor, e em segundo lugar por não coibir a utilização do desconto em conjunto com a cláusula penal, permitindo que o credor burle a norma e os limites previsto na legislação brasileira.

CONCLUSÃO

O desconto de pontualidade é uma prática comercial abstratamente abusiva, utilizada especialmente pelos locatários, gestores e síndicos de condomínios e instituições de ensino para burlar a legislação brasileira, e especialmente os limites para as penas convencionais estabelecidos na Lei de Usura, no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil. Essa prática é abusiva e lesiva aos devedores, que muitas vezes se encontram em situação de vulnerabilidade por serem consumidores.

Contudo, ela tem sido chancelada para o STJ, que a partir das suas duas turmas de direito privado vem construindo um entendimento jurisprudencial favorável à utilização do desconto. Tanto a posição da 4ª turma, que tem sido um pouco mais restritiva, quanto a posição da 3ª turma, cujo entendimento permite a utilização indiscriminada dos descontos de pontualidade, são merecedoras de críticas.

A figura do desconto por pontualidade faz parte da categoria das cláusulas penais, e desta forma deve ser tratada como tal. Ela está subordinada aos limites legais mencionados ao longo do presente trabalho, cabendo seu controle através do art. 413 do Código Civil quando excessiva. Além disso, sendo a perda do desconto uma espécie de pena, ela não pode ser utilizada em conjunto com outra penalidade, como uma multa moratória, por exemplo, pois essa atitude se configura um *bis in ibden*.

REFERÊNCIAS

CASSETTARI, Christiano. *Multa contratual*: teoria e prática da cláusula penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CONTINENTINO, Múcio. *Da Cláusula Penal no Direito Brasileiro*. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1926.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil*. 3. ed. Coimbra:

Almedina, v. IX, 2017.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Teoria e prática da cláusula penal*. São Paulo: Saraiva, 1988.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado*: critério para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARTINS-COSTA, Judith. Do adimplemento das obrigações. In: _____. Comentários ao novo Código Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 5. t. II.

MONTEIRO, António Pinto. Cláusula Penal e Indemnização. Coimbra: Almedina, 2014.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971. t. XXVI.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. I.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Função, natureza e modificação da cláusula penal no direito civil brasileiro.* 418 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2006.

ROSENVALD, Nelson. Cláusula penal: A pena privada nas relações negociais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

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, 7).

SILVEIRA, Marcelo Matos Amaro da. *Cláusula Penal e Sinal*: as penas privadas convencionais na perspectiva do direito português e brasileiro. Rio de Janeiro: GZ, 2019.

SIMÃO, José Fernando. Cláusula Penal e Abono de Pontualidade ou Cláusula Penal e Cláusula Penal disfarçada. *Jornal Carta Forense*, 20 out. 2009.

SCHVARTZMAN, Fábio. Desconto de pontualidade e cláusula penal: como o direito das obrigações pode promover a adimplência? Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCilvil, Belo Horizonte, v. 14, p. 229-244, out./dez. 2017.

SCHIRIBER, Anderson; TEPEDINO, Gustavo. *Fundamentos de Direito*

Civil: Obrigações, vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 2.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2014. v. II.

O ASSÉDIO SEXUAL EM TRANSPORTE COLETIVO, A RESPONSABILIDADE DAS TRANSPORTADORAS E A JURISPRUDÊNCIA DO STJ

Anna Luísa Braz Rodrigues[1]
Luíza Resende Guimarães[2]
Renata Lima[3]

Resumo: A despeito de o STJ possuir a função de contribuir para unificar do Direito e uniformizar a jurisprudência, é possível verificar colisão direta entre decisões sobre o mesmo tema. Este é o caso das respostas oferecidas às demandas de indenização contra a concessionária de transporte público coletivo pela prática de assédio sexual durante o trajeto. Diante da divergência apresentada, o presente estudo busca examinar se as empresas de transporte devem arcar com a indenização direcionada à vítima ou se essa deve recair apenas sobre o agente infrator. Para tanto intentou-se compreender os argumentos delineados pela Terceira e Quarta Tuma do STJ, bem como o assento legislativo e o posicionamento doutrinário sobre o tema a fim de oferecer uma leitura que se mostre mais adequada à harmonização e unidade do sistema jurídico. A pesquisa pertinente teve natureza dogmática, revestindo-se de caráter bibliográfico, incluindo revisão de literatura e decisões selecionadas. Como resultado, entendeu-se que as empresas concessionárias de transporte público coletivo, em razão da atribuição objetiva de responsabilidade traduzida pela teoria do risco criado (art. 927, parágrafo único,

[1] Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Lavras. Integrante do grupo de pesquisa Laboratório de Bioética e Direito. Estagiária do Ministério Público de Minas Gerais.

[2] Mestranda em Direito Civil pela UFMG. Bolsista de Mestrado do CNPq. Bacharel em Direito pela UFLA. Pesquisadora do Laboratório de Bioética e Direito (LABB/UFLA/CNPq).

[3] Mestranda em Direito Civil pela UFMG (pesquisadora bolsista CAPES). Bacharel em Direito pela UFLA. Integrante do Grupo de Pesquisa Pessoa, Autonomia e Responsabilidade (GPAR/UFMG) e do Laboratório de Bioética e Direito (LABB/UFLA).

CC), atraem integralmente o dever de reparar o dano sofrido por vítima de assédio sexual, resguardado seu direito de regresso contra o terceiro infrator.

Palavras-chave: Assédio sexual. Responsabilidade civil. Teoria do risco criado.

INTRODUÇÃO

A crescente procura pelo transporte coletivo, decorrente do crescimento desenfreado da sociedade moderna, torna evidente a necessidade de estudo da responsabilidade civil das empresas que prestam o referido serviço frente a eventuais (ou não tão eventuais) danos[4]. Nesses ambientes, um dos mais comumente vivenciados é o assédio sexual, cujas vítimas são, de forma amplamente majoritárias, mulheres. Trata-se de situação que tem tomado as manchetes dos noticiários nos últimos anos, em razão de sua prática assustadoramente reiterada.

O presente trabalho parte de um questionamento fundamental acerca de como deve o direito civil – mais especificamente o regime de responsabilidade civil – se posicionar frente aos danos ocasionados às usuárias de transportes coletivos decorrentes dos assédios sexuais sofridos no interior destes. Buscar-se-á, portanto, examinar se as empresas de transporte devem arcar com a indenização direcionada à vítima ou se essa deve recair apenas sobre o agente infrator; se há displicência das transportadoras no que tange à segurança de suas passageiras, dentre outras questões subjacentes.

Em prol de responder ao problema, em um primeiro momento, faz-se necessário esclarecer conceitos básicos da responsabilidade civil em sentido amplo e que possuem impactos diretos sobre o recorte aqui proposto. Por essa razão, no primeiro tópico, a ideia é discorrer acerca dos pressupostos referentes ao tema (conduta, dano, nexo de causalidade, culpa) e, em seguida, partir para a exposição das modalidades objetiva, subjetiva, contratual e extracontratual da responsabilidade civil.

Com o segundo tópico, vem a imersão mais específica concernente à responsabilidade das transportadoras nos casos de assédio sexual.

---

[4] NICARETTA, Ricardo. **A responsabilidade civil no transporte rodoviário de passageiros.** 2009. 70f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Univates, Lajeado, 2009. Disponível em: https://bit.ly/33C0jHI. Acesso em: mar/2020.

Nesse sentido, serão abordados: os aspectos basilares e o assento legislativo do contrato de transporte no ordenamento nacional, o tipo de obrigação assumida pela empresa e a natureza de sua responsabilidade, no sentido de ser ou não necessária a análise de culpa. Ainda neste tópico, o enfoque será direcionado às excludentes de responsabilidade civil, em especial ao fortuito externo e ao fato exclusivo de terceiro, com o fito de debater se o assédio poderia ser encaixado nessas classificações.

Por fim, embora definitivamente não menos importante, no terceiro tópico serão apresentados os argumentos levantados pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema. Com essa finalidade, duas decisões paradigmáticas divergentes serão mais profundamente dissecadas, embora a investigação não se resuma a elas. Não se trata de temática com resposta fácil, motivo pelo qual compreender qual o estado da arte atual em um Tribunal Superior pode ser bastante esclarecedor e útil.

1. BREVES NOTAS SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil pode exprimir uma ideia de reparação, punição ou precaução, a depender da dimensão temporal e espacial em que é analisada. Ao longo da história, já foi representada pela vingança, por máximas religiosas ("olho por olho, dente por dente"), já foi autotutela, já se centrou primordialmente na punição do autor e já se fundou quase que por completo na culpa deste. Na sociedade contemporânea, a responsabilidade é considerada conceito base e integrador da ética e do direito, que objetiva e formaliza as perspectivas de liberdade e regulação conforme as novas exigências econômicas e sociais[1].

Em tempos hodiernos, preceitos do direito civil clássico já não são capazes de responder satisfatoriamente às demandas de responsabilidade civil, em especial sendo a sociedade atual assumidamente de riscos. Surge, nesse contexto, um amplo arcabouço jurídico de proteção à personalidade humana, de cujo fluxo a responsabilidade civil não poderia escapar. É preciso valorizar, portanto, os deveres positivos de evitar e mitigar danos como resposta a essa realidade de riscos e medos, sempre visando ao cuidado do outro, vulnerável por sua natureza humana. A responsabilização amplia sua perspectiva de reparação para incluir a pos-

[1] FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil.** São Paulo: Saraiva, 2019.

sibilidade de precaução[2].

Mesmo diante de toda a sua evolução, não é possível afirmar que se vislumbram os contornos definitivos para o instituto da responsabilidade civil, estando em plena ebulição doutrinária e jurisprudencial[3]. Em prol de apresentar uma conceituação para a presente pesquisa, conforme explicam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, tem-se que "a noção jurídica de responsabilidade pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando *a priori* ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se às consequências do seu ato (obrigação de reparar)"[4]. Trazendo o conceito para a esfera privada, afirmam, então, que "a responsabilidade civil deriva de agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando o infrator ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor *in natura* o estado anterior da coisa"[5].

A partir da definição, depreendem-se os elementos fundamentais da responsabilidade civil: a conduta humana, o dano e o nexo de causalidade, aos quais soma-se a culpa, fator acidental. Estes serão brevemente apresentados abaixo, assim como as modalidades subjetiva e objetiva; contratual e extracontratual.

1.1 Elementos da Responsabilidade Civil

a) A culpa

A culpa, que já esteve no cerne de todo o regime de responsabilidade civil, hoje pode ser compreendida como um elemento acidental deste. Pode-se fazer referência à culpa em sentido amplo (que inclui o dolo) ou estrito. No primeiro caso, representa uma violação intencional do dever jurídico de cuidado, pretendendo prejudicar outrem[6] (art. 186

---

[2] Ibidem.

[3] SOUZA, Wendell Lopes Barbosa de. A perspectiva histórica da responsabilidade civil. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; BENACCHIO, Marcelo (coords.). **Responsabilidade Civil.** São Paulo: Escola Paulista de Magistratura, 2015.

[4] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 54.

[5] Ibidem, p. 54.

[6] O dolo da responsabilidade civil não se confunde com aquele dolo defeito do negócio jurídico. O dolo da responsabilidade civil não se relaciona com negócio

CC/02). Neste caso, a determinação do valor da indenização está diretamente ligada ao grau de culpa do agente, devendo ser calculada segundo a contribuição causal (arts. 944 e 945 CC/02 e art. 6.º, VI, CDC)[7].

A culpa *sctrito sensu*, por sua vez, remete ao desrespeito de um dever preexistente sem que haja intenção de violá-lo. Sua caracterização pode se dar de três formas: (i) conduta voluntária com resultado involuntário; (ii) previsibilidade de possível resultado danoso; e (iii) falta de cuidado, cautela, diligência e atenção. O agente não deseja ativamente o resultado decorrente de sua conduta, que pode ser marcada por imprudência (falta de cuidado junto com ação, art. 186 CC/02); negligência (falta de cuidado junto com omissão, art. 186 CC/02); ou imperícia (falta de qualificação ou treinamento de profissional para desempenhar determinada função, art. 951 CC/02, por exemplo)[8].

Ambos o dolo e a culpa têm como consequência o dever de reparação do dano ou de indenização dos prejuízos, mas os critérios para o cálculo são diferentes. Havendo dolo, em regra, o agente pagará indenização integral, já que provavelmente não haverá culpa concorrente da vítima ou de terceiro. Em contrapartida, infere-se que, em casos em que a vítima ou terceiro concorrem culposamente para o evento danoso, a indenização será fixada levando em conta gravidade da sua culpa em comparação com a do autor (arts. 944 e 945 CC/02). Assim, o dolo recebe o mesmo tratamento da culpa (em sentido estrito) grave ou gravíssima[9]. Ressalta-se, por fim, que o ônus de provar a existência desses elementos caberá, via de regra, ao autor da demanda.

b) A conduta do agente

O primeiro elemento da responsabilidade civil é a conduta, ou seja, a ação ou omissão humana guiada pela vontade do agente, que desemboca no dano ou prejuízo. O núcleo fundamental encontra-se na ideia de voluntariedade, a qual resulta da liberdade de escolha do agente imputável, com discernimento para ter consciência do que faz. Ausente o fator volitivo, não há que se falar no preenchimento do pressuposto

jurídico, não gera anulabilidade e, se eventualmente atingir negócio jurídico, gera dever de indenizar perdas e danos, cf. TARTUCE, Flávio. **Direito Civil:** Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

7 Ibidem.

8 Ibidem.

9 Ibidem.

"conduta humana" para fins de responsabilização civil. É comum na doutrina qualificar a conduta humana que enseja responsabilidade como ilícita. De fato, trata-se da regra geral, mas vale ressaltar que a imposição do direito de indenizar poderá existir sem necessariamente fazer-se presente a antijuridicidade[10], ainda que sejam bastante excepcionais os casos previstos em lei nesse sentido[11].

c) O dano

Para a configuração da responsabilidade civil, é preciso que se comprove o dano patrimonial ou extrapatrimonial[12] decorrente da conduta do agente (art. 186 CC/02), que deverá ser reparado (arts. 403 e 927 CC/02). Danos de cunho patrimonial ou material constituem prejuízos e perdas que atingem o patrimônio corpóreo da pessoa natural, jurídica ou ente despersonalizado. Podem ser divididos em danos emergentes (efetiva diminuição do patrimônio da vítima) e lucros cessantes (valores que o prejudicado deixou de receber ou auferir) (art. 402 CC/02)[13].

Para dar ensejo à reparação por danos extrapatrimoniais, popularizados sob a denominação danos morais, é necessária a comprovação de lesão aos direitos da personalidade, os quais encontram-se dispostos entre os artigos 11 e 21 do Código Civil. Fernando Noronha explica que a reparação dessa modalidade danosa, que não é suscetível de avaliação pecuniária, obedecerá, em regra, ao princípio da satisfação compensatória, ou seja, o *quantum* indenizatório jamais será equivalente em preço à dor causada, mas será o valor necessário para proporcionar um lenitivo para o sofrimento[14]. A reparação busca, pois, atenuar as consequências do prejuízo imaterial, sem finalidade de acréscimo patrimonial da vítima. A compensação pecuniária não é, todavia, o único modo de reparar o dano moral, sendo admitida a reparação *in natura*,

[10] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, op. cit.

[11] Exemplo do exposto pode ser encontrado no art. 1313, §3º, Código Civil. Cf: Ibidem.

[12] Ressalta-se que, de acordo com a Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça e entendimentos recentes dos tribunais, é possível cumular pedido de reparação material e moral em uma mesma ação. Cf: TARTUCE, Flávio, op. cit.

[13] Ibidem.

[14] NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003. Apud: Ibidem.

conforme Enunciado 589 da VII Jornada de Direito Civil, tendo como exemplo a retração pública.

Cabe acrescentar, por fim, que entendimentos jurisprudenciais concluíram que o dano moral não se confunde com meros aborrecimentos suportados cotidianamente e que há novas modalidades deles, como os danos estéticos, danos decorrentes da perda de uma chance, danos morais coletivos e danos sociais ou difusos[15].

d) O nexo de causalidade

O nexo de causalidade é um elemento imaterial da responsabilidade civil que pode ser descrito como o "elo etiológico, o liame, que une a conduta do agente (positiva ou negativa) ao dano"[16]. Sua complexidade se justifica, em grande medida, por não decorrer de construções jurídicas, mas de leis naturais. Na responsabilidade subjetiva – em que há necessidade de comprovação de culpa *lato sensu*, conforme será estudado adiante – esta culpa é fator essencial do nexo (art. 196 CC/02). Na responsabilidade objetiva – independente de comprovação de culpa – ele forma-se pela conduta somada à previsão legal de responsabilização sem culpa ou pela atividade de risco (art. 927 CC/02)[17]. Muitas são as teorias acerca do nexo de causalidade e há certa imprecisão doutrinária quando se trata de estabelecer qual delas é adotada pelo Código Civil. Adentrar esse debate, no entanto, fugiria ao propósito da presente pesquisa.

1.2 Responsabilidade civil subjetiva e responsabilidade civil objetiva

Sob inspiração do Código de Napoleão (1804), por sua vez influenciado pelo direito romano, durante um longo período, praticamente toda a ordenação mundial consagrou a culpa como elemento fulcral para a deflagração da responsabilidade civil. Mesmo com toda essa impotência, frente ao surto do progresso, em especial após a Revolução Industrial, a multiplicidade de danos acabou por demonstrar a insuficiência da teoria subjetiva de responsabilização, para a qual a cul-

[15] TARTUCE, Flávio, op. cit.
[16] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, op. cit., p. 150.
[17] TARTUCE, op. cit.

pa configurava-se como pressuposto essencial. Isso ocorreu em razão da constatação de que as vítimas dos cada vez mais frequentes infortúnios muitas vezes se deparavam com enorme dificuldade (ou mesmo impossibilidade) de comprovar a culpa efetiva dos causadores de seus danos, de forma que as indenizações devidas eram negadas e elas restavam desprotegidas[18].

A tendência, na contemporaneidade, é que a culpa e o risco originais sejam abandonados, vez que a preocupação central passa a ser a reparação das vítimas, que encontra sintonia na ideia de responsabilidade pressuposta[19]. A despeito desse fato, a modalidade subjetiva ainda é a regra geral no ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, para que o agente responda civilmente e tenha o dever de indenizar, é necessário comprovar sua culpa em sentido amplo (art. 186 CC/02).

A responsabilidade civil objetiva, em seu turno, encontra guarida no art. 927, parágrafo único, que determina: "haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem". Esta categoria está atrelada, no Brasil, à teoria do risco, que pode se apresentar de diversas formas, dentre as quais importa destacar a teoria do risco criado, presente nos casos em que o próprio agente cria o risco[20] e, por isso, deve arcar com os danos.

Ressalta-se que, no ordenamento brasileiro, o suposto violador do bem jurídico tem a possibilidade de se eximir da responsabilização por meio da comprovação de que o evento danoso adveio de culpa exclusiva da vítima, fato exclusivo de terceiro, fortuito ou força maior[21]. Ademais, acrescenta-se que casos de responsabilidade civil não previstos em lei podem ser adotados pela doutrina e pela jurisprudência, visto que a cláusula geral consubstanciada na segunda parte do art. 927 – sobre atividades de risco – permite ao juiz analisar quando será possível responsabilizar sem aferição de culpa em conformidade com as condutas das partes e com o meio social ao qual pertencem (função social da res-

[18] SOUZA, Wendell Lopes Barbosa de, op. cit.

[19] TARTUCE, Flávio, op. cit.

[20] Ibidem.

[21] REZENDE, Elcio Nacur, Responsabilidade ambiental: uma separação do discurso de autoridade insculpido pela teoria do risco integral. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo de Oliveira (coords.). **Responsabilidade civil**: novas tendências. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2017.

ponsabilidade civil)[22].

1.3 Responsabilidade civil contratual e responsabilidade civil extracontratual

Definir, no caso concreto, se a responsabilidade civil é contratual ou extracontratual significa determinar a fonte do dever de indenizar. A primeira deriva, conforme o nome adianta, de disposições contratuais: há um negócio jurídico prévio entre as partes; enquanto a última decorre de preceitos legais. Assim, na responsabilidade contratual, o dever de indenizar provém do inadimplemento, caso em que se trata de um ilícito contratual. No que concerne à modalidade extracontratual, em contrapartida, tem-se um ilícito absoluto[23], resultante da violação de um dever baseado em norma do ordenamento jurídico ou da prática de abuso de direito[24].

Na responsabilidade contratual, indaga-se: quem deu causa ao inadimplemento ou ao adimplemento imperfeito?, e a culpa será presumida (presunção relativa). Deve-se ter mente que, embora a responsabilidade subjetiva seja mais comum no âmbito contratual, há casos de responsabilização sem culpa[25]. Tal fato é deveras relevante para o presente trabalho, visto que em meio a essas exceções encontra-se o contrato de transporte de passageiros, objeto da investigação.

2 O REGIME JURÍDICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO TRANSPORTADOR ANTE A OCORRÊNCIA DE ASSÉDIO SEXUAL

Violência sexual, segundo compreensão da Organização Mundial da Saúde, consiste em qualquer ato praticado a fim de gratificação

---

[22] TARTUCE, Flávio, op. cit.

[23] SANTOS, Vitória Marafon dos. **Responsabilidade civil nos contratos de transporte:** os reflexos da cláusula de incolumidade e a ocorrência de assédio sexual. 2019. 79p. Monografia (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toleto, Presidente Prudente, 2019. Disponível em: https://bit.ly/3981zDz. Acesso em: mar/2020.

[24] TARTUCE, Flávio, op. cit.

[25] BACARIM, Maria Cristina de Almeida. Responsabilidade civil contratual e extracontratual: a culpa e a responsabilidade civil contratual. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; BENACCHIO, Marcelo, op. cit.

sexual do agressor sem que haja consentimento da vítima[26]. Conceito ligeiramente mais restrito é o de assédio sexual, que pode ser descrito como o constrangimento, humilhação ou medo causado a alguém e decorrente de manifestações sexuais não correspondidas[27], alheias à vontade da vítima, que podem incluir carícias não consentidas, "cantadas", ameaças sexuais, dentre inúmeros outros comportamentos[28]. Não há dúvidas de que o assédio pode acarretar consequências danosas, como depressão, isolamento, culpa, constrangimento, distúrbios de sono, dificuldades para relações sexuais, entre outras.[29].

Embora não haja um gênero exclusivo passível de ser vítima de assédio sexual, é inegável que ele afeta as mulheres de forma muito mais intensa, nos mais diversos ambientes. Trata-se de mais uma das facetas da violência de gênero, ilustrada por ações violentas produzidas em contextos e espaços relacionais, diante de cenários desiguais, voltadas contra a mulher de forma física, sexual, patrimonial, psicológica ou moral, decorrentes da historicidade das relações assimétricas entre os gêneros[30].

Recentemente, os assédios sexuais em transportes coletivos – metrôs, ônibus, etc. – têm tomado as manchetes da imprensa com uma frequência assustadora. Não pode escapar a percepção de que o ato de assediar posiciona-se cada vez mais em meio urbano, público. Esse tipo de assédio acaba sendo um cruel lembrete de que as mulheres estão ocupando espaço que, em tese, não lhes pertence[31] – a esfera pública, espaço

---

[26] SILVA, Luiza de Medeiros. **Assédio sexual contra mulheres em transporte público: das passageiras à empresa.** 2018. 68 p. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2018. Disponível em: https://bit.ly/3doguwD. Acesso em: mar/2020.

[27] PAES, Fabiana Rocha. STJ acerta ao responsabilizar transportador público por assédio sexual. ConJur. São Paulo, 2018. Disponível em: https://bit.ly/2QATUXS. Acesso em: mar/2020.

[28] BRASIL, Izabelle Alessandra Castro; ARGOLO JUNIOR, Cecilio. A responsabilidade civil dos coletivos urbanos referentes aos assédios sexuais sofridos por mulheres brasileiras. In: SOUZA, José Fernando Lima (org.). **II ENPEJUD:** decisão judicial, processo decisório e precedente. Maceió: Poder Judiciário de Alagoas, 2017. Disponível em: https://bit.ly/3aeD5tJ. Acesso em: mar. 2020.

[29] WILLIAMS, Lucia. Virginia Woolf's history of sexual victimization: a case study in light of current research. **Psychology**, São Carlos, n. 5(10), 2014. Apud: SILVA, Luiza de Medeiros, op. cit.

[30] BANDEIRA, Lourdes Maria. Violência de gênero: a construção de um campo teórico e de investigação. **Revista Sociedade e Estado**, Brasília, v. 29, n. 2, 2014. Disponível em: https://bit.ly/2UCjrBw. Acesso em: mar/2020.

[31] PAES, Fabiana Rocha, op cit.

de atuação do homem – em especial em uma sociedade patriarcal como a brasileira. Assim, conflitos que antes permaneciam reservados ao âmbito doméstico ultrapassam os limites simbólicos e morais impostos "entre quatro paredes" e ganham maior visibilidade[32].

O ordenamento jurídico possui mais de uma forma de lidar com esse tipo de conduta. Enquanto o direito penal estabelece ao infrator uma sanção de ordem criminal, há também o papel concedido ao direito civil, responsável por indenizar a vítima pelos danos morais e, eventualmente, materiais por ela suportados. Neste tópico, cabe analisar se, para além do infrator, também devem ser responsabilizadas as empresas fornecedoras do serviço de transporte, que precisam zelar pela segurança de seus passageiros e passageiras.

2.1 Contrato de transporte de passageiros: noções gerais e assento legislativo

O Código Civil, em seu art. 730, preceitua que pelo contrato de transporte alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar pessoas ou coisas de um lugar para outro. Trata-se, via de regra, de um contrato de adesão (partes não discutem as cláusulas previamente, estas já são antecipadamente estabelecidas pela transportadora), bilateral e sinalagmático (envolve obrigações recíprocas), consensual (perfectibiliza-se com a manifestação de vontade das partes) e não solene (não há forma específica prevista em lei)[33]. O transporte de pessoas, foco do presente trabalho, tem a ele dedicados os art. 734 a 742 do referido Código, para além das disposições gerais constantes nos arts. 730 a 733. A partir da leitura desses dispositivos, depreende-se que ficaram estatuídas de forma bastante minuciosa as obrigações dos contratantes, mas que a principal preocupação do legislador esteve na responsabilidade civil do transpor-

[32] FUKUDA, Rachel Frazan. Assédio sexual: uma releitura a partir das relações de gênero. **Revista simbiótica,** Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, n. 1 v. único, 2012. Disponível em: https://bit.ly/3ah3RBJ. Acesso em: mar. 2020.

[33] CIPELE, Bruno Cardona. **Responsabilidade civil e contrato de transporte:** apontamentos acerca do fortuito interno. 2018. 31f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), Porto Alegre, 2018. Disponível em: https://bit.ly/3bcDyN4. Acesso em: mar/2020.

tador por possíveis danos[34].

A disciplina referente a esta modalidade de responsabilidade, no entanto, não se esgota no diploma citado, vez que sobre a matéria incide também o Código de Defesa do Consumidor. O usuário de transporte qualifica-se perfeitamente como consumidor (art. 2º, CDC), visto que adquire o serviço da fornecedora (art. 3º, §2º, CDC) – no caso, a transportadora – mediante pronto pagamento, recebendo autorização para embarcar e ser transladado de um local a outro. A regulação por esse diploma legislativo possui numerosas repercussões, haja vista que, qualificada a relação de consumo, nasce a necessária proteção da parte vulnerável[35], ou seja, do passageiro.

Dentre as consequências derivadas da incidência do CDC no que tange à empresa transportadora, podem ser citadas as obrigações de (i) garantir a segurança e integridade de seus passageiros (art. 6º, I, CDC); (ii) arcar objetivamente com a responsabilidade por danos, sendo prescindível uma análise de culpa (art. 14, CDC), tema que será dissecado adiante; (iii) prevenir danos, ou seja, antecipar-se em relação a estes, dirimindo condutadas que venham a lesar direito alheio (art. 6º, IV, CDC); e (iv) prestar serviço público de qualidade (arts. 4º, VII; 6º, X; e 22, CDC, relacionados ao artigo 37, CF)[36].

Expostas as noções básicas acerca do contrato de transporte e alguns importantes dispositivos referentes a seu assento legislativo, parte-se para a análise das principais características da responsabilidade civil das transportadoras.

2.2 A assunção de uma obrigação de garantia e a cláusula de incolumidade

A classificação clássica das obrigações divide-as em de meio e de resultado. Não é compatível com o objetivo da pesquisa adentrar tal classificação profundamente, mas apenas explicá-la brevemente em prol de uma definição mais clara da obrigação assumida pelas empresas

[34] SANSEVERINO, Paulo de Tarso. Responsabilidade civil do transportador e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Justiça e cidadania. Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: https://bit.ly/33B92tQ. Acesso em: mar/2020.

[35] BRASIL, Izabelle Alessandra Castro; ARGOLO JUNIOR, Cecilio, op. cit.

[36] Ibidem.

transportadoras.

A obrigação de meio, conforme noção inicial de Emilio Betti[37], traduz-se pura e simplesmente no desenvolvimento de uma atividade no interesse do credor. Não é tão relevante se isso produzirá o efeito concreto pretendido pela contraparte, porque não há vinculação de resultado. A prestação comporta, portanto, tão-somente um comportamento diligente e honesto do devedor em vista da obtenção da finalidade pactuada[38], de forma que o inadimplemento se caracteriza pela total ausência da conduta descrita, em geral relacionada à imprudência, negligência ou imperícia[39]. Em outras palavras, "a atividade tem de ser desempenhada da melhor maneira possível, com a diligência necessária para o melhor resultado, embora este não seja a meta optada nem o objeto da avença"[40].

Em razão de uma construção técnico-jurídica, a maioria das obrigações não se encaixa na modalidade acima descrita, e sim possui como objetivo um resultado[41]. Neste cenário, tem-se a inadimplência da prestação diante da simples ausência do resultado. Essas obrigações levam a dois regimes diversos de responsabilidade civil: um subjetivo, outro objetivo. Conforme tratado do tópico anterior, no primeiro, há margem para discussão acerca da culpa do devedor, o qual, se provar que esta não existiu, pode ser exonerado da responsabilidade. Nota-se uma inversão do ônus probatório: incumbe ao devedor demonstrar a existência de causa alheia a sua vontade que frustrou o resultado pac-

---

37 BETTI, Emilio. **Teoria generale dele obbligazioni:** prolegomeni – funzione econômico-sociale dei rapporti d'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1953. Apud: GARCIA, Paulo Henrique Ribeiro. Responsabilidade civil por fato do produto ou serviço: reflexões referentes à aplicabilidade da classificação das obrigações de meios, resultados e garantia. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, v. 20, n. 49, 2019. Disponível em: https://bit.ly/2U9fBkb. Acesso em: mar. 2020.

38 COMPARATO, Fábio Konder. Obrigações de meios, de resultado e de garantia. In: WALD, Arnoldo (org.). **Direito empresarial:** contratos mercantis e outros temas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Apud: GARCIA, Paulo Henrique Ribeiro, op. cit.

39 Ibidem

40 STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil:** doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 547. Apud: GARCIA, Paulo Henrique Ribeiro, op. cit.

41 TUNC, André. A distinção entre obrigações de resultado e obrigações de diligência. **Revista dos Tribunais, São Paulo**, v. 89, n. 778, 2000. Apud: GARCIA, Paulo Henrique Ribeiro, op. cit.

tuado[42]. Já no regime objetivo, a ausência do resultado útil, por si só, é suficiente para constituir o devedor em mora, sem indagação culpa ou da diligência empregada pelo contratante. Este apenas poderá ver sua responsabilidade afastada mediante as excludentes de responsabilidade[43].

Muitos autores entendem a obrigação das transportadoras como de resultado. Aqui, entretanto, defende-se a posição da corrente doutrinária que afirma que a obrigação assumida por essas empresas extrapola a esfera das obrigações de meio e de resultado[44]. Parte-se da ideia de que há uma cláusula de incolumidade implícita nos contratos de transporte, que consiste no dever de garantir a incolumidade do passageiro da partida até seu destino. Nesse sentido, mesmo a obrigação de resultado pode se mostrar insuficiente[45], tendo em vista que não basta levar o cliente até seu destino final caso ele tenha sua integridade física e/ou moral violadas, como ocorre nos casos de assédio.

Mais adequada, então, é a classificação como obrigação de garantia, na qual a prestação tem como conteúdo, para além da produção de um resultado determinado, a eliminação de um risco que pesa sobre o credor. Uma obrigação de garantia é, assim, ainda mais vinculativa, porque nem sempre o devedor terá a possibilidade de exoneração mediante alegação de força maior[46]. Sílvio Venosa expõe com clareza: "o transportador assume obrigação de levar a pessoa ou coisa incólumes, em perfeitas condições de segurança, até seu destino final. Uma vez descumprida essa cláusula, ocorre o inadimplemento, aflora o dever de indenizar, não basta a coisa a ou a pessoa chegar a seu destino; deve-se chegar sã e salva"[47].

---

[42] GARCIA, Paulo Henrique Ribeiro, op. cit.

[43] COMPARATO, Fábio Konder. Obrigações de meios, de resultado e de garantia. In: WALD, Arnoldo (org.). **Direito empresarial:** contratos mercantis e outros temas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Apud: GARCIA, Paulo Henrique Ribeiro, op. cit.

[44] CIPELE, Bruno Cardona, op. cit.

[45] CIPELE, Bruno Cardona, op. cit.

[46] FABRE-MAGNAN, Muriel. **Droit des obligations**. Paris: PUF, 2016. Apud: GARCIA, Paulo Henrique Ribeiro, op. cit.

[47] VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2012, p. 166.

2.3 Natureza contratual e objetiva da responsabilidade civil do transportador

Partindo de conceitos apresentados no primeiro tópico do trabalho acerca da responsabilidade civil contratual e da extracontratual, tem-se que ambas incluem a violação de uma obrigação previamente definida. A relação que interessa à análise aqui proposta se dá entre passageiro e empresa transportadora e está, portanto, pautada em um contrato. Tal aspecto é especialmente relevante quando se trata do regime estabelecido no Código Civil, em que a responsabilidade contratual possui importante repercussão: a culpa é presumida[48]. No caso do contrato de transporte, a codificação vai além e expressamente estabelece a responsabilidade objetiva da transportadora.

No que tange à incidência do Código de Defesa do Consumidor, a distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual perde fôlego, já que a responsabilidade do fornecedor é sempre objetiva, não em razão da existência de um negócio jurídico prévio entre as partes, e sim da vulnerabilidade de um dos polos da avença. Por essa razão, o caráter objetivo subsiste mesmo em casos em que o evento danoso se dê em prejuízo de terceiro, com o qual não haja qualquer relação contratual, já que todas as vítimas de tal situação são equiparadas ao consumidor[49]. Com tudo isso, desvirtua-se o papel fulcral anteriormente atribuído à culpa (*lato sensu*) e é imposta aos fornecedores a obrigação de planejar previamente a forma mais segura para atender as necessidades dos consumidores[50]. João Batista de Almeida discorre sobre:

> Prejuízos e danos começaram a surgir, e a nova Lei de Defesa do Consumidor teria a incumbência [...] de definir um modelo de responsabilização do fornecedor de forma eficiente e compatível com a vulnerabilidade de uma das partes da relação citada. Eis que surge a responsabilidade objetiva, aquela que independe da comprovação do dolo ou de culpa, como a modalidade perfeita e adequada para integrar um Código cuja principiologia está totalmente voltadas para a proteção

[48] Ibidem.
[49] CIPELE, Bruno Cardona, op. cit.
[50] BRASIL, Izabelle Alessandra Castro; ARGOLO JUNIOR, Cecilio, op. cit.

do mais fraco[51].

Analisando em conjunto os dois principais diplomas legais referentes à responsabilidade da transportadora, resta indubitável a objetividade de sua natureza. Dessa forma, diante da ocorrência de danos, prescinde-se de uma análise de culpa e dolo, porque aqueles situam-se dentro do risco iminente à atividade prestada pela transportadora. Acolhe-se, pois, a teoria do risco, cuja origem remonta ao final do século XIX e que adentrou o sistema jurídico brasileiro justamente em um Decreto, datado de 1912, que regulava a responsabilidade civil no transporte ferroviário (Decreto nº 2.681)[52].

2.4 A teoria do risco criado

De acordo com o explanado anteriormente, nem sempre a teoria do risco foi prestigiada no ordenamento brasileiro, visto que a culpa era considerada o elemento mais importante da responsabilidade civil e, por consequência, valorizava-se com maior ênfase a responsabilidade subjetiva. Com o advento da Constituição (1988) e do Código de Defesa do Consumidor (1990), porém, ganhou forças a modalidade objetiva. Assim, embora no Código Civil de 2002 a responsabilidade subjetiva tenha permanecido como regra (ao contrário do que ocorre no CDC), foi ampliado o sentido de interpretação da culpa e adotada a aludida teoria do risco, passando a admitir diversas hipóteses de responsabilidade objetiva[53], consagrada com especial relevo no já citado art. 927, parágrafo único.

Em sua acepção jurídica, risco significa perigo, potencialidade de dano, previsibilidade de perda ou de responsabilidade pelo dano, compreendendo eventos incertos, futuros e inesperados, mas temidos ou receados, capazes de gerar perdas e/ou danos. Dado o desígnio da investigação referente à responsabilidade das transportadoras nos casos de assédio, em meio às diversas teorias do risco existentes, a mais relevante é a do risco criado. Nesta, haverá obrigação de reparar o dano sempre que a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do fato danoso implicar, por sua própria natureza, risco para os direitos de outrem, indepen-

[51] ALMEIDA, João Batista de. **Manual de Direito de Consumidor.** São Paulo: Saraiva, 2013, p. 423.
[52] SANSEVERINO, Paulo de Tarso, op. cit.
[53] SANTOS, Vitória Marafon dos, op. cit.

dentemente de culpa. Apenas seria possível a isenção ou mitigação nos casos em que restar comprovado que foram tomadas todas as medidas prudentes para evitar o prejuízo patrimonial ou extrapatrimonial impetrado[54]. Isto, contudo, será aprofundado no terceiro tópico do trabalho.

Da união dos fatos expostos, conclui-se que contratual ou extracontratualmente, sob vigência do Código Civil ou consumerista, a responsabilidade do transportador é marcada pela objetividade, a partir de uma análise da teoria do risco. Assim, presentes a ação ou – especialmente – omissão da empresa, o dano e o nexo causal, nasce o direito da vítima à indenização. Não são inexistentes, contudo, formas de exclusão da responsabilidade civil dessas empresas, que devem ser examinadas.

2.5 Excludentes da responsabilidade civil do transportador: os conceitos de fortuito interno e externo e de fato exclusivo de terceiro e suas repercussões sobre a questão do assédio

Não são muitas as hipóteses em que empresas de transporte conseguem se eximir de sua responsabilidade perante a vítima. As principais causas excludentes daquela giram em torno do fortuito ou força maior, do fato exclusivo da vítima e do fato exclusivo de terceiro. Primeiramente, cabe destacar que a infindável discussão doutrinária acerca da distinção entre fortuito e força maior não é produtiva para o objeto da presente pesquisa. Paradoxalmente, muito interessa a diferenciação entre os dois tipos de fortuito: interno e externo.

Agostinho Alvim caracteriza o fortuito interno como "[...] todos os acontecimentos que não possam ser atribuídos à culpa do responsável, mas estão ligados à organização que ele mesmo imprimiu ao negócio"[55]. O externo, na perspectiva de Sérgio Cavalieri, "é também fato imprevisível e inevitável, mas estranho à organização do negócio"[56]. O posicionamento doutrinário e jurisprudencial majoritário aponta no sentido de que apenas a modalidade externa de fortuito poderia elidir a responsabilidade do transportador. O fortuito interno, embora evento

[54] WOLKOFF, Alexandre Porto Marinho. A Teoria do Risco e a Responsabilidade Civil Objetiva do Empreendedor. **Revista de Direito TJRJ**, Rio de Janeiro, n. 81, 2010.

[55] ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências.** São Paulo: Saraiva, 1972, p. 314. Apud: CIPELE, Bruno Cardona, op. cit.

[56] CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil.** São Paulo: Atlas, 2007, p. 292. Apud: CIPELE, Bruno Cardona, op. cit.

imprevisível e inevitável, é englobado pela esfera de responsabilidade da empresa, que deve assumir os riscos da atividade que desenvolve quando estes estiverem a ela vinculados[57].

Em razão do fato exclusivo da vítima escapar do âmbito delineado para este trabalho, parte-se para o exame do fato exclusivo de terceiro, o qual se vislumbra, segundo Oliveira[58], quando o evento danoso é imputado a ato praticado por terceiro (que seja não o agente ou a vítima) e que esteja efetivamente alheio à relação existente entre ambos. Não é sempre, entretanto, que o fato de terceiro é capaz de romper o nexo causal: nos casos de comportamentos culposos, mantém-se a responsabilidade da transportadora. Acerca do assunto, o STF estipulou em sua Súmula 187 (posteriormente reproduzida no art. 735 do Código Civil) que "a responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não elidida por culta de terceiro, contra o qual tem ação regressiva".

Em contrapartida, os atos dolosos de terceiros têm sido compreendidos por relevante parcela da doutrina e da jurisprudência como equiparáveis ao fortuito externo e, portanto, capazes de afastar a responsabilidade da transportadora[59]. Os casos de assédio sexual diariamente sofridos por mulheres em seus trajetos poderiam ser aqui encaixados, haja vista se tratarem de atos dolosos praticado por agentes estranhos à relação contratual entre empresa e passageiro. Não se deve julgar, no entanto, esta como uma posição fechada.

Há que se considerar, por exemplo, autores que defendem que um perigo, antes desconhecido, a partir do momento que se torna previsível, pode começar a fazer parte do risco da atividade; situação em que deve ser enfrentado sob o fundamento do princípio da prevenção[60] e em que se mantém a responsabilidade (da transportadora, no caso) intacta. Considerando que, em pesquisa realizada com mais de mil mulheres maiores de idade de todas as regiões do Brasil, 97% delas afirmaram já ter vivenciado alguma situação de assédio sexual no transporte coleti-

---

[57] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil:** responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 121-126. Apud: CIPELE, Bruno Cardona, op. cit.

[58] OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Teoria geral da responsabilidade civil e de consumo.** São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 278. Apud: NICARETTA, Ricardo, op. cit.

[59] NICARETTA, Ricardo, op. cit.

[60] GARCIA, Paulo Henrique Ribeiro, op. cit.

vo[61], pode-se dizer que já se trata de um risco deveras previsível. Recorda-se lição de André Rodrigues Corrêa:

> Interessa identificar se o evento lesivo em questão possui uma ocorrência quantitativa relevante, isto é, se é um fenômeno recorrente na sociedade, se corresponde a um risco com possibilidade significativa de ocorrência. A partir disso, possível discutir em específicos contratos a assunção do risco pelo fornecedor em decorrência da prática de fato de terceiro, tais como a violência sexual [...][62].

Percebe-se, ante ao cenário exposto, que nem mesmo o entendimento sumulado do STF e sua posterior positivação no Código Civil foram capazes de solucionar completamente as questões práticas relativas à atribuição de responsabilidade ao transportador nas hipóteses de fato de terceiro. Similarmente, a linha que separa o fortuito interno do externo pode ser, na prática, bastante tênue. No que concerne aos casos de assédio, entende-se no presente trabalho que não se deve descartar a hipótese de manutenção de responsabilidade da empresa, por todas as razões já explanadas (responsabilidade objetiva, cláusula de incolumidade, obrigação de garantia, ocorrência reiterada de atos libidinosos indesejados) e porque, dessa forma, a vítima possui possibilidade muito superior de ser indenizada por seus danos materiais e morais. Acredita-se que apenas a partir de uma análise casuística será possível resolver essas questões, que são, essencialmente, práticas. Da leitura de decisões judiciais do Superior Tribunal de Justiça, observam-se divergências quanto ao assunto, relatadas no próximo tópico.

3. A RESPONSABILIDADE DA CONCESSIONÁRIA DE TRANSPORTE PÚBLICO SEGUNDO O STJ

É notável a importância dos Tribunais Superiores na uniformização de entendimentos sobre demandas controversas que chegam ao

---

[61] G1. **97% das mulheres dizem que já sofreram assédio no transporte público e privado no Brasil, diz pesquisa**. São Paulo, 2019. Disponível em: https://glo.bo/2xmSLg8. Acesso em: mar. 2020.

[62] CORRÊA, André Rodrigues. Ato violento de terceiro como excludente de responsabilidade do transportador: qual a causa desse entendimento jurisprudencial defeituoso? In: COSTA, Judith Martins (coord.). **Modelos de direito privado**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. Apud: GARCIA, Paulo Henrique Ribeiro, op. cit.

Judiciário, cabendo à sua jurisprudência servir de norte para a apreciação de situações semelhantes e, para além disso, buscar a unidade do Direito. A pesquisa jurisprudencial nesses órgãos pode se mostrar, então, ferramenta de grande valia, capaz de oferecer um solo rico para estudos, não apenas sobre a aplicação de institutos e de argumentação jurídica, mas também para a reflexão e o desenvolvimento do Direito. Neste trabalho, optou-se pelo estudo das decisões do Superior Tribunal de Justiça.

Isso dito, o tema em comento – isto é, a responsabilidade das concessionárias de transporte coletivo de indenizar danos extrapatrimoniais sofridos por vítimas de assédio sexual praticado por terceiros dentro de seus veículos – é objeto de cisão entre a Terceira e a Quarta Turma do STJ. Tendo isso em vista, faz-se necessário a apresentação dos argumentos levantados a respeito e, em um segundo momento, uma análise de seu conteúdo.

As decisões examinadas foram julgadas pela Segunda Seção do Tribunal (pelas mencionadas Terceira e Quarta Turmas), responsável por questões de direito civil, que se debruçou sobre o tema. O enfoque foi concedido a duas decisões consideradas paradigmáticas por consolidarem o entendimento de cada Turma, quais sejam, o REsp nº 1.748.295-SP (da Quarta Turma) e o REsp nº 1.747.637-SP (da Terceira Turma). Elas têm sido objeto de discussão, inclusive em outros julgados do próprio Tribunal, por apresentarem entendimentos conflitantes sobre a matéria.

No que tange a questões metodológicas e instrumentais, a presente pesquisa foi realizada no *site* oficial do STJ, por intermédio da ferramenta "pesquisa pronta". Dentre os resultados encontrados por este meio, estava a temática "Transporte coletivo. Assédio sexual. Responsabilidade da transportadora?", à qual correspondiam 19 acórdãos até a data 14/06/2020. Preliminarmente, 3 deles foram desconsiderados para a análise por versarem fundamentalmente sobre questões processuais.

Importa esclarecer que a eleição do banco de dados oferecido pela opção "pesquisa pronta" se deu em razão de ela oferecer em tempo real o resultado dos entendimentos do STJ a partir de 2013 sobre determinados temas jurídicos pesquisados pela Secretaria de Jurisprudência do Tribunal, tendo passado por atualizações recentes (setembro/2019). Isso permite, segundo a própria Secretaria, a entrega de um produto mais refinado, traduzindo com segurança os entendimentos do Tribu-

nal[63].

Em seguida, para que nenhum acórdão acerca do problema que guia este trabalho passasse em branco, realizou-se uma busca por outra ferramenta de pesquisa disponível no mesmo sítio, qual seja, a "Jurisprudência do STJ". Tal busca foi guiada por três descritores em conjunto: "assédio" e "transportadora" e "responsabilidade". Foram encontrados, então, até a supracitada data: (i) 9 acórdãos; (ii) 83 decisões monocráticas e; (iii) 1 informativo de jurisprudência[64]. Apenas os primeiros foram considerados para fins de investigação, haja vista permitirem uma perspectiva mais apurada acerca do posicionamento do Tribunal como um todo e de cada um dos(as) Ministros(as).

No julgamento do Recurso Especial nº 1.747.637-SP, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em processo de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, entendeu que a concessionária prestadora de serviço público é objetivamente responsável pelo assédio sexual praticado no interior de um dos veículos da empresa. A ação que deu origem ao litígio foi proposta por passageira em face da Companhia do Metropolitano de São Paulo. Ela requereu a indenização por danos morais por ter sido vítima de assédio sexual dentro de uma composição do metrô de propriedade da Companhia.

Na primeira instância, reconheceu-se a responsabilidade da Companhia, julgando parcialmente procedente o pedido e condenando à vítima compensação pelo dano sofrido. Em sede recursal, negou-se provimento à apelação interposta pela ré, em que esta pleiteava a revisão do valor arbitrado para a indenização. Não satisfeita, interpôs Recurso Especial alegando, em resumo, a violação do art. 186 do Código Civil e art. 14, § 3º, II, do Código de Defesa do Consumidor. O Recurso foi admitido, porém não provido pela maioria dos Ministros pelos motivos que seguem.

Ao fundamentar seu voto, a Relatora afirma que a cláusula de incolumidade é inerente ao contrato de transporte, gerando para o transportador o dever de zelar pela segurança física e psicológica de seus passageiros. Violada esta cláusula, nasce a responsabilidade objetiva para a concessionária de transporte público coletivo. Isso significa que tal responsabilidade não é elidida diante de eventual culpa de terceiro,

[63] Essas informações foram retiradas da página oficial do STJ no seguinte endereço: https://bit.ly/2MW8OG1

[64] O endereço eletrônico onde tais pesquisas foram feitas é: https://bit.ly/3hq0I6M

contra o qual possui direito de regresso (art. 735, CC). Basta, então, que a vítima demonstre a violação da cláusula de incolumidade e que o fato que gerou o dano tenha se dado no curso do transporte. Cita-se o RE 591.874/MS, em que o STF determinou que a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público é objetivamente responsável (nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição) em relação a terceiros usuários e não usuários do serviço.

Para reforçar esta ideia, a Ministra equipara a relação entre recorrente e recorrida a uma relação de consumo, buscando fundamentos também no CDC, mais especificamente em seu art. 14, §3º, o qual prevê a responsabilidade objetiva do fornecedor de serviços que se mostrem defeituosos, devendo culminar na compensação dos danos. Além disso, relembra que o art. 22 do mesmo diploma dispõe que a empresa concessionária de serviços públicos deve prestá-los de forma adequada, eficiente e segura.

O debate avança, assim, para o ponto central da demanda: se o assédio guarda conexão com a atividade desenvolvida pela concessionária. Trata-se que questão fulcral porque, segundo a Ministra, para que o fato de terceiro afaste a responsabilidade, precisa estar desassociado da atividade prestada pela empresa. É preciso analisar, portanto, se a conduta do terceiro pode ser encaixada dentro dos limites dos riscos esperados ou criados pela atividade. Se a resposta for positiva, impossibilita-se sua configuração como excludente do nexo de causalidade.

Aprofundando esse ponto específico, a Relatora defende que, verificada a hipótese de fato exclusivo de terceiro, desde que a causa associada a ela tenha sido determinante para o dano, pode tal fato ser equiparado ao fortuito externo, excluindo a responsabilidade objetiva da concessionária. Em contrapartida, com subsídio na teoria do risco criado – melhor explicada em outros julgados, mas aqui mencionada (ainda que não sob esta alcunha) –, Andrighi explica que, se a conduta causadora do prejuízo estiver dentro dos riscos estimados, devem eles ser suportados por quem os cria. Há, pois, uma equiparação com o fortuito interno que, conforme visto, não exclui a responsabilidade.

O principal argumento levantado para justificar que o transporte dá causa e não apenas oferece a ocasião para o assédio é o da má qualidade do serviço prestado (incluindo-se aqui a superlotação, o número insuficiente de agentes de segurança durante a viagem e a pouca quantidade de veículos postos à disposição do público), além da reinci-

dência cada vez maior desse evento. Assim, para a Ministra, a prática do assédio sexual pode ser considerada um risco da atividade do transporte público coletivo e caracterizada como fortuito interno, pois guarda conexão com os serviços prestados. Essa inclusão é possível, afirma, uma vez que a definição de risco da atividade é dinâmica, ou seja, pode sua percepção ser alterada com o passar do tempo e conforme mudem as circunstâncias.

No mesmo julgado, o Ministro Ricardo Villas Bôas Coueva discordou da decisão da Relatora, mas teve seu voto vencido. Convém, por ora, evidenciar que o cerne de sua discordância residiu na configuração do fortuito que, segundo sua visão, seria externo e equiparável à força maior. Isso porque o ato ilícito seria estranho à atividade da empresa prestadora de serviços, visto que foi praticado dolosamente por terceiro estranho ao contrato de transporte. Seu voto não será analisado em detalhes, já que os argumentos centrais levantados serão abarcados pelo julgado exposto a seguir.

Por outro espectro, a Quarta Turma, no REsp nº 1.748.295-SP, de relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão, entendeu que a concessionária de transporte público coletivo não deve ser responsabilizada pela prática de assédio sexual dentro de sua composição de metrô, uma vez que se trata de fortuito externo. Na ação que ensejou tal entendimento, inicialmente foi pleiteada indenização por danos morais contra a concessionária, oportunidade em que a autora alegou ter sido vítima de assédio sexual no interior do veículo de propriedade da ré e não ter sido prontamente socorrida após solicitar a ajuda do serviço de segurança.

O juízo de primeiro grau deu procedência aos pedidos da autora e condenou a concessionária ao pagamento de indenização. A ré, em sua defesa, afirmou não ser possível responsabilizá-la por atos de terceiros estranhos ao serviço por ela oferecido, bem como demonstrou que promove campanhas com o intuito de prevenir práticas semelhantes. Em sede recursal, foi dado provimento à apelação da transportadora, alterando a decisão de piso para afastar a responsabilidade. Neste ponto, vale mencionar dois dos argumentos levantados na decisão do Tribunal Estadual transcritas por Salomão: (i) o transporte público coletivo não é o único local onde é verificada a prática de assédio sexual; logo, não seria uma decorrência direta do serviço e; (ii) a transportadora não pode exercer controle sobre os passageiros que carrega em seus veículos, sob pena de discriminação. Insatisfeita, a autora interpôs Recurso Especial

ao qual foi negado provimento, conforme demonstra-se abaixo.

Embora o Relator tenha se posicionado pela responsabilização da transportadora, com argumentos bastante semelhantes aos elencados acima no acórdão da Terceira Turma, seu voto foi vencido, haja vista que o voto divergente do Ministro Marco Buzzi foi acompanhado pela maioria dos demais. Este compreendeu o ato ilícito pratico dolosamente por terceiro como alheio aos riscos próprios da atividade de transporte. Como consequência, deveria se configurar como fortuito externo, equiparável à força maior e, portanto, capaz de elidir a responsabilidade do fornecedor.

Dessa perspectiva, Buzzi considerou o assédio como ato imprevisível e autônomo em relação à atividade desenvolvida. Ademais, destacou o fato de não ser possível que a concessionária preveja as intenções de seus passageiros para poder preveni-las. Para ilustrar e reforçar seu argumento, traz a hipótese de roubo ocorrido dentro de ônibus, situação reconhecida pela jurisprudência do Tribunal como excludente do nexo causal. Ele equipara a prática de atos ilícitos como desconexos aos riscos da atividade de transporte. Afasta, também, a hipótese de negligência ou falha na prestação do serviço por parte da concessionária, haja vista ter tomado as providências cabíveis ao decretar a prisão em flagrante do autor do delito.

Endossando estes argumentos, a Ministra Isabel Gallotti adicionou que não é possível que a transportadora zele pela segurança pública disponibilizando um agente em cada vagão ou veículo de transporte. Isto, no seu entender, além de encarecer o custo do serviço de transporte, não é objeto da atividade. Por fim, considera inevitável a superlotação.

Expostos os principais argumentos levantados pela Segunda Seção do STJ acerca da responsabilidade da concessionária de transporte público coletivo pela prática de assédio sexual nas dependências de seus veículos, apresenta-se objetivamente os resultados das demais decisões analisadas no presente trabalho. Com a tabela, pretende-se alcançar subsídio que permita examinar de forma panorâmica como o Tribunal tem se posicionado sobre a questão.

ACÓRDÃO	ATRIBUI RESPONSABILIDADE?	PRINCIPAL ARGUMENTO LEVANTADO	T	ANO
AgInt no AREsp nº 1.333.394-SP	Não	O ilícito praticado é alheio à atividade da empresa, pois é considerado fato exclusivo de terceiro, caracterizado como fortuito externo.	4ª	2019
AgInt nos EDcl no REsp nº 1.738.470-SP	Não	O ilícito praticado é alheio à atividade da empresa, pois é considerado fato exclusivo de terceiro, caracterizado como fortuito externo.	4ª	2019
AgInt no AREsp nº 1.332.491-SP	Não	O ilícito praticado é alheio à atividade da empresa, pois é considerado fato exclusivo de terceiro, caracterizado como fortuito externo.	4ª	2019
REsp nº 1.748.194-SP	Não	O ilícito praticado é alheio à atividade da empresa, pois é considerado fato exclusivo de terceiro, caracterizado como fortuito externo.	4ª	2020
AgInt no REsp nº 1.738.398-SP	Não	O ilícito praticado é alheio à atividade da empresa, pois é considerado fato exclusivo de terceiro, caracterizado como fortuito externo.	4ª	2020
AgInt no AREsp nº 1.321.781-SP	Sim	Há incidência da hipótese de fortuito interno por ser o ato libidinoso praticado, haja vista sua reincidência, mais um risco da atividade, o que fere a cláusula de incolumidade.	3ª	2018
REsp nº 1.662.551-SP	Sim	Há incidência da hipótese de fortuito interno por ser o ato libidinoso praticado, haja vista sua reincidência, mais um risco da atividade, o que fere a cláusula de incolumidade.	3ª	2018
AgInt no AREsp nº 1.513.560-SP	Sim	Há incidência da hipótese de fortuito interno por ser o ato libidinoso praticado, haja vista sua reincidência, mais um risco da atividade, o que fere a cláusula de incolumidade.	3ª	2019
AgInt no AREsp nº 1.349.061-SP	Sim	Há incidência da hipótese de fortuito interno por ser o ato libidinoso praticado, haja vista sua reincidência, mais um risco da atividade, o que fere a cláusula de incolumidade.	3ª	2019

AgInt no REsp nº 1.748.207-SP	Sim	Há incidência da hipótese de fortuito interno por ser o ato libidinoso praticado, haja vista sua reincidência, mais um risco da atividade, o que fere a cláusula de incolumidade.	3ª	2019
AgInt no REsp nº 1.813.945-SP	Sim	Há incidência da hipótese de fortuito interno por ser o ato libidinoso praticado, haja vista sua reincidência, mais um risco da atividade, o que fere a cláusula de incolumidade.	3ª	2020
AgInt no REsp nº 1.843.874-SP	Sim	Há incidência da hipótese de fortuito interno por ser o ato libidinoso praticado, haja vista sua reincidência, mais um risco da atividade, o que fere a cláusula de incolumidade.	3ª	2020
AgInt no REsp nº1.814.016-SP	Sim	Há incidência da hipótese de fortuito interno por ser o ato libidinoso praticado, haja vista sua reincidência, mais um risco da atividade, o que fere a cláusula de incolumidade.	3ª	2020
AgInt no REsp nº 1.821.213-SP	Sim	Há incidência da hipótese de fortuito interno por ser o ato libidinoso praticado, haja vista sua reincidência, mais um risco da atividade, o que fere a cláusula de incolumidade.	3ª	2020

Nota-se que o argumento principal levantado nas decisões sobre a mesma matéria não diverge daquele desenvolvido nos julgados paradigmáticos. Ademais, elas não vão além a fim de aprimorar e aprofundar o argumento: limitam-se a referenciar ementas de outros julgados semelhantes (em sua maioria dentre os elencados na tabela), não enfrentando de forma contundente a questão.

Conforme é possível constatar da leitura da tabela, apesar de um maior número de decisões atribuir responsabilidade à concessionária, não se pode afirmar que este é um entendimento pacifico no Tribunal. Há, na verdade, uma clara cisão entre a Terceira e a Quarta Turma, que oferecem soluções conflitantes para casos semelhantes. Tendo por base esses dados e as fundamentações levantadas, deve-se realizar um exame que considere as discussões teóricas e doutrinárias apresentadas. O objetivo é indicar o caminho que se considera mais acertado para oferecer uma resposta aos litígios similares sem que sejam feridos institutos da responsabilidade civil e evitando que a vítima reste desamparada.

Nesse sentido, questiona-se a aplicação das teorias do risco-

-proveito e do risco criado, bem como as excludentes de responsabilidade fato de terceiro e fortuito externo. No que concerne à teoria do risco criado, dois requisitos principais devem ser analisados: a existência de dano e a relação de causalidade. Quanto ao primeiro, uma vez que a referida teoria está inserida na responsabilidade objetiva, dispensa-se a verificação de culpa por parte do agente, bastando que fique evidente a conduta do agente que deu causa ao prejuízo[65]. O segundo requisito, por sua vez, indica a predominância da relação causal entre o dano experimentado pela vítima e a atividade exercida pelo agente que deu causa ao dano, mesmo que tenha decorrido de fato alheio. O ponto central, então, é a verificação objetiva das circunstâncias em que se deu o prejuízo[66], ou seja, se a atividade permitiu que fosse concretizado o risco por ela gerado. Deve-se, então, deduzir o dano em razão da atividade do agente e não da sua culpa ou da ilicitude da sua atividade/conduta[67].

Ao aplicar a teoria do risco criado aos casos de assédio sexual ocorridos em transportes coletivos, alguns pontos devem ser enfrentados. O primeiro deles, diz respeito ao conjunto de riscos gerados pela atividade prestada. Por se tratar "atividade de risco" de um conceito aberto, é preciso encontrar critérios que permitam seu delineamento mínimo. Nesse sentido, o Enunciado n. 448 da V Jornada de Direito Civil (2012) buscou nortear a questão, indicando que "são critérios de avaliação desse risco, entre outro, a estatística, a prova técnica e as máximas da experiência". Além disso, tem-se que o risco capaz de gerar a obrigação indenizatória deve ser uma decorrência natural entre o dano e a atividade desenvolvida[68].

Partindo desse pressuposto, conclui-se que a prática de assédio sexual pode ser enquadrada como um risco da atividade de transporte público coletivo. "As máximas da experiência" comprovam que tal ato libidinoso é extremamente comum, o que é reforçado por pesquisas estatísticas (conforme apresentado no subtópico 2.5 deste trabalho). Desse modo, o incidente já é deveras previsível para passageiras e empresas

---

[65] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

[66] Ibidem.

[67] FRANÇA, Rodrigo Dumans. **A teoria do risco aplicada à responsabilidade objetiva**. 125 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2009. Disponível em: https://bit.ly/3d46N5c. Acesso em: jun. de 2020.

[68] PEREIRA, Caio Mário da Silva, op. cit.

concessionárias (frise-se que todas as ações mencionadas foram movidas contra a Companhia Paulista de Trens Metropolitanos - CPTM), podendo, então, ser considerado uma situação inerente ao exercício natural da atividade de transporte em tempos atuais.

Por esse mesmo motivo é que não se pode invocar a excludente de responsabilidade "fortuito externo", que exige imprevisibilidade e inevitabilidade, para eximir a transportadora[69]. Ante a previsibilidade da situação (dada a frequência de casos), é possível que sejam adotadas medidas de cunho preventivo ou mesmo repressivo. A confirmação desses elementos no caso concreto configura o que a doutrina chama de "fortuito interno", posto que constitui causa interna (risco da atividade, no caso) à relação obrigacional, atraindo a responsabilidade para o agente da atividade de risco[70]. Corrobora com este entendimento o art. 734 do Código Civil, que determina não ser possível que o transportador de pessoas use o caso fortuito para se eximir da responsabilidade pela incolumidade dos passageiros. À obrigação de garantir que se tenha como resultado tal incolumidade, adiciona-se o art. 22 do Código de defesa do Consumidor, segundo o qual a empresa concessionária de serviços públicos deve prestá-los de forma adequada, eficiente e segura.

Parte das decisões examinadas julgou adequada a aplicação do "fato exclusivo de terceiro" para elidir o dever de indenizar da concessionária de transporte público coletivo. Apesar de o assediador poder ser caracterizado como terceiro, ou seja, "quem não é parte do negócio jurídico, mas sofre seus efeitos ou altera seu resultado"[71], "para que seja excludente, é mister que por sua conduta atraia os efeitos do fato prejudicial e, em consequência, não responda o agente, direta ou indiretamente, pelos efeitos do dano"[72]. Contudo, para que funcione como excludente, não basta que o terceiro atraia parcialmente a responsabilidade para si, visto que eventual culpa concorrente de terceiro não é suficiente para eliminar o nexo de causalidade, estabelecendo apenas solidariedade no dever de reparar (art. 7º, parágrafo único, CDC).[73] Ainda, para a teoria

---

[69] PINTO, Leandro Silva. **A aplicação adequada das excludentes de responsabilidade civil no contrato de transporte público, sob a ótica das teorias do risco.** 118 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Fundação Mineira de Educação e Cultura (FUMEC). Belo Horizonte, 2013.

[70] FRANÇA, Rodrigo Dumans, op. cit.

[71] PEREIRA, Caio Mário da Silva, op. cit., p. 393.

[72] Ibidem, p. 394.

[73] Ibidem.

do risco, é preciso adicionar a imprevisibilidade e a irresistibilidade ao fato exclusivo de terceiro para que tenha efeito exonerativo[74].

Também com o intuito de afastar a aplicação do fato exclusivo de terceiro nos contratos de transporte, a Súmula 187 do STF, que posteriormente foi positivada por meio do art. 735 do Código Civil, determina que a responsabilidade do transportador não é elidida mesmo que haja culpa de terceiro, resguardando, todavia, o direito de regresso. Nesse sentido, Sérgio Cavalieri Filho defende que apenas a conduta culposa do estranho à relação impediria o efeito exonerativo. A conduta dolosa, por sua vez, seria equiparável ao fortuito externo e à força maior, visto que irresistível, inevitável e estranha à atividade de transporte[75].

Sobre este ponto, faz-se necessário estabelecer discordância. Primeiro, porque o mesmo artigo alvo de crítica pelo autor determina a responsabilidade objetiva do transportador, dispensando, pois, que seja verificada a presença de dolo ou culpa. Assim, a presença do dolo não deve ser fator relevante para determinar se a prática de assédio sexual no transporte público coletivo é ou não fator externo ao vínculo entre empresa e vítima, ou mesmo se é possível enquadrá-la como sendo ou não risco decorrente do exercício da atividade. O fato de o legislador ter usado a expressão "culpa de terceiro" parece ser um mero equívoco de ordem técnica.

Ademais, cita-se o art. 37, § 6º da Constituição, que trata da responsabilidade da Administração e de seus entes e segundo o qual as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos respondem pelos danos "que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros", assegurando "o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa". Dispositivo semelhante pode ser encontrado no Código Civil, qual seja, o art. 43. Apesar desse dispositivo, diferentemente da norma constitucional, ter abordado apenas o dever reparatório das pessoas públicas de direito interno, não dispondo sobre as entidades da Administração indireta e as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público a ela subordinadas, deve-se fazer uma interpretação considerando o dispositivo constitucional citado. O Código Civil, enquanto lei infraconstitucional, não tem o poder de afastar a

[74] FRANÇA, Rodrigo Dumans, op. cit.

[75] CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 12 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

extensão da teoria do risco relativa a esses entes[76].

Ao conjugar todos os fatores expostos, defende-se a possibilidade de responsabilização da concessionária de transporte público coletivo diante da prática de assédio sexual dentro de seus veículos. Trata-se, acima de tudo, de uma forma de garantir que a vítima não fique desamparada, o que converge com os propósitos mais caros à responsabilidade civil na contemporaneidade. Não se busca afirmar que o dever de indenizar se faz presente em todos os casos, mas, conforme ensina a teoria do dano criado, a isenção da responsabilidade da empresa deve dar-se apenas nas situações em que esta conseguir comprovar que a causa do dano foi externa às decorrências de sua atividade. Nesse sentido, para fixar a indenização, deve o magistrado se ater às ações concretas que a empresa eventualmente tenha desenvolvido para mitigar o dano, como campanhas de conscientização e prevenção, assistência à vítima, reforço na segurança, entre outras.

Por fim, a presença de divergências tão claras nas decisões estudadas revela a necessidade de fomentar o debate do Direito Civil com base nos julgados dos Tribunais Superiores, haja vista serem eles os principais responsáveis por "fornecer a última interpretação a respeito das normas infraconstitucionais de natureza federal"[77]. Além disso, tais decisões ostentam a missão de imprimir racionalidade ao sistema jurídico, por meio da uniformização de jurisprudência, tendo como norte a exigência de efetividade e previsibilidade das decisões judiciais, conforme determina o CPC[78].

ANÁLISE CONCLUSIVA

A evidente reprovabilidade da prática de assédio sexual gera consequências nas searas penal e cível. Nesta, é imprescindível que a vítima obtenha, de alguma forma, uma compensação pelos danos sofridos em decorrência do ilícito, inclusive para evitar que sua dor se prolongue frente ao sentimento de impunidade. Para isso, apontar o responsável pelo pagamento da indenização é primordial. Nessa busca, os tribunais

[76] PINTO, Leandro Silva, op. cit.

[77] MACEDO, Elaine Harzheim; CHAPPER, Alexei Almeida. O papel institucional do Superior Tribunal de Justiça no sistema processual e o novo Código de Processo Civil. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 11, n. 2, p. 115-125, dez. 2015, p. 120. Disponível em: https://bit.ly/2UKm9Wb. Acesso em: jun. 2020.

[78] Ibidem.

desempenham importante papel, devendo sempre visar à correta aplicação dos institutos à luz dos fatos que lhes são apresentados. Desse modo, é preocupante que um Tribunal Superior se encontre tão dividido quanto em relação a este tema, visto que uma de suas principais funções é justamente uniformizar decisões (art. 926, *caput*, CPC/15), de forma que seus julgados devem representar um norte para a apreciação de situações semelhantes e que não encontram respostas claras, demandando esforço hermenêutico. A teoria e a prática, nesse cenário, precisam se aliar, de forma que a primeira sirva de subsídio para que os tribunais decidam da forma mais coerente e tragam segurança com as respostas entregues.

Sendo o assédio sexual prática que, atualmente, mostra-se recorrente nos transportes coletivos – e, portanto, previsível aos olhos da prestadora de serviços – o presente trabalho defendeu sua caracterização como fortuito interno. Isso porque, pela teoria do risco criado, adotada como norte para a interpretação das decisões estudadas, o risco de dano gerado pelo desempenho de determinada atividade, diante da concretização do prejuízo, funciona como um elo entre o dever de indenizar e quem exerce a atividade. Assim, resta garantida a reparação da vítima. As exceções ficam por conta das hipóteses nas quais a empresa for capaz de comprovar que o ato foi imprevisível e inevitável. Cso não o comprove, lhe cabe, ainda, demonstrar que todas as medidas preventivas e repressivas foram tomadas para evitá-lo a fim de mitigar a indenização.

À luz da mesma teoria, também foi afastada a incidência da excludente de responsabilidade "fato exclusivo de terceiro". Entendeu-se que, apesar de a prática de assédio sexual ser dolosa e realizada por agente estranho à relação contratual entre fornecedora e vítima, o fato de ser objetiva a responsabilidade da concessionária de transporte público coletivo, bem como sua reincidência e o consequente conhecimento dos fatos pela empresa, faz com que esta passe a assumir o risco e atraia a responsabilidade para si. Endossa tal entendimento o dever contratual que a concessionária de transporte possui de garantir a incolumidade física e psíquica de seus passageiros durante o traslado, dever decorrente da obrigação de garantia assumida e que é quebrado quando passageiras se veem vítimas de atos libidinosos, visto o dano físico e psicológico que lhes é causado.

Por fim, destacou-se a necessidade de debater o Direito Civil à luz das decisões dos Tribunais Superiores como o STJ, não só pelo papel de contribuir para a unificação do sistema jurídico e para a uni-

formização de decisões a fim de que se formem precedentes vinculantes, mas também em razão da missão de que tais decisões tragam mudanças efetivas.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. **Manual de Direito de Consumidor.** São Paulo: Saraiva, 2013.

BANDEIRA, Lourdes Maria. Violência de gênero: a construção de um campo teórico e de investigação. **Revista Sociedade e Estado**, Brasília, v. 29, n. 2, 2014. Disponível em: https://bit.ly/2UCjrBw. Acesso em: mar. 2020.

BRASIL, Izabelle Alessandra Castro; ARGOLO JUNIOR, Cecilio. A responsabilidade civil dos coletivos urbanos referentes aos assédios sexuais sofridos por mulheres brasileiras. In: SOUZA, José Fernando Lima (org.). **II ENPEJUD**: decisão judicial, processo decisório e precedente. Maceió: Poder Judiciário de Alagoas, 2017. Disponível em: https://bit.ly/3aeD5tJ. Acesso em: mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.747.637/SP**, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 25/06/2019, DJe 01/07/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.748.295/SP**, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 13/12/2018, DJe 13/02/2019.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil.** São Paulo: Atlas, 2015.

CIPELE, Bruno Cardona. **Responsabilidade civil e contrato de transporte:** apontamentos acerca do fortuito interno. 2018. 31f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), Porto Alegre, 2018. Disponível em: https://bit.ly/3bcDyN4. Acesso em: mar. 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil.** São Paulo: Saraiva, 2019.

FRANÇA, Rodrigo Dumans. **A teoria do risco aplicada à responsabilidade objetiva**. 125 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2009. Disponível em: https://bit.ly/3d46N5c.

Acesso em: jun. 2020.

FUKUDA, Rachel Frazan. Assédio sexual: uma releitura a partir das relações de gênero. **Revista simbiótica**, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, n. 1 v. único, 2012. Disponível em: https://bit.ly/3ah3RBJ. Acesso em: mar. 2020.

G1. **97% das mulheres dizem que já sofreram assédio no transporte público e privado no Brasil, diz pesquisa**. São Paulo, 2019. Disponível em: https://glo.bo/2xmSLg8. Acesso em: mar. 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GARCIA, Paulo Henrique Ribeiro. Responsabilidade civil por fato do produto ou serviço: reflexões referentes à aplicabilidade da classificação das obrigações de meios, resultados e garantia. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, v. 20, n. 49, 2019. Disponível em: https://bit.ly/2U9fBkb. Acesso em: mar. 2020.

MACEDO, Elaine Harzheim; CHAPPER, Alexei Almeida. O papel institucional do Superior Tribunal de Justiça no sistema processual e o novo Código de Processo Civil. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 11, n. 2, p. 115-125, dez. 2015. Disponível em: https://bit.ly/2UKm9Wb. Acesso em: jun. 2020.

NICARETTA, Ricardo. **A responsabilidade civil no transporte rodoviário de passageiros.** 2009. 70f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Univates, Lajeado, 2009. Disponível em: https://bit.ly/33C0jHI. Acesso em: mar. 2020.

PAES, Fabiana Rocha. STJ acerta ao responsabilizar transportador público por assédio sexual. **ConJur**. São Paulo, 2018. Disponível em: https://bit.ly/2QATUXS. Acesso em: mar. 2020.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PINTO, Leandro Silva. **A aplicação adequada das excludentes de responsabilidade civil no contrato de transporte público, sob a ótica das teorias do risco.** 118 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Fundação Mineira de Educação e Cultura (FUMEC). Belo Horizonte, 2013.

REZENDE, Elcio Nacur. Responsabilidade ambiental: uma separação do discurso de autoridade insculpido pela teoria do risco integral. In: ROSENVALD, Nelson e MILAGRES, Marcelo de Oliveira (coordenadores).

Responsabilidade civil: novas tendências. Indaiatuba, SP: Editora Foco Jurídico, 2017.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso. Responsabilidade civil do transportador e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. **Justiça e cidadania**. Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: https://bit.ly/33B92tQ. Acesso em: mar. 2020.

SANTOS, Vitória Marafon dos. **Responsabilidade civil nos contratos de transporte:** os reflexos da cláusula de incolumidade e a ocorrência de assédio sexual. 2019. 79p. Monografia (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toleto, Presidente Prudente, 2019. Disponível em: https://bit.ly/3981zDz. Acesso em: mar. 2020.

SILVA, Luiza de Medeiros. **Assédio sexual contra mulheres em transporte público**: das passageiras à empresa. 2018. 68 p. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2018. Disponível em: https://bit.ly/3doguwD. Acesso em: mar. 2020.

SOUZA, Wendell Lopes Barbosa de. A perspectiva histórica da responsabilidade civil. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; BENACCHIO, Marcelo (coords.). **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Escola Paulista de Magistratura, 2015.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2012.

WOLKOFF, Alexandre Porto Marinho. A Teoria do Risco e a Responsabilidade Civil Objetiva do Empreendedor. **Revista de Direito TJRJ**, Rio de Janeiro, n. 81, 2010. Disponível em: https://bityli.com/8Ngb9. Acesso em: jun. 2020.

A IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR NO CONTRATO DE LOCAÇÃO COMERCIAL

UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DO RE 605.709 DO STF E DA SÚMULA 549 DO STJ

Isabella Rodrigues Lemes Pereira[1]
Jader Barbosa Moreira Filho[2]

Resumo: O objetivo deste trabalho é fazer uma análise do posicionamento do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça frente à possibilidade de penhora do bem de família do fiador no contrato de locação comercial. Essa ponderação será feita à luz de dois julgados que são considerados relevantes acerca dessa temática: o RE 605.709 do STF e o REsp 1.363.368, que deu origem à Súmula 549 do STJ. O art. 3º, VII da Lei 8.009/90 será confrontado com princípios constitucionais fundamentais que podem ser utilizados para questionar a constitucionalidade de tal norma infraconstitucional. Destarte, a partir dessas considerações, será possível perceber que o bem de família do fiador não deve ser penhorado para satisfazer dívida decorrente de contrato de locação comercial, sendo que a impenhorabilidade pode, inclusive, se estender para os casos de locação residencial.

Palavra-chave: Bem de família; impenhorabilidade; fiador.

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa, por meio da metodologia analítica-qualitativa e hermenêutica-concretizadora, a analisar a jurisprudência do

[1] Graduanda de Direito na Universidade Federal de Lavras. Vinculada ao grupo de estudos em criminologia e Núcleo de Estudos em Teorias Liberais e Libertárias.
[2] Graduando em Direito pela Universidade Federal de Lavras. Gerente de projetos na empresa júnior Jurídica Júnior Consultoria Jurídica. Membro do Núcleo de Estudos em Teorias Liberais e Libertárias e do Grupo de Estudos de Direito Eleitoral e Político.

Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal acerca da penhorabilidade ou não do bem de família do fiador para satisfazer dívida decorrente de contrato de locação comercial. Tal questão originou-se a partir do acréscimo do inciso VII ao artigo terceiro da Lei 8.009/90[3], o qual foi adicionado à Lei do Bem de Família mediante o artigo 82 da Lei 8.245/91, designada como Lei do Inquilinato.

A análise dos julgados dos tribunais superiores realiza-se a partir da exposição e da comparação dos argumentos utilizados pelos Ministros em seus votos. Além disso, o direito civil será considerado sob a ótica constitucional, ponderando a necessidade da irradiação de princípios constitucionais nas relações entre particulares. Neste viés, o Recurso Extraordinário 605.709, julgado pelo STF, e a Súmula 549, publicada pelo STJ, serão jurisprudências fundamentais para a verificação da impossibilidade de penhora do bem de família do fiador de contrato de locação comercial.

Ademais, percebe-se que os dois tribunais superiores manifestam significativas instabilidades no que concerne à interpretação do art. 3º, VII da Lei 8.009/90, de modo que, por consequência, acarretam riscos jurídicos para o locador e fiador. Tendo em vista essa insegurança jurídica fomentada pelas divergências de posições desses tribunais, será realizada, de forma secundária, uma tentativa de averiguar qual o padrão decisório tanto do STJ quanto do STF. Tal análise é crucial, pois, consoante os recentes julgados do STF, a tendência é de modificação jurisprudencial nessa temática.

Com isso, efetiva-se considerações críticas relativas aos posicionamentos dos tribunais superiores. Essas ponderações pretendem analisar as decisões dos tribunais à luz dos princípios da isonomia, da dignidade da pessoa humana, do direito à moradia e da boa-fé objetiva, os quais conflitam com princípios de ordem econômica. Outrossim, este artigo visa a estabelecer a impenhorabilidade do bem de família do fiador de contrato de locação comercial.

Neste viés, o artigo é estruturado em cinco capítulos. O primeiro capítulo trata-se de uma explanação acerca de como o bem de família foi tutelado pela Lei 8.009/90 e das características do art. 3º, VII dessa lei. Seguindo essa linha, no subcapítulo 1.1, são apresentadas algumas

[3] Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido: [...] VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

especificações do contrato de fiança, o qual relaciona-se diretamente com a exceção à impenhorabilidade do bem de família presente no inciso VII. Após isso, os posicionamentos do STJ e do STF são analisados e os seus principais argumentos destrinchados nos capítulos dois e três. Ademais, no capítulo 4 e em seus subcapítulos são levantados argumentos que demonstram a incongruência das decisões desses tribunais e são feitas considerações críticas sob a ótica do RE 605.709 do STF e da SÚMULA 549 do STJ. Por fim, é concluído que o posicionamento dos tribunais superiores, de acordo com as últimas decisões tomadas pelo STF, tende a mudar, o que seria bem mais justo e coerente, tendo em vista os argumentos explicitados ao longo do artigo.

1. O BEM DE FAMÍLIA À LUZ DO QUE DISPÕE O ART. 3º, VII DA LEI 8.009/90

Para uma efetiva análise da discussão envolvendo o bem de família do fiador faz-se necessário, a princípio, compreender o funcionamento desse instituto jurídico, bem como sua razão de ser. O bem de família instituiu-se no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei 8.009/90, com o objetivo de proteger uma parte do patrimônio mínimo existencial o qual uma pessoa necessita para o seu sustento, garantindo-lhe dignidade e respeito – ofício do Estado Democrático de Direito. Neste interim, o artigo primeiro da lei prevê:

> Art. 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.

Destarte, o único imóvel de uma entidade familiar não poderá ser penhorado a fim de sanar as dívidas descritas nessa legislação. Assim, o bem de família legal protege o devedor da norma jurídica presente no artigo 391 do Código Civil que, em princípio, garantiria que todos os bens do devedor deveriam responder pelas obrigações firmadas por ele.

Não obstante, o artigo terceiro da Lei 8.009/90, indica algumas exceções à impenhorabilidade do bem de família. Dentre elas, a que mais será útil para a presente pesquisa é a contida no inciso VII. Esse

inciso refere-se à possibilidade de penhora do bem de família de um fiador inadimplente com a obrigação concedida num contrato de locação. Relevante evidenciar que a introdução desse texto na Lei 8.009/90 ocorreu somente mediante a sanção da Lei 8.245/91 – nomeada Lei do Inquilinato - a qual previu em seu artigo 82 o acréscimo dessa exceção à impenhorabilidade[1].

O argumento mais utilizado pelos juristas que defendem a tese presente nessa lei concerne que, ao tornar factível a penhorabilidade do único imóvel de uma entidade familiar, o mercado imobiliário seria fomentado. Isso se justificaria devido a fiança ser um meio de maior acessibilidade e sem custos para o locatário. Assim, com a permissividade de penhorabilidade do bem de família do fiador, seria mais abrangente a celebração de contratos locatários.

No decurso dos primeiros anos de vigência do artigo VII, as discussões nos tribunais superiores aliaram-se aos julgamentos de ações com processos iniciados entre a data de vigência da Lei 8.009/90 (29 de março de 1990) e a da Lei 8.245/91. Isso desencadeou contrariedades de direito intertemporal o que tematizou discordâncias judiciais à época.

Entretanto, o impasse primordial fomentado após a vigência do artigo VII constituiu a partir da Emenda Constitucional nº 26 de 2000, a qual adicionou o direito à moradia ao art. 6º da CR/88. Esse fato refletiu em diversos tribunais no questionamento da constitucionalidade da penhorabilidade do bem de família do fiador decorrente de dívida em contrato de locação.

Precedentemente às minúcias dos tribunais superiores sobre essa matéria, verificam-se a seguir características relevantes de um contrato de fiança, visto que este apresenta aspectos singulares consideráveis.

1.1 ESPECIFICIDADES DO CONTRATO DE FIANÇA

O contrato de fiança, regulado do artigo 818 ao 839 do Código Civil[2], institui um ônus ao fiador, o qual assume a garantia ao credor de

[1] Art. 82. O art. 3º da Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso VII:
"Art. 3° .....
.....
VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação."

[2] BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

uma obrigação não cumprida pelo devedor. Portanto, deve-se destacar que este atua como um contrato acessório, isto é, celebra-se apenas em função da celebração de um contrato principal e visa a satisfação do acordo firmado neste último. Outrossim, este contrato, compondo um negócio jurídico fidejussório, compõe-se por dois agentes: o credor e o fiador; sendo o devedor principal indiferente nos termos deste documento.

Evidencia-se a promessa como representante do objeto da fiança, a qual será manifestada de forma volitiva pelo fiador, garantindo arcar com as dívidas do devedor principal. Ainda, dentre as diferentes relações empregadas no contrato de fiança, a de maior relevância para o presente trabalho pertence ao contrato de fiança dentro da dinâmica das relações locatícias.

Ademais, além da característica da acessoriedade, a fiança também abrange outros três aspectos peculiares: subsidiariedade, unilateralidade e gratuidade. A subsidiariedade consiste no fato de que a obrigação somente será cumprida pelo fiador em último caso, ou seja, exclusivamente se o afiançado não a cumprir. A unilateralidade refere-se à circunstância de somente o fiador assumir obrigações diante do credor. E, por fim, a gratuidade também é uma característica desse tipo de contrato, tendo em vista que o fiador não admite, em regra, uma contraprestação.

Destarte, a característica da gratuidade representa um dos motivos pelos quais a fiança possui uma ampla preferência em relação às outras modalidades de garantia previstas pela Lei do Inquilinato (caução; seguro de fiança locatícia; cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento). Neste viés, considera-se a fiança a configuração mais acessível de o credor garantir seu crédito, haja vista que dispõe de um funcionamento simples e custos insignificantes. Nesse ponto, é estabelecida a relação com o artigo 3º, VII da Lei 8.009/90, pois até mesmo o bem de família do fiador é suscetível de penhora para sanar possíveis inadimplementos.

Entretanto, hodiernamente, apesar de representar uma garantia contratual de relevante função socioeconômica no Brasil, a fiança sugere insegurança jurídica nas relações locatícias. Isso porque, há múltiplas decisões judiciais divergentes quanto à possível penhora do bem de família do fiador, gerando instabilidades e incertezas.

Durante o início do século XXI os tribunais superiores apre-

sentaram várias divergências, fomentando um risco tanto para credores quanto para fiadores. Tal fato se justifica, pois, embora haja um texto normativo possibilitando a penhora desse bem, há outras questões tão expressivas quanto esta neste debate. Como a onerosidade excessiva da obrigação para o fiador (até mesmo comparada à relação devedor-credor); o conflito pertinente aos princípios constitucionais da isonomia, da função social dos contratos e da dignidade humana e; por fim, como já elucidado, o conflito com o direito à moradia, direito de segunda geração presente no artigo 6º da Constituição da República.[3]

Com esses antagonismos tanto na doutrina quanto na jurisprudência, apesar de alcançado certa estabilidade decisória durante um curto período, a posição desses tribunais percorre por alterações.

2. A (IM)PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR: ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em 1998, o Superior Tribunal de Justiça considerou impenhorável o único imóvel do fiador do contrato de locação, haja vista que, mesmo com a vigência da Lei do Inquilinato e do inciso VII, o imóvel não perderia a qualidade de bem de família.[4] Além disso, em 2005, também houve outra decisão no STJ defendendo essa mesma tese.[5]

No entanto, essas posições não obtiveram sequência em outras decisões. Sendo assim, a tese da penhorabilidade do imóvel de família do fiador de locação imobiliária sempre prevaleceu no STJ. Dois exemplos são o Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 638.339/RS e o Recurso Especial 299.663/RJ assim ementados:

> Locação e processual civil. Agravo regimental no agravo de instrumento. Ausência de contrariedade ao art. 535, inciso II, do CPC. Fiador. Penhora. Bem de família. Possibilidade. Agravo desprovido. 1. Não subsiste a alegada ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, visto que todas as questões

[3] Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

[4] STJ, REsp. nº 79.108-SP, rel. Min. Edson Vidigal, da 5ª Turma, publ. em 09.03.1998, em COAD – Direito Imobiliário, nº 17, p. 340, maio 1998.

[5] STJ, 5.ª Turma, REsp 699.837/RS, Relator: Ministro Félix Fischer, data do julgamento: 02.08.2005.

> relevantes para a apreciação e o julgamento do recurso foram analisadas de maneira clara e coerente pelo Tribunal a quo, inexistindo qualquer nulidade a ser sanada. 2. Consoante a nova redação do art. 3.º da Lei n.º 8.009/90, é válida a penhora do bem destinado à moradia da família do fiador, em razão da obrigação decorrente de pacto locatício, aplicando-se, também, aos contratos firmados antes da sua vigência. Precedentes. 3. Agravo regimental desprovido.[6]
>
> Locação. Fiança. Penhora. Bem de família. Sendo proposta a ação na vigência da Lei 8.245/1991, válida é a penhora que obedece seus termos, excluindo o fiador em contrato locatício da impenhorabilidade do bem de família. Recurso provido. [7]

Embora constantemente o STJ acompanhe essa diretriz de posicionamento e haja de forma contundente em suas decisões, Tribunais Estaduais [8]defendem a tese da impenhorabilidade do bem de família do fiador com base na proteção à moradia concedida pelo art. 6 da CR/88. Devido a isso, inúmeros recursos repetitivos foram direcionados ao STJ com apelações de decisões de instâncias inferiores que conferiram provimento à tese da impenhorabilidade. Dessa forma, com base no Recurso Especial 1.363.368/MS[9], o STJ publicou a Súmula n. 549 e afastou

[6] STJ, AgRg no Ag 638.339/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, 5.ª Turma, j. 15.02.2005, DJ 14.03.2005, p. 413.

[7] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial no 299.663. Acórdão da decisão que deu recurso conhecido e parcialmente provido sobre o pedido de impenhorabilidade do bem de família do fiador. Agravante: Derly Jose De Souza. Agravado: Arlindo Da Paixao e Conjuge. Relator: min. Felix Fischer. 2 de abril de 2001. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&sequencial=60058&num_registro=200100036791&data=20010402&formato=PDF Acesso em: 28 mar. 2020.

[8] TJMS, Acórdão 2008.025448-7/0000-00, Campo Grande, Quinta Turma Cível; Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva, DJEMS 08.06.2009; TJPR, Agravo de instrumento 352151-1, Acórdão 4269, Curitiba, Décima Sexta Câmara Cível, Rel. Des. Maria Mercis Gomes Aniceto, j. 16.11.2006, DJPR 01.12.2006; TJRS, Apelação Cível 251772-57.2013.8.21.7000, Porto Alegre, 15.ª Câmara Cível, Rel. Des. Otávio Augusto de Freitas Barcellos, j. 11.09.2013, DJERS 18.09.2013.

[9] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial no 1.363.368. Acórdão da decisão que deu recurso conhecido e parcialmente provido sobre o pedido de impenhorabilidade do bem de família do fiador. Agravante: Afonso Ramão Rodrigues. Agravado: Marco Antônio Da Silveira Agostini. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. 6 de novembro de 2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=31742795&num_registro=201300114633&data=20131106. Acesso em:

essas posições contrárias: "É válida a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação".

As prerrogativas e argumentos utilizados pelo STJ para defender essa disposição circundam em torno dos benefícios que a penhorabilidade do bem de família do fiador gera ao mercado imobiliário de locação. Ademais, o argumento mais relevante é que a fiança seria capaz não somente de movimentar e fomentar o mercado imobiliário, mas também de garantir o direito à moradia de locatários que carecem de condições em arcar com as despesas das outras modalidades de garantia de crédito presentes na Lei do Inquilinato. Logo, os juristas que defendem essa ideia pressupõem que, ao possibilitar a penhora do bem de família do fiador, a quantidade de sujeitos com o direito à moradia garantido seria superior do que se o cenário fosse, eventualmente, ao contrário.

Contudo, embora essa posição do STJ seja majoritária nos tribunais superiores, não é unânime e absoluta. Destarte, a tese da impenhorabilidade do bem de família do fiador encaminha para a consolidação, tendendo para adquirir ainda mais receptibilidade após duas decisões publicadas em 2019 pelo Supremo Tribunal Federal.

3. A (IM)PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR: ENTENDIMENTO DO STF

Nessa esteira, evidenciou-se a posição do STJ em relação à constitucionalidade do artigo 3º, VII da Lei 8.009/90, ainda que perante divergências, sempre prevaleceu de forma suprema a tese da penhorabilidade do bem de família do fiador.

Dessa forma, este capítulo analisa criticamente os julgados que envolveram essa temática no Supremo Tribunal Federal. O objetivo, neste ponto, é designar os posicionamentos que o órgão máximo do poder judiciário brasileiro e os seus ministros atribuem provimento.

Sabe-se que a constitucionalidade do inciso VII recebeu questionamentos principalmente após a vigência da EC nº 26 de 2000, responsável por acrescentar o direito à moradia ao rol dos direitos sociais do art. 6º da CR/88. Desse modo, em 2005, o Ministro Carlos Velloso, diante de uma decisão monocrática do Recurso Extraordinário 352.940/

28 mar. 2020.

SP, iniciou a discussão acerca dessa temática no STF:

> CONSTITUCIONAL. CIVIL. FIADOR: BEM DE FAMÍLIA: IMÓVEL RESIDENCIAL DO CASAL OU DE ENTIDADE FAMILIAR: IMPENHORABILIDA- DE. Lei no 8.009/90, arts. 1o e 3o, Lei no 8.245, de 1991, que acrescentou o inciso VII, ao art. 3o, ressalvando a penhora 'por obrigação de- corrente de fiança concedida em contrato de locação': sua não recepção pelo art. 6o, CF, com a redação da EC 26/2000. Aplicabilidade do princípio isonômico e do princípio de her- menêutica: ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio: onde existe a mesma razão funda- mental, prevalece a mesma regra de Direito. Recurso extraordinário conhecido e provido.[10]

Neste caso, o Ministro Carlos Velloso, considerou o bem de família do fiador impenhorável para satisfazer dívida decorrente de contrato de locação. Haja vista que a penhora desse bem violaria o princípio da isonomia (art. 5º CR/88), pois fiadores e devedores receberiam tratamentos de maneiras distintas, ainda que vinculados à mesma situação jurídica. Outrossim, o Ministro também justificou seu voto baseado na não anuência pela CR/88 do inciso VII do artigo terceiro que fora adicionado à Lei 8.009/90 por meio da Lei do Inquilinato. Isso se justificaria devido ao já descrito conflito existente com o direito fundamental à moradia.

Um ano depois, em 2006, o STF, por meio do seu pleno, julgou o Recurso Extraordinário 407.688/SP e, por maioria de votos aquiesceu a possibilidade da penhora do bem de família do fiador de contrato de locação:

> FIADOR. Locação. Ação de despejo. Sen- tença de procedência. Execução. Responsa- bilidade solidária pelos débitos do afiança- do. Penhora de seu imóvel residencial. Bem de família. Admissibilidade. Inexistência de afronta ao direito de moradia, previsto no art. 6o da CF. Constitucionalidade do art. 3o, inc. VII, da Lei no 8.009/90, com a redação da Lei no 8.245/91. Recurso extraordinário des- provido. Votos vencidos. A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3o, inc. VII, da Lei no

[10] STF, RE 352.940-4-SP, rel. Carlos Velloso, 2a Turma, j. 25.4.2005, DJU 9.5.2005, p. 106

> 8.009, de 23 de março de 1990, com a re- dação da Lei no 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6o da Constituição da República[11]

Nesta decisão, o Ministro Relator Cezar Peluso e os Ministros Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence e Nelson Jobim votaram a favor da tese vencedora. Dentre os argumentos utilizados por eles para fundamentar a decisão, destaca-se: a) a possibilidade de penhora do bem de família do fiador é baseada na proteção do mercado, nos termos do art. 170, CR/88; b) o fato de ser possível a penhora desse bem desencadeia que a fiança seja a modalidade de garantia de crédito mais usada no mercado imobiliário, o que, por conseguinte, garante o direito à moradia dos locatários; c) ao assinar o contrato de fiança, o fiador utiliza de sua autonomia da vontade, do seu direito à liberdade de agir e, dispondo do seu direito à moradia protegido pela Lei 8.009/90, de modo a suscitar uma colisão entre direitos fundamentais, devendo, neste caso, prevalecer o direito à liberdade de agir; d) o artigo 6º CR/88 tutela o direito à habitação como um todo e não somente o direito à propriedade, por isso, deve prevalecer a tese da penhorabilidade.

Tais argumentos fundamentam a decisão do STF a favor da constitucionalidade do art. 3º, VII da Lei do Bem de Família. Ademais, o Recurso Extraordinário citado tornou-se consideravelmente relevante com o passar dos anos. Inúmeras decisões dos tribunais superiores[12], tra-

---

[11] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 407.688/SP. Fiador. Locação. Ação de despejo. Sentença de procedência. Execução. Responsabilidade solidária pelos débitos do afiançado. Penhora de seu imóvel residencial. Bem de família. Admissibilidade. Inexistência de afronta ao direito de moradia, previsto no art. 6° da CF. Constitucionalidade do art.3º, inc. VII, da Lei nº 8.009/90, com a redação da Lei nº 8.245/91. Recurso extraordinário desprovido. Votos vencidos. Recorrente: Michel Jacques Peron. Recorrido: Antonio Pecci. Relator: Min. Cezar Peluso, 08 de fevereiro de 2006. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261768. Acesso em: 14 mar. 2020.

[12] STF, 2a T., AgRg no AI 584.436, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 3-2-2009, v.u.; 1a T., EDcl no RE 509.594, Rel. Min. Carmen Lúcia, j. 28-10-2008, v.u.; 1a T., AgRg no RE 493.378, Rel. Min. Carmen Lúcia, j. 28-10-2008, v.u.; 2a T., AgRg no RE 533.128, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 28-10-2008, v.u.; Tribunal Pleno, AgRg na Rcl 4.563, Rel. Min. Ricardo Lewan- dowski, j. 22-11-2007, v.u.; 1a T., AgRg no AI 663.278, Rel. Min. Carmen Lúcia, j. 20-11- 2007, v.u.; 2a T., AgRg no AI 666.879, Rel. Min. Eros Grau, j. 9-10-2007, v.u.; 1a T., AgRg no AgRg no AI 576.544, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 7-8-2007, v.u.;

tando-se dessa temática, foram fundamentadas com essa jurisprudência, afastando, assim, a inconstitucionalidade de tal norma.

Porém, demonstrando ser um tema delicado, o STF admitiu novo posicionamento no ano de 2018, de modo que provocou instabilidade jurisprudencial dessa temática:

> Impenhorabilidade do bem de família e contratos de locação comercial. Não é penhorável o bem de família do fiador, no caso de contratos de locação comercial. Com base neste entendimento, a Primeira Turma, por maioria e em conclusão de julgamento, deu provimento a recurso extraordinário em que se discutia a possibilidade de penhora de bem de família do fiador em contexto de locação comercial. Vencidos os Ministros Dias Toffoli (relator) e Roberto Barroso que negaram provimento ao recurso. Ressaltaram que o Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento sobre a constitucionalidade da penhora do bem de família do fiador por débitos decorrentes do contrato de locação. A lógica do precedente é válida também para os contratos de locação comercial, na medida em que – embora não envolva o direito à moradia dos locatários – compreende o seu direito à livre-iniciativa. A possibilidade de penhora do bem de família do fiador – que voluntariamente oferece seu patrimônio como garantia do débito – impulsiona o empreendedorismo, ao viabilizar a celebração de contratos de locação empresarial em termos mais favoráveis. Por outro lado, não há desproporcionalidade na exceção à impenhorabilidade do bem de família (Lei n.º 8.009/1990, art. 3.º, VII). O dispositivo legal é razoável ao abrir a exceção à fiança prestada voluntariamente para viabilizar a livre-iniciativa[13]

Essa decisão concerne à Primeira Turma do Tribunal, publicada

[13] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 605.709/SP. Recurso Extraordinário manejado contra acórdão publicado em 31.8.2005. Insubmissão à sistemática da repercussão geral. Premissas distintas das verificadas em precedentes desta Suprema Corte, que abordaram garantia fidejussória em locação residencial. Caso concreto que envolve dívida decorrente de contrato de locação de imóvel comercial. Penhora de bem de família do fiador. Incompatibilidade com o direito à moradia e com o princípio da isonomia. Recorrente: Hermínio Cândido e outro (A/S). Recorrido: Francisco Demi Júnior e outro (A/S). Relator: Min. Dias Toffoli, 12 de junho de 2018. Disponível em:
http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339527780&ext=.pdf. Acesso em: 14 mar. 2020.

em 2019 no Informativo n. 906 do STF. A distinção deste acórdão para os seus precedentes consiste no tipo de locação. Em virtude da locação, neste caso, ser comercial, não haveria um conflito do direito à moradia do locatário e do fiador. Destarte, ao impossibilitar a penhora do bem de família do fiador de contrato de locação comercial, o Tribunal considera o direito à moradia do fiador insuscetível de sacrifício a fim de satisfazer o crédito de locador de imóvel comercial ou estimular a livre inciativa. Além disso, o princípio da isonomia também foi utilizado na fundamentação, haja vista o tratamento desigual conferido ao bem de família do fiador, cuja situação jurídica seria semelhante à do devedor principal.

O Recurso Extraordinário 605.709/SP tende a promover alterações no que se vincula ao entendimento dos tribunais superiores sobre esse assunto. A especificação referente ao tipo de locação propicia que o caso seja ainda mais marcante, uma vez que, tanto a Súmula 549 do STJ quanto o RE 407.688/SP discorriam de locação residencial, o que altera, evidentemente, a perspectiva de análise dos casos. Outrossim, tal decisão amplia ainda mais a insegurança jurídica em relação à fiança em contrato de locação.

Por fim, é válido citar o RE 1.223.149/DF[14] de agosto de 2019, nele, a Ministra Relatora Cármen Lúcia seguiu o mesmo posicionamento vencedor do RE 605.709/SP, sendo favorável a tese da impenhorabilidade do bem de família do fiador de contrato de locação comercial, reforçando, assim, uma mudança de paradigma na análise desses casos.

A partir das exposições dos posicionamentos do STJ e do STF adequam-se algumas considerações críticas e comparativas sobre as incongruências presentes nessas decisões dos tribunais superiores.

---

[14] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário no 1223941/DF. Constitucional. Direito à moradia. Bem de família. Contrato de locação de imóvel comercial. Fiador. Impenhorabilidade do bem de família. Precedente. Recurso extraordinário provido. Recorrente: Sirley Ameida Da Silva. Recorrido: Nb Iluminação LTDA. Relatora: Min. Carmen Lúcia, 15 de agosto de 2019. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%281223149%2ENUME%2E+OU+1223149%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y2pm67of. Acesso em: 26 mai. 2020

4. CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS SOBRE AS INCONGRUÊNCIAS ENTRE O POSICIONAMENTO DO STJ E O DO STF

Com o Recurso Extraordinário provido no Supremo Tribunal Federal para impedir a penhora do bem de família do fiador de locação comercial, questiona-se a admissibilidade dessa penhora em contrapartida com a súmula 549 do Superior Tribunal de Justiça, a qual apresenta uma contrariedade entre os julgados nos tribunais superiores. Parte-se do pressuposto de que, por constituir exceção, o dispositivo legal, ao possibilitar a penhora do bem de família do fiador de locações, demanda interpretação restrita, visto que o termo "locação"[15] deve ser compreendido como gênero, abrangendo as modalidades residencial e comercial de locação. Assim, admite-se a penhora do bem de família por obrigação decorrente de fiança prestada em contrato de locação de qualquer espécie.

Neste viés, a questão prossegue controversa e mediante análise detalhada dos institutos civis e constitucionais relativos ao assunto, o presente artigo intenta discutir sobre a possibilidade de penhora do bem de família do fiador de locação comercial, por meio da análise do julgamento, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, do Recurso Extraordinário do nº 605.709/SP e, no âmbito do Supremo Tribunal de Justiça, a súmula 549, originária do Recurso Especial nº1.363.368/SP.

Dessarte evidencia-se que a referida penhorabilidade viola princípios e direitos constitucionais básicos como a isonomia e a dignidade humana. Além disso, contraria premissas vigentes de direito civil, dentre as quais cita-se a acessoriedade do contrato de fiança e a função social do contrato. Nesse âmbito, elucida-se a disposição do Dr. Flavio Tartuce[16]:

> Por todo esse panorama de dúvidas e incertezas no âmbito da

[15] Contrato no qual uma das partes cede à outra o uso e gozo de bem móvel ou imóvel (ger. urbano) ou se compromete a lhe fornecer serviços, por prazo certo ou indeterminado, mediante o pagamento de certa quantia.

[16] Pós-Doutorando e Doutor em Direito Civil pela USP. Mestre em Direito Civil Comparado pela PUCSP. Professor Titular permanente e coordenador do mestrado da Escola Paulista de Direito (EPD). Professor e coordenador dos cursos de pós-graduação lato sensu em Direito Privado da EPD. Professor do G7 Jurídico. Presidente Nacional do Instituto Brasileiro de Direito Contratual (IBDCONT). Presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família em São Paulo (IBDFAMSP). Advogado em São Paulo, parecerista e consultor jurídico

> jurisprudência, entendo que a melhor solução para a temática, de fato, é que a norma seja revogada, resolvendo-se definitivamente a questão e afastando-se a grande instabilidade que sempre existiu sobre o tema.

O entendimento seguido pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 605.709/SP não está sendo corroborado unanimemente pelos Tribunais de Justiça do Brasil, haja vista que a decisão mencionada não é de vinculação obrigatória junto às instâncias inferiores. No entanto, é factível e razoável asseverar que a tendência dos recursos orientará para a possível decisão definitiva e vinculante sobre a matéria.

4.1 ISONOMIA

Em um primeiro parâmetro, destaca-se o detrimento ao princípio da isonomia. Isso porque, ao devedor principal e ao fiador, devem ser aferidos tratamentos análogos: como o bem de família do devedor é protegido, também careceria de proteção o bem de família do fiador, de modo a ser consagrada indistintamente a todos. Todavia, persiste nesse cenário uma ofensa à igualdade, haja vista que a fiança sendo um contrato acessório, assume um caráter mais oneroso que o principal ao elencar a constitucionalidade da penhora do bem de família do fiador.

Ressalta-se que a situação do contrato fidujissório em si não supõe igualdade entre o fiador e o locatário, uma vez que esses sujeitos assumem ofícios divergentes na relação jurídica locatícia, tendo em vista que o contrato de locação instituído entre o locatário e o locador não consubstancia ao contrato de fiança pactuado entre o locador e o fiador. Por conseguinte, nessa perspectiva do direito contratual, o fiador, sendo a parte vulnerável do contrato e não se encontrando na mesma situação que o locatário (não são iguais), deveria ser tratado pela lei na medida de sua desigualdade, a fim de equiparar as duas partes. Esse argumento alia-se com o voto da ministra Rosa Weber no RE 605.709/SP:

> A restrição do direito à moradia do fiador em contrato de locação comercial tampouco se justifica à luz do princípio da isonomia. Eventual bem de família de propriedade do locatário, vale recordar, não se sujeitará à constrição e alienação forçada, para o fim de satisfazer valores devidos ao locador. Não vislumbro, assim, justificativa para que o devedor principal,

> afiançado, goze de situação mais benéfica do que a conferida ao fiador (garante), sobretudo porque tal disparidade de tratamento, ao contrário do que se verifica na locação de imóvel residencial, não se presta à promoção do próprio direito fundamental à moradia.[17]

Desde a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, a igualdade é concebida como essencial e basilar a quaisquer ordenamentos jurídicos. Para que tal abordagem diferenciada não resulte em injustiças, faz-se imperiosos meios para impregnar o tratamento isonômico e a distinção dos iguais aos desiguais e, consequentemente, a efetivação do princípio da igualdade.

Entretanto, a lei 8.009/90, no inciso VII, conferiu exclusivamente ao fiador o ônus de abdicar de seu direito à moradia. Estabelecendo, assim, tratamento desigual não para equiparar, mas um tratamento desigual e desproporcional que agravou a vulnerabilidade ao invés de mitigá-la. Nesse interim, o devedor principal e fiador ficaram ainda mais desiguais, o que desequilibrou demasiadamente os contratos perante essa legislação infraconstitucional.

Em suma, o recente entendimento do Supremo Tribunal Federal no RE 605.709, à guisa do argumento da Ministra Rosa Weber, ao afastar a penhora do bem de família do fiador em contrato de locação comercial, sinaliza uma possível mudança de entendimento quanto à constitucionalidade desse art. 3º, inciso VII, da lei 8.009/90.

4.2 DIGNIDADE HUMANA

A dignidade da pessoa humana, integrada entre os fundamentos da República Federativo do Brasil, elencados no art. 1º da Constituição Federal, não permite ser funcionalizada em prol do interesse público, ainda que esse seja um interesse socialmente significante para uma comunidade de pessoas. Não obstante, os direitos fundamentais não são absolutos e em determinadas conjunturas jurídicas autoriza a ocorrência

[17] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 605.709/SP. Bem de família – Penhora – Dívida decorrente de aval – Recurso Extraordinário – Admissão na origem – Sequência. Agravante: Hermínio Cândido e outro (A/S). Agravado: Francisco Demi Júnior e outro (A/S). Relator: Min. Dias Toffoli, 02 de abril de 2013. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=162368678&ext=.pdf. Acesso em: 14 mar. 2020.

de restrições legítimas, no entanto, constitui como crucial a preservação do núcleo essencial do direito restringido.

Nesse viés, faz-se necessário pautar-se pela proporcionalidade e razoabilidade ao instituir essas relativizações para que a proteção não seja excessiva e arbitrária. Essa prática decorre de uma análise sobre qual direito promove maior garantia à dignidade da pessoa humana, a fim de que não seja insuficiente a ponto de fragilizar o ordenamento.

Com isso, nota-se que o fiador detém um comprometimento de sua dignidade ao passo que é privado de sua moradia, uma vez que a dignidade humana é considerada um princípio fundamental e, como tal, serve de diretriz para a disposição jurídica vigente.

4.3 DIREITO À MORADIA

A salvaguarda da dignidade humana enfatiza o vínculo com a tutela do imóvel residencial, ao passo que evidencia a incidência da penhorabilidade sobre o único bem imóvel de propriedade do fiador de modo que a proteção não é estendida ao indivíduo no que tange às premências materiais e à consequente subsistência.

Tal direito à moradia foi consagrado no âmbito jurídico internacional pela Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU[18] em 1948, sendo incluído no rol dos direitos fundamentais sociais previstos na Constituição Brasileira, pela Emenda Constitucional nº 26, no ano de 2000.

Evidencia-se que questões econômicas desempenham ingerências diretas sobre os exercícios do direito à moradia, entretanto, como bem sustentou a Procudaroria-Geral da República no RE 605.709: "Entre o suposto lucro sugerido pela atividade comercial e um teto para o fiador e sua família, a piedade propende ao segundo valor". Assim, em consonância com a argumentação da Ministra Rosa Weber, o direito à moradia sendo um direito social fundamental e, no caso, protegido para beneficiar a família, não poder ser sacrificado em prol da potencialização da livre iniciativa.

O julgado do Supremo Tribunal Federal constitui relevância no debate, haja vista que guarda relação com direitos fundamentais pertinentes, seja com a salvaguarda ao direito à moradia e o assim chamado

[18] Organização das Nações Unidas, ou Nações Unidas, é uma organização intergovernamental criada para promover a cooperação internacional.

mínimo existencial, seja com o direito à livre iniciativa e sua acepção para o desenvolvimento econômico.

4.4 ORDEM ECONÔMICA

O que tange a ordem econômica, embora não esteja estritamente correlacionada aos contratos, constitui o cerne da alegação do Supremo Tribunal Federal no aquiescer da constitucionalidade do inciso VII para além dos casos de locação comercial. A saber, não existem direitos absolutos e mesmo o bem de família submete-se a limitações (exceções previstas no art. 3º da Lei 8.009/90) as quais surgem para também assegurar outros direitos imprescindíveis.

Nesse passo, faz-se necessário pautar-se pela proporcionalidade e razoabilidade ao consolidar essas relativizações, de modo que sejam suficientes no que tange à fragilização do direito, a fim de que a proteção não seja excessiva e arbitrária. Dessarte, essa racionalização decorre de uma análise sobre qual direito viabiliza maior garantia à dignidade da pessoa humana.

Evidencia-se a relevância da proteção ao mercado, sendo válido e constitucional protegê-lo, sendo que a fiança possua essa competência. Todavia, o próprio artigo 170 da Constituição Federal dispõe relativo à finalidade social da ordem econômica, sendo pautada na justiça social e assegurando existência digna a todos. Com isso, a prerrogativa conferida ao mercado imobiliário não respaldou na justiça social, uma vez que não há a garantia de existência digna ao fiador e sua família, que perderá seu imóvel com essa medida constritiva.

Ainda que o ministro Dias Toffoli, relator do recurso, cujo voto restou vencido, compreendeu que o fundamento do dispositivo infraconstitucional é integralmente coerente nos contratos de locação comercial uma vez que promove o empreendedorismo, e, ainda, declarou que o fato de a livre iniciativa encontrar-se igualmente em amparo constitucional, a sua posição não prevaleceu. Com isso, considerando-se o voto do ministro Marco Aurélio o qual manifesta representar uma invalidade a situação de potencializar a livre iniciativa em prejuízo de um direito basilar – o direito à moradia - esse argumento se faz mais lógico. E, ainda, por esse raciocínio, o Ministro indica que devido à lei não distinguir a espécie de locação quanto à possibilidade de penhora, é possível estabelecer nova diretriz para que a impenhorabilidade seja igualmente

estendida aos casos de locação residencial.

Não é plausível a penhora de um bem de família para que a locação sobre a qual recaiu a fiança seja meramente facilidade. Considera-se a existência de outros meios para garantir a locação (seguro fiança locatícia; caução de bem imóvel ou móvel; cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento (título de capitalização); fiador - no entanto o seu bem de família deve estar protegido como ocorre para todos que se sujeitam a uma locação). Nesse âmbito também percorreu o voto da Ministra Rosa Weber no RE 605.709/SP:

> Eventual desestímulo à livre iniciativa que decorra da afirmação da impenhorabilidade do bem de família do fiador em contrato de locação de imóvel comercial não se reveste de envergadura suficiente para suplantar a necessidade de observar o direito constitucionalmente assegurado à moradia, enquanto desdobramento da própria dignidade da pessoa humana e da proteção à família (arts. 1º, III, e 226, caput, da Magna Carta).[19]

Do mesmo modo votou o ministro Marco Aurélio, com divergência ao ministro Luiz Fux, no sentido da impenhorabilidade.

Nessa esteira, a exceção à impenhorabilidade configura uma incontestável violação à finalidade do bem de família porque os pretextos que desencadearam a sua elaboração não ajuízam a dignidade da pessoa humana, auferindo como único objetivo o de facilitar as locações urbanas. Bem como se o bem de família não pode ser suprimido pela vontade das partes, não pode o legislador arbitrariamente fazê-lo.

---

[19] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 605.709/SP. Recurso Extraordinário manejado contra acórdão publicado em 31.8.2005. Insubmissão à sistemática da repercussão geral. Premissas distintas das verificadas em precedentes desta Suprema Corte, que abordaram garantia fidejussória em locação residencial. Caso concreto que envolve dívida decorrente de contrato de locação de imóvel comercial. Penhora de bem de família do fiador. Incompatibilidade com o direito à moradia e com o princípio da isonomia. Recorrente: Hermínio Cândido e outro (A/S). Recorrido: Francisco Demi Júnior e outro (A/S). Relator: Min. Dias Toffoli, 12 de junho de 2018. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339527780&ext=.pdf. Acesso em: 14 mar. 2020.

4.5 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Neste viés, a regulação das atividades econômicas mediante a Constituição, resguardou os princípios da propriedade privada e da função social nas oscilações do mercado imobiliário. O direito de propriedade que é inviolável e assegurado através do seu artigo 5º, inciso XXII, deve ser interpretado em consonância ao princípio função social da propriedade contido no artigo 5º, inciso XXIII da Carta.

Demonstra-se, assim, a primordialidade do direito de propriedade condicionado aos interesses sociais e, não, meramente ao interesse individual do proprietário, de modo que a justiça social deva reger a ordem econômica. Com isso, no momento em que a Lei do Inquilinato instituiu na Lei 8.009/90 a exceção à lei da impenhorabilidade do bem de família, legitimando a possibilidade de perda do imóvel destinado à moradia familiar do fiador locatício, fica comprovado, notoriamente, a preterição da propriedade, almejando um renascimento mercantil. Isso porque, o contrato depõe contra a Constituição, haja vista que o fiador poderá perder sua habitação considerando que, em tese legal, não lhe cabe essa proteção.

Nesse caso em questão, o inciso VII contraria a defesa dos direitos difusos e coletivos ao passo que não tutela a moradia, de modo que um interesse relativo à dignidade da pessoa humana não prevalece. Assim, é incongruente admitir o inverso: flexibilizar o bem de família para garantir as locações. Admite-se a mitigação da autonomia privada (liberdade constratual) na medida em que incide nesse contrato a norma de ordem pública do bem de família, um interesse relativo a direito fundamental do fiador. Nesse âmbito, o contrato de fiança de locação assumiria uma função social ao ressalvar o bem de família em eventual execução.

4.6 BOA-FÉ OBJETIVA

A boa-fé contratual objetiva, em sua função interpretativa, elencada no artigo 113 do Código Civil[20], é uma regra de comportamento ético-jurídica que adquire função de norma dispositiva, suprindo e retificando o conteúdo do contrato, numa função interpretativa, assim

[20] BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

descreve o texto legal: "Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração". Assim, esse princípio estimula que cada caso possua as suas peculiaridades no que concerne às considerações contratuais elencadas através da boa-fé e dos bons costumes, presumindo-se presentes na celebração do contrato. Daí a natureza objetiva dos contratos, os quais não são baseados na vontade das partes, mas na adequação dessa vontade ao princípio que inspira e fundamenta o vínculo negocial.

O fiador assume a obrigação acessória de garantia no contrato de locação desprovido de benefícios, cujo desígnio é tão somente o de assegurar a dívida em eventual inadimplência por parte do locatário, ou seja, é um terceiro à negociação, desprovido de interesses no objeto. Pode-se estabelecer o fiador como uma pessoa que dispondo de boa fé e boa vontade associa na negociação, assegurando o direito à moradia do locatário que, destituído de condições financeiras de comprar um imóvel próprio e recorrendo ao aluguel como meio disponível à moradia, depende de um fiador para tal contrato.

Nesse interim, sendo o fiador o sujeito de boa-fé, com mero intuito de auxílio ao locatário no acesso à moradia, que é direito básico, fundamental e digno de qualquer indivíduo, configura-se tamanha injustiça e falta de respeito ao resguardo e proteção da família nesse cenário. Com isso, a corrente favorável a penhorabilidade do bem de família do fiador, à luz da súmula 549 do STJ, revela um choque do princípio da isonomia e o da boa-fé objetiva aliado ao *venire contra factum proprium*.

A boa-fé objetiva, concernindo como cláusula geral imposta pelo Código Civil, predomina-se na ponderação relativa à violação à isonomia. Desse modo, constitui incontestável lesão a esse princípio, uma vez que se verifica a salvaguarda do adimplemento do contrato de aluguel pelo fiador e, posteriormente, confere a impenhorabilidade de seus bens de família frente a uma execução deste. Essa conjuntura contraria a boa-fé – diretriz interpretativa para as normas do sistema jurídico pátrio que deve incidir em todas as relações negociais.

CONCLUSÃO

Infere-se, por tudo isso, que diante tecidas diversas considerações sobre aspectos civis e constitucionais da penhorabilidade do bem de

família do fiador locatício, evidencia-se algumas conclusões.

O tema, ainda que já esclarecido perante o Supremo Tribunal Federal, não é pacífico, possuindo, inclusive, votos divergentes no referido julgamento. A divergência persiste em diversos debates travados entre juristas e uma vez que não há dúvida de que o fiador ao assumir responsabilidades e manifestar seu livre-arbítrio, ao optar por figurar num contrato de fiança, persevera a autonomia de sua vontade. Entretanto, essa autonomia deverá ser interpretada sob as luzes da função social do contrato, que protege os menos favorecidos e visa a equilibrar os interesses na sociedade.

Com efeito, recorda-se que o contrato de fiança não admite maior onerosidade que o contrato principal, de modo que, se a regra é a impenhorabilidade do bem de família, não pode o fiador ser mais onerado que o locatário simplesmente pela posição contratual assumida ao prestar a fiança. Esse ônus reflete, também, na esfera constitucional, pois viola o princípio da isonomia, uma vez que distingue o tratamento dado ao fiador e locatário, que tem obrigação oriunda do mesmo contrato de locação e acabam tendo tratamentos totalmente díspares. Haja vista que o locatário tem, através da impenhorabilidade conferida ao seu bem de família, a dignidade humana protegida, mesmo sendo o devedor principal, enquanto o fiador, não.

Posta assim a questão, conclui-se que, a insuficiência em conciliar a penhorabilidade do bem de família do fiador locatício com a Constituição Federal e a lei civil brasileira, de modo encaminha-se como a melhor opção a declaração da inconstitucionalidade do art. 3º, VII da Lei 8.009/90 que instituiu a penhorabilidade do bem de família do fiador locatício, mantendo, assim, íntegros o princípio isonômico constitucional, bem como outros direitos e premissas legais.

REFERÊNCIAS

ARCOVERDE, Ricardo. Bem de família: Teoria e Prática. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Direito de família**. São Paulo: Atlas, 2013.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Exposição de motivos da Lei nº 8.245,**

de 05 de abril de1991.

Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 1991a.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Exposição de motivos da Medida Provisória nº 143, de 08 de março de 1990**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 1990a.

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

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000**. Altera a redação do art. 6º da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc26.htm. Acesso em: 14 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 6.649, de 16 de maio de 1979**. Regula a locação predial urbana e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1979. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1970-1979/L6649.htm. Acesso em: 14 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990**. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Brasília, DF: Presidência da República, 1990b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8009.htm. Acesso em: 14 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991**. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Brasília, DF: Presidência da República, 1991b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8245.htm. Acesso em: 14 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 14 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015- 2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 14 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 605.709/SP**. Bem de família – Penhora – Dívida decorrente de aval – Recurso Extraordinário – Admissão na origem – Sequência. Agravante: Hermínio Cândido e outro(A/S). Agravado: Francisco Demi Júnior e outro (A/S). Relator: Min. Dias Toffoli, 02 de abril de 2013.

Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=162368678&ext=.pdf. Acesso em: 14 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Decisão Monocrática no Recurso Extraordinário nº 605.709/SP**. Recorrente: Hermínio Cândido e outro (A/S). Recorrido: Francisco Demi Júnior e outro(A/S). Relator: Min. Dias Toffoli, 20 de agosto de 2012. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=89396983&ext=.pdf. Acesso em: 14 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial no 299.663**. Acórdão da decisão que deu recurso conhecido e parcialmente provido sobre o pedido de impenhorabilidade do bem de família do fiador. Agravante: Derly Jose De Souza. Agravado: Arlindo Da Paixao e Conjuge. Relator: min. Felix Fischer. 2 de abril de 2001. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&sequencial=60058&num_registro=200100036791&data=20010402&formato=PDF Acesso em: 28 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial no 1.363.368**. Acórdão da decisão que deu recurso conhecido e parcialmente provido sobre o pedido de impenhorabilidade do bem de família do fiador. Agravante: Afonso Ramão Rodrigues. Agravado: Marco Antônio Da Silveira Agostini. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. 6 de novembro de 2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=31742795&num_registro=201300114633&data=20131106. Acesso em: 28 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 407.688/SP**. Fiador. Locação. Ação de despejo. Sentença de procedência. Execução. Responsabilidade solidária pelos débitos do afiançado. Penhora de seu imóvel residencial. Bem de família. Admissibilidade. Inexistência de afronta ao direito de moradia, previsto no art. 6° da CF. Constitucionalidade do art.3º, inc. VII, da Lei nº 8.009/90, com a redação da Lei nº 8.245/91. Recurso extraordinário desprovido. Votos vencidos. Recorrente: Michel Jacques Peron. Recorrido: Antonio Pecci. Relator: Min. Cezar Peluso, 08 de fevereiro de 2006. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261768. Acesso em: 14 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 605.709/SP**. Recurso Extraordinário manejado contra acórdão publicado em 31.8.2005. Insubmissão à sistemática da repercussão geral. Premissas distintas das verificadas em precedentes desta Suprema Corte, que abordaram

garantia fidejussória em locação residencial. Caso concreto que envolve dívida decorrente de contrato de locação de imóvel comercial. Penhora de bem de família do fiador. Incompatibilidade com o direito à moradia e com o princípio da isonomia. Recorrente: Hermínio Cândido e outro (A/S). Recorrido: Francisco Demi Júnior e outro (A/S). Relator: Min. Dias Toffoli, 12 de junho de 2018. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339527780&ext=.pdf. Acesso em: 14 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário no 1223941/DF**. Constitucional. Direito à moradia. Bem de família. Contrato de locação de imóvel comercial. Fiador. Impenhorabilidade do bem de família. Precedente. Recurso extraordinário provido. Recorrente: Sirley Ameida Da Silva. Recorrido: Nb Iluminação LTDA. Relatora: Min. Carmen Lúcia, 15 de agosto de 2019. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%281223149%2ENUME%2E+OU+1223149%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y2pm67of. Acesso em: 26 mai. 2020

CREDIE, Ricardo Arcoverde. **Bem de família: teoria e prática**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CZAJKOWSKI, **Rainer. A impenhorabilidade do bem de família: comentários à Lei 8.009/90.** 4. ed. Curitiba: Juruá, 2001.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FIGUEIREDO, Gabriel Seijo Leal de. **Contrato de fiança**. São Paulo: Saraiva, 2010.

ORGANIZAÇÃO NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.**

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Instrumento de nº 2044449- 48.2019.8.26.0000**. Locação - Penhora do imóvel do fiador - Possibilidade - Inteligência da súmula nº 549 do E. Superior Tribunal de Justiça - Penalidade por litigância de má-fé - Exclusão - Recurso parcialmente provido. Agravante: Selma Poggio Junqueira. Agravados: Alberto Tadeu Volpi e Carla Volpi. Relator: Des. Renato Sartorelli, 5 de abril de 2019. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=12381073&cdForo=0&u uidCaptcha=sajcaptcha_39605e54cc9b43fd9fcfbf256881ba5a&-

vlCaptcha=MJaMf&novoVlCaptc ha=. Acesso em: 14 mar. 2020.

SEGALLA, Alessandro. **Contrato de Fiança**. São Paulo: Atlas S.A, 2013.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**. São Paulo: Método, 2005.

A INCONSTITUCIONALIDADE DA PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA POR OBRIGAÇÃO DECORRENTE DE FIANÇA CONCEDIDA EM CONTRATO DE LOCAÇÃO

Júlia Vingren Ferreira Oliveira[1]
Keylla Thalita Araújo[2]
Maria Eduarda Fiorilo Rocha Baquim[3]

Resumo: A Lei 8.009/90, que regulamenta o chamado "bem de família legal", estabelece a impenhorabilidade do imóvel do devedor que serve de residência à sua entidade familiar. Essa regra geral comporta poucas exceções, reguladas no art. 3º do referido diploma legal. Neste artigo, discorreremos sobre a inconstitucionalidade do inciso VII, do art. 3º, da Lei 8.009/90, à luz do direito fundamental à moradia, incluído no art. 6º da Constituição Federal pela EC 26/00. Os tribunais superiores entendem não haver incompatibilidade entre o art. 3º, VII, da Lei 8.009/90 e o art. 6º da CF/88. Contudo, em recente *distinguishing*, o STF aplicou interpretação restritiva ao dispositivo mencionado, inadmitindo a penhora do bem de família do fiador em caso de contrato de locação comercial. Discordamos do posicionamento majoritário dos tribunais superiores, entendendo que o inciso VII, do art. 3º, da Lei 8.009/90 não foi recepcionado pela EC 26/00 e vemos o recente *distinguishing* como

[1] Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora – Campus Avançado de Governador Valadares. Estagiária do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.
[2] Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora – Campus Avançado de Governador Valadares. Estagiária da Defensoria Pública da União de Governador Valadares.
[3] Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora – Campus Avançado de Governador Valadares. Estagiária da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais.

uma decisão acertada do STF, contudo, ainda insuficiente.

Palavras-chave: Bem de Família. Fiança locatícia. Direito à Moradia.

INTRODUÇÃO

O bem de família é tutelado pelo ordenamento jurídico brasileiro e pode ser instituído de duas formas. Primeiramente, existe o bem de família convencional, regulado pelo Código Civil de 2002, também conhecido como bem de família voluntário, uma vez que é instituído pela própria entidade familiar, mediante a escritura no Registro Geral de Imóveis. Além disso, há a figura do bem de família legal, que é disciplinado pela Lei 8.009/90 e é objeto do presente artigo. Nesse sentido, o art. 1º da referida lei conceitua o bem de família legal, determinando que o imóvel residencial próprio da entidade familiar será impenhorável, ou seja, o bem de família não pode responder por qualquer tipo de dívida. Contudo, a lei determina exceções a essa impenhorabilidade, em seu art. 3º.

Verifica-se, desse modo, que o texto legal faz menção à proteção da entidade familiar. Segundo Tartuce[4], a lei que disciplina o bem de família legal é uma importante norma de ordem pública, porquanto protege tanto a família quanto a pessoa humana. Quanto a isso, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem o entendimento, como se verá adiante, de que a impenhorabilidade do bem de família se estende, também, ao devedor que reside sozinho, seja ele solteiro, viúvo ou divorciado. Tal fato nos permite afirmar que o foco e objeto de proteção do instituto do bem de família não é a entidade familiar propriamente dita, mas sim a própria pessoa humana e seu direito fundamental à moradia, em conformidade aos direitos e garantias fundamentais garantidos pela Constituição Federal de 1988[5].

Num primeiro momento, necessário se faz pontuar sobre o contexto de surgimento do instituto. Nesse sentido, de acordo com Gonçalves[6], o instituo teve origem no início do século XIX, no Estado do Texas, como consequência da crise econômica enfrentada pelos Esta-

[4] TARTUCE, Flávio. Direito civil, v; 5: Direito de Família, 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 617

[5] Ibidem. p. 611.

[6] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro v. 6: Direito de Família, 16 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 588-589

dos Unidos da América. Com isso, foi promulgado o *homestead act,* no ano de 1839, que permitia a isenção de penhora às pequenas propriedades que serviam como moradia do devedor. Nesse contexto surgiu o instituto do *homestead*, que serviu de inspiração para outros países, assim como o Brasil.

No âmbito do direito interno brasileiro, verifica-se que o instituto foi introduzido juridicamente com o Código Civil de 1916, que disciplinava a proteção à moradia em seus arts. 70 a 73. Posteriormente, houve o Decreto-Lei nº 3.200/41, que dispunha sobre a organização e a proteção da família e regulamentava o modo de instituição e extinção do bem de família, de forma complementar ao Código Civil[1]. Além disso, o decreto regulava o instituto no que diz respeito aos valores máximos dos imóveis[2]. Contudo, a Lei n. 6.742/79 afastou tal limitação, permitindo, então, a isenção de penhora independentemente do valor do imóvel, alterando a redação do art. 19 do decreto supracitado.

Posteriormente, com o Código Civil de 2002, o instituto do bem de família voluntário passou a ser regulado dentro da matéria de direito de família, conforme os arts. 1.711 a 1722 do referido Código.

Paralelamente a essa evolução, a Lei 8.009/90 instituiu o bem de família legal, também chamado de processual, obrigatório ou involuntário e que tem como objetivo a defesa da entidade familiar, entendida, aqui, como a própria pessoa humana, titular do direito fundamental à moradia previsto no art. 6º CF/88.

O elemento distintivo dessa modalidade de bem de família é que ela não depende de qualquer manifestação prévia de vontade da parte do beneficiado. A caracterização do imóvel como bem de família, e sua consequente impenhorabilidade, é um efeito que surge *de plano*, bastando, para tanto, que o imóvel esteja sendo utilizado como moradia pelo devedor e sua família[3].

Ocorre que essa impenhorabilidade, conquanto possa ser alegada no curso de qualquer processo, encontra exceções, previstas nos diversos incisos do art. 3º do diploma legal. Dentre eles, está o inciso VII, que permite a penhora do bem por obrigação decorrente de fiança

[1] Arts. 20 a 22.

[2] Art. 19.

[3] Um regramento que, aliás, tem recebido interpretação extensiva pela jurisprudência. Cf. Súmula 486 do STJ: "é impenhorável o único imóvel residencial do devedor que esteja locado a terceiros, desde que a renda obtida com a locação seja revertida para a subsistência ou a moradia da sua família".

concedida em contrato de locação.

Neste contexto, se faz necessário estudar a referida exceção por meio da pesquisa jurisprudencial, haja vista a divergência jurisprudencial e doutrinária existente a respeito de sua suposta inconstitucionalidade. Para tanto, analisaremos a posição doutrinária e, também, o entendimento dos tribunais superiores no que diz respeito à inconstitucionalidade do art. 3º, VII, da lei 8.009/90.

Em um primeiro momento, discutiremos os precedentes firmados no Supremo Tribunal Federal (STF), através da análise do julgado paradigma do RE 407.688/SP. Em seguida, analisaremos a Súmula 549 do STJ, que versa sobre a validade da penhora do bem de família do fiador de contrato de locação. Por fim, examinaremos o RE 605.709/SP, julgado no dia 12/06/2018 pela primeira turma do STF, que decidiu, por maioria dos votos, que a penhora do bem de família do fiador só é aplicável às fianças apostas em contratos de locação residencial. No entender da corte, nos contratos de locação de imóvel comercial, a penhora do bem de família do fiador é inconstitucional e, portanto, nesses casos, o bem seria impenhorável.

1. ENTENDENDO O INSTITUTO DO BEM DE FAMÍLIA E A EXCEÇÃO DE IMPENHORABILIDADE PREVISTA NO ART. 3º, VII DA LEI 8.009/90

O bem de família legal é instituído pelo próprio Estado[4], que impõe a todos, através de norma de ordem pública, a impenhorabilidade do imóvel residencial próprio do casal ou da entidade familiar. Todavia, ao contrário do que possa parecer, o objeto de proteção do instituto não é a entidade familiar em si, mas antes a pessoa humana e o direito social à moradia, previsto no art. 6º, *caput,* CF/88[5].

É justamente fundado na premissa de que o instituto do bem de família serve à proteção da dignidade da pessoa humana e seu direito social à moradia que o STJ, por meio da súmula 364, estendeu a impe-

[4] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro v. 6: Direito de Família, 16 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 597.

[5] TARTUCE, Flávio. Direito civil, v; 5: Direito de Família, 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 670-671.

nhorabilidade também ao imóvel onde reside a pessoa solteira[6].

Cumpre destacar, ainda, que a impenhorabilidade compreende não só o imóvel no qual a família reside, mas também todos os equipamentos e móveis que guarnecem a residência, desde que quitados, conforme disposição do art. 1°, parágrafo único, da Lei 8.009/90. Contudo, por força do art. 2°, da Lei 8.009/90, não são abarcados pela regra da impenhorabilidade os veículos de transporte e os adornos suntuosos. Embora seja uma discussão interessante, a definição do que seriam os "adornos suntuosos" foge ao escopo pretendido deste breve artigo.

Embora a regra seja pela impenhorabilidade do bem de família, a própria Lei 8.009/90 dispõe sobre algumas exceções, em seu art. 3°. Nos importa, neste artigo, a exceção constante no inciso VII do supracitado dispositivo legal, qual seja a obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

Em um primeiro momento, cumpre ressaltar que o inciso VII não constava na redação original do art. 3° da Lei 8.009/90, tendo sido acrescentado posteriormente pelo art. 82, da Lei 8.245/91, que trata da locação de imóveis urbanos. Segundo Neto[7], o acréscimo se deu devido à retração do mercado de locação após a edição da Lei 8.009/90, que instituiu o bem de família legal sem necessidade de interveniência do proprietário do imóvel.

Assim, desde a promulgação da Lei 8.245/91 a questão da penhora do bem de família do fiador nos contratos de locação é controversa. Os debates em torno da questão se intensificaram ainda mais com a promulgação da EC 26/2000, que introduziu o direito à moradia no rol dos direitos sociais previstos no art. 6°, CF/88. Parte da doutrina afirma que o art. 3°, VII, da Lei 8.009/90 é inconstitucional por violar o art. 6°, CF/88[8] e violar ainda os princípios da isonomia e da proporcionalidade, já que cria para o fiador situação mais gravosa do que para o próprio devedor[9]. Todavia, a posição adotada pelos Tribunais Superiores tem sido pela constitucionalidade do art. 3, VII, da Lei 8.009/90, apesar

---

[6] Ibidem, p. 671.

[7] NETO, João Hora. O Bem de Família, A Fiança Locatícia e o Direito à Moradia. Revista de Direito Privado | vol. 29/2007 | p. 173 - 200 | Jan - Mar / 2007, p. 2.

[8] Ibidem. p. 2.

[9] TARTUCE Flávio. Direito civil, v; 5: Direito de Família, 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 668; GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro v. 6: Direito de Família, 16 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 607.

das críticas traçadas pela doutrina.

2. O DEVER DE INFORMAÇÃO NOS CONTRATOS DE FIANÇA LOCATÍCIA

Antes de analisar a exceção constante no art. 3º, VII, da Lei 8.009/90 em maiores detalhes, cabe, em um primeiro momento, a conceituação do contrato de fiança. Segundo Tartuce[10], a fiança, ou caução fidejussória, é uma espécie de contrato onde o fiador garante ao credor a satisfação de uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra. O autor aponta ainda que o contrato é celebrado entre o fiador e o credor, sendo que o primeiro assume uma responsabilidade sem que exista um débito (*Haftung ohne Schuld).*

Trata-se, pois, de um contrato unilateral, uma vez que apenas o fiador se obriga em relação ao credor. Em regra, é um contrato gratuito, pois o fiador não recebe nenhuma remuneração pela garantia prestada. Assim, na maioria dos casos, o contrato de fiança é um contrato benévolo, tendo em vista que o fiador atua apenas no interesse do devedor, garantindo ao credor o pagamento da dívida. Deste modo, doutrina e jurisprudência afirmam que o contrato de fiança admite apenas interpretação restritiva[11].

Pois bem, o contrato de fiança, sendo dependente do contrato principal, firmado entre o locatário e o proprietário, é um contrato personalíssimo, porque apenas pode ser adimplido pela pessoa do fiador; e subsidiário, respondendo o fiador subsidiariamente. Ou seja, o credor precisa exigir o adimplemento da dívida do devedor principal. Apenas caso o devedor principal não adimpla a dívida o credor pode exigir o seu cumprimento do fiador.

No contrato de fiança, em regra, a obrigação do fiador é subsidiária (art. 818, CC), dispondo ele do "benefício de ordem". Contudo, é possível que as partes disponham o contrário, firmando como devedor solidário o fiador, o que é o mais usual nos casos de fiança locatícia. A jurisprudência entende ser válida a disposição dessa cláusula de renúncia ao benefício de ordem.

A relação de dependência necessária entre o contrato principal

[10] TARTUCE, Flávio. Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie, v. 3, 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 497.
[11] Ibidem, p. 498.

e o contrato de fiança evidencia que ambos apresentam a mesma razão substancial, motivo pelo qual a ambos deveria se aplicar o mesmo direito.

Desta forma, o princípio da isonomia não é observado, uma vez que não é dispensado tratamento igualitário aos iguais, conforme prevê a Constituição Federal. O locatário, devedor principal, e o fiador são tratados de forma desigual, já que, inadimplente, o devedor principal é beneficiado pela cláusula de impenhorabilidade de seu imóvel residencial, enquanto o fiador pode ter seu bem de família penhorado.

Nos inúmeros e frequentes casos em que, tendo as partes fixado cláusula de renúncia ao benefício de ordem, estabelecendo o fiador como devedor solidário, o bem de família do fiador é alcançado, a eventual proposição, pelo fiador, de uma ação de regresso contra o devedor principal não obterá sucesso. Uma vez que o bem de família do devedor principal é protegido pela cláusula de impenhorabilidade, enquanto o bem de família do fiador é passível de ser penhorado, ocasional ação de regresso não obterá êxito.

Neste sentido, o fiador assume a obrigação de forma gratuita, sem auferir nenhum benefício, apenas para auxiliar o devedor principal, geralmente um parente, não sendo informado corretamente acerca do dispositivo legal da Lei do Bem de Família que prevê a exceção à impenhorabilidade e acerca das posições majoritárias jurisprudenciais, que não protegem o seu bem de família.

É importante enfatizar o dever de informação nos contratos de fiança locatícia, que impõe a obrigação de informar o fiador sobre a possibilidade de perda do seu imóvel pela penhora. Esse dever é fundado na cláusula geral de boa-fé (art. 422, CC), segundo a qual os contratantes devem guardar, na execução e na conclusão do contrato, os princípios de probidade e boa-fé, o que inclui o dever de não sonegar informações significativas a respeito do conteúdo do contrato.

O fiador tem, assim, o direito de ser informado sobre o significado da renúncia ao benefício de ordem e sobre o posicionamento jurisprudencial majoritário que vige atualmente, qual seja o de que o locador poderá executá-lo para cobrar o adimplemento da dívida.

Nas situações em que os contratantes firmam cláusula de renúncia ao benefício de ordem, o credor tem uma possibilidade maior de alcançar o imóvel do fiador, já que neste caso ele responde solidaria-

mente. Daí advém o direito do fiador em ser corretamente informado.

Em caso contrário, nas situações em que não é firmada cláusula de renúncia ao benefício de ordem, hipótese menos comum, remanesce o direito do fiador em ser bem informado. Nestes casos, também é possível ao credor cobrar o adimplemento do fiador caso, já havendo antes cobrado o pagamento do devedor principal, esse não tenha adimplido a dívida. Nestas hipóteses, o fiador é responsável subsidiariamente pela dívida.

O art. 422 do CC trata, assim, da cláusula geral de boa-fé, que exige que os contratantes se comportem corretamente durante as tratativas e ao longo da formação e do cumprimento do contrato. Segundo Carlos Roberto Gonçalves[12], a boa-fé é forma de conduta (subjetiva) e norma de comportamento (objetiva), sendo a boa-fé objetiva estruturada na honestidade, na lealdade e na consideração em relação aos interesses do outro contratante, sobretudo no dever de não lhe omitir informações importantes sobre o objeto do negócio jurídico.

Desta forma, a boa-fé de que trata o CC/02 é a boa-fé objetiva, regra de conduta que impõe o dever de se comportar de boa-fé em todas as obrigações firmadas. Neste sentido, o art. 422 se constitui como o fundamento legal do dever de informação, que, nos contratos de fiança, se traduz como o dever de prestar informações ao fiador sobre o conteúdo do contrato. Ou seja, o dever de informar ao fiador sobre cláusulas como a renúncia ao benefício de ordem, sobre a possibilidade do seu bem de família ser penhorado e acerca das demais questões pertinentes em relação ao objeto do contrato.

O CDC trata do dever de informação em seu art. 6º, III, preceituando que o consumidor tem o direito básico a informação adequada e clara acerca dos produtos e serviços, com designação correta de quantidade, qualidade, características, composição, tributos incidentes e preço, e sobre os riscos que apresentem. Essa norma também é regida pelo princípio da boa-fé e pela retidão e transparência nas relações de consumo.

O direito à informação encontra fundamento na CF/88, no art. 5º, XIV, que assegura a todos o acesso à informação. No CDC, esse direito resguarda ao contratante a informação das características e riscos

[12] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro v. 3: Contratos e atos unilaterais, 17 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 59.

do produto ou serviço objeto do contrato. O objetivo dessa previsão, no art. 6º, III, é possibilitar a escolha consciente do consumidor e a sua a anuência.

Os contratos de fiança podem ser firmados entre duas pessoas naturais, sem que haja a intervenção de uma imobiliária, embora essa hipótese seja menos comum. Nesses casos, os contratos não se inserem em uma relação de consumo, uma vez que essa relação depende da existência de um fornecedor, de um serviço ou produto e de um consumidor, e não se aplicam aos contratos os deveres de informação disciplinados no CDC.

Contudo, é importante ressaltar que a maioria dos contratos de fiança são redigidos por empresas imobiliárias, que estipulam as cláusulas de forma unilateral, estabelecendo todas as condições do contrato e dando margem a uma ínfima liberdade contratual. Então, resta ao locatário e ao fiador aceitar o contrato em sua integralidade, caso em que, ao procederem à leitura do contrato, não têm condições de compreendê-lo; ou recusá-lo em bloco. No primeiro caso, sendo celebrado o contrato, as partes mais débeis das relações negociais, locatário e fiador, aderem a cláusulas muitas vezes obscuras e abusivas, sem que deste fato tenham conhecimento.

Nos casos em que o contrato de fiança é firmado com a intermediação de uma imobiliária, essa é fornecedora de um produto, o imóvel, e é configurada uma relação de consumo, já que há a presença de um fornecedor, de um produto e de um consumidor, o locatário. Sendo assim, são aplicados os deveres reforçadores de informação dispostos no CDC, ao qual devem, nesse caso, serem subordinados os contratos de fiança, em conformidade com a boa-fé objetiva, e protegidos em face de cláusulas contraditórias e abusivas, em harmonia com o Código Civil.

Contudo, a relação de consumo é estabelecida entre o fiador e a imobiliária, uma vez que ela é a fornecedora, e não entre o fiador e o locatário, de modo que a aplicação do CDC não obsta a penhora do bem de família do fiador, mas pode, em situações eventuais, justificar a responsabilidade civil da imobiliária.

Nesse sentido, nos parece excessivo e contraditório a penhora do bem de família do fiador sem a anuência expressa deste, tendo em vista que impõe à sua declaração de vontade conteúdo claramente diverso do pretendido. Afinal, ao realizar o contrato de fiança, a intenção do fiador é tão somente garantir ao credor o cumprimento da obrigação assumida pelo afiançado, e não a renúncia ao seu direito fundamental à

moradia.

Muito embora pudesse se afirmar que haveria a concordância do fiador na penhora de seu bem de família por expressa disposição legal, tal afirmação não se coaduna com a interpretação restritiva do contrato de fiança. Isso porque, ainda que o desconhecimento da lei seja inescusável[13], há que se considerar que o conhecimento do homem médio brasileiro a respeito da regulação dos contratos de fiança é parco. Destarte, seria descomedido presumir que ao contrair um contrato de fiança locatícia, o fiador esteja concordando também com a penhora de seu bem de família.

Por fim, outro argumento a favor da inconstitucionalidade do art. 3º, VII, da Lei 8.099/90, que merece nossa atenção, é o fato de que a penhora do bem de família do fiador afronta o princípio da proporcionalidade. A desproporcionalidade fica ainda mais evidente quando se analisa que o bem de família do próprio locador não pode ser penhorado e ainda que, conforme já observado, em eventual ação de regresso contra o afiançado, o fiador não poderá requerer a penhora do bem de família daquele. Assim, enquanto o bem de família do fiador – em claro detrimento ao seu direito fundamental à moradia – pode ser penhorado para satisfazer uma obrigação, via de regra, gratuita, o bem de família do devedor permanece resguardado.

É inadmissível que seja dispensada menor importância à dignidade do fiador e da sua família, havendo mecanismos mais eficazes em assegurar o direito à moradia do locatário, como o seguro de fiança locatícia, disciplinado pelo artigo 37, inciso III, da Lei de Locações, que retira o caráter pessoal do contrato de fiança e garante ao locador o recebimento dos alugueis.

3. ENTENDENDO A POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES A RESPEITO DA CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 3º, VII, DA LEI 8.009/90

Neste segundo tópico será analisado com maior profundidade a posição até então sustentada pelo STF e pelo STJ acerca da constitucionalidade do art. 3°, VII, da Lei 8.009/90.

De fato, o inciso VII provocou grande celeuma na jurisprudência e vários tribunais deixaram de aplicar a referida exceção de impe-

[13] Art. 3º, DECRETO-LEI Nº 4.657, DE 4 DE SETEMBRO DE 1942.

nhorabilidade por considerem-na inconstitucional.[14] O debate chegou, então, às cortes superiores, inclusive ao STF.

Tanto o STF[15], quanto o STJ[16] concluíram pela possibilidade de penhora do bem de família do fiador de contratos de locação. Os argumentos desenvolvidos pelas Cortes foram no sentido de que a exceção prevista no inciso VII, do art. 3°, da Lei do Bem de Família não afrontava o direito à moradia, previsto no art. 6° do diploma constitucional, e que essa exceção era necessária para garantir o bom funcionamento do mercado de imóveis.

Analisaremos criticamente o RE 407.688/SP, no qual o STF decidiu pela constitucionalidade do art. 3º, VII, da Lei 8.009/90, bem como a súmula 549 do STJ, que, igualmente, consolidou o entendimento desta corte no sentido de que é válida a penhora do bem de família ocorrida nos termos do dispositivo em questão. Por fim, estudaremos o recente *distinguishing* feito pelo STF, que decidiu que a exceção prevista no art. 3º, VII, não se aplica aos contratos de locação comercial.

3.1. A POSIÇÃO DEFENDIDA PELO STF NO RE 407.688/SP

O STF se manifestou pela primeira vez a respeito da constitucionalidade do art. 3º, VII, no RE 352.940/SP[17] e no RE 449.657/AC[18], julgados monocraticamente pelo Min. Carlos Velloso em 2005. Nesse primeiro momento, a posição do STF foi pela não recepção do art. 3º, VII da Lei 8.009/90 pela EC 26/00, que incluiu no art. 6º da CF/88 o direito fundamental à moradia. Segundo o Min. Carlos Vel-

[14] Nesse sentido foram os seguintes julgados: TJMG, Processo 1.0480.05.076516-7/002(1), Rel. D. Viçoso Rodrigues, Rel. do acórdão Fabio Maia Viani, j. 19.02.2008, Publicação 13.03.2008; TJMS, Agravo Regimental 2011.019868-4/0001-00, Campo Grande, 5.ª Turma Cível, Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva, DJEMS 08.09.2011, p. 34; TJSE, Agravo de Instrumento 2008203947, Acórdão 3.245/2009, 1.ª Câmara Cível, Rel. Des. Cláudio Dinart Déda Chagas, DJSE 11.05.2009, p. 11 e TJPR, Agravo de Instrumento 352151-1, Acórdão 4.269, Curitiba, 16.ª Câmara Cível, Rel. Des. Maria Mercis Gomes Aniceto, j. 16.11.2006, DJPR 1.º.12.2006.

[15] STF, RE 407.688/SP, Pleno, rel. Min. Relator Cézar Peluso, j. 08/02/2006, DJ 06/10/2006.

[16] Súmula 549 STJ, 2º SEÇÃO, julgado em 14/10/2015, DJe 19/10/2015

[17] STF, RE 352.940/SP, dec. mon. Min. Carlos Velloso, j. 25/04/2005, DJ 09/05/2005.

[18] STF, RE 449.657/SP, dec. mon. Min. Carlos Velloso, j. 27/05/2005, DJ 09/05/2005.

loso, o art. 3º, VII, da Lei 8.009/90 feriria gravemente o princípio da isonomia, tratando desigualmente situações iguais.

Contudo, a primeira oportunidade em que o plenário do STF teve a oportunidade de se manifestar a respeito da questão foi no julgamento do RE 407.688/SP, em 8 de fevereiro de 2006[19]. Nessa ocasião, o entendimento do tribunal foi em sentido contrário ao adotado no julgamento do RE 352.940/SP e do RE 449.657/SP, atestando a constitucionalidade do art. 3º, VII, da Lei 8.009/90. Em momentos posteriores o Tribunal voltou a se manifestar sobre a questão[20], mas sempre para reforçar o entendimento firmado no RE 407.688/SP. Por esse motivo, concentramos nossa análise do julgado paradigma da questão.

O objetivo do Recurso Extraordinário em questão era determinar se a penhorabilidade do bem de família do fiador de contrato de locação persistiria com o advento da EC 26/00, que incluiu o direito à moradia no rol dos direitos sociais do art. 6º, CF/88.

Destaca-se no julgamento do RE 407.688/SP os votos proferidos pelo Relator, Min. Cezar Peluso, e o voto representativo da divergência, proferido pelo Min. Eros Grau. Assim, com intuito de se evitar repetições desnecessárias, passemos a analisar com mais detalhes os votos em questão, trazendo à tona os argumentos complementares aduzidos pelos demais Ministros.

3.1.1. O VOTO DO MIN. CEZAR PELUSO

Segundo o relator do Recurso Extraordinário, Min. Cezar Peluso[21], o direito à moradia seria um direito social que, em sua dimensão objetiva, supõe previsão legal de prestação aos cidadãos por parte do Estado. O relator afirmou ainda, em seu voto, que o direito social à moradia não se confunde com o direito à propriedade imobiliária. Assim, este direito poderia ser concretizado através de normas jurídicas que

[19] STF, RE 407.688/SP, Pleno, rel. Min. Relator Cézar Peluso, j. 08/02/2006, DJ 06/10/2006.

[20] Nesse sentido, são os seguintes julgados: STF, RE-AgR, 477.953/SP, 2º Turma, rel. Min. Eros Grau, j. 28/11/2006, DJ 02/02/2007; STF, AI-AgR 584.436/RJ, 2º Turma, rel. Min. Cezar Peluso, j. 03/02/2009, DJe 12/03/2009; STF, RE 612.360 RG/SP, Pleno, rel. Min. Ellen Gracie, j. 13/08/2010, DJe 02/09/2010;

[21] STF, RE 407.688/SP, Pleno, rel. Min. Relator Cézar Peluso, j. 08/02/2006, DJ 06/10/2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?-docTP=AC&docID=261768>. Acesso em 08 de jun. de 2020. p. 03.

estimulem ou favoreçam o incremento da oferta de imóveis para fins de locação habitacional, por meio de previsão de reforço das garantias contratuais dos locadores. Posto de outra forma, o próprio dispositivo que prevê a penhora do bem de família do fiador nos contratos de locação pode ser visto como uma forma de concretização do direito à moradia.

Para o relator, a inexistência de outros meios lícitos eficientes para garantir o crédito do locador pode gerar, a longo prazo, a indisponibilidade de imóveis residenciais para a locação. Assim, em face da inexistência de meios igualmente eficazes para satisfazer o crédito do locador, a penhora do bem de família do fiador é medida necessária para garantir a manutenção do mercado imobiliário de locação.

Partindo da premissa adotada pelo relator, ao considerar inconstitucional a penhora do bem de família do fiador nos contratos de locação imobiliária, estar-se-ia privilegiando o direito à moradia de uma minoria – proprietários de imóvel –, em detrimento de uma minoria – aqueles que não possuem imóvel próprio, portanto, precisam recorrer à locação.

Para além dos argumentos aduzidos pelo Min. Relator, o Min. Joaquim Barbosa[22], complementou ainda que a decisão de prestar fiança é expressão da liberdade individual. Assim, ao concordar em prestar fiança à contrato de locação, o fiador o faz, ciente de que está colocando em risco o seu bem de família. Assim, partindo da premissa de que os direitos fundamentais não possuem caráter absoluto, é possível a sua autolimitação, como ocorre nos contratos de fiança locatícia.

3.1.2. O VOTO DO MIN. EROS GRAU

Proferiram voto divergente do relator, além do Min. Eros Grau, os Ministros Carlos Britto e Celso de Melo. Em voto extremamente consistente, o Min. Eros Grau[23] demonstrou a desproporcionalidade da penhora do bem de família do fiador, quando a penhora do bem da família do próprio locatário é vedada. O Min. Eros Grau ponderou ainda que o direito social à moradia não deve ser visto como uma norma de caráter programático, de modo que o legislador se encontra vinculado pelos seus preceitos. Para o Min., o art. 3°, VII da Lei 8.009/90 não teria

[22] Ibidem, p. 20.
[23] Ibidem p. 11.

sido recebido pela EC 26/00.

Contrapondo-se à fundamentação do Min. Cezar Peluso, Eros Grau ressaltou que existiriam formas alternativas de se garantir o crédito do locador tão eficazes quanto a fiança pessoal. Um exemplo seria a caução, que para ele, representaria uma garantia muito mais efetiva e menos burocrática do que penhora do bem de família do locador, na medida em que pode ser executada extrajudicialmente. Outra alternativa viável seria a fiança bancária, que satisfaria igualmente o interesse do locador, sem o inconveniente de colocar em risco o bem de família do fiador, e consequentemente o seu direito social à moradia. No entender de Eros Grau, o Min. relator teria partido de uma premissa equivocada na elaboração de seu voto, deixando-se levar pela lógica de mercado em detrimento do direito social à moradia do fiador no contrato de locação.

O Min. Eros Grau ponderou, ainda, que a permissão de penhora do bem de família do locador feriria o princípio da isonomia e da proporcionalidade: caso o locatário possua imóvel residencial considerado bem de família, este não poderá ser penhorado para o cumprimento das obrigações decorrentes do aluguel de imóvel. Ainda, o próprio fiador, em ação de regresso, também não poderá penhorar o bem de família do afiançado. Desse modo, o art. 3º, VII, Lei 8.009/90 acabaria por colocar o fiador, que atua gratuitamente apenas no interesse do afiançado, em situação de extrema desvantagem, o que, de certa forma, acaba por desestimular que as pessoas que possuem apenas um único imóvel sejam fiadoras nos contratos de locação.

Ademais, a justificativa de proteção do direito de uma maioria, que inevitavelmente deve fazer uso do contrato locação para satisfazer o direito à moradia, em detrimento do direito de uma minoria, aqueles que satisfazem o direito à moradia residindo em imóvel próprio, tampouco se sustenta. De fato, como pontual o Min. Relator Cezar Peluso, o direito à moradia não se confunde com o direito à propriedade imobiliária[24]. Por certo, a delimitação do conteúdo abrangido pelo direito à moradia é uma tarefa complexa, tendo em vista que o texto constitucional não traz parâmetros explícitos para a sua definição. Assim, de acordo com Sarlet et. al[25] devemos recorrer aos critérios materiais desenvolvidos no âmbito do sistema internacional, adequando-os a nossa realidade in-

[24] SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. Curso de direito constitucional. 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 670

[25] Ibidem, p. 670

terna.

De toda forma, apesar de não se confundir com o direito à propriedade imobiliária e da dificuldade de sua delimitação, Sarlet et. al[26] aduz que o direito à moradia abrange um complexo de posições jurídicas objetivas e subjetivas, de natureza negativa – ou seja, um direito de defesa em face do Estado e do particular – e de natureza positiva – ou seja, um direito à prestações por parte do Estado. Dessa maneira é inegável que a natureza negativa do direito à moradia compreende o direito de defesa da propriedade imobiliária do bem de família. Inclusive, o próprio governo federal possui políticas públicas de estímulo à aquisição de imóveis como forma de concretização do direito fundamental à moradia, como exemplo podemos citar o programa Minha Casa Minha e Vida[27].

Destarte, tendo a constituição de maneira isonômica garantido o direito à moradia à todos – tanto aos que possuem propriedade imobiliária, quanto àqueles que não possuem – não se mostra razoável sacrificar o direito à moradia daqueles que possuem imóvel próprio em prol do suposto direito daqueles que não possuem. Ainda mais, se considerar como o exposto, que existem outras maneiras, igualmente eficazes, de garantir que as pessoas que não possuem imóveis tenha acesso à imóveis alugados.

A Constituição é isonômica, garantindo a todos o direito à moradia, art. 6º, CF/88, e não apenas àqueles que não possuem imóvel próprio. O direito à propriedade, neste caso, é uma das formas de concretização do direito à moradia, que inclusive é estimulada por políticas públicas do governo federal, como e que também justifica a própria impenhorabilidade do imóvel residencial próprio da família.

Complementando o voto do Min. Eros Grau, e contrapondo à questão levantada pelo Min. Joaquim Barbosa, o Min. Carlos Britto[28], afirmou que o direito à moradia é uma necessidade essencial à existência, de modo que seria indisponível e não potestativo, e que, assim, o fiador – no que cinge ao contrato de fiança, que visa garantir situação

---

[26] Ibidem, p. 671

[27] É importante deixar claro que o Min. Eros Grau não fez menção ao programa Minha Casa Minha Vida em seu voto, mesmo porque o programa só foi criado em 2009 (Lei 11.977/09), e o voto foi proferido em 2006. Trata-se de ponderação feita pelas autoras, de modo a corroborar com os argumentos aduzidos pelo ministro à época.

[28] STF, RE 407.688/SP, Pleno, rel. Min. Relator Cézar Peluso, j. 08/02/2006, DJ 06/10/2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?-docTP=AC&docID=261768>, p. 22

de terceiro – não poderia dispor de seu imóvel nem mesmo por ato de sua vontade.

Nos parece, no entanto, extrema a conclusão do Min. Carlos Britto pela absoluta indisponibilidade do bem de família do locador. O que defendemos é que essa garantia não pode ser imposta *ex lege,* mas, ao contrário, deve decorrer da expressa e consciente vontade do fiador. Afinal, seria inútil impedir a penhora do bem de família do fiador, pois se fosse seu desejo se desfazer de seu imóvel para quitar uma dívida assumida, poderia facilmente aliená-lo.

Contudo, conforme assevera o Min. Carlos Britto, é improvável que fosse o desejo do fiador que seu bem de família – que, em muitos casos, representa a conquista de uma vida inteira – fosse penhorado para o adimplemento de uma obrigação subsidiária. Partir desse pressuposto coloca o fiador em situação extremamente desvantajosa, desproporcional à situação do próprio locatário e, por fim, fragilizando o seu direito fundamental à moradia.

3.2. A SÚMULA 549 DO STJ

Para entender a posição adotada atualmente pelo STJ é preciso, primeiro, fazer uma reconstrução da jurisprudência inicialmente adotada pelo Tribunal. A jurisprudência inicial do STJ considerava impenhorável o bem de família do fiador em contrato de locação, com o fundamento de que o art. 3°, VII, da Lei 8009/90 não teria sido recepcionado pela EC 26/00.

Essa posição foi adotada pelo STJ em 2005, no REsp 699.837/RS[29], tendo como fundamento o entendimento do STF, à época, da não recepção do mencionado artigo pela EC 26/2000. Como visto, no RE 252.940/SP, publicado em maio de 2005, o Supremo havia decidido que o art. 3º, VII, da Lei 8009/90 se tornara incompatível com art. 6° CF/88, em razão da alteração promovida neste disposto constitucional pela EC 26/00.

Ocorre que, em 2006, o STF decidiu, no RE 407 688/SP[30], que a penhora do bem de família do fiador de contrato de locação a que

[29] STJ, RESp 699.837/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 02/08/2005, DJ 26/09/2005.

[30] STF, RE 407 688/SP, Pleno, Rel. Min. Relator Cézar Peluso, j. 08/02/2006, DJ 06/10/2006.

se refere o art. 3°, VII, da Lei 8009, não afrontava o direito fundamental à moradia, instituído no art. 6° da CF/88. Com a mudança no entendimento do STF, o STJ reconsiderou a posição que vinha adotando e acompanhou o novo entendimento do STF.

No julgamento do AgRg no REsp 818273/RS[31], em abril de 2006, o Relator, Min. Felix Fischer[32], decidiu que, apesar de ter se posicionado pela impossibilidade da penhora do bem de família do fiador, nos julgados: REsp 745161/SP, REsp 699262/MG e REsp 699837/RS, curvava-se ao entendimento adotado pelo STF no recente julgamento do RE 407 688/SP de que é possível a penhora do único imóvel pertencente ao fiador em contrato de locação. Diante desses fatos, é possível concluir que, em se tratando de uma questão de matéria Constitucional, o STJ vem tentando acompanhar o STF.

Não obstante ter o STF decidido pela constitucionalidade do inciso VII, do art. 3º, da Lei 8.009/90 no julgamento do RE 407.688/SP, muitos tribunais continuaram a afastar a aplicação do dispositivo em questão, alegando a sua inconstitucionalidade. Assim, em outubro de 2015, o STJ teve a oportunidade de se manifestar sobre a questão, momento no qual editou a súmula 549[33]: *"É válida a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação".*

O principal precedente que deu origem à súmula 549 foi o REsp 1.363.368/MS[34], de relatoria do Min. Luis Felipe Salomão, recurso repetitivo julgado em novembro de 2014. Nesta ocasião, os Ministros da Segunda Seção do STJ deram provimento ao recurso especial, por unanimidade, e firmaram o entendimento de que é legítima a penhora operada em relação ao bem de família do fiador de contrato de locação, seguindo o voto do Relator.

Em resposta à alegação do recorrente de que haveria divergência na jurisprudência em relação à interpretação do inciso VII, do art. 3°, da Lei 8009/90 foi firmada, com fundamento no art. 543-C, do Código de Processo Civil, a tese cuja redação é a seguinte: "É legítima a penhora de apontado bem de família pertencente a fiador de contrato de locação,

---

[31] STJ, AgRg no Resp 18.273/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 25/04/2006, DJ 22/05/2006.
[32] Ibidem, p. 03.
[33] Súmula 549 STJ, 2º SEÇÃO, j. 14/10/2015, DJ 19/10/2015.
[34] STJ, REsp 1.363.368/MS, 2º Seção, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 12/11/2014, DJ 21/11/2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>, p. 05.

ante o que dispõe o artigo 3º, inciso VII, da Lei nº 8.009/1990".

Ao proferir seu voto, o Relator, Min. Luis Felipe Salomão[35], afirmou que no julgamento do RE n° 407.688/SP, em fevereiro de 2006, a jurisprudência do STF declarou a constitucionalidade do controverso inciso VII, do art. 3°, da Lei 8009/90 perante o direito social à moradia, incluído no art. 6° CF/88 como direito fundamental, pela EC 26/00.

Assim, o Relator retomou os argumentos trazidos pelo Min. Joaquim Barbosa[36], no julgamento do RE 407.688/SP, aduzindo que os direitos fundamentais não possuem caráter absoluto, de modo que, em caso de confrontos, um dos direitos acabaria por ser classificado. Aduziu, ainda, que a decisão de firmar um contrato de fiança seria reflexo do direito à liberdade - liberdade de firmar negócio jurídico contratual. Ao celebrar o contrato de fiança, a pessoa, por vontade livre e própria, estaria colocando em risco a efetivação de um direito fundamental garantido constitucionalmente.

Na conclusão do seu voto, o Relator[37] argumentou que no caso concreto sob discussão, a decisão recorrida afrontara o dispositivo sob o qual versava a controvérsia, o inciso VII, do art. 3°, da Lei 8009/90, ao afirmar a invalidade da penhora recaída sobre o bem de família do fiador, além de contrariar o entendimento já consolidado e pacificado tanto no STJ quanto no STF, motivo pelo qual deveria ser revisto e passar por reforma.

Cabe, ainda, analisar os fundamentos defendidos em alguns julgados que precederam a súmula.

Um deles é o AgRg no AResp 62411/SP[38], julgado em 2015. Os fundamentos apresentados pelo Relator, Ministro Marco Aurélio Belizze[39], para decidir favoravelmente à penhora, se sustentaram na argumentação desenvolvida em um julgado anterior do STJ, transcrito pelo Relator. O inc. VII, da Lei 8009/90 não distinguiria os casos em que o fiador reside com familiares, sendo uma distorção em relação à exceção prevista nesta Lei a restrição de sua aplicabilidade. Neste caso, o locador seria obrigado a examinar quais integrantes da família do fiador a fim de

[35] Ibidem, p. 13.
[36] Ibidem, p. 18.
[37] Ibidem, p. 21.
[38] STJ, AgRg no AResp 62411/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Belizze, j. 10/03/2015, DJ 18/03/2015.
[39] Ibidem, p. 04

descobrir se poderia aceitar a fiança.

Além disso, a tese levantada pelos executados de que, em razão de serem marido e mulher, não poderiam ter sido locatário e fiadora, uma vez que a união conjugal daria lugar a mistura de seus patrimônios, não poderia subsistir. Sendo a fiança uma garantia pessoal, a princípio a ligação entre o patrimônio do fiador e do afiançado não ensejaria nenhuma nulidade, podendo resultar somente em consequências práticas quando objetivada a satisfação da dívida.

Ainda, é importante mencionar os fundamentos defendidos no julgamento do AgRg nos EDcl no Resp 911.321/RS[40], em 2010. Na ocasião, a recorrente intentava a suspensão de penhora de fração ideal de um apartamento deixado como herança por sua genitora, objeto de contrato de locação em que seu pai figurou como fiador, sendo proprietário dos demais 50% do apartamento.

Segundo a recorrente, por não ser fiadora do contrato de locação e, em face da indivisibilidade do imóvel e da sua natureza de bem de família, o apartamento não poderia ser penhorado parcialmente. Fundamentou a Relatora[41], Ministra Laurita Vaz, que esses argumentos não podiam prosperar, uma vez que a dívida era objeto de execução movida em face de fiador em contrato de locação, além da falecida mãe da recorrente ter assinado o contrato de locação como fiadora. Assim, persistia o posicionamento do STJ segundo o qual o bem voltado à moradia do fiador poderia ser penhorado em função de obrigação contraída em pacto locatício, sendo aplicado o mesmo entendimento aos contratos celebrados antes da vigência da Lei 8245/91.

O posicionamento do STJ com a edição da súmula 549 evidencia a sobreposição do direito de crédito, direito disponível, ao direito social fundamental de moradia, para defender interesses mercadológicos que servem à cada vez mais crescente massificação do mercado imobiliário de locação.

Na linha do que defende grande parte da doutrina, defendemos, assim, a não recepção da exceção legal prevista no art. 3º da Lei 8009/90 pela Constituição Federal, sobretudo porque, enquanto lei maior do ordenamento jurídico, a Carta tutela o direito à moradia como um direito fundamental. É imprescindível que as condições básicas de manutenção

[40] STJ, AgRg nos EDcl no REsp 911.321/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 05/10/2010, DJ 25/10/2010.
[41] Ibidem, p. 04.

de uma vida saudável e digna sejam asseguradas pelo Estado.

4. O RECENTE *DISTINGUISH* FEITO PELO STF

A Primeira Turma do STF se manifestou a respeito da inconstitucionalidade do art. 3º, VII, da Lei 8.009/90 ao julgar o RE 605.709/SP[42], em 2018. No caso em questão, as partes interpuseram recurso extraordinário contra acórdão proferido pelo TJSP, que rejeitou a alegação de impenhorabilidade do bem de família, objeto da constrição judicial, de modo que foi permitida a penhora do bem de família do fiador, a fim de adimplir dívida decorrente de fiança em contrato de locação comercial.

Neste sentido, os recorrentes defenderam que a decisão do TJSP violou o art. 6º, caput, da CF/88, sob o argumento de que, no caso, deveria prevalecer a proteção ao direito à moradia previsto em tal dispositivo, o qual deve gerar efeitos imediatos, de modo a se reconhecer que o bem de família é impenhorável. Além disso, sustentaram os recorrentes que o entendimento do TJSP não poderia ser aplicado ao caso concreto, uma vez que a fiança neste caso foi concedida em contrato de locação comercial, e não residencial.

Quanto a isso, verifica-se que o STF procedeu um *distinguishing* ao se manifestar sobre este caso. Primeiramente, é importante esclarecer e conceituar o que é "*distinguishing*", o qual, na visão de Didier[43], ocorre quando há uma distinção entre o caso concreto e o caso paradigma, pelo fato de haver um confronto entre os fatos fundamentais determinantes do precedente e os fatos do caso concreto ou, ainda, caso exista alguma peculiaridade no caso concreto que afaste a aplicação do precedente.

Nesse sentido, nota-se que a matéria que ensejou a prolação do precedente do Tribunal, quando do julgamento do RE 407.688, se distingue da matéria do caso concreto julgado pelo RE 605.709/SP. Isso pois, o presente caso envolve penhora decorrente de garantia concedida em um contrato de locação de imóvel comercial, diferentemente do julgado supramencionado, em que a penhora do bem de família do fiador

[42] STF, RE 605.709/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 12/06/2018, DJ 18/02/2019.

[43] DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil - v. 2: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória, 10ª ed. Editora Jus Podivm. p. 491.

é tida como constitucional nos casos envolvendo uma relação locatícia, contudo de natureza residencial. Portanto, são casos distintos, de modo que a técnica de distinção utilizada pelo STF serviu para readequar o caso concreto diante de um precedente-paradigma.

O Min. Dias Toffoli[44], relator do recurso extraordinário, proferiu voto no sentindo de ser legítima a penhora no caso em questão, pois, em seu entendimento, não há que se fazer distinção entre o contrato de locação para fins residenciais e comerciais, haja vista que o próprio art. 3º, inciso VIII, da Lei nº 8.009/90 não faz qualquer diferenciação quanto à natureza do contrato. Desse modo, o Ministro defendeu a penhora do bem de família a independer da natureza e finalidade do contato locatício. Esse entendimento foi seguido pelo Min. Luís Roberto Barroso.

Já a Min. Rosa Weber e os Min. Marco Aurélio e Luiz Fux divergiram do relator, defendendo o entendimento de que a penhora do bem de família do fiador é inconstitucional quando o contrato de locação versar sobre imóvel comercial. Isso pois, nestes casos, a constrição visa satisfazer o crédito do locador e estimular a livre iniciativa. Desse modo, no entendimento dos ministros, a penhora do bem de família do fiador permitida pelo art. 3º, VII, da Lei 8.009/90 não pode se estender aos contratos de locação de imóvel comercial.

Evidencia-se, com isso, uma acertada mudança de entendimento, uma vez que os ministros, ao defenderem a inconstitucionalidade da penhora de bem de família em contrato de locação comercial, optaram pela aplicação do preceito constitucional do direito à moradia, consagrado como direito social no art. 6º da Constituição de Federal de 1988, em detrimento ao direito à livre iniciativa e satisfação do crédito do locador de imóvel comercial.

Além disso, a Ministra ressaltou que a penhora do bem de família do fiador vai de encontro ao princípio da isonomia e ao princípio da proporcionalidade, uma vez que eventual bem de família de propriedade do próprio locatário não poderá se sujeitar à constrição e alienação forçada. Portanto, verifica-se que o fiador acaba se encontrando em situação de desvantagem e desproporcionalidade em relação ao próprio devedor principal, que é resguardado pela impenhorabilidade de seu bem de família. Nesse sentido, a Ministra defendeu que, ao contrário do que se verifica na locação de imóvel residencial, no caso em que se tratar de

[44] STF, RE 605.709/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 12/06/2018, DJ 18/02/2019, p. 07.

imóvel comercial, não há que se falar em promoção do direito fundamental à moradia do credor, o que por si só justifica a não ocorrência da penhora.

Portanto, por maioria dos votos, restou decidido que, em se tratando de contrato de locação de imóvel comercial, deverá prevalecer a proteção do bem de família do fiador que figura na avença locatícia, de modo que nas fianças apostas em contratos de locação comercial, não será permitida a penhora do bem de família do fiador.

De certo, a permissão da penhora do bem de família do locador, por si só, fere os princípios mencionados pela Ministra Rosa Weber, a saber, isonomia e proporcionalidade, bem como o direito social à moradia. Nesse sentido, quanto ao princípio da isonomia, Sarlet et. al[45] discorre sobre o direito à igualdade, previsto na Constituição, de modo que a lei, ao conceder um tratamento desigual a pessoas que se encontram na mesma situação, acaba indo de encontro ao princípio da igualdade formal. Além disso, para os autores, a igualdade material consiste na proibição de tratamento arbitrário que acabe gerando situações de desigualdade.

A partir desses conceitos, correto afirmar que a lei, ao permitir a penhora do bem de família do fiador, contudo vedando a penhora do bem pertencente ao próprio devedor principal, acaba conferindo tratamento desigual entre ambos (locatário e fiador), vez que protege o bem de um em detrimento do outro. Com isso, a lei gera uma situação de desigualdade, consistente na violação dos direitos à igualdade formal e material.

Nesse sentido, em que pese a posição até então sustentada pelo STF, que entende pela constitucionalidade do art. 3º, VII, da Lei 8.009/90, é possível perceber que o acórdão proferido no RE 605.709/SP, ao afastar a penhora do bem de família do fiador em contrato de locação comercial, acaba por expor a fragilidade dos argumentos levantados, até então, no RE 407.688, sinalizando, com isso, uma possível mudança de entendimento quanto à constitucionalidade do referido dispositivo.

Além disso, correto afirmar que o direito à moradia e o direito à igualdade são violados não apenas quando a penhora ocorre em decorrência de contrato de locação comercial, de modo que essa violação ocorre, nos mesmos termos, quando a penhora decorre de fiança aposta

[45] SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. Curso de direito constitucional. 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 603.

em contrato de locação residencial. Portanto, verifica-se que a natureza da locação não altera em nada o problema, ou seja, a penhora do bem de família do fiador deve ser tida como inconstitucional independente da finalidade do contrato de locação, seja ele para fins residenciais ou comerciais.

CONCLUSÃO

Em conclusão, a tese que procuramos defender é a de que o instituto do bem de família, em razão de tutelar importante direito fundamental social, o direito de moradia, oferece grande proteção às pessoas e às famílias, por intermédio da salvaguarda de imóveis residenciais que não podem ser alcançados pela penhora.

Neste contexto, a partir da promulgação da Lei 8.009, em 1990, o Bem de Família foi reconfigurado, enquanto instituto, com a previsão da modalidade involuntária. Então, o Bem de Família passou a ser instituído pelo Estado, como forma de proteger a moradia e garantir às famílias o acesso ao mínimo existencial, tendo impedido que milhares de moradias dos brasileiros das mais distintas classes sociais fossem penhoradas.

Na redação original da Lei 8009, também o fiador de contrato de locação era protegido pela impenhorabilidade do bem que lhe servia de moradia. Contudo, em resposta às inúmeras pressões do mercado imobiliário, foi incluída a exceção de impenhorabilidade ao bem de família do fiador (inciso VII, do art. 3°, da Lei 8009/90), por intermédio do art. 82 da Lei 8245/91.

Em 2000, com a promulgação da EC 26, o direito à moradia foi incluído no rol de direitos sociais do art. 6° da Constituição Federal e, com isso, as discussões em torno da penhorabilidade ou não do bem de família do fiador se tornaram ainda mais polarizadas, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência. Havia vários autores que defendiam ser o art. 3º, inciso VII, da Lei 8009/90 compatível com a Emenda Constitucional, e outros autores que defendiam que o dispositivo em questão seria incompatível com a Emenda, e, portanto, não recepcionado por ela.

A solução da controvérsia veio em 2006, quando o STF firmou o entendimento de que é possível a penhora do bem de família do fiador de contrato de locação residencial. A EC 26/00 teria recepcionado o art. 3º, inciso VII, da Lei 8009/90, não havendo conflito entre a previsão

constitucional do direito social de moradia e a exceção à impenhorabilidade prevista no inciso VII, do art. 3°, da referida Lei.

Seguindo o entendimento adotado pelo STF, o STJ consolidou, em 2015, o mesmo entendimento, ao editar a súmula 549. O STJ entende que esta matéria é pacificada e unânime na Corte Superior, havendo julgados que aplicaram o entendimento firmado na súmula.

Concluímos que apesar de haver contratos de fiança locatícia que não se inserem em relações de consumo, porque celebrados por pessoas naturais, sem que haja a figura de um fornecedor, a maior parte desses contratos se inserem em relações de consumo, nas quais as imobiliárias figuram como fornecedoras. Sendo os contratos, nesses casos, geralmente permeados por cláusulas obscuras e abusivas que os contratantes não têm condições de compreender, nas situações em que delas tomam conhecimento, firmam os contratos sem ter ciência do significado de cláusulas como a renúncia de ordem.

Tendo em vista que o fiador não toma conhecimento das consequências práticas que pode sofrer, quando do estabelecimento do contrato, dentre as quais a principal é a possibilidade do seu bem de família ser penhorado para adimplir a dívida do devedor principal; e de que eventual ação de regresso intentada contra o inquilino será infrutífera, uma vez que o seu bem de família é tutelado pela lei ordinária e pelo entendimento firmado pelas Cortes Superiores, não é justo e conforme aos princípios constitucionais que o fiador seja onerado desta forma.

No tocante ao *distinguishing* a que procedeu o STF, concluímos que a penhora do bem de família do fiador é inconstitucional independente da finalidade do contrato de locação, se residencial ou comercial, uma vez que a distinção no conteúdo da locação não obsta o grande problema que é a inconstitucionalidade do bem de família do fiador.

É importante ressaltar que há outros instrumentos jurídicos capazes de melhor assegurar o direito à moradia do locatário, previsto no art. 6° da Constituição Federal, do que prejudicar e onerar excessivamente o fiador, penhorando o seu bem de família. O seguro de fiança é um instrumento que, com a devida e necessária atualização, se apresenta como uma alternativa muito viável, ao passo que retira a pessoalidade do instituto da fiança e assegura ao locador o recebimento do seu crédito.

Portanto, entendemos ser inconstitucional a exceção à impenhorabilidade prevista no inciso VII, da Lei 8009/90, porque de forma evidente viola o princípio constitucional basilar da dignidade da pessoa

humana, a isonomia e o direito ao mínimo existencial. A EC 26/00, ao incluir no rol de direitos fundamentais sociais o direito à moradia, objetivou tutelar um importante interesse social, que deve ser perseguido em um Estado Democrático de Direito.

Assim, a Emenda não recepcionou a exceção prevista no inciso VII, da Lei em cotejo, sobretudo porque as leis ordinárias devem encontrar fundamento normativo na Constituição Federal, Lei maior do Ordenamento jurídico, e não a Constituição buscar o seu fundamento de validade nas leis ordinárias.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da União, Brasília: 09/09/1942, P. 1.

_____. Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8009.htm>. Acesso em 08 de jun. de 2020.

_____. Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8245.htm>. Acesso em 08 de jun. de 2020.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 08 de jun. de 2020.

_____. Emenda Constitucional nº 26 de 14 de fevereiro de 2000. Altera a redação do art. 6º da Constituição Federal. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc26.htm>. Acesso em 08 de jun. de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE 407.688/SP, Pleno, rel. Min. Relator Cézar Peluso, j. 08/02/2006, DJ 06/10/2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261768>,

Acesso em 08 de jun. de 2020.

_____. RE 352.940/SP, dec. mon. Min. Carlos Velloso, j. 25/04/2005, DJ 09/05/2005.

_____. RE 449.657/SP, dec. mon. Min. Carlos Velloso, j. 27/05/2005, DJ 09/05/2005.

_____. RE 605.709/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 12/06/2018, DJ 18/02/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESp 699.837/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 02/08/2005, DJ 26/09/2005.

_____. AgRg no Resp 18.273/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 25/04/2006, DJ 22/05/2006.

_____. Súmula 549, 2º SEÇÃO, j. 14/10/2015, DJ 19/10/2015.

_____. REsp 1.363.368/MS, 2º Seção, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 12/11/2014, DJ 21/11/2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>, Acesso em 08 de jun. de 2020.

_____. AgRg no AResp 62.411/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Belizze, j. 10/03/2015, DJ 18/03/2015.

_____. AgRg nos EDcl no REsp 911.321/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 05/10/2010, DJ 25/10/2010.

COZER, Danielle Braun Calavotte. O Bem de Família do Fiador de Locação à Luz do Direito à Moradia. Revista de Direito Privado | vol. 46/2011 | p. 231 – 264 | Abr-Jun / 2011.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil - v. 2: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória, 10ª ed. Editora Jus Podivm.

DUTRA, Maria Aparecida; ANDRADE, Fernanda A. Borges. Impenhorabilidade do Bem de Família. Revista Jurídica UNIARAXÁ, Araxá, v. 21, n. 20, p. 245-268, ago. 2017.

FERREIRA, Lucas de Oliveira; TRUJILLO, Elcio. A Súmula do STJ: Um Ataque à Visão Constitucional do Direito Civil Contemporâneo. RFD - REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UERJ - RIO DE JA-

NEIRO, N. 33, JUN. 2018

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro v. 3: Contratos e atos unilaterais, 17 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro v. 6: Direito de Família, 16 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GONÇALVES, Mario Thurmann. O Novo Código e os Efeitos das Normas de Ordem Pública na Impenhorabilidade do Bem de Família do Fiador. Revista dos Tribunais | vol. 834/2005 | p. 34 – 43 | Abr / 2005.

LOUREIRO, Cláudia R. O. M. da Silva. O direito fundamental à moradia como direito humana e a inconstitucionalidade da penhora do bem de família do fiador. Revista de Direito Constitucional e Internacional | vol. 111/2019 | p. 161 - 177 | Jan -Fev / 2019.

MIRANDA, Luciene. A penhora do bem de família do fiador de contratos de locação residencial. Revista de Direito Imobiliário | vol. 86/2019 | p. 85 - 100 | Jun / 2019.

MOL, Ana Lúcia Ribeiro; SILVA, Jéssica Santos; SILVA, Jane Viviane da; DIAS, Ludimila S. O. Ferreira. A Impenhorabilidade do Bem de Família do Fiador na Relação de Locação Imobiliária. Humanidade**s**, v. 4, n. 1, fev. 2015.

NETO, João Hora. O Bem de Família, A Fiança Locatícia e o Direito à Moradia. Revista de Direito Privado | vol. 29/2007 | p. 173 - 200 | Jan - Mar / 2007.

SANTOS, José Carlos V. C. de Almeida. A "Exceção da Exceção" Quanto à Responsabilidade Patrimonial do Fiador: A penhorabilidade do Bem de Família. Revista dos Tribunais | vol. 931/2013 | p. 345 – 376 | Maio / 2013.

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. Curso de direito constitucional. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SILVA, Sergio A. R. Gomes da. Da Inconstitucionalidade da Penhora do Bem de Família por Obrigação Decorrente de Fiança Concedida em Contrato de Locação. Revista de Direito Privado | vol. 2/2000 | p. 50 – 56 | Abr-Jun / 2000.

TARTUCE, Flávio. Direito civil, v; 5: Direito de Família, 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em

espécie – v. 3. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

A QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL NO STJ

ORIGEM, DESENVOLVIMENTO E CRISE DO MÉTODO BIFÁSICO

Daniel de Pádua Andrade[1]

Resumo: O presente trabalho objetiva contribuir para o debate sobre a quantificação do dano moral no direito brasileiro por meio da análise da evolução do método bifásico no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. A trajetória da pesquisa perpassa pela contextualização do surgimento do método bifásico, pelo detalhamento da sua proposta metodológica e, finalmente, pelo exame da sua utilização por ambas as Turmas componentes da 2ª Seção. À luz do estudo jurisprudencial realizado, conclui-se que alguns dos acórdãos mais recentes do Superior Tribunal de Justiça não têm aplicado o método bifásico de maneira condizente com a justificação teórica do referido modelo.

Palavras-chave: Dano moral. Superior Tribunal de Justiça. Método bifásico.

INTRODUÇÃO

No direito brasileiro, superadas as antigas controvérsias acerca do reconhecimento e da reparabilidade das lesões extrapatrimoniais, a atenção dos juristas tem se voltado cada vez mais para o problema do cálculo da compensação devida às vítimas de danos morais. Como explica Héctor Valverde Santana, "a velha discussão travada entre os *negativistas*, *ecléticos* e *positivistas* foi substituída pelos estudos e debates relativos à quantificação do dano moral."[2] Os autores que já enfrentaram este tema concordam que a análise das violações a bens existenciais exige

[1] Doutorando e mestre em Direito pela UFMG. Professor de Direito Civil na UFV.
[2] SANTANA, Héctor Valverde. A fixação do valor da indenização por dano moral. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 44, n. 175, p. 21-39, jul./set. 2007, p. 21.

uma racionalidade diferenciada, que não se confunde com os mecanismos tradicionais de apuração dos prejuízos de natureza eminentemente econômica. A partir desse ponto, no entanto, as divergências se multiplicam e não existe ainda, no Brasil, um consenso abrangente a respeito das balizas que devem orientar a fixação judicial dos valores destinados a compensar o dano moral sofrido.

Foi justamente para minimizar a insegurança jurídica que paira sobre a temática da quantificação do dano moral que o STJ passou a adotar, há cerca de uma década, o chamado método bifásico. Este modelo, formulado originalmente pelo Min. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, busca assegurar que o arbitramento das compensações por danos morais seja ao mesmo tempo coerente com a jurisprudência e compatível com as particularidades do caso concreto. Com o passar do tempo, o método bifásico conquistou grande prestígio no meio jurídico nacional e hoje ele é consagrado por diversos órgãos jurisdicionais, incluindo ambas as Turmas que compõem a 2ª Seção do STJ. O crescimento exponencial da utilização do método bifásico no contexto brasileiro, entretanto, não tem sido acompanhado com o devido cuidado pelas investigações científicas nacionais, que muitas vezes se limitam a tecer breves comentários sobre essa proposta metodológica.

Diante desse cenário, o presente trabalho tem por objetivo aprofundar a compreensão do método bifásico a partir da comparação entre os seus fundamentos teóricos, por um lado, e a aplicação prática que tem sido realizada pelo STJ, por outro. Nesse sentido, com vistas ao estabelecimento de um pano de fundo para as reflexões posteriores, o primeiro capítulo posiciona o direito brasileiro contemporâneo no espectro que vai do sistema fechado até o sistema aberto de quantificação do dano moral. Logo em seguida, o segundo capítulo detalha a origem, a composição e o potencial do método bifásico enquanto possível solução para o problema da isonomia na fixação dos valores compensatórios. O desenvolvimento culmina no terceiro capítulo, que analisa a utilização do método bifásico pelas Turmas integrantes da 2ª Seção do STJ e demonstra uma tendência preocupante de desvalorização da segunda fase do referido modelo nos julgados mais recentes. Ao final, apresentam-se as considerações conclusivas e as referências bibliográficas que embasaram a pesquisa.

1 O DIREITO BRASILEIRO ENTRE O SISTEMA FECHADO E O SISTEMA ABERTO DE QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL

As respostas que cada ordenamento jurídico apresenta para o problema da quantificação do dano moral variam dentro de um amplo leque de possibilidades, que abrange desde a predeterminação legislativa abstrata até a definição judicial casuística dos valores devidos a título de compensação. No primeiro extremo, denominado de sistema fechado, as regras vigentes delimitam taxativamente e *a priori* o equivalente pecuniário correspondente aos diferentes tipos de lesões extrapatrimoniais. Já no segundo extremo, conhecido como sistema aberto, o julgador arbitra equitativamente e *a posteriori* o montante compensatório a partir das peculiaridades da situação concreta. O antagonismo entre esses dois polos não impediu, no entanto, que algumas sociedades adotassem soluções intermediárias ou mistas ao longo da história. Este foi justamente o caso do direito brasileiro que, durante muito tempo, admitiu a convivência entre o sistema fechado e o sistema aberto na quantificação do dano moral, como se verá a seguir.

A partir do início do século XX, surgiram na legislação nacional diversos dispositivos que predeterminavam o valor a ser pago para a vítima de violações específicas aos direitos da personalidade. No Código Civil de 1916, o art. 1.547 restringia a indenização por injúria ou calúnia, enquanto o art. 1550 fazia o mesmo em relação às ofensas à liberdade pessoal.[1] Já o art. 84 do Código Brasileiro de Telecomunicações de 1962 estabelecia parâmetros fixos para a quantificação da reparação decorrente de calúnia, difamação ou injúria cometida via radiodifusão.[2]

---

[1] "Art. 1.547. A indenização por injúria ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido. Parágrafo único. Se este não puder provar prejuízo material, pagar-lhe-á o ofensor o dobro da multa no grão máximo da pena criminal respectiva (art. 1.550). [...] Art. 1.550. A indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido, e no de uma soma calculada nos termos do parágrafo único do art. 1.547."

[2] "Art. 84. Na estimação do dano moral, o Juiz terá em conta, notadamente, a posição social ou política do ofendido, a situação econômica do ofensor, a intensidade do ânimo de ofender, a gravidade e repercussão da ofensa. § 1º O montante da reparação terá o mínimo de 5 (cinco) e o máximo de 100 (cem) vêzes o maior salário-mínimo vigente no País. § 2º O valor da indenização será elevado ao dôbro quando comprovada a reincidência do ofensor em ilícito contra a honra, seja por que meio fôr. § 3º A mesma agravação ocorrerá no caso de ser o ilícito contra a honra praticado no

Na Lei de Imprensa de 1967, os arts. 51 e 52 traziam limitações para a responsabilização por danos morais causados no exercício da liberdade de manifestação, pensamento e informação.[3] O art. 257 do Código Brasileiro de Aeronáutica de 1986, por sua vez, estabeleceu um teto indenizatório para os casos de morte ou lesão de passageiro ou tripulante.[4] Diante de situações não enquadradas nessas hipóteses especiais, os juristas brasileiros recorriam ao art. 1.553 do Código Civil de 1916, que concedia amplos poderes ao julgador ao determinar que, "[n]os casos não previstos neste capítulo, se fixará por arbitramento a indenização". Percebe-se, dessa forma, que o sistema de responsabilidade civil por danos morais vigente em grande parte do século passado era formado tanto por manifestações pontuais do sistema fechado quanto por uma cláusula residual representativa do sistema aberto.

O advento da Constituição Federal de 1988, no entanto, impulsionou um movimento de abandono do sistema fechado de quantificação do dano moral. Essa guinada foi sustentada por dois pilares principais: a inclusão da indenização das lesões extrapatrimoniais no rol dos direitos fundamentais (art. 5º, incisos V e X)[5] e o reconhecimento

---

interêsse de grupos econômicos ou visando a objetivos antinacionais."

[3] "Art. 51. A responsabilidade civil do jornalista profissional que concorre para o dano por negligência, imperícia ou imprudência, é limitada, em cada escrito, transmissão ou notícia: I - a 2 salários-mínimos da região, no caso de publicação ou transmissão de notícia falsa, ou divulgação de fato verdadeiro truncado ou deturpado (art. 16, ns. II e IV). II - a cinco salários-mínimos da região, nos casos de publicação ou transmissão que ofenda a dignidade ou decôro de alguém; III - a 10 salários-mínimos da região, nos casos de imputação de fato ofensivo à reputação de alguém; IV - a 20 salários-mínimos da região, nos casos de falsa imputação de crime a alguém, ou de imputação de crime verdadeiro, nos casos em que a lei não admite a exceção da verdade (art. 49, § 1º). [...] Art. 52. A responsabilidade civil da emprêsa que explora o meio de informação ou divulgação é limitada a dez vêzes as importâncias referidas no artigo anterior, se resulta de ato culposo de algumas das pessoas referidas no art. 50."

[4] "Art. 257. A responsabilidade do transportador, em relação a cada passageiro e tripulante, limita-se, no caso de morte ou lesão, ao valor correspondente, na data do pagamento, a 3.500 (três mil e quinhentas) Obrigações do Tesouro Nacional - OTN, e, no caso de atraso do transporte, a 150 (cento e cinqüenta) Obrigações do Tesouro Nacional - OTN. § 1° Poderá ser fixado limite maior mediante pacto acessório entre o transportador e o passageiro. § 2° Na indenização que for fixada em forma de renda, o capital par a sua constituição não poderá exceder o maior valor previsto neste artigo."

[5] "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

da dignidade da pessoa humana enquanto fundamento da República (art. 1º, III).[6] A partir da interpretação expansiva desses dispositivos, a maioria dos juristas brasileiros passou a defender o entendimento de que qualquer forma de tabelamento legislativo do dano moral seria incompatível com o imperativo de proteção integral da pessoa consagrado no texto constitucional.[7] Assim, não obstante a existência de posicionamentos minoritários em sentido contrário,[8] iniciou-se no Brasil um movimento em prol da revogação e do questionamento judicial dos tetos compensatórios previstos na legislação.

Na jurisprudência nacional, o exemplo mais emblemático de reprovação do sistema fechado de quantificação do dano moral foi o afastamento da limitação indenizatória prevista nos arts. 51 e 52 da Lei de Imprensa de 1967. Em 2004, depois de reiterados precedentes, o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 281, cristalizando sua posição no sentido de que "[a] indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa". O mesmo caminho foi trilhado pelo Supremo Tribunal Federal até que, em 2009, a questão fosse resolvida definitivamente por meio da declaração de inconstitucionalidade em bloco da referida lei no julgamento da ADPF 130/DF. Naquela ocasião, ao tratar especificamente do tabelamento estabelecido pelos arts. 51 e 52, o Min. Ricardo Lewandowski asseverou que "não se mostra possível ao legislador ordinário graduar de antemão, de forma minudente, os limites materiais do direito de retorção, diante da miríade de expressões que podem apresentar, no dia-a-dia, os agravos veiculados

---

vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...] 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; [...]."

[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: [...] III - a dignidade da pessoa humana; [...]."

[7] Cf., por todos, MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 333.

[8] De acordo com Rui Stoco, "a Carta Magna assegurou ao lesado *direito à indenização* e não direito a um *quantum* a título de indenização, tarefa essa entregue à lei infraconstitucional" (grifo do autor). STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência, t. II. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1052.

pela mídia em seus variados aspectos."[9]

Com o passar do tempo, a ideia de que o sistema aberto é a única alternativa juridicamente adequada para a quantificação do dano moral ganhou cada vez mais força no meio jurídico nacional. Atualmente, como bem diagnosticado por Humberto Theodoro Júnior, "está, portanto, solidamente estabelecido na doutrina que, não apenas o poder de decidir sobre a existência e configuração do dano moral [...], mas, também e sobretudo, a sua *quantificação*, correspondem a temas que somente podem ser confiados às *mãos do julgador* e ao seu *prudente arbítrio*".[10] Vista a questão sob outro ângulo, pode-se afirmar que a doutrina e a jurisprudência brasileiras tendem hoje para o afastamento de qualquer tentativa de fixação prévia da compensação devida à vítima de ofensas morais. Nesse sentido aponta, por exemplo, o enunciado 550, aprovado na VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal com o seguinte teor: "A quantificação da reparação por danos extrapatrimoniais não deve estar sujeita a tabelamento ou a valores fixos."

Curiosamente, em 2017, a homogeneidade do sistema aberto de quantificação do dano moral no direito brasileiro foi desafiada com a promulgação da Lei da Reforma Trabalhista. Dentre outras alterações legislativas, a reforma introduziu na Consolidação das Leis do Trabalho o art. 223-G, que estabeleceu delimitações específicas para a compensação do dano extrapatrimonial decorrente das relações trabalhistas.[11]

---

[9] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). ADPF 130/DF. Relator: Min. Carlos Britto, 30 de abril de 2009, p. 103.

[10] THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano Moral**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 48-49.

[11] "Art. 223-G. Ao apreciar o pedido, o juízo considerará: I - a natureza do bem jurídico tutelado; II - a intensidade do sofrimento ou da humilhação; III - a possibilidade de superação física ou psicológica; IV - os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão; V - a extensão e a duração dos efeitos da ofensa; VI - as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral; VII - o grau de dolo ou culpa; VIII - a ocorrência de retratação espontânea; IX - o esforço efetivo para minimizar a ofensa; X - o perdão, tácito ou expresso; XI - a situação social e econômica das partes envolvidas; XII - o grau de publicidade da ofensa. § 1º Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação: I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido; II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido; III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido; IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido. § 2º Se o ofendido for pessoa jurídica, a indenização será fixada com observância dos mesmos parâmetros estabelecidos no §

Além de critérios a serem obrigatoriamente considerados pelo juiz na fixação do *quantum debeatur*, o referido dispositivo impôs uma série de tetos quantitativos variáveis de acordo com a gravidade da ofensa e o salário recebido pela vítima. Essa inovação, de constitucionalidade bastante duvidosa, encontra-se atualmente *sub judice* no STF em virtude da ADI 5870/DF ajuizada pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho.[12] De todo modo, ainda que subsista o sistema fechado no campo específico do direito do trabalho, tudo indica que o sistema aberto permanecerá ocupando o papel de regra geral no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse contexto, cumpre ressaltar que a predileção pelo sistema aberto de quantificação do dano moral traz consigo uma série de problemas relacionados ao controle do arbitramento judicial. Se por um lado o abandono de tabelamentos legislativos contribui para a efetivação da reparação integral das lesões extrapatrimoniais diante das peculiaridades de cada caso concreto, por outro lado a concessão de amplos poderes ao julgador agrava os riscos de insegurança jurídica e de subjetivismo na fixação dos montantes compensatórios. Como explica Maria Celina Bodin de Moraes em obra dedicada ao tema dos danos à pessoa humana, "[o] problema da racionalidade da decisão [...] tem um sentido especial nos casos em que as premissas utilizadas não são pacíficas ou são frequentemente contestadas, ou, ainda, quando necessitam elas próprias fundar-se num genérico 'bom senso'."[13] Por isso é tão importante, no atual estágio de desenvolvimento do direito brasileiro, identificar, compreender e problematizar a metodologia que tem sido utilizada pelos juízes na determinação da extensão da responsabilidade civil por danos morais.

1º deste artigo, mas em relação ao salário contratual do ofensor. § 3º Na reincidência entre partes idênticas, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização".

[12] Para um maior aprofundamento sobre o tema, cf. ANDRADE, Daniel de Pádua. A reforma trabalhista e a tarifação legal do dano moral no direito brasileiro. **Ânima**, Curitiba, ano XII, n. 20, jan./jun. 2019.

[13] MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. 2. ed. Rio de Jaeiro: Processo, 2017, p. 272.

2 O MÉTODO BIFÁSICO COMO RESPOSTA AO PROBLEMA DA ISONOMIA NA QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL

"A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam."[14] Essa formulação clássica, elaborada por Rui Barbosa em sua "Oração aos moços", sintetiza bem o significado apresentado pela ideia de isonomia no ordenamento jurídico brasileiro. No campo específico da quantificação do dano moral, o princípio da isonomia consubstancia a exigência de que as lesões extrapatrimoniais vivenciadas no cotidiano sejam tratadas de maneira equitativa pelo Poder Judiciário. Exige-se, em outras palavras, que os juízes decidam as ações de indenização por danos morais de forma coerente, fixando valores compensatórios próximos para os casos parecidos e valores compensatórios diferentes para os casos destoantes. O maior desafio, nesse ponto, é a construção de parâmetros argumentativos que incrementem a objetividade das decisões judiciais e afastem, consequentemente, os malefícios da chamada "loteria do dano moral".

Não obstante os esforços dos juristas nacionais e os diversos trabalhos já publicados sobre o assunto, o direito brasileiro ainda não possui uma resposta unívoca para a questão dos critérios que devem orientar o arbitramento judicial da compensação por danos morais. Em 2011, por exemplo, uma pesquisa empírica por amostragem coordenada por Flavia Portella Püschel identificou a utilização de 24 parâmetros diferentes nos acórdãos dos tribunais da Justiça Estadual relativos à quantificação do dano moral.[15] Essa indefinição se deve, em grande medida, à própria estrutura capilarizada do nosso Poder Judiciário, que viabiliza o surgimento de divergências entre os diversos órgãos jurisdicionais espalhados pelo país, especialmente naqueles casos em que não existem definições legislativas ou precedentes vinculantes. Nesse cenário de incerteza e de contradição, ganha especial relevo a atuação do STJ enquanto corte unificadora da interpretação do ordenamento infraconstitucional.

Nos últimos tempos, com base em sua súmula 7,[16] o STJ con-

[14] BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997, p. 26.

[15] PÜSCHEL, Flavia Portella (Coord.). **A quantificação do dano moral no Brasil**: justiça, segurança e eficiência. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, 2011, p. 25-27.

[16] "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".

solidou o entendimento de que a revisão em instância especial dos valores fixados a título de compensação por danos morais só é possível diante de casos extremos, que denotem o arbitramento de importâncias exorbitantes ou excessivas.[17] A necessidade de avaliar a proporcionalidade do *quantum debeatur* calculado nas instâncias inferiores, por sua vez, levou o STJ a desenvolver gradativamente uma série de parâmetros de análise. Como demonstra o levantamento realizado por Igor Costa Couto e Isaura Salgado Silva, os sucessivos acórdãos do STJ a respeito do tema contribuíram para a projeção de pelo menos 7 critérios específicos: "a extensão do dano, a culpabilidade do ofensor, a eventual culpa concorrente da vítima, a capacidade econômica do ofensor, as condições pessoais da vítima, o caráter pedagógico-punitivo das indenizações e a razoabilidade."[18] Até o surgimento do método bifásico, no entanto, não havia entre os ministros do STJ um consenso a respeito do procedimento de aplicação desses critérios de quantificação do dano moral.

A origem do método bifásico remonta ao livro "Princípio da reparação integral", publicado pelo Min. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino em 2010, coincidentemente no mesmo ano em que o autor assumiria o cargo de magistrado do STJ. A obra, que hoje consubstancia um importante marco teórico no campo da responsabilidade civil, foi fruto de sua tese de doutoramento defendida em 2007, na UFRGS,

---

[17] Cf., ilustrativamente, a ementa do REsp 890.804/RR: "RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AGRESSÃO PROMOVIDA POR POLICIAIS MILITARES. CONFIGURAÇÃO DO ATO ILÍCITO, DO DANO E DO NEXO DE CAUSALIDADE. REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. QUANTUM INDENIZATÓRIO. RAZOABILIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA NÃO-CARACTERIZADA. SÚMULA 326/STJ. RECURSO DESPROVIDO. [...] 2. Em regra, não é cabível, nesta via especial, o exame da justiça do valor reparatório, porquanto tal providência depende da reavaliação de fatos e provas. O Superior Tribunal de Justiça, por essa razão, consolidou entendimento no sentido de que a revisão do valor da indenização somente é possível quando exorbitante ou insignificante a importância arbitrada, em flagrante violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Essa excepcionalidade, contudo, não se aplica à hipótese dos autos, em que a indenização foi fixada, no montante de vinte mil reais (R$ 20.000,00), com bom senso, dentro dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade. [...]" BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). **REsp 890.804/RR**. Relator: Min. Denise Arruda, 21 de outubro de 2008.

[18] COUTO, Igor Costa; SILVA, Isaura Salgado. A quantificação do dano moral segundo o Superior Tribunal de Justiça. **Civilistica.com**, ano 2, n. 1, p. 1-17, 2013, p. 5.

sob orientação de Judith Martins-Costa. No referido trabalho, o Min. Sanseverino apresentou pela primeira vez sua proposta de divisão do procedimento de quantificação do dano moral em duas fases complementares. A primeira fase, fundada no "princípio da justiça comutativa", corresponderia ao arbitramento de um valor inicial a partir da análise dos precedentes judiciais relativos ao mesmo interesse jurídico lesado. Já a segunda fase, baseada na "equidade", compreenderia o ajuste do montante originalmente fixado diante das peculiaridades verificadas no caso concreto. Como se pode notar, o método bifásico possui o mérito de conciliar coerência jurisprudencial com abertura casuística na quantificação do dano moral.[19]

O procedimento de quantificação do dano moral proposto pelo Min. Sanseverino se aproxima, *mutatis mutandis*, da operação de dosimetria da pena realizada no âmbito do direito criminal brasileiro. Nos termos do art. 68, *caput*, do Código Penal, o cálculo da pena tem início com a fixação de uma pena-base dentro dos limites do respectivo tipo legal e, em seguida, são consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes, bem como as causas de diminuição e de aumento[20]. O

[19] No texto original: "O princípio da justiça comutativa, um dos fundamentos basilares da responsabilidade civil e, particularmente, do princípio da reparação integral, recomenda uma igualdade de julgamento para todas as pessoas em situação semelhante. A equidade, por sua vez, visualizada por Aristóteles como um corretivo da justiça comutativa, permite ao juiz estabelecer a decisão que melhor atenda as peculiaridades do caso. O arbitramento equitativo da indenização por prejuízos sem conteúdo patrimonial pode ser desdobrado em duas fases, que atendam a esses dois fundamentos, correspondendo a uma autêntica operação de concreção. Na *primeira fase*, arbitra-se o valor básico ou inicial da indenização, considerando-se o interesse jurídico atingido, em conformidade com os precedentes jurisprudenciais acerca da matéria (grupo de casos). Assegura-se, com isso uma exigência da justiça comutativa que é uma razoável igualdade de tratamento para casos semelhantes, assim como que situações distintas sejam tratadas desigualmente na medida em que se diferenciam. Na *segunda fase*, procede-se à fixação definitiva da indenização, ajustando-se o seu montante às peculiaridades do caso com base nas suas circunstâncias. Partindo-se, assim, da indenização básica, eleva-se ou reduz-se esse valor de acordo com as circunstâncias particulares do caso (gravidade do fato em si, culpabilidade do agente, culpa concorrente da vítima, condição econômica das partes) até se alcançar o montante definitivo. Procede-se, assim, a um arbitramento efetivamente equitativo, que respeita as peculiaridades do caso." SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**: indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 288-289.

[20] "Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último,

método bifásico, de maneira análoga, preconiza a determinação de um valor-base lastreado nos julgados anteriores e a posterior calibragem desse montante à luz das particularidades observadas em cada situação. É por isso que grande parte da doutrina identifica, em ambos os casos, um primeiro momento abstrato (de atribuição de um valor genérico para a violação de determinado interesse juridicamente tutelado) seguido por um segundo momento concreto (de consideração das características que dizem respeito especificamente ao ato lesivo sob análise).

A construção teórica do método bifásico foi inspirada tanto por elementos doutrinários quanto por elementos jurisprudenciais pré-existentes no direito brasileiro. Uma das principais referências utilizadas pelo Min. Sanseverino foi a proposta de quantificação do dano moral por meio de "grupos de casos típicos" desenvolvida anteriormente por Judith Martins-Costa.[21] De acordo com essa autora, a compensação das lesões extrapatrimoniais deveria ocorrer através de um movimento constante de sistematização e de atualização dos precedentes judiciais relativos a cada espécie de dano moral.[22] Outro importante referencial mencionado pelo Min. Sanseverino foi o REsp. 710.879/MG, de relatoria da Min. Nancy Andrighi, julgado em 1º de julho de 2006[23]. Neste caso, a 3ª Turma decidiu aumentar para 60 mil reais a importância devida a cada um dos três parentes sobrevivos de uma vítima fatal de acidente rodoviário.

---

as causas de diminuição e de aumento".

[21] SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**: indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 286-287.

[22] Nas palavras de Judith Martins-Costa: "[...] o ideal seria o estabelecimento de 'grupos de casos típicos' conforme o interesse extrapatrimonial concretamente lesado e consoante a identidade ou a similitude da *ratio decidendi*, em torno destes construindo a jurisprudência certos tópicos ou parâmetros que possam atuar, pela pesquisa do precedente, como amarras à excessiva flutuação do entendimento jurisprudencial. Facilitada, assim, estaria a pesquisa do precedente e a elaboração, progressiva e aberta de tópicos, no sentido viehweguiano, obtendo-se, pouco a pouco, a ressistematização das espécies já previstas e permitindo-se a incorporação de novas hipóteses, sem que seja necessário recorrer à pontual intervenção do legislador. Nesta perspectiva, sendo progressivamente formados os 'tópicos reparatórios' dos danos extrapatrimoniais, os juízes se podem furtar aos riscos do imobilismo decorrente da fixação legal do montante reparatório. Assim, será possível melhor atender a tarefa de *ponderação de valores* que habitualmente ocorre na tutela da dimensão existencial [...]." MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil**, v. V, t. II: do inadimplemento das obrigações. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 465-466.

[23] SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**: indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 289.

Como fundamento para a reforma, o acórdão ressaltou que "[a]o STJ é dado revisar o arbitramento da compensação por danos morais quando o valor fixado destoa daqueles estipulados em outros julgados recentes deste Tribunal, observadas as peculiaridades de cada litígio."[24]

A partir da formulação elaborada pelo Min. Sanseverino, o método bifásico conquistou um prestígio cada vez maior no meio jurídico nacional. Não seria exagero afirmar que esse modelo representa hoje, no Brasil, a resposta mais promissora para o problema da manutenção da isonomia no processo de quantificação do dano moral. A primeira fase garante que as lesões extrapatrimoniais da mesma natureza receberão uma resposta inicialmente homogênea do Poder Judiciário, enquanto a segunda fase assegura que as circunstâncias especiais de cada situação também serão levadas em consideração na fixação do valor compensatório. Atende-se, assim, na medida do possível, ao imperativo de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na proporção de sua desigualdade. Em termos práticos, a maior demonstração do sucesso alcançado pelo método bifásico foi a sua consolidação na 3ª Turma e na 4ª Turma do STJ que, juntas, compõe a 2ª Seção do referido Tribunal. Faz-se necessário, portanto, analisar mais detidamente os detalhes, os acertos e os equívocos que marcaram essa evolução jurisprudencial.

3 A APLICAÇÃO DO MÉTODO BIFÁSICO PELAS TURMAS INTEGRANTES DA SEGUNDA SEÇÃO DO STJ

Na 3ª Turma do STJ, a primeira aparição do método bifásico ocorreu em 26 de abril de 2011, no julgamento do REsp 959.780/ES. O relator do recurso foi o próprio Min. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, que aproveitou a oportunidade para aplicar na prática a sua proposta metodológica de quantificação do dano moral. No caso, o recorrente buscava a majoração do valor de 10 mil reais arbitrado pelo Tribunal de origem a título de compensação pela morte de sua esposa em atropelamento causado pelo recorrido. O recurso especial foi interposto com fundamento no art. 105, III, "c", da Constituição Federal e indicou, como comprovante do dissídio jurisprudencial, acórdão da 4ª Turma que fixara uma indenização de 150 mil reais diante de acidente pareci-

[24] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **REsp 710.879/MG**. Relator: Min. Nancy Andrighi, 1º de julho de 2006.

do.[25] Depois do relatório, o Min. Sanseverino apresentou um longo voto detalhando o método bifásico e aplicando o modelo à situação concreta. Em sua conclusão, o relator fixou um valor inicial de 400 salários mínimos (correspondente à média dos precedentes das Turmas integrantes da 2ª Seção) e, logo em seguida, aumentou esse montante para 500 salários mínimos considerando as circunstâncias particulares do caso (nomeadamente a gravidade do fato, a culpabilidade do agente, a ausência de culpa concorrente e a falta de elementos acerca da condição econômica das partes).[26] A decisão foi acompanhada pelos outros Ministros que participavam da sessão de julgamento e, desde então, a 3ª Turma passou a utilizar o método bifásico ao tratar da responsabilidade civil por danos morais.

A 4ª Turma do STJ, por sua vez, aplicou o método bifásico pela primeira vez cerca de cinco anos e meio depois, no julgamento do REsp 1.473.393/SP, realizado em 4 de outubro de 2016. O caso dizia respeito ao episódio conhecido como "farsa do PCC", no qual uma grande emissora de televisão havia transmitido ameaças proferidas por supostos integrantes de renomada facção criminosa, mas, pouco tempo depois, descobriu-se que tudo não passava de uma encenação realizada com o intuito de angariar audiência. No referido recurso especial, discutia-se o cabimento e a extensão da indenização de 250 mil reais fixada pelo Tri-

[25] Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: [...] III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: [...] c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

[26] Consta do voto do Min. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino: "Na *primeira fase*, o valor básico ou inicial da indenização, considerando o interesse jurídico lesado (morte da vítima), em conformidade com os precedentes jurisprudenciais acerca da matéria (grupo de casos), acima aludidos, deve ser fixado em montante equivalente a 400 salários mínimos na data de hoje, que é a média do arbitramento feito pelas duas turmas integrantes da Segunda Seção desta Corte. Na *segunda fase*, para a fixação definitiva da indenização, ajustando-se às circunstâncias particulares do caso, deve-se considerar, em primeiro lugar, a gravidade do fato em si, pois a vítima, nascida em 03/08/1960 (e-STJ, fl. 21), faleceu com 43 anos de idade, deixando o esposo e quatro filhos, sendo um deles absolutamente incapaz. A culpabilidade do agente foi reconhecida pelo acórdão recorrido, que afirmou a ocorrência de culpa leve no evento danoso. A ausência de prova de culpa concorrente da vítima foi afirmada pela própria sentença. Finalmente, não há elementos acerca da condição econômica das duas partes. Assim, torno definitiva a indenização no montante equivalente a 500 salários mínimos." BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **REsp 959.780/ES**. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 26 de abril de 2011.

bunal estadual em favor de uma das pessoas que havia sido publicamente ameaçada na entrevista fraudulenta. Ao analisar a questão da quantificação do dano moral, o relator Min. Luis Felipe Salomão elogiou o método bifásico, demonstrou sua reiterada utilização pela 3ª Turma e propôs a adoção do mesmo modelo pela 4ª Turma com vistas à estabilização da jurisprudência. Ao final, o voto de relatoria apresentou um valor base de 250 mil reais (lastreado nos precedentes do STJ relativos ao abuso de liberdade de informação praticados pela imprensa) e acabou mantendo essa importância após a ponderação das peculiaridades do caso concreto (especialmente a gravidade do fato, a culpabilidade e a condição econômica dos agentes).[27] A fundamentação do Min. Salomão foi aprovada à unanimidade e, a partir dessa ocasião, o método bifásico passou a ser encampado também pela 4ª Turma.

Ao longo desta última década, as duas Turmas integrantes da 2ª Seção do STJ aplicaram o método bifásico em um número expressivo de processos. De acordo com informações disponíveis no buscador de jurisprudência do próprio site do Tribunal, até 5 de abril de 2020, data da presente pesquisa, o método bifásico já havia sido referenciado em 19 acórdãos da 3ª Turma e em 14 acórdãos da 4º Turma. No que diz respeito a juízos singulares, os Ministros que atualmente compõem a 3ª Turma (Nancy Andrighi, Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Belizze e Moura Ribeiro) contabilizam 269 decisões monocráticas com menção ao método bifásico, enquanto os Ministros que hoje fazem parte da 4ª Turma (Luis Felipe Salomão, Raul

[27] Nos termos do voto do Min. Luis Felipe Salomão: "Com efeito, na *primeira fase*, o valor básico ou inicial da indenização, fixado em R$ 250.000,00, considerando o interesse jurídico lesado (vida, honra, imagem e dignidade), em conformidade com os precedentes jurisprudenciais acerca da matéria (grupo de casos), foi razoável dentro da média das turmas integrantes da Segunda Seção do STJ acima aludidos, além de que, não se pode olvidar, teve como base outro julgado daquele próprio Tribunal, tratando do mesmo fato, mas com referência pessoal de outra vítima (Hélio Bicudo). Na *segunda fase*, para a fixação definitiva da indenização, ajustando-se às circunstâncias particulares do caso, deve-se considerar, em primeiro lugar, a gravidade do fato em si, que, na hipótese em tela, trata de dano moral de grande e intensa proporção. A responsabilidade dos agentes, reconhecida pelo juízo de primeiro grau e pelo acórdão recorrido, é intensa para o evento danoso, tendo sido reconhecida a culpa grave na veiculação da matéria, que acarretou consequências extremamente graves. Deve-se reconhecer ainda os elementos acerca da condição econômica dos ofensores [...] Assim, não se mostra necessária nova adequação da verba indenizatória na via estreita do recurso especial." BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **REsp 1.473.393/SP**. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 4 de outubro de 2016.

Araújo, Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi e Maria Isabel Galotti) acumulam 385 decisões com indicação nominal do referido modelo.

Para além de um exame meramente quantitativo, no entanto, a compreensão da evolução jurisprudencial do método bifásico na 2ª Seção do STJ demanda uma análise qualitativa. Somente a partir da leitura das decisões proferidas pela 3ª e pela 4ª Turma é que será possível averiguar se a aplicação prática da metodologia proposta pelo Min. Sanseverino tem sido condizente com sua justificação teórica. Diante da dificuldade de cobrir as 654 decisões monocráticas supramencionadas em tempo hábil, o presente trabalho optou por analisar apenas os 33 acórdãos que utilizaram o método bifásico ao tratar da questão da quantificação do dano moral. A pesquisa realizada comprovou que muitas dessas decisões colegiadas apresentam fundamentações detalhadas e coerentes, contemplando adequadamente não apenas os precedentes semelhantes, como também as especificidades de cada situação concreta. Identificou-se, por outro lado, uma preocupante tendência de desvalorização da segunda fase do método bifásico nos julgados mais recentes.

Em dois julgamentos ocorridos há relativamente pouco tempo, a 3ª Turma do STJ decidiu que a restrição da súmula 7 obstaculiza a consideração das circunstâncias particulares da lesão extrapatrimonial controvertida. Um dos casos, o AgInt no AREsp 1.063.647/SP, julgado em 10 de dezembro de 2018, dizia respeito à quantificação do dano moral sofrido por consumidor que teve o nome inserido indevidamente em cadastro restritivo de crédito. O outro caso, AgInt no REsp 1.311.071/CE, apreciado em 12 de agosto de 2019, referia-se ao arbitramento da compensação devida a comprador que adquirira em leilão um veículo com pendência judicial. Nos dois recursos, os recorrentes buscavam a redução da condenação que lhes fora atribuída pelo Tribunal de origem, respectivamente, 16 e 10 mil reais. Ambos os acórdãos do STJ, entretanto, mantiveram os valores questionados, aduzindo que eram compatíveis com a jurisprudência e que a valoração das peculiaridades concretas caracterizaria reexame de prova inadmissível na instância superior.[28] Na

[28] O voto do relator do AgInt no AREsp 1.063.647/SP consignou que: "Igualmente, quanto à alegação de exorbitância dos danos morais, não merece prosperar o reclamo. Isso porque o valor fixado a título de indenização por danos morais pela inscrição indevida em cadastro de restrição de crédito, R$ 16.000,00, não excede o habitualmente praticado no âmbito desta Corte. [...] Logo, inviável o acolhimento recursal para afastar a responsabilidade da recorrente, bem como reduzir a indenização por dano moral arbitrada, ante a incidência da Súmula nº 07 desta Corte." BRASIL.

prática, embora tenham invocado o método bifásico, essas duas decisões colegiadas efetivaram apenas a primeira etapa do procedimento, excluindo, ainda que implicitamente, a aplicação da segunda etapa do modelo.

Já no julgamento do AgInt no REsp 1.533.342/PR, realizado em 25 de março de 2019, a 3ª Turma suprimiu de maneira explícita a segunda fase do método bifásico. A lide versava sobre postagens ofensivas realizadas em rede social por um agente que, à época dos fatos, era governador do estado do Paraná. Após ser condenado em segundo grau a pagar ao autor a quantia de 40 mil reais a título compensatório, o réu recorreu ao STJ aduzindo que o valor arbitrado pelo Tribunal estadual era excessivo e por isso deveria ser reduzido. O acórdão da 3ª Turma reconheceu que o dano moral deve ser quantificado através do método bifásico, mas reputou desnecessária a implementação da segunda fase do referido modelo considerando que o valor questionado se encontrava dentro da média dos precedentes proferidos pela Corte em hipóteses semelhantes. Para se ter uma ideia mais clara da contradição presente nos termos dessa decisão colegiada, vale a pena conferir o trecho a seguir extraído do voto de relatoria:

> Esta Corte Superior tem adotado o método bifásico, com intuito de estabelecer um ponto de equilíbrio entre o interesse jurídico lesado (no caso, honra e imagem) e as peculiaridades do caso (forma, pessoas, intensidade do dolo de ofender), de forma que o arbitramento seja equitativo e razoável. Na primeira etapa, deve-se estabelecer um valor básico para a indenização, considerando o interesse jurídico lesado, com base em grupo de precedentes jurisprudenciais que apreciaram casos semelhantes. Na segunda etapa, devem ser consideradas as circunstâncias do caso, para fixação definitiva do valor da indenização, atendendo a determinação legal de arbitramento equitativo pelo juiz. [...] Adotando-se o método bifásico, já de

---

Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **AgInt no AREsp 1.063.647/SP**. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 10 de dezembro de 2018.

Em sentido semelhante, o voto de relatoria do AgInt no AREsp 1.311.071/CE registrou que: "Desse modo, verifica-se que o Tribunal manteve o valor do *quantum* indenizatório num patamar que não se distancia do bom senso e dos critérios recomendados pela doutrina e jurisprudência desta Corte Especial. [...] Diante de tal panorama, ressalta-se que a alteração da quantia estipulada requereria o reexame dos aspectos fáticos da lide, procedimento inviável em sede especial, conforme dispõe a Súmula 7/STJ." BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **AgInt no AREsp 1.311.071/CE**. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 12 de agosto de 2019.

> início se observa que o *quantum* indenizatório estabelecido pelo acórdão recorrido não se apresenta distante *do valor básico para a indenização, considerando o interesse jurídico lesado, com base em grupo de precedentes jurisprudenciais que apreciaram casos semelhantes*. [...] Assim, já na primeira fase do método de arbitramento do *quantum* indenizatório, percebe-se que o montante de R$ 40.000,00 (quarenta mil reais) fixado não se apresenta fora do espectro jurisprudencial desta Corte Superior. Sequer há necessidade de adentrar na segunda fase, pois o valor estabelecido pela origem na primeira fase não destoa do grupo de precedentes para hipóteses semelhantes.[29]

Ocorre que a fundamentação do método bifásico reside justamente na combinação de ambas as etapas que compõem a sua estrutura. A aplicação isolada da primeira fase, embora favoreça a coerência jurisprudencial, acarreta um indesejado tabelamento judicial do valor correspondente a cada tipo de lesão extrapatrimonial. Ao desconsiderar a segunda fase, os três acórdãos elencados acima incorreram nos mesmos equívocos atribuídos no passado ao tabelamento legislativo, pois analisaram as respectivas situações em abstrato, sem atentar para as eventuais características diferenciadoras incidentes em cada caso. O alerta contra a manutenção, pelo Poder Judiciário, de um sistema fechado de quantificação do dano moral já constava, inclusive, da própria obra doutrinária que deu origem ao método bifásico. Ao tratar do assunto em seu livro "Princípio da reparação integral", o Min. Sanseverino já advertia que "[o] tarifamento judicial, tanto quanto o legal, não se mostra compatível com o princípio da reparação integral que tem, como uma de suas funções fundamentais, a exigência de avaliação concreta da indenização, inclusive por prejuízos extrapatrimoniais."[30]

CONCLUSÃO

No campo da responsabilidade civil, um dos maiores desafios enfrentados pelo direito brasileiro contemporâneo é o problema da quantificação do dano moral. Durante boa parte do século XX, a regra do arbitramento equitativo da indenização conviveu com exceções legais

[29] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **AgInt no REsp 1.533.342/PR**. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 25 de março de 2019.
[30] SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**: indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 288.

que predeterminavam o valor compensatório correspondente a determinadas violações de direitos da personalidade. A partir da Constituição Federal de 1988, no entanto, observou-se no Brasil um movimento de aversão ao sistema fechado e de gradual consolidação do sistema aberto como único caminho constitucionalmente adequado para a quantificação do dano moral. Não obstante o advento da Reforma Trabalhista de 2017, que tentou reintroduzir tetos quantitativos na legislação, a orientação dominante no ordenamento nacional continua sendo a reprovação de qualquer tabelamento prévio e abstrato dos valores compensatórios. Afirma-se, nesse sentido, que a efetivação do princípio da reparação integral somente pode ser alcançada através do prudente arbítrio do julgador, que definirá a extensão da compensação de acordo com os contornos fáticos de cada situação.

Ocorre que a concessão de amplos poderes para o juiz aumenta o risco de subjetivismo nas decisões e por isso é necessário estabelecer parâmetros que impeçam o surgimento de uma indesejada loteria do dano moral. Os juristas brasileiros, conscientes dessa realidade, têm proposto uma série de critérios que devem ser levados em conta na fixação judicial do montante devido às vítimas de lesões extrapatrimoniais. Nesse ponto, são comuns as referências à extensão do dano, à culpabilidade do ofensor, à culpa concorrente da vítima, à capacidade econômica do ofensor, às condições pessoais da vítima, à função pedagógico-punitiva e ao postulado da razoabilidade. A mera enunciação de parâmetros, contudo, não é capaz de solucionar, por si só, o problema da insegurança jurídica na quantificação do dano moral. Isso porque cada um dos diversos órgãos jurisdicionais espalhados pelo território nacional possui convicções diferentes quanto ao elenco e ao alcance dos critérios supramencionados. Evidencia-se, nesse contexto, a importância do STJ enquanto Corte competente para uniformizar a jurisprudência infraconstitucional e resolver as divergências relativas à abrangência da responsabilidade civil por danos morais.

Ao longo da última década, o STJ tem procurado racionalizar a fixação judicial dos valores compensatórios por meio do chamado método bifásico. Essa proposta metodológica, formulada e aplicada originalmente pelo Min. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, alcançou grande prestígio no meio jurídico nacional. Em linhas gerais, o método bifásico preconiza a divisão do procedimento de quantificação do dano moral em duas etapas sucessivas e indissociáveis. A primeira fase diz respeito à

determinação de um valor inicial com base na análise precedentes judiciais relativos ao mesmo interesse jurídico violado, enquanto a segunda fase compreende o ajuste desse montante a partir da consideração das peculiaridades verificadas no caso concreto. Se por um lado o método bifásico favorece a coerência jurisprudencial e assim atenua o risco de arbitrariedade das decisões judiciais, por outro lado ele privilegia a abertura casuística e dessa forma impede o estabelecimento de um tabelamento judicial. Pode-se dizer, em consonância com a maioria dos autores brasileiros, que esse modelo impele o Poder Judiciário a tratar de maneira isonômica os agentes e as vítimas envolvidos nas variadas situações de lesão aos bens existenciais.

No atual estágio de desenvolvimento do direito brasileiro, é preciso avaliar se a justificação teórica do método bifásico tem sido coerente com a sua aplicação prática pelos Tribunais. O presente trabalho buscou efetivar essa tarefa através da análise dos acórdãos proferidos pela 3ª Turma e pela 4ª Turma que, juntas, compõem a 2ª Seção do STJ. A pesquisa realizada comprovou que muitas dessas decisões colegiadas concretizam adequadamente os objetivos do método bifásico, mas também identificou, em alguns julgados mais recentes, uma preocupante tendência de desvalorização da segunda fase do referido modelo. Mais especificamente, percebeu-se que três acórdãos deixaram de considerar as peculiaridades do caso concreto depois de aduzirem que as compensações arbitradas nas instâncias inferiores estavam dentro da média da jurisprudência. Dois deles consignaram que o exame das circunstâncias particulares encontraria óbice na restrição da súmula 7, enquanto o terceiro sustentou explicitamente a desnecessidade de adentrar na segunda fase.

Para que o método bifásico atinja efetivamente o objetivo de assegurar um tratamento isonômico, entretanto, é preciso que as suas duas etapas sejam igualmente levadas a sério pelo julgador. A aplicação isolada da primeira fase conduziria, a longo prazo, a um tabelamento judicial do valor correspondente a cada tipo de lesão extrapatrimonial com base na média dos precedentes. Seria inconcebível que o Poder Judiciário, após julgar inconstitucional o tarifamento promovido pelo Poder Legislativo, promovesse o seu próprio tabelamento dos valores compensatórios com base na média dos precedentes judiciais. O STJ, enquanto última instância infraconstitucional, deve manter um cuidado redobrado ao avaliar a extensão da responsabilidade civil por danos morais, pois

seus posicionamentos servem de modelo para os Tribunais inferiores e exercem uma influência significativa sobre os estudos doutrinários. Espera-se, portanto, que o movimento de desconsideração da segunda fase não se consolide e que o STJ continue a aplicar o método bifásico em sua plenitude, efetivando-se ao máximo o potencial apresentado por essa metodologia de quantificação do dano moral.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Daniel de Pádua. A reforma trabalhista e a tarifação legal do dano moral no direito brasileiro. **Ânima**, Curitiba, ano XII, n. 20, jan./jun. 2019.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). **REsp 890.804/RR**. Relator: Min. Denise Arruda, 21 de outubro de 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **AgInt no AREsp 1.063.647/SP**. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 10 de dezembro de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **AgInt no AREsp 1.311.071/CE**. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 12 de agosto de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **AgInt no REsp 1.533.342/PR**. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 25 de março de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **AgInt no REsp 1.632.742/DF**. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 4 de abril de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **AgRg no AI 1.331.805/RJ**. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 22 de novembro de 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **AgRg no REsp 1.493.022/PE**. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 5 de fevereiro de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **AgRg no REsp 1.533.178/RJ**. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 17 de novembro

de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **REsp 1.152.541/RS**. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 13 de setembro de 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **REsp 1.197.284/AM**. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 23 de outubro de 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **REsp 1.243.632/RS**. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 11 de setembro de 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **REsp 1.279.173/SP**. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 4 de abril de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **REsp 1.359.156/SP**. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 5 de março de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **REsp 1.395.250/SP**. Relator: Min. Nancy Andrighi, 21 de novembro de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **REsp 1.415.537/SP**. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 27 de outubro de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **REsp 1.749.965/SP**. Relator: Min. Nancy Andrighi, 12 de novembro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **REsp 1.669.680/RS**. Relator: Min. Nancy Andrighi, 20 de junho de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **REsp 1.675.015/DF**. Relator: Min. Nancy Andrighi, 12 de setembro de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **REsp 1.771.866/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, 12 de fevereiro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **REsp 710.879/MG**. Relator: Min. Nancy Andrighi, 1º de julho de 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **REsp 959.780/ES**. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 26 de abril de 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **AgInt no AResp 933.896/PR**. Relator: Min. Antonio Carlos Ferreira, 09 de março de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **AgInt no Resp 1.531.204/CE**. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 17 de setembro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **AgInt no Resp**

1.608.573/RJ. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 20 de agosto de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **AgInt no Resp 1.671.192/RS**. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 21 de novembro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **AgInt no REsp 1.719.756/SP**. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 15 de maio de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **AgInt no Resp 1.704.987/SP**. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 7 de novembro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **AgInt no Resp 1.817.408/SP**. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 5 de dezembro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **AgInt nos EDcl no REsp 1.809.457/SP**. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 20 de fevereiro de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **REsp 1.332.366/MS**. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 10 de novembro de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **REsp 1.445.240/SP**. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 10 de outubro de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **REsp 1.473.393/SP**. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 4 de outubro de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **REsp 1.487.046/MT**. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 28 de março de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **REsp 1.517.973/PE**. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 16 de novembro de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **REsp 1.627.863/DF**. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 25 de outubro de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **ADPF 130/DF**. Relator: Min. Carlos Britto, 30 de abril de 2009.

COUTO, Igor Costa; SILVA, Isaura Salgado. A quantificação do dano moral segundo o Superior Tribunal de Justiça. **Civilistica.com**, ano 2, n. 1, p. 1-17, 2013.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil**, v. V, t. II: do inadimplemento das obrigações. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa humana**: uma leitura

civil-constitucional dos danos morais. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo 2017.

PÜSCHEL, Flavia Portella (Coord.). **A quantificação do dano moral no Brasil**: justiça, segurança e eficiência. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, 2011.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**: indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTANA, Héctor Valverde. A fixação do valor da indenização por dano moral. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 44, n. 175, p. 21-39, jul./set. 2007.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência, t. II. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano moral**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

A RESPONSABILIDADE CIVIL E A LESÃO AO TEMPO

UMA ANÁLISE DA TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ)

Alexander Augusto Isac Beltrão[1]

Resumo: O presente trabalho é destinado a oferecer um pequeno contributo na discussão sobre a responsabilidade civil do fornecedor pela lesão ao tempo do consumidor. Para tanto, parte-se de uma análise crítico-descritiva do instituto do dano moral, com recorte teórico sobre a teoria do desvio produtivo do consumidor e a tese jurisprudencial do mero aborrecimento, utilizando como parâmetro a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Somam-se na análise destas teorias, institutos já positivados no ordenamento, particularmente a violação positiva do contrato e o abuso de direito, propostos também como adequados para a responsabilização do fornecedor em situações nas quais houver perda injusta do tempo do consumidor.

Palavras-chave: Lesão ao tempo; responsabilidade civil; boa-fé objetiva.

INTRODUÇÃO

É indiscutível que historicamente o tempo foi, e é, objeto de preocupação das ciências jurídicas, principalmente na seara das discussões sobre prescrição e decadência, da conversão da posse em propriedade (usucapião) e no surgimento ou extinção de variadas situações jurídicas. Porém, é apenas no contexto da sociedade pós-moderna, com a

[1] Advogado. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Lavras. Pós-Graduando em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG).

emergência de novos vetores, que o tempo passa a ser percebido também numa categoria de "bem jurídico".

Com o ordenamento jurídico constitucionalizado, no qual a dignidade da pessoa humana é erigida a fundamento da República, observa-se uma expansão dos interesses jurídicos merecedores de tutela, e que, somado ao progresso tecnológico, implica em uma renovada teoria dos bens. Como pontua Gustavo Tepedino, "as novas possibilidades tecnológicas transformam a teoria dos bens, a partir dos novos centros de interesse que suscitam a incidência jurídica nos espaços de liberdade privada"[2].

Este novo enquadramento jurídico do tempo inicialmente surge no Direito do Consumidor, no qual, além de ser percebido como um ativo que pode compor a prestação principal, o tempo também passa a ser percebido como um bem jurídico, passível de ser lesionado e, por conseguinte, ensejador de responsabilidade civil.

A lesão jurídica ao tempo do consumidor se caracteriza nas situações nas quais o consumidor, diante de uma situação de falha no atendimento pelo fornecedor, precisa utilizar o seu tempo e desviar as suas competências de uma atividade necessária ou por ele preferida para solucionar este problema, a um custo de oportunidade indesejado e de natureza irrecuperável[3]. Não obstante, esta lesão é comumente associada à teoria do desvio produtivo do consumidor, que surgiu como tentativa teórica de contraposição à tese jurisprudencial do mero aborrecimento[4].

Por tese jurisprudencial do mero aborrecimento compreende-se um entendimento reiterado pelos tribunais, que, sob o argumento de combater a "indústria do dano moral", determinam com mero dissabor ou aborrecimento do cotidiano o que é imposto aos consumidores em sua busca por solucionar problemas com produtos e serviços. E que, por conseguinte, ilidem a responsabilidade civil dos fornecedores, ainda que a prática de impor diversos ônus desmedidos e violadores aos direitos do consumidor ocorra de maneira sistêmica e reiterada.

Para propor a responsabilização dos fornecedores pelos "desvios produtivos" causados aos consumidores na busca por solucionar

---

[2] TEPEDINO, Gustavo. Liberdades, tecnologia e teoria da interpretação. **Revista Forense**. São Paulo. v. 419, 2014, p. 419.

[3] DESSAUNE, Marcos. **Desvio Produtivo do Consumidor**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2011.

[4] DESSAUNE, Marcos. **Desvio Produtivo do Consumidor**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2011.

vícios e defeitos dos produtos e serviços, a teoria do desvio produtivo do consumidor se utiliza do conceito de "dano temporal", compreendido como uma "lesão antijurídica ao tempo que dá suporte à vida, enquanto atributo da personalidade humana"[1].

Embora haja entendimento doutrinário no sentido de caracterizar esta hipótese de dano enquanto uma causa de dano autônomo, no entendimento predominante da doutrina e dos tribunais pátrios, tal hipótese de dano é abordada como causa ensejadora de dano moral. Não obstante, tal discussão recai sobre o próprio conceito de dano moral e suas diversas conceituações doutrinárias e jurisprudenciais.

Como um pequeno contributo para esta discussão, o presente artigo possui como objetivo realizar uma análise crítico-descritiva do instituto do dano moral, com recorte teórico sobre a teoria do desvio produtivo do consumidor e a tese jurisprudencial do mero aborrecimento, utilizando como parâmetro a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Somam-se às referidas teorias institutos já positivados no ordenamento, particularmente a violação positiva do contrato e o abuso de direito, propostos como adequados para a responsabilização do fornecedor em situações nas quais houver perda injusta do tempo útil do consumidor.

Para atingir o objetivo exposto, o trabalho foi dividido em quatro partes. Na primeira parte, serão analisados os novos vetores da responsabilidade civil, discutindo-se a instrumentalização do instituto para a tutela integral à pessoa. Na segunda parte, delinear-se-á um panorama sobre a configuração do dano moral no ordenamento jurídico brasileiro, bem como algumas notas críticas sobre as suas diversas conceituações. Na terceira parte, onde reside a principal contribuição deste trabalho, será correlacionado o conceito de dano moral indenizável à teoria do desvio produtivo do consumidor, tendo como objeto de análise a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ). E, por fim, serão abordados alguns institutos contratuais clássicos que podem oferecer importantes contribuições na proteção do consumidor e na responsabilização do fornecedor nas situações quais em que houver uma lesão ao tempo.

---

[1] DESSAUNE, Marcos. **Teoria Aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada.** 2 Ed. Vitória: Edição Especial do Autor, 2017, p. 276.

1. NOVOS VETORES DA RESPONSABILIDADE CIVIL:

O instituto da responsabilidade civil, além de ser um "instituto que pertence ancestralmente à estrutura geral do direito civil"[2], constitui uma das principais ferramentas jurídicas quanto a proteção da pessoa humana. Ainda que este elemento epistemológico esteja presente desde seus primórdios, na contemporaneidade, dada uma série de transformações sociais e históricas, e a partir do ordenamento jurídico posto com a Constituição da República de 1988 e com o Código Civil de 2002, é notável que tal caráter instrumental da responsabilidade civil está em evidência[3].

Esta compreensão valoriza a função do instituto em detrimento de sua estrutura, exigindo uma readequação funcional e repercutindo fortemente nos seus principais elementos, além de acrescentar novas premissas teóricas e fáticas ao debate. Nesse sentido, é possível ressaltar uma "evolução" do instituto da responsabilidade civil, que pode ser ilustrada, pelo avanço da responsabilidade fundada no risco e pela alteração na compreensão do conceito de culpa e seu modo de verificação[4].

A principal alteração promovida por essa nova compreensão do instituto da responsabilidade civil, informada por sua gênese epistêmica de proteção à pessoa, é o relevo que passa a ter a figura da vítima e a necessidade de sua integral reparação. Para José Luiz Gavião de Almeida, "toda a nova construção da responsabilidade civil, [...], em toda a sua estrutura, veio informada por uma só diretriz, qual seja, a de propiciar sempre a reparação da vítima"[5]. No mesmo sentido, para Maria Celina Bodin de Moraes, o princípio maior da responsabilidade civil contem-

---

[2] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta: evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**. Goiânia. v. 31, jan./jun. 2007, p. 40/41.

[3] Quanto às fases da responsabilidade civil, cite-se: ALMEIDA, José Luiz Gavião de. Novos rumos da responsabilidade civil por ato ilícito. In: ALMEIDA, José Luiz Gavião de (Org.). **Temas Atuais de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 59.

[4] SCHEREIBER, Anderson. Novas Tendências da Responsabilidade Civil Brasileira. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v. 22, abr./jun. 2005, p. 49.

[5] ALMEIDA, José Luiz Gavião de. Novos rumos da responsabilidade civil por ato ilícito. In: José Luiz Gavião de Almeida. (Org.). **Temas Atuais de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2007, v. 1, p. 63.

porânea é que a vítima não pode ficar irressarcida[6].

Nesse contexto, emergem variadas figuras jurídicas instrumentalizadas para a tutela integral da vítima na ocorrência de um evento danoso, dentre as quais podemos citar a teoria da perda de uma chance e uma categoria de "novos danos indenizáveis", como o dano estético autônomo e o dano temporal – seja como dano autônomo ou como espécie de dano moral indenizável. Tratando sobre as novas configurações do dano, Carlos Edison do Rêgo Monteiro acentua que "na teoria da responsabilidade civil contemporânea, atenta ao contexto de multiplicação de novos centros de interesse e da celeridade das inovações tecnológicas, o dano tornou-se um conceito aberto"[7].

Por dano temporal compreende-se a perda injusta do tempo disponível causada por um terceiro. Assim, para Pablo Stolze:

> "As circunstâncias do nosso cotidiano impõem um aproveitamento adequado do tempo de que dispomos, sob pena de experimentarmos prejuízos de variada ordem, quer seja nas próprias relações pessoais, quer nos âmbitos profissional e financeiro. Vale dizer, uma indevida interferência de terceiro, que resulte no desperdício intolerável do nosso tempo livre, é situação geradora de potencial dano"[8] .

Não obstante, embora esta perda injusta do tempo possa ocasionar um dano de natureza estritamente patrimonial, como na hipótese de lucros cessantes, neste trabalho iremos nos dedicar à sua repercussão extrapatrimonial, considerada mais controvertida na doutrina e na jurisprudência.

É no Direito do Consumidor que esta "nova categoria" de dano extrapatrimonial encontra sua principal repercussão prática e teórica. Inicialmente coube ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) recepcionar esta "nova causa" de responsabilidade civil. Até o presente momento é possível identificar quase três centenas de julgados nos quais se reconhece a perda do tempo do consumidor para solucionar defeitos

---

[6] MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 151.

[7] MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Lesão ao tempo do consumidor. **Revista de Direito da Responsabilidade**. Coimbra. Ano 2, 2020, p. 168.

[8] GAGLIANO, Pablo Stolze. **Responsabilidade civil pela perda do tempo**. Editorial, 2012, p. 45. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/23925/responsabilidade-civil-pela-perda-do-tempo. Acesso em: 02 de outubro de 2019.

ou vícios do produto ou do serviço como causa de dano moral indenizável.

É por meio desta teorização que o Tribunal do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) condenou uma instituição financeira, a pagar R$6.000 (seis mil reais) a título de indenização por dano moral, para um cliente que passou quase seis horas na fila de uma agência, somados a dois dias de atendimento, para tentar resolver uma pendência[9].

Em outro julgado, a 21ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça

[9] APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. ESPERA EXCESSIVA, DESPROPORCIONAL E ILEGAL PARA ATENDIMENTO BANCÁRIO. DANO TEMPORAL OU DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR CARACTERIZADO. AFASTAMENTO DA SÚMULA 75 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SENTENÇA QUE RECONHECEU A FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO, PORÉM JULGOU IMPROCEDENTE O PEDIDO DE DANOS MORAIS, POR ENTENDER QUE HOUVE APENAS UM "MERO ABORRECIMENTO". PERÍODO DE TEMPO EXCESSIVO E IRRECUPERÁVEL GASTO NOS DOIS ATENDIMENTOS RECONHECIDOS PELA SENTENÇA E NÃO IMPUGNADOS PELO APELADO. CONSUMIDOR QUE DESPERDIÇOU CERCA DE 2 HORAS E 30 MINUTOS, NO PRIMEIRO DIA, E 3 HORAS E 20 MINUTOS, NO SEGUNDO DIA, NUM TOTAL DE CINCO HORAS E CINQUENTA MINUTOS, NOS DOIS DIAS, A FIM DE OBTER ATENDIMENTO BANCÁRIO. DANO TEMPORAL OU DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR PERFEITAMENTE DELINEADO, QUE SE CARACTERIZA QUANDO O CONSUMIDOR GASTA O SEU TEMPO VITAL, ATRIBUTO DA PERSONALIDADE, EM RAZÃO DA PRÁTICA ABUSIVA DO FORNECEDOR E DO EVENTO DANOSO DELA RESULTANTE. DE FATO, O TEMPO NA VIDA DE UMA PESSOA CONSTITUI UM BEM EXTREMAMENTE VALIOSO, CUJO DESPERDÍCIO SE AFIGURA IRRECUPERÁVEL, DE MODO QUE SE TORNA COMPLETAMENTE DESCABIDO FALAR-SE EM "MERO ABORRECIMENTO", INDICATIVO DE ALGO SIMPLES, DESIMPORTANTE, SUPORTÁVEL. NO CASO CONCRETO, AO CONTRÁRIO, AS PRÁTICAS ABUSIVAS PERPETRADAS PELO APELADO, DE MODO REITERADO, VIOLARAM O DIREITO DA PERSONALIDADE DO APELANTE, RELACIONADO AO SEU TEMPO VITAL, EXISTENCIAL OU PRODUTIVO, ENQUANTO SUPORTE DA PRÓPRIA VIDA, E LHE CAUSARAM INDISCUTÍVEL DANO MORAL, COMO CONSEQUÊNCIA DA PERDA IRREVERSÍVEL DE UMA PARTE DE SUA VIDA. QUANTUM REPARATÓRIO. UTILIZAÇÃO DO MÉTODO BIFÁSICO PARA ARBITRAMENTO DO DANO. VALORIZAÇÃO DO INTERESSE JURÍDICO LESADO E DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO EM R$ 6.000,00 (SEIS MIL REAIS). PRECEDENTES. PROVIMENTO DO RECURSO. Apelação Cível nº 0000130-58.2017.8.19.0076 Apelante: Mateus Duarte de Freitas. Apelado: Banco do Brasil S/A. Relator: Desembargador Alcides da Fonseca Neto. Data do Julgamento: 25/06/2018.

do Rio de Janeiro (TJRJ) negou provimento ao recurso de uma empresa fornecedora que contestava o dever de indenizar uma consumidora em danos morais; o órgão julgador se fundamentou no fato de que esta tinha perdido tempo para consertar uma geladeira que ainda estava na vigência da garantia contratual[10].

Na doutrina, esta nova "categoria de dano" é teorizada inicialmente por Marcos Dessaune, com o lançamento de seu livro Desvio Produtivo do Consumidor em 2011[11]. Para o autor, "o tempo é um recurso produtivo limitado"[12] e o "dano em questão resulta da lesão ao tempo vital do consumidor que, enquanto bem econômico escasso e incumulável, nesta situação sofre um desperdício irrecuperável"[13].

Deve-se ressaltar que a construção da teoria do desvio produtivo no Direito do Consumidor está relacionada a uma tentativa da doutrina e, em certa medida, da jurisprudência, de se contraporem à tese jurisprudencial do "mero aborrecimento". Por esta tese, compreende-se a utilização recorrente pelos tribunais do argumento de que determinada situação se enquadra tão somente como "mero dissabor" ou "mero aborrecimento" do cotidiano, não sendo, por isso, passível de gerar um dano moral indenizável.

A fundamentação legal que viabiliza a recepção da teoria do

[10] Apelação Cível. Relação de Consumo. Ação de Obrigação de Fazer c/c Indenizatória. Vício do Produto. Aquisição de refrigerador. Prestador de serviço que não providenciou o conserto em tempo razoável. Bem imprestável ao uso. Falha na prestação do serviço caracterizada. Sentença de Procedência. Manutenção. Legítima Expectativa da Consumidora, que não teve como utilizar o produto. Incidência da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor. Exposição do consumidor à perda de tempo excessiva e inútil, na tentativa de solução amigável de problema de responsabilidade do fornecedor. O tempo na vida de uma pessoa representa um bem extremamente valioso, cujo desperdício em vão não pode ser recuperado, causando uma lesão extrapatrimonial. Dano Moral configurado. Verba fixada em R$8.000,00 (oito mil reais), que atendeu aos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade e dentro dos parâmetros desta Corte (TJ-RJ – APL: 02005302201781900012, Rio de Janeiro/Capital, 13º Vara Cível, Relator: Regina Lúcia Passos, Data de Julgamento: 19/06/2018, Vigésima Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: 26/06/2018).

[11] DESSAUNE, Marcos. **Desvio Produtivo do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

[12] DESSAUNE, Marcos. **Teoria Aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada**. 2 Ed. Vitória: Edição Especial do Autor, 2017, p. 270.

[13] DESSAUNE, Marcos. **Teoria Aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada**. 2 Ed. Vitória: Edição Especial do Autor, 2017, p. 270.

desvio produtivo no direito do consumidor deriva de um esforço interpretativo ancorado nos princípios: da dignidade da pessoa humana e, por conseguinte, do direito à autodeterminação (artigo 1º, inciso III, Constituição Federal); da proteção dos consumidores (artigo 5º, incisos XXXII, e artigo 170, V, Constituição Federal); do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor (artigo 4º, incisos I, III e V, Código de Defesa do Consumidor); da garantia de qualidade e segurança dos produtos e serviços (artigo 8º e seguintes, Código de Defesa do Consumidor); e da reparação e prevenção dos danos causados ao consumidor (artigo 6º, VI, Código de Defesa do Consumidor).

Para Rene Loureiro e Héctor Santana,

> "A interpretação sistemática da Constituição Federal conduz à conclusão de que o direito à reparação pelo tempo injustamente perdido traduz-se em um direito fundamental implícito e encontra sustentáculo na proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB), no direito fundamental da liberdade e de utilizar seu tempo livremente (art. 5º, caput, da CRFB), no direito social ao lazer, à saúde, ao trabalho (art. 7º, caput, da CRFB) e no direito fundamental à convivência familiar (art. 226, caput, DA CRFB)."[14]

No Rio de Janeiro, onde a teoria do desvio produtivo do consumidor inicialmente encontrou maior guarida, até pouco tempo, tinha-se a súmula nº 75 do Tribunal de Justiça, conhecida como a "súmula do mero aborrecimento". Segundo a qual "o simples descumprimento de dever legal ou contratual, por caracterizar mero aborrecimento, em princípio, não configura dano moral, salvo se da infração advém circunstância que atenta contra a dignidade da parte".

Referida súmula foi revogada em 2018 pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por unanimidade, que aceitou o pedido da Ordem dos Advogados do Brasil do Rio de Janeiro (OAB/RJ). Dentre os fundamentos que embasaram a decisão de revogação da sumula, tem-se a teoria do desvio produtivo do consumidor[15].

Não obstante, a discussão envolvendo o limiar entre um dano

---

[14] LOUREIRO, Rene Edney Soares; SANTANA, Héctor Valverde. Dano moral e responsabilidade objetiva do fornecedor pela perda do tempo produtivo do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, v. 106, jul./ago., 2016, p. 357.

[15] TJRJ - Processo Administrativo nº 0056716-18.2018.8.19.0000. Requerente: Desembargador Diretor Geral do Centro de Estudos e Debates do Tribunal de Justiça

moral indenizável e o "mero aborrecimento" nas situações relacionadas à busca pelo consumidor em resolver defeitos ou vícios do produto ou do serviço, esbarra, inicialmente, no próprio conceito de dano moral.

2. DANO MORAL INDENIZÁVEL - DESAFIOS PARA UM CONCEITO:

Embora tenha contornos de uma categoria consolidada no ordenamento jurídico, o reconhecimento da indenizabilidade do dano moral é relativamente recente em nosso ordenamento jurídico e está inserido na tendência de expansão dos danos indenizáveis. Para Silmara Chinelllato haveriam três tendências no instituto da responsabilidade civil moderna, quais sejam: a expansão dos danos indenizáveis; a objetivação da responsabilidade civil; e a coletivização da responsabilidade[16].

Ainda que já houvesse previsão em diplomas esparsos, como na Lei dos Direitos Autorais, é com a Constituição da República de 1988, principalmente em seu artigo 5º, incisos V e X, que o instituto do dano moral, bem como sua indenizibilidade, é efetivamente reconhecido pelo ordenamento jurídico brasileiro[17]. A partir da previsão legislativa, surgem uma série de questionamentos e reflexões sobre o instituto, tanto no âmbito doutrinário quanto no jurisprudencial.

O primeiro questionamento está relacionado ao próprio conceito do instituto, que, mesmo após 31 (trinta e um) anos de sua expressa previsão constitucional, ainda carece de uniformidade. Inicialmente, é possível identificar ao menos quatro formas de conceituação distintas quanto ao dano moral.

A primeira forma está relacionada a uma tentativa de caracterizar o dano moral indenizável a partir da prática de um ato ilícito

---

– CEDES. Relator: Des. Mauro Pereira Martins. Data de Julgamento: 17/12/2018.

[16] CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Adoção de nascituro e a quarta era dos direitos: razões para se alterar o caput do art. 1621 do novo Código Civil. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. **Novo Código Civil: questões controvertidas**. São Paulo: Método, 2003, p. 940.

[17] 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: [...] V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...] 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.

causador de consequências sentimentais negativas ao lesado, como dor, sofrimento, vexame ou humilhação. Nesse sentido, citando Savatier, José Raffaelli Santini traz que "dano moral é todo sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária" [18]. Ressalte-se que esta compreensão é a que prepondera em nossos tribunais[19].

Uma segunda forma, que pode ser subdivida em duas correntes, busca conceituar o instituto do dano moral a partir de um conceito substantivo[20]. Para a primeira corrente, o conceito de dano moral derivaria de uma violação à dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, cite-se Sérgio Cavalieri Filho, segundo o qual, "o dano moral é violação do direito à dignidade"[21]. Com entendimento semelhante, para Maria Celina Bodin de Moraes:

> "Conceitua-se o dano moral como lesão à dignidade da pessoa humana [...] Socorre-se, assim, da opção fundamental do constituinte para destacar que a ofensa a qualquer aspecto extrapatrimonial da personalidade, mesmo que não se subsuma a um direito subjetivo específico, pode produzir dano moral, contanto que grave o suficiente para ser considerada lesiva à dignidade humana"[22].

Para a segunda corrente, entretanto, o conceito de dano moral estaria relacionado à violação de um direito subjetivo específico, qual seja, um direito de personalidade. Assim, para Orlando Gomes, "dano moral é [...] o constrangimento que alguém experimenta em consequência de lesão a direito personalíssimo, ilicitamente produzido por outrem"[23]. Ressalte-se que, para Umberto Cassiano Garcia Scramin, a ten-

---

[18] SANTINI, José Raffaelli. **Dano Moral.** 3. ed. São Paulo: Millennium, 2002, p. 14.
[19] Nesse sentido, cite-se o seguinte trecho de um acórdão do Superior Tribunal de Justiça (STJ): "A indenização por dano imaterial, como a dor, a tristeza ou a humilhação sofridas pela vítima, mercê de valores inapreciáveis economicamente, não impede que se fixe um *quantum* compensatório, com o intuito de suavizar o respectivo dano" (STJ - Ag. Reg. no REsp n. 901.897/RN, 2006/0250012-1, Relator: Ministro Luiz Fux, Data de Julgamento: 25/11/2008, Primeira Turma,1º T., DJe 17/12/2018).
[20] SCRAMIN, Umberto Cassiano Garcia. O conceito de dano moral. In: CORREIA, Atalá; CAPUCHO, Fabio Jun (Orgs). **Direitos da personalidade: a contribuição de Silmara J. A. Chinellato**. Barueri: Manole, 2019, p. 59.
[21] CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 101.
[22] MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 332-333.
[23] GOMES, Orlando. **Obrigações**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 271.

tativa de conceituar o instituto do dano moral a partir de um conceito substantivo ou positivo, é inadequada ao instituto da responsabilidade civil, por excluir realidades que precisam ser tuteladas pelo ordenamento e por confundir os momentos do dano (dano-evento e dano-prejuízo)[24].

Por último, é possível identificar uma tentativa de conceituar o dano moral a partir de um conceito negativo, compreendido enquanto um prejuízo que não é passível de verificação econômica e como lesão a um interesse juridicamente tutelado. Assim, para Rubens Limongi França, "dano moral é aquele que, direta ou indiretamente, a pessoa física ou jurídica, bem assim a coletividade, sofre no aspecto não econômico dos seus bens jurídicos"[25].

Estas são apenas algumas das perspectivas teóricas a *priori* identificadas sobre o conceito de dano moral na doutrina e na jurisprudência e que influem diretamente na discussão sobre a admissibilidade ou não de um dano temporal, seja como dano autônomo ou como subcategoria do dano moral indenizável. Não obstante, um dos objetivos deste trabalho é identificar outras perspectivas teóricas sobre o tema, bem como explicitar os sentidos e alcances das perspectivas aqui referenciadas.

A partir de tal construção é que se pretende analisar se a resposta mais adequada para as situações em que o consumidor dispende uma parcela do seu tempo útil para solucionar questões geradas pela conduta do fornecedor é a aplicação jurisprudencial da teoria do desvio produtivo e do dano temporal. A princípio, identifica-se os institutos da violação positiva do contrato, em relações contratuais, e do abuso de direito, em relações extracontratuais, como respostas mais adequadas para tais situações.

3. O DANO TEMPORAL E A TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR NA VISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ):

Em recente decisão monocrática do Ministro Luis Felipe Salomão do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no Agravo em Recurso Espe-

[24] SCRAMIN, Umberto Cassiano Garcia. O conceito de dano moral. In: CORREIA, Atalá; CAPUCHO, Fabio Jun (Orgs). **Direitos da personalidade: a contribuição de Silmara J. A. Chinellato**. Barueri: Manole, 2019, p. 62-63.

[25] FRANÇA, Rubens Limongi. Reparação do dano moral. **Revista dos Tribunais**. V. 631, maio/1988, P. 30.

cial nº 1.531.696 – SP (2019/0186801-5), manteve-se uma decisão do Tribunal de Justiça do São Paulo (TJSP) que condenou uma fabricante de elevadores a indenizar um cliente pelos transtornos ao tentar resolver problemas no elevador comprado[26].

Após tentar resolver os impasses com o produto por meio de vias extrajudiciais, o consumidor ingressou com uma ação de indenização por danos morais no importe de R$75.000,00 (setenta e cinco mil reais), e danos materiais relativos às despesas que foram necessárias ao conserto do produto. Na sentença do juízo *a quo*, a fornecedora foi condenada por danos morais fixados em 20 salários-mínimos, sob o fundamento de que "tornando bastante difícil o que haveria de ser relativamente fácil, a ré impôs ao autor um inacreditável suceder de aborrecimentos, extrapolando qualquer parâmetro de razoabilidade".

Em sede de segunda instância, manteve-se o valor, entendendo o Tribunal que "é manifesto que o autor foi privado de tempo relevante para dedicar-se ao exercício de atividades que melhor lhe aprouvesse, em virtude dos problemas enfrentados com o elevador". Não obstante, entendeu o Tribunal que seria uma hipótese de aplicação da teoria do desvio produtivo do consumidor, que se caracteriza, nos dizeres de Marcos Dessaune:

> "quando o consumidor, diante de uma situação de mau atendimento, precisa desperdiçar o seu tempo e desviar as suas

[26] Civil. Ação de indenização por danos materiais e morais. Compra e venda de elevador panorâmico para residência do autor e respectiva instalação. Alegação de vícios apresentados pelo produto. Sentença de procedência em parte que acolheu a pretensão indenizatória a título de dano moral. Pretensão à reforma manifestada por ambas as partes. Recurso da ré. Ausência de fundamentação não configurada: decisão que analisou os pedidos e conferiu à lide a solução que entendeu adequada. Cerceamento de defesa inocorrente. Inteligência do artigo 370 do CPC. Responsabilidade objetiva da fornecedora. Excludentes da responsabilidade não configuradas. Dano moral caracterizado. Razões recursais sem potência de alterar a solução da causa. Montante arbitrado na sentença que não comporta redução, por isso que razoavelmente arbitrado. Juros de mora desde a citação, pois se trata de relação contratual. Recurso da autora. Majoração do quantum indenizatório a título de dano moral incabível, como acima delineado. Indenização devida a título de dano materiais, relativos às despesas que serão necessárias ao conserto do produto, cuja apuração do respectivo "quantum" deverá ser feita em liquidação de sentença. RECURSO DA RÉ DESPROVIDO E DO AUTOR PROVIDO EM PARTE (TJSP: Apelação Cível 0023544-63.2013.8.26.0001; Relator (a): Mourão Neto; Órgão Julgador: 27ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional I - Santana - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 25/09/2018; Data de Registro: 27/09/2018).

> competências de uma atividade necessária ou por ele preferida para tentar resolver um problema criado pelo fornecedor, a um custo de oportunidade indesejado, de natureza irrecuperável"[27].

A teoria do desvio produtivo do consumidor, inicialmente desenvolvida a partir dos escritos de Marcos Dessaune, surgiu como tentativa de contraposição à tese jurisprudencial do mero aborrecimento[28]. Por consequência, busca responsabilizar os fornecedores pelos "desvios produtivos" causados aos consumidores na busca por solucionar vícios e defeitos dos produtos e serviços.

Para tanto, utiliza-se do conceito de "dano temporal", compreendido como uma "lesão antijurídica ao tempo que dá suporte à vida, enquanto atributo da personalidade humana"[29]. Nos julgados inicialmente analisados para este trabalho, ressalta-se que tal hipótese de dano é abordada como causa ensejadora de dano moral, apesar de haver entendimento doutrinário no sentido de se caracterizar enquanto uma causa de dano autônomo[30]. Não obstante, como já abordado, tal discussão recai sobre o próprio conceito de dano moral e suas diversas conceituações doutrinárias e jurisprudenciais.

Ao se falar em tese jurisprudencial do mero aborrecimento compreende-se um entendimento reiterado pelos tribunais, que, sob o argumento de combater a "indústria do dano moral", determinam com mero dissabor ou aborrecimento do cotidiano o que é imposto aos consumidores em sua busca por solucionar problemas com produtos e serviços. E que, por conseguinte, ilidem a responsabilidade civil dos fornecedores.

Em pesquisa realizada no portal de jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça (STJ), tendo como marco temporal os julgados

---

[27] DESSAUNE, Marcos. **Desvio Produtivo do Consumidor**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2011.

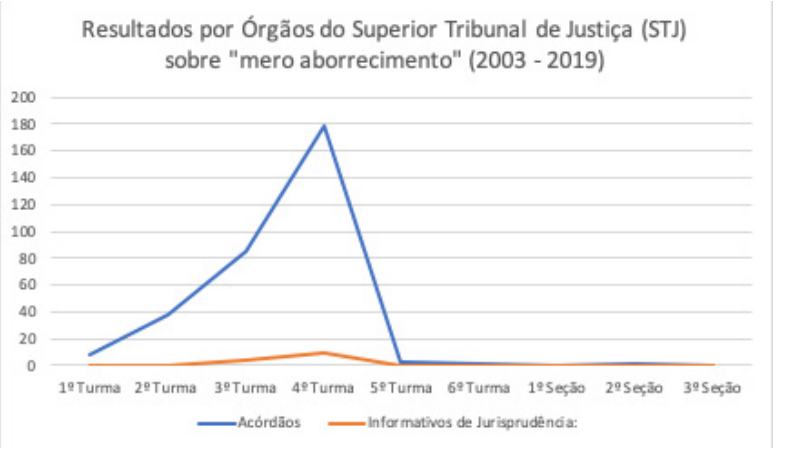
[28] DESSAUNE, Marcos. **Desvio Produtivo do Consumidor**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2011.

[29] DESSAUNE, Marcos. **Teoria Aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada**. 2 Ed. Vitória: Edição Especial do Autor, 2017, p. 276.

[30] GUGLINSKI, Vitor Vilela. O Dano Temporal e sua Reparabilidade: aspectos doutrinários e visão dos tribunais brasileiros. **Misión Jurídica: Revista de Derecho y Ciencias Sociales**. Colaboradores Externos Internacionales. Bogotá, n. 11, 2016, p. 92.

realizados entre 2003 e 2019, foram encontrados 313 acórdãos para uma busca com o termo "mero aborrecimento" e 13 informativos de jurisprudência relacionados, já para o termo "mero dissabor" são encontrados 280 acórdãos e 18 informativos de jurisprudência. Não foram identificadas súmulas ou decisões monocráticas com ambos os termos.

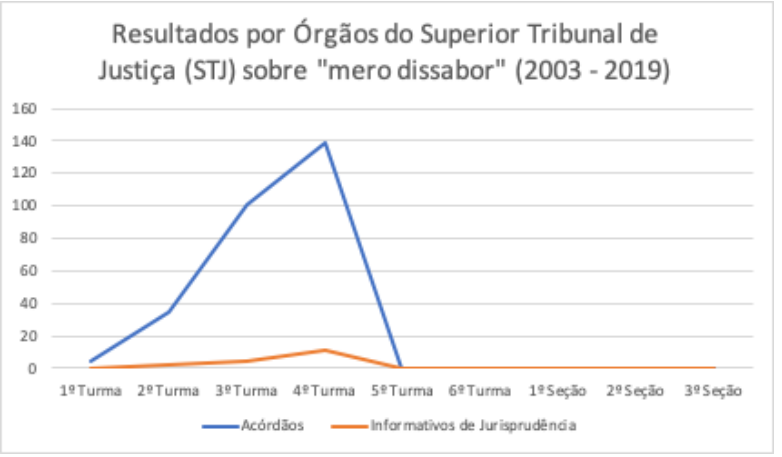
Quanto ao termo "mero aborrecimento", subdividindo a pesquisa nos órgãos internos do Superior Tribunal de Justiça (STJ), é possível identificar que o maior número de acórdãos pertence à 4º Turma, que julgou 178 acórdãos e publicou 9 informativos de jurisprudência. Na 1º Turma é possível encontrar 8 acórdãos e, na 2º Turma, 38 acórdãos. Já na 3º Turma identificam-se 85 acórdãos e 4 informativos de jurisprudências. Por último, na 5º Turma é possível identificar 2 acórdãos e, na 6º Turma, apenas 1 acórdão. Quanto às Seções, é possível encontrar apenas 1 acórdão, publicado pela 2º Seção, e que é formada pelos ministros das 3º e 4º Turmas. Na 1º e na 3º Seção não foram identificados resultados. O gráfico comparativo dos números pode ser analisado na Imagem I.



[IMAGEM I] Gráfico comparativo em formato de linhas com os resultados encontrados por Órgão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre "mero aborrecimento".

Quanto ao termo "mero dissabor", o maior número de acórdãos também pertence à 4º Turma, que julgou 139 acórdãos e publicou 11 informativos de jurisprudência. Na 1º Turma é possível encontrar 5 acórdãos e, na 2º Turma, 35 acórdãos e 2 informativos de jurispru-

dências. A 3º Turma teve 101 acórdãos publicados e 5 informativos de jurisprudência. Na 5º e na 6º Turmas não foi possível identificar nenhum acórdão ou informativo sobre o tema. Também não foi possível identificar nenhum resultado na 1º, na 2º ou na 3º Seção. O gráfico comparativo dos números pode ser analisado na Imagem II.



[IMAGEM II] Gráfico comparativo em formato de linhas com os resultados encontrados por Órgão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre "mero dissabor".

Observa-se que a divisão dos resultados está intrinsicamente relacionada a repartição de competências entre os Órgãos da Suprema Corte. A competência para julgar casos envolvendo o Direito do Consumidor e o instituto da responsabilidade civil, pertence majoritariamente à 2º Seção, composta pelas 3º e 4 Turmas, conforme o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (STJ)[31].

Utilizando o termo "teoria do desvio produtivo do consumidor", com os mesmos critérios de pesquisa, é possível identificar 1 acór-

[31] Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Edição revista, ampliada e atualizada até a Emenda Regimental n. 35, de 8 de maio de 2019. Capítulo II - Da Competência do Plenário, da Corte Especial, das Seções e das Turmas. Seção I - Das Áreas de Especialização. Art. 9º A competência das Seções e das respectivas Turmas é fixada em função da natureza da relação jurídica litigiosa: [...] § 2º À Segunda Seção cabe processar e julgar os feitos relativos a: [...] II - obrigações em geral de direito privado, mesmo quando o Estado participar do contrato; III - responsabilidade civil, salvo quando se tratar de responsabilidade civil do Estado; [...] XIV - direito privado em geral.

dão, 1 informativo de jurisprudência e 13 decisões monocráticas publicados. Não foram identificadas súmulas sobre o tema.

Ressalta-se que embora se adote neste trabalho a denominação "teoria do desvio produtivo do consumidor" como parâmetro de pesquisa por ser a mais utilizada na jurisprudência, a mesma é objeto de várias críticas doutrinárias, por ser considerada com carga predominantemente patrimonial e utilitarista, não condizentes com a realidade do dano temporal indenizável. Alternativamente propõem-se a utilização da expressão "lesão ao tempo". Para Carlos Edison Monteiro do Rêgo Filho:

> "Associar a lesão ao tempo do consumidor às expressões "desvio produtivo do consumo" ou de "perda de tempo útil" pode fazer transparecer a ideia de que só estaria configurada a lesão quando o ofendido perdesse tempo considerado produtivo aos olhos externos. Em outras palavras, a lesão estaria não no desperdício do tempo em si, entendido como objeto de tutela do ordenamento, mas na perda da oportunidade de geração de riquezas causadas pela lesão temporal"[32].

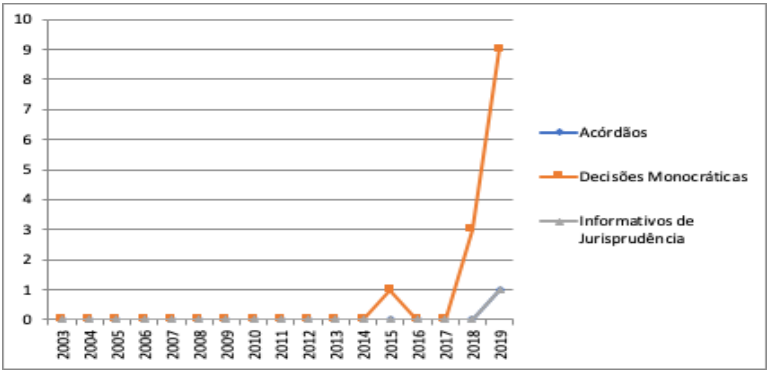
A primeira decisão que utilizou da teoria do desvio produtivo do consumidor é datada de 2015 de relatoria da Ministra Maria Isabel Gallotti, não tendo sido identificado nenhum resultado no período compreendido entre 2003 e 2014. Foram identificadas 3 decisões monocráticas no ano de 2015 e, nos anos de 2016 e 2017, também não foram encontrados resultados. No ano de 2019 foram identificados 1 acórdão e 9 decisões monocráticas, o maior volume até o momento. O gráfico comparativo dos números pode ser analisado na Imagem III.

Das 13 decisões monocráticas ora mencionadas, 5 tiveram origem a partir de julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP). Já o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) é o segundo com o maior número de origem das decisões, com 3, e o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso (TJMT) o terceiro, com 2. O Tribunal de Justiça do Distrito Federal (TJDF), o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS) e o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul (TJMS) possuem 1 decisão cada um.

Quanto à multiplicidade de relações jurídicas encontradas no recorte jurisprudencial selecionado, identifica-se que o assunto mais re-

[32] MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Lesão ao tempo do consumidor. **Revista de Direito da Responsabilidade**. Coimbra. Ano 2, 2020, p. 173.

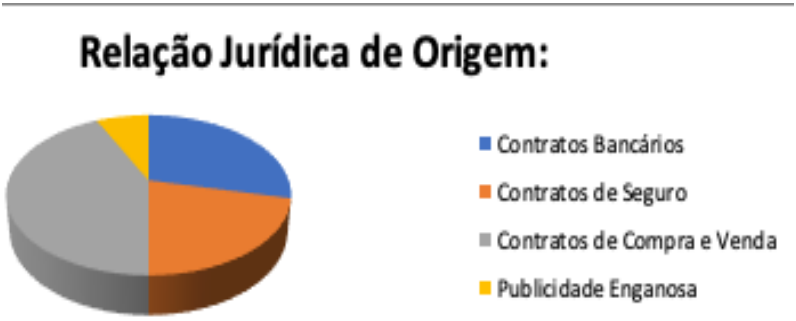
corrente nas decisões monocráticas envolvendo a aplicação da teoria do desvio produtivo do consumidor são os contratos de compra e venda, com 5 julgados. Em 4 decisões discutem-se contratos bancário, em 3 decisões discutem-se contratos de seguro e em 1 decisão discute-se publicidade enganosa. Os resultados podem ser conferidos na imagem IV e V, respectivamente.



[IMAGEM III] Gráfico comparativo em formato de linhas com os resultados encontrados no período entre 2003 e 2019 para o termo "teoria do desvio produtivo do consumidor".



[IMAGEM IV] Gráfico comparativo em formato de linhas com os resultados encontrados nas decisões monocráticas do Superior Tribunal de Justiça (STJ) com o termo "teoria do desvio do produtivo do consumidor" conforme o tribunal de origem da decisão.



[IMAGEM V] Gráfico comparativo em formato de linhas com os resultados encontrados nas decisões monocráticas do Superior Tribunal de Justiça (STJ) com o termo "teoria do desvio do produtivo do consumidor" conforme a natureza jurídica da relação que originou a decisão.

No que tange ao único acórdão identificado, este foi julgado pela 3º Turma em fevereiro de 2019, sob a relatoria da Ministra Nancy Andrighi. Tratava-se recurso especial em ação coletiva de consumo, por meio da qual se requereu a condenação de determinada instituição financeira ao cumprimento das regras de atendimento presencial em suas agências bancárias relacionadas ao tempo máximo de espera em filas, à disponibilização de sanitários e ao oferecimento de assentos a pessoas com dificuldades de locomoção, além da compensação dos danos morais coletivos causados pelo não cumprimento de referidas obrigações[33].

O recurso foi conhecido e obteve provimento unânime. Em

[33] RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. TEMPO DE ATENDIMENTO PRESENCIAL EM AGÊNCIAS BANCÁRIAS. DEVER DE QUALIDADE, SEGURANÇA, DURABILIDADE EDESEMPENHO. ART. 4º, II, "D", DO CDC. FUNÇÃO SOCIAL DA ATIVIDADE PRODUTIVA. MÁXIMO APROVEITAMENTO DOS RECURSOS PRODUTIVOS. TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR. DANO MORAL COLETIVO. OFENSA INJUSTA E INTOLERÁVEL. VALORES ESSENCIAIS DA SOCIEDADE. FUNÇÕES. PUNITIVA, REPRESSIVA E REDISTRIBUTIVA. 1. Cuida-se de coletiva de consumo, por meio da qual a recorrente requereu a condenação do recorrido ao cumprimento das regras de atendimento presencial em suas agências bancárias relacionadas ao tempo máximo de espera em filas, à disponibilização de sanitários e ao oferecimento de assentos a pessoas com dificuldades de locomoção, além da compensação dos danos morais coletivos causados pelo não cumprimento de referidas obrigações. 2. Recurso especial interposto em: 23/03/2016; conclusos ao gabinete em: 11/04/2017; julgamento: CPC/73. 3. O propósito recur-

seu voto a Ministra Relatora entendeu que a instituição financeira recorrida optou por não adequar seu serviço aos padrões de qualidade previstos em lei, impondo à sociedade o desperdício de tempo útil e acarretando violação injusta e intolerável ao interesse social de máximo aproveitamento dos recursos produtivos, o que é suficiente para a configuração do dano moral coletivo. A partir deste julgamento originou-se o informativo de jurisprudência nº 0641 de 1º de março de 2019, segundo o qual:

> "o descumprimento de normas municipais e federais que estabelecem parâmetros para a adequada prestação do serviço de atendimento presencial em agências bancárias, gerando a perda do tempo útil do consumidor, é capaz de configurar

---

sal é determinar se o descumprimento de normas municipais e federais que estabelecem parâmetros para a adequada prestação do serviço de atendimento presencial em agências bancárias é capaz de configurar dano moral de natureza coletiva. 4. O dano moral coletivo é espécie autônoma de dano que está relacionada à integridade psico-física da coletividade, bem de natureza estritamente transindividual e que, portanto, não se identifica com aqueles tradicionais atributos da pessoa humana (dor, sofrimento ou abalo psíquico), amparados pelos danos morais individuais. 5. O dano moral coletivo não se confunde com o somatório das lesões extrapatrimoniais singulares, por isso não se submete ao princípio da reparação integral (art. 944, caput, do CC/02), cumprindo, ademais, funções específicas. 6. No dano moral coletivo, a função punitiva - sancionamento exemplar ao ofensor - é, aliada ao caráter preventivo - de inibição da reiteração da prática ilícita - e ao princípio da vedação do enriquecimento ilícito do agente, a fim de que o eventual proveito patrimonial obtido com a prática do ato irregular seja revertido em favor da sociedade. 7. O dever de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho que é atribuído aos fornecedores de produtos e serviços pelo art. 4º, II, d, do CDC, tem um conteúdo coletivo implícito, uma função social, relacionada à otimização e ao máximo aproveitamento dos recursos produtivos disponíveis na sociedade, entre eles, o tempo. 8. O desrespeito voluntário das garantias legais, com o nítido intuito de otimizar o lucro em prejuízo da qualidade do serviço, revela ofensa aos deveres anexos ao princípio boa-fé objetiva e configura lesão injusta e intolerável à função social da atividade produtiva e à proteção do tempo útil do consumidor. 9. Na hipótese concreta, a instituição financeira recorrida optou por não adequar seu serviço aos padrões de qualidade previstos em lei municipal e federal, impondo à sociedade o desperdício de tempo útil e acarretando violação injusta e intolerável ao interesse social de máximo aproveitamento dos recursos produtivos, o que é suficiente para a configuração do dano moral coletivo. 10. Recurso especial provido (STJ – REsp n. 1737412/SE - Recurso Especial 2017/0067071-8. Relator (a): Ministra Nancy Andrighi. Data de Julgamento: 05/02/2019, T3 Terceira Turma. Data da Publicação/DJe: 08/02/2019).

dano moral de natureza coletiva".

Por meio deste panorama, pretende-se demonstrar a situação dos temas ora trabalhados na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), corroborando a relevância e a atualidade dos problemas apresentados.

Ressalte-se que a escolha pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), se fundamenta na previsão constitucional do artigo 105 que caberá a esta Corte uniformizar a interpretação da lei federal em todo o Brasil, sendo de sua responsabilidade a solução definitiva dos casos civis que não envolvam matéria constitucional ou de justiça especializada.

A partir de tal construção é que se pretende analisar se a resposta mais adequada para as situações em que o consumidor dispende uma parcela do seu tempo útil para solucionar questões geradas pela conduta do fornecedor é a aplicação jurisprudencial da teoria do desvio produtivo e do dano temporal é. A princípio, identifica-se os institutos da violação positiva do contrato, em relações contratuais, e do abuso de direito, em relações extracontratuais, como respostas também adequadas para tais situações.

4. VELHOS INSTITUTOS, NOVAS POSSIBILIDADES - A VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO E O ABUSO DE DIREITO:

Por violação positiva do contrato ou adimplemento insatisfatório, compreende-se o inadimplemento derivado do descumprimento de um dever anexo à prestação principal. Conforme o Enunciado nº 24 do Conselho da Justiça Federal, "em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa". Preceitua Judith Martins-Costa, que existe uma "íntima relação entre o adimplemento (e, reversamente, o inadimplemento) e os deveres e limitações impostos pela boa-fé considerada em sua feição objetiva"[34].

Conforme aponta Clóvis do Couto e Silva, o sistema obriga-

[34] MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações**. Revista Brasileira de
Direito Comparado, nº 25. Rio de Janeiro, 2003, p. 255.

cional do Código Civil foi construído "apenas com base nas obrigações principais"[35] e, tendo enquanto principal referência, as obrigações de dar. Contudo, na compreensão moderna do direito das obrigações, o adimplemento não pode ser isolado do desenvolvimento completo da relação, estando relacionado não apenas ao cumprimento da obrigação principal, mas também dos esforços e meios empregados para sua realização, bem como das obrigações anexas.

A obrigação é considerada como um feixe complexo de relações e sujeitos, devendo ser considerada em sua integralidade. Para Menezes Cordeiro e Antônio Manual Rocha, "o vínculo obrigacional abriga, no seu seio, não um simples dever de prestar, simétrico a uma pretensão creditícia, mas antes vários elementos jurídicos dotados de autonomia bastante, para, de um conteúdo unitário, fazerem uma realidade composta"[36].

No mesmo sentido, identifica ainda Judith Martins-Costa que:

> "a dogmática propõe, contemporaneamente, a ideia da relação obrigacional como processo e como totalidade concreta, para evidenciar que não se trata meramente de um laço a ligar, estaticamente, crédito e débito: em seu substrato convivem as noções de estrutura, processo e função, as quais denotam os aspectos dinâmicos e teleológicos da relação. Na definição da relação obrigacional avulta a valoração dos interesses regulados pela própria relação, que se define, fundamentalmente, como uma complexa relação de cooperação"[37]

Não pode ser considerado como perfeitamente adimplido um contrato de consumo em que tenha ocorrido a satisfação da obrigação principal, não seja prestado pelo fornecedor um sistema eficiente de atendimento para tratar de questões atinentes a defeitos do produto ou do serviço. Ou mesmo quando é imposto ao consumidor, num contrato de prestações sucessivas, um verdadeiro calvário para modificar os termos contratuais ou encerrar a relação entabulada.

Prevê o artigo 422 do Código Civil que "os contratantes são

---

[35] COUTO E SILVA, Clovis. do. **A obrigação como processo**. São Paulo: J. Bushatsky, 1976, p. 38.

[36] CORDEIRO, Menezes; ROCHA, Antônio Manual. Da Boa-Fé no Direito Civil. Coimbra: Almedina, 1953, p. 586.

[37] MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, n° 25. Rio de Janeiro, 2003, p. 253.

obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé". Se historicamente as únicas fontes de obrigações eram legais ou as expressamente previstas no instrumento contratual, a partir do novo paradigma obrigacional, passam a surgir obrigações e deveres de condutas contratuais não necessariamente expressos, aferíveis conforme a situação jurídica em análise. Estes "não precisam estar expressos no contrato [...], uma vez que partem da constatação de que ambos os parceiros devem zelar pela satisfação do par, evitando a prática de atos danosos inúteis"[38].

Quanto ao instituto do abuso de direito, nos termos do artigo 187 do Código Civil, "também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes". E, nessa esteira, prevê o artigo 927 do mesmo diploma, que "aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo". Assim, é possível constatar um dever de reparação do fornecedor em relação ao consumidor.

Este pode ser compreendido como o exercício de um direito subjetivo que excede manifestadamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, seja em uma relação contratual ou extracontratual, e que deverá ser aferido casuisticamente. Tem se um imperativo para a aferição se determinada conduta encontra-se no exercício regular ou irregular e abusivo de direito, sob pena de ser considerado ilícito e, logo, geradora de um dever de indenizar.

O que se busca a partir da contraposição de ambos institutos, já positivados no ordenamento e derivados da boa-fé objetiva, à teoria do desvio produtivo do consumidor e a tese jurisprudencial do mero aborrecimento, é ampliar o leque protetivo sob o consumidor nas situações envolvendo a perda do tempo útil e a ocorrência de um "dano temporal".

No caso que deu ensejo ao presente problema, no Agravo em Recurso Especial nº 1.531.696 – SP (2019/0186801-5), pergunta-se se a condenação da fabricante de elevadores a indenizar o cliente por danos morais pelo desvio produtivo e "dano temporal" ao tentar resolver problemas no elevador comprado, e por danos materiais apenas no que

[38] USTÁRROZ, Daniel. **A Boa-Fé Objetiva no Novo Código Civil**. In: Direito dos Contratos: Temas Atuais. São Paulo: Livraria do Advogado, 2012.

tange às despesas necessárias ao conserto do produto, implica na melhor solução para o caso a partir dos instrumentos jurídicos oferecidos pelo ordenamento.

Indaga-se, exemplificativamente, quais soluções seriam possíveis a partir do disposto pelo artigo 20 do Código de Defesa do Consumidor, que prevê que na hipótese de vício de qualidade do produto pode o consumidor, alternativamente e à sua escolha, exigir a reexecução dos serviços; a restituição imediata da quantia paga sem o prejuízo de eventuais perdas e danos; e o abatimento proporcional do preço. Ademais, uma possibilidade que surge a partir deste dispositivo é o enquadramento do "dano temporal" na categoria de indenização por perdas e danos, prevista no inciso II. E, estando-se diante de uma relação contratual em que houve a violação dos deveres anexos, questiona-se ainda qual solução poderia ser formulada a partir do instituto da boa-fé objetiva, visando ampliar o leque protetivo sob o consumidor e a reparação integral do dano.

O que se propõe nestas hipóteses, é que uma alternativa para superar a infindável discussão sobre "a dor, o sofrimento ou a angústia" que a situação gerou ao consumidor, e que, justificaria a eventual indenizibilidade do dano moral, é a aplicação dos instituto do abuso de direito e da violação positiva do contrato. Ainda que seja dispensável a ilicitude da conduta para que haja o dever de indenizar o dano, o fato é que a conduta do fornecedor que age em subtração injusta ao tempo do consumidor, excede manifestadamente os limites impostos pela boa-fé, ou mesmo pelo seu fim econômico ou social.

Por fim, cumpre ressaltar que embora neste trabalho tenha se optado por realizar uma contraposição aparente entre os institutos, a utilização da boa-fé objetiva, seja por meio da figura da violação positiva do contrato ou do abuso de direito, não inibe a eventual discussão sobre a aplicação do dano moral contratual. Havendo um dano ao consumidor, este deve ser reparado, independente da relação jurídica da qual se origina. Porém, o que se pretende demonstrar é que, tratando-se de um dano originado de uma relação contratual, soma-se à possibilidade de aplicação do dano moral contratual, os institutos já consolidados no direito dos contratos, que não devem ser desconsiderados.

CONCLUSÃO

Importa salientar que a discussão sobre o dano temporal indenizável se insere numa nova compreensão da responsabilidade civil, na qual ganha relevo o caráter epistêmico de proteção à pessoa, com a consequente valorização da figura da vítima e da necessidade de sua integral reparação. Concomitante, tem-se uma nova teoria dos bens, renovada pela axiologia constitucional e pelo progresso tecnológico.

Ante este cenário, é hiperativa a superação da tese jurisprudencial do mero aborrecimento ou do mero dissabor, não sendo crível que os fornecedores, na hipótese de um dano temporal causado aos consumidores, tenham sua responsabilidade civil ilidida. Esta responsabilização, por conseguinte, como anteriormente apontado, pode ocorrer tanto pelo instituto do dano moral, como por meio dos instrumentos contratuais derivados da boa-fé objetiva.

No que tange à aplicação deste último, embora seja o instrumental menos utilizado, tem-se como benefício evitar uma eventual discussão sobre o próprio conceito de dano moral que, como ressaltado, possui diversas conceituações doutrinárias e jurisprudências. Exemplificativamente, pode-se evitar uma discussão sobre "a dor, o sofrimento ou a angústia" sofridos pelo consumidor e que seria necessário para uma eventual responsabilização.

Em apertada síntese, a partir da análise dos institutos propostos na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), foi possível inferir que o instituto do dano temporal está sendo recepcionado de maneira crescente e principalmente por meio da construção teórica da teoria do desvio produtivo do consumidor.

Nos julgados analisados, o dano temporal é aplicado enquanto espécie de dano moral e em oposição aos termos "mero aborrecimento" e "mero dissabor". Contudo, embora haja menções esparsas à boa-fé objetiva, o tribunal superior ainda não se atentou para a aplicação efetiva do instituto da violação positiva do contrato na hipótese em que o dano temporal se origina de uma relação contratual; ou mesmo, para o instituto do abuso de direito nas violações derivadas de relações extracontratuais.

A partir da composição dos institutos derivados da boa-fé objetiva com a construção doutrinária e jurisprudencial do dano temporal, busca-se ampliar o leque protetivo ao consumidor nas situações envol-

vendo uma lesão ao tempo. Devendo-se frisar que, independente do instituto utilizado, ou da relação jurídica da qual o dano se origina, o mais relevante é que este seja integralmente reparado e compensado.

Porquanto, num ordenamento jurídico constitucionalizado, no qual a proteção à pessoa humana é erigida enquanto fundamento da República e como mandamento axiológico da ordem democrática, os institutos jurídicos guardam sua condição intrínseca de validade na medida em que cumprem com mandados da carta constitucional.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. Novos rumos da responsabilidade civil por ato ilícito. In: ALMEIDA, José Luiz Gavião de (Org.). Temas Atuais de Responsabilidade Civil. São Paulo: Atlas, 2007.

BERGSTEIN, Laís. **O tempo do consumidor e o menosprezo planejado: o tratamento jurídico do tempo perdido e a superação das suas causas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BORGES, Gustavo; MAIA, Maurilio Casas. **Dano temporal: o tempo como valor jurídico**. Florianópolis: Empório do Direito, 2018.

CAHALI, Yussef Said. **Dano e indenização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CAVALIERI FILHO, Sério. Os Danos Morais no Judiciário Brasileiro e sua evolução desde 1988. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito Civil Contemporâneo: novos paradigmas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Adoção de nascituro e a quarta era dos direitos: razões para se alterar o caput do art. 1621 do novo Código Civil. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. **Novo Código Civil: questões controvertidas**. São Paulo: Método, 2003.

COUTO E SILVA, Clovis. do. **A obrigação como processo**. São Paulo: J. Bushatsky, 1976.

COUTO E SILVA, Clóvis do. O conceito de dano no direito brasileiro e

comparado. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 667, 1991.

CORDEIRO, António Meneses. **Da boa-fé no Direito Civil**. 6. reimpr. Coimbra: Almedina, 2015.

COSTA, Mario Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. Coimbra: Almedina, 2011.

DESSAUNE, Marcos. **Desvio Produtivo do Consumidor**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2011.

DESSAUNE, Marcos. **Teoria Aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada**. 2 Ed. Vitória: Edição Especial do Autor, 2017.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

DIAS, Maria Teresa Fonseca; GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza. **(Re) pensando a pesquisa jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

FRANÇA, Rubens Limongi. Reparação do dano moral. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 631, 1988.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Os deveres contratuais gerais nas relações civis e de consumo**. Curitiba: Juruá, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Responsabilidade civil pela perda do tempo**. Editorial, 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23925/responsabilidade-civil-pela-perda-do-tempo>. Acesso em: 02 de outubro de 2019.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 15 ed. Atualização e notas de Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

GOMES, Orlando. **Responsabilidade Civil**. Texto rev., atual. e ampl. Por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GUGLINSKI, Vitor Vilela. O Dano Temporal e sua Reparabilidade: aspectos doutrinários e visão dos tribunais brasileiros. **Misión Jurídica: Revista de Derecho y Ciencias Sociales**. Colaboradores Externos Internacionales. Bogotá, n. 11, p. 77-96, 2016.

LOUREIRO, Rene Edney Soares; SANTANA, Héctor Valverde. Dano moral e responsabilidade objetiva do fornecedor pela perda do tempo produtivo do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, v.

106, jul./ago., 2016, p. 357-378.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta: evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**. Goiânia, v.31, 2007.

MAIA, Maurilio Casas. Dano temporal: categoria lesiva autônoma? **Revista Jurídica Consulex**. Brasília, 2015.

MAIA, Maurilio Casas. O dano temporal indenizável e o mero dissabor cronológico no mercado de consumo: quando o tempo é mais que dinheiro – é dignidade e liberdade. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, v. 92, 2014.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações. **Revista Brasileira de Direito Comparado**. N° 25. Rio de Janeiro, 2003, p. 229-281.

MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 35, n. 139, 1998.

MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 789, 2001.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES, Cláudia Lima; BERGSTEIN, Laís. Menosprezo planejado de deveres legais pelas empresas leva à indenização. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico.** São Paulo, 2016.

MARQUES, Cláudia Lima; BERGSTEIN, Laís. A valorização e a tutela do tempo do consumidor: a nova posição do STJ sobre responsabilidade do comerciante por vícios. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 997, 2018.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Lesão ao tempo: configuração e reparação nas relações de consumo. **Revista AJURIS**. Porto Alegre, v. 43, 2016.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Limites ao princípio da reparação integral no direito brasileiro. **Civilística**. São Paulo, n. 1, a. 7,

2018.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Lesão ao tempo do consumidor. **Revista de Direito da Responsabilidade.** Coimbra. Ano 2, 2020.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MORATO, Antonio Carlos. Quadro geral dos direitos da personalidade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, v. 106/107, 2011/2012.

MOZOS, José Luis de Los. **Derecho Civil – Método**. Madrid: Civitas, 1988.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

OLIVA, Milena Donato. Dano moral e inadimplemento contratual nas relações de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, v. 93, 2014.

SANTINI, José Raffaelli. **Dano Moral**. 3. ed. São Paulo: Millennium, 2002.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Princípio da Reparação Integral: indenização no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHEREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos.** 6 ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2015.

SCHEREIBER, Anderson. Novas Tendências da Responsabilidade Civil Brasileira. **Revista Trimestral de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Padma, v. 22, p. 45-69, abr./jun. 2005.

SCRAMIN, Umberto Cassiano Garcia. O conceito de dano moral. In: CORREIA, Atalá; CAPUCHO, Fabio Jun (Orgs). **Direitos da personalidade: a contribuição de Silmara J. A. Chinellato**. Barueri: Manole, 2019.

SCRAMIN, Umberto Cassiano Garcia. Da Responsabilidade Civil pela frustração de tempo disponível. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 968, 2016.

SILVA, Jorge Gustavo Tamayo; CAU, Esteban Javier Arias. Uma visión sobre el daño moral en la relación de consumo. **Juris Dictio**. Córdoba, v. 20,

2017.

SILVA NETO, Orlando Celso da. Responsabilidade Civil pela Perda de Tempo Útil: tempo é um ativo indenizável? **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo, v. 4, 2015.

SOBREIRA, Marcelo José de Araújo Bichara. Responsabilidade civil por dano existencial – uma violação à autonomia privada. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, v. 72, 2016.

STEINER, Renata Carlos. **Reparação de Danos: interesse positivo e interesse negativo**. São Paulo: Quartir Latin, 2018.

STIGLITZ, Gabriel**. Protección jurídica del consumidor**. 2 ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1990.

STJ - Ag. Reg. no REsp n. 901.897/RN, 2006/0250012-1, Relator: Ministro Luiz Fux, Data de Julgamento: 25/11/2008, Primeira Turma,1º T., DJe 17/12/2018.

STJ – REsp n. 1737412/SE - Recurso Especial 2017/0067071-8. Relator (a): Ministra Nancy Andrighi. Data de Julgamento: 05/02/2019, T3 Terceira Turma. Data da Publicação/DJe: 08/02/2019.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. (Org.). **Responsabilidade civil: doutrinas essenciais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, v. 02, p. 1211-1228.

TARUFFO, Michele. **Precedente e jurisprudência**. Trad. Chiara de Teffé. **Civilistica**. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, 2014.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A Boa-fé Objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. **Obrigações: estudos na perspectiva civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 29-44.

TEPEDINO, Gustavo. Liberdades, tecnologia e teoria da interpretação. **Revista Forense**. São Paulo. v. 419, 2014.

TJRJ - Processo Administrativo nº 0056716-18.2018.8.19.0000. Requerente: Desembargador Diretor Geral do Centro de Estudos e Debates do Tribunal de Justiça – CEDES. Relator: Des. Mauro Pereira Martins. Data de Julgamento: 17/12/2018.

TJ-RJ – APL: 0000130-58.2017.8.19.0076 Apelante: Mateus Duarte de Freitas. Apelado: Banco do Brasil S/A. Relator: Desembargador Alcides da

Fonseca Neto. Data do Julgamento: 25/06/2018.

TJ-RJ – APL: 02005302220178190012, Rio de Janeiro/Capital, 13º Vara Cível, Relator: Regina Lúcia Passos, Data de Julgamento: 19/06/2018, Vigésima Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: 26/06/2018.

TJSP – APL: 0023544-63.2013.8.26.0001; Relator (a): Mourão Neto; Órgão Julgador: 27ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional I - Santana - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 25/09/2018; Data de Registro: 27/09/2018.

USTÁRROZ, Daniel. A Boa-Fé Objetiva no Novo Código Civil. In: **Direito dos Contratos: Temas Atuais**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2012.

AS *WRONGFUL ACTIONS* NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

NOVOS DANOS INDENIZÁVEIS BASEADOS EM VIDA INDESEJADA, NASCIMENTO INDEVIDO E CONCEPÇÃO INDESEJADA

Anna Luísa Braz Rodrigues[1]
Letícia Mendes Barbosa[2]

Resumo: Amplamente debatidas em países que adotam o sistema *common law*, *wrongful actions* ou ações de dano de vida são demandas judiciais baseadas em violação dos direitos reprodutivos como fundamento de responsabilidade civil. Tais concepções estão inseridas em uma mudança de paradigma que permite construções doutrinárias e jurisprudenciais quanto à novos danos indenizáveis. Portanto, o objetivo do presente trabalho é apresentar a construção dos novos danos indenizáveis baseados em vida indesejada, nascimento indevido e concepção indesejada no ordenamento jurídico brasileiro. A pesquisa pertinente teve natureza dogmática, revestindo-se de caráter bibliográfico, incluindo revisão de literatura e decisões judiciais. Assim, é possível observar que as questões acerca do tema se apresentam de maneira delicada, vez que o aborto é prática criminalizada nos termos do Código Penal brasileiro e as decisões nacionais estão centradas nas ações de concepção indesejada. Destaca-se, ainda, que a maior parte das demandas não recebem provimento e os pedidos de indenização aceitos são referentes à falha na produção ou comercialização de medicamentos contraceptivos.

Palavras-chave: concepção indesejada; nascimento indevido; vida indesejada.

---

[1] Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Lavras. Integrante do grupo de pesquisa Laboratório de Bioética e Direito. Estagiária do Ministério Público de Minas Gerais.

[2] Graduanda em Direito na Universidade Federal de Lavras. Membra do Laboratório de Bioética e Direito (LABB) e do PETi Direito/UFLA.

INTRODUÇÃO

O indivíduo encontrou novos desafios que repercutiram nas atuações jurídicas ao redor do mundo devido ao progresso científico e tecnológico. Especificamente, as mudanças nos usos e costumes da família e o desenvolvimento de novas técnicas de diagnóstico pré-concepcional e pré-natal tiveram um reflexo direto em novos danos da responsabilidade civil. Perante interesses dos pais e, até mesmo, da própria criança, essas novas pretensões podem ser identificadas na doutrina e na jurisprudência de diversos países sob alcunha de *wrongful actions* (*wrongful conception, wrongful birth e wrongful life*).

No ordenamento jurídico brasileiro, o debate ganhou destaque por meio de ações acerca de concepção indesejada em ações que discutem a suposta falha de métodos contraceptivos e influenciou debates acerca das restrições ao aborto, prática criminalizada nos termos do Código Penal brasileiro. De tal modo, o presente trabalho pretende discorrer sobre os novos danos indenizáveis baseados em vida indesejada, nascimento indevido e concepção indesejada no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista o desenvolvimento dos conceitos em outros países, os pressupostos da responsabilidade civil em nosso ordenamento, as restrições legislativas que impedem a efetividade dos conceitos apresentados e os julgados dos tribunais superiores brasileiros relacionados ao tema.

1. A RESPONSABILIDADE CIVIL DE MÉDICOS E LABORATÓRIOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Inicialmente, as instituições jurídicas dos povos instituíram o direito de vingança em que a consciência coletiva admitia que a vítima atuasse em prol da reparação do dano e também da punição ao autor. Esse comportamento social, ao invés de atento à intenção do agente, era focado na causalidade material entre a ação humana violadora da ordem jurídica e o dano. O papel da solidariedade da família e dos vizinhos era de grande relevo, de modo a se caracterizar uma responsabilidade objetiva e coletiva, sobretudo na índole penal[3].

Contudo, ao longo dos séculos, o autor do prejuízo passou a

[3] PAIVA, Mario Antonio Lobato de. Evolução da responsabilidade civil e seus pro-

reparar o dano e ser punido por meio do pagamento de certa soma de dinheiro. A diferença estava na atuação das autoridades públicas que evitavam desordens e lutas produzidas pelas vinganças sociais. Poderes públicos, por um lado, controlavam os valores das variadas indenizações pecuniárias e obrigavam os ofendidos a aceitarem esse tipo de reparação e, por outro lado, passavam a punir fatos que, por não afetarem diretamente particulares, anteriormente não eram sancionados. Posteriormente, também puniram os autores de atos que prejudicam particulares e, simultaneamente, a ordem social[1].

Ademais, a responsabilidade civil e a responsabilidade penal se separaram conceitualmente, de modo que a vítima obtém reparação em ação privada e a autoridade pública pune por meio de ação pública. A perspectiva clássica da responsabilidade civil pressupõe que o homem é livre e deve responder pelos seus atos, então a culpa traduzida em um fato intencional, imprudente ou negligente torna-se centro das análises da devida reparação[2].

Entretanto, na contemporaneidade, o avanço industrial e tecnológico exige um desenvolvimento das possibilidades e dos modos de atuação humana que multiplicam riscos. Tal mudança leva a novos ângulos em que os danos não são adequadamente indenizados e satisfeitos pelos esquemas tradicionais. Assim, acolheu-se a ideia de uma responsabilização independente da culpa denominada como responsabilidade objetiva[3].

Os próprios danos ganham novos contornos à medida que certas atividades ou profissões são suscetíveis a causar danos a terceiros, tendo destaque aquelas classificadas como liberais[4]. No caso da responsa-

---

blemas modernos. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 36, n. 144, 1999, p. 177-178. Disponível em: https://bit.ly/2INv96t. Acesso em: 08 mar. 2020.

[1] PAIVA, Mario Antonio Lobato de. Evolução da responsabilidade civil e seus problemas modernos. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 36, n. 144, 1999, p. 178. Disponível em: https://bit.ly/2INv96t. Acesso em: 08 mar. 2020.

[2] PAIVA, Mario Antonio Lobato de. Evolução da responsabilidade civil e seus problemas modernos. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 36, n. 144, 1999, p. 178-179.Disponível em: https://bit.ly/2INv96t. Acesso em: 08 mar. 2020.

[3] PAIVA, Mario Antonio Lobato de. Evolução da responsabilidade civil e seus problemas modernos. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 36, n. 144, 1999, p. 179. Disponível em: https://bit.ly/2INv96t. Acesso em: março de 2020.

[4] PAIVA, Mario Antonio Lobato de. Evolução da responsabilidade civil e seus pro-

bilidade civil dos profissionais da saúde, discute-se acerca do erro médico e dos desvios de conduta no decorrer de procedimentos cirúrgicos ou diagnósticos em que caberá ao autor do ato (e até mesmo às instituições públicas ou privadas vinculadas) responder por danos causados aos pacientes e aos seus familiares[5].

A autonomia, em sentido técnico, é o direito ao exercício da liberdade pessoal nos negócios de cunho patrimonial e também nos atos jurídicos de caráter existencial. Nas relações entre médicos e pacientes, o consentimento informado é a máxima expressão de autonomia para aceitar ou recusar tratamentos e intervenções, mas exige que a declaração de vontade do paciente seja externada de forma livre e devidamente esclarecida, ou seja, seja feita com base em informações acerca dos riscos e dos procedimentos a que será submetido[6].

A liberdade de escolha se relaciona com a dignidade da pessoa humana à medida que diz respeito às decisões livres e conscientes sobre a própria pessoa e seus bens. Forma-se, assim, o conceito de autonomia privada que reconhece a prerrogativa de ser e tornar-se o que desejar de acordo com cada indivíduo, que mantém um sentido particular para sua existência baseado em seus valores, crenças, cultura e anseios. Portanto, é preciso compreender a autonomia como uma possibilidade de se desenvolver e realizar a própria personalidade humana, além de meio jurídico para estabelecer obrigações. Destaca-se a relação intrínseca entre essa expressão de liberdade e os direitos da personalidade, que incluem direitos à vida, à integridade psicofísica, à saúde, entre outros[7].

A saúde, tida também como um direito fundamental, demanda uma postura ativa do Estado em relação aos eventuais abusos e

---

blemas modernos. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 36, n. 144, 1999, p. 180. Disponível em: https://bit.ly/2INv96t. Acesso em: 08 mar. 2020.

[5] GODINHO, Adriano Marteleto. A responsabilidade civil dos profissionais da saúde pela violação da autonomia dos pacientes. *In:* ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (Coord.). **Responsabilidade civil:** novas tendências. Indaiatuba: Editora Foco Jurídico, 2017, p. 463-464.

[6] GODINHO, Adriano Marteleto. A responsabilidade civil dos profissionais da saúde pela violação da autonomia dos pacientes. *In:* ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (Coord.). **Responsabilidade civil**: novas tendências. Indaiatuba: Editora Foco Jurídico, 2017, p. 463-464.

[7] GODINHO, Adriano Marteleto. A responsabilidade civil dos profissionais da saúde pela violação da autonomia dos pacientes. *In:* ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (Coord.). **Responsabilidade civil:** novas tendências. Indaiatuba: Editora Foco Jurídico, 2017, p. 468-470.

violações decorrentes de atos médicos, já que a autonomia do paciente foi uma conquista árdua perante o paradigma paternalista que definia essas relações. Após diversos diplomas e diretivas internacionais, é preciso reconhecer um espaço de liberdade de escolha que confirma que os médicos deixaram de ser soberanos quanto aos atos relativos à vida e à saúde dos pacientes[8].

O respeito ao paciente sempre foi pressuposto da atuação médica, mas as discussões sobre a liberdade e o fornecimento de informações eram pontuais. A preocupação hipocrática era direcionada à cura, então o consentimento do paciente interessava apenas para facilitar o trabalho já definido pelo médico[9]. Atualmente, é necessário refletir sobre o acesso à informação por parte do paciente, especialmente quanto à configuração de vulnerabilidade e vulneração e à caracterização da responsabilidade médica nesse cenário[10].

No Código de Ética Médica, o dever de informar encontra fundamento no art. 34[11] e o consentimento informado no art. 22[12].

---

[8] GODINHO, Adriano Marteleto. A responsabilidade civil dos profissionais da saúde pela violação da autonomia dos pacientes. *In:* ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (Coord.). **Responsabilidade civil:** novas tendências. Indaiatuba: Editora Foco Jurídico, 2017, p. 468-470.

[9] BERGSTEIN, Gilberto. **A informação na relação médico-paciente.** São Paulo: Saraiva, 2013, p. 109-112.

[10] GODINHO, Adriano Marteleto. A responsabilidade civil dos profissionais da saúde pela violação da autonomia dos pacientes. *In:* ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (Coord.). **Responsabilidade civil:** novas tendências. Indaiatuba: Editora Foco Jurídico, 2017, p. 468-470.

[11] É vedado ao médico: "Art. 34 - Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal." BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM nº 1931**, de 24 de setembro de 2009. Aprova o Código de Ética Médica. SGAS 915. Brasília, DF. Disponível em: <https://goo.gl/scW2PH>. Acesso em: 25 jul. 2018.

[12] É vedado ao médico: "Art. 22 - Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte." BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM nº 1931**, de 24 de setembro de 2009. Aprova o Código de Ética Médica. SGAS 915. Brasília, DF. Disponível em: <https://goo.gl/scW2PH>. Acesso em: 25 jul. 2018. Além do mais, por inferência, encontra previsão no art. 15 do Código Civil, que prescreve o seguinte: "Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica. " BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Planalto. Brasília, DF. Disponível em: <https://goo.gl/XffjJg>. Acesso em: 25 jul. 2018.

Ainda, quando classificado como relação de consumo[13], sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor, art. 6º, III[14], a informação (clara e adequada) constitui direito básico do paciente.[15] Dessa forma, temos que o consentimento informado "consiste no ato de decisão, concordância e aprovação do paciente ou de seu representante legal, após a necessária informação e explicações [sic], sob a responsabilidade do médico, a respeito dos procedimentos diagnósticos ou terapêuticos que lhe são indicados."[16] Seus elementos constitutivos são: voluntariedade, capacidade para consentir e informação[17].

Além disso, o dever de informar torna-se também parte central da autodeterminação presente no consentimento informado e definidor da atuação adequada do médico frente à integridade psicofísica do paciente[18]. Junto aos cuidados comumente relacionados à saúde, a informação é determinante para o desenvolvimento legítimo da relação

[13] "A qualificação da relação médico-paciente como relação de consumo tem sido reconhecida em nossa doutrina e jurisprudência majoritárias, muito embora a única referência aos profissionais liberais no Código de Defesa do Consumidor se destine justamente a afastar a sistemática da responsabilidade objetiva, adotada pelo diploma, da disciplina jurídica dessas atividades". SOUZA, Eduardo Nunes de. Do erro à culpa na responsabilidade civil do médico. **Civilistica.com**, a. 2, n. 2, p. 1-27, 2013, p. 11. Disponível em: <https://goo.gl/BBwS4T>. Acesso em: 02 ago. 2018.

[14] Além de tal dispositivo, menciona-se, igualmente: "Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.". BRASIL. **Lei nº 8078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <https://goo.gl/Q1Jm1v>. Planalto. Brasília, DF. Acesso em: 25 jul. 2018.

[15] BRASIL. **Lei nº 8078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <https://goo.gl/Q1Jm1v>. Planalto. Brasília, DF. Acesso em: 08 mar. 2020.

[16] BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Recomendação CFM n. 1/2016**. Dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica. Disponível em: <https://goo.gl/LmToHe>. Acesso em: 08 mar. 2020.

[17] RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. As pessoas com deficiência mental e o consentimento informado nas intervenções médicas. In: MENEZES, Joyceane Bezerra. (Org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**. 1ed. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 733-761.

[18] RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. As pessoas com deficiência mental e o consentimento informado nas intervenções médicas. In: MENEZES, Joyceane Bezerra. (Org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**. 1ed. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 733-761.

médico-paciente[19].

A partir desse ponto de vista, a responsabilidade civil passa a se preocupar com o dever de indenizar por parte do profissional, tanto em relação à relevância da informação quanto à efetiva transmissão[20]. O médico é responsável pela efetiva interação com seus pacientes, observando a individualidade de cada um, e utilizando o termo de consentimento informado para transmitir e registrar o conteúdo imprescindível para estabelecer um consentimento válido[21].

Se a informação for incompleta ou imprecisa para sustentar um consentimento devidamente esclarecido, a conduta médica passa a ser um ato não autorizado cabível de responsabilização civil. Igualmente, se o consentimento for obtido mediante induzimento malicioso capaz de deturpar a realidade dos fatos (dolo) ou ameaça de mal injusto (coação). Importante destacar que não é necessária a existência de dano à saúde do paciente para que o profissional incorra em responsabilização, pois o desrespeito à autonomia já justifica um dano à liberdade de escolha do paciente. Dessa maneira, mesmo que atue em estrita observância das normas e técnicas, caberá dever de reparar[22].

Além disso, é preciso entender como possível a aliança entre aspectos existenciais e patrimoniais em um mesmo contrato, tendo em vista que a relação entre médico e paciente é, em regra, contratual e, quando o paciente não escolhe o médico que o atenderá, extracontratual. Apesar das considerações jurisprudenciais acerca da obrigação de meio e de resultado, todo procedimento médico, estético ou reparador, pressupõe um fator subjetivo sobre as peculiaridades do paciente e os riscos inerentes[23].

Ainda, os profissionais liberais estão submetidos à responsa-

---

[19] BERGSTEIN, Gilberto. **A informação na relação médico-paciente.** São Paulo: Saraiva, 2013, p. 109-112.

[20] BERGSTEIN, Gilberto. **A informação na relação médico-paciente.** São Paulo: Saraiva, 2013, p. 109-112.

[21] GODINHO, Adriano Marteleto. A responsabilidade civil dos profissionais da saúde pela violação da autonomia dos pacientes. *In*: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (Coord.). **Responsabilidade civil:** novas tendências. Indaiatuba: Editora Foco Jurídico, 2017, p. 468-470.

[22] GODINHO, Adriano Marteleto. A responsabilidade civil dos profissionais da saúde pela violação da autonomia dos pacientes. *In*: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (Coord.). **Responsabilidade civil**: novas tendências. Indaiatuba: Editora Foco Jurídico, 2017, p. 468-470.

[23] DADALTO, Luciana. Investir ou desistir: análise da responsabilidade civil do

bilidade subjetiva que necessita de demonstração de culpa, mas, como configura-se uma relação de consumo, o ônus da prova incumbe ao profissional[24]. Em se tratando da aplicação de construções do direito do consumidor, cabem algumas considerações. Primeiramente, no que tange às ações de dano à vida, que compõem o tema principal deste trabalho, também entende-se como relação de consumo aquela estabelecida entre consumidor e fabricante de medicamento[25].

Nos casos que serão tratados, quando se referem à falha de medicamentos, aponta-se a incidência da responsabilidade objetiva por parte do fornecedor. É o que defende o jurista Carlos Roberto Gonçalves:

> O Código de Defesa de Consumidor [...] também consagrou a responsabilidade objetiva do fornecedor, tendo em vista especialmente o fato de vivermos, hoje, em uma sociedade de produção e de consumo em massa, responsável pela despersonalização ou desindividualização das relações entre produtores, comerciantes e prestadores de serviços, em um polo, e compradores e usuários do serviço, no outro. Em face dos grandes centros produtores, o comerciante perdeu a preeminência de sua função intermediadora[26].

Já nos casos que dizem respeito às intervenções médico-cirúrgicas, como os procedimentos de vasectomia e laqueadura tubária, aponta-se a incidência da responsabilidade subjetiva. É possível observar tal fato, por exemplo, em trecho de julgado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC):

> Nos casos de indenização por ato ilícito advindo de erro mé-

médico na distanásia. *In:* ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (Coord.). **Responsabilidade civil**: novas tendências. Indaiatuba: Editora Foco Jurídico, 2017, p. 492-493.

[24] DADALTO, Luciana. Investir ou desistir: análise da responsabilidade civil do médico na distanásia. *In*: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (Coord.). **Responsabilidade civil:** novas tendências. Indaiatuba: Editora Foco Jurídico, 2017, p. 492-493.

[25] PEREIRA, Paula Cargnin. **Responsabilidade civil e o nascimento indesejado**: uma análise jurisprudencial. 2013. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2013, p.73. Disponível em: https://bit.ly/3cLJU7V. Acesso em: 09 mar. 2020.

[26] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 14 ed. São Paulo: Saraiva 2012, p. 364.

> dico, a responsabilidade civil do médico é subjetiva. Para sua caracterização, é imprescindível a comprovação do nexo de causalidade entre o ato lesivo e a culpa em qualquer de suas modalidades [...] a responsabilidade civil do médico é aquela resultante do seu dever de reparar os danos causados em seus pacientes, no exercício de sua profissão [...][27].

Para além, verifica-se a aplicação da codificação consumerista nas ações de dano de vida com o intuito de enquadrar o consumidor como aquele que adquire medicamento e o que se submete a uma intervenção terapêutica e, portanto, como parte vulnerável da relação. Como referência, temos o artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor (CDC), que sedimenta os direitos dos consumidores:

> Art. 6º São direitos básicos do consumidor:
>
> I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;
>
> II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;
>
> III - a informação 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;
>
> IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;
>
> V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;
>
> VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

[27] SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Acórdão nº 2003.021450-0/SC. Relator: Rel. Wilson Augusto do Nascimento. Florianópolis, SC, 16 de abril de 2004. **Câmara Cível**. Florianópolis, 2004.

> VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;
>
> VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

Merece destaque o inciso VIII do referido dispositivo legal, que alude à possibilidade de inversão do ônus da prova, com o fito de beneficiar os consumidores. Em ações de dano de vida, especificamente, tal inversão atrela-se à transferência aos médicos e fabricantes de medicamentos da incumbência de provarem que seus serviços ou produtos não ocasionaram danos aos pacientes. De modo a ilustrar tal ponto, temos o trecho de Recurso Especial, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) em 2005:

> A inversão do ônus da prova regida pelo art. 6º, inciso VIII, do CDC, está ancorada na assimetria técnica e informacional existente entre as partes em litígio. Ou seja, somente pelo fato de ser o consumidor vulnerável, constituindo tal circunstância um obstáculo à comprovação dos fatos por ele narrados, e que a parte contrária possui informação e meios técnicos aptos à produção da prova, é que se excepciona a distribuição ordinária do ônus[28].

Outro ponto do CDC, que remete aos julgados atinentes às *wrongful actions*, faz referência ao dever de informação que se estende aos laboratórios fabricantes dos mais diversos medicamentos, como apresentado pelo artigo 10:

> Art. 10. O fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança.
>
> § 1° O fornecedor de produtos e serviços que, posteriormente

[28] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 720930/RS, T4- 4ª Turma. Relator: Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, DF de 2009. **Dje**. Brasília, 2009.

> à sua introdução no mercado de consumo, tiver conhecimento da periculosidade que apresentem, deverá comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários.
>
> § 2° Os anúncios publicitários a que se refere o parágrafo anterior serão veiculados na imprensa, rádio e televisão, às expensas do fornecedor do produto ou serviço.
>
> § 3° Sempre que tiverem conhecimento de periculosidade de produtos ou serviços à saúde ou segurança dos consumidores, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão informá-los a respeito.

2. OS PRESSUPOSTOS DAS *WRONGFUL ACTIONS*: DETERMINAÇÃO E EXTENSÃO DOS DANOS À LIBERDADE REPRODUTIVA

Para compreender em detalhes a configuração das *wrongful actions* ou ações de dano de vida, é importante ter em mente que a evolução tecnológica nos mais diversos ramos da medicina mudaram incontestavelmente as práticas familiares ao redor do mundo. As possibilidades de contracepção e as alterações acerca da perspectiva familiar possibilitaram uma adaptação humana em que é possível prever e agir em função de um planejamento pessoal acerca da paternidade.[29] A própria sociedade e suas concepções adaptam-se constantemente aos novos moldes e os ordenamentos jurídico passaram a tutelar esses novos conhecimentos científicos, de modo que o eventual desrespeito às estratégias procriativas por parte de médicos torna-se passível de dever de indenizar[30].

Vez que consistem na anulação da decisão reprodutiva tomada pelos pais, os danos podem ser considerados na esfera patrimonial ao

---

[29] SILVA, Rafael Peteffi da. *Wrongful conception*, *wrongful birth* e *wrongful life*: possibilidade de recepção de novas modalidades de danos pelo ordenamento brasileiro. **Revista da AJURIS**, v. 37, n. 117, 2010, p. 315-318. Disponível em: https://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/handle/123456789/8587. Acesso em: 12 marc. 2020.

[30] SILVA, Rafael Peteffi da. *Wrongful conception*, *wrongful birth* e *wrongful life*: possibilidade de recepção de novas modalidades de danos pelo ordenamento brasileiro. **Revista da AJURIS**, v. 37, n. 117, 2010, p. 315-318. Disponível em: https://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/handle/123456789/8587. Acesso em: 12 mar. 2020.

abrirem margem para cobrança quanto ao parto, à educação da criança, à perda de eventuais rendimentos, à repetição dos procedimentos médicos de esterilização, etc. Entretanto, também é possível observar pleitos que visam a indenização de caráter não patrimonial com cobranças acerca da violação do direito à liberdade de não reprodução, da carga emocional decorrente da descoberta da gravidez, etc.[31]

Isto porque, como anteriormente demonstrado, a autonomia da pessoa perpassa a ideia de que os profissionais de saúde devem obedecer diversos requisitos que expressam, em sentido último, a dignidade da pessoa humana em sua escolha de vida plena. O consentimento informado, amplamente tutelado no âmbito internacional e nos ordenamentos de cada país, expressa um ponto de partida coerente para perceber que a prática médica deve ser baseada no respeito à autodeterminação[32].

2.1 O CONCEITO DE *WRONGFUL LIFE*: VIDA INDESEJADA COMO DANO INDENIZÁVEL

As ações de *wrongful life* estão ligadas à pretensão de reconhecimento e concessão de indenização por atuação negligente de médico que ocasionou o nascimento de uma criança com deficiência, sem que houvesse conhecimento prévio a respeito de tal possibilidade. As próprias crianças representadas por seus responsáveis legais, em geral seus pais biológicos, ocupam o polo ativo da ação. Isto porque argumenta-se que, caso a deficiência tivesse sido detectada ainda no decurso da gestação, os progenitores teriam recorrido a um aborto voluntário[33].

Julgado pelo Tribunal britânico em 1982, o embate entre Mckay v. Essex Area Health Authority[34] é demonstração emblemática

---

[31] ROCHA, Paula Natércia. Desafios ético-jurídicos nas comumentes designadas *wrongful life actions* ou de "vida indevida" e tentativas para sua superação. **Julgar**, 2018, p. 3-4. Disponível em: http://julgar.pt/wp-content/uploads/2018/11/20181126-ARTIGO-JULGAR-Wrongful-life-actions-Paula-N-Rocha.pdf. Acesso em: 12 mar. 2020.

[32] ROCHA, Paula Natércia. Desafios ético-jurídicos nas comumentes designadas *wrongful life actions* ou de "vida indevida" e tentativas para sua superação. **Julgar**, 2018, p. 6-8. Disponível em: http://julgar.pt/wp-content/uploads/2018/11/20181126-ARTIGO-JULGAR-Wrongful-life-actions-Paula-N-Rocha.pdf. Acesso em: 12 mar. 2020.

[33] ARAUJO, Marisa Almeida. **Ser ou não ser?** Lisboa: Repositório das Universidades Lusíada, 2016, p.94.

[34] LIU, Athena N C. *Wrongful life: some of the problems*. ***Journal Of Medical Ethics***,

quanto ao conceito apresentado. A pretensão indenizatória da criança foi baseada em negligência médica, haja vista que o profissional de saúde não detectou e informou a gestante acerca de enfermidade por ela contraída. Destaca-se que, nesse caso, também se intentou responsabilização do laboratório responsável pela condução dos exames da gestante. Quando do julgamento da lide, o referido Tribunal alegou que não seria possível provar o nexo causal entre a conduta do médico e a condição de deficiência com a qual nasceu a criança porque a ligação estava presente apenas quanto à enfermidade da mãe.

Entretanto, na verdade, compreendeu-se com a evolução do conceito que o argumento referente à negligência médica trata do desrespeito à liberdade de escolha dos responsáveis pela criança. Assim, é clara a existência de nexo de causalidade entre o ato negligente do médico e o dano suportado pela criança. Embora não tenha dado causa à deficiência, o profissional de saúde permitiu o nascimento do feto sem informações sobre seu real quadro clínico, sendo os danos suportados essencialmente pela criança[35]. Quanto ao tema, é importante destacar que a interrupção de gestação nos países que desenvolvem o termo, notadamente países europeus, apresentam legislações em que o aborto voluntário não é criminalizado, mesmo que em hipóteses específicas[36].

Cumpre esclarecer que as ações não são uma apologia desmedida à prática abortiva[37], mas uma derivação do respeito ao direito da gestante à livre determinação que perpassa a tomada de decisão acerca do seu próprio corpo e do curso que terá sua vivência. Além disso, também não há um posicionamento discriminatório em relação à diversidade das pessoas com deficiência, vez que argumentos dão conta que a reinvindicação é baseada na percepção de que suas vidas não seriam potencialmente mais difíceis sem a existência da deficiência apontada e no reconhecimento de que algumas vivências para serem dignas e confortá-

---

Escócia, n. 13, p.69-73, jun. 1987.

[35] PAIVA, Lusa Pinto César Correia de. **Pretensões de *wrongful life*:** uma alternativa aos quadros tradicionais da responsabilidade civil?. 2011. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2011, p.67.

[36] PAIVA, Lusa Pinto César Correia de. **Pretensões de *wrongful life*:** uma alternativa aos quadros tradicionais da responsabilidade civil?. 2011. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2011, p.78.

[37] QUEIRÓS, António José Alves Gonçalves de. **As acções de *wrongful life* e a legitimidade das suas pretensões.** 2016. Dissertação (2.º Ciclo de Estudos em Direito) - Curso de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, p.51.

veis são mais dispendiosas em termos econômicos[38]. Outro argumento a ser rechaçado é aquele que responsabiliza por completo o Estado pelo adequado custeio das despesas dessas crianças com deficiência, já que seu nascimento se deu em contexto de negligência médica que configura nexo causal[39].

Diante do exposto, é possível observar que nas ações de *wrongful life* há ato omisso por parte do médico, que não cumpre com seu dever de informar aos progenitores acerca de possíveis vicissitudes ou não procede à execução dos exames necessários no período pré-natal. Assim, a omissão de informações relevantes ocasiona o prosseguimento da gestação, na expectativa de que o feto seja saudável, que resultará em uma descoberta tardia de más-formações e deficiências[40]. Mostra-se evidente a negligência médica atrelada ao fato do médico permanecer silente quanto às anomalias e inconsistências detectadas em exames realizados pela gestante ou mesmo por não alertar os progenitores quanto à necessidade de realização de alguns testes[41].

Quanto aos danos, argumenta-se que não há como detalhar o que o feto sofreu indevidamente por não haver forma de comparar a atual condição com a hipotética situação em que o erro médico não ocorreu. Porém, não há que se proceder a uma comparação contrafactual, adotando como critérios situações hipotéticas, pois basta vislumbrar quais possíveis despesas e empecilhos a referida criança com deficiência pode vir a enfrentar. Na gama de produtos e serviços estão medicamentos, equipamentos médicos ou ortopédicos, intervenções cirúrgicas, alimentos, entre outros[42].

Importante destacar que as pretensões indenizatórias podem

---

[38] QUEIRÓS, António José Alves Gonçalves de. **As acções de *wrongful life* e a legitimidade das suas pretensões.** 2016. Dissertação (2.º Ciclo de Estudos em Direito) - Curso de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, p.6.

[39] QUEIRÓS, António José Alves Gonçalves de. **As acções de *wrongful life* e a legitimidade das suas pretensões.** 2016. Dissertação (2.º Ciclo de Estudos em Direito) - Curso de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, p.51-52.

[40] QUEIRÓS, António José Alves Gonçalves de. **As acções de *wrongful life* e a legitimidade das suas pretensões.** 2016. Dissertação (2.º Ciclo de Estudos em Direito) - Curso de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, p.28.

[41] PAIVA, Lusa Pinto César Correia de. **Pretensões de *wrongful life*:** uma alternativa aos quadros tradicionais da responsabilidade civil?. 2011. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2011, p.50-51.

[42] PAIVA, Lusa Pinto César Correia de. **Pretensões de *wrongful life*:** uma alternativa aos quadros tradicionais da responsabilidade civil?. 2011. Dissertação (Mestrado) -

abranger aspectos existenciais voltados ao objetivo de amenizar dores daquele que nasceu com deficiênca ou más-formações, punir atos negligentes levados a cabo por médicos, auxiliar no processo de saneamento de problemas psicológicos apresentados pela criança e evitar a continuidade do agir negligente por parte de médicos[43].

2.2 O CONCEITO DE *WRONGFUL BIRTH*: NASCIMENTO INDEVIDO COMO DANO INDENIZÁVEL

As ações de *wrongful birth* são movidas pelos pais em função do nascimento de uma criança com deficiência. O médico se torna responsável por não propor à mãe uma série de exames ou não informar sobre doença ou anomalia que atinge o feto em tempo hábil para possível realização de tratamentos ou procedimento abortivo nos termos permissivos da lei. O dano argumentado é sobre a perda do direito à escolha, vez que a mulher poderia livremente refletir sobre a realização ou não após cumprimento do dever médico.

Essa perspectiva é construída diante dos benefícios que o diagnóstico precoce apresenta para o tratamento da deficiência e para a preparação financeira, econômica e psicológica dos pais e familiares, que ajuda na inserção da criança no meio familiar e social[44]. A modalidade faz alusão à teoria de perda de uma chance, que, no âmbito médico, é definida pela não disponibilização de tratamento adequado ou tratamento tardio. Essa é uma forma de responsabilização civil amplamente aceita pela jurisprudência e doutrina brasileira por meio do artigo 186 do Código Civil de 2002. Ademais, seu principal papel é preencher uma lacuna quantos aos danos que carecem de um nexo de causalidade entre dano sofrido e conduta lesiva aferível de forma direta[45].

Especificamente nas ações de *wrongful conception* a serem dis-

Curso de Direito, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2011, p.58.

[43] PAIVA, Lusa Pinto César Correia de. **Pretensões de *wrongful life*:** uma alternativa aos quadros tradicionais da responsabilidade civil?. 2011. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2011, p.58.

[44] NARDELLI, Eduardo Felipe Nardelli; SÁ, Priscilla Zeni. Concepção indesejada (*wrongful conception*), nascimento indesejado (*wrongful birth*) e vida indesejada (*wrongful life*): possibilidade da reparação na perspectiva do direito civil constitucional brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva**, v. 2, n. 2, p. 160-161. Disponível em: https://www.indexlaw.org/index.php/direitocivil/article/view/1464/1922. Acesso em: 12 mar. 2020.

[45] MASCARENHAS, Igor de Lucena; GODINHO, Adriano Marteleto. A utópica

cutidas em próximo tópico, não é possível caracterizar nexo de causalidade entre a conduta culposa do médico e a deficiência do recém-nascido, mas é possível perceber essa conexão entre a conduta culposa do médico e perda de uma chance da gestante ocasionada pela falha no dever de informação. Assim, não é necessário debater acerca do nascimento em si ou a deficiência em si como danos, o que a vítima perdeu foi a chance de interromper a gravidez[46].

Desse modo, o ato médico negligente viola a dignidade e o livre desenvolvimento da personalidade da mãe. A indenização solicitada é baseada nos custos econômicos e morais de ter uma criança com diversidade e pode ser analisada por meio da probabilidade da vítima de alcançar um resultado abortivo. Destaca-se que alguns autores questionam essa aplicação teórica por alegarem que não existe uma verdadeira ocasião perdida em relação ao nascimentos e as despesas, pois a decisão abortiva, por exemplo, caberia à mãe ao invés de configurar um evento aleatório[47].

Ainda, é importante destacar que as doenças e malformações não são atribuídas aos médicos, afinal derivam de evento natural ou desassociado da conduta médica. As violações que cabem ao médico responder são referentes à resultados seguros na realização de exames, direito à informação, direito à liberdade de autodeterminação e planejamento familiar. Por óbvio, tais obrigações são assumidas em contrato de prestação de serviços assumido conscientemente pelo médico em função

aplicação da teoria da perda de uma chance no âmbito do direito médico: uma análise da jurisprudência do TJRS, TJPR e TJPE. **Revista Direito e Liberdade**, v. 18, n. 3, 2016, p. 170-171. Disponível em: https://bit.ly/33jYijh. Acesso em: 12 mar. 2020.

[46] PINTO, Luis Filipe Guimarães. Ações *wrongful birth* e *wrongful life*: uma controvérsia sobre responsabilidade médica civil. **Revista Direito Lusíada**, [s.v], n. 12, 2014, p. 373-374. Disponível em: http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/ldl/article/view/2240/2368. Acesso em: 12 mar. 2020.

[47] NARDELLI, Eduardo Felipe Nardelli; SÁ, Priscilla Zeni. Concepção indesejada (*wrongful conception*), nascimento indesejado (*wrongful birth*) e vida indesejada (*wrongful life*): possibilidade da reparação na perspectiva do direito civil constitucional brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva**, v. 2, n. 2, p. 161. Disponível em: https://www.indexlaw.org/index.php/direitocivil/article/view/1464/1922. Acesso em: março de 2020.

de sua atividade profissional[48].

2.3 O CONCEITO DE *WRONGFUL CONCEPTION*: CONCEPÇÃO INDESEJADA COMO DANO INDENIZÁVEL

Os casos de *wrongful conception* lidam com o nascimento de crianças indesejadas. Nas situações em questão, os casais escolheram utilizar meios contraceptivos como, por exemplo, a vasectomia ou até mesmo o aborto, mas falhas médicas ocasionaram a concepção de criança não planejada. Os pais afirmam que, diante de aconselhamento adequado, o nascimento da criança poderia ter sido evitado. O ponto crucial para os litigantes é a negligência médica que os impediram de tomar decisões e, portanto, consideram que deveriam ser recompensados pelas dificuldades financeiras e pelo sofrimento pessoal que as informações inadequadas ou ausentes ocasionaram[49].

O primeiro caso de *wrongful conception* foi *Christensen v. Thornby*, ocorrido em 1934 e julgado pela Suprema Corte de Minnesota. Nessa ocasião, o casal pleiteava reparação pelos custos decorrentes da segunda gravidez da mulher com base na ineficácia por equívoco médico de vasectomia anteriormente feita. À época, o procedimento foi fruto de aconselhamento médico que tratava da possibilidade de riscos ao possível bebê. A sentença foi improcedente por considerar que o bem tutelado era a vida da mulher e que, após uma gravidez transcorrida de modo normal e sem prejuízos de saúde, não havia dano a ser reparado[50].

Contudo, o termo realmente ganhou força mais tarde por meio de casos semelhantes aos apresentados na Suprema Corte de New

---

[48] PINTO, Luis Filipe Guimarães. Ações *wrongful birth* e *wrongful life*: uma controvérsia sobre responsabilidade médica civil. **Revista Direito Lusíada**, [s.v], n. 12, 2014, p. 373. Disponível em: http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/ldl/article/view/2240/2368. Acesso em: 12 mar. 2020.

[49] SILVA, Rafael Petrefi da; RAMME, Adrina Santos. Responsabilidade civil pelo nascimento de filhos indesejados: comparação jurídica e recentes desenvolvimentos jurisprudenciais. **Revista do CEJUR**, v. 1, n. 1, 2013, p. 121-122. Disponível em: https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/28. Acesso em: 12 mar. 2020.

[50] PEREIRA, Paula Cargnin Responsabilidade civil e o nascimento indesejado: uma análise jurisprudencial. 2013. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2013, p.38-41. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/104348/Monografia-%20PAULA%20CARGNIN%20PEREIRA.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 12 mar. 2020.

Hampshire, que concedeu indenização para uma mulher que, após três gestações desejadas, se submeteu à uma laqueadura tubária, mas engravidou dezoito meses após o procedimento. E, embora não utilize o termo de forma clara, a Corte de Cassação Francesa ensejou o debate por meio do julgamento do caso de uma jovem desempregada que se submeteu legalmente à um aborto, mas, por falha cirúrgica do médico responsável que não verificou a retirada do embrião, deu à luz uma criança[51].

Ainda dentro de sua conceituação, alguns acordos semânticos precisam ser esclarecidos. O direito norte-americano apresenta três posicionamentos distintos sobre a utilização da expressão *wrongful conception*. Primeiramente, alguns autores apontam que o termo *wrongful birth* denominaria toda as ações movidas por pais de filhos indesejados, tendo nascido a criança saudável ou deficiente[52]. Outra corrente acredita que *wrongful birth* deveria ser utilizado apenas para os casos em que a criança indesejada é deficiente e, por ausência ou erro de diagnóstico, a possibilidade de abortamento foi retirada.

Assim, quando pais não desejavam filhos e conceberam uma criança saudável, não seria possível utilizar a expressão. Já a terceira posição defende uma subdivisão em que *wrongful conception* seria utilizado para erros médicos por falhas na contracepção, como nos casos de vasectomias e laqueaduras tubárias mal realizadas, e *wrongful pregnancy* para erros médicos ocorridos após a fase de concepção, como nos casos de aborto mal realizado[53].

Partindo do paradigma jurisprudencial norte-americano, podemos concluir que, apesar de não haver um consenso, a tendência majoritária considera que *wrongful conception* envolve gravidez não planejada decorrente de falhas médicas quanto aos meios contraceptivos, que resulta em nascimento de uma criança saudável. De tal modo, os

---

[51] SILVA, Rafael Petrefi da; RAMME, Adrina Santos. Responsabilidade civil pelo nascimento de filhos indesejados: comparação jurídica e recentes desenvolvimentos jurisprudenciais. **Revista do CEJUR**, v. 1, n. 1, 2013, p. 122. Disponível em: https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/28. Acesso em: 12 mar. 2020.

[52] SILVA, Rafael Petrefi da; RAMME, Adrina Santos. Responsabilidade civil pelo nascimento de filhos indesejados: comparação jurídica e recentes desenvolvimentos jurisprudenciais. **Revista do CEJUR**, v. 1, n. 1, 2013, p. 124-125. Disponível em: https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/28. Acesso em: 12 mar. 2020.

[53] SILVA, Rafael Petrefi da; RAMME, Adrina Santos. Responsabilidade civil pelo nascimento de filhos indesejados: comparação jurídica e recentes desenvolvimentos jurisprudenciais. **Revista do CEJUR**, v. 1, n. 1, 2013, p. 124-125. Disponível em: https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/28. Acesso em: 12 mar. 2020.

casos de *wrongful birth* são aqueles em que concepções planejada, por falha de execução de testes genéticos e afins, resulta no nascimento de uma criança deficiente[54].

Destaca-se que a própria jurisprudência do caso *Kingsbury v. Smith* foi, inicialmente, apontada como *wrongful birth*, mas, após avanços nos debates doutrinários, restou claro que se trata de *wrongful conception*. Outro caso paradigmático para a diferenciação foi *Simmerer v. Dabbas*, julgado em 2000 pela Suprema Corte de Ohio, em que uma conduta médica negligente em procedimento de esterilização gerou a concepção e nascimento de uma criança com problemas cardíacos congênitos que faleceu com quinze meses de vida. Requerida a reparação pelos custos com a gravidez e com o filho, o tribunal julgou que, por não haver nexo causal entre a conduta e o defeito no coração, não ocorreu erro de informação quanto ao tema e a demanda era caracterizada como *wrongful conception*. Compreende-se, portanto, que a mera presença de uma criança com deficiência não justifica ou define inegavelmente a classificação da ação ajuizada[55].

De tal modo, é preciso compreender que o dano a ser analisado e julgado não é a criança ou eventuais características dela, mas a concepção indesejada que é baseada na retirada do direito de decisão sobre o próprio corpo e ao planejamento familiar. O fato dos progenitores já terem expressado sua vontade de não conceber aos médicos responsáveis pela esterelização negligente ocasiona uma pretensão legítima junto ao Poder Judiciário[56].

Importante destacar que a falha na atuação médica já é suficiente para eventual configuração de dano, mas a *wrongful conception*

---

[54] SILVA, Rafael Petrefi da; RAMME, Adrina Santos. Responsabilidade civil pelo nascimento de filhos indesejados: comparação jurídica e recentes desenvolvimentos jurisprudenciais. **Revista do CEJUR**, v. 1, n. 1, 2013, p. 124-125. Disponível em: https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/28. Acesso em:; 12 mar. 2020.

[55] PEREIRA, Paula Cargnin. **Responsabilidade civil e o nascimento indesejado**: uma análise jurisprudencial. 2013. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2013, p.38-41. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/104348/Monografia-%20PAULA%20CARGNIN%20PEREIRA.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 12 mar. 2020.

[56] SILVA, Rafael Peteffi da. *Wrongful conception*, *wrongful birth* e *wrongful life*: possibilidade de recepção de novas modalidades de danos pelo ordenamento brasileiro. **Revista da AJURIS**, v. 37, n. 117, 2010, p. 315-318. Disponível em: https://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/handle/123456789/8587. Acesso em: 12 mar. 2020.

busca debater se a concepção não desejada e suas implicações poderiam ocasionar uma responsabilização autônoma. Alguns argumentam que a vida seria um valor indiscutível e, portanto, não seria possível considerá-la para fins de dano[57].

Entretanto, diante da regulamentação dos meios de diagnóstico pré-natal e da interpretação de não punibilidade da interrupção de gravidez, há um direito ao funcionamento adequado e eficaz dos serviços de saúde que proporcione informações relevantes para tomada de decisão sobre o andamento da gestação. Também é necessário ponderar que procedimentos cirúrgicos como esterilização e aborto, por exemplo, guardam margem de erro que não pode ser controlada pelo profissional. Diante disso, a comunicação clara das informações e riscos do método utilizado surge como meio de cumprimento do dever legal do médico.[58]

Ainda, essas ações carregam o fardo de estarem em meio aos debates públicos entre os grupos de direito à vida, que buscam proteção ao ser concebido e também ao médico que se opõe moralmente a prática, e os defensores do pró-vida, que debatem a vida digna no aspecto em que devem ser valorizadas e protegidas à medida em que são desejadas e financeiramente assumidas. Nesse sentido, outro argumento recorrente em resultados improcedentes e em movimentações contrárias ao *wrongful conception* pode ser resumido por meio da teoria do "evento abençoado". O fundamento é que a concepção e nascimento de uma criança, em qualquer hipótese, é fato que causará momentos felizes e de carinho ao longo da criação dos filhos, de forma que se torna um fato a ser excluído das hipóteses de dano indenizável.[59]

Por fim, partindo primordialmente da jurisprudência norte-

---

[57] NARDELLI, Eduardo Felipe; SÁ, Priscilla Zeni de. Concepção indesejada (*wrongful conception*), nascimento indesejado (*wrongful birth*) e vida indesejada (*wrongful life*): possibilidade da reparação na perspectiva do direito civil constitucional brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva**, v. 2, n. 2, 2016, p. 158-159. Disponível em: https://bit.ly/2TJxjKU. Acesso em: 12 mar. 2020.

[58] NARDELLI, Eduardo Felipe; SÁ, Priscilla Zeni de. Concepção indesejada (*wrongful conception*), nascimento indesejado (*wrongful birth*) e vida indesejada (*wrongful life*): possibilidade da reparação na perspectiva do direito civil constitucional brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva**, v. 2, n. 2, 2016, p. 158-159. Disponível em: https://bit.ly/2TJxjKU. Acesso em: 12 mar. 2020.

[59] PEREIRA, Paula Cargnin. **Responsabilidade civil e o nascimento indesejado**: uma análise jurisprudencial. 2013. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2013, p.38-41. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/104348/

-americana, são observáveis, em suma, alguns tipos de reparação possíveis para os casos de *wrongful conception*. A primeira trata da reparação total, que inclui os danos da gravidez e os custos com a criação da criança. Já a reparação parcial inclui apenas os danos relacionados à esterilização, gravidez e nascimento. A regra de benefício inclui a diminuição dos danos em proporção com os benefícios que pais experimentam ao ter os filhos, de forma a criar uma linha argumentativa relacionada ao "evento abençoado". E, claro, há a possibilidade de não reparação[60].

Alguns argumentos ainda caminham no sentido de "dano limitado" ao afirmarem que a recuperação de despesas da educação seria uma medida de desvalorização da vida. De tal modo, há marco legal em diversos estados norte-americanos restringindo a reparação por *wrongful concep*tion por entender como inadmissíveis as ações que envolvem a teoria de que alguém não deveria ter nascido. Entretanto, em regra, tribunais caminham em sentido mais abrangente quando tratam dos custos de despesas médicas e dos desconfortos da gravidez[61].

3. *WRONGFUL ACTIONS* NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: A VIDA COMO DANO INDENIZÁVEL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Inicialmente, diante dos conceitos anteriormente apresentados, é relevante destacar que a discussão acerca das chamadas *wrongful actions* é apresentada como tema delicado no ordenamento jurídico brasileiro, vez que o aborto é prática criminalizada nos termos do Código

---

Monografia-%20PAULA%20CARGNIN%20PEREIRA.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 12 mar. 2020.

[60] PEREIRA, Paula Cargnin. **Responsabilidade civil e o nascimento indesejado**: uma análise jurisprudencial. 2013. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2013, p.38-41. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/104348/Monografia-%20PAULA%20CARGNIN%20PEREIRA.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 12 mar. 2020.

[61] PEREIRA, Paula Cargnin. **Responsabilidade civil e o nascimento indesejado:** uma análise jurisprudencial. 2013. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2013, p.38-41. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/104348/Monografia-%20PAULA%20CARGNIN%20PEREIRA.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 12 mar. 2020.

Penal:

> Art. 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:
>
> Pena - detenção, de um a três anos.
>
> Art. 125. Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:
>
> Pena - reclusão, de três a dez anos.
>
> Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:
>
> Pena - reclusão, de um a quatro anos.
>
> Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência
>
> Art. 127. As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em conseqüência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

Como se observa a partir dos artigos supracitados, a tipificação perpassa hipóteses em que o ato é praticado pela própria gestante ou por outrem, sendo este alguém que ajude a dita gestante ou aja à revelia desta. Complementado as previsões referentes ao tipo penal apresentado, o artigo 128 do referido diploma legal estipula possibilidades em que a sanção é passível de afastamento:

> Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico:
>
> Aborto necessário
>
> I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;
>
> Aborto no caso de gravidez resultante de estupro
>
> II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Já destacando posicionamento relevante do Supremo Tribunal Federal (STF) quanto ao tema, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 (ADPF 54) julgada em 2012, decidiu-se

pela declaração de inconstitucionalidade da interpretação que apontava a interrupção da gravidez de feto anencéfalo como conduta tipificada pelos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal brasileiro[62]. Segundo consta do voto do relator da referida ADPF, Ministro Marco Aurélio:

> A incolumidade física do feto anencéfalo, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, não pode ser preservada a qualquer custo, em detrimento dos direitos básicos da mulher. No caso, ainda que se conceba o direito à vida do feto anencéfalo [...] tal direito cederia, em juízo de ponderação, em prol dos direitos à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à integridade física, psicológica e moral e à saúde, previstos, respectivamente, nos artigos 1º, inciso III, 5º, cabeça e incisos II, III e X, e 6º, cabeça, da Carta da República[63].

Assim, aponta-se para a extensão da permissividade da prática do aborto para casos em que se detecta a anencefalia do feto, condição rara considerada como uma grave malformação congênita do sistema nervoso do embrião. Conforme definição do vocábulo, presente em dicionário da língua portuguesa, anencefalia é uma "monstruosidade consistente na falta de cérebro". Já em linguagem científica, malformação decorre do não fechamento do neuroporo anterior do tubo neural do embrião, que acarreta a ausência ou a formação defeituosa dos hemisférios cerebrais. Na maioria das vezes, mostra-se como anomalia que impossibilita a vida extrauterina[64].

Nessa toada, por lógica, indica-se que a referida tipificação do aborto tem fortes repercussões sobre tratativa das chamadas ações de dano de vida no país. Precedentes estadunidenses e norte-americanos de ações de *wrongful birth* que se pautam, sobremaneira, em erros co-

---

[62] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (adpf) nº 54. Relator: Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 12 de abril de 2012. **Dje**. Brasília, 2012. Voto do Min. Rel. Marco Aurélio, p.79. Disponível em: https://bit.ly/3cJjZxo. Acesso em: 09 mar. 2020.

[63] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (adpf) nº 54. Relator: Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 12 de abril de 2012. **Dje**. Brasília, 2012. Voto do Min. Rel. Marco Aurélio, p.79. Disponível em: https://bit.ly/3cJjZxo. Acesso em: 09 mar. 2020.

[64] Agência Senado (org.). **Entenda o que é anencefalia.** 2010. Disponível em: https://bit.ly/2vJKMcy. Acesso em: 09 mar. 2020.

metidos em diagnósticos pré-natais que não identificam anomalias ou doenças graves e impossibilitam o recurso ao aborto não se aplicam em nosso ordenamento jurídico. Ainda, ações de *wrongful life* também não encontram acolhida no ordenamento jurídico nacional por também se firmarem na possiblidade de aborto.

No que tange às ações de dano vida, a jurisprudência a ser analisada é focada nas ações de *wrongful conception*, vez que discutem possível falha em métodos contraceptivos que pode culminar em gestação indesejada. Como primeira observação acerca dessas demandas judiciais, destaca-se forte tendência de lhes negar provimento, sendo as que admitem procedência de pedidos de indenização referentes à falha na produção ou comercialização de medicamentos. Nos casos de provimentos, é possível reconhecer um raciocínio próprio de relações consumeristas ao entender que os genitores como consumidores lesados pela conduta inadvertida de fabricantes de medicamentos[65].

Quanto às principais decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ), as ações dizem respeito à ministração de pílulas anticoncepcionais ineficientes, bem como à realização de cirurgias de esterilização ineficazes. O primeiro caso paradigmático a ser destacado é referente à pílula anticoncepcional denominada *Microvlar*, que, em suma, correspondeu à comercialização inadvertida de medicamentos que, na verdade, eram meros placebos ("pílulas de farinha"). Várias ações foram interpostas a nível de tribunais estaduais pleiteando o reconhecimento da responsabilidade civil da fabricante *Schering do Brasil Química e Farmacêutica* pelo quadro gestacional de algumas mulheres que fizeram uso de medicamento contraceptivo[66].

Já em Tribunal Superior, em sede de Recurso Especial, reconheceu-se o inequívoco direito das mulheres pela percepção de indenização a título de reparação dos danos morais sofridos. Alegou-se que a empresa farmacêutica deveria ter mais controle sobre seu processo produtivo, haja vista que os placebos comercializados como se medicamen-

---

[65] PEREIRA, Paula Cargnin. **Responsabilidade civil e o nascimento indesejado**: uma análise jurisprudencial. 2013. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2013, p.60. Disponível em: https://bit.ly/3cLJU7V. Acesso em: 09 mar. 2020.

[66] REVISTA CONSULTOR JURÍDICO (ed.). **STJ mantém indenização de R$ 70 mil em ação contra a Schering**. 2008. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2008-dez-16/schering_indenizar_vender_pilula_farinha. Acesso em: 08 jun. 2020.

tos fossem eram oriundos de testes de maquinário. Isto, é claro, porque o objetivo precípuo das mulheres ao ministrarem pílulas anticoncepcionais é o de terem a possibilidade de efetuar seu planejamento familiar, escolhendo quando e em quais circunstâncias desejam ter filhos[67]. Nas palavras da Relatora Ministra Nancy Andrighi, destaca-se:

> Quanto às circunstâncias que envolvem a hipótese, o TJ/SP entendeu que não houve descarte eficaz do produto-teste, de forma que a empresa permitiu, de algum modo, que tais pílulas atingissem as consumidoras. Quanto a esse 'modo', verificou-se que a empresa não mantinha o mínimo controle sobre pelo menos quatro aspectos essenciais de sua atividade produtiva, quais sejam: a) sobre os funcionários, pois a estes era permitido entrar e sair da fábrica com o que bem entendessem; b) sobre o setor de descarga de produtos usados e/ou inservíveis, pois há depoimentos no sentido de que era possível encontrar medicamentos no 'lixão' da empresa; c) sobre o transporte dos resíduos; e d) sobre a incineração dos resíduos. E isso acontecia no mesmo instante em que a empresa se dedicava a manufaturar produto com potencialidade extremamente lesiva aos consumidores[68].

Outro argumento a que aduziu Andrighi, levantado pela empresa farmacêutica, é o de que a ineficácia do anticoncepcional teve por resultado uma nova vida e que esse é um fato que deve ser percebido como positivo[69]. Para a dita Ministra, compete ao escopo da ação somente a análise da finalidade da pílula anticoncepcional e sua suposta falha ao não ter impedido um quadro gestacional, conforme sublinha-se:

> O dever de compensar danos morais, na hipótese, não fica afastado com a alegação de que a gravidez resultante da ineficácia do anticoncepcional trouxe, necessariamente, sentimentos positivos pelo surgimento de uma nova vida, porque o objeto dos autos não é discutir o dom da maternidade. Ao contrário, o produto em questão é um anticoncepcional, cuja única utilidade é a de evitar uma gravidez. A mulher

[67] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 866636/SP. Relator: Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF de 2007. **Dje**. Brasília, 2007.

[68] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 866636/SP. Relator: Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF de 2007. **Dje**. Brasília, 2007.

[69] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 866636/SP. Relator: Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF de 2007. **Dje**. Brasília, 2007.

> que toma tal medicamento tem a intenção de utilizá-lo como meio a possibilitar sua escolha quanto ao momento de ter filhos, e a falha do remédio, ao frustrar a opção da mulher, dá ensejo à obrigação de compensação pelos danos morais[70].

Outra ação emblemática cuidou da ineficácia de outra pílula anticoncepcional, conhecida como *Diane 35*, fabricada pela já mencionada empresa *Schering*, quando o medicamento teve lote comercializado com uma drágea a menos do que o habitual. O caso julgado pelo STJ em Recurso Especial culminou na condenação da empresa ré ao pagamento de valor indenizatório à autora, Ildete Dias da Silva, mesmo com atestado que deu conta do fato de que o feto nasceu morto. O referido valor tratava de dano de natureza moral e patrimonial[71]. Nancy Andrighi, que na ocasião se apresentou como relatora, manteve posicionamento por ela firmado quando do julgamento de caso envolvendo a pílula anticoncepcional *Microvlar*, conforme trecho a seguir:

> [...] A consumidora mostrou que fazia uso regular do anticoncepcional, mas não que consumiu, especificamente, uma das cartelas que foram colocadas à venda com defeito. Defende-se a recorrente alegando que, nessa hipótese, ao julgar procedente o pedido indenizatório, o Tribunal responsabilizou o produtor como se este só pudesse afastar sua responsabilidade provando, inclusive, que a consumidora não fez uso do produto defeituoso, o que é impossível. Contudo, está presente uma dupla impossibilidade probatória: à autora também era impossível demonstrar que comprara especificamente uma cartela defeituosa, e não por negligência como alega a recorrente, mas apenas por ser dela inexigível outra conduta dentro dos padrões médios de cultura do país. [...] A recorrente alega que o nascimento de um filho jamais pode ser causa de dano moral; porém, deve-se anotar que o produto defeituoso é um anticoncepcional, cuja finalidade é proporcionar à mulher uma escolha quanto ao momento de ter filhos. Nesse contexto, a falha do remédio frustra tal opção, e nisso reside a necessidade de compensação pelos danos mo-

[70] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 866636/SP. Relator: Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF de 2007. **Dje**. Brasília, 2007.

[71] G1 (ed.). **Justiça condena laboratório por falha de anticoncepcional.** 2007. Disponível em: https://glo.bo/2vGraWJ. Acesso em: 09 mar. 2020.

rais[72].

Em sede do STJ, não obstante o que foi exposto, houve julgamento que negou provimento ao pedido de indenização por danos morais e materiais movido por suposta de ministração de pílula anticoncepcional ineficaz. De modo a sustentar seu posicionamento, o Relator Ministro Tarso de Sanseverino afirmou não estar configurada violação do dever de informação pelo fabricante do medicamento contracepctivo *Mesygna.* Para o dito Ministro, há que se considerar que quaisquer métodos contraceptivos não são completamente eficazes, bem como a bula do medicamento cumpre seu papel no sentido de informar o usuário quanto aos riscos a que se submete quando do uso da medicação[73].

Ademais, cabe apontar que, em todos os casos até então indicados, verteu-se à aplicação dos preceitos da responsabilidade civil objetiva. Contudo, há hipótese em que são utilizados aspectos da responsabilidade civil subjetiva, qual seja: falha em cirurgias de esterilização, as ditas vasectomia e laqueadura tubária. O Superior Tribunal de Justiça já julgou recurso especial concernente a tal matéria, cuja relatoria coube ao Ministro Massami Uyeda[74].

Na oportunidade, o Relator salientou o fato de médico e paciente firmarem entre si uma relação contratual, que tem por escopo uma obrigação de meio. Isto posto, eventuais resultados indesejados, como uma gravidez inesperada, não poderiam ser imputados ao profissional de saúde, desde que se comprove que tal profissional agiu com a diligência necessária para alcançar os objetivos pretendidos, tornando inconteste o caráter subjetivo da responsabilização médica ao ensejar comprovação de culpa[75]. A ementa do referido julgado esclarece tal pontuação:

> RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS E MATERIAIS - CIRURGIA DE VASECTOMIA - SUPOSTO ERRO MÉDICO – RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA – OBRIGA-

[72] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 918257/SP. Relator: Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF de 2007. **Dje**. Brasília, 2007.

[73] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1261815/PR. Relator: Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, DF de 2001. **Dje**. Brasília, 2001.

[74] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1051674/RS. Relator: Rel. Min. Massami Uyeda. Brasília, DF de 2009. **Dje**. Brasília, 2009.

[75] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1051674/RS. Relator: Rel. Min. Massami Uyeda. Brasília, DF de 2009. **Dje**. Brasília, 2009.

> ÇÃO DE MEIO - PRECEDENTES - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE IMPRUDÊNCIA NA CONDUTA DO PROFISSIONAL – CUMPRIMENTO DO DEVER DE INFORMAÇÃO - ENTENDIMENTO OBTIDO DA ANÁLISE DO CONJUNTO FÁTICO--PROBATÓRIO - REEXAME DE PROVAS - IMPOSSIBILIDADE - ÓBICE DO ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA/STJ - RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. I - A relação entre médico e paciente é contratual, e encerra, de modo geral (salvo cirurgias plásticas embelezadoras), obrigação de meio, e não de resultado. II - Em razão disso, no caso da ineficácia porventura decorrente da ação do médico, imprescindível se apresenta a demonstração de culpa do profissional, sendo descabida presumi-la à guisa de responsabilidade objetiva; III - Estando comprovado perante as instâncias ordinárias o cumprimento do dever de informação ao paciente e a ausência de negligência na conduta do profissional, a revisão de tal entendimento implicaria reexame do material fático-probatório, providência inadmissível nesta instância extraordinária (Enunciado n. 7/STJ); IV - Recurso especial não conhecido[76].

Ainda no que tange à responsabilidade médica, atrelada à realização de intervenções cirúrgicas, é esclarecedor observar julgados de Tribunais Estaduais que tiveram por objeto cirurgias de vasectomia. Indica-se julgado do Tribunal de Santa Catarina, em sede de Apelação Cível, no qual se analisou pleito de indenização por danos morais e materiais fundado na ocorrência de gravidez da esposa do apelante após procedimento de esterilização masculina. Ao fundamentar a decisão, argumentou-se no sentido os médicos assumirem obrigações de meio, ressalvadas algumas poucas exceções, ou seja, embora tais profissionais devem agir com a máxima diligência e se valendo de todos os meios que dispõem, eventualmente o objetivo do paciente pode não ser atingido[77].

Novamente, é preciso observar que os Tribunais têm classificado obrigações oriundas de intervenções cirúrgicas como obrigações de meio. Assim, é imprescindível atestar a culpa do profissional de saú-

[76] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1051674/RS. Relator: Rel. Min. Massami Uyeda. Brasília, DF de 2009. **Dje**. Brasília, 2009.

[77] SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Acórdão nº 2002.022712-4. Relator: Rel. Dionizio Jenczak. Florianópolis, SC, 17 de agosto de 2004. **Primeira Câmara de Direito Civil**. Florianópolis, 2004.

de responsável pelo procedimento que ocasionou resultado indesejado, que nas ações debatidas no presente trabalho seria a gravidez indesejada. Nesse sentido, o Tribunal de São Paulo argumento em julgamento também referente à cirurgia de vasectomia: "[...] o litigante assume o risco de perder a causa se não se não provar os fatos alegados dos quais depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional [...]"[78].

Outro julgado do Tribunal de São Paulo frisou o fato de que métodos contraceptivos são falíveis, mesmo aqueles que dizem respeito às intervenções cirúrgicas. Para além, indicou ser necessário atestar o cometimento de erro pelo profissional de saúde, prova do caráter subjetivo da responsabilização civil por obrigação de meio[79]. A indicação da conduta culposa do médico também foi apresentada em outro acórdão oriundo do Estado de São Paulo, ocasião em que se negou provimento ao recurso de Apelação Cível interposto com o fito de caracterização da responsabilidade civil de médico[80].

Importante destacar que não apenas insucessos em cirurgias de vasectomia, realizadas em indivíduos do sexo masculino ensejam ações de responsabilidade civil, já que também são interpostas demandas envolvendo cirurgias de laqueadura. À semelhança dos entendimentos indicados outrora, também nas cirurgias contraceptivas levadas a cabo em pessoas do sexo feminino, considera-se a existência de obrigação de meio. Assim sendo, é necessário comprovar culpa por parte do profissional de saúde, de modo que se materialize o dever de indenizar, conforme julgado do Tribunal de São Paulo[81]. Outra ação julgada por esse Tribunal, cuja matéria era cirurgia de laqueadura mal sucedida também firmou os mesmos pontos argumentativos anteriormente apresentados,

---

[78] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão nº ° 544.973.4/1-00/SP. Relator: Rel. Des. Waldemar Nogueira Filho. São Paulo, SP, 27 de junho de 2008. **Terceira Câmara B de Direito Privado**. São Paulo, 2008.

[79] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão nº 527.354-5/6-00/SP. Relator: Rel. Nelson Calandra. São Paulo, SP, 03 de junho de 2008. **Segunda Câmara de Direito Público**. São Paulo, 2008.

[80] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão nº 402.092-5/8-00. Relator: Rel.(a) Vera Angrisani. São Paulo, SP, 11 de dezembro de 2007. **Segunda Câmara de Direito Público**. São Paulo, 2007.

[81] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão nº 0027159-22.2001.8.26.0053/SP. Relator: Rel. Francisco Bianco. São Paulo, SP, 15 de setembro de 2014. **5ª Câmara de Direito Público**. São Paulo, 2014.

com consequente negação do dever de indenizar por parte do médico[82].

Ainda, existem ações que dizem respeito à falha no uso de outro método contraceptivo amplamente utilizado: camisinhas. Em julgado do Tribunal do Rio Grande do Sul, negou-se provimento ao pedido da parte autora que intentava indenização por danos materiais e morais decorrentes de gravidez indesejada, já que a camisinha rompeu durante o ato sexual. Os desembargadores do dito Tribunal pincelaram a falibilidade de todo e qualquer método contraceptivo e se referiram ao evento gravidez como um caso fortuito[83].

No mesmo sentido e com a utilização do mesmo termo, um julgado do Tribunal de Minas Gerais apresenta a seguinte ementa:

> AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - PRESERVATIVO ROMPIDO - CASO FORTUITO - EXCLUDENTE DO DEVER DE INDENIZAR. Os consumidores que utilizam preservativo assumem o risco de que o mesmo possa não gerar o efeito esperado, pois, como é de conhecimento geral, os métodos anticoncepcionais disponibilizados no mercado não são providos de total eficácia, sendo o seu rompimento mero caso fortuito[84].

De tal modo, é possível concluir pela impossibilidade de responsabilização dos fabricantes de preservativos, haja vista que aqueles que fazem uso desses produtos assumem o risco de que a camisinha não se mostre como plenamente eficaz. A utilização do caso fortuito significa uma reafirmação de que o evento gravidez se deu dentro desses limites e margens de ineficácia do método contraceptivo[85].

---

[82] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão nº 0000105-28.2011.8.26.0604/SP. Relator: Rel. Francisco Bianco. São Paulo, SP, 27 de janeiro de 2014. **5ª Câmara de Direito Público**. São Paulo, 2014.

[83] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Acórdão nº 70020745303. Porto Alegre, RS, 22 de novembro de 2007. **Décima Câmara Cível**. Porto Alegre, 2007.

[84] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Acórdão nº 2.0000.00.414639-8/000/MG. Relator: Rel. Des. Eulina do Carmo Almeida. Belo Horizonte, MG, 03 de agosto de 2004. **Câmara Cível**. Belo Horizonte, 2004.

[85] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Acórdão nº 2.0000.00.414639-8/000/MG. Relator: Rel. Des. Eulina do Carmo Almeida. Belo Horizonte, MG, 03 de agosto de 2004. **Câmara Cível**. Belo Horizonte, 2004.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos resultados apresentados, é importante salientar que estre trabalho reconhece que o objeto das ações em comento, além de dizerem respeito à temática de gravidez indesejada, tangenciam duas importantes garantias da ordem jurídica nacional: planejamento familiar e liberdade reprodutiva, já que são evidentes os argumentos que caracterizam esses novos danos indenizáveis perante os obstáculos à plena efetivação do planejamento familiar e da liberdade de escolha quanto ao momento e modo de formação da família.

No tocante ao planejamento familiar, a Constituição Federal consagrou o direito ao planejamento familiar em seu art. 226, §7º e compete à máquina estatal prover recursos educacionais e científicos à população, ou seja, munir as pessoas das ferramentas necessárias para que elas se tornem aptas a gerir o curso de suas vidas familiares. O Ministério da Saúde entende que se trata de um direito à informação, bem como ao acesso à recursos que permitam optar livre e conscientemente por ter filhos ou não, perpassando a ausência de discriminação, coerção ou violência[86].

Nesse ínterim, é imprescindível também zelar pela proteção da liberdade reprodutiva da pessoa humana[87]. Trata-se de perspectiva que coaduna para com o princípio da dignidade da pessoa humana sacramentado no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal e a tutela da liberdade com fulcro no artigo 5º, também da Constituição Federal.

Dessa maneira, é possível concluir que, apesar dos desafios ético-jurídicos que o desenvolvimento tecnológico suscita, o ordenamento jurídico brasileiro admite a influência dos conceitos e questionamentos propostos pelas *wrongful actions* na atividade judiciária e legislativa. Portanto, é necessário que seja feita uma profunda reflexão sobre como esses novos danos indenizáveis dialogam com a realidade social e as previsões legais do país em prol de efetivo respeito à dignidade da pessoa humana e aos direitos anteriormente mencionados quando estabelecida a relação médico-paciente com fulcro em métodos relacionados à concepção.

---

[86] BRASIL. Ministério da Saúde. **Assistência em planejamento familiar:** manual técnico. Brasília: Ministério da Saúde; 2002.

[87] COSTA, Ana Maria. Planejamento familiar no Brasil. **Revista Bioética**, [online], v. 4, n. 2, p.1-13, jul./dez. 1996, p.5.

REFERÊNCIAS

Agência Senado (org.). **Entenda o que é anencefalia.** 2010. Disponível em: https://bit.ly/2vJKMcy. Acesso em: 09 mar. 2020.

ARAUJO, Marisa Almeida. **Ser ou não ser?** Lisboa: Repositório das Universidades Lusíada, 2016.

BERGSTEIN, Gilberto. **A informação na relação médico-paciente.** São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Recomendação CFM n. 1/2016**. Dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica. Disponível em: <https://goo.gl/LmToHe>. Acesso em: 25 jul. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <https://goo.gl/Q1Jm1v>. Planalto. Brasília, DF. Acesso em: 25 jul. 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Assistência em planejamento familiar:** manual técnico. Brasília: Ministério da Saúde; 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1051674/RS. Relator: Rel. Min. Massami Uyeda. Brasília, DF de 2009. **Dje**. Brasília, 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1261815/PR. Relator: Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, DF de 2001. **Dje**. Brasília, 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 720930/RS, T4- 4ª Turma. Relator: Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, DF de 2009. **Dje**. Brasília, 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 866636/SP. Relator: Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF de 2007. **Dje**. Brasília, 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 866636/SP. Relator: Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF de 2007. **Dje**. Brasília, 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 918257/SP. Relator: Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF de 2007. **Dje**. Brasília, 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (adpf) nº 54. Relator: Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 12 de abril de 2012. **Dje**. Brasília, 2012. Voto do Min. Rel. Marco

Aurélio, p.79. Disponível em: https://bit.ly/3cJjZxo. Acesso em: 09 mar. 2020.

COSTA, Ana Maria. Planejamento familiar no Brasil. **Revista Bioética**, [online], v. 4, n. 2, p.1-13, jul./dez. 1996.

DADALTO, Luciana. Investir ou desistir: análise da responsabilidade civil do médico na distanásia. *In*: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (Coord.). **Responsabilidade civil**: novas tendências. Indaiatuba: Editora Foco Jurídico, 2017.

DONOVAN, Patricia. ***Wrongful Birth and Wrongful Conception***: *The Legal and Moral Issues. Family Planning Perspectives*, v. 16, n. 2, 1984. Disponível em: https://bit.ly/2wUxCtu. Acesso em: 12 mar. 2020.

G1 (ed.). **Justiça condena laboratório por falha de anticoncepcional.** 2007. Disponível em: https://glo.bo/2vGraWJ. Acesso em: 09 mar. 2020.

GODINHO, Adriano Marteleto. A responsabilidade civil dos profissionais da saúde pela violação da autonomia dos pacientes. *In*: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (Coord.). **Responsabilidade civil:** novas tendências. Indaiatuba: Editora Foco Jurídico, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil.** 14 ed. São Paulo: Saraiva 2012.

LIU, Athena N C. *Wrongful life: some of the problems*. ***Journal Of Medical Ethics***, Escócia, n. 13, p.69-73, jun. 1987.

MASCARENHAS, Igor de Lucena; GODINHO, Adriano Marteleto. A utópica aplicação da teoria da perda de uma chance no âmbito do direito médico: uma análise da jurisprudência do TJRS, TJPR e TJPE. **Revista Direito e Liberdade**, v. 18, n. 3, 2016. Disponível em: https://bit.ly/33jYijh. Acesso em: 12 mar. 2020.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Acórdão nº 2.0000.00.414639-8/000/MG. Relator: Rel. Des. Eulina do Carmo Almeida. Belo Horizonte, MG, 03 de agosto de 2004. **Câmara Cível**. Belo Horizonte, 2004.

NARDELLI, Eduardo Felipe Nardelli; SÁ, Priscilla Zeni. Concepção indesejada (*wrongful conception*), nascimento indesejado (*wrongful birth*) e vida indesejada (*wrongful life*): possibilidade da reparação na perspectiva do direito civil constitucional brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva**, v. 2, n. 2. Disponível em: https://bit.ly/38KgqE3. Acesso em:

12 mar. 2020.

PAIVA, Lusa Pinto César Correia de. **Pretensões de *wrongful life*:** uma alternativa aos quadros tradicionais da responsabilidade civil?. 2011. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2011.

PAIVA, Mario Antonio Lobato de. Evolução da responsabilidade civil e seus problemas modernos. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 36, n. 144, 1999, p. 177-178. Disponível em: https://bit.ly/2INv96t. Acesso em: 08 mar. 2020.

PEREIRA, Paula Cargnin. **Responsabilidade civil e o nascimento indesejado**: uma análise jurisprudencial. 2013. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2013, p.60. Disponível em: https://bit.ly/3cLJU7V. Acesso em: 09 mar. 2020.

PINTO, Luis Filipe Guimarães. Ações *wrongful birth* e *wrongful life*: uma controvérsia sobre responsabilidade médica civil. **Revista Direito Lusíada**, [s.v], n. 12, 2014. Disponível em: http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/ldl/article/view/2240/2368. Acesso em: 12 mar. 2020.

QUEIRÓS, António José Alves Gonçalves de. **As acções de *wrongful life* e a legitimidade das suas pretensões.** 2016. Dissertação (2.º Ciclo de Estudos em Direito) - Curso de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016.

RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. As pessoas com deficiência mental e o consentimento informado nas intervenções médicas. *In*: MENEZES, Joyceane Bezerra. (Org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**. 1ed. Rio de Janeiro: Processo, 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Acórdão nº 70020745303. Porto Alegre, RS, 22 de novembro de 2007. **Décima Câmara Cível**. Porto Alegre, 2007.

ROCHA, Paula Natércia. Desafios ético-jurídicos nas comumentes designadas *wrongful life actions* ou de "vida indevida" e tentativas para sua superação. **Julgar**, 2018, p. 6-8. Disponível em:http://julgar.pt/wp-content/uploads/2018/11/20181126-ARTIGO-JULGAR-Wrongful-life-actions--Paula-N-Rocha.pdf. Acesso em: 12 mar. 2020.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Acórdão nº 2003.021450-0/SC. Relator: Rel. Wilson Augusto do Nascimento. Floria-

nópolis, SC, 16 de abril de 2004. **Câmara Cível**. Florianópolis, 2004

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Acórdão nº 2002.022712-4. Relator: Rel. Dionizio Jenczak. Florianópolis, SC, 17 de agosto de 2004. **Primeira Câmara de Direito Civil**. Florianópolis, 2004.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão nº ° 544.973.4/1-00/SP. Relator: Rel. Des. Waldemar Nogueira Filho. São Paulo, SP, 27 de junho de 2008. **Terceira Câmara B de Direito Privado**. São Paulo, 2008.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão nº 0000105-28.2011.8.26.0604/SP. Relator: Rel. Francisco Bianco. São Paulo, SP, 27 de janeiro de 2014. **5ª Câmara de Direito Público**. São Paulo, 2014.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão nº 0027159-22.2001.8.26.0053/SP. Relator: Rel. Francisco Bianco. São Paulo, SP, 15 de setembro de 2014. **5ª Câmara de Direito Público**. São Paulo, 2014.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão nº 402.092-5/8-00. Relator: Rel.(a) Vera Angrisani. São Paulo, SP, 11 de dezembro de 2007. **Segunda Câmara de Direito Público**. São Paulo, 2007.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão nº 527.354-5/6-00/SP. Relator: Rel. Nelson Calandra. São Paulo, SP, 03 de junho de 2008. **Segunda Câmara de Direito Público**. São Paulo, 2008.

SILVA, Rafael Peteffi da. *Wrongful conception*, *wrongful birth* e *wrongful life*: possibilidade de recepção de novas modalidades de danos pelo ordenamento brasileiro. **Revista da AJURIS**, v. 37, n. 117, 2010. Disponível em: https://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/handle/123456789/8587. Acesso em: 12 mar. 2020.

SILVA, Rafael Petrefi da; RAMME, Adrina Santos. Responsabilidade civil pelo nascimento de filhos indesejados: comparação jurídica e recentes desenvolvimentos jurisprudenciais. **Revista do CEJUR**, v. 1, n. 1, 2013. Disponível em: https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/28. Acesso em: 12 mar. 2020.

O DANO MORAL COLETIVO EM SEDE DE DANO AMBIENTAL

CONSIDERAÇÕES A PARTIR DA PERSPECTIVA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Lívia Cunha de Menezes[1]

Resumo: O dano moral coletivo é instituto em pauta nas discussões no Superior Tribunal de Justiça (STJ) ao menos desde o ano de 2006, quando do julgamento do Recurso Especial nº. 598.281/MG. Questionado não apenas nas demandas ambientais, mas em todas as situações em que se verifica lesão intolerável a direitos metaindividuais, a figura do dano moral coletivo avançou de forma significativa em âmbito jurisprudencial, mas permanece controvertida na doutrina. O presente artigo visa à análise das origens do instituto, dos argumentos veiculados tanto pelos ministros do STJ quanto pelos doutrinadores, a fim de identificar o seu conceito e a função por ele desempenhada no contexto da atual sociedade de risco.

Palavras-chave: dano moral coletivo, dano ambiental, direitos difusos.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 disciplinou de maneira inovadora e sistêmica o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito difuso de terceira dimensão, essencial à sadia qualidade de vida. Visando a maior proteção possível, o legislador constituinte originário consagrou a tríplice responsabilidade em matéria ambiental – administrativa, penal e civil – e recepcionou a Política Nacional de Meio Ambiente (Lei nº. 6.938/81) no tocante à responsabilidade civil ambiental

[1] Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Lavras. Ex-monitora da disciplina de Direito Ambiental e bolsista de iniciação científica do CNPq. Estagiária no Ministério Público de Minas Gerais.

objetiva.

Quando se trata do dano ambiental, verificam-se, além de suas inúmeras particularidades que o diferenciam do dano tradicional, suas diversas facetas, vez que ele pode ser objeto de tutela individual ou coletiva, sob o prisma material ou extrapatrimonial. Assim, a aplicação da teoria geral da responsabilidade civil clássica, que visa tutelar o dano em uma perspectiva individual, não é mais suficiente aqui, o que exige esforços por parte dos operadores do Direito de modo a lidar com a complexidade inerente ao trato dos direitos difusos e coletivos.

Não obstante a obrigação de indenizar os danos patrimoniais e morais suportados por indivíduos determinados em decorrência do evento maior causador de degradação ambiental, a jurisprudência evoluiu no sentido de reconhecer a existência de um dano extrapatrimonial coletivo. O suporte jurídico para tanto tem recaído sobre o art. 1º da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº. 7.347/85), que disciplina o cabimento do pleito por danos morais e patrimoniais causados a qualquer direito difuso ou coletivo, dentre eles o meio ambiente.

Contudo, tal questão ainda gera grandes discussões doutrinárias, apesar de relativamente pacificada na jurisprudência, em especial no STJ. A título ilustrativo, a lógica de alguns autores entende ser inadmissível a aplicação de uma categoria forjada especificamente para tutelar os direitos da personalidade humana às situações em que se discute a transgressão a direitos de uma coletividade. Por outro lado, autores ambientalistas afirmam que a categoria do dano moral coletivo é uma necessidade no contexto da atual sociedade de risco, para que as lesões intoleráveis a um direito tão caro à humanidade sejam sancionadas de maneira integral.

Este trabalho tem por escopo traçar a evolução no entendimento do STJ acerca da configuração do dano moral coletivo ou dano extrapatrimonial, bem como trazer os principais argumentos doutrinários que se posicionam a favor ou contra a existência dessa categoria autônoma de dano. Para isso, o artigo busca, em um primeiro momento, contextualizar as discussões no panorama vigente da crise ambiental e da sociedade de risco. Após, será exposta de forma breve as especificidades da responsabilidade civil em matéria ambiental para, então, desaguar no cerne deste estudo.

A fim de alcançar os propósitos acima elencados, foi empreendido um levantamento de fontes bibliográficas em livros, artigos en-

contrados na rede mundial de computadores e em dissertações e teses disponíveis nos repositórios institucionais de universidades, para além do exame da legislação pertinente.

1. A CRISE AMBIENTAL E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO

Desde o início da sua história, a humanidade interage com o meio ao seu redor e o modifica na medida em que dele retira os insumos necessários à sua sobrevivência e nele descarta os resíduos gerados nos processos produtivos. Todavia, a interação dos seres humanos com o ambiente não se deu da mesma forma em todos os tempos e em todos os locais do mundo.

Como lembra Moraes[1], o homem primitivo mantinha relação de respeito e misticismo com a natureza, retirando dela apenas o necessário à sobrevivência. Esse panorama includente, isto é, em que o homem se via inserido no grande organismo vivo que é a natureza, se altera de forma gradativa em função da sedentarização, do aumento demográfico das comunidades e das disputas por territórios e excedentes agrícolas[2].

Séculos após, já no período histórico abrangido pela Idade Média, o paradigma teocêntrico difundido pelo clero conduziu à formulação de uma nova relação entre o homem e o meio ambiente, desta feita sobre o prisma opositivo. Ora, Deus havia criado a natureza para servir aos homens, logo nada mais conveniente a se fazer senão apropriar-se dos recursos naturais[3].

Após a transição para a Modernidade, os artistas, filósofos e pensadores que encabeçaram o Renascimento e, em um segundo momento, o Iluminismo, procuraram dissipar as "trevas" em que se envolveu toda a produção científica durante a Idade Média. Para isso, pregaram a centralidade do homem no universo enquanto ser livre, dotado de razão. Desta feita, o oposicionismo homem/natureza, anteriormente sustentado pelo viés teocêntrico, passa a ser defendido com base no pen-

[1] MORAES, Kamila Guimarães de. **Obsolescência planejada de qualidade**: fundamentos e perspectivas jurídico-ambientais de enfrentamento. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Florianópolis, SC, 2013. P. 27.
[2] MORAES, Kamila Guimarães de. Op. Cit. P. 28.
[3] MORAES, Kamila Guimarães de. Op. Cit. P. 29.

samento antropocêntrico.

Assim, o que se percebe é a transformação do paradigma legitimador da apropriação desmedida dos recursos naturais pelo homem[4]. Com a instauração do modelo capitalista e as sucessivas Revoluções Industriais, a relação entre a humanidade e o meio ambiente passa a ser de dominação, subsidiada pelos aparatos tecnológicos empregados a fim de submeter a natureza aos propósitos privados[5].

Na Modernidade, difundiu-se a equivocada percepção de "desenvolvimento" enquanto sinônimo de "crescimento econômico". Nesses moldes, a racionalidade econômica de curto prazo, voltada à acumulação de capitais, ignora o aspecto finito dos recursos naturais, deixando as discussões sobre o meio ambiente à margem dos sistemas econômicos[6]. Bianchi[7] reflete que as construções filosóficas da modernidade – a soberania da razão humana, o utilitarismo liberal, a equivocada compreensão do conceito de "desenvolvimento" – trouxeram consequências deletérias vivenciadas na pós-modernidade como, por exemplo, o atual desequilíbrio ecológico.

Pós-modernidade, modernidade reflexiva ou segunda modernidade são termos empregados pelo sociólogo alemão Ulrich Beck[8] para a compreensão do momento vivenciado atualmente pela humanidade, em que emerge a premência de se enfrentar os desafios produzidos pela primeira modernidade.

Beck[9] afirma que a sociedade pós-moderna é a sociedade do risco, porquanto a humanidade convive com perigos e riscos de magnitude nunca experimentados antes. Esse risco é proveniente das próprias ações humanas, as quais envolvem toda a sociedade em nuvens de incerteza acerca das possíveis catástrofes que podem ocorrer ao longo do tempo.

---

[4] MORAES, Kamila Guimarães de. Op. Cit. P. 32.

[5] BOFF, Leonardo. Sustentabilidade. **O que é, o que não é**. Petrópolis: Vozes, 2012**.** P. 23.

[6] LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental**. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. P. 10.

[7] BIANCHI, Patrícia Nunes Lima. **A (in)eficácia do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado no Brasil**. Tese (doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Florianópolis, SC, 2007. P. 46.

[8] BECK, Ulrich. **A metamorfose do mundo:** novos conceitos para uma nova realidade. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. 1 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. P. 24.

[9] BECK, Ulrich. Op. Cit. P. 23.

De fato, após o advento da industrialização e, principalmente, após a Segunda Guerra Mundial e a utilização da bomba atômica, os riscos aos quais o meio ambiente e a saúde humana estão expostos não encontraram precedentes históricos[10].

A isso se segue a constatação da existência de uma verdadeira crise ambiental ou ecológica pela doutrina ambientalista, em decorrência de anos sob a égide de modelos econômicos que optaram por desconsiderar a variável ambiental em suas atividades:

> (...) o modelo hegemônico de desenvolvimento das sociedades modernas, fundado no ideal utópico de crescimento infinito, levou à eclosão de uma verdadeira crise socioambiental, pois, dentre outras consequências, acarretou desde a superexploração dos recursos naturais, renováveis e não renováveis, até a superprodução de resíduos sólidos, já que estimula a substituição dos bens de consumo a uma velocidade e com uma frequência cada vez maiores, ultrapassando, assim, os limites naturais de recomposição e resiliência[11].

Destarte, a crise ambiental se configura no esgotamento dos modelos de desenvolvimento econômico e industrial vigentes[12]. Morato Leite e Ayala aduzem que "a tomada de consciência da crise ecológica é deflagrada (...) a partir da constatação de que as condições tecnológicas, industriais e formas de organização e gestões econômicas da sociedade estão em conflito com a qualidade de vida"[13].

Abrem-se parênteses para consignar que a externalização das preocupações a respeito do modelo de desenvolvimento vigente e, por consequência, da relação estabelecida entre o homem e o ambiente, só ganhou vulto na esfera internacional nas décadas de 1960 e 1970. Em âmbito interno, o primeiro diploma normativo a tratar de forma holística o meio ambiente remonta a 1981, com a edição da Política Nacional de Meio Ambiente (Lei nº. 6938/81) (PNMA).

Não se olvida que, mesmo antes dessa data, já existia no país legislação voltada à tutela de elementos específicos, como o Código das Águas (Decreto nº. 24.643/1934), o Código Florestal (Decreto nº. 23.793/1934), o Código de Minas (Decreto-Lei nº. 1. 985/1940), den-

[10] BIANCHI, Patrícia Nunes Lima. Op cit. P. 52.
[11] MORAES, Kamila Guimarães de. Op. Cit. P. 95.
[12] LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. Op. Cit. P. 10.
[13] LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. Op. Cit. P. 08.

tre outros. Contudo, a tutela de componentes isolados da natureza é insuficiente diante das relações complexas e interdependentes que estabelecem entre si os componentes biótico e abiótico dos ecossistemas. Desse modo, a Lei nº. 6.938/81 é inovadora e importante porque conferiu tratamento sistêmico ao meio ambiente.

A Constituição Federal de 1988, em sua tarefa de inserir o país novamente nos trilhos da democracia, não descuidou das emergentes discussões em âmbito externo a respeito da crise ambiental e abraçou a complexidade e o dinamismo inerente às questões ambientais[14]. Sendo assim, a Constituição consagra em seu art. 225, *caput,* o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental, extensão material do direito à vida[15], garantido no art. 5º, *caput* e elemento integrante do princípio da dignidade da pessoa humana, art. 1º, inciso III.

O meio ambiente compõe o rol dos "direitos de terceira dimensão" ou "direitos difusos". Conforme explana Sarlet[16], esses "novos direitos" surgem com base no princípio da solidariedade e têm como ponto diferenciador a extensão da sua titularidade, porquanto não dizem respeito ao homem individual, mas a uma coletividade de sujeitos indeterminados. Cabe sublinhar que a utilização do termo "dimensão" não denota superação dos direitos de primeira ou segunda dimensões, visto que os direitos difusos:

> (...) foram concebidos no curso de um processo indefinido de extensão e ampliação dos direitos originalmente postulados como individuais, também em relação aos cidadãos ainda não nascidos, envolvendo cada indivíduo na perspectiva temporal da humanidade, por isso intitulados 'direitos transgeracionais'. O conteúdo jurídico da dignidade humana vai, dessa forma, se ampliando à medida que novos direitos vão sendo reconhecidos e agregados ao rol dos direitos fundamentais[17].

No capítulo destinado à tutela do meio ambiente, o legislador

[14] LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. Op. Cit. P. 07.

[15] BENJAMIN, Antônio Herman. **Constitucionalização do Ambiente e Ecologização da Constituição Brasileira**. *In* CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 83 – 156.

[16] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. P. 53/54.

[17] BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. *In* BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídi-

constituinte originário, com vistas à efetividade do direito em questão, traçou diretrizes norteadoras para a legislação infraconstitucional, delineou instrumentos de política ambiental, impôs deveres ao Poder Público e à coletividade, bem como dispôs sobre a responsabilidade dos agentes causadores de degradação ambiental. Desta feita, "as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados" (art. 225, § 3º, CF/88).

Consagra-se, assim, a tríplice responsabilidade em matéria ambiental. À esfera cível compete o escopo de reparação do dano, de modo que o ambiente degradado retorne na maior medida possível ao *status quo* anterior à atividade ilícita, assim como de indenização da parcela irreparável.

No próximo capítulo, passa-se a uma singela discussão sobre os principais aspectos que caracterizam a responsabilidade civil em matéria ambiental no Brasil.

2. A RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL

2.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL "SEM CULPA" E O PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL DO DANO

De início, cabe ponderar a responsabilidade civil como instituto de grande flexibilidade, porquanto apresenta uma grande capacidade de se amoldar às novas exigências sociais, notadamente quanto às peculiaridades dos riscos ambientais emergentes[18].

Seguindo na lição de Bahia[19], as modificações no campo da responsabilidade civil frente às contínuas alterações sociais iniciam-se quase sempre em âmbito jurisdicional. Nesse ínterim, os magistrados, antecipando-se às inovações legislativas, adaptam a teoria geral às situações de risco concreto, construindo novas respostas normativas em suas

co. São Paulo: Saraiva, 2006. P. 03.

[18] BAHIA, Carolina Medeiros. **Nexo de causalidade em face do risco e do dano ao meio ambiente**: elementos para um novo tratamento da causalidade no sistema brasileiro de responsabilidade civil ambiental. Tese (doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Florianópolis, SC, 2012. P. 83.

[19] Idem.

decisões[20].

Interessante mencionar relevante precedente da Corte de Cassação Francesa, em momento histórico no qual emergia a responsabilidade civil "sem culpa". A demanda em questão foi julgada em 1896 e é conhecida como "Caso *Teffaine*". No contexto da Revolução Industrial e da proliferação dos acidentes de trabalho, a Corte de Cassação decidiu que o patrão seria obrigado a responder pelos danos gerados a um empregado em decorrência da explosão de uma caldeira[21].

Nesta decisão, a Corte introduziu a noção de risco no Direito Francês, ao considerar que os riscos concretos da atividade industrial deveriam ser internalizados pelo processo produtivo. A comprovação do elemento subjetivo pelos danos advindos dos acidentes de trabalho ou mesmo pelos danos ambientais causados pela atividade industrial demonstrava-se tarefa quase impossível. Destarte, a teoria subjetiva já não se mostrava a mais adequada para casos específicos, mormente em virtude da dificuldade probatória do elemento subjetivo e da gravidade e extensão dos prejuízos[22].

No ensinamento de Leite[23], a emergência da responsabilidade civil objetiva consistiu na "tentativa de resposta da sociedade ou de adequação a certos danos ligados a interesses coletivos e difusos, que não seriam ressarcíveis, tendo em vista a concepção clássica de dano ligada a interesses próprios, certos etc.".

No ordenamento jurídico pátrio, a primeira consagração legislativa da responsabilidade civil sem culpa ocorreu por intermédio do Decreto nº. 2.681/1912, o qual disciplina o campo dos transportes ferroviários. Na seara ambiental, a Política Nacional de Meio Ambiente previu de forma expressa a prescindibilidade da comprovação do elemento subjetivo, em seu art. 14, § 1º.

A PNMA foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, inclusive no que tange à objetivação da responsabilidade civil ambiental[24]. Outrossim, como já mencionado *alhures*, a Carta Magna dispôs sobre a tríplice responsabilidade, sujeitando as condutas e as atividades consideradas lesivas ao meio ambiente às sanções penais e administrati-

---

[20] Idem.

[21] BAHIA, Carolina Medeiros. Op. Cit. P. 91.

[22] BAHIA, Carolina Medeiros. Op. Cit. P. 88/89.

[23] LEITE. José Rubens Morato. **Dano ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. P. 126.

[24] BAHIA, Carolina Medeiros. Op. Cit. P. 98.

vas, para além da responsabilidade de reparar o dano, a teor do art. 225, §3º.

Na leitura de Bahia, a promulgação da Constituição Federal de 1988 simbolizou a releitura dos tradicionais institutos de Direito Civil a partir dos valores da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana:

> Historicamente, a responsabilidade civil tradicional voltava-se à tutela apenas da propriedade e dos demais direitos subjetivos patrimoniais, mas, a partir da introdução do princípio da dignidade da pessoa humana, passou-se a privilegiar os valores extrapatrimoniais, tutelando-se a dimensão existencial do indivíduo, assim como novos valores relevantes para a coletividade[25].

Em 2002, com a publicação da Lei nº. 10.406, que instituiu o Código Civil, a responsabilidade civil objetiva adquire novos contornos com a dicção do art. 927, parágrafo único. Desta feita, para além dos casos especificados em lei, a obrigação de reparar o dano independentemente do elemento subjetivo se estendeu a todas as atividades que implicam, por sua natureza, em risco para os direitos de outrem. Nota-se, assim, que o legislador ordinário ampliou indefinidamente a aplicação da responsabilidade civil sem culpa.

A partir da conjugação das disposições da PNMA e da Constituição Federal, a doutrina ambientalista reconhece a existência de um novo princípio: a reparação integral do dano ambiental. Isso significa que "o dano deve ser reparado integralmente, o mais aproximadamente possível, pela necessidade de uma compensação ampla da lesão sofrida"[26]. O princípio da reparação integral do dano coaduna à proteção constitucional conferida ao meio ambiente ecologicamente equilibrado enquanto bem indispensável à qualidade de vida das presentes e das futuras gerações.

Para Leite e Ayala, não há no ordenamento jurídico pátrio restrições no que tange à extensão da reparação. Desse modo, "a reparabilidade é integral, levando em conta o risco criado pela conduta perigosa do agente, impondo-se a ele um dever-agir preventivo, como meio de se

[25] BAHIA, Carolina Medeiros. Op. Cit. P. 96.
[26] LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. Op. Cit. P. 275.

eximir da reparabilidade integral do eventual dano causado" [27].

Outrossim, a reparação integral também caminha ao encontro do princípio *in dúbio pro natura,* acolhido pelo STJ como fundamento na solução de conflitos e na interpretação de leis que regem a matéria ambiental no Brasil[28]. Não previsto expressamente no ordenamento jurídico pátrio, a construção jurisprudencial do *in dúbio pro natura* tem por inspiração o art. 395.4 do texto vigente da Constituição do Equador, o qual preceitua que "(...) no caso de dúvida sobre o alcance das disposições legais em matéria ambiental, estas serão aplicadas no sentido mais favorável à proteção da natureza" [29] [30].

No próximo item, serão expostos brevemente os pressupostos que possibilitam a imputação da responsabilidade civil ambiental e as teorias que norteiam a sua aplicação, conferindo especial destaque à corrente majoritária na doutrina e na Jurisprudência.

2.2. OS ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL

No que se refere aos elementos da responsabilidade civil ambiental, há que ser verificado, em cada caso concreto: a existência de um dano, a conduta lesiva ao meio ambiente, que pode ser uma ação ou omissão, e o nexo de causalidade que relaciona a atividade e o evento danoso.

Nesse contexto, mesmo condutas lícitas, assim compreendidas as atividades potencialmente poluidoras acobertadas por licença emitida por órgão ambiental competente, nos termos do art. 9º, inciso IV, da PNMA, podem ser responsabilizadas civilmente. Isto porque o texto constitucional, ao dispor sobre a tríplice responsabilidade, torna clara

---

[27] Idem.

[28] SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *In dúbio pro natura:* mais proteção judicial ao meio ambiente. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/In-dubio-pro-natura-mais-protecao-judicial-ao-meio-ambiente.aspx>. Acesso em 13 de maio de 2020.

[29] EQUADOR. Assamblaya Constituyente. Constitución del Ecuador. Disponível em: <https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ecu/sp_ecu-int-text-const.pdf>. Acesso em: 30 abril 2020. Lê-se no original: "En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales en materia ambiental, éstas se aplicarán en el sentido más favorable a la protección de la naturaleza".

[30] LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. Op. Cit. P. 36.

a diferença e a independência entre os três tipos de responsabilidade[31]. Assim, a licença ambiental afasta a ilicitude administrativa da atividade, todavia, verificada a existência de dano ambiental, o empreendedor permanece obrigado à reparação integral do dano.[32]

Leite e Ayala propõem uma conceituação para o dano ambiental baseada na tolerabilidade social das ações humanas que repercutem sobre o ambiente e na ambivalência do conceito:

> (...) o dano ambiental deve ser compreendido como toda lesão intolerável causada por qualquer ação humana (culposa ou não) ao meio ambiente, diretamente, como macrobem de interesse da coletividade, em uma concepção totalizante, e indiretamente, a terceiros, tendo em vista interesses próprios e individualizáveis e que refletem no macrobem.[33]

Considerando que toda atividade humana acarreta impactos sobre o meio ao seu redor, é imprescindível delimitar o que pode ou não redundar em obrigação de reparar, uma vez que nem todo impacto sobre a natureza é considerado um dano. A esse respeito, a legislação ambiental é pouco esclarecedora, limitando-se à afirmação de que a degradação da qualidade ambiental é a alteração adversa das características do meio ambiente (art. 3º, inciso II da PNMA).

Leite e Ayala[34] argumentam que há que se avaliar a gravidade do dano ambiental caso a caso, com o subsídio de perícias técnicas, mormente se houve a quebra do equilíbrio da qualidade ambiental, tanto na capacidade atinente aos ecossistemas, como na capacidade de aproveitamento ao homem e à sua qualidade de vida. Se o impacto gerado sobre o meio extrapolar os limites da tolerabilidade aceitável, mister é a imputação de responsabilidade ao agente que deu causa à lesão[35].

Ademais, o conceito de dano ambiental posto fundamenta-se em sua noção ambivalente. Isto é, corresponde tanto ao dano ecológico puro, quanto ao dano individual causado por intermédio do meio ambiente[36]. A ambivalência do conceito justifica-se porque a degradação da

---

[31] MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental brasileiro**. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

[32] Idem.

[33] LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. Op. Cit. P. 81.

[34] Idem.

[35] Idem.

[36] BAHIA, Carolina Medeiros. Op. Cit. P. 101.

qualidade ambiental pode surtir efeitos não apenas sobre o prisma do macrobem ambiental difuso, cuja titularidade é pertencente à coletividade, como também a interesses legítimos de pessoas determinadas. Nesse último caso, o dano ambiental ataca um direito subjetivo e legitima o lesado a uma reparação pelo prejuízo patrimonial ou extrapatrimonial sofrido. A esse último nomeia-se dano individual ambiental ou reflexo[37].

O dano ambiental apresenta peculiaridades que o diferenciam do dano tradicional, cuja lesão recai sobre indivíduos determinados. Por consequência, surgem desafios ao Direito e aos seus operadores do ponto de vista do necessário ajuste da teoria clássica da responsabilidade civil, de modo que as condutas lesivas ao meio ambiente, as quais implicam em prejuízos a toda coletividade e lucros a uma pequena parcela, não permaneçam sem respostas.

Bahia[38] ilustra algumas das especificidades do dano ambiental, tais como: o caráter transindividual; a incerteza e a invisibilidade quanto à sua produção; seu caráter extensivo no tempo e no espaço; suas propriedades cumulativas e sinergéticas e a ampla dispersão das suas vítimas e causadores.

Passando a análise ao nexo de causalidade, sublinha-se que a imputação da causalidade, ou seja, do liame entre a conduta do agente e a lesão ambiental é de difícil aferição, visto que, em muitos casos, a poluição é causada por vários agentes, sem que seja possível a determinação da parcela de lesão perpetrada por cada um[39].

A esse respeito, Bahia[40] destaca que o nexo causal é elemento que adquire especial relevância no campo da responsabilidade civil objetiva. Não obstante, é no âmbito desse enlace material que vincula o comportamento lesivo ao dano ambiental que se encontram os maiores óbices para a efetivação da responsabilidade civil ambiental.

Os principais motivos para essa difícil aferição, em suma, são: a complexidade do dano ambiental, da identificação das causas do evento lesivo e da comprovação do liame causal entre o dano e os múltiplos fatores que podem tê-lo originado[41]. Nesse ponto, cabe invocar as divergências entre a teoria do risco integral e a teoria do risco criado, enquanto seguimentos teóricos que norteiam a aplicação da responsabilidade

[37] LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. Op. Cit. P. 73.
[38] BAHIA, Carolina Medeiros. Op. Cit. P. 101.
[39] LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. Op. Cit. P. 78.
[40] BAHIA, Carolina Medeiros. Op. Cit. P. 101.
[41] BAHIA, Carolina Medeiros. Op. Cit. P. 101.

civil ambiental no Brasil.

Para os adeptos da teoria do risco integral, todo e qualquer risco conexo ao empreendimento deve ser integralmente internalizado pelo processo produtivo[42]. Por conseguinte, atenua-se o rigorismo do nexo causal através da aplicação da *conditio sine qua non*[43]. De acordo com essa vertente, o nexo se estabelece não mais entre a conduta do agente e o dano, mas sim entre a existência de riscos inerentes à atividade e o dano ambiental, fundada em juízos de probabilidade, considerando-se que a própria existência da atividade é reputada causa do evento lesivo[44].

Logo, a teoria do risco integral, baseada no nexo causal ditado pela *conditio sine qua non,* considera que, existindo mais de uma causa provável do dano, todas serão reputadas eficientes para produzi-lo, no que se denomina "equivalência das causas" [45].

Não obstante a inexistência de previsão legislativa nesse sentido, o STJ consolidou o entendimento de que a Teoria do Risco Integral é o fundamento para a responsabilização civil por danos ao meio ambiente, conforme o enunciado nº. 10 da 30ª edição da Jurisprudência em Teses:

> A responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato, sendo descabida a invocação, pela empresa responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil para afastar sua obrigação de indenizar.[46]

Ainda a respeito do Risco Integral, observa-se a inaplicabilidade das excludentes de responsabilidade, ou seja, caso fortuito, força maior, fato exclusivo da vítima ou de terceiro, conforme a lição de Édis Milaré:

> A adoção da teoria do risco da atividade, da qual decorre a responsabilidade objetiva, traz como consequências principais para que haja o dever de indenizar: a) a prescindibilidade de investigação de culpa; b) a irrelevância da licitude da ati-

---

[42] STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Considerações Sobre o Nexo de Causalidade na Responsabilidade Civil por Dano ao Meio Ambiente. *In* **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 32, n. 2.3, p 83-103, outubro-dezembro/2003.

[43] Idem.

[44] Idem.

[45] Idem.

[46] SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Jurisprudência em Teses. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>. Acesso em 30 de abril de 2020.

> vidade; c) a inaplicação das causas de exclusão da responsabilidade civil.[47]

Apesar de majoritária na doutrina e consolidada na Jurisprudência, a Teoria do Risco Integral não é imune às críticas. Veiculadas principalmente pelos adeptos da Teoria do Risco Criado, as objeções à Teoria do Risco Integral consideram que a sua aplicação pode conduzir a extremismos e injustiça.

Exemplo comumente utilizado pela doutrina é o caso de um pequeno proprietário rural que tem o seu reservatório de óleo diesel, fonte do seu simples gerador, perfurado por um vândalo. Mesmo identificado o autor do dano pela Polícia Ambiental, a demanda pela recuperação dos danos causados aos recursos naturais em sua propriedade é movida contra o pequeno agricultor[48]. Outra possível crítica é que a observância da Teoria do Risco Integral não encontra previsão em momento algum no ordenamento jurídico brasileiro. Para os defensores desse argumento, a utilização da teoria deriva tão somente da atividade legislativa desempenhada pelo STJ, ultrapassando, portanto, os limites de sua competência prevista constitucionalmente[49].

Os adeptos da corrente minoritária – a Teoria do Risco Criado – procuram vislumbrar apenas o fator apto a gerar situações lesivas para fins de imputação de responsabilidade[50]. Em decorrência, é admitida a aplicação das excludentes de responsabilidade, entendendo-se que a presença de uma delas rompe o nexo causal, pois a causa do dano é exterior à determinada atividade[51]. O nexo causal, nesse diapasão, é interpretado sob a ótica da causalidade adequada. Isso significa que, seleciona-se entre as diversas causas que podem ter condicionado a ocorrência do dano, aquela que, numa perspectiva de normalidade, apresente sérias possibili-

---

[47] MILARÉ. Edis. **Direito do Ambiente**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2005. P. 834.

[48] REZENDE, Elcio Nacur. Responsabilidade civil ambiental: uma superação do discurso de autoridade insculpido pela teoria do risco integral. In ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo. **Responsabilidade Civil**: novas tendências. São Paulo: Editora Foco Jurídico, 2017.

[49] ANTUNES, Paulo Bessa. **Da existência da exclusão de responsabilidade na responsabilidade por danos ao meio ambiente no Direito Brasileiro.** *e-publica.* Lisboa, v. 3, n. 2, p. 100-119, nov. 2016.

[50] STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Op. Cit.

[51] STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Op. Cit.

dades de ter criado um risco socialmente inaceitável[52].

A doutrina ambientalista majoritária tece críticas à Teoria do Risco Criado em razão das particularidades do dano ambiental. Caso este seja manejado conforme os preceitos da causalidade adequada e da aplicação das excludentes de responsabilidade, é provável que seja inviabilizada a imputação de responsabilidade e, em decorrência, a reparação do meio ambiente degradado.

Partindo do pressuposto de que o dano ambiental envolve uma multiplicidade de agentes e de causas, concorrentes, simultâneas e sucessivas e que daí decorre a complexidade em aferir com exatidão o nexo causal, a busca pela causa cientificamente adequada pode intensificar a morosidade dos processos judiciais e a injustiça socioambiental da qual são vítimas as pessoas vulneráveis em relação aos grandes empreendedores.

Outrossim, importante mencionar o caráter solidário da responsabilidade civil ambiental. Embora não haja disposição expressa na legislação ambiental brasileira a esse respeito, o STJ, na 30ª edição da Jurisprudência em Teses, dispôs no enunciado nº. 07 o seguinte: "Os responsáveis pela degradação ambiental são co-obrigados solidários, formando-se, em regra, nas ações civis públicas ou coletivas litisconsórcio facultativo".

A construção jurisprudencial acima é baseada na combinação entre o art. 3º, inciso IV da Política Nacional de Meio Ambiente, o qual define o conceito de poluidor, e o art. 942 do Código Civil, que estabelece a solidariedade pela reparação quando a ofensa tiver mais de um autor[53]. Por consequência, qualquer causador pode ser demandado para responder integralmente pelo dano ambiental, sendo que a contribuição causal de cada sujeito só tem relevância no plano interno entre os causadores e pode ser apurada em posterior ação de regresso[54].

Por fim, destaca-se o entendimento do STJ segundo o qual a pretensão cível de reparação dos danos causados ao meio ambiente é imprescritível (REsp nº. 647493/SC; REsp nº 1120117 / AC; REsp nº. 1644195 / SC; AgInt no AREsp nº. 928184 / SP; REsp 1559396 / MG; AgRg no REsp 1150479 / RS; REsp 1120117 / AC).

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal (STF) apreciou a

[52] STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Op. Cit.
[53] BAHIA, Carolina Medeiros. Op. Cit. P. 103.
[54] BAHIA, Carolina Medeiros. Op. Cit. P. 105.

questão em votação pelo plenário virtual e reafirmou a tese de que a pretensão reparatória em face do dano ambiental é imprescritível[55]. Esse é mais um aspecto no qual a jurisprudência adquire protagonismo, diante da inexistência de qualquer dispositivo referente à prescrição dos direitos difusos e coletivos no ordenamento jurídico brasileiro.

No próximo capítulo, será dada atenção à evolução no entendimento jurisprudencial do STJ a respeito da existência e da função do dano moral coletivo, notadamente o que decorre dos danos ambientais.

3. O DANO MORAL COLETIVO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

As primeiras discussões no STJ a respeito da existência do dano moral coletivo remontam ao ano de 2006, por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº. 598.281/MG (Recurso Especial nº. 598.281/MG, Relator: Ministro Luiz Fux, Relator p/ Acórdão: Ministro Teori Zavascki, Primeira Turma, data do julgamento: 02 de maio de 2006, data da publicação: 01º de junho de 2006) . O recurso em questão fora interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça que negou provimento ao pedido ministerial de condenação do Município de Uberlândia por dano moral coletivo em sede de ação civil pública na qual se discutia a reparação dos danos causados ao meio ambiente em decorrência de irregularidades na construção de loteamentos urbanos.

O Município de Uberlândia pugnou pelo não provimento do recurso sob o fundamento de que o dano moral possui caráter individual e de que o art. 1º da Lei nº. 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) faz referência ao dano moral a que sofre um indivíduo determinado, comprovadamente lesado em seus valores pessoais.

A partir daí o que se seguiu foi a discussão travada entre o Ministro Luiz Fux e o Ministro Teori Zavascki, sendo que o primeiro sustentava a possibilidade de configuração do dano moral coletivo e o segundo a impossibilidade, ancorando-se na noção técnica de dano moral

[55] GARCIA, Lina Pimentel; VIEIRA, Rafael Sonda. **STF decide a favor da imprescritibilidade do dano ambiental**. Migalhas, 27 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/325437/stf-decide-a-favor-da-imprescritibilidade-do-dano-ambiental>. Acesso em 10/06/2020.

como lesão a um direito essencial da pessoa humana[56].

Em suma, o voto do Ministro Luiz Fux baseou-se no tratamento constitucional atribuído ao meio ambiente, como valor indispensável à sadia qualidade de vida, em combinação com o art. 1º da Lei nº. 7.347/85 e com o art. 6º, inciso I da Lei nº. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor). Assim, no entendimento do Ministro Fux, o regramento dos direitos difusos em sede constitucional e infraconstitucional possibilitou ultrapassar a barreira do indivíduo para abranger o dano extrapatrimonial à coletividade.

Na tentativa de delinear as situações que ensejam a configuração do dano moral coletivo, o Ministro Fux dispôs o seguinte:

> O dano moral ambiental caracterizar-se-á quando, além dessa repercussão física no patrimônio ambiental, sucede ofensa ao sentimento difuso ou coletivo - v.g.: o dano causado a uma paisagem causa impacto no sentimento da comunidade de determinada região, quer como v.g; a supressão de certas árvores na zona urbana ou localizadas na mata próxima ao perímetro urbano.
>
> Consectariamente, o reconhecimento do dano moral ambiental não está umbilicalmente ligado à repercussão física no meio ambiente, mas, ao revés, relacionado à transgressão do sentimento coletivo, consubstanciado no sofrimento da comunidade, ou do grupo social, diante de determinada lesão ambiental.

Por outro lado, o Ministro Teori pautava-se na noção de dano moral como dor, sentimento, lesão psíquica, cuja vítima seria, necessariamente, uma pessoa. Na leitura do Ministro, o dano moral é incompatível com a noção de "transindividualidade" da lesão, sendo que o reconhecimento do dano moral coletivo não é consectário lógico da ocorrência de dano ambiental, nos termos do fragmento abaixo:

> (...) é perfeitamente viável a tutela do bem jurídico salvaguardado pelo art. 225 da Constituição (meio ambiente ecologicamente equilibrado), tal como realizada nesta ação civil pública, mediante a determinação de providências que assegurem a restauração do ecossistema degradado, sem qualquer

[56] SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011.

referência a um dano moral.

Ao final do seu voto, o Ministro Teori externou o entendimento de que não se pode interpretar o art. 1º da Lei da Ação Civil Pública de modo a tornar o dano moral indenizável em todas as hipóteses de dano ao meio ambiente, porquanto nem toda conduta ilícita importa em dano moral.

Naquela ocasião, a configuração do dano moral coletivo em sede de dano ambiental restou devidamente afastada, em um resultado que dividiu o entendimento dos ministros que integravam a Primeira Turma, sendo três votos no sentido de negar provimento ao recurso e dois votos vencidos.

O entendimento do Tribunal começou a sofrer alterações a partir do ano de 2013, em que os ministros que integravam a Segunda Turma deram provimento ao Recurso Especial nº. 1.269.494/MG por unanimidade. A ementa do julgado segue abaixo:

> AMBIENTAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROTEÇÃO E PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE. COMPLEXO PARQUE DO SABIÁ. OFENSA AO ART. 535, II, DO CPC NÃO CONFIGURADA. CUMULAÇÃO DE OBRIGAÇÕES DE FAZER COM INDENIZAÇÃO PECUNIÁRIA. ART. 3º DA LEI 7.347/1985. POSSIBILIDADE. DANOS MORAIS COLETIVOS. CABIMENTO.
>
> (...)
>
> 3. O dano ao meio ambiente, por ser bem público, gera repercussão geral, impondo conscientização coletiva à sua reparação, a fim de resguardar o direito das futuras gerações a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.
>
> 4. O dano moral coletivo ambiental atinge direitos de personalidade do grupo massificado, sendo desnecessária a demonstração de que a coletividade sinta a dor, a repulsa, a indignação, tal qual fosse um indivíduo isolado.
>
> 5. Recurso especial provido, para reconhecer, em tese, a possibilidade de cumulação de indenização pecuniária com as obrigações de fazer, bem como a condenação em danos morais coletivos, com a devolução dos autos ao Tribunal de origem para que verifique se, no caso, há dano indenizável e

> fixação do eventual quantum debeatur. (Recurso Especial nº. 1.269.494/MG, Relatora: Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, data do julgamento: 24 de setembro de 2013, data da publicação: DJe 01º de outubro de 2013).

A demanda tratava-se de Recurso Especial interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça que considerou incabível a condenação dos réus por danos morais coletivos sob o argumento de suposta incompatibilidade com a noção de direitos transindividuais, bem como julgou impossível a cumulação da obrigação de fazer com a indenização pecuniária no âmbito da ação civil pública.

O voto condutor do acórdão, proferido pela Ministra Relatora Eliana Calmon, tratou de clarificar, em um primeiro momento, a possibilidade de cumulação das condenações em obrigação de fazer e em indenização pecuniária. Após, passou-se ao exame da possibilidade ou não de condenação dos recorridos por dano moral coletivo, partindo dos dois argumentos utilizados pelo Tribunal *a quo* para negar a pretensão ministerial: o primeiro, de que a recuperação ambiental se mostrou possível na espécie; o segundo, de que o dano moral diz respeito à ofensa a direitos personalíssimos, que não se confunde com a noção de transindividualidade.

A Ministra, então, afastou a exigência de comprovação de dor, sentimento ou lesão psíquica para a caracterização do dano extrapatrimonial coletivo. Segundo ela, o reconhecimento do dano moral coletivo é produto do contínuo processo evolutivo da reparação civil, que caminha rumo à previsão de reparação dos danos a interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, ao lado do já consagrado direito à reparação pelo dano moral sofrido pelo indivíduo.

Ao encerrar a sua exposição, a Ministra Eliana Calmon enfatizou a existência de uma "honra coletiva":

> O dano extrapatrimonial atinge direitos de personalidade do grupo ou coletividade enquanto realidade massificada, que a cada dia reclama mais soluções jurídicas para sua proteção. É evidente que uma coletividade pode sofrer ofensa à sua honra, à sua dignidade, à sua boa reputação, à sua história, costumes, tradições e ao seu direito a um meio ambiente salutar para si e seus descendentes. Isso não importa exigir que a coletividade sinta a dor, a repulsa, a indignação, tal qual fosse um indiví-

> duo isolado. Essas decorrem do sentimento de participar de determinado grupo ou coletividade, relacionando a própria individualidade à idéia do coletivo.

A partir desse momento, a inclinação do STJ tem sido o reconhecimento da possibilidade de configuração do dano moral coletivo. A seguir, foram transcritos fragmentos da ementa de dois casos apreciados pela Corte nos anos de 2018 e 2019, respectivamente, com o fito de delinear quais são as funções desempenhadas por essa nova categoria autônoma de dano, bem como quais os requisitos construídos jurisprudencialmente para a sua configuração:

> RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. AÇÃO COLETIVA DE CONSUMO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. NÃO INDICAÇÃO. SÚMULA 284/STF. LIMITES DO PEDIDO. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DA INICIAL. PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA. SENTENÇA ALÉM DO PEDIDO. REDUÇÃO. DANO MORAL COLETIVO. RECUPERAÇÃO FLUIDA (FLUID RECOVERY). DISTINÇÃO. APLICAÇÃO NA HIPÓTESE CONCRETA. DANOS INDIVIDUAIS. FUNDAMENTAÇÃO. AUSENTE. DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF.
>
> 1. Cuida-se de ação coletiva de consumo na qual é pleiteada a reparação dos danos morais e materiais decorrentes de falhas na prestação de serviços de transportes de passageiros que culminaram em dois acidentes, ocorridos em 13/03/2012 e 30/05/2012.
>
> (...)
>
> 8. **O dano moral coletivo é categoria autônoma de dano que se identifica com a violação injusta e intolerável de valores fundamentais titularizados pela coletividade (grupos, classes ou categorias de pessoas) e tem a função de: a) proporcionar uma reparação indireta à lesão de um direito extrapatrimonial da coletividade; b) sancionar o ofensor; e c) inibir condutas ofensivas a esses direitos transindividuais**.
>
> (...)
>
> 12. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte,

provido. (grifei). (Recurso Especial nº. 1.741.681/RJ, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, data do julgamento: 23 de outubro de 2018, data da publicação: DJe 26 de outubro de 2018).

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AMBIENTAL. IRREGULARIDADE NO FORNECIMENTO DE ÁGUA POTÁVEL ENCANDA. DANO MORAL COLETIVO CARACTERIZADO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. Trata-se, na origem, de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Sergipe para obrigar a ora recorrente a fornecer serviço regular de abastecimento de água potável encanada para a população do Município de Frei Paulo e dos seus povoados, inclusive com a realização de obras de ampliação da rede de abastecimento, tornando tal serviço adequado e eficiente, além de condená-la em danos morais coletivos.

(...)

4. Acertado o reconhecimento pelo Tribunal a quo do dano moral coletivo. A lesão de interesses transindividuais atinge não apenas a esfera jurídica de titulares de direito individualmente considerados, como também compromete bens, institutos e valores jurídicos superiores, revestindo-se de interesse social qualificado.

6. A privação do fornecimento de água e a irregularidade de tal serviço, lesa não só o indivíduo prejudicado pela falta de bem vital e pelo serviço deficiente, como também toda coletividade cujos diversos direitos são violados: dignidade da pessoa humana, saúde pública, meio ambiente equilibrado. O dano, portanto, decorre da própria circunstância do ato lesivo e prescinde de prova objetiva do prejuízo individual sofrido.

7. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica quanto à possibilidade de condenação por danos morais coletivos sempre que constatada prática ilícita que viole valores e interesses fundamentais de uma coletividade.

(...)

9. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte,

> não provido. (grifei). (Recurso Especial nº. 1.820.000/SE, Relator: Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, data do julgamento: 17 de setembro de 2019, data da publicação: DJe 11 de outubro de 2019).

A partir dos excertos acima transcritos, é possível visualizar como a temática foi se desenvolvendo na jurisprudência do STJ. Como destacado no primeiro julgado, são identificadas três funções desempenhadas pelo dano moral coletivo: a) proporcionar uma reparação indireta à lesão de um direito extrapatrimonial da coletividade; b) sancionar o ofensor; e c) inibir condutas ofensivas a esses direitos transindividuais. Desta feita, a Ministra Nancy Andrighi, no voto proferido no Recurso Especial 1.741.681/RJ, realça que a condenação por dano moral coletivo tem viés nitidamente repressivo à lesão injusta que transgride os valores primordiais de uma coletividade.

O Ministro Herman Benjamin, no voto proferido por ocasião do Recurso Especial nº. 1.820.000/SE aduziu que o dano moral coletivo decorre da própria circunstância do ato lesivo e prescinde de prova objetiva do prejuízo individual sofrido. O cerne da controvérsia em questão era o fornecimento irregular de água potável encanada para a população do Município de Frei Paulo, no Estado do Sergipe. Não se olvida que a irregularidade na prestação desse serviço acarreta prejuízos não só ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como também à saúde pública, ferindo, em última instância, a própria dignidade da pessoa humana.

Com efeito, a edição nº. 125 da Jurisprudência em Teses, editada com o tema responsabilidade civil e divulgada na data de 26 de abril de 2019, estabeleceu a tese de que "o dano moral coletivo, aferível *in re ipsa*, é categoria autônoma de dano relacionado à violação injusta e intolerável de valores fundamentais da coletividade". Logo, em conformidade à atual jurisprudência do STJ, o dano moral coletivo é presumido nas ocasiões em que se verifica transgressão aos valores fundamentais de uma dada sociedade, prescindindo de comprovação de abalo psicológico ou de prejuízo concreto.

Ora, é inconteste que o meio ambiente é um dos valores mais caros a toda coletividade, visto que há uma relação indissociável entre a existência humana e a preservação da natureza. Como afirma Ost[57], o ser

[57] OST, François. **A natureza à margem da lei**: a ecologia à prova do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. P. 30.

humano é dependente dos ecossistemas, vez que, como todos os outros seres vivos, retira recursos do ambiente para assegurar a sua sobrevivência e nele descarta seus resíduos.

No próximo capítulo serão enfrentadas as divergências doutrinárias a respeito da categoria em análise.

4. CONSIDERAÇÕES DOUTRINÁRIAS SOBRE O DANO MORAL COLETIVO

Apesar de relativamente pacificada na jurisprudência do STJ, a existência do dano moral coletivo ainda é controvertida para a doutrina. O entendimento doutrinário se segmenta entre os autores que opinam favoravelmente à sua existência, como corolário da evolução no trato dos direitos difusos e do próprio meio ambiente, enquanto para outros a sua existência é um nítido contrassenso à ideia de reparação civil e de dano moral. De início, serão expostas de forma breve as principais razões doutrinárias veiculadas favoravelmente à existência do dano moral coletivo, sem a pretensão de esgotar todos os argumentos possíveis.

Os pilares da argumentação residem na mutabilidade dos direitos da personalidade no tempo e no espaço, por se tratar de categoria sensível às contínuas transformações das relações sociais[58]. O processo de ampliação dos direitos da personalidade relaciona-se com o aprofundamento do conteúdo jurídico da dignidade humana, à medida que novas demandas emergem das complexas transformações sociais[59].

Nesse contexto, os danos a direitos difusos, como é o meio ambiente, escapam à compreensão da lógica individualista clássica e demandam, por conseguinte, um regramento jurídico diferenciado e inovador, capaz de fazer frente às ameaças a valores essenciais a toda coletividade.

O professor José Rubens Morato Leite, em sua obra "Dano Ambiental", redigida em conjunto com o professor Patryck Ayala, é um grande defensor da existência do dano moral coletivo ou dano extrapatrimonial, sendo esta última nomenclatura considerada mais adequada pelos autores. Segundo os professores[60], o dano ambiental possui diferentes facetas, posto que comporta tanto a tutela jurisdicional individual

[58] LEITE, José Rubens Morato. **Dano Ambiental:** do individual ao coletivo extrapatrimonial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. P. 287.
[59] BUCCI, Maria Paula Dallari. Op. Cit. P. 03.
[60] LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. Op. Cit. P. 143.

quanto a coletiva, assim como pode se revestir de viés patrimonial ou extrapatrimonial.

Desse modo, na tutela individual verifica-se que o interesse primário do demandante pode ser material, através do pleito para a reparação da lesão ao seu patrimônio, ou extrapatrimonial, caso o dano perpetrado ao meio ambiente tenha também lesado seus valores individuais. Apenas de forma mediata ou incidental figura a intenção de proteção do meio ambiente enquanto "macrobem"[61].

A tutela coletiva do dano ambiental pauta-se, em primeiro plano, pela lesão ao macrobem ambiental difuso, cuja titularidade é pertencente à coletividade, não sendo possível a determinação exata dos seus titulares[62]. Sem embargo da normativa jurídica acerca da reparação integral dos danos causados ao meio ambiente, rememora-se que os princípios basilares do Direito Ambiental recomendam, antes de tudo, a existência de políticas ambientais conjugada com a fiscalização e o monitoramento de ordem preventiva. Nesse viés, o objetivo é evitar a ocorrência de danos, posto que o retorno do meio ambiente degradado ao *status quo* anterior é oneroso e difícil.

Por conseguinte, Leite e Ayala[63] fixam o seguinte pressuposto para a existência do dano moral coletivo: "se o indivíduo pode ser ressarcido por lesão a um dano moral, não há óbice para que a coletividade venha a ser reparada, considerando que, do contrário, estaria se evidenciando um dano sem obrigação de compensação".

O respaldo legal para tanto recai sobre o já mencionado art. 1º da Lei nº. 7.347/1985, que estabelece que os danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente ou a qualquer outro interesse difuso e coletivo podem ser pleiteados pela via da ação civil pública. Para Bessa[64], o objetivo da lei, ao permitir a imputação dessa nova espécie de sanção pecuniária a ser revertida a fundos nacional e estadual (artigo 13 da Lei nº. 7.347/1985) foi reprimir a conduta daquele que ofende direitos difusos e coletivos.

Na defesa do dano moral coletivo, Ramos[65] argumenta que a

---

[61] Idem.

[62] LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. Op. Cit. P. 158.

[63] LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. Op. Cit. P. 322.

[64] BESSA, Leonardo Roscoe. **Dano moral coletivo**. Revista da EMERJ, v. 10, nº 40, 2007, pp. 247-283. P. 248.

[65] RAMOS, André de Carvalho. A ação civil pública e o dano moral coletivo. **Revista do Direito do Consumidor**, v. 25, São Paulo, 1996. P. 82.

proteção dos valores morais não está restrita aos valores individuais da pessoa física. No mesmo sentido, França[66] defende que o dano não está vinculado à noção de dor em sentido estrito, porque a lesão extrapatrimonial pode se referir também a bens de natureza difusa, como o bem ambiental.

No que tange às hipóteses de incidência do dano moral coletivo, Leite e Ayala[67] elucidam que, diante das evidências fáticas da degradação ambiental intolerável, presume-se a violação ao ideal coletivo relacionado à proteção do meio ambiente e, por consequência, o desrespeito ao direito humano fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Os autores sublinham o aspecto essencial da tolerabilidade para a configuração do dano moral coletivo, ou seja, nem todo dano pode ser caracterizado como extrapatrimonial ambiental. Ao revés, a sua imputação fica resguardada ao dano significativo, aquele que ultrapassa o limite da tolerabilidade, o que deve ser examinado em concreto[68].

Outro aspecto a ser enfrentado no refinamento jurídico do instituto em questão é a definição do *quantum debeatur*. Nesse ponto, enfrenta-se a dificuldade em valorar, ao mesmo tempo, o dano causado ao meio ambiente e a lesão a valores considerados fundamentais para toda a coletividade. Como avaliar, por exemplo, o dano extrapatrimonial causado a uma população pela contaminação do lençol freático, ou ainda a poluição hídrica causada pela emissão de efluentes líquidos em desconformidade com os padrões de qualidade ambiental?

Apesar de não existirem respostas conclusivas e uníssonas para tal impasse, Leite e Ayala[69] defendem a necessidade de buscar parâmetros caso a caso para a avaliação dos danos extrapatrimoniais, quer individuais, quer coletivos, visto que a dificuldade em avaliar o montante a ser indenizado não pode ser razão para não se indenizar, sob pena de enriquecimento ilícito do causador do dano.

Logo, os dispositivos do Código Civil relacionados à indenização localizados no título destinado à responsabilidade civil, notadamente os artigos 944, 945 e 946, são balizas utilizadas pela doutrina e pela jurisprudência, em razão da inexistência de dispositivos específicos

---

[66] FRANÇA, Rubens Limongi. Reparação do dano moral. **Revista dos Tribunais**, v. 631, São Paulo, RT, 1988. P. 31.
[67] LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. Op. Cit. P. 347.
[68] LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. Op. Cit. P. 343.
[69] LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. Op. Cit. P. 349

a respeito da indenização dos danos extrapatrimoniais coletivos.

Destarte, o *quantum debeatur* será sempre variado de acordo com as peculiaridades do caso concreto, levando-se em consideração, por exemplo, a gravidade da lesão, a observação da gravidade da culpa do autor, se o causador do dano é uma empresa de grande porte ou um indivíduo isoladamente considerado[70].

Leite e Ayala fazem referência à lição da professora Maria Helena Diniz a respeito dos critérios para a reparação do dano moral individual, realçando que o seu entendimento, indubitavelmente, se aplica aos danos coletivos:

> É de competência jurisdicional o estabelecimento do modo como o lesante deve reparar o dano moral, baseado em critérios subjetivos (posição social ou política do ofendido, intensidade do ânimo de ofender: culpa ou dolo) ou objetivos (situação econômica do ofensor, risco criado, gravidade e repercussão da ofensa). Na avaliação do dano moral, o órgão judicante deverá estabelecer uma reparação equitativa, baseada na culpa do agente, na extensão do prejuízo causado e na capacidade econômica do responsável. [71] (DINIZ, 1995, p. 79).

Em relação à função desempenhada pela imputação da responsabilidade por danos extrapatrimoniais coletivos, Leite e Ayala[72] fazem alusão à função pedagógica da responsabilidade civil, todavia em um viés punitivo. Para os autores, o ressarcimento do dano extrapatrimonial ambiental permite a materialização do princípio da reparação integral, o que se faz necessário diante da necessidade de oferecer respostas suficientes e adequadas aos atos ilícitos que repercutem em diminuição da qualidade de vida e em transtornos imateriais à coletividade.

Bessa[73] corresponde à ideia acima, asseverando que o dano moral coletivo é sanção pecuniária com caráter eminentemente punitivo, em face da ofensa a direitos difusos ou coletivos. Segundo o autor[74], por detrás do objetivo da punição, há também o objetivo de prevenir novas

---

[70] LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. Op. Cit. P. 350.
[71] DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito civil brasileiro.** V. 7. São Paulo: Saraiva, 1995. P. 79.
[72] LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. Op. Cit. P. 343.
[73] BESSA, Leonardo Roscoe. Op. Cit. P. 247.
[74] BESSA, Leonardo Roscoe. Op. Cit. P. 282.

lesões a direitos metaindividuais.

Ante todo o exposto, os professores José Rubens Morato Leite e Patryck Ayala consideram que a evolução jurisprudencial que consagrou a existência do dano moral coletivo está respaldada por um viés contemporâneo ligado ao contexto de uma sociedade pós-moderna que necessita enfrentar a crise ambiental: a sociedade de risco. Dessa forma, é premente a necessidade de reparação do dano ambiental da forma mais ampla possível, bem como o fortalecimento do sistema da responsabilidade civil ambiental[75].

De outro norte, as últimas considerações desse capítulo se destinam à exposição das principais ideias defendidas por autores contrários à existência do dano moral coletivo enquanto categoria autônoma de dano.

O desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo Rui Stoco, ainda quando o STJ não admitia a existência do dano moral coletivo, se pronunciou em sentido oposto ao professor José Rubens em sua obra intitulada "Tratado de Responsabilidade Civil".

No mesmo sentido que o entendimento emanado pelo Ministro Teori Zavascki à época, Stoco leciona que a ofensa moral sempre se dirige à pessoa humana enquanto portadora de individualidade própria. Para ele, a Constituição Federal não teria deixado margem a dúvidas ao consagrar o direito de reparação por dano moral em casos de ofensa aos atributos da personalidade humana (art. 5º, incisos V e X).

Contudo, há que se ponderar que o desembargador Stoco parte da ideia de um "dano moral ao meio ambiente" e não do dano extrapatrimonial causado à coletividade detentora do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como se depreende do excerto abaixo:

> (...) Do que se conclui mostrar-se impróprio, tanto no plano fático como sob o aspecto lógico-jurídico, falar em **dano moral ao ambiente**, sendo insustentável a tese de que a degradação do meio ambiente por ação do homem conduza, através da mesma ação judicial, à obrigação de reconstituí-lo, e, ainda, de recompor o dano moral hipoteticamente suportado por um número indeterminado de pessoas. [76] (grifei).

Rememora-se que, quando se trata da imputação do dano mo-

[75] LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. Op. Cit. P. 378.

[76] STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. P. 856/857.

ral coletivo em decorrência de um dano ambiental, não se cogita a ideia de uma ofensa moral aos rios, à fauna ou a Mata Atlântica, por exemplo. A construção doutrinária e jurisprudencial revela que o cerne da existência do dano extrapatrimonial é a demanda pela maior amplitude possível na reparação dos danos ao meio ambiente. É sabido que a degradação da qualidade ambiental repercute em transtornos para um número indefinido de sujeitos e na apreensão de lucro para uma pequena parcela. Dessa forma, a responsabilidade pela reparação dos danos extrapatrimoniais coletivos é orientada pelo ideal de desencorajamento de novas condutas ilícitas.

Bruno di Marino e Álvaro Ferraz, em artigo de opinião redigido em 2019, apresentam seus argumentos em sentido contrário ao dano moral coletivo[77]. Para os autores, essa categoria de dano constitui, na realidade, uma multa, vez que tem por escopo primordial a punição de condutas ilícitas. Nessa linha de raciocínio, deveria existir lei prévia estabelecendo maiores detalhes, como as hipóteses de incidência e o critério razoável para a definição do valor, em respeito ao princípio da reserva estrita de lei, garantia constitucional vinculante de toda emanação do *ius puniendi* do Estado (CF, artigo 5º, *caput*, II, XXXIX, e XLVI, "c").

Para os autores a inexistência de previsão legal a esse respeito pode acarretar em condenações injustas, com a cominação de valores vultuosos, ao sabor do aplicador do Direito. Logo, os autores consideram que o modo como o instituto fora forjado é conceitualmente equivocado, bem como desviante da sua função, visto que o valor da condenação não indeniza ou compensa a vítima, nem reverte para a melhoria do serviço ou do produto questionado na ação coletiva.

Bessa[78], em contraposição ao argumento acima, afirma que, mesmo nas relações privadas individuais, a função punitiva da responsabilidade civil é admitida, o que se constitui em um forte argumento para também aceitá-la nos litígios decorrentes dos conflitos de massa. Para o autor, "embora primordial a função reparatória da responsabilidade civil nas relações privadas individuais, existem, ao seu lado, as funções punitiva e preventiva. Em algumas situações, a função punitiva assume

[77] DI MARINO, Bruno; FERRAZ, Álvaro. **A saga jurisprudencial do dano moral coletivo**: tinha razão o Ministro Teori. ConJur, 31 de março de 2019. ISSN 1809-2829. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-31/opiniao-saga-jurisprudencial-dano-moral-coletivo>. Acesso em 09 de maio de 2020.

[78] BESSA, Leonardo Roscoe. Op. Cit. P. 259.

maior relevância que a função reparatória." [79]

Para concluir este capítulo transcreve-se abaixo a lição de Eduardo Ribeiro:

> A responsabilidade civil, traduzida na obrigação de reparar o dano, encontra seu fundamento no princípio *neminem laedere*, que constitui pressuposto da vida em sociedade. Ocorrendo a lesão, haverá de ser reparada, colocando-se as coisas, quanto possível, no estado anterior. Entretanto, quando o ordenamento prevê a obrigação de reparar, como uma conseqüência da lesão, atende, igualmente, a outros fins. Releva, sem dúvida [...] a finalidade de prevenção, seja a geral, dizendo com toda a comunidade, seja a que se refere ao causador da lesão. Não é apenas o direito penal que visa a tais objetivos. Não se vinculasse aos ilícitos civis uma sanção, previsível que o número desses crescesse vertiginosamente. [80]

7. CONCLUSÃO

No atual contexto de multiplicação dos riscos ao meio ambiente, à saúde e à qualidade de vida advindos, principalmente, dos avanços tecnológicos e industriais, é premente que o Direito ofereça respostas novas e coerentes à coletividade titular do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Preferencialmente, deve-se atuar pela via da prevenção e da precaução, com o fito de se evitar danos que repercutem de forma negativa na vida de um conjunto indeterminado de sujeitos.

Por outro lado, a reparação dos danos ambientais assume relevância ímpar no panorama atual, visto que as condutas ilícitas que acarretam na alteração da dinâmica do meio ambiente e na deterioração da qualidade de vida das populações devem ser sancionadas em sua integralidade pelo Direito. Ausentar-se de cumprir a sua função repressiva ou não cumpri-la da melhor forma possível, em consonância com a proporção dos danos, não é uma escolha para o Poder Judiciário diante do cenário da crise ambiental planetária.

Dessa forma, a teoria geral clássica da responsabilidade civil

---

[79] BESSA, Leonardo Roscoe. Op. Cit. P. 266.

[80] RIBEIRO, Eduardo. Prefácio à obra de Vitor Fernandes Gonçalves, **A punição na responsabilidade civil**: a indenização do dano moral e da lesão a interesses difusos. Brasília, Brasília Jurídica, 2005. P. 12.

não pode ser transposta à lógica dos direitos difusos sem nenhum tipo de adaptação. Nesse panorama de necessária adaptação a uma realidade social cada vez mais complexa e dinâmica, não é adequado que os operadores do Direito permaneçam estáticos esperando por alterações legislativas para então pautar suas atividades em um novo regramento jurídico. Logo, em se tratando da reparação dos danos a direitos difusos, a disposição do art. 1º da Lei nº. 7.347/85 é a porta de partida para o aprofundamento teórico dos danos extrapatrimoniais aos direitos de terceira dimensão.

Como leciona José Rubens e Patryck Ayala, a nomenclatura "danos extrapatrimoniais coletivos" parece ser a mais adequada. Isto porque nos distanciamos da concepção de dano moral individual, enquanto a lesão a aspectos da personalidade humana, e da ideia de dano moral a bens isoladamente considerados, como um rio ou uma floresta, para entendê-lo consoante a uma percepção da transgressão aos valores mais caros a toda coletividade.

Por consequência da conduta ilícita que viola direitos difusos ou coletivos, não há motivos para que as ações coletivas não persigam, a um só tempo, a imputação judicial de obrigações de fazer ou não fazer, visando fazer cessar o dano com a sua seguinte reparação, quando possível, ou então a sua compensação, em conjunto como a indenização por danos extrapatrimoniais coletivos.

Quanto à função desempenhada por essa categoria autônoma de dano, não se omite que o seu escopo é diverso: pedagógico, preventivo e também punitivo. Contudo, a responsabilidade civil pode sim assumir função punitiva por vezes, sem que isso transforme a indenização civil em uma multa no sentido administrativo. Dessa forma, o montante alcançado em indenização a título de dano extrapatrimonial coletivo é revertido a fundos de abrangência nacional ou estadual, geridos por Conselhos com a participação do Ministério Público e representantes da comunidade, a teor do art. 13 da Lei nº. 7.347/85.

Por fim, adverte-se que as limitações do instituto ou as suas imprecisões, notadamente no que tange ao cálculo do *quantum debeatur*, não são motivos para negar a importante tarefa por ele desempenhada. Ora, o dano extrapatrimonial coletivo não é pauta nas discussões jurídicas há muitas décadas e, assim como os direitos difusos e coletivos, carece de maior aprofundamento teórico. Logo, esse desafio é também uma oportunidade para novos estudos a serem desenvolvidos com o propósi-

to de aperfeiçoar a categoria em conformidade aos ditames sociais.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo Bessa. **Da existência da exclusão de responsabilidade na responsabilidade por danos ao meio ambiente no Direito Brasileiro.** *e-publica.* Lisboa, v. 3, n. 2, p. 100-119, nov. 2016.

BAHIA, Carolina Medeiros. **Nexo de causalidade em face do risco e do dano ao meio ambiente**: elementos para um novo tratamento da causalidade no sistema brasileiro de responsabilidade civil ambiental. Tese (doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Florianópolis, SC, 2012.

BECK, Ulrich. A metamorfose do mundo: novos conceitos para uma nova realidade. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do Ambiente e Ecologização da Constituição Brasileira. *In* CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 83 – 156.

BESSA, Leonardo Roscoe. **Dano moral coletivo**. Revista da EMERJ, v. 10, nº 40, 2007, pp. 247-283.

BIANCHI, Patrícia Nunes Lima. **A (in)eficácia do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado no Brasil**. Tese (doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Florianópolis, SC, 2007.

BOFF, Leonardo. Sustentabilidade. **O que é, o que não é**. Petrópolis: Vozes, 2012**.**

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília. Disponível em https://bit.ly/2IH2Zdo. Acesso em: 13 de maio de 2020.

_____. **Lei nº. 6.938, de 31 de agosto de 1981.** Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília: Congresso Nacional, 1981. Publicada no D.O.U datado de 02/09/1981. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm>. Acesso em 13 de maio de 2020.

_____. **Lei nº. 7.347, de 24 de julho de 1985.** Disciplina a ação civil

pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Brasília: Congresso Nacional, 1985. Publicada no D.O.U datado de 25/07/1985. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em 13 de maio de 2020.

_____. **Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília: Congresso Nacional, 1990. Publicada no D.O.U datado de 12/09/1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em 13 de maio de 2020.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. *In* BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

DI MARINO, Bruno; FERRAZ, Álvaro. **A saga jurisprudencial do dano moral coletivo**: tinha razão o Ministro Teori. ConJur, 31 de março de 2019. ISSN 1809-2829. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-31/opiniao-saga-jurisprudencial-dano-moral-coletivo>. Acesso em 09 de maio de 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito civil brasileiro.** V. 7. São Paulo: Saraiva, 1995.

FRANÇA, Rubens Limongi. Reparação do dano moral. **Revista dos Tribunais**, v. 631, São Paulo, RT, 1988.

GARCIA, Lina Pimentel; VIEIRA, Rafael Sonda. **STF decide a favor da imprescritibilidade do dano ambiental**. Migalhas, 27 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/325437/stf-decide-a-favor-da-imprescritibilidade-do-dano-ambiental>. Acesso em 10 de junho de 2020.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental**. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Dano Ambiental:** do individual ao coletivo extrapatrimonial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental brasileiro**. 17ª Ed.

São Paulo: Malheiros, 2009.

MILARÉ. Edis. **Direito do Ambiente**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2005.

MORAES, Kamila Guimarães de. **Obsolescência planejada de qualidade**: fundamentos e perspectivas jurídico-ambientais de enfrentamento. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Florianópolis, SC, 2013.

OST, François. **A natureza à margem da lei**: a ecologia à prova do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

RAMOS, André de Carvalho. **A ação civil pública e o dano moral coletivo**. Revista do Direito do Consumidor, v. 25, São Paulo, 1996.

REZENDE, Elcio Nacur. Responsabilidade civil ambiental: uma superação do discurso de autoridade insculpido pela teoria do risco integral. *In* ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo. **Responsabilidade Civil**: novas tendências. São Paulo: Editora Foco Jurídico, 2017.

RIBEIRO, Eduardo. Prefácio à obra de Vitor Fernandes Gonçalves, **A punição na responsabilidade civil**: a indenização do dano moral e da lesão a interesses difusos. Brasília, Brasília Jurídica, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Considerações Sobre o Nexo de Causalidade na Responsabilidade Civil por Dano ao Meio Ambiente. *In* **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 32, n. 2.3, p 83-103, outubro-dezembro/2003.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ASPECTOS MATERIAIS E REGISTRAIS DA *SUPPRESSIO* DE DIREITOS REAIS[1]

Fabio Queiroz Pereira[2]
Henry Colombi[3]

Resumo: Este trabalho tem por objetivo analisar a criação de direito reais pelo instituto da *suppressio*, bem como verificar a sua adequação ao ordenamento jurídico brasileiro, notadamente, no que concerne às questões registrais. A *suppressio* é instituto originado no direito obrigacional, em intrínseca relação com a função limitativa boa-fé objetiva. Não obstante sua genealogia, em uma análise jurisprudencial é possível observar que a sua aplicação tem se estendido aos direitos reais imobiliários, notadamente a situações que envolvam a proteção da confiança em determinados contextos que se perpetuam temporalmente. Necessário, contudo, verificar a adequabilidade dessa expansão aplicativa, tendo em vista as peculiares características que envolvem os direitos reais, como a noção de taxatividade e a intrínseca relação existente com o sistema registral. Por meio de uma pesquisa de vertente jurídico-dogmática e de tipo compreensivo-propositivo, são analisados elementos teóricos atinentes ao tema, bem como são evidenciados aspectos práticos, ligados ao enfrentamento de questões correlatas pelos tribunais brasileiros. Como conclusão, defende-se a possibilidade de aplicação da suppressio ao campo dos direitos reais, mas sem descurar das regras típicas do ramo do direito sobre a qual incide. As formalidades inerentes ao registro e eficácia erga omnes dos direitos reais constituídos pela suppressio devem ser observadas sob pena de, na busca da tutela da confiança do beneficiário da suppressio, se vulnerar outra importante estrutura de proteção da confiança: o sistema registral.

Palavras-chave: Suppressio; Direitos Reais; Registro Imobiliário.

[1] Pesquisa financiada pela PRPq/UFMG.
[2] Professor de Direito Civil da UFMG. Doutor em Direito Civil pela UFMG. Mestre em Direito Civil pela Universidade de Coimbra.
[3] Mestrando em Direito na UFMG. Bacharel em Direito pela UFMG. Advogado.

INTRODUÇÃO

A *suppressio* é uma figura parcelar da boa-fé objetiva que já conta com ampla acolhida doutrinária e jurisprudencial no ordenamento jurídico brasileiro[4]. Define-se como "a situação do direito que, não tendo sido, em certas circunstâncias, exercido durante um determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo por, de outra forma contrariar a boa-fé"[5] e é intimamente relacionada à proteção da confiança[6]. Suas raízes históricas remontam à jurisprudência comercial alemã do final do século XIX, tendo sua consagração dogmática se dado no período posterior à Primeira Guerra Mundial, com o surto inflacionário que assolou aquele país. Daí em diante, as reflexões acerca do instituto se aprofundaram. Foram superadas as fronteiras alemãs[7] e as possibilidades de aplicação,

[4] MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015; SCHREIBER, Anderson. *A Proibição do Comportamento Contraditório*: tutela da confiança e venire contra factum proprium. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. pp. 185-193; GOMES, Elena de Carvalho. *Entre o Actus e o Factum*: os comportamentos contraditórios no direito privado. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. pp. 101-103; DICKSTEIN, Marcelo. *A Boa-fé Objetiva na Modificação Tácita da Relação Jurídica*: suppressio e surrectio. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.; MARTINS, Guilherme Magalhães. A função de controle da boa-fé objetiva e o retardamento desleal no exercício de direitos patrimoniais (suppressio). *Civilística*.com, Rio de Janeiro, ano 2, nº 4, outubro-dezembro de 2013; XAVIER, José Tadeu Neves. A Aplicação da Suppressio (Verwirkung) no Âmbito das Relações Privadas. *Revista Brasileira de Direito Civil* – RBDCivil, Belo Horizonte, vol. 13, pp. 61-91, jul./set. 2017; GOMES, Elena de Carvalho. Revisitando a Verwirkung. *In*: GOMES, Elena de Carvalho; MARX NETO, Edgard Audomar; FÉRES, Marcelo Andrade (Orgs.). *Estudos de Direito Privado*: liber amicorum para João Baptista Villela. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. pp. 353-374; NEVES, Julio Gonzaga Andrade. *A Suppressio (Verwirkung) no Direito Civil*. São Paulo: Almedina, 2016. No que tange à jurisprudência, no âmbito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais constam 121 acórdãos que tratam do tema da suppressio, já no Superior Tribunal de Justiça são 41 os acórdãos que tratam do tema. A metodologia da pesquisa jurisprudencial é explicitada adiante.

[5] CORDEIRO, António Menezes. *Da Boa Fé no Direito Civil*. 2ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2001. p. 797

[6] LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 4ª ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. pp. 678-679; nota do tradutor p. 679; CORDEIRO, António Menezes. *Op. Cit*. p. 820. Para uma perspectiva sociológica da confiança, cf. LUHMANN, Niklas. Confianza. Trad. Amada Flores. Rubí (Barcelona): Anthropos Editorial, 2005.

[7] CORDEIRO, António Menezes. *Op. cit*. pp. 801-802; GOMES, Elena de Carvalho. *Op. cit*. p. 357; SCHREIBER, Anderson. *A Proibição do Comportamento Con-*

antes restritas às obrigações comerciais e civis, expandiram-se para outros âmbitos do Direito Privado, para o Direito Público e para o Processo[1].

Apesar de já consolidado em ordenamentos jurídicos estrangeiros, a introdução jurisprudencial do instituto no Brasil foi tardia, remontando aos anos de 1990. Seu *leading case*, o Recurso Especial (REsp) 214.680-SP, apelidado de Caso dos Corredores Inúteis, encontrou guarida em um ramo do direito que até então se encontrava alheio às reflexões pertinentes à *suppressio*: os direitos reais. Essa circunstância peculiar não chamou a atenção da literatura jurídica nacional. As obras que se ocuparam de comentá-la não transparecem surpresa e tampouco intuem possíveis incompatibilidades ou a necessidade de adequação da estruturação teórica tradicional da *suppressio* para sua harmônica aplicação ao âmbito dos direitos reais[2]. A despreocupação da doutrina se refletiu na jurisprudência, que, na esteira do precedente do REsp 214.680-SP, passou a aplicar com bastante naturalidade a *suppressio* para a solução de lides envolvendo direitos reais.

A referida naturalidade com a qual o tema é tratado não é de se esperar pois, tendo em vista as peculiaridades da disciplina dos direitos reais, intui-se, sem muitas dificuldades duas relevantes questões potencialmente problemáticas. A primeira delas, relativa ao direito material, é a compatibilização da aplicação da *suppressio* com a regra do *numerus clausus* dos direitos reais. A segunda trata de matéria registral e de como se estabelece o diálogo da aplicação da *suppressio* aos direitos reais com a interconexão que estes têm com sistema de registros públicos. Tendo por objeto as problemáticas apontadas, o presente trabalho se estrutura em três partes. A primeira apresenta o panorama jurisprudencial da aplicação da *suppressio* ao campo dos direitos reais, tendo como universo de análise as decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG). A segunda estuda a adequabilidade dessa aplicação jurisprudencial tendo e vista a regra do *numerus clausus* dos direitos reais. A terceira identifica os aspectos registrais subjacentes. Ao fim, seguem as considerações conclusivas.

---

traditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 186.

[1] CORDEIRO, António Menezes. *Op. Cit*. pp. 802-805 e notas.

[2] Afirmação que se faz com base na análise das mais difundidas obras a tratar da *suppressio* no âmbito da doutrina brasileira, já citadas a propósito da nota 1.

1. DIAGNÓSTICO JURISPRUDENCIAL: A INCIDÊNCIA DA *SUPPRESSIO* SOBRE A DINÂMICA E A ESTÁTICA DOS DIREITOS REAIS

O paradigma do REsp 214.680-SP naturalizou na jurisprudência brasileira a incidência da *suppressio* no âmbito dos direitos reais. Pela análise dos julgados do TJMG, em meio aos 121[3] acórdãos que tratam de *suppressio*, verifica-se que 17 se referem à sua incidência naquele ramo. Todos reconheceram, de alguma forma, a possibilidade *in abstracto* de sua incidência. No STJ, dos 41[4] acórdãos sobre *suppressio*, além do próprio paradigma do REsp 214.680-SP, outros dois versam sobre sua aplicabilidade em situações envolvendo direitos reais, e, da mesma forma, sempre considerando-a possível.

É importante, inicialmente, ressaltar que os direitos reais sobre os quais se verifica na jurisprudência a aplicação da *suppressio* são apenas aqueles referentes aos bens imóveis. Isso se explica pela própria estrutura do instituto, o qual não prescinde de certa perenidade e de alguma proximidade no que tange aos lindes dos direitos sobre a coisa, o que é difícil de acontecer em casos envolvendo bens móveis[5]. Vale, ainda, destacar que, na esteira do paradigma, há uma visível prevalência de aplicação nas

[3] No âmbito do TJMG 121 julgados são indexados pela grafia *supressio* e apenas um pela grafia correta *suppressio*. Foi excluído do cômputo para análise um resultado que, não obstante aplicar a *suppressio*, o fazia no âmbito do *jus sepulchri*, que excede o recorte do presente trabalho, que se contém dentro dos limites do Direito Privado. Análise feita no sistema de buscas do Tribunal em abril de 2018.

[4] Não há, no sistema de busca do STJ uniformidade dos termos, portanto, somou-se os acórdãos que continham na referência o indexador «*suppressio*" sem o indexador "*supressio*" cujo resultado foi de 4 julgados, com os que continham o indexador "*supressio*" sem o indexador "*suppressio*", o que correspondia a 32 julgados e, por fim, somou-se o número de julgados nos quais ambos os indexadores se faziam presentes, 6 em número, chegando ao montante de 42 julgados sobre o tema no âmbito do STJ. Também aqui foi excluído do cômputo para análise um resultado que, não obstante aplicar a *suppressio*, o fazia no âmbito do *jus sepulchri*, que excede o recorte do presente trabalho, que se contém dentro dos limites do Direito Privado. Análise feita no sistema de buscas do Tribunal em março de 2018.

[5] Há apenas um caso no universo analisado de alusão à *suppressio* no âmbito de direitos reais sobre bens móveis. Trata-se da Apelação Cível 1.0604.07.005075-1/001, do TJMG, que não oferece qualquer interesse para análise posto ser teratológica, pois emprega a *suppressio* como se fosse apenas um *nomen juris* alternativo à usucapião mobiliária, invocando, inclusive os dispositivos pertinentes do Código Civil. MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça, 12ª Câmara Cível. AC 1.0604.07.005075-1/001. Rel. Des. Nilo Lacerda. Belo Horizonte, 29 de outubro de 2009.

questões envolvendo condomínio edilício. Entretanto, tem-se verificado a posterior ampliação para outros âmbitos, tais como dos direitos reais de servidão[6] e mesmo da propriedade imobiliária rural[7].

Pela análise dos julgados identificam-se dois padrões de aplicação da *suppressio* ao campo dos direitos reais. Para melhor compreender a distinção são úteis as noções de dinâmica e estática, propostas por José de Oliveira Ascensão[8]. A dinâmica dos direitos reais diz respeito às transformações que eles sofrem em seu conteúdo. Engloba-se, portanto, na dinâmica tudo que diz respeito ao *devir* dos direitos reais, nomeadamente, suas causas de constituição, modificação e extinção. A estática, por sua vez, refere-se ao fenômeno dos direitos reais em si, em sua estruturação e na medida dos poderes que conferem e das vinculações que submetem os seus titulares. Essas são de valia, pois é possível verificar nos precedentes analisados casos nos quais: 1. a *suppressio* intervém somente no âmbito da dinâmica, agindo como modalidade de modificação do conteúdo dos direitos reais e outros nos quais, 2. além de atuar como instrumento da dinâmica, a *suppressio* influi também na própria estrutura do direito real, afetando sua conformação estática. Serão adiante analisados esses dois grupos de casos.

Ao intervir na dinâmica dos direitos reais, a *suppressio* opera como os seus tradicionais meios de constituição, modificação e extinção (usucapião, ocupação, destruição da coisa, deliberação assemblear de condomínio etc.). Nessa diversidade de fatos jurídicos há um elo comum: o condão de modificar o conteúdo de um direito real preexistente. A *suppressio* altera o conteúdo de um direito real preexistente, faz surgir em benefício do confiante um novo direito real típico previsto no rol do art. 1.225 do Código Civil ou na legislação extravagante.

O precedente mais representativo dessa atuação da *suppressio* é o

---

[6] Como é o exemplo do REsp 1.124.506 - RJ que, não obstante não defira a aplicação da *suppressio*, por não constatar no caso violação à boa-fé objetiva, admite *in abstracto* a aplicabilidade da *suppressio* ao campo dos direitos reais. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma. REsp 1.124.506 – RJ. Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, 19 de junho de 2012. No mesmo sentido, no âmbito do TJMG, a AC 1.0133.16.001790-0/001. MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça, 18ª Câmara Cível. AC 1.0133.16.001790-0/001. Rel. Des. Vasconcelos Lins. Belo Horizonte, 19 de maio de 2017.

[7] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça, 14ª Câmara Cível. AC 1.0480.06.084977-9/002. Rel. Des. Antônio de Pádua. Belo Horizonte, 15 de março de 2012.

[8] ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil*: Reais. 4ª ed., reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora LTDA, 1987. pp. 36-37.

Caso da Quitinete em Edifício Comercial (REsp nº 1.096.639-DF)[9] de relatoria da Min. Nancy Andrighi. A lide envolvia um edifício que, nos termos da convenção condominial, detinha destinação exclusivamente comercial – recebendo, inclusive, o sugestivo nome de "Avenida Shopping" – mas que, faticamente, contava com algumas unidades residenciais do tipo quitinete. Instalou-se no referido edifício uma filial de uma rede de supermercados. Para o funcionamento de suas câmaras frias, o novo condômino acomodou no teto da construção, justamente acima de uma das quitinetes, maquinários que produziam intoleráveis ruídos, sobretudo à noite. O ocupante da referida unidade residencial, por esta razão, ajuizou ação, em face da rede de supermercados, visando impedir o uso do equipamento e a condenação em danos morais pela perturbação de seu sossego. O pleito foi deferido tanto em primeira quanto em segunda instâncias, tendo sido apenas o pedido de abstenção do uso do maquinário julgado prejudicado em vista de ter o condômino residente se mudado do edifício. A controvérsia, no âmbito do STJ cingiu-se, assim, apenas à questão dos danos morais. Para decidi-la, nada obstante, o tribunal precisou determinar o conteúdo dos direitos reais titularizados pelo condômino explorador das atividades de supermercado.

A rede de supermercados pretendia a aplicação literal dos dispositivos do Código Civil referentes ao valor normativo da convenção condominial na determinação do conteúdo da propriedade horizontal. A Terceira Turma do STJ, no entanto, entendeu, por unanimidade, que: "não se pode impor ao recorrido uma convenção condominial que jamais foi observada na prática e que se encontra completamente desconexa da realidade vivenciada naquele condomínio"[10]. Verifica-se que a *suppressio*, neste caso particular, fez as vezes de uma assembleia condominial que reconheceu a alteração da destinação do condomínio edilício, nos termos do art. 1.351 do Código Civil de 2002[11]. Percebe-se uma alteração no conteúdo da situação jurídica real do condomínio, a qual é reconduzida para uma outra tipologia também legalmente albergada.

[9] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma. REsp 1.096.639-DF. Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, 9 de dezembro de 2008.

[10] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma. REsp 1.096.639-DF. Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, 9 de dezembro de 2008. p. 7.

[11] Art. 1.351. Depende da aprovação de 2/3 (dois terços) dos votos dos condôminos a alteração da convenção; a mudança da destinação do edifício, ou da unidade imobiliária, depende da aprovação pela unanimidade dos condôminos. (Redação dada pela Lei nº 10.931, de 2004).

Parte-se da situação inicial de um condomínio edilício de destinação exclusivamente comercial que é, pela *suppressio*, modificado para tornar-se condomínio edilício de destinação mista.

No âmbito do TJMG, decisões que caminham no mesmo sentido, podendo se tomar como exemplos os acórdãos exarados na Apelação Cível (AC) 1.0133.16.001790-0/001[12], que reconhece a constituição de uma servidão com base na *suppressio*; na AC 1.0000.17.097926-4/001[13], que se vale da *suppressio* como instrumento apto sanar vícios de assembleia condominial, fazendo a decisão nesta adotada prevalecer; e na AC 1.0637.15.001875-1/001[14], que, em situação fática semelhante à do Caso da Quitinete em Edifício Comercial, reconhece em tese a possibilidade de a *suppressio* operar efeito de alteração da destinação condominial.

Em um segundo grupo de casos, a aplicação da *suppressio*, além de intervir na dinâmica dos direitos reais, acaba por influir também em questões afeitas à sua própria estática. Vale dizer, a *suppressio* não atua somente na constituição, modificação e extinção de direitos reais, mas, para tutelar a confiança no caso concreto, intervém na própria estrutura da situação jurídica real, configurando, assim, a partir do zero, uma nova situação jurídica real sem prévia tipificação legal. Este segundo grupo detém o maior número de julgados, dentre eles o próprio paradigma do Caso dos Corredores Inúteis. Dos 17 acórdãos sobre *suppressio* incidente sobre direitos reais no âmbito do TJMG, 13 pertencem a este grupo. No âmbito do STJ, a proporção numérica é menor – um em três – mas sua relevância é significativamente mais acentuada.

O precedente mais representativo, naturalmente, é Caso dos Corredores Inúteis, REsp 214.680-SP. A lide subjacente envolvia o descontentamento de uma condômina em relação à ocupação exclusiva de áreas comuns por parte de outros condôminos. A situação teria sido facilitada por conta de uma alteração no projeto arquitetônico original do edifício que, inutilizando corredores que pela convenção de condomínio se destinariam ao uso comum[15], passaram, de fato, a servir apenas

[12] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça, 17ª Câmara Cível. AC 1.0133.16.001790-0/001. Rel. Des. Vasconcelos Lins. Belo Horizonte, 19 de maio de 2017.
[13] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça, 14ª Câmara Cível. AC 1.0000.16.052399-9/001. Rel. Des. Estevão Lucchesi. Belo Horizonte, 23 de fevereiro de 2018.
[14] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça, 11ª Câmara Cível. AC 1.0637.15.001875-1/001. Rel. Des. Cláudia Maia. Belo Horizonte, 24 de novembro de 2017.
[15] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça, 1ª Câmara de Direito Privado. AC 38.012-

aos titulares de determinadas unidades[16]. Essa ocupação exclusiva de área comum perdurou por mais de vinte anos[17], sendo posteriormente[18] chancelada em assembleia condominial[19], a qual, no entanto, não respeitou o quórum legal. Nada obstante, foi inclusive empreendida a unificação das matrículas das unidades contíguas, separadas apenas pelos corredores inúteis[20]. Aventou-se, ainda, que o descontentamento da condômina que ajuizou a ação teria sido animado por um conflito condominial anterior, na qual restou vencida[21].

No âmbito do STJ, coube a relatoria do caso ao Min. Ruy Ro-

4/2. Rel. Des. Gildo dos Santos. São Paulo, 16 de junho de 1998. p. 6. *In Verbis*: "Irrelevante o dizerem os apelados que houve modificação no projeto original e que, por isso, se lhes permitiu aquela exclusiva utilização daquelas áreas, porque, além de essa alteração no projeto não ter sido provada por documento idôneo, o certo é que a Convenção Condominial desmente essa assertiva".

[16] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça, 1ª Câmara de Direito Privado. AC 38.012-4/2. Rel. Des. Gildo dos Santos. São Paulo, 16 de junho de 1998. p. 2. *In Verbis:* "Os réus disseram que houve alteração no projeto original, por isso que estão de posse do que lhes pertence, asseverando que 'os indigitados corredores só servem, exclusivamente, a cada um dos réus; não se prestam, nem se prestariam à utilização por qualquer outro condômino, ainda que não fossem propriedade dos réus" (fl- 106)".

[17] Como informa o acórdão do Recurso Especial, à p. 1 do relatório.

[18] A Assembleia Geral Extraordinária que autorizou a permanência da ocupação data de 19 de dezembro de 1996, conforme relatado no acórdão da Apelação à pg. 7, bem posterior, portanto, à consolidação da situação fática, que remontava a mais de vinte anos da propositura da ação, conforme se infere do relatado no acórdão do Recurso Especial à p. 1 do relatório.

[19] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma. REsp 214.680-SP. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr. Brasília, 10 de agosto de 1999. p. 2. *In Verbis:* "A assembleia aprovou a ocupação exercida pelos autores, não se exigindo unanimidade para tal decisão". TJSP p. 6-7. "Dessarte, não ajuda aos réus a autorização que a Assembléia Geral Extraordinária de 19.12.1996 lhes deu de 'manterem a porta colocada no corredor de acesso exclusivo aos respectivos apartamentos, tendo em vista que tal colocação é antiga, permitida tacitamente pelos demais Condôminos, sendo que referido corredor serve única e exclusivamente para acesso àqueles apartamentos, sem provocar qualquer restrição a direitos ou conforto dos demais condôminos' (sic - fl. 211)".

[20] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma. REsp 214.680-SP. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr. Brasília, 10 de agosto de 1999. p. 2. *In Verbis:* "Alega que não se trata de área comum, porquanto desde a modificação do projeto originário os proprietários puderam unificar as unidades contíguas, tendo havido matrícula única".

[21] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça, 1ª Câmara de Direito Privado. AC 38.012-4/2. Rel. Des. Gildo dos Santos. São Paulo, 16 de junho de 1998. p. 1. *In Verbis:* "a sentença não poderia lastrear-se na tese dos apelados, no sentido de que esta demanda

sado de Aguiar Júnior. Pelas peculiares do litígio, o julgador constatou a existência de uma legítima confiança formada na esfera jurídica dos ocupantes no sentido de que sua situação irregular benéfica, que já perdurava por um largo lapso temporal e vinha sendo corroborada pela comunidade condominial, não seria mais revertida. Por outro lado, da análise estrita das normas regentes das relações condominiais, concluiu que não haveria à disposição no direito positivo instrumento específico apto para embasar uma decisão harmônica para o problema posto. Nesse sentido, em uma abordagem mais ampla do ordenamento jurídico, vai buscar na figura da *suppressio* um mecanismo para uma solução mais equitativa para o caso concreto.

Deve-se ter em mente que quando proferida a decisão em comento não havia sequer base legal no direito positivo pátrio apta a suportar a incidência da *suppressio*. Era vigente o Código Civil de 1916, o qual não trazia qualquer referência à boa-fé em sua acepção objetiva. A *suppressio* era conhecida apenas nas cogitações teóricas dos doutrinadores que sabiam de suas aplicações nos ordenamentos estrangeiros – é marcante, inclusive, a referência no julgado à obra de Menezes Cordeiro, utilizada para a contextualização do instituto. Por essa razão, verifica-se que não há na fundamentação central do acórdão qualquer remissão a dispositivos legais e que a base mais sólida de sua argumentação é a conclusão de que a eficácia da *suppressio* se demonstraria satisfatória para garantir um resultado justo e que seus pressupostos se faziam presentes no caso.

O caso, para além do ineditismo da aplicação da *suppressio*, é paradigmático em um segundo sentido. Ao decidir em favor da manutenção do *status quo* relativamente às áreas comuns ocupadas com exclusividade, o tribunal deferiu aos ocupantes "direitos absolutos, inerentes a uma coisa e funcionalmente dirigidos à afectação desta [aos seus interesses]"[22], ou seja, direitos reais. Esses direitos, nada obstante, não necessariamente se reconduzem a nenhum dos tipos legais enunciados no art. 1.225 e tipificados nas disposições subsequentes do Código Civil. Seu conteúdo e limites, como se percebe pela leitura do acórdão do REsp 214.680-SP e dos demais casos que se incluem neste grupo, são fixados no caso concreto pela decisão do magistrado de modo adequado a tutelar a legítima confiança dos beneficiários da *suppressio*. Nada obsta, é

correu por represália da apelante em razão de derrota que havia sofrido".

[22] ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil*: Reais. 4ª ed., reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora LTDA, 1987. p. 56.

verdade, que os contornos do direito real constituído *ad hoc* pela concreção da cláusula geral seja reconduzido a alguma das figuras tipicamente previstas, ou se inspire em algumas de suas características. Mas, da mesma forma, tendo em vista a atuação do esquema de cláusulas gerais, nada tampouco obriga que esses tipos preestabelecidos sejam seguidos. Em suma, o precedente do REsp 214.680-SP introduz no ordenamento jurídico, com base na proteção confiança, pela via da *suppressio*, a possibilidade de se admitir a constituição de direitos reais atípicos.

No âmbito do TJMG, são verificados numerosos casos com substrato fático semelhante e com decisões que caminham no mesmo sentido do paradigma acima descrito, podendo se tomar como exemplos os acórdãos exarados na AC 1.0000.16.052399-9/001[23], que permite, pela *suppressio*, o uso exclusivo de um *box* de despejo formalmente designado como área comum; no Agravo de Instrumento 1.0024.14.209844-1/001[24], que manteve a liminar de manutenção de posse de vaga de garagem comum sob uso exclusivo; na AC 1.0079.04.119916-1/001[25], que determinou a manutenção do *status quo* de uma construção realizada por um condômino em área comum que a tornava de acesso exclusivo; na AC 1.0480.06.084977-9/002[26], denominada por Julio Gonzaga Andrade Neves[27] como Caso do Ranchinho, que conferiu a um detentor, com base na *suppressio*, o direito "de permanecer, enquanto viver ou quiser, na área menor, em que reside e planta"[28].

2. ASPECTOS MATERIAIS: O *NUMERUS CLAUSUS* DOS DIREITOS REAIS

A primeira dificuldade que se verifica quando de uma avaliação crítica da aplicação *suppressio* no sentido de constituir direitos reais é a conformidade desta atuação com o clássico princípio do *numerus*

[23] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça, 15ª Câmara Cível. AC 1.0000.16.052399-9/001. Rel. Des. Mônica Libânio. Belo Horizonte, 17 de novembro de 2016.
[24] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça, 17ª Câmara Cível. AGI 1.0024.14.209844-1/001. Rel. Des. Eduardo Mariné. Belo Horizonte, 2o de novembro de 2014.
[25] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça, 11ª Câmara Cível. AC 1.0079.04.119916-1/001. Rel. Des. Marcelo Rodrigues. Belo Horizonte, 21 de março de 2007.
[26] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça, 14ª Câmara Cível. AC 1.0480.06.084977-9/002. Rel. Des. Antônio de Pádua. Belo Horizonte, 15 de março de 2012.
[27] NEVES, Julio Gonzaga Andrade. *Op. Cit.* p. 179.
[28] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça, 14ª Câmara Cível. AC 1.0480.06.084977-9/002. Rel. Des. Antônio de Pádua. Belo Horizonte, 15 de março de 2012. p. 9.

clausus. Trata-se de uma das noções mais elementares do ramo dos direitos reais, sendo um dos primeiros pontos distintivos utilizados pela doutrina para apartá-los da categoria do direito das obrigações. Em sua explicação, usualmente, contenta-se com a mera invocação dos dois brocardos contrapostos: direitos reais são *numerus clausus* enquanto direitos obrigacionais são *numerus apertus*. Como poderia, então, desta forma, a *suppressio* fazer nascer direitos reais que não aqueles tipificados taxativamente no rol do art. 1.225 do Código Civil? Como atuaria ela sobre as vicissitudes que não nas clássicas formas dispostas na lei, como a transcrição, usucapião, o não uso, a destruição da coisa, dentre outras taxativamente arroladas?

Em uma primeira análise, é possível concluir que, com efeito, não haveria como a *suppressio* atuar nesses sentidos. Forçoso seria adotar uma posição negativista ou buscar subterfúgios no sentido de descaracterizar a própria funcionalidade do instituto. No entanto, essa conclusão parte de uma premissa equivocada acerca do conteúdo do princípio do *numerus clausus* dos direitos reais, o qual, se devidamente compreendido em seu real significado, não opõe qualquer óbice à incidência da *suppressio* no sentido de criar e modificar direitos reais. A simplicidade com a qual é apresentado o princípio do *numerus clausus* oculta o verdadeiro conteúdo que se encerra por detrás desse brocardo latino, em suas origens, fundamentos e finalidades.

No ordenamento jurídico brasileiro, diferentemente do que ocorre no direito português[29] e no direito argentino[30], não há qualquer norma expressa que consagre a vigência de um *numerus clausus* dos direitos reais. Fazendo-se uma recapitulação histórica, verifica-se que no período anterior à codificação de 1916 o rol de direitos reais era limitado, o que derivava de expressa disposição presente na Lei nº 1.237 de 1864. Foi sob a égide desta lei que escreveu sua célebre obra o Conselheiro Lafayette[31] (2004, p. 25), que, influenciando as futuras gerações de juristas,

[29] O Código Civil português de 1966, em seu art. 1306º, 1, sob a epígrafe "*Numerus Clausus*", traz clara a limitação dos direitos reais a um esquema legal prefixado, atribuindo como consequência que as figuras que desbordem esse quadro serão recepcionadas pelo ordenamento jurídico produzindo efeitos meramente obrigacionais.

[30] No direito argentino, uma regra expressa a afirmar o princípio do *numerus clausus* já se fazia presente na codificação de 1869, em seu art. 2.502. No recentemente promulgado Código de 2014, a regra se mantém, sendo alterada apenas a sanção, que passa a ser a nulidade dos atos de constituição e modificação de direitos reais que desbordem a moldura legal.

[31] PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das Coisas*. Vol. I. Ed. fac-símilar. Prefácio

consignou claramente a opção por um *numerus clausus* como sendo a vigente e a mais adequada.

Com o advento do Código Civil de 1916, travou-se, então, nos primeiros anos de sua vigência, uma disputa doutrinária envolvendo o tema, a qual há muito parece ter sido esquecida. O projeto encaminhado por Clóvis Beviláqua previa no equivalente ao *caput* do art. 674 que "somente" configurariam direitos reais os listados nos incisos que se seguissem. O termo, no entanto, foi suprimido quando das revisões pelas comissões legislativas, não se fazendo presente na versão final do artigo. Esse fato levou parte da doutrina a compreender que haveria uma *voluntas legislatoris* no sentido estabelecer no ordenamento jurídico brasileiro um *numerus apertus* de direitos reais. Nomes relevantes da doutrina pátria do início do século XX se posicionaram neste sentido, a exemplo de Arnoldo Medeiros da Fonseca[32], no verbete destinado aos direitos reais que escreveu para o Repertório Enciclopédico de Carvalho Santos, destacando não apenas a decadência do princípio do *numerus clausus* nos países que o adotavam, a exemplo da França, mas também os vários doutrinadores que compartilhavam de sua posição. Não foi essa, no entanto, a concepção que se afirmou como exitosa. Em meados do século XX, as obras manualísticas já assentavam o *numerus clausus* como verdade inconteste[33]. Daí por diante não mais se questionou sua vigência no direito brasileiro. Na consciência jurídica dominante, o *numerus clausus* é norma vigente e de conteúdo fundamental na estruturação dos direitos reais no contexto do direito brasileiro.

Por mais que vigência do *numerus clausus* dos direitos reais não seja contestada, é necessário ter em mente o seu real conteúdo. O histórico da construção do princípio no contexto do direito europeu, sobretudo no âmbito do direito francês, revela seus fundamentos. Com a ascensão da burguesia ao poder havia um duplo interesse na instituição de uma regra que limitasse onerações demasiadas à propriedade imobi-

---

de Sálvio de Figueiredo. Brasília: Senado Federal; Superior Tribunal de Justiça, 2004. p. 25.

[32] FONSECA, Arnoldo Medeiros da. Direitos Reais. *In*: SANTOS, J. M. de Carvalho *et al. Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*. Vol. XVIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1947. pp. 71-76. pp. 74-75.

[33] GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 10ª ed, 5ª Tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 1994. pp. 10-11; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. IV. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p.5; BESSONE, Darcy. *Direitos Reais*. São Paulo: Saraiva, 1988. pp. 9-10.

liária. O primeiro se justificava sob a perspectiva da livre circulação da riqueza, a qual seria muito prejudicada pelos antigos vínculos feudais de natureza real existentes sobre a propriedade fundiária[34]. O segundo representava uma estratégia política de enfraquecimento dos redutos de poderes do antigo regime, consubstanciado nesses mesmos vínculos reais fundiários ainda titularizados por membros de castas da nobreza[35].

Esses interesses bem se moldaram às elucubrações da teoria personalista – a qual, vale lembrar, era inspirada pela filosofia liberal burguesa – que vinculam intimamente as noções de absolutidade dos direitos reais, compreendida como potencialidade de influir sobre a esfera jurídica de terceiros, com a impossibilidade de deixar suas modulações a cargo dos indivíduos. Nesse sentido é expressivo o pensamento de Kant, o qual afirma que "eu não posso, em nome de minha vontade individual, obrigar ninguém a se abster do uso de uma coisa em relação à qual não há qualquer obrigação; eu não posso fazê-lo que não em nome da vontade coletiva de todos aqueles que possuem aquela coisa em comum"[36].

Compreendendo serem os direitos reais direitos subjetivos absolutos com potencialidade de submeter a coletividade a uma obrigação geral de abstenção, esses não poderiam ter seu conteúdo modulado pelo mero arbítrio individual. Apenas a lei – expressão da vontade coletiva – deteria esse condão. É esse o fundamento do princípio do *numerus clausus*: evitar a oneração demasiada da propriedade imobiliária que se arrisca ao deixar ao alvitre dos particulares poderes de fragmentá-la. Seu conteúdo, é, portanto, o de limitação à autonomia da vontade[37].

No contexto do direito brasileiro, isso não se deu de forma di-

---

[34] GATTI, Edmundo; ALTERINI, Jorge H. *El Derecho Real*: elementos para una teoría general. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993. p. 78.

[35] ASCENSÃO, José de Oliveira. *A Tipicidade dos Direitos Reais*. Lisboa: Petrony, 1968. pp. 73-75.

[36] KANT, Emmanuel. Éléments Métaphysiques de Doctrine du Droit: première partie de la Métaphysique des mœurs. Trad. Jules Barni. Paris: Auguste Durand, 1853. p. 89. No original: «*Je ne puis, au nom de ma volonté individuelle, obliger personne à s'abstenir de l'usage d'une chose au sujet de laquelle il n'aurait d'ailleurs aucune obligation; je ne puis donc le faire qu'au nom de la volonté collective de tous ceux qui possèdent cette chose en commum*». Importante ressaltar que a expressão final "aqueles que possuem aquela coisa em comum" deriva da noção filosófica de Kant da propriedade original comum de todas as coisas pela coletividade que, pelo contrato social, permitem o gozo individual a indivíduos particulares.

[37] BARASSI, Lodovico. *I Diritti Reali nel Nuovo Codice Civile*. Milão: Giuffrè, 1943.

versa, sendo claro o conteúdo de limitação da autonomia da vontade veiculado pelo *numerus clausus* nas primeiras e mais influentes obras nacionais a tratar dos direitos reais, a exemplo da obra do Conselheiro Lafayette[38]. Ainda que se mostre cada vez mais apagada a reflexão consciente sobre o real conteúdo do princípio, é perceptível esse mesmo fundamento subjacente às caracterizações empreendidas por Orlando Gomes, Caio Mário da Silva Pereira, Serpa Lopes, Darcy Bessone e Sílvio Rodrigues[39], somente para citar alguns dos autores mais aclamados da manualística do direito civil.

Conclui-se que o princípio do *numerus clausus* impõe aos direitos reais uma reserva de regulação nos termos determinados pela lei, a fim de limitar o atuar criativo da autonomia da vontade dos particulares nesse âmbito. No entanto, ao atuar criativo do legislador, por meio da lei – manifestação da vontade coletiva, no pressuposto kantiano da teoria dos direitos reais –, não há que se cogitar de limitações pelo princípio. O *numerus clausus* estabelece uma reserva legal de criação de novas modalidades de direitos reais, não há, portanto, sentido que ele impeça a atuação do instrumento por ele mesmo determinado para operar essa atuação criativa. O clássico brocardo *numerus clausus* significa, nesse viés, algo que fica muito aquém de uma absoluta proscrição de qualquer figura de direitos reais que não se enquadre na tradicional tipologia consignada pelo Código Civil[40]. Vale dizer, afirmar os direitos reais como *numerus clausus* não é sinônimo de considerar o rol do art. 1.225 do Código Civil como uma lista taxativa dos direitos reais existentes. Nada impede que a lei crie, fora do rol daquele artigo, uma figura de direito real, seja nomeadamente, seja simplesmente estruturando-a de forma a enquadrá-la no conceito, cuja avaliação incumbe ao intérprete do ordenamento jurídico. No mesmo sentido, afirma Ricardo Dip que "[é] certo que se adotou no direito pátrio o critério da taxatividade dos direitos reais, mas cabe ao intérprete dizer quais dos direitos alinhados são reais e quais não o são, o que, de conseguinte, afasta um critério de oficialidade

p. 42.

[38] PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Op. Cit*. p. 25.

[39] Respectivamente: GOMES, Orlando. *Op. Cit*. pp. 10-11; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. Cit*. p. 5; LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de Direito Civil. Vol. VI, Direito das Coisas. 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. pp. 31-36; BESSONE, Darcy. *Op. Cit*. pp. 9-10; RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. Vol. V. 28ª ed., 4ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2007. pp. 8-10.

[40] ASCENSÃO, José de Oliveira. *P. Cit*. p. 121.

literal (a direta doutrina do *sens clair normative*)"[41]. Aportando, ainda, novos argumentos em acréscimo à clássica fundamentação personalista até então explorada, do ponto de vista da hierarquia das normas, o art. 1.225 do Código Civil não detém qualquer estatura supralegal e, portanto, nada impede que uma *lex posterior* ou uma *lex specialis* modifique sua suposta taxatividade ao estatuir e tipificar paralelamente outra figura de caráter real.

Do exposto acerca do real conteúdo do princípio do *numerus clausus* já se pode extrair que não há, efetivamente, consubstanciado neste princípio qualquer óbice ao reconhecimento do potencial da *suppressio* de operar efeitos no campo dos direitos reais, seja agindo como simples vetor de sua dinâmica, seja atuando como elemento de criação de uma nova figura de direito real, reconduzível ou não às clássicas tipologias presentes no Código Civil. A *suppressio*, como construção positivamente calcada no dever de agir em conformidade com a boa-fé objetiva tem natureza de disposição legal, de criação legislativa que é concretizada pelo intérprete, e não de construto da autonomia da vontade. Por mais que o texto do art. 187 do Código Civil, base normativa da *suppressio*, não especifique por si um direito real autônomo, abre margem para a atuação dos intérpretes do ordenamento. Essa potencialidade já era antevista por José de Oliveira Ascensão, e o princípio do *numerus clausus* tampouco a ela faz óbice, pois, nas palavras do autor: "[a] tarefa de qualificação não pertence à lei, mas ao intérprete. Este é livre de integrar no conceito de direito real situações que o legislador não qualificou expressamente como tais, e que porventura não considerou sequer figuras autónomas de direito subjectivo, mas a que atribuiu o regime jurídico correspondente aos direitos reais"[42].

Dessa forma, sendo papel do intérprete a qualificação da natureza dos direitos, abre-se no ordenamento a possibilidade de se extrair da interpretação de uma disposição legal a estatuição de um direito real. Nesse sentido, a criação e reconhecimento de direitos reais por esta via não pode se encarar como uma violação do princípio do *numerus clausus*. Com efeito, o conteúdo dessa norma é inteiramente respeitado na atuação da *suppressio* ao campo dos direitos reais, pois se funda direta-

[41] DIP, Ricardo Henry Marques. São Taxativos os Atos Registráveis? *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, v. 22, n. 47, p. 34-37, jul./dez. 1999. p. 35.
[42] ASCENSÃO, José de Oliveira. *Op. Cit.* p. 121.

mente na disposição do art. 187 do Código Civil.

3. QUESTÕES DE DIREITO REGISTRAL: A NECESSIDADE E A POSSIBILIDADE DO REGISTRO

Embora se tenha demonstrado que a contradição entre o princípio do *numerus clausus* e a atuação da *suppressio* no âmbito dos direitos reais é simplesmente aparente, a segunda questão ainda subsiste. Os direitos inerentes aos imóveis como um todo, mas especialmente os direitos reais a eles relativos, por sua relevância, são submetidos à obrigatoriedade de serem devidamente levados a registro. É o que se extrai do art. 169 da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73). Essa obrigatoriedade é de ordem pública, pois a publicidade da situação jurídica envolvendo imóveis é central para a preservação dos interesses privados de toda a coletividade inominada que pode vir a ser interessada no conteúdo das vinculações a que esses bens se submetem.

Essa obrigatoriedade está fundada na ideia de segurança jurídica, conforme aponta Serpa Lopes[43] (1955, p. 141), e em uma leitura mais moderna, poderia mesmo ser compreendida como uma manifestação plasmada no direito positivo do princípio da proteção da confiança, entendida em um sentido amplo de redução da complexidade social[44]. Não é difícil imaginar os severos prejuízos, passíveis de frustrar todo um programa previamente estabelecido que podem surgir da existência de vínculos incognoscíveis a onerar um bem imóvel. É justamente buscando evitar este tipo de situações que o sistema registral imobiliário se desenvolveu.

Dentre os acórdãos analisados quando do diagnóstico jurisprudencial, expressiva ilustração da potencialidade de danos ocasionados pelo desconhecimento do verdadeiro conteúdo dos direitos reais no tráfego jurídico é o caso da Quitinete em Edifício Comercial, REsp 1.096.639-DF[45]. Nele o condômino explorador de atividade de supermercados que se instalou em edifício descrito pela convenção condominial como de destinação exclusivamente comercial se viu surpreendido

[43] LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Tratado dos Registros Públicos*. Vol. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955. p. 141.

[44] LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Trad. Amada Flores. Rubí (Barcelona): Anthropos Editorial, 2005

[45] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi. REsp 1.096.639-DF. Brasília, 9 de dezembro de 2008.

pela demanda de um condômino residente já instalado no edifício que lhe exigia em juízo a cessação de atividades relevantes para a consecução de seu objetivo social, e ainda lhe atribuía a causação de danos morais. Se é verdade, como reconheceu no acórdão, que a situação fática era a da destinação mista do condomínio, esta obviamente não era refletida no registro do imóvel, que lhe garantiria a devida publicidade. A impossibilidade de conhecimento da alteração da destinação condominial operada pela *suppressio* claramente ocasionou graves prejuízos ao recorrente. Se o instituto preservou a confiança do residente da quitinete, fundada no *status quo* mantido durante expressivo lapso temporal, frustrou a confiança do explorador de atividade comercial, fundada na segurança jurídica que supostamente conferiria a publicidade do registro imobiliário que consignava ser exclusivamente comercial a destinação do condomínio.

A *suppressio*, no entanto, não necessariamente precisa ser tida como sinônimo de insegurança jurídica e vulneração da confiança no real conteúdo dos direitos reais registrados. Basta que, reconhecida como um fato jurídico que influi nas vicissitudes e mesmo no conteúdo estático dos direitos reais, seja ela albergada no fólio real para que aos seus efeitos seja dada a devida publicidade. Pelo sistema registral de matriz romano-germânica adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, o registro do título aquisitivo, modificativo ou extintivo, vale dizer, das vicissitudes que dizem respeito à sua dinâmica, são requisitos, quando não para a constituição – como no caso da aquisição imobiliária *inter vivos* –, pelo menos para a oponibilidade dos direitos reais em face de terceiros – é o que se verifica na transmissão *causa mortis* e na usucapião. No caso da *suppressio*, entende-se por correto seu enquadramento na segunda dessas categorias. O que de fato constitui ou modifica o direito real – seja apenas no âmbito da dinâmica, seja também em sua estruturação estática – é o próprio fato da confiança depositada na manutenção de um determinado *status quo*. Dessa maneira, extrai-se do mandamento legal do art. 172 da Lei de Registros Públicos que, não obstante o direito real se constitua e modifique na medida da confiança investida pelo beneficiário da *suppressio*, a oponibilidade em face de terceiros dos efeitos dela derivados incidentes sobre direitos reais somente se opera mediante o registro perante o ofício competente. *A contrario sensu* se infere, portanto, que enquanto não registrada a *suppressio*, sua eficácia não seria oponível a terceiros, ou seja, a constituição do novo direito

real somente poderia submeter à proteção da confiança do beneficiário aquele sujeito – compreendido como centro de interesses[46] – que efetivamente criou a confiança legítima na manutenção do *status quo*. Nas palavras de Anderson Schreiber: "somente se pode falar em contradição de um ato próprio se ao emissor do segundo comportamento puder se imputar, em alguma medida, também a conduta inicial, no sentido de que a confiança na coerência desta conduta o abrangia"[47].

Para consolidar o raciocínio em um exemplo, retomando-se o Caso da Quitinete em Edifício Comercial, pela melhor interpretação das normas de direito registral, somente poderia ter o residente feito valer a situação fática de destinação mista do condomínio contra a própria entidade condominial, que foi o sujeito de direitos que efetivamente induziu a legítima confiança de que o *status quo* da destinação mista se manteria. O condômino que, posteriormente a este estado de fato consolidado, confiando no teor do registro público, se instalou no referido edifício com intuito de explorar atividade comercial formalmente compatível com a destinação do condomínio não poderia ter sido afetado – no caso, prejudicado – pelos efeitos da *suppressio*. Como não haveria meios de fazer valer diretamente o direito sobre a coisa, pois o condomínio não estaria diretamente interferindo sobre o direito real que lhe foi constituído pela *suppressio*, não haveria alternativa que responsabilizar a entidade condominial por ter dado causa à situação de confiança legítima investida e não ter tomado as pertinentes precauções para formalizá-la de modo que esta não viesse a ser defraudada pela atuação legítima de um terceiro de boa-fé.

Diferentemente ocorreria no exemplo do Caso dos Corredores Inúteis, REsp 214.680-SP. A situação de fato consolidada, não obstante não ter sido registrada, foi ensejada e contestada pelo mesmo centro de interesses. Ainda que tenha sido a demanda ajuizada por uma condômina que posteriormente se instalou no edifício, na ação não pleiteava a demandante direito próprio, mas agia em legitimação extraordinária, representando o condomínio em razão inércia da síndica[48]. Portanto, o

[46] SCHREIBER, Anderson. *Op. Cit*. p. 158.

[47] *Ibid*. p. 161.

[48] É o que se extrai da análise dos acórdãos que decidem o caso tanto no âmbito do TJSP quanto no do STJ. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça, 1ª Câmara de Direito Privado. AC 38.012-4/2. Rel. Des. Gildo dos Santos. São Paulo, 16 de junho de 1998; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma. REsp 214.680-SP. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr. Brasília, 10 de agosto de 1999.

mesmo centro de interesses que ensejou a situação de confiança intentou posteriormente defraudá-la, não sendo necessário, para tanto, o registro para que a eficácia da *suppressio* atuasse de maneira plena.

Sendo a *suppressio* ensejadora de direitos reais, sua registrabilidade, nos termos do art. 172 da Lei de Registros Públicos é impositiva para que possam esses direitos alçar a eficácia mais característica e almejada da realidade: a oponibilidade *erga omnes*. No entanto, faz-se mister analisar se a estrutura do sistema registral imobiliário brasileiro detém um arcabouço normativo suficientemente amplo para albergar o instituto da *suppressio* em suas duas facetas da intervenção exclusiva na dinâmica ou também interveniente na estática dos direitos reais.

Teleologicamente, seria uma contradição sistemática reconhecer que, mesmo com a vibrante atuação jurisprudencial e com as ponderáveis razões aqui explicitadas para se considerar válida a atuação da *suppressio* figurando como uma nova e relevante fonte de direitos reais típicos e atípicos, não houvesse base positiva para inscrevê-la no fólio real. Não haveria sentido em uma limitação desta natureza, tendo em vista ser a finalidade do registro imobiliário a publicidade dos direitos inerentes aos imóveis[49], especialmente dos direitos reais, devendo ela, conforme Serpa Lopes, "ministrar todo o aspecto jurídico da propriedade, isto é, a nomenclatura completa de todos os direitos que podem gravar o imóvel, um sistema permitindo saber a cada momento a extensão dêstes direitos, seu titular, qual o título de transmissão que obtiveram"[50]. O direito registral, é, portanto, direito adjetivo e instrumental. Seria ilógico que por apego ao formalismo se impedisse que os direitos reais derivados da *suppressio* se revistam da característica mais relevante da realidade. Nada obstante, é necessário buscar no texto da Lei de Registros Públicos alguma base normativa apta a albergar o registro da *suppressio*, seja em um dispositivo de tessitura normativa mais aberta, seja em um esforço interpretativo teleológico-sistemático ampliativo.

O rol de atos registráveis e averbáveis no fólio real é disposto, respectivamente, pelos incisos I e II do art. 167 da Lei de Registros Públicos. Dentre eles, não há menção que sugira a aptidão registral de títulos derivados do atuar das cláusulas gerais. Conforme ressaltado quando do diagnóstico jurisprudencial, essa interpenetração entre direitos reais

[49] BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Comentários à Lei de Registros Públicos*. Vol. II. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 381.
[50] LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Op. Cit.* pp. 141-142.

e *suppressio* é a colisão de dois mundos não adaptados para intervirem um sobre o outro. Nada obstante, é possível identificar dentre os incisos um que deteria abertura suficiente na tessitura normativa para abarcar o fenômeno, trata-se da alínea 12 do inciso II do art. 167, o qual dispõe caber averbação: "das decisões, recursos e seus efeitos, que tenham por objeto atos ou títulos registrados ou averbados". Tem-se a consciência que esta proposta de interpretação muito se distancia da *mens legislatoris* e, por uma análise do sistema da Lei de Registros Públicos, dificilmente se coaduna com a própria *mens legis*. Inicialmente, por se tratar de hipótese de averbação a qual, em teoria, seria destinada a "fazer constar instrumentos, circunstâncias ou elementos que elucidem, modifiquem ou restrinjam os registros imobiliários, quer em relação à coisa, quer em relação aos titulares de direitos"[51]. Percebe-se, no entanto, pela análise até então empreendida que a *suppressio* pode atuar de maneira muito mais abrangente, interferindo no cerne da própria estrutura dos direitos reais. Adequada, seria, portanto, sua inscrição na modalidade registro, e não como mera averbação.

Uma alternativa mais adequada seria a de assentar a base normativa para a registrabilidade da *suppressio* na própria teleologia do registro imobiliário e na sistemática da Lei de Registros Públicos. Nada obstante a lei não com uma *fattispecie* específica, a doutrina registral mais atual tem reconhecido com argumentos convincentes calcados na instrumentalidade do direito registral que o referido rol não seria taxativo. Nesse sentido, por exemplo, é clara a posição de Ricardo Dip[52]. Corroboram esse argumento o disposto no art. 172 da Lei de Registro Públicos, o qual impõe a necessidade de registro declaratório para a eficácia em relação a terceiros de direitos reais constituídos pelo cumprimento de pressupostos legais, e também o disposto no art. 246, que determina que "[a]lém dos casos expressamente indicados no item II do artigo 167, serão averbados na matrícula as subrogações e outras ocorrências que, por qualquer modo, alterem o registro". Essa posição já encontra respaldo na jurisprudência. É o que se extrai do consignado na decisão do REsp 1.161.300-SC[53], que, com fundamento na teleologia do sistema registral e no permissivo do art. 246 da Lei de Registros Públicos, recha-

[51] BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Op. Cit.* p. 667

[52] DIP, Ricardo Henry Marques. *Op. Cit.* p. 37.

[53] Brasil. Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma. REsp 1.161.300 – SC. Rel. Min. Herman Benjamin. Brasília, 22 de fevereiro de 2011. p. 10.

çou a argumentação segundo a qual seria o rol do art. 167 taxativo. A *suppressio*, portanto, em consonância com essa compreensão instrumental dos registros públicos comungada pela doutrina e jurisprudência, e que neste trabalho se entende por mais adequada, poderia ser registrada sem que entraves formalistas se opusessem à sua inclusão no fólio real.

Por fim, é preciso ressaltar que, relembrando atuar a *suppressio* de duas diferentes formas, é necessário que a inscrição na matrícula do imóvel em questão leve em conta as especificidades do caso. Atuando a *suppressio* tão somente no âmbito da dinâmica, basta escriturá-la como título, descrevendo-se a modificação operada. Exemplificativamente, no caso da Quitinete em Edifício Comercial, tem-se uma alteração da destinação condominial tendo por título a *suppressio*. No entanto, quando sua atuação intervir tanto na dinâmica quanto na estática, serão constituídos direitos reais atípicos e a inscrição destes no fólio real demanda maior atenção pois, para que se desempenhe com satisfatoriedade a função de dar publicidade, é necessário que se consigne no registro de maneira pormenorizada o conteúdo do direito real atípico constituído no caso. Basta, no entanto, mesmo para esta questão tão nova, ter em mente as finalidades do registro imobiliário, identificadas por Serpa Lopes, ainda sob a vigência da norma registral de 1939 (Decreto nº 4.857/39), devendo este constituir "um sistema permitindo saber a cada momento a extensão dêstes direitos, seu titular, qual o título de transmissão que obtiveram"[54].

CONCLUSÃO

De todo o exposto é possível concluir que o estranhamento inicial que pode provocar a aplicação jurisprudencial da *suppressio* ao âmbito dos direitos reais, naturalizada desde o precedente do REsp 214.680-SP, de 1999, se justifica, mas não se sustenta em face de uma análise pormenorizada. De fato, a categoria dos direitos reais, voltada à estabilidade e à segurança da situação proprietária, pode, a um primeiro momento, parecer incompatível com a estruturação da *suppressio*, instituto representativo da dinamicidade típica dos direitos obrigacionais. Sua incidência gera inovações que inquietam os espíritos mais tradicionalistas, pois acarretam consequências incomuns, como a constituição de direitos reais fora do clássico rol do art. 1.225 do Código Civil e a

[54] LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Op. Cit*. p. 142.

ainda mais insólita constituição de direito reais atípicos, constituídos *ad hoc* para a proteção no caso concreto da confiança do beneficiário da *suppressio*.

Os óbices que parecem se levantar com maior vigor são o clássico princípio do *numerus clausus* e as questões subjacentes ao registro dos direitos reais imobiliários. Quanto ao primeiro, indo-se a fundo em seu fundamento, verifica-se que não se sustenta a objeção, tendo em vista ser o princípio um mecanismo de limitação da autonomia privada, a qual não está em questão na estrutura da *suppressio*, instituto que atua de forma heterônoma com fundamento direto na lei – especificamente no art. 187 do Código Civil. Quanto ao segundo, a objeção também se afasta, tendo em vista a compreensão instrumental do sistema registral que deve servir como fiel repositório das situações jurídicas dos imóveis neles inscritos.

A função das cláusulas gerais, como a do art. 187 do Código Civil, base positiva da *suppressio*, é justamente o temperamento dos institutos cuja aplicação inflexível leva a grave injustiças, não se coadunando com a teleologia do sistema do Direito Civil. Havendo, portanto, a devida compreensão dos efeitos e pressupostos e respeitados os princípios característicos do ramo, não há por que negar aos direitos reais o atuar arejador da *suppressio*.

A ressalva que se faz, no entanto, deve ser observada e merece ser repisada. Ainda que aplicável, a *suppressio* deve respeitar as regras típicas do ramo do direito sobre o qual incide. As formalidades inerentes ao registro e eficácia *erga omnes* dos direitos reais constituídos pela *suppressio* devem ser observadas sob pena de, na busca da tutela da confiança do beneficiário da *suppressio*, se vulnerar outra importante estrutura de proteção da confiança – entendida no sentido sociológico amplo que lhe atribui Luhmann como fator de redução da complexidade social – que representa o sistema registral e a estabilidade das situações proprietárias.

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. *A Tipicidade dos Direitos Reais*. Lisboa: Petrony, 1968.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil*: Reais. 4ª ed., reimpressão.

Coimbra: Coimbra Editora LTDA, 1987.

BARASSI, Lodovico. *I Diritti Reali nel Nuovo Codice Civile*. Milão: Giuffrè, 1943.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Comentários à Lei de Registros Públicos*. Vol. II. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BESSONE, Darcy. *Direitos Reais*. São Paulo: Saraiva, 1988.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*: comentado por Clóvis Beviláqua. Vol. I. Ed. histórica, 4ª tiragem. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1979.

CORDEIRO, António Menezes. *Da Boa Fé no Direito Civil*. 2ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2001.

DICKSTEIN, Marcelo. *A Boa-fé Objetiva na Modificação Tácita da Relação Jurídica*: *suppressio* e *surrectio*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DIP, Ricardo Henry Marques. São Taxativos os Atos Registráveis? *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, v. 22, n. 47, p. 34-37, jul./dez. 1999.

FONSECA, Arnoldo Medeiros da. Direitos Reais. *In*: SANTOS, J. M. de Carvalho *et al. Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*. Vol. XVIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1947.

GATTI, Edmundo; ALTERINI, Jorge H. *El Derecho Real*: elementos para una teoría general. Reimpressão. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993.

GOMES, Elena de Carvalho. Revisitando a Verwirkung. In: GOMES, Elena de Carvalho; MARX NETO, Edgard Audomar; FÉRES, Marcelo Andrade (Orgs.). *Estudos de Direito Privado*: *liber amicorum* para João Baptista Villela. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 10ª ed, 5ª Tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

KANT, Emmanuel. Éléments Métaphysiques de Doctrine du Droit: première partie de la Métaphysique des mœurs. Trad. Jules Barni. Paris: Auguste Durand, 1853.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 4ª ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Tratado dos Registros Públicos*. Vol. II. Rio

de Janeiro: Freitas Bastos, 1955.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. Vol. VI, Direito das Coisas. 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.

LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Trad. Amada Flores. Rubí (Barcelona): Anthropos Editorial, 2005.

MARTINS, Guilherme Magalhães. A função de controle da boa-fé objetiva e o retardamento desleal no exercício de direitos patrimoniais (*suppressio*). *Civilística.com*, Rio de Janeiro, ano 2, nº 4, outubro-dezembro de 2013.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

NEVES, Julio Gonzaga Andrade. *A Suppressio* (Verwirkung) *no Direito Civil*. São Paulo: Almedina, 2016.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das Coisas*. Vol. I. Ed. fac-símilar. Prefácio de Sálvio de Figueiredo. Brasília: Senado Federal; Superior Tribunal de Justiça, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. IV. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. Vol. V. 28ª ed., 4ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2007.

SCHREIBER, Anderson. *A Proibição do Comportamento Contraditório*: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

XAVIER, José Tadeu Neves. A Aplicação da Suppressio (Verwirkung) no Âmbito das Relações Privadas. *Revista Brasileira de Direito Civil* – RBDCivil, Belo Horizonte, vol. 13, pp. 61-91, jul./set. 2017.

O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

ESTABELECENDO PARÂMETROS PARA ANÁLISE DO PRINCÍPIO A PARTIR DAS DECISÕES DO STJ

Marcelo de Mello Vieira[1]

Resumo: A presente pesquisa busca analisar a utilização do princípio do melhor interesse da criança no Superior Tribunal de Justiça, buscando verificar os princípios sentidos atribuídos a ele, bem como extrair possíveis parâmetros usados para determinação dele nos casos concretos que envolvam o direito à convivência familiar. A pesquisa foi dividida em duas partes. Na primeira parte, foi realizada uma revisão bibliográfica sobre o princípio do melhor interesse da criança e sobre o direito à convivência familiar. Já na segunda parte, foi realizada o exame de sessenta acórdãos encontrados no banco de jurisprudência do STJ localizados com o termo de busca "melhor interesse da criança" que se referiam ao direito à convivência familiar. A pesquisa conclui que o STJ atribui diversos sentidos ao melhor interesse da criança no direito à convivência familiar e que não é possível extrair das decisões parâmetros a ser universalizados.

Palavras-chave: Melhor interesse da criança. Direito à convivência familiar. Superior Tribunal de Justiça.

INTRODUÇÃO

Quando se fala em Direito da Criança e do Adolescente, o princípio do melhor interesse da criança logo vem à mente. Juntamente com a não discriminação (art. 2º), a proteção à vida, à sobrevivência e ao de-

[1] Doutor em Direito Privado pela PUCMinas. Mestre em Direito pela UFMG. Professor de Direito Civil do Centro Universitário Unihorizontes. Membro da Associação Mineira dos Professores de Direito Civil.

senvolvimento (art. 6º), o respeito às opiniões ou participação (art.12), o melhor interesse da criança (art. 3º) compõe o rol de princípios gerais da Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989 (CIDC/1989),[2] cujo objetivo é auxiliar a interpretação da referida convenção em seu conjunto, servindo, assim, de orientação para os programas nacionais de aplicação da CIDC/1989 nos países que a ratificaram.[3]

A mencionada convenção representa um marco para o Direito da Criança e do Adolescente por ser o documento mais representativo da teoria que a embasa: a Doutrina da Proteção Integral da criança. Essa doutrina preconiza que crianças e adolescentes são sujeitos de direito e, como tal, podem exigir do Estado, da sociedade e da família a efetivação de tais direitos (os mesmos direitos previstos para os adultos e direitos específicos necessários para atender as particularidades das fases de infância e adolescência). Ela também enfatiza a necessidade de garantir o desenvolvimento saudável de toda população infantojuvenil e, para isso, a CIDC/1989 reforça o papel da família, especialmente o da família natural.

A origem do melhor interesse da criança se liga com a solução de conflitos familiares e as modificações trazidas pela CIDC/1989 tanto em relação ao princípio quanto em relação as questões familiares, que exigem uma mudança também na atuação daqueles que julgam tais lides. Sendo um princípio jurídico, o melhor interesse possui um conteúdo mínimo fixo, mas possui também certa flexibilidade que lhe permite se adaptar para atuar nas mais variadas situações possíveis que possam ocorrer na vida de uma criança. Visando evitar o seu uso desarrazoado e discricionário, a aplicação desse princípio demanda que os decisores exponham de forma clara e objetiva os fatores utilizados por eles para determinar o melhor interesse no caso concreto. Nesse contexto, é importante que os julgadores estabeleçam parâmetros que orientem a difícil análise do melhor interesse. Por essa razão, o Comitê das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança expediu o Comentário Geral n. 14, que não só analisa detalhadamente o art. 3º da CIDC/1989 como também estabelece parâmetros, ainda que de forma não vinculativa. Tais parâme-

[2] A CIDC/1989 reconhece como criança toda pessoa até dezoito anos.

[3] **OFICINA DO ALTO COMISSARIADO PARA OS DIRETOS HUMANOS**. Folheto informativo n. 10. Disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet10Rev.1sp.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2020.

tros podem ser usados para determinação do mencionado princípio.

A pesquisa que se apresenta visa analisar a aplicação do princípio do melhor interesse da criança no Brasil, buscando extrair os conteúdos dados a ele e os possíveis parâmetros utilizados para a sua determinação *in concreto*. Dada a impossibilidade de analisar os bancos de dados de todos os tribunais brasileiros, a pesquisa se restringiu ao exame das decisões do STJ, já que esse é o órgão competente para pacificar os entendimentos dos tribunais estaduais sobre Direito das Famílias e Direito infantojuvenil. Foi utilizado o banco eletrônico de jurisprudência que consta no sítio do próprio STJ (https://scon.stj.jus.br/SCON/) e o termo de busca pesquisado foi: "melhor interesse da criança". Considerando os diversos conteúdos que o mencionado princípio dentro das diversas subáreas que compõem o Direito da Criança e do Adolescente – o que, em tese, poderia exigir o estabelecimento de critérios específicos para melhor examinar um determinado direito –, optou-se por trabalhar somente com as decisões que envolvessem o direito à convivência. Essa escolha justifica-se tanto pela relação do melhor interesse com conflitos na órbita familiar, como já destacado, quanto pelo papel da família promotora do desenvolvimento infantojuvenil. Por essa razão, foram selecionados somente os acórdãos referentes a esse tema.

A presente pesquisa se justifica na medida em que pode auxiliar aqueles que trabalham com o Direito infantojuvenil a compreender o conteúdo desse princípio e o que deve ser avaliado quando ocorre sua análise judicial, contribuindo, assim, para sua a melhor utilização. Ela também pode ajudar a criar uma cultura de respeito e promoção do melhor interesse da criança.

Para atingir o objetivo proposto, primeiramente, será abordado o princípio do melhor interesse, buscando trabalhar aspectos ligados à definição do seu conteúdo e às dificuldades de sua aplicação. Posteriormente, será discutido o direito à convivência familiar buscando delinear sua definição, objetivo, estrutura e instrumentos de efetivação. Por fim, serão analisadas todas as decisões pesquisadas referentes ao princípio do melhor interesse da criança e ao direito à convivência familiar, buscando extrair os conteúdos atribuídos ao princípio e os parâmetros usados pelos julgadores nessas decisões.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA: CONTEÚDO E EFETIVAÇÃO

Embora não seja o único, o melhor interesse da criança[1] é, talvez, o mais conhecido e mais utilizado dentre os princípios que compõem o Direito Internacional da Criança e do Adolescente. Trabalhado primeiramente no Direito interno em diversos países, ele foi incorporado ao Direito Internacional e, posteriormente, universalizado e retrabalhado nos ordenamentos jurídicos nacionais.[2]

Nesses direitos internos, esse princípio era usado primordialmente como parâmetro para a solução de questões familiares[3], estabelecendo que nesses conflitos deveria ter prioridade as "necessidades da criança em detrimento dos interesses de seus pais, devendo realizar-se sempre uma análise do caso concreto."[4] Essa vinculação do melhor interesse ao Direito de Família, isto é, às relações privadas, foi modificada com a promulgação da Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959. Esse foi o primeiro documento internacional dedicado à população infantojuvenil que previu expressamente o melhor interesse da criança e o fez de forma que ele fosse aplicável tanto na esfera pública quanto na privada. Em seu princípio II, a referida norma afirmou que a criança gozará de proteção social capaz de proporcionar condições de

---

[1] Não existe consenso quanto a nomenclatura do princípio, sendo ele chamado ora de maior interesse e ora de melhor interesse, ambas na tradução oficial da CIDC/1989 (Decreto n. 99.710/1990) no Brasil, e até de superior interesse, nas Leis n. 12.509/2009 e 13.257/2016. Tânia Pereira afirma que a expressão mais adequada seria "melhor interesse" por reafirmar o caráter qualitativo do princípio. Essa afirmação tem que ser vista com reserva, uma vez que ela, em tese, permitiria que o julgador utilizasse valores morais para determinar o melhor interesse no caso concreto. PEREIRA, Tânia da Silva. O "melhor interesse" da criança. In: PEREIRA, Tânia da Silva. (Org.). **O Melhor Interesse da Criança**: um debate Interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar. 2000, p. 6-8.

[2] RAVETLLAT BALLESTE, Isaac; PINOCHET OLAVE, Ruperto. El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño y su configuración en el derecho civil chileno. **Revista chilena de derecho**, Santiago, v. 42, n. 3, p. 903-934, dez. 2015. Disponível em: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.phpscript=sci_arttext&pid=S0718-34372015000300007&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 12 fev. 2020, p. 906-907.

[3] LÓPEZ-CONTRERAS, Rony Eulálio. Interés superior de los niños y niñas: definición y contenido. **Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud**, Manizales, v. 13, n. 1, p. 51-70, jun. 2015, p. 54.

[4] PEREIRA, op. cit., p. 3.

vida digna e seu desenvolvimento saudável (físico, mental, moral, espiritual e social), devendo o poder público levar em conta o melhor interesse ao promulgar leis que tratem dessa proteção. Já o princípio VII preconizou o direito da criança à educação gratuita, devendo esta promover cultura e torná-la um membro participativo da sociedade, sendo o melhor interesse o guia para atuação daqueles responsáveis em prover essa educação, em primeira instância, os pais.

Mesmo antes da adoção do princípio do melhor interesse no Direito Internacional, o Direito brasileiro já o abordava. O Código de Menores de 1927, em três dispositivos, já mencionava o "interesse do menor" (arts. 50, 55 "e" e 163 §1º). Também após a promulgação da Declaração de 1959, o Código de Menores de 1979, mesmo se mantendo alheio à normativa internacional, o previa em duas ocasiões, sendo que a mais emblemática delas preconizava que "[N]na aplicação desta Lei, "a proteção aos interesses do menor sobrelevará qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado." (art. 5º do Código de Menores de 1979).

Todavia, foi a CIDC/1989 que deu outra roupagem ao princípio do melhor interesse, ampliando sua extensão e dando-lhe força obrigatória. A partir de então, esse princípio passou a guiar tanto a produção legislativa referente aos direitos infantojuvenis como a influenciar de forma primordial a atuação de instituições públicas, privadas e dos poderes Executivo e Judiciário sempre que o interesse da criança e/ou do adolescente estiver em voga.[5]

Contudo, uma questão ainda se mostra atual: o que de fato mudou no tratamento jurídico do princípio do melhor interesse após a CIDC/1989? A principal crítica que se fazia a utilização desse princípio

[5]O art. 3º da CIDC é o que trata especificamente do melhor interesse da criança e ele o faz da seguinte forma: Art. 3º 1. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar (sic) social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança. 2. Os Estados Partes se comprometem a assegurar à criança a proteção e o cuidado que sejam necessários para seu bem-estar, levando em consideração os direitos e deveres de seus pais, tutores ou outras pessoas responsáveis por ela perante a lei e, com essa finalidade, tomarão todas as medidas legislativas e administrativas adequadas. 3. Os Estados Partes se certificarão de que as instituições, os serviços e os estabelecimentos encarregados do cuidado ou da proteção das crianças cumpram com os padrões estabelecidos pelas autoridades competentes, especialmente no que diz respeito à segurança e à saúde das crianças, ao número e à competência de seu pessoal e à existência de supervisão adequada.

ainda persiste: a sua indeterminação, que, aliada ao elemento axiológico defendido por Bartolomé Cenzano e Rosa Martins[6], abre espaço para que o intérprete use seus valores morais pessoais para decidir os casos apresentados[7]. Essa indeterminação pode ser tanto benéfica (quando promove a autonomia ou promove os direitos infantojuvenis) quanto maléfica (quando reflete o paternalismo injustificado).[8][9]

Como já mencionado, a mudança foi, na verdade, substancial. Após a CIDC/1989, "o melhor interesse deixa de ser um objetivo social desejável – realizado por uma autoridade progressista ou benevolente – e passa a ser um princípio jurídico que obriga a autoridade".[10] Ele é

---

[6] BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos de. Sobre la interpretación del interés superior del menor y su transcendencia en el derecho positivo español. **Revista sobre la infancia y la adolescencia**, Valência, n. 3, p. 46-59, set. 2012, p. 51. MARTINS, Rosa. **Menoridade, (in) capacidade e cuidado parental**. Coimbra editora: Coimbra, 2008, p. 221.

[7]COUSO SALAS, Jaime. El niño como sujeto de derechos y la nueva justicia de familia. Interés superior del niño, autonomía progresiva y el derecho a ser oído. **Revista de Derechos del niño**. Santiago de Chile: Universidad Diego Portales e UNICEF, n. 3 e 4, p. 145- 165, out. 2006, p. 147.

[8]RAVETLLAT BALLESTE; PINOCHET OLAVE, op. cit., p. 916.

[9] Deve se destacar que em nome do bem-estar da criança e do adolescente ou do melhor interesse da criança, julgadores continuam a praticar arbitrariedades, impondo medidas que violam as normas do Direito da Criança e do Adolescente, sendo por esta razão que Diego Freedman afirma que o princípio do melhor interesse da criança pode ser o cavalo de Troia do menorismo. FREEDMAN, Diego. **Funciones normativas del interés superior del niño**. 2005. Disponível em: <http://www.juragentium.org/topics/latina/es/freedman.htm>. Acesso em: 20 fev. 2020. Na mesma linha, Costa Saraiva ensina que "sempre invocado princípio do superior interesse do menor, diante da incapacidade destes, competia ao adulto, 'imbuído do espírito do bem', determinar qual seria o melhor para a criança, sem expressas referências limitadoras deste poder discricionário, sob o sempre invocado argumento de amor à infância." Para o mesmo autor, as maiores arbitrariedades foram legitimadas "em nome do amor" ou da "proteção" de crianças e adolescentes, já que "por conta da manutenção de conceitos de incapacidade em detrimento ao de sujeito de direito, o chamado princípio do superior interesse da criança acaba sendo operado no atual sistema como um verdadeiro Cavalo de Tróia (sic) da doutrina tutelar, servindo para fundamentar decisões à margem dos direitos expressamente reconhecidos pela Convenção, adotados por adultos que sabem o que é o melhor para a criança, desprezando totalmente a vontade do principal interessado." SARAIVA, João Batista Costa. A quebra do paradigma da incapacidade e o princípio do superior interesse da criança – o "cavalo de Tróia" do menorismo. **Juizado da Infância e Juventude.** Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: Porto Alegre, ano. II, n. 3-4, p. 25-30, jul.-nov. 2004, p. 27-28.

[10] [...] el interés superior del niño deja de ser un objetivo social deseable - realizado

princípio garantista, já que visa efetivar todos direitos assegurados na citada convenção[11] limitando a discricionariedade de todas as autoridades incumbidas de zelar pelos direitos infantojuvenis.[12] Isso porque, se antes da CIDC/1989 não havia uma clara relação sobre os direitos a que crianças e adolescentes seriam titulares – o que, em tese, poderia abrir margem para defesa de entendimentos que o melhor interesse fosse algo extrajurídico –, agora "uma vez reconhecido um amplo catálogo de direitos das crianças não é possível seguir sustentando uma noção vaga do superior interesse da criança". (CILLERO BRUÑOL, 2009, p. 55, tradução nossa).[13]

No Direito brasileiro, o melhor interesse da criança foi acolhido mais como um princípio jurídico do que como uma cláusula geral,[14] e, como todo princípio jurídico, ele é dotado de maior fluidez. É essa fluidez que possibilita que esse princípio se adapte ao tempo, ao espaço, "à situação de cada criança e à evolução dos conhecimentos sobre o desenvolvimento infantil"[15], bem como seja usado em todos os mais dife-

---

por una autoridad progresista o benevolente- y pasa a ser un principio jurídico garantista que obliga a la autoridad. CILLERO BRUÑOL, Miguel. El interés superior Del niño em el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño**. Justicia y Derechos del Niño**. Santiago-Chile: Unicef, n. 1, p. 45-62, nov. 2009, p. 55, tradução nossa.

[11] FREEDMAN, op. cit..

[12] VIEIRA, Marcelo de Mello; FERREIRA, Ana Luiza Veiga. O melhor interesse e a autonomia progressiva de crianças e adolescentes. **Revista de direito da infância e da juventude**, São Paulo, a. 1, v. 2, p. 233-259, jul./dez. 2013, p. 248.

[13] [...] una vez reconocido un amplio catálogo de derechos de los niños no es posible seguir sosteniendo una noción vaga del interés superior del niño. CILLERO BRUÑOL, ibid. p. 55, tradução nossa.

[14] No Direito brasileiro é raro as menções diretas ao melhor, maior ou superior interesse da criança, embora expressões como "reais vantagens" sejam, por vezes, interpretadas com sinônimas. O Estatuto da Criança e do Adolescente, a legislação mais ampla dirigida à população, usa a expressão "interesse" diversas vezes, mas só utiliza "interesse superior" como se fosse cláusula geral no art. 52-C e também uma única vez faz referência ele como princípio jurídico, art. 10º, parágrafo único, "IV", dispositivos introduzidos pela Lei n. 12.010/2009. Em outros países, como Portugal, Chile e Espanha, usam mais o melhor interesse como cláusula geral, isto é, como um enunciado legal cujas disposições são abertas, devendo o seu conteúdo deve ser preenchido no caso concreto.

[15]COMITÊ DOS DIREITOS DA CRIANÇA. **Comentário geral n.º 14 de 14 de janeiro a 1 de fevereiro de 2013**. Sobre o direito da criança a que o seu interesse superior seja primacialmente tido em conta. Lisboa: Comissão Nacional de Promoção dos Direito e Proteção das Crianças e Jovens, 2017, p. 17. Disponível em: http://https://www.cnpdpcj.gov.pt/direitos-das-criancas/covencao-sobre-os-direitos-

rentes aspectos do Direito da Criança e do Adolescente, desde o Direito à Convivência Familiar até a determinação da melhor medida socioeducativa a ser aplicada em um adolescente autor de ato infracional sem perder sua integridade. É por isso que o conteúdo do melhor interesse só pode ser definido caso a caso,[16] depois da análise das particularidades envolvidas (como idade, contexto social, direito envolvido, etc.).

Entretanto, ainda que a concretização do princípio só seja realizável no caso concreto é possível extrair seu conteúdo mínimo das disposições convencionais, conteúdo este que resulta "de uma interpretação holística da Convenção e do substrato ético em que ela se assenta e que tem como base a consideração de crianças como sujeitos de direito e de direitos"[17]. É partir dessa convenção que se nota que, em primeiro lugar, o "melhor interesse deve ser lido a partir da titularidade pela própria criança, e não como um favor ou escolha dos representantes sobre ela", ou seja, o foco é o infantocentrismo.[18] Com isso, a determinação do melhor interesse por quem quer que seja – tribunais, legisladores, administradores públicos e até a família – deve considerar apenas o que se refere ao bem-estar da criança e/ou do adolescente, excluindo elementos egoísticos de qualquer natureza e de qualquer pessoa, ainda que tal pessoa seja um dos pais.[19] Nessa avaliação , é "determinante a própria visão da criança, como titular de direitos, sobre quais são seus interesses, ou sobre como e quando quer exercer seus direitos"[20], ou seja, é importante que seja efetivado o direito da criança à participação preconizado no art. 12 da CIDC/1988.

Em segundo lugar, pode-se afirmar que o melhor interesse da

---

da-crianca/interesse-superior-da-crianca-pdf.aspx. Acesso em: 20 fev. 2020.

[16]COMITÊ DOS DIREITOS DA CRIANÇA, op. cit., p. 17.

[17] [...] que su contenido debe resultar de la interpretación holística de la Convención y del substrato ético sobre el cual ella descansa y que tiene como base fundamental la consideración del niño como sujeto de derecho y de derechos. MORAL FERRER, Anabella J. Del. El derecho a opinar de niños, niñas y adolescentes en la Convención sobre los Derechos del Niño. **Cuestiones Jurídicas**, Maracaibo, n. 2, vol. 1, n. 2, p. 73-99, jul.- dez. 2007, p. 92, tradução nossa.

[18] MARX NETO, Edgar Audomar. **O Direito à imagem de crianças e adolescentes**. 115f. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2013, p. 64.

[19]LÓPEZ-CONTRERAS, 2015, p. 55.

[20][...] determinante la propia visión del niño, como titular de los derechos, sobre cuáles son sus intereses, o sobre cómo y cuándo quiere ejercer sus derechos. COUSO SALAS, op. cit., p.148, tradução nossa).

criança se relaciona com o saudável desenvolvimento infantojuvenil, que pode ser identificado como o objetivo primordial de todo o Direito infantojuvenil. Nesse sentido, Gloria Baeza Concha identifica o melhor interesse como "o conjunto de bens necessários para o desenvolvimento integral e proteção da pessoa do menor de idade e, em geral, de seus direitos, que buscam seu maior bem-estar" e afirma que esse "conceito abarca a obrigação de eleger as alternativas que permitam o desenvolvimento moral e intelectual da criança dentro da sociedade"[21]. Também Ana Carolina Teixeira, Ana Amélia Sales e Maria Aparecida de Souza afirmam que o melhor interesse deve possibilitar a formação da personalidade de crianças e de adolescentes a partir de suas próprias concepções, propiciando o desenvolvimento da sua autonomia para que aqueles que já a possuam possam caminhar sozinhos e dando conselhos e orientações para os que ainda não a possuam.[22-23] Jean Zermatten, por sua vez, afirma que

> [O] o melhor interesse da criança é um instrumento jurídico que tende a garantir o bem-estar da criança no plano físico, mental e social. Estabelece uma obrigação para os órgãos públicos e privados e organizações para examinar se este critério é cumprido no momento em que uma decisão deve ser tomada em relação a uma criança e que representa uma garantia

[21] [...] el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona del menor de edad y, en general, de sus derechos, que buscan su mayor bienestar. […] o concepto abarca además la obligación de elegir las alternativas que permitan el desarrollo moral e intelectual del niño dentro de la sociedad. BAEZA CONCHA, Gloria. El interés superior del niño: Derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia. **Revista Chilena de Derecho**, Santiago, v. 28, n. 2, p. 355-362, 2001, p. 356, tradução nossa.

[22]TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; SALES, Ana Amélia Ribeiro; SOUZA, Maria Aparecida Freitas. Autonomia Privada da Criança e do Adolescente: uma reflexão sobre o regime das incapacidades. **Revista de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre: Magister. n. 0, p. 57-73, out./ nov. 2007, p. 67.

[23] Nesse mesmo sentindo, a Corte Interamericana dos Direito Humanos declarou que o melhor interesse "se funda na dignidade da pessoa humana, nas características próprias das crianças e na necessidade de propiciar o desenvolvimento deles, com o pleno aproveitamento de suas potencialidades assim como na natureza e alcances da Convenção sobre os Direitos da Criança". (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS, 2002, p. 61, tradução nossa). [...] se funda em la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño.

> para a criança que seu interesse a longo prazo será tomado em consideração. (ZERMATTEN, 2003, tradução nossa).[24]

Analisar o melhor interesse em cada caso é uma tarefa árdua e uma obrigação imposta a todos aqueles que trabalham com crianças e adolescentes. A principal dificuldade está no fato de o julgador ter de considerar o momento atual no qual a decisão é tomada e examinar os impactos de tal medida no futuro daquela criança ou daquele adolescente para, então, determinar o melhor caminho para aquela situação.[25] Nesse contexto, todos os critérios e todas as razões que levaram o julgador a decidir daquela forma devem ser expostos como forma, inclusive, de se comprovar o acerto daquela decisão. Também o recurso à oitiva qualificada da criança e do adolescente e a atuação de uma equipe multidisciplinar auxiliam o decisor a se desincumbir do pesado ônus a julgar o melhor interesse no caso concreto.[26]

Foi justamente com o intuito de facilitar o exame desse princípio que o Comitê das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança expediu o Comentário Geral n. 14, dedicado apenas ao direito da criança a ter seu interesse superior primordialmente considerado. O mencionado comentário deu interpretação autêntica ao art. 3º da CIDC/1989 e estabeleceu sete elementos a serem considerados sempre que se busca determinar o melhor interesse: opinião da criança; identidade da criança; preservação do ambiente familiar e manutenção das relações; cuidados, proteção e segurança; situação de vulnerabilidade; direito à saúde e direito à educação.[27]

A formação de juízos, a expressão destes e a necessária consideração por parte dos julgadores é, como já destacado, um direito autônomo previsto no art. 12 da CIDC/1989, que deve ser garantido independen-

[24] ZERMATTEN, Jean: **El interés Superior del Niño. Del Análisis literal al Alcance Filosófico**. 2003. Disponível em: http://www.childsrights.org/html/documents/wr/2003-3_es.pdf. Acesso em: 18 fev. 2020. **El interés superior del niño es un instrumento jurídico que tiende a asegurar el bienestar del niño en el plan físico, psíquico y social. Funda una obligación de las instancias y organizaciones públicas o privadas a examinar si este criterio está realizado en el momento en el que una decisión debe ser tomada con respecto a un niño y que representa una garantía para el niño de que su interés a largo plazo serán tenidos en cuenta. (grifos do autor).** (tradução nossa).

[25] LÓPEZ-CONTRERAS, 2015, p. 55.

[26] COMITÊ DOS DIREITOS DA CRIANÇA, op. cit., p. 20.

[27] Vale recordar que para efeitos da CIDC/1989, criança é toda pessoa com até dezoito anos completos.

temente da idade ou da criança estar em situação de vulnerabilidade.[28] Em tais situações, abordagens diferenciadas devem ser realizadas com o intuito de se compreender as formas de expressão possíveis, sendo a opinião levada em consideração.[29] A identidade, por sua vez, é um importante elemento de individualização e é essencial para a formação da personalidade de cada um. Ela envolve fatores como origem, etnia, nacionalidade, religião, etc., e a sua preservação é também um direito autônomo assegurado pelo art. 8º da CIDC/1989.[3031] Já a preservação do ambiente familiar e a manutenção das relações liga-se à função familiar de proteção da criança e com o direito da criança de manter relações que sejam benéficas a ela, uma vez que entende-se que a criação e preservação de vínculos auxilia no desenvolvimento infantojuvenil saudável.[32] Os cuidados, a proteção e a segurança devem ser compreendidos como a garantia o bem-estar da criança, incluindo a satisfação de todas as suas necessidades básicas (físicas, materiais, emocionais, afetivas, de segurança, dentre outras).[33] Esse parâmetro se liga ao direito à vida, à saúde e à sobrevivência e ao direito à proteção contra todas as formas de violência, previstos nos arts. 6º e 19 da CIDC/1989 respectivamente.

A situação de vulnerabilidade seria uma condição pessoal específica, para além da idade meramente, que pode ou não existir no caso a ser analisado. A definição do que seria essa vulnerabilidade se dá caso a caso, podendo ser embasada nas mais diferentes razões (criança ser deficiente, refugiada, vítima de abusos, viver em situação de rua,

[28] COMITÊ DOS DIREITOS DA CRIANÇA, op. cit., p. 22.
[29] MORAL FERRER, op. cit., p. 68-69.
[30] COMITÊ DOS DIREITOS DA CRIANÇA, op. cit., p. 22.
[31] Em decisão de 05/12/2019, o Ministro do STJ Felipe Salomão reafirmou a importância da identidade e colocou a origem genética e a ancestralidade como elementos importantes para a formação dessa identidade pessoal e psicossocial. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4 Turma). **REsp nº 1.410.478/RN**. Direito de família. Código Civil. Estatuto da Criança e do Adolescente. Adoção unilateral. Medida excepcional. Destituição do Poder Familiar. Não ocorrência de nenhuma das hipóteses autorizadas em relação ao genitor. Destituição apenas da genitora. Boa-fé da postulante à adoção. Melhor interesse do menor. ECA Arts. 39, §3, 50 §13. Recurso especial parcialmente provido. [...]. Recorrente: A. S. de M. e outro. Recorrido: M. L. G. F. Rel. Min. Maria Isabel Gallotti. DJ: 05.12.2020. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1842520&tipo=0&nreg=201303449720&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20200204&formato=PDF&salvar=false Acesso em: 15 fev. 2020.
[32] COMITÊ DOS DIREITOS DA CRIANÇA, op. cit., p. 24.
[33] COMITÊ DOS DIREITOS DA CRIANÇA, op. cit., p. 25.

etc.).[34] O importante é considerar também essa especificidade, o que demanda um cuidado a mais do julgador para decidir. O direito à saúde é um parâmetro especialmente importante quando se analisa questões envolvendo possíveis tratamentos médicos e, também, se relaciona com o direito a ser informado de forma apropriada sobre aspectos referentes à saúde para que crianças formem seus juízos e prestem seu consentimento informado quando este foi exigido.[35] Por fim, direito à educação seria o direito ao acesso à educação gratuita de qualidade, envolvendo tanto a formação acadêmica quanto o fornecimento de um ambiente de respeito apto ao desenvolvimento pessoal.[36]

Apesar da existência desses parâmetros indicados pela ONU, nem sempre os direitos internos o seguem, seja porque o próprio direito nacional já traz seus próprios critérios, seja porque os juízes não se veem vinculados a eles. No Brasil, são nas questões familiares que o princípio do melhor interesse da criança vem sendo mais usado. Para entender como se operacionaliza o Direito nacional na prática, isto é, quando essas lides ocorrem em famílias que possuem pelo menos uma criança e/ou um adolescente, deve-se compreender como se operacionaliza o direito à convivência familiar.

3. O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR: UM OLHAR SOBRE A RELAÇÃO CRIANÇA E/OU ADOLESCENTE E FAMÍLIA

O sistema de proteção dos direitos infantojuvenis é composto pelos mesmos direitos previstos para a população adulta nos arts. 5º e seguintes do texto constitucional aliado a outros direitos constantes no art. 227, direitos estes específicos e necessários em razão da peculiar situação de pessoa em desenvolvimento reconhecida às crianças e aos adolescentes, devendo todos eles serem assegurados com prioridade absoluta. Dentre esses direitos próprios, foi previsto o direito à convivência familiar. Ao contrário do que normalmente acontece, o reconhecimento de tal direito não foi precedido de uma construção resultante de debates na literatura jurídica ou de decisões jurisdicionais, tendo ele aparecido com esse nome pela primeira vez no ordenamento jurídico pátrio justa-

[34] COMITÊ DOS DIREITOS DA CRIANÇA, op. cit., p. 26.
[35] COMITÊ DOS DIREITOS DA CRIANÇA, op. cit., p. 27.
[36] COMITÊ DOS DIREITOS DA CRIANÇA, op. cit., p. 27.

mente na CRFB/1988.

É importante recordar que, até então, vigorava no país o Direito do Menor, área do Direito nacional que se dedicava apenas a uma parte da população infantojuvenil, os menores em situação irregular. O art. 2º do Código de Menores de 1979, Lei n. 6.697/1979 previa seis hipóteses nas quais alguém como menos de dezoito poderia ser considerado em situação irregular, sendo que apenas em uma delas (autor de infração) a irregularidade dependia necessariamente de uma conduta do menor. Em todas as demais hipóteses, a situação irregular poderia ser gerada em razão de alguma questão familiar, como privação de condições essenciais de subsistência, saúde e educação – tanto pela falta/omissão dos pais ou por estes não conseguirem provê-las quanto pelo fato de o menor ser vítima de maus-tratos ou castigos imoderados, etc.[37] Independentemente do motivo pelo qual o menor fosse considerado em situação irregular, a resposta estatal mais comum era a institucionalização, ou seja, procedia-se com a ruptura dos vínculos familiares e comunitários para que o menor em questão se tornasse um cidadão dentro de uma instituição total. Tal medida fazia sentido dentro da Doutrina da Situação irregular porque, como já evidenciado, a família era vista como responsável pela irregularidade, sendo, então, necessário esse afastamento familiar para que o menor fosse "tratado" pelo Estado. Não havia, portanto, nenhum interesse em trabalhar a família e a efetiva causa da irregularidade, apenas se presumia que aquele núcleo familiar não era adequado e o melhor seria sempre a ruptura de laços, isto é, não havia preocupação em se garantir a convivência familiar.

No entanto, no Direito Internacional, a Declaração dos Direitos da Criança de 1959 já esboçava os contornos do direito à convivência familiar. Em seu 6º princípio, a mencionada declaração já preconizava que criança seria criada "sempre que possível, aos cuidados e sob a responsabilidade dos pais e, em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e de segurança moral e material", podendo ser separada da mãe somente em situações excepcionais. Esse referido princípio foi retrabalhado e permeou diversos dispositivos da CIDC/1989, como já dito, o primeiro documento internacional com força cogente e que, portanto,

[37] As outras hipóteses de situação irregular seriam: estar em perigo moral, seja em razão do menor se encontrar habitualmente em ambiente contrário aos bons costumes, seja em razão dele mesmo explorar atividade também contrária aos bons costumes; estar privado de seus representantes ou responsáveis legais ou ter desvio de conduta em razão de grave inadaptação familiar ou comunitária.

de observância obrigatória para os países que a ratificaram.

O art. 9º da CIDC/1989 demarca pontos importantes do direito à convivência familiar, especialmente ao assinalar que é direito da criança não ser separada de seus pais, salvo quando essa ação for necessária para atender aos interesses da criança e determinada por autoridade competente em conformidade com a lei e com os procedimentos legais cabíveis, contando com a participação das partes. Também previu que, mesmo separada, a criança deverá manter relações e contatos regulares com seus genitores. Já em seu art. 18 reforçou o compartilhamento dos deveres referentes à educação e ao desenvolvimento do filho, cabendo ao Estado dar assistência adequada aos pais para que eles cumpram esses deveres.

Atenta à toda discussão internacional sobre o papel da família, a constituinte brasileira de 1988 se antecipou à promulgação da CIDC/1988 e previu o direito à convivência familiar no bojo do art. 227 da CRFB/1988. Foi o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990) que deu maior concretude a esse direito, trazendo diversas normas que reforçam as normas convencionais.

Logo no dispositivo que abre o capítulo dedicado ao tema, o direito à convivência familiar é enunciado como o "direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral." (art. 19 da Lei n. 8.069/1990 redação dada pela Lei n. 13.257/2017). As normas posteriores constantes no mesmo capítulo reforçam a divisão das responsabilidades parentais entre os genitores (art. 22), bem como que a carência ou falta de recursos materiais não justificam a perda ou a suspensão do poder familiar (art. 23), as quais só podem ser decretadas pela via judicial após procedimento no qual se garanta o contraditório (art. 24) e que a medida de acolhimento é excepcional, devendo sempre a família receber cuidado especial para que possa cuidar da prole (art. 19 §§ 1º ao 6º). Com isso, ocorre a inversão da lógica de rompimento de vínculos que existia no Direito do Menor para um direito voltado a manutenção de laços familiares e comunitários tão necessários ao desenvolvimento infantojuvenil, especialmente a família "reconhecida como estrutura ideal e privilegiada para o crescimento e a socialização das crianças e dos adolescentes possibilitando a sua construção como sujeito, o desenvolvimento afetivo e a capacidade de relacionar-se com o

outro e o meio."[38] Assim, sempre que for identificada alguma fragilidade na família, devem ser aplicadas as medidas de proteção presentes no art. 101, I a VI e/ou as medidas aplicáveis aos pais ou responsáveis constantes no art. 129, I a VII ambos dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente e, somente em casos excepcionais, as medidas previstas nos mencionados art. 101, VII a XI e art. 129, VIII a X da mesma lei, que são intervenções que representam rompimento, ainda que transitório, dos liames familiares. Nota-se, portanto, que existe uma clara opção legal pelo investimento na família, ainda que esta esteja em situação de vulnerabilidade, em razão do potencial que esta possui de se reorganizar e de consolidar suas relações.[39]

Tarcísio Martins Costa compreende o direito à convivência como

> [...] a garantia assegurada à enorme coletividade de crianças institucionalizadas de gozar da proteção materno-familiar, indispensável em condições favoráveis à sua formação e pleno desenvolvimento, desde os primeiros dias de vida até se tornarem adultas. Preferencialmente, no seio de sua família natural e excepcionalmente, em família substituta.[40]

Já Kátia Maciel define esse mesmo direito como "o direito de toda figura humana de viver junto à família de origem, em ambiente de afeto e de cuidado mútuos, configurando-se como um direito vital quando se tratar de pessoa em formação (criança e adolescente)."[41] (MA-

---

[38] SANCHES. Helen Crystine Corrêa; VERONESE, Josiane Rose Petry. A proteção Integral e o Direito Fundamental das crianças e adolescentes à Convivência Familiar. In: VERONESE, Josiane Rose Petry (Org.). **Direito da Criança e do Adolescente: novo curso – novos temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 144.

[39] BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos e Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária**, Brasília, 2006, p. 30. Disponível em: <http://www.mds.gov.br/assistenciasocial/secretaria-nacional-de-assistencia-social-snas/livros/plano-nacional-de-convivencia-familiar-e-comunitaria-2013-pncfc/plano-nacional-de-convivencia-familiar-e-comunitaria-2013-pncfc>. Acesso em 15 fev. 2020.

[40] COSTA, Tarcísio José Martins. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. Belo Horizonte: Del Rey: 2004, p. 34-35.

[41] MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Direito Fundamental à convivência familiar. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coor.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. 4ª Ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: RJ, Lúmen Júris, 2010. p. 75.

CIEL, 2010, p. 75).

Os dois conceitos apresentados apresentam graves problemas. A definição de Tarcísio Martins Costa reduz a abrangência desse direito somente as crianças institucionalizadas, mantendo a ideia dos Códigos de Menores que o Direito da Criança e do Adolescente só é aplicável a parte da população infantojuvenil, contrariando assim um dos fundamentos dessa área do Direito nacional: que todas as crianças e adolescentes são sujeitos de todos os direitos previstos para esse público. Também o entendimento de Kátia Maciel é equivocado, porque foca apenas na família natural, esquecendo que excepcionalmente tal direito se efetivará na família ampliada ou na família substituta.

Esse direito à convivência familiar deve ser compreendido como um direito fundamental de todas as crianças e adolescentes, que busca assegurar que todas elas sejam criadas em um ambiente familiar apto a garantir o desenvolvimento saudável. Ele não se reduz a ter os nomes dos pais no registro de nascimento, nem guarda (como afirma Paulo Lôbo)[42], nem a visitação (como defende Maria Berenice Dias).[43] Para Teixeira e Vieira, esse direito buscar assegurar que crianças e adolescentes

> [...] sintam que pertencem àquele núcleo familiar, integrando e participando ativamente das rotinas e dos rituais da família, sendo, também, respeitados em sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e sua autonomia (princípios da participação e da autonomia progressiva). É, também, o direito de viver em um ambiente saudável, livre de situações ou de pessoas que possam obstaculizar o seu processo de amadurecimento, incluindo a preservação do contato com os familiares e outras pessoas, desde que tal relação seja benéfica à criança. Excepcionalmente, a inserção em família substituta poderá ocorrer quando tal medida for necessária para a garantia da integridade biopsíquica e para o desenvolvimento sadio da personalidade e da autonomia (princípios da proteção à vida e ao desenvolvimento e do melhor interesse).[44]

Em suma, o direito à convivência familiar é o direito de criar e

[42] LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: famílias. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 176.
[43] DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª Edição Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 398.
[44] TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; VIEIRA, Marcelo de Mello. Construindo o direito à convivência familiar de crianças e adolescentes no Brasil: um diálogo entre as normas constitucionais e a Lei n. 8.069/1990. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a.

manter vínculos benéficos e viver em um ambiente saudável que permita que a população infantojuvenil forme e preserve esses laços essenciais para a construção da sua personalidade. Como já trabalhado, o local ideal para a efetivação desse direito é a família natural, "comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes" (art. 25, *caput* da Lei n. 8.069/1990), sendo que apenas em situações de "violações severas dos deveres do poder familiar, que *inviabilizem o próprio desenvolvimento sadio da personalidade da criança* é que autorizam sua retirada da casa da família natural."[45]

Verificada, em regra, após parecer técnico, manifestação ministerial e decisão judicial de que a criança não pode permanecer em sua família natural, ainda que provisoriamente, deve ser buscada em sua família ampliada, "aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou o adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade" (art. 25, parágrafo único da Lei n. 8.069/1990), o parente que seja mais capaz de proporcionar o já referido ambiente saudável para o desenvolvimento da criança ou do adolescente. Apenas na ausência de membros da família ampliada é que a família substituta, aquela que não é nem família natural nem família ampliada, se torna opção, devendo, na inserção nessa modalidade de família, ser considerado "o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida" (art. 28, §3º da Lei n. 8.069/1990).[46] Na impossibilidade de colocação da criança ou do adolescente nessas famílias, o acolhimento familiar ou institucional deve ser utilizado, ou seja, essas são as últimas medidas legais para tentar assegurar o ambiente necessário à formação da personalidade infantojuvenil.

O direito à convivência familiar é efetivado por institutos clássicos do ordenamento jurídico brasileiro, mas que devem ser reinterpretados à luz de toda principiologia constitucional e convencional do

4, n. 2, 2015. Disponível em: <http://civilistica.com/construindo-o-direito-a-convivencia-familiar/>. Data de acesso: 20 fev. 2020.

[45] NERY JÚNIOR, Nelson; MACHADO, Martha Toledo. O Estatuto da Criança e do Adolescente e o novo Código de Processo Civil à luz da Constituição Federal: princípio da especialidade e Direito Intertemporal. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v.3, n. 12, p. 9-49, out./dez. 2002, p. 27. (destaques no original).

[46] Excepcionalmente o acolhimento familiar ou institucional serão formas de garantir esse direito, devendo os programas que executam essa política de atendimento serem desenhados para promover os laços afetivos e propiciarem esse ambiente próprio para o desenvolvimento da personalidade.

Direito da Criança e do Adolescente. Na família natural, ele pode ser efetivado pelo poder familiar, pela guarda e pelo direito de visitação e na família substituta sob guarda, tutela e adoção, conforme determina o art. 28, *caput* do Estatuto da Criança e do Adolescente. Ainda que a lei tenha sido omissa quanto às formas de inserção da criança em família ampliada, considerando a impossibilidade de exercício de poder familiar, já que este é exclusivo dos pais, formas de colocação serão as mesmas previstas para a família substituta, devendo o instituto a ser aplicável depender do membro familiar que receber a criança ou o adolescente.[47] Por fim, é necessário ter em mente que para o direito brasileiro, independentemente da forma de família, se família natural, extensa ou substituta[48], o essencial é que seja assegurado uma família, um lugar de proteção e promoção de todos os seus membros, em especial, da criança ou do adolescente.

Todas as questões que envolvem esse direito – que vão desde o exercício, a suspensão/perda do poder familiar, a concessão de guarda ou de visitação até à manutenção de crianças e adolescentes na família natural, ampliada ou substituta ou em acolhimento – devem ser orientadas pelo princípio do melhor interesse da criança. Nesse contexto, faz-se necessário analisar quais são os critérios utilizados pelo principal tribunal superior nacional no exame de tais questões.

4. O STJ E O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA NAS DECISÕES QUE ENVOLVEM O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR: A PESQUISA

Dentro da hierarquia do Poder Judiciário Nacional, cabe ao STJ a função de pacificar os entendimentos e a aplicação da lei infraconstitucional não afeta as jurisdições especializadas. Ele é, portanto, o órgão maior da jurisdição não constitucional brasileira que pode analisar conflitos envolvendo o Direito da Criança e do Adolescente. Dessa

[47] Isso porque a adoção é medida excepcional utilizada somente "quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa", não podendo "adotar os ascendentes e os irmãos do adotando." (art. 39, §1º e art. 42, §1º da Lei n. 8.069/1990).

[48] As modalidades de família descritas no Estatuto da Criança e do Adolescente são as mesmas previstas na CRFB/1988 (casamento, união estável, família monoparental e etc.). A legislação infantojuvenil obviamente foca em famílias nas quais há pelo menos uma criança ou adolescente, o que não ocorre no Direito de Família. As classificações são, na verdade, complementares e não excludentes.

forma, nada mais lógico que buscar as decisões desse tribunal para examinar como os Tribunais Superiores efetivam o princípio do melhor interesse da criança.

A pesquisa foi realizada por meio de busca no banco eletrônico de decisões disponibilizado pelo próprio tribunal no seu sítio (https://scon.stj.jus.br/SCON/), utilizando o termo "melhor interesse da criança" como termo pesquisado. Essa busca foi repetida várias vezes para atualização do banco dados desse pesquisador, tendo sido sua última busca realizada em 08/03/2020, ocasião em que foram, então, encontrados noventa acórdãos e mais de mil e trezentas decisões monocráticas. Optou-se por trabalhar exclusivamente os acórdãos por se entender que estes, como decisões colegiadas que são, refletem mais o posicionamento das turmas do que o entendimento isolado de um ministro e, também, porque há maior possibilidade de debate entre diferentes compreensões em tais decisões.

Com exceção da primeira decisão cuja data de julgamento é 02/08/2001, todas as demais decisões foram proferidas no período de 11/03/2008 a 17/12/2019 por seis órgãos diferentes (1ª e 2ª seção e 1ª a 4ª Turma). Todas as noventa decisões foram lidas e separadas por objeto, tendo sido encontrados os mais variados temas (alimentos, autorização de viagem, dano moral, expulsão de estrangeiros, conflito de competência, Convenção de Haia sobre sequestro de crianças, etc.). Curiosamente, não houve nenhum acórdão que versasse sobre ato infracional ou medida socioeducativa que mencionasse o princípio do melhor interesse da criança. A partir dessa triagem, foram separados sessenta acórdãos que tratavam do direito à convivência familiar, isto é, que versavam sobre adoção, guarda, paternidade, poder familiar, visitação e tutela. As sete decisões proferidas em autos que discutiam Convenção de Haia sobre sequestro de crianças e repatriamento não foram consideradas, uma vez que elas, geralmente, discutiam mais aspectos legais do tratado e menos o direito à convivência familiar ou os institutos que compõem esse direito.

O regimento interno do STJ define, em seu art. 9º, §2º, IV, que a Segunda Seção é a competente para analisar questões envolvendo Direito de Família, razão pela qual os acórdãos selecionados foram julgados pela própria sessão (uma decisão) ou pelas turmas que a compõe (quarenta e quatro pela 3ª Turma e quinze pela 4ª Turma). As sessenta decisões foram, então, agrupadas em temas que refletiam o instituto do

direito à convivência familiar debatido no caso, sendo que em alguns desses julgados mais de um instituto era alvo de controvérsia, como mostra a tabela abaixo:

Tabela 1: Relação julgados x instituto julgado

Adoção	21
Guarda	15
Poder Familiar	11
Adoção e Guarda	2
Adoção e Poder Familiar	1
Visita	7
Tutela	1
Paternidade	2
Total	**60**

Na categoria "poder familiar", foi possível identificar subcategorias, sendo que nove julgados versavam sobre a destituição de poder familiar, um sobre a suspensão do mesmo poder e um sobre o exercício deste relacionado ao consentimento para viagem para o exterior.

Pela análise dos acórdãos, ficou claro que o STJ não utiliza os parâmetros pelo na Comentário Geral n. 14 do Comitê das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, exposto no tópico 2 deste trabalho, nem construiu seus próprios critérios para o exame do princípio do melhor interesse.

Os julgados foram separados de acordo com o conteúdo dado ao melhor interesse no caso concreto, não tendo sido possível estabelecer uma relação direta entre o conteúdo dado ao princípio e o instituto do direito à convivência familiar que era alvo da controvérsia judicial, salvo o conteúdo de manutenção de vínculos consolidados que foi identificado em onze casos, sendo dez deles de autos que tratavam de adoção. A tabela seguinte apresenta a relação entre os acórdãos e os sentidos atribuídos ao princípio:

Tabela 2: Relação: julgados e conteúdo atribuído ao princípio do melhor interesse.

IDENTIFICAÇÃO DO MELHOR INTERESSE NO CASO CONCRETO	NÚMERO DE JULGADOS
Critério interpretativo	2
Efetivação de direitos	7
Interesse da criança e não o interesse materno	1
Manutenção de vínculos	12
Manutenção do *status quo*	8
Não ser inserido em acolhimento institucional	11
Não permanecer com pessoas que adquiram a guarda por má-fé	5
Possibilidade de imposição de astreintes	1
Prolação de uma única decisão	1
Prevalência dos vínculos socioafetivos com a família de origem após a adoção	1
Só mencionado – não identificado	11
Total	**60**

Nesse quesito, notou-se que a fluidez própria dos princípios jurídicos permitiu que o melhor interesse da criança assumisse diferentes conteúdos nos casos concretos, inclusive alguns que, *a priori*, se distanciam do conteúdo mínimo trabalhado no ponto 2.[49] A efetivação dos direitos infantojuvenis, justamente o núcleo duro do melhor interesse, foi identificado como conteúdo do princípio em sete oportunidades[50].

Os sentidos mais atribuídos ao melhor interesse da criança foram "a manutenção dos vínculos consolidados com a família substituta"

[49] Dois acórdãos chamaram atenção pelo entendimento dado ao princípio do melhor interesse. Na decisão do REsp. 1481531/SP o qual discutia o cumprimento do acordo de visitação e fixou entendimento que a multa cominatória, "astreintes" pode ser usada nesses casos por ser menos gravosa que a realização da busca e apreensão da criança. Já no julgado do REsp. 1413016/RJ, que também discutia o direito de visitação, deu-se entendimento que a prolação de uma única sentença quando há mais de feito discutindo a regulamentação de visita atende o melhor interesse da criança.
[50] AgInt no AREsp. 890218/RJ, REsp. 1497628/DF, REsp. 1550166/DF, REsp. 916350/RN, REsp. 993458/MA, Resp. 1032875/DF.

e "a não inserção em acolhimento institucional se as crianças estão com terceiros e não há risco a integridade física dessas crianças apareceram, respectivamente, em doze[51] e em onze julgados como o melhor interesse da criança.[52] Apesar de a não inserção em acolhimento institucional poder ser interpretada também com a manutenção dos vínculos consolidados, uma vez que, em todas as decisões em que foi dada essa interpretação, foi defendido que a criança deveria ficar com a família que a acolhera, em família ampliada (avó em dois julgados) ou em família substituta (mesmo que tal inserção tenha se dado de forma irregular), em uma lógica de evitar rupturas, optou-se por distinguir os casos, já que nesses acórdãos os julgadores fazem questão de manifestar o verdadeiro repúdio à medida de acolhimento institucional.[53] Sobre esses vinte e três julgados, chama a atenção o entendimento de uma presunção de estabelecimento de vínculos entre a criança e àqueles que a acolheram que nem sempre é justificada pela opinião de corpo técnico especializado (poucas decisões fazem referência a estudo técnico). Também não foi fixado um critério temporal de convivência (ora mencionam anos, ora poucos meses) no qual poderia ser presumido o desenvolvimento desses laços. É importante consignar que as decisões que mantiveram a criança na companhia de terceiros em razão de não haver risco para a criança, ainda que a guarda de fato tenha sido obtida de má-fé (em alguns casos com sérias suspeitas de crime de adoção à brasileira), frequentemente, foram responsáveis por consolidar os vínculos de convivência e afetividade, que, posteriormente, justificaram o deferimento de adoções em desrespeito ao Cadastro Nacional, enfraquecendo o sistema legal de

[51]REsp. 1199465/DF, REsp. 1203968/MG, REsp. 1567812/SC, HC 297703/SP, HC 294729/SP, HC 279059/RS, HC 498147/SC, HC 506899/PR, REsp. 1480488/RS, REsp. 1578913/MG, REsp. 1347228/RS, REsp. 1410478/RN.

[52]HC 404545/CE, REsp. 1756100/DF, HC 487143/SP, HC 468691/SC, HC 503125/SP, HC 440752/PR, HC 500782/ES, HC 517365/RS, HC 520226/SP, RHC 106091/GO e HC 504743/SP.

[53]A leitura dessas decisões chega a trazer reflexões sobre como uma medida "tão terrível" na visão dos Ministros pode ser aceita no Direito nacional. Obviamente, ela não ideal para a formação de vínculos, mas a demonização da medida dificulta que ela seja repensada em outras bases, bases estas que fossem capazes de melhor auxiliar na criação e preservação desses liames necessários ao desenvolvimento infantojuvenil. Essa reflexão é necessária, já que a medida de acolhimento institucional é e será uma realidade para milhares de jovens, especialmente para os adolescentes acolhidos e o posicionamento trazido nos acórdãos em nada ajuda a melhor o tratamento dado 'aqueles que terão na medida protetiva a única forma aprender a desenvolver laços saudáveis.

adoção brasileiro. Essas decisões acabam contrastando com outras cinco decisões, nas quais o melhor interesse foi identificado com a não manutenção das crianças com pessoas que receberam a guarda dessas crianças de má-fé.[54]

O melhor interesse foi compreendido como a manutenção do *status quo* ou da atual situação da criança em oito acórdãos.[55] Assim como os entendimentos anteriormente expostos, essa compreensão também visa evitar modificações no cotidiano da criança. Apesar de em alguns casos envolver a manutenção vínculos (REsp. 1423640/CE e REsp. 1635649/SP), as decisões categorizadas como manutenção do *status quo* demonstram uma preocupação mais específica em manter a rotina da criança, seja com a manutenção do regime de visitas acordado (AgInt. no AREsp. 1233511/SC e REsp. 1423640/CE), seja pela permanência da criança no país (AgRg. em Ag. 1400865/RJ).

Chamou a atenção também o fato de que em onze julgados o melhor interesse da criança foi apenas citado na ementa ou ao longo da decisão (seja por mera referência, seja por estar presente em outro acórdão colacionado nos votos) sem que tenha sido feita qualquer argumentação sobre a sua utilização.[56] Em outras duas decisões, foi apenas relembrado o caráter interpretativo do princípio,[57] também não sendo feita nenhuma indicação sobre como ele foi compreendido no caso. Isso denota a falta de preocupação em justificar o uso do melhor interesse ou a sua utilização como um mero recurso retórico, como uma fórmula mágica apta a embasar uma decisão judicial.[58]

Pela análise dos acórdãos ficou claro que o STJ não utiliza os

[54]HC 430216/SP, HC 439885/SP, AgRg. no REsp. 1416945/SC, HC 418431/SP e HC 454161/TO.

[55]AgInt. no AREsp. 1233511/SC, AgRg em Ag 1400865/RJ, REsp. 1635649/SP, REsp. 1423640/CE, REsp. 1449560/RJ, HC 358536/SP, REsp. 1713123/MS, MC 3645/RS, AgRg. em MC 19084/PI.

[56]REsp. 1545959/SC, REsp. 1106637/SP, REsp. 1153849/PR, REsp. 1207185/MG, HC 487812/CE, REsp. 1773290/MT, AgRg. em Ag. 1400865/RJ, AgRg. no AREsp. 568230/SP, Edcl. no REsp. 1631840/MS, AgInt. no REsp. 1699243/SP, AgInt. no REsp. 1667105/RJ, AgInt. no AREsp. 1055042/MS.

[57]REsp. 1186086/RO, CC 119318/DF.

[58]Francisco Mena Méndez é bastante crítica a essa mera citação do princípio e afirma que o julgador "deve justificar por que ele priorizou um direito em relação a outros direitos similares que poderiam ser aplicados na situação específica. Devem estar relacionados, o contexto e as condições legais e fáticas que determinaram a prioridade do direito favorecido. Fundamentar esse exercício de ponderação de interesses e restrição razoável de direitos de todos os sujeitos participantes é uma expressão inegável do res-

parâmetros no Comentário Geral n. 14 do Comitê das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, exposto no tópico 2 deste trabalho. Ainda que muitos dos acórdãos analisados refiram-se a crianças de tenra idade, eles raramente mencionam a oitiva da criança ou do adolescente (com exceção à decisão proferida no REsp. 964836/BA). Também a garantia dos direitos à saúde e à educação não foi abordada nas decisões. A preservação da identidade foi apenas implicitamente protegida em duas decisões.[59] Como já abordado, verificou-se que os parâmetros "preservação do ambiente familiar e manutenção das relações" e "cuidados, proteção e segurança" foram, por vezes, identificados com o próprio conteúdo do princípio.

Não foi possível vislumbrar a preocupação do STJ em criar cri-

---

peito pela obrigação de proteção abrangente que a CSDN (Convenção dos Direitos da Criança) dita. Portanto, se o intérprete em sua decisão opta pela prevalência do interesse da criança, substituir essa fundamentação pela simples citação do "Atendendo ao melhor interesse da criança", isso é um sofisma de mau gosto para evitar mostrar com argumentos sólidos que o direito escolhido é o que melhor viabiliza o bem-estar da criança e que a decisão adotada cumpre o requisito da "razoabilidade" na restrição dos direitos dos demais sujeitos envolvidos no ato. MENA MÉNDEZ, Mário Francisco. **El interés superior del niño: instrumento del Derecho de Infancia para la tutela de los Derechos fundamentales del niño**. 2005. Disponível em: https://www.academia.edu/12178741/EL_INTER%C3%89S_SUPERIOR_DEL_NI%C3%91O_INSTRUMENTO_DEL_DERECHO_DE_INFANCIA_PARA_LA_TUTELA_DE_LOS_DERECHOS_FUNDAMENTALES_DEL_NI%C3%91O. Acesso em: 10 mar. 2020. (...) deberá justificar el porqué ha priorizado un derecho en relación a otros semejantes que cabrían aplicar en la situación concreta. Debe relacionarse el contexto y las condiciones legales y fácticas que determinaron la prioridad del derecho favorecido. Fundamentar este ejercicio de ponderación de intereses y la restricción razonable de los derechos del conjunto de los sujetos participantes es una expresión incontrastable del respeto a la obligación de protección integral que dicta la CSDN. Por ello si el intérprete en su decisión opta por que prevalezca el interés del niño, sustituir esta fundamentación por la simple cita del estribillo "Atendiendo al Interés Superior del Niño" es un sofisma de mal gusto para eludir demostrar con argumentos sólidos que el derecho escogido es el que mejor viabiliza el bienestar del niño y que la decisión adoptada cumple con la nota de "razonabilidad" en la restricción de los derechos de los otros sujetos involucrados en el hecho. (tradução nossa).

[59] No REsp. 1545959/SC foi revogada a adoção concedida, em razão do jovem não ter firmado laços com a família adotiva e, posteriormente, ter desenvolvido vínculos com sua família de origem. Já no REsp. 1410478/RN foi restabelecida a paternidade natural de pai que somente soube do filho no curso do procedimento de adoção e tentou assumir efetivamente a paternidade. A ação de adoção foi interposta por terceira pessoa que havia recebido a criança em terna idade da mãe biológica, que ratificou em audiência o consentimento com a adoção, o que nunca fez o pai.

térios universais para o exame objetivo do princípio do melhor interesse. Também foi possível construir parâmetros a partir das decisões trabalhadas. A consolidação de vínculos foi o conteúdo mais atribuído ao princípio pelo STJ e, mesmo nesses casos, não foi possível identificar padrões nos julgados analisados. Não parece haver nenhuma preocupação da Corte em estabelecer um padrão para determinar a formação desses vínculos: seja de tempo (ora poucos meses bastavam, ora não), seja em seguir a opinião técnica (muitos acórdãos não fazem referência aos estudos técnicos) ou seja ainda a existência ou não de má-fé (ora a má-fé mostrou-se motivo para a retirada da criança na família que estava, ora nem o indício de prática de adoção à brasileira era fundamento para essa retirada). Essa falta de parâmetros evidenciou que busca dar coerência e consistência ao sistema de decisões do STJ sobre esse tema mais pelo referenciamento constante a outros acórdãos (em geral só as ementas) do que pela robusta fundamentação que adapte o princípio em estudo ao caso concreto.

CONCLUSÃO

O princípio do melhor interesse da criança é um dos principais princípios do Direito infantojuvenil, ainda que não seja o único e que não se possa falar que é o mais importante. No entanto, é sim o mais conhecido e mais utilizado para justificar decisões judiciais. Isso se deve em parte pela própria trajetória desse princípio, que primeiro foi adotado nos ordenamentos jurídicos nacionais, especialmente dentro do Direito das Famílias, e, posteriormente, ganhou espaço no Direito Internacional, tendo um tratamento mais abrangente e de observância obrigatória nos países que ratificaram a CIDC/1989.

O melhor interesse da criança como princípio jurídico que é, é maleável, o que lhe permite ser adaptado para dar melhor solução aos mais diversos casos concretos. Ainda sim, ele possui um mínimo significado, um núcleo duro identificado com a efetivação de direitos necessários à formação da personalidade de crianças e adolescentes. Visando dar maior concretude ao princípio e reduzir a discricionariedade na interpretação desse princípio, o Comitê das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança expediu o Comentário Geral n.14 que trata somente da interpretação do o melhor interesse da criança (art. 3º da CIDC/1989). Nesse comentário, foram estabelecidos seis critérios para avaliação do

mencionado princípio, sendo eles: opinião da criança; sua identidade; a preservação do ambiente familiar e manutenção das relações; cuidados, proteção e segurança; situação de vulnerabilidade; direito à saúde e direito à educação.

No Direito brasileiro, a adoção da Doutrina da Proteção Integral, que embasou a CIDC/1989 antes mesmo da promulgação da referida convenção, trouxe profundas modificações no tratamento dado à população infantojuvenil. O reconhecimento de crianças e de adolescentes como pessoas em desenvolvimento e como sujeitos de direitos credores dos mesmos direitos fundamentais previstos para a população adulta e de outros direitos especiais, direitos estes que são vitais para garantir a formação saudável da personalidade. Dentre esses direitos próprios da infância e da juventude, está o direito à convivência familiar, direito esse que assegura ao seu titular a prerrogativa de ser criado pela sua família natural, excepcionalmente pela família ampliada e, subsidiariamente, pela família substituta em ambiente propício para o desenvolvimento da criança e do adolescente. Tal direito inverte a lógica que guiava o antigo Direito do Menor, dando à família um papel preponderante para garantir os direitos infantojuvenis, só podendo a criança ou o adolescente ser afastada de sua família natural em situações excepcionais e após procedimento legal no qual for garantido contraditório e ampla defesa. Mais do que um direito à manutenção de contato com os familiares, a convivência familiar é um direito à criação e à manutenção de laços com pessoas que são benéficas para o seu titular e que fazem parte da formação da personalidade.

Especialmente quando esse direito à convivência familiar está em debate, o princípio do melhor interesse tem papel de destaque na solução desses casos. Esta pesquisa buscou analisar como o Poder Judiciário brasileiro utiliza o princípio no julgamento dessas difíceis questões, buscando extrair os critérios usados pelo STJ no julgamento desses casos. Notou-se que o STJ, enquanto órgão máximo do Poder Judiciário infraconstitucional, que julga causas de Direito das Famílias e de Direito da Criança e do Adolescente, se atém a definir o princípio do melhor interesse da criança para o caso, mas não estabelece parâmetros objetivos para essa definição. A falta desses parâmetros representa tanto o desprezo ou o desconhecimento da Corte pelo Comentário Geral n.14 do Comitê das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança quanto a despreocupação de criar uma coerência interpretativa. Com isso, abre-se

mais espaço à discricionariedade do julgador, discricionariedade essa que deveria ser, na verdade, restringida pelo uso do princípio e não promovida. Nesse contexto, diante da ausência explícita de critérios, bem como os diversos entendimentos contraditórios, esta pesquisa não conseguiu extrair com segurança parâmetros para análise do melhor interesse das decisões do STJ.

REFERÊNCIAS

BAEZA CONCHA, Gloria. El interés superior del niño: Derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia. **Revista Chilena de Derecho**, Santiago, v. 28, n. 2, p. 355-362, 2001.

BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos de. Sobre la interpretación del interés superior del menor y su transcendencia en el derecho positivo español. **Revista sobre la infancia y la adolescencia**, Valência, n. 3, p. 46-59, set. 2012.

BRASIL. **Decreto n. 17.943-A de 12 de outubro de 1927**. Consolida as leis de assistencia e protecção a menores. Rio de Janeiro: DF: Presidência da República. [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D17943Aimpressao.htm. Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. **Lei n. 6.697 de 10 de outubro de 1979**.Intitui o Código de Menores. Brasília: DF: Presidência da República. [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htmAimpressao.htm. Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4 Turma). **REsp nº 1.410.478/RN**. Direito de família. Código Civil. Estatuto da Criança e do Adolescente. Adoção unilateral. Medida excepcional. Destituição do Poder Familiar. Não ocorrência de nenhuma das hipóteses autorizadas em relação ao genitor. Destituição apenas da genitora. Boa-fé da postulante à adoção. Melhor interesse do menor. ECA Arts. 39, §3, 50 §13. Recurso especial parcialmente provido. [...]. Recorrente: A. S. de M. e outro. Recorrido: M. L. G. F. Rel. Min. Maria Isabel Gallotti. DJ: 05.12.2020. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1842520&tipo=0&nreg=201303449720&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20200204&formato=PDF&salvar=false Acesso em:

15 fev. 2020.

BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos e Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária**, Brasília, 2006. Disponível em: <http://www.mds.gov.br/assistenciasocial/secretaria-nacional-de-assistencia-social-snas/livros/plano-nacional-de-convivencia-familiar-e-comunitaria-2013-pncfc/plano-nacional-de-convivencia-familiar-e-comunitaria-2013-pncfc>. Acesso em: 15 fev. 2020.

CILLERO BRUÑOL, Miguel. El interés superior Del niño em el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño**. Justicia y Derechos del Niño**. Santiago-Chile: Unicef, n. 1, p. 45-62, nov. 2009.

COMITÊ DOS DIREITOS DA CRIANÇA. **Comentário geral n.º 14 de 14 de janeiro a 1 de fevereiro de 2013**. Sobre o direito da criança a que o seu interesse superior seja primacialmente tido em conta. Lisboa: Comissão Nacional de Promoção dos Direito e Proteção das Crianças e Jovens [2017]. Disponível em: http://https://www.cnpdpcj.gov.pt/direitos-das-criancas/covencao-sobre-os-direitos-da-crianca/interesse-superior-da-crianca-pdf.aspx. Acesso em: 20 fev. 2020.

COSTA, Tarcísio José Martins. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. Belo Horizonte: Del Rey: 2004.

COUSO SALAS, Jaime. El niño como sujeto de derechos y la nueva justicia de familia. Interés superior del niño, autonomía progresiva y el derecho a ser oído. **Revista de Derechos del niño**. Santiago de Chile: Universidad Diego Portales e UNICEF, n. 3 e 4, p. 145- 165, out. 2006.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª Edição Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

FREEDMAN, Diego. **Funciones normativas del interés superior del niño**. 2005. Disponível em: http://www.juragentium.org/topics/latina/es/freedman.htm. Acesso em: 20 fev. 2020.

FREEDMAN, Diego. **Los riesgos del interés superior del niño: o cómo se esconde el "Caballo de Troya" en la Convención**. Disponível em: http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/los-riesgos-del-interes-superior-del-nino.pdf. Acesso em: 15 mai. 2018.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: famílias. São Paulo: Saraiva, 2015.

LÓPEZ-CONTRERAS, Rony Eulálio. Interés superior de los niños y

niñas: definición y contenido. **Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud**, Manizales, v. 13, n. 1, p. 51-70, jun. 2015.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Direito Fundamental à convivência familiar. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coor.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. 4ª Ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: RJ, Lúmen Júris, 2010. p. 67-79.

MARTINS, Rosa. **Menoridade, (in) capacidade e cuidado parental**. Coimbra editora: Coimbra, 2008.

MARX NETO, Edgar Audomar. **O Direito à imagem de crianças e adolescentes**. 115f. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2013.

MENA MÉNDEZ, Mário Francisco. **El interés superior del niño: instrumento del Derecho de Infancia para la tutela de los Derechos fundamentales del niño**. 2005. Disponível em: https://www.academia.edu/12178741/EL_INTER%C3%89S_SUPERIOR_DEL_NI%C3%91O_INSTRUMENTO_DEL_DERECHO_DE_INFANCIA_PARA_LA_TUTELA_DE_LOS_DERECHOS_FUNDAMENTALES_DEL_NI%C3%91O. Acesso em: 10 mar. 2020.

MORAL FERRER, Anabella J. Del. El derecho a opinar de niños, niñas y adolescentes en la Convención sobre los Derechos del Niño. **Cuestiones Jurídicas**, Maracaibo, n. 2, vol. 1, n. 2, p. 73-99, jul.- dez. 2007.

NERY JÚNIOR, Nelson; MACHADO, Martha Toledo. O Estatuto da Criança e do Adolescente e o novo Código de Processo Civil à luz da Constituição Federal: princípio da especialidade e Direito Intertemporal. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v.3, n. 12, p. 9-49, out./dez. 2002.

OFICINA DO ALTO COMISSARIADO PARA OS DIRETOS HUMANOS. Folheto informativo n. 10. Disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet10Rev.1sp.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2020.

PEREIRA, Tânia da Silva. O "melhor interesse" da criança. In: PEREIRA, Tânia da Silva. (Org.). **O Melhor Interesse da Criança**: um debate Interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar. 2000, p. 1-101.

RAVETLLAT BALLESTE, Isaac; PINOCHET OLAVE, Ruperto. El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño y su configuración en el derecho civil chileno.**Re-**

vista chilena de derecho, Santiago, v. 42, n. 3, p. 903-934, dez. 2015. Disponivel em: https://scielo.conicyt.cl/scielo.phpscript=sci_arttext&pid=S0718-34372015000300007&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 12 fev. 2020, p. 906-907.

SARAIVA, João Batista Costa. A quebra do paradigma da incapacidade e o princípio do superior interesse da criança – o "cavalo de Tróia" do menorismo. **Juizado da Infância e Juventude.** Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: Porto Alegre, ano. II, n. 3-4, p. 25-30, jul.-nov. 2004.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; SALES, Ana Amélia Ribeiro; SOUZA, Maria Aparecida Freitas. Autonomia Privada da Criança e do Adolescente: uma reflexão sobre o regime das incapacidades. **Revista de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre: Magister. n. 0, p. 57-73, out./ nov. 2007.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; VIEIRA, Marcelo de Mello. Construindo o direito à convivência familiar de crianças e adolescentes no Brasil: um diálogo entre as normas constitucionais e a Lei n. 8.069/1990. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 4, n. 2, 2015. Disponível em: <http://civilistica.com/construindo-o-direito-a-convivencia-familiar/>. Data de acesso: 20 fev. 2020.

VIEIRA, Marcelo de Mello; FERREIRA, Ana Luiza Veiga. O melhor interesse e a autonomia progressiva de crianças e adolescentes. **Revista de direito da infância e da juventude**, São Paulo, a. 1, v. 2, p. 233-259, jul./ dez. 2013.

ZERMATTEN, Jean: **El interés Superior del Niño. Del Análisis literal al Alcance Filosófico**. 2003. Disponível em: http://www.childsrights.org/html/documents/wr/2003-3_es.pdf. Acesso em: 18 fev. 2020.

A QUESTÃO DA ACESSIBILIDADE

A CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Luíza Resende Guimarães[1]
Maria Clara Versiani de Castro[2]

Resumo: O presente trabalho teve como objetivo geral mapear como as mudanças advindas da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e do Estatuto da Pessoa com Deficiência têm impactado a jurisprudência, em especial como a questão da acessibilidade vem sendo debatida no Superior Tribunal de Justiça. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica, primordialmente a partir da utilização de dados secundários, e também jurisprudencial. A pesquisa foi realizada a partir de três descritores: Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência; Estatuto da Pessoa com Deficiência; e Deficiência [e] Acessibilidade. Foram identificados mais de uma centena de acórdãos nessa primeira busca, dentre os quais apenas 14 versavam sobre temas de direito civil. Dessa análise, centrada nos últimos dez anos, observa-se uma preocupaç**ão do STJ** em garantir o direito à acessibilidade para integrar e incluir as pessoas com deficiência. As discussões, contudo, ainda carecem de maior aprofundamento teórico: em geral, há apenas menções a conceitos de artigos mais gerais da CDPD e do EPD.

Palavras-chave: Pessoa com deficiência. Acessibilidade. Superior Tribunal de Justiça.

[1] Mestranda em Direito Civil pela UFMG. Bolsista de Mestrado do CNPq. Bacharel em Direito pela UFLA. Pesquisadora do Laboratório de Bioética e Direito (LABB/UFLA/CNPq).

[2] Mestranda em Direito Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais. Advogada. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Lavras. Pesquisadora do Laboratório de Bioética e Direito - LABB.

INTRODUÇÃO

O tratamento historicamente conferido às pessoas com deficiência é marcado por crueldade e invisibilidade. Nesse sentido, sua existência já foi tida como prescindível, já que não eram vistas como "socialmente úteis". Igualmente, elas já foram alvo de medo e/ou pura piedade, justificados por crenças religiosas. Quando, avançando na linha do tempo, a ciência tomou o lugar anteriormente ocupado pela religião, passou-se a acreditar que apenas se fossem reabilitados esses indivíduos poderiam desfrutar do "privilégio" de viver em sociedade. No mesmo período, suas vidas eram consideradas objetos de assistência social. Em verdade, este traço é marcante: pessoas com deficiência eram enxergadas muito mais como objetos do que sujeitos das próprias narrativas de vida. Em tempos hodiernos, podem ser identificadas diversas tentativas de modificação dos cenários acima descritos. A mais iminente delas, no campo jur**ídico, é** a promulgação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, fruto de uma tendência de especificação de tratados vinculantes de direitos humanos. Como consequência de suas disposições, consolidou-se o modelo biopsicossocial da deficiência, vetor de inúmeras modificações no que tange **à tratativa** dessas pessoas. O Brasil é um dos países signatários do tratado e, em cumprimento **à**s obrigações nele estabelecidas, foi promulgado, no ano de 2015, o Estatuto da Pessoa com Deficiência.

São muitas as modificações advindas de ambos os diplomas para o ordenamento jurídico pátrio. No âmbito doutrinário civil, a mais debatida delas gira em torno do reconhecimento da capacidade legal das pessoas com deficiência em igualdade de condições com os demais em todos os aspectos da vida. A presente pesquisa, todavia, intenta analisar o peso das modificações trazidas pela CDPD e pelo EPD não de uma perspectiva doutrinária, mas jurisprudencial. Com esse objetivo, a análise será centrada em decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, órgão que ainda não foi palco de discussões acerca da aludida questão que envolve a capacidade legal.

Em um primeiro momento, portanto, a ideia do trabalho era investigar de forma ampla quais as repercussões da Convenção e do Estatuto nos acórdãos do STJ, notadamente aquelas que tangenciam o direito civil. A partir de uma pesquisa inicial, no entanto, constatou-se que uma temática aparecia com mais frequência e merecia maior destaque: o

direito à acessibilidade, garantido expressamente em ambos os diplomas legais supracitados.

Isso posto, julga-se necessário que a primeira parte da exposição seja mais teórica e sirva para contextualizar o significado e alcance da acessibilidade nos textos da CDPD e do EPD. Em seguida, tem-se os dois tópicos responsáveis pela exposição da pesquisa jurisprudencial. Ressalta-se que esta foi realizada, conforme o objetivo apresentado, com base em três descritores: (i) Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência; (ii) Estatuto da Pessoa com Deficiência; e (iii) Acessibilidade [e] Deficiência.

No Tópico 2, serão apresentados os acórdãos que fazem menção à CDPD e/ou ao EPD, porém giram em torno de questões alheias à acessibilidade; e também aqueles que tratam da acessibilidade, mas sem citar nenhum dos dois diplomas legais analisados. No Tópico 3, em contrapartida, serão examinados os acórdãos que conjuguem menções à CDPD e/ou ao EDP com a temática da acessibilidade.

1 A QUESTÃO DA ACESSIBILIDADE NA CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E NO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Promulgada em território nacional em 25 de agosto de 2009, por meio do Decreto de n. 6.949, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência é fruto de intensos debates entre atores estatais e representantes da sociedade civil. O tratado representa uma mudança paradigmática no tratamento dispensado às pessoas com deficiência e, em especial, aos seus direitos, vez que derruba, em grande medida, a relação de causalidade e de dependência entre eventuais impedimentos corporais e as desvantagens sociais vivenciadas pelos indivíduos com diversidades funcionais[1].

Nesse sentido, observa-se que a Convenção encontra suas bases teóricas no chamado modelo biopsicossocial de deficiência. Sob a ótica deste modelo, a deficiência constitui uma experiência que conjuga impedimentos corporais com barreiras física e socialmente impostas

[1] DINIZ, Débora; BARBOSA, Lívia; SANTOS, Wederson Rufino dos. Deficiência, Direitos Humanos e Justiça. *SUR*- **Revista Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo, v. 6, n. 11, 2009, p. 65-66.

pelo meio. Assim, retira-se o foco de eventuais limitações biológicas do corpo e passa-se a observar o ambiente socialmente construído como um dos principais responsáveis pela experiência da deficiência.

A partir dessa concepção teórica, a Convenção define como pessoas com deficiência aquelas que "têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas".

Ainda com base no modelo biopsicossocial, o autoproclamado propósito do documento internacional é "promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente". Nesse contexto, uma eventual reabilitação relacionada com a deficiência deve ser direcionada também ao meio físico e social no qual está inserida a pessoa[2]. Assim, assume-se que a garantia de participação desses sujeitos em comunidade, em igualdade de condições com os demais, somente é possível com a modificação da organização social, através de uma série de medidas coordenadas para tanto.

A constatação de que as intervenções devem ser direcionadas ao meio e não ao indivíduo repercute tanto sobre medidas de acessibilidade, quanto sobre medidas relacionadas à capacidade das pessoas com deficiência. Pela natureza das decisões judiciais promulgadas pelo Superior Tribunal de Justiça nos últimos dez anos, após a promulgação da CDPD em território nacional, são as medidas do primeiro grupo que serão objeto deste estudo.

Quanto às medidas relacionadas à capacidade das pessoas com deficiência, cumpre destacar que o artigo 12 da Convenção garante a estas pessoas o reconhecimento da capacidade legal plena, "em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida". O marco é importantíssimo e tem recebido atenção de muitos autores e pesquisadores, contudo, é insuficiente se as condições institucionais e materiais não estiverem preparadas para a efetivação de todos os direitos

[2] PALACIOS, Agustina. **El modelo social de discapacidad**: Orígenes, caracterización y plasmación em la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas com Discapacidad. Madrid: Cinca, 2008, p. 103.

consolidados na normativa internacional[3].

Diante disso, faz-se necessária verdadeira transformação na realidade social e econômica, o que apenas pode ser alcançado frente a intervenções estatais e sociais afirmativas. Nesse sentido, cumpre aos Estados-parte adotar as medidas necessárias para garantir uma igualdade material e real às pessoas com deficiência e, negativamente, trabalhar pela remoção de obstáculos que impeçam ou dificultem o gozo ou exercício de seus direitos e liberdades em igualdade de condições com os demais[4].

Assim, a CPDC baseia-se na chamada acessibilidade universal, a qual busca garantir que o fato de um indivíduo possuir alguma deficiência não represente um impedimento para a proteção de seus direitos fundamentais, ainda que, para tal, sejam exigidas políticas ativas e passivas de atores públicos e privados[5]. Partindo desse pressuposto, a acessibilidade universal pode ser descrita como uma condição a ser observada e verificada em entornos, processos, bens, produtos, serviços, instrumentos e dispositivos para que estes sejam compreensíveis e utilizáveis por todas as pessoas (em especial, por aquelas com diversidades funcionais) com segurança e comodidade, da forma mais autônoma e natural possível[6].

Trata-se, portanto, de uma obrigação normativa que deve orientar medidas de diferenciação positiva destinadas à satisfação das necessidades das pessoas com deficiência e à inclusão do coletivo nos âmbitos do poder jurídico e político[7]. A questão da acessibilidade é tra-

---

[3] NUSSBAUM, Martha. Capacidade e Justiça social. In: **Deficiência e Igualdade**. Brasília: Letras Livres, 2010, p. 33.

[4] FERNÁNDEZ, Carmen Molina. La acessibilidad universal como pressupuesto del ejercicio de derechos fundamentables de las personas con discapacidad. In*:* RAMÍREZ, Gloria Alvarez (coord.). **2003-2012: 10 anõs de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España**. Madrid: Cinca, 2012, p. 254.

[5] FERNÁNDEZ, Carmen Molina. La acessibilidad universal como pressupuesto del ejercicio de derechos fundamentables de las personas con discapacidad. In*:* RAMÍREZ, Gloria Alvarez (coord.). **2003-2012: 10 anõs de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España**. Madrid: Cinca, 2012, p. 253.

[6] FERNÁNDEZ, Carmen Molina. La acessibilidad universal como pressupuesto del ejercicio de derechos fundamentables de las personas con discapacidad. In*:* RAMÍREZ, Gloria Alvarez (coord.). **2003-2012: 10 anõs de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España**. Madrid: Cinca, 2012, p. 260.

[7] DE ASÍS, Rafael. Derechos humanos y discapacidad: algunas reflexiones derivadas del análisis de la discapacidad desde la teoria dos derechos. In*:* CAMPOY, Ignacio; PALACIOS, Agustina**. Igualdad, no discriminación y discapacidad***:* una visión

tada na CDPD, em especial, pelo artigo 9, que dispõe:

> Artigo 9
>
> Acessibilidade
>
> 1.A fim de possibilitar às pessoas com deficiência viver de forma independente e participar plenamente de todos os aspectos da vida, os Estados Partes tomarão as medidas apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência o acesso, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, ao meio físico, ao transporte, à informação e comunicação, inclusive aos sistemas e tecnologias da informação e comunicação, bem como a outros serviços e instalações abertos ao público ou de uso público, tanto na zona urbana como na rural. Essas medidas, que incluirão a identificação e a eliminação de obstáculos e barreiras à acessibilidade, serão aplicadas, entre outros, a:
>
> a) Edifícios, rodovias, meios de transporte e outras instalações internas e externas, inclusive escolas, residências, instalações médicas e local de trabalho;
>
> b) Informações, comunicações e outros serviços, inclusive serviços eletrônicos e serviços de emergência.
>
> 2.Os Estados Partes também tomarão medidas apropriadas para:
>
> a) Desenvolver, promulgar e monitorar a implementação de normas e diretrizes mínimas para a acessibilidade das instalações e dos serviços abertos ao público ou de uso público;
>
> b) Assegurar que as entidades privadas que oferecem instalações e serviços abertos ao público ou de uso público levem em consideração todos os aspectos relativos à acessibilidade para pessoas com deficiência;
>
> c) Proporcionar, a todos os atores envolvidos, formação em relação às questões de acessibilidade com as quais as pessoas com deficiência se confrontam;
>
> d) Dotar os edifícios e outras instalações abertas ao público ou de uso público de sinalização em braille e em formatos de fácil leitura e compreensão;
>
> e) Oferecer formas de assistência humana ou animal e servi-

integradora de las realidades española y argentina. Madrid: Dykinson, 2007, p. 48.

> ços de mediadores, incluindo guias, ledores e intérpretes profissionais da língua de sinais, para facilitar o acesso aos edifícios e outras instalações abertas ao público ou de uso público;
>
> f) Promover outras formas apropriadas de assistência e apoio a pessoas com deficiência, a fim de assegurar a essas pessoas o acesso a informações;
>
> g) Promover o acesso de pessoas com deficiência a novos sistemas e tecnologias da informação e comunicação, inclusive à Internet;
>
> h) Promover, desde a fase inicial, a concepção, o desenvolvimento, a produção e a disseminação de sistemas e tecnologias de informação e comunicação, a fim de que esses sistemas e tecnologias se tornem acessíveis a custo mínimo.

Da leitura do dispositivo, observa-se a preocupação em reabilitar, por meio de diferenciações positivas, um entorno que é hostil e que impede a igualdade material da pessoa com deficiência frente a disposições normativas outrora neutras e que perpetuavam situações históricas de desvantagem e inadequação. Essas disposições de diferenciação positiva decorrem da necessidade de se combater tudo aquilo que provoca a restrição de direitos e, em muitos casos, está diretamente atrelada à maneira com que o entorno é projetado, em verdadeira desatenção às necessidades de determinados grupos.

Neste ponto, cumpre destacar que a incorporação da acessibilidade no discurso dos direitos humanos e, em especial, dos direitos das pessoas com deficiência, é imprescindível à eliminação de barreiras que impedem a autodeterminação desses indivíduos e, ainda, o exercício de tantos outros direitos necessários ao sucesso dos propósitos da CDPD.

Para que determinados direitos sejam exercidos é fundamental que sejam acessíveis. É o caso, por exemplo, do direito à educação, garantido no artigo 24 da CDPD. Sem que a educação seja construída de forma verdadeiramente acessível e adaptada às diferentes experiências de deficiência, seja por meio de ajustes no ambiente físico ou nas metodologias e técnicas de ensino, não há como se falar em satisfação do direito.

Diante do papel de protagonismo da acessibilidade na renovação do enfoque político normativo trazida pela Convenção, com especial atenção à efetivação de tantos outros direitos, emergem três dispo-

sitivos cruciais para a efetividade dos direitos consolidados pelo modelo biopsicossocial: o desenho universal, as medidas de acessibilidade e os ajustes razoáveis[8].

O desenho universal abarca a concepção de produtos, ambientes, programas e serviços que possam ser utilizados por todas as pessoas, na maior medida do possível, sem necessidade de adaptação ou projeto específico. Nesse sentido, produtos com desenho universal **não se dirigem exclusivamente às pessoas com deficiência.** É o que ocorre, por exemplo, quando na construção de um edifício opta-se pela colocação de rampas e elevadores e não de escadas. A decisão é convertida, assim, em benefício de todos, na medida em que pessoas com deficiência, idosos, crianças, dentre outros, serão melhor atendidos e não há prejuízo para outros grupos específicos.

As chamadas medidas de acessibilidade, por sua vez, aparecem quando o desenho universal justificadamente não é cumprido[9]. São medidas que t**ê**m como objetivo corrigir situações em que não é possível projetar o bem, o local ou o serviço de forma apta à utilização de todos, independentemente de deficiência ou de outra condição especial. Assim, as medidas de acessibilidade se destinam à conversão do produto, entorno, programa, serviço ou direito em adequado a todos[10]. Em outras palavras, são medidas específicas que implicam em um tratamento diferenciado a favor de um coletivo desfavorecido para atingir a igualdade material.

Por fim, os ajustes razoáveis **são a figura que parece ter recebido a maior atenção quando da formulação da CDPD, especialmente no que concerne à relação direta estabelecida entre a sua negociação e** a discriminação positivada no texto final do artigo a eles referente. Tratam os ajustes razoáveis de instituto que abrange as modificações e adaptações necessárias e adequadas, que não acarretem ônus indevido ou desproporcional. Eles são requeridos para casos particulares, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar e exercer todos os seus direitos humanos e liberdades fundamentais em igualdade de condições com as demais pessoas. Esses ajustem ganham lugar quan-

[8] DE ASÍS, Rafael. El eje de la acessibilidad y sus limites. In*:* RAMÍREZ, Gloria Alvarez (coord.). **Anales de derechos y discapacidad**. Madrid: Cinca, 2016, p. 52.
[9] DE ASÍS, Rafael. De nuevo sobre los ajustes razonables. In*:* VIJANDI, Beatriz de Miguel (coord.). **Anales de derecho y discapacidad**. Madrid: Cinca, 2018, p. 104.
[10] DE ASÍS, Rafael. El eje de la acessibilidad y sus limites. In*:* RAMÍREZ, Gloria Alvarez (coord.). **Anales de derechos y discapacidad**. Madrid: Cinca, 2016, p. 53.

do a acessibilidade não pode se satisfazer de maneira global, seja através do desenho universal ou das medidas de acessibilidade. Converte-se, pois, em autêntico direito destinado a remediar situações específicas[11] e cuja ausência implicará em discriminação.

Para além das três figuras fundamentais descritas, o artigo 9 relaciona a acessibilidade a uma série de âmbitos como o entorno físico, o transporte, a informação e as comunicações, além de outros serviços e instalações abertos ao público. A isso acrescenta-se a relação direta estabelecida com três princípios que justificam a visão ampla de acessibilidade e que permitem que a sua proteção seja efetivada: a vida independente, a participação na vida social e a igualdade de oportunidades. É da convergência destes três direitos, garantidos pela CDPD em uma série de artigos, que permite-se falar em uma concepção ampla de acessibilidade e compreendê-la como fulcral no sistema dos direitos das pessoas com deficiência[12].

Outro ponto de suma relevância na tratativa da acessibilidade são seus limites. Partindo do pressuposto de que inexistem direitos absolutos, **é preciso admitir que a acessibilidade encontra limites em direitos ou bens de igual valor jurídico e social. Nesse sentido, o discurso acerca d**essas fronteiras deve ser especialmente sensível ao princípio da dignidade da pessoa humana, devendo se respeitar, por conseguinte, a luta contra barreiras e obstáculos que impedem a igualdade substantiva e a efetivação de direitos.

No que diz respeito ao acesso, é possível distinguir três tipos de restrições justificáveis **à não efetivação da acessibilidade**: (i) os limites do necessário, (ii) os limites do possível, e (iii) os limites do razoável[13].

Os limites do necessário justificam a ausência de acessibilidade quando se trata de ações ou omissões cujos efeitos são produzidos em âmbitos não relacionados à vida independente, à participação social e à igualdade de oportunidades. Vale ressaltar que é difícil encontrar uma esfera de direitos e situações que escape dessas três referências[14].

Os limites do possível, por sua vez, relacionam-se mais for-

---

[11] DE ASÍS, Rafael. El eje de la acessibilidad y sus limites. In*:* RAMÍREZ, Gloria Alvarez (coord.). **Anales de derechos y discapacidad**. Madrid: Cinca, 2016, p. 54.
[12] DE ASÍS, Rafael. El eje de la acessibilidad y sus limites. In*:* RAMÍREZ, Gloria Alvarez (coord*.).* **Anales de derechos y discapacidad**. Madrid: Cinca, 2016, p. 53.
[13] DE ASÍS, Rafael. El eje de la acessibilidad y sus limites. In*:* RAMÍREZ, Gloria Alvarez (coord.). **Anales de derechos y discapacidad**. Madrid: Cinca, 2016, p. 58.
[14] DE ASÍS, Rafael. El eje de la acessibilidad y sus limites. In*:* RAMÍREZ, Gloria

temente com o desenho universal e, em alguma medida, com as medidas de acessibilidade. Eles têm lugar em situações em que a garantia de acessibilidade esbarra com o estado de conhecimento, ou seja, quando as restrições decorrem do atual estado da ciência e da técnica. E, ainda, quando da sua implementação decorrerem consequências demasiado negativas, como, por exemplo, quando para garantir um desenho universal seja necessário produzir danos ambientais extensos. Neste caso, o desenho universal pode não ser razoável ou proporcional[15].

Por **último**, os limites do razoável projetam-se especialmente sobre os ajustes razoáveis, cabendo sobre eles um maior aprofundamento. Em primeiro lugar, é importante esclarecer que os ajustes razoáveis possuem uma função dúplice. Por um lado, eles representam uma garantia ao direito à igualdade de oportunidades das pessoas com deficiência, de tal forma que a sua ausência resulta em discriminação. Isso ocorre porque, quando a pessoa com deficiência se encontra diante de uma situação em que necessita de uma adequação específica e individualizada do entorno, os ajustes constituem o único meio para assegurar a integridade de seu direito. Nessa primeira dimensão, a figura assume caráter subsidiário, garantindo a igualdade em casos concretos não alcançados pelas medidas universais de acessibilidade. Essa caraterística constitui o elemento garantista dos ajustes razoáveis. De outro lado, a segunda função encontra-se diretamente atrelada à sua limitação. Nessa dimensão, esses ajustes representam um reconhecimento tácito de que, no processo de crescente inclusão das pessoas com deficiência, ainda há zonas em que não é possível, ao menos universalmente, garantir a integridade de todos os seus direitos[16].

Nesse sentido, os diversos ordenamentos jurídicos renunciam implicitamente a uma proteção completa contra a discriminação e a não-acessibilidade ao assumir que existirão circunstâncias em que essa garantia não se produzirá. Por esse motivo, os ajustes razoáveis são vistos como dispositivos de proteção de segundo grau, cujos efeitos surgem quando fracassado o dispositivo de acessibilidade universal. Assim, assu-

---

Alvarez (coord.). **Anales de derechos y discapacidad**. Madrid: Cinca, 2016, p. 59.

[15] DE ASÍS, Rafael. El eje de la acessibilidad y sus limites. In*:* RAMÍREZ, Gloria Alvarez (coord.). **Anales de derechos y discapacidad**. Madrid: Cinca, 2016, p. 59.

[16] BUENO, Luis Cayo Pérez. La configuración jurídica de los ajustes razonables. In*:* RAMÍREZ, Gloria Alvarez (coord.). **2003-2012: 10 anõs de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España**. Madrid: Cinca, 2012, p. 162-163.

me-se que os ajustes razoáveis carregam consigo, em sua própria natureza, uma limitação[17].

Importa analisar, ainda, a configuração do caráter de razoabilidade dos ajustes. Em função da necessidade de serem razoáveis, sempre que as adaptações impuserem ao sujeito uma carga excessiva ou indevida, ou forem desproporcionais, elas não constituirão um dever e, portanto, não serão exigíveis. Em outras palavras, se o ajuste for considerado exorbitante, não caberá sua exigibilidade, o que dissolverá a obrigação de satisfazer o direito da pessoa com deficiência, que restará desamparada[18]. A complexidade da situação é, por óbvio, imensa.

Conclui-se que nem todas as adaptações necessárias ao gozo e ao exercício dos direitos das pessoas com deficiência são juridicamente obrigatórias, por mais justas que possam ser, materialmente. A imprescindibilidade da razoabilidade dos ajustes se insere em um debate amplo acerca de quem deve assumir a responsabilidade para o desfrute desses direitos por grupos minoritários e até que ponto isso se torna exigível, haja vista que se trata de um coletivo inserido em um contexto de desigualdades generalizadas, estruturais e consolidadas, não imputáveis a eles mesmos, mas a seu entorno, que precisa ser modificado[19].

Do ponto de vista das pessoas com deficiência e de suas organizações representativas, a responsabilidade de alteração do meio excludente deveria ser total, absoluta e imediata. Da ótica da comunidade majoritária (inclusive dos poderes públicos), em contrapartida, essa responsabilidade precisa ser relativa e progressiva, dado que transformar as condições do entorno preexistente em prol da acessibilidade não é medida neutra, porque produz consequências, muitas de índole econômica, que representam uma carga para os sujeitos obrigados[20]. Nesse ponto,

---

[17] BUENO, Luis Cayo Pérez. La configuración jurídica de los ajustes razonables. In*:* RAMÍREZ, Gloria Alvarez (coord.). **2003-2012: 10 anõs de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España**. Madrid: Cinca, 2012, p. 163.

[18] BUENO, Luis Cayo Pérez. La configuración jurídica de los ajustes razonables. In*:* RAMÍREZ, Gloria Alvarez (coord.). **2003-2012: 10 anõs de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España**. Madrid: Cinca, 2012, p. 163.

[19] BUENO, Luis Cayo Pérez. La configuración jurídica de los ajustes razonables. In*:* RAMÍREZ, Gloria Alvarez (coord.). ***2003-2012: 10 anõs de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en*** **España**. Madrid: Cinca, 2012, p. 164.

[20] BUENO, Luis Cayo Pérez. La configuración jurídica de los ajustes razonables. In*:*

diante da complexa tarefa de determinar se um ajuste é ou não razoável, ganha força a função interpretativa do poder judiciário, o qual deve estar atento à complexidade da situação para não permitir escapes abusivos e fraudulentos de obrigações devidas.

Frente à conjuntura exposta, depreende-se que a não-discriminação, as ações positivas e a acessibilidade universal constituem o eixo sobre o qual se articula uma série de disposições que persegue, por intermédio de novos meios advindos da CDPD, um objetivo claro: garantir e reconhecer a igualdade de oportunidades das pessoas com deficiência em todos os âmbitos da vida política, econômica, social e cultural[21].

2 UMA VISÃO PANORÂMICA SOBRE COMO A JURISPRUDÊNCIA DO STJ TEM ENFRENTADO AS MUDANÇAS ADVINDAS DA CDPD E DO EPD

Exposto o panorama teórico referente à acessibilidade na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e no Estatuto da Pessoa com Deficiência, importa adentrar na análise jurisprudencial proposta. A ideia é analisar acórdãos do Superior Tribunal de Justiça em prol de compreender como tem sido o impacto das modificações advindas da CDPD – em vigência no Brasil e alçada à hierarquia de Emenda Constitucional desde 2009 – e do EPD, cuja entrada em vigor ocorreu 2016. Com essa finalidade, foram inicialmente mapeados mais de uma centena de acórdãos do referido Tribunal, e a parte deles que nos interessa será apresentada e debatida neste tópico e no subsequente.

No que concerne aos critérios de seleção de julgados, explica Jeferson Mariano Silva que, em geral, obedece-se "a intervalos temporais que possuem, como marco inicial e final, mudanças institucionais relevantes"[22]. Conforme exposto, a mudança em questão, definidora do

---

RAMÍREZ, Gloria Alvarez (coord.). **2003-2012: 10 anõs de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España**. Madrid: Cinca, 2012, p. 165.

[21] FERNÁNDEZ, Carmen Molina. La acessibilidad universal como pressupuesto del ejercicio de derechos fundamentables de las personas con discapacidad. In*:* RAMÍREZ, Gloria Alvarez (coord.). **2003-2012: 10 anõs de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España**. Madrid: Cinca, 2012, p. 260.

[22] SILVA, Jefferson Mariano. Mapeando o Supremo: As posições dos ministros do STF na jurisdição constitucional (2012-2017). **Novos Estudos – Cebrap**, São Paulo,

lapso temporal a guiar a pesquisa, foi justamente o momento em que adentrou o ordenamento brasileiro a aludida Convenção internacional. Nesse sentido, foram consideradas decisões cujo julgamento data de 2009 a março de 2020. A investigação foi realizada a partir dos documentos disponibilizados no site oficial do STJ e norteada por três descritores diversos: (i) "Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência"; (ii) Estatuto da Pessoa com Deficiência; e (iii) Acessibilidade [e] Deficiência. Nesta seção, cuida-se dos dois primeiros.

A partir dos descritores, criou-se uma base de dados com os julgados que tratam de matéria afeta ao direito civil, tendo sido selecionadas 14 decisões judiciais. Entre estes, a CDPD, o EPD (gráfico 1) e a questão da acessibilidade (gráfico 2) são tratados nos julgados assim:

Gráfico 1: *percentual de decisões judiciais que citam a CDPD e o EPD*

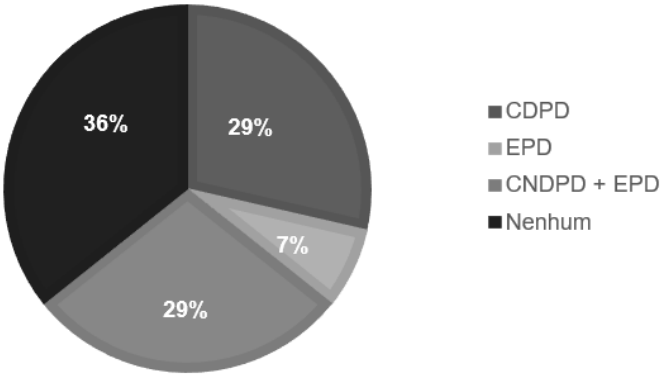
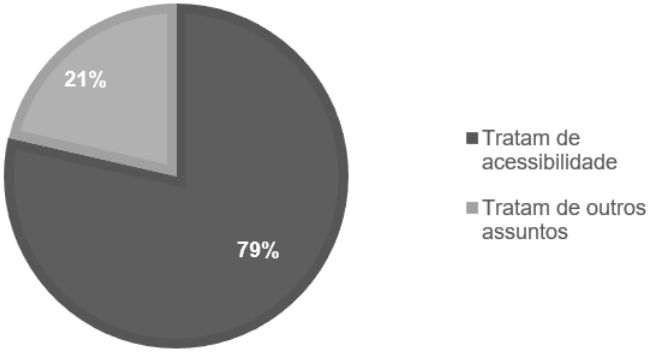
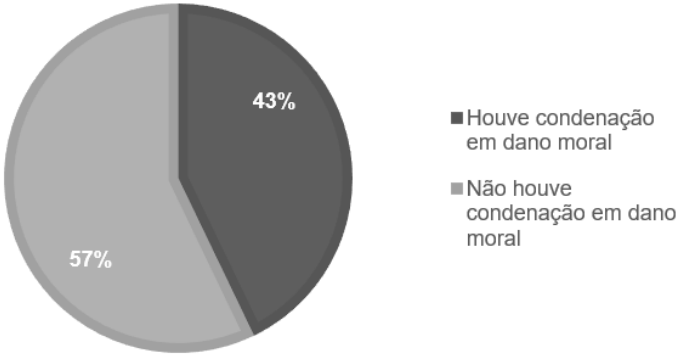


Gráfico 2: *percentual de decisões judiciais que tratam de acessibilidade*



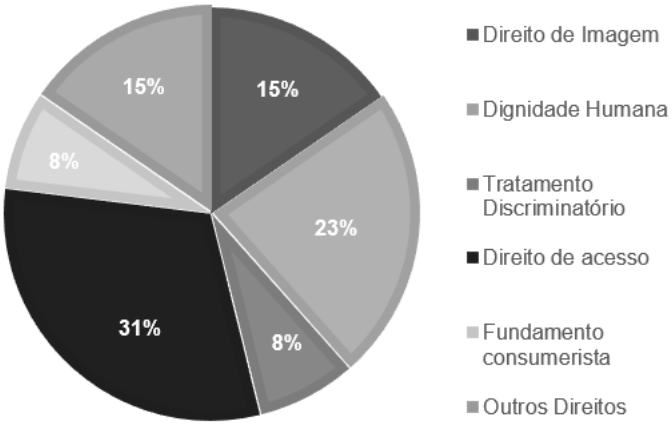
Em parte dos julgados, entendeu o Superior Tribunal de Justiça pela condenação dos réus ao pagamento de indenização por danos morais, na seguinte proporção:

Gráfico 3: *percentual de decisões judiciais em que houve condenação por danos morais*



Por fim, entre os julgados em que houve condenação por danos morais, esta foi fundamentada nos seguintes direitos:

Gráfico 4: *fundamento utilizado para condenação por danos morais*



2.1 Descritor I: Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência

Quando a busca é pelo descritor "Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência", são encontradas 1.200 decisões monocráticas, 3 informativos de jurisprudência, 2 acórdãos repetitivos e 88 acórdãos. Conforme estabelecido, o exame restringe-se aos últimos. A ampla maioria dos julgados são *Habeas Corpus* e recursos relacionados ao remédio constitucional (74 do total de 88, ou seja, 84%). Infere-se, então, que a preponderância é de temas de direito público: penal, principalmente; constitucional, de forma indireta; além de algumas situações que envolvem questões administrativas, previdenciárias e tributárias. Apenas 6 acórdãos (cerca de 7%) debruçam-se sobre demandas que perpassam o direito civil, os quais serão brevemente apresentados.

Julgado em março de 2019 pela 3ª Turma, o Recurso Especial

nº 1.795.572[23] (MS) envolve questões de direito de família: o Ministério Público Estadual alega que os pais de um adolescente com deficiência auditiva negligenciaram por anos todo o tipo de tratamento indicado ao filho, afetando seu desenvolvimento linguístico e cognitivo, tendo prejudicado sua independência e autonomia. A alegação principal é de violação de dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente. A CDPD é brevemente citada como inspiração para a promulgação do EPD, do qual extrai-se a necessidade de proteção dos vulneráveis, especialmente se forem menores de idade – vulnerabilidade dupla – contra discriminações e negligências de toda ordem. Tendo os genitores sido condenados ao pagamento de multa em primeiro grau, protocolaram apelação para a segunda instância, em que foi mantida a decisão anterior. Entraram, pois, com este Recurso Especial ao STJ, no qual mais uma vez foi negado o provimento de seus pedidos.

O Recurso Especial n° 1.728.069[24] (MG) gira em torno da violação do direito de imagem de uma pessoa com deficiência que foi exposta a situação vexatória em site de relacionamento. Diante disso, são pleiteados danos morais. O caso foi julgado pela 3ª Turma do Tribunal em outubro de 2018, após a parte autora ser derrotada em primeira e segunda instância. A CPDP é citada com o fito de contestar a decisão do Tribunal de origem, que afastava os propósitos explicitamente declarados no documento internacional, no qual consta o dever "promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos huambos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiên-

[23] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial nº 1.795.572/MS**. Civil e Processual Civil. Direito de Família. Estatuto da Criança e do Adolescente. Representação. Ministério Público. [...] Poder Familiar. Deveres. Descumprimento. Artigo 249 do ECA. Multa. Incidência. [...] Deficiência auditiva. Tratamento. Disponibilidade. Negligência. Prevenção e sanção. Necessidade. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 23 de abril de 2019. Disponível em: https://bit.ly/2xid9ig. Acesso em: mar/2020.

[24] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial n° 1.728.069/MG**. Direito Civil e Processual Civil. Ação de compensação por danos morais. Criação de comunidade virtual em site de relacionamento. Veiculação de imagens da vítima [...]. Intuito de expor comportamento atribuído à condição de deficiente da vítima. Dano moral configurado. Dever do Estado de promover o respeito pela dignidade inerente aos portadores de deficiência. [...]. Responsabilidade por conteúdo inserido por terceiros. [...]. Ausência de comunicação extrajudicial ou de resistência. Ausência de ato ilícito. Recurso Especial parcialmente provido. Relator: Ministro Marco Aurélio Billizze, 23 de outubro de 2018. Disponível em: https://bit.ly/39g5OwO. Acesso em: mar/2020.

cia e promover o respeito pela sua dignidade inerente" (art. 1). O STJ, então, proveu parcialmente o recurso, considerando configurado o dano moral. Vale ressaltar que não há qualquer menção ao EPD, embora o julgamento tenha ocorrido cerca de três anos após sua promulgação.

Nota-se que restam, ainda, 4 casos que apareceram na busca e versam sobre temas de direito civil. No entanto, todos eles são pautados no direito de acessibilidade garantido pela Convenção, motivo pelo qual serão abordados em tópico e subtópico reservados a essa questão específica.

2.2 Descritor II: Estatuto da Pessoa com Deficiência

Passa-se para a busca pelo segundo descritor, qual seja, "Estatuto da Pessoa com Deficiência". Os resultados quantitativos são: 1.962 decisões monocráticas, 4 informativos de jurisprudência, 1 acórdão repetitivo e 27 acórdãos. Ressalta-se que os números são menores também por razão temporal, afinal, tal lei foi promulgada apenas em 2015. Contrariamente à pesquisa do primeiro descritor, os *Habeas Corpus* e recursos a ele atinentes **não são preponderantes: representam 1/3** dos acórdãos encontrados. Ainda assim, prevalecem as discussões de direito público, na forma de direito penal, constitucional, previdenciário e administrativo. No que concerne ao direito civil, tem-se apenas 3 julgados, dentre os quais 2 coincidem com a busca pelo descritivo anterior (REsp. nº 1.838.791/MG e REsp. nº 1.795.572, este já abordado).

Cabe apresentar, então, o julgamento do Recurso Especial 1.694.984[25] (MS), que ocorreu em setembro de 2017 na 4ª Turma do STJ. A situação que deu origem à demanda judicial é bastante complexa e não cabe aqui explaná-la em detalhes. A controvérsia judicial envolve a rescisão de um contrato de promessa de compra e venda no qual uma das partes era pessoa com deficiência mental. Há uma série de discussões processuais acerca de vício de citação e de ausência de participação do Ministério Público, que não foi intimado a intervir. Os Ministros con-

[25] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). **Recurso Especial 1.694.984/MS**. Processo civil. Ação de rescisão contratual. Citação em nome de incapaz. Incapacidade declarada posteriormente. Nulidade não reconhecida. Intervenção do MP. Nulidade. Necessidade de demonstração do prejuízo. Estatuto da Pessoa com Deficiência. [...]. Dissociação entre transtorno mental e incapacidade. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 14 de novembro de 2017. Disponível em: https://bit.ly/33EMvMy. Acesso em: mar/2020.

cluem, negando provimento ao recurso interposto pela curadora especial do sujeito vulnerável, que as supracitadas causas não são suficientes para gerar nulidade ou desfazer coisa julgada, conforme requerido.

O que importa mencionar dessa decisão específica é a maior atenção destinada ao EPD. O Ministro Relator Luis Felipe Salomão dedica parte do acórdão a uma breve análise da matéria sob a perspectiva da legislação em questão, por ter significativamente alterado o regime das incapacidades no direito pátrio. Para isso, menciona os artigos 2º, 6º e 84 do Estatuto e explica que o conceito de capacidade passou por reconstrução que alterou os artigos 3º e 4º do Código Civil. Relata, ainda, alguns posicionamentos doutrinários acerca dos equívocos e acertos legislação, que ainda era bastante recente à época do julgamento. Tal esforço deve ser celebrado.

2.3 Descritor III: Acessibilidade [e] Deficiência

Finalizada a pesquisa dos dois descritores anteriores, constatou-se que a maior parte dos acórdãos encontrados que versam sobre direito civil possu**ía**m uma temática comum: a acessibilidade. Tratam desse assunto 4 dentre os 7 acórdãos encontrados somando as buscas anteriores, o que equivale a 67%. Tendo isso em vista, o terceiro descritor pensado para a pesquisa foi "Acessibilidade [e] Deficiência", cuja finalidade é compreender se há mais julgados que abrangem, em conjunto, acessibilidade, deficiência e direito civil, ainda que não citem a CDPD ou o EPD. O resultado numérico foi o seguinte: 389 decisões monocráticas, 4 informativos de jurisprudências e 25 acórdãos, todos posteriores à data em que a Convenção foi incorporada ao ordenamento brasileiro.

Paradoxalmente **às buscas anteriores**, aqui boa parte dos acórdãos versa sobre direito civil, representando 40% deles, ou seja 10 dentre os 25. Dos 10, 7 tratam de acessibilidade no transporte[26]: 3 deles envol-

[26] Cabe breve observação sobre os casos de acessibilidade no transporte: há outros acórdãos, para além dos aqui expostos, que discorrem sobre o assunto de forma semelhante. Para atender ao critério do caso ser de escopo do direito civil, entretanto, foram selecionados aqueles que possuem como demandado (ou seja, sujeito que deve cumprir com a obrigação de fazer ou de pagar indenização) algum ente privado, ainda que em conjunto com um público. Isso porque, nesses casos, a empresa concessionária de serviço público não possui uma relação apenas com o ente governamental (matéria administrativa), mas também com os usuários do transporte, ou seja,

vem pedido de indenização por danos morais (todos obtiveram sucesso nesta demanda); enquanto os outros 4 focam apenas na obrigação de fazer das empresas (mais uma vez, o Tribunal manteve a condenação a tal obrigação em todos os casos). Os cenários relativos à acessibilidade, entretanto, não se restringem ao transporte: há acórdãos que dispõe sobre acessibilidade arquitetônica, acessibilidade em contratos e acessibilidade em agências bancárias. Todos estes incluem pedido de indenização por danos morais, porém apenas um alcançou êxito.

Neste subtópico, serão brevemente analisadas 5 decisões dos ministros, as quais tratam de acessibilidade, mas não fazem qualquer menção à CDPD ou ao EPD. Isso porque aqueles acórdãos que conjugam o tema da acessibilidade com um dos dois documentos legais (ou ambos) serão tratados com maior profundidade no terceiro tópico do trabalho. Ademais, infere-se do exposto que 50% dos julgados que discorrem sobre acessibilidade da pessoa com deficiência sob a perspectiva do direito civil não fazem nenhuma alusão aos dois dispositivos legais mais relevantes sobre tema, um deles com força de Emenda Constitucional, inclusive. Trata-se de constatação preocupante.

Inicia-se a investigação pelo Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 512.815[27] (RJ) e pelo Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.523.234[28] (RJ), ambos interpostos pelo Instituto Brasileiro de Defesa dos Direitos das Pessoas com Deficiência (IBDD) e apreciados pela 2ª Turma do STJ. Serão tratados em conjunto por

consumidores de seus serviços (matéria civil). Muitos são os julgados em que apenas consta como demandado o sujeito público (em geral, o município) e, assim sendo, são matéria de direito administrativo, tão-somente, tendo ficado fora da investigação aqui proposta.

[27] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 512.815/RJ**. Processual Civil. Administrativo. Violação de lei local. Súmula 280/STF. Transporte público coletivo. Adaptação de veículos a pessoas com deficiência. Adequação dos assentos. Equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Cumprimento das obrigações legais. Efetiva demonstração do prejuízo. Prévia licitação. Precedentes. Relator: Ministro Humberto Martins, 05 de agosto de 2014. Disponível em: https://bit.ly/2vIrFzl. Acesso em: mar/2020.

[28] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.523.234/RJ**. Processo civil e administrativo. Deficientes físicos. Transporte público do Rio de Janeiro. Reconfiguração interna dos veículos de linhas municipais com assentos preferenciais. Adequação gradual das frotas visando garantir acessibilidade dos deficientes. [...] Norma local. Súmula 280/STF. Matéria constitucional. Competência reservada ao STF. Relator: Ministro Humberto Martins, 08 de setembro de 2015. Acesso em: https://bit.ly/2xk22Fw. Acesso em: mar/2020.

guardarem muitas semelhanças entre si. Os dois casos giram em torno da inadequação de ônibus na cidade do Rio de Janeiro a decretos e legislações locais referentes à adaptação dos coletivos às necessidades das pessoas com deficiência.

Ambos os agravos foram propostos em desfavor do IBDD e tiveram seu provimento negado com base, principalmente na Súmula 280 do STJ – analogamente aplicável ao STJ – segundo a qual "por ofensa a direito local não cabe Recurso Extraordinário". Tais demandas fogem, portanto, dos limites de STJ. O primeiro recurso cita, ademais, a Súmula 5/STJ ("a simples interpretação de cláusula contratual não enseja Recurso Especial") e a Súmula 7/STJ ("a pretensão de simples reexame de prova **não enseja Recurso Especial**"); além de deixar evidente que se trata de matéria constitucional, de competência reservada ao STF. Dessa forma, em nenhum dos dois casos há julgamento de mérito pelo Tribunal Superior e mantêm-se a decisão do Tribunal de origem que obriga as empresas a adequar seus assentos preferenciais, não tendo prosperado também as alegações de que tal condenação resultaria em ilegal desequilíbrio da equação econômico-financeira inicialmente estabelecida.

O Recurso Especial nº 1.292.875[29] (PR), apreciado em dezembro de 2016, também expõe discussão relativa à acessibilidade no transporte, mas difere-se dos anteriores na medida em que pleiteia, também, responsabilização civil. O cerne do debate está na necessidade de adaptação de terminais de acesso e veículos coletivos às necessidades das pessoas com deficiência e na indenização a esses indivíduos pelos danos morais sofridos em decorrência do impedimento ou dificuldade de acesso ao transporte. O enfoque da discussão, no STJ, recaiu sobre o prazo que a transportadora teria disponível para realizas as modificações. No que tange aos danos morais, a 2ª Turma não se manifestou, restando mantida a condenação aplicada no tribunal de origem com base na conduta omissiva da empresa e no fato de que a ausência de acessibilidade causa limitações ao cotidiano das pessoas com deficiência.

Há, ainda, o Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.635.500[30]

---

[29] BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça (2ª Turma). **Recurso Especial nº 1.292.875/PR.** [...] Ausência de ofensa. Adaptação do transporte coletivo. Acessibilidade. Violação dos artigos 5º, §2º da Lei 10.048/2000 e 38, § 2º, 3º e 5º do Decreto 5.296/2004. Não configurada. Artigo 16 da Lei 10.098/2000. Relator: Ministro Herman Benjamin, 15 de dezembro de 2016. Disponível em: https://bit.ly/3bj6kM4. Acesso em: mar/2020.

[30] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). **Agravo Interno no Recurso**

(DF), julgado pela 2ª Turma do Tribunal em outubro de 2018 e cujo debate percorre o tema da acessibilidade arquitetônica. Inicialmente, pleiteou-se a adequação de um Centro de Convenções em cumprimento a todas as normas de acessibilidade vigentes e a condenação da empresa responsável e do Distrito Federal ao pagamento de indenização por danos morais coletivos. O interessante (ou estranho) é observar que, a despeito da amplitude da expressão utilizada – "todas as normas de acessibilidade vigentes" – ainda assim não são mencionados o EPD ou a CDPD, embora possam ser consideradas as mais importantes normas brasileiras atinentes à pessoa com deficiência. Na terceira instância, o Tribunal manteve a decisão do grau anterior, ou seja, a condenação à obrigação de fazer as obras de acessibilidade em um prazo de 12 meses; negando provimento, porém, ao pedido de indenização por danos morais.

Por último, destaca-se o Recurso Especial nº 1.107.981[31] (MG), julgado pela 4ª Turma em 2011, data bastante anterior aos demais acórdãos aqui analisados. A ênfase na questão cronológica se dá porque, apesar de a CDPD ter adentrado o ordenamento jurídico como Decreto em 2009, percebe-se que durante bastante tempo o documento internacional foi negligenciado nas discussões civilistas. O ganho de força veio apenas a partir da promulgação do EPD e a modificação dos artigos 3º e 4º do Código Civil, atinentes à capacidade. A aludida negligência pode ser sentida a partir da leitura desta decisão, já que o tratamento destinado à deficiência é bastante divergente daquele estabelecido na Convenção.

O recurso em questão é proposto pela agência bancária em resposta à condenação em segundo grau de obrigação de fazer e danos morais. O STJ decidiu pelo provimento do recurso sob alegação de que a

---

Especial nº 1.635.500/DF. Administrativo e processual civil. [...] Ação civil pública. Obrigação de fazer. Obras de acessibilidade aos portadores de deficiência e mobilidade reduzida. Danos morais coletivos. Acórdão do Tribunal de origem que, à luz das provas dos autos, concluir pela ausência de efetivo prejuízo a justificar indenização por dano moral coletivo. Impossibilidade de revisão, na via especial. Súmula 7/STJ. Agravo Interno improvido. Relatora: Ministra Assuete Magalhães. Disponível em: https://bit.ly/3dlHsW1. Acesso em: mar/2020.

[31] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). **Recurso Especial nº 1.107.981/MG**. Direito Civil. Processual Civil. Responsabilidade civil. Serviços bancários. Deficientes. Acessibilidade. Obrigação de fazer. [...] Ausência de ato ilícito. Dano moral. Afastamento. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 03 de maio de 2011. Disponível em: https://bit.ly/2QI1eky. Acesso em: mar/2020.

desigualdade de acesso, no caso, não derivou de ato ilícito praticado pelo réu, mas de circunstâncias relacionadas às especificidades da deficiência física do autor do processo e da limitação dos meios disponíveis para mitigá-las. Concluiu o Tribunal não haver direito à instalação de terminal de autoatendimento capaz de atender à condição pessoal do recorrido, se aquele já existente se encontrava em conformidade com os parâmetros legalmente fixados.

Há voto vencido do Ministro Relator Luis Felipe Salomão em sentido contrário, isto é, a favor da condenação do banco à obrigação de ampliar os sistemas de auxílio às pessoas com deficiência visual, auditiva ou mental, inclusive fora do horário de funcionamento bancário. O Ministro avalia adequada, inclusive, a indenização por danos morais fixada pelo Tribunal de origem. Mesmo nesse voto, ressalta-se, não é mencionada a CDPD. Apesar dessa ausência, o voto vencido de Salomão é o que encontra guarida na Convenção, haja vista a compreensão de que a deficiência não mais deve ser enxergada com um problema pessoal a ser reabilitado: as mudanças devem ser realizadas no meio, na sociedade, que não estão aptos para lidar com as diversidades funcionais. Completamente contrária a este panorama, portanto, a decisão tomada pela 4ª Turma.

Brevemente expostos os conteúdos desses acórdãos, inicia-se o exame daqueles que conjugam a temática da acessibilidade com menções à CDPD e/ou ao EPD.

3 A TRATATIVA DO STJ ACERCA DA ACESSIBILIDADE: ERROS, ACERTOS E PERSPECTIVAS

Conforme mencionado, o presente tópico dedica-se à análise de seis decisões judiciais, proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, que versam sobre direito civil e conjugam a temática da acessibilidade com menções à CDPD e/ou ao EPD. Objetiva-se, com a referida análise, identificar os pontos chaves das discussões travadas pelo STJ e, em especial, identificar de que forma os dois diplomas legais mencionados têm sido utilizados para fundamentar as decisões proferidas.

Dentre os seis acórdãos analisadas neste tópico, há uma decisão que trata da acessibilidade contratual das pessoas com deficiência visual; três decisões que tratam do acesso ao transporte; e duas decisões que tratam do espaço destinado a pessoas com deficiência em ônibus

coletivo municipal.

Meses antes da promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o Superior Tribunal de Justiça julgou o Recurso Especial nº 1.315.822[32] (RJ), no qual pleiteava-se a condenação de um banco a obrigação de fazer consistente na entrega, aos correntistas deficientes visuais, de extratos e documentos bancários impressos em Braille. **A Ação Pública que originou o recurso fora interposta pela Associação Fluminense de Amparo aos Cegos** – AFAC e trouxe à discussão a obrigatoriedade das instituições financeiras de promover a acessibilidade na contratação.

Em seu voto, o Ministro Relator Marco Aurélio Belizze deu destaque à CDPD e, em especial, à sua aplicabilidade imediata a casos concretos, decorrente de seu status de emenda constitucional e de seu conteúdo de direitos e garantias fundamentais do indivíduo. O entendimento exarado pelo STJ, na oportunidade, foi de que a adoção do método Braille nos ajustes bancários estabelecidos com consumidores deficientes visuais é a única forma de lhes conferir com plenitude um tratamento materialmente isonômico, com a liberdade de fazer suas próprias escolhas e a real acessibilidade à comunicação e à informaç**ão.**

Entendeu-se, ainda, pela proteção à intimidade da pessoa com deficiência. Neste ponto, o Relator atentou para a existência da Resolução n. 2.878/2001, do Banco Central do Brasil, a qual determina que contratações feitas por deficientes visuais sejam precedidas de leitura em voz alta, por terceiro, das cláusulas contratuais, na presença de testemunhas. Concluiu, assim, que a tratativa afronta o direito à intimidade, vez que o consumidor deficiente visual é forçado a, sempre que queira informações, dirigir-se a uma agência bancária e franquear a terceiros o

[32] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial nº 1.315.822/RJ**. [...] Ação Civil Pública. Ação destinada a impor à instituição financeira demandada a obrigação de adotar o método de Braille nos contratos bancários de adesão celebrados com pessoa portadora de deficiência visual [...]. 2. Condenação por danos extrapatrimoniais coletivos. Cabimento. 4. Imposição de multa diária para o descumprimento das determinações judiciais. Revisão do valor fixado. Necessidade, na espécie. 5. Efeitos da sentença exarada no bojo de ação civil pública destinada à tutela de interesses coletivos stricto sensu. Decisão que produz efeitos em relação a todos os consumidores portadores de deficiência visual que estabeleceram ou venham a firmar relação contratual com a instituição financeira demandada em todo o território nacional. Indivisibilidade do direito tutelado [...]. 7. Recurso especial parcialmente provido [...]. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, 24 de março de 2015. Disponível em: https://bityli.com/BCFMx. Acesso em mar/2020.

conteúdo de suas movimentações e ajustes financeiros.

Por fim, julgou-se pela condenação da instituição em obrigação de fazer, consistente na disponibilização aos consumidores deficientes visuais de contratos e extratos bancários emitidos em Braille, o que foi classificado pelo STJ como uma modalidade de ajustes razoáveis, nos termos da CDPD, aptos a conferir à pessoa com deficiência um tratamento digno e isonômico.

Da análise da decisão judicial e da situação colocada em debate, é possível perceber a razoabilidade da exigência e, ainda, o seu potencial emancipatório. Neste caso, a impressão dos documentos bancários em Braille mostra-se como medida de acessibilidade, que garante ao deficiente visual uma igualdade material na gestão de sua vida financeira. Com a medida, permite-se a essas pessoas o exercício direto e individual de seus assuntos, sem a necessidade de interferência de terceiros.

No julgamento do Recurso Especial nº 1.733.468[33] (MG), por sua vez, entendeu o Superior Tribunal de Justiça pela condenação de concessionária de transporte público municipal ao pagamento de indenização por danos morais, em decorrência da ausência de acessibilidade do veículo de transporte e do tratamento discriminatório impetrado por prepostos. O autor, pessoa com deficiência que faz uso de cadeira de rodas, alegou que vinha sendo desrespeitado por prepostos da concessionária, que insistiam em limitar seu embarque nos ônibus coletivos municipais, além de colocá-lo em situações de risco quando de seu acesso aos veículos.

No caso, a Relatora Ministra Nancy Andrighi entendeu que a concessionária "falhou rudemente no seu dever de promoção da integração e inclusão da pessoa com deficiência, indo na contramão do movimento social-jurídico que culminou na promulgação da CDPD e, no plano interno, na elaboração da LBI"[34]. Destacou, ainda, a mudança

[33] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial nº 1.733.468/MG**. Direito civil. Recurso especial. Ação de compensação por danos morais. Falha na prestação de serviço de transporte público municipal. Pessoa com deficiência usuária de cadeira de rodas motorizada. Falta de acessibilidade. Tratamento discriminatório pelos prepostos da concessionária [...]. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 19 de junho de 2018. Disponível em: https://bityli.com/Qzs7f. Acesso em: mar/2020.

[34] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial nº 1.733.468/MG**. Direito civil. Recurso especial. Ação de compensação por danos morais. Falha na prestação de serviço de transporte público municipal. Pessoa com deficiência usuária de cadeira de rodas motorizada. Falta de acessibilidade. Tratamento discriminatório pelos prepostos da concessionária [...]. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 19 de

de paradigma no tratamento da pessoa com deficiência, especialmente no que tange à sua efetiva inclusão na sociedade, sendo esta quem deve se modificar para atender às necessidades de todos os seus membros.

Por fim, o julgado destaca a acessibilidade como princípio e direito humano fundamental, de extrema importância na concreta inclusão da pessoa com deficiência na vida social:

> Como princípio, a acessibilidade estabelece que as concepções de todos os espaços, ambientes, produtos e serviços devam permitir que os cidadãos com deficiência possam ser seus usuários legítimos e dignos. Na maior medida possível, aqueles devem ser formatados segundo um "desenho universal", que permita a utilização por todas as pessoas, sem necessidade de adaptação ou projeto específico, sem prejuízo das ajudas técnicas para grupos específicos de pessoas com deficiência, quando necessárias. De outro turno, como direito, a acessibilidade propicia a efetiva inclusão das pessoas com deficiência no meio social, servindo como garantia para o exercício de outros direitos, como a locomoção, saúde, educação, trabalho, esporte e lazer, etc.
>
> O transporte coletivo, de fato, principalmente nos centros urbanos, é elemento-chave para o pleno desempenho da cidadania e direitos individuais, propiciando aos cidadãos a interligação com locais de trabalho, lazer, saúde, comércio, dentre outros. Sem o serviço adequado, as pessoas com deficiência ficam de fora dos espaços urbanos e interações sociais, o que aumenta ainda mais a segregação que historicamente lhes é imposta[35].

Como se vê, a decisão proferida reconhece a necessidade de promover a acessibilidade da pessoa com deficiência para que lhe seja garantido o exercício de tantos outros direitos. Neste caso, o direito ao transporte público adaptado é colocado como uma das medidas de acessibilidade que garantem o acesso ao trabalho, ao lazer, à saúde e a outros

---

junho de 2018. Disponível em: https://bityli.com/Qzs7f. Acesso em: mar/2020.

[35] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial nº 1.733.468/MG**. Direito civil. Recurso especial. Ação de compensação por danos morais. Falha na prestação de serviço de transporte público municipal. Pessoa com deficiência usuária de cadeira de rodas motorizada. Falta de acessibilidade. Tratamento discriminatório pelos prepostos da concessionária [...]. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 19 de junho de 2018. Disponível em: https://bityli.com/Qzs7f. Acesso em: mar/2020.

que, em conjunto, promovem a emancipação desses indivíduos e a sua efetiva participação social.

No mesmo sentido do anterior, o Recurso Especial de nº 1.611.915[36] (RS) trata da acessibilidade no transporte. Neste caso, o autor é novamente pessoa com deficiência, que faz uso regular de cadeira de rodas. Segundo consta da decisão condenatória, ele teria adquirido passagens de avião e, mesmo após cientificar a companhia aérea de suas dificuldades de locomoção, **não lhe foram propiciados os meios necessários ao ingresso na aeronave, tendo sido necessário que um funcionário da companhia** lhe carregasse pelas escadas até o seu assento, o que classificou como inseguro e vexatório.

Em sua decisão, o Relator Ministro Marco Aurélio Buzzi destacou que a CDPD possui caráter de emenda constitucional e, ainda, que o direito à acessibilidade constitui princípio fundamental e compromisso multilateral, concretizador da dignidade humana. Em suas palavras, um dos objetivos da garantia de acessibilidade da pessoa com deficiência é, justamente, permitir a sua autonomia e independência diante do meio material, eliminando barreiras físicas e promovendo-se, assim, a sua emancipação. Por fim, destaca o Ministro que a noção e a efetivação da acessibilidade constituem um dos pilares do novo sistema político-jurídico de tratamento das pessoas com deficiência e de seus direitos, bem como a necessidade de que o meio social, físico e político seja construído e pensado de forma a verdadeiramente integrar essas pessoas.

Em sequência, o Recurso Especial nº 1.838.791/CE[37], julga-

[36] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). **Recurso Especial nº 1.611.915/RS**. Recurso especial - ação condenatória - acessibilidade em transporte aéreo – cadeirante submetido a tratamento indigno ao embarcar em aeronave - ausência dos meios materiais necessários ao ingresso desembaraçado no avião do dependente de tratamento especial - responsabilidade da prestadora de serviços configurada - redução do quantum indenizatório improcedente. Recurso especial desprovido [...]. Relator: Ministro Marco Buzzi, 06 de dezembro de 2018. Disponível em: https://bityli.com/0Qs9h. Acesso em mar/2020.

[37] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial n 1.838.791/CE**. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. MENOR. PESSOA COM DEFICIÊNCIA. TRANSPORTE COLETIVO. ACESSO. DIFICULDADE. PREPOSTO DA EMPRESA. ATITUDE DESRESPEITOSA E INADEQUADA. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. CONSTRANGIMENTO. DANO MORAL. VALOR IRRISÓRIO. INEXISTÊNCIA [...]. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 08 de outubro de 2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1874117&num_registro=201802726824&da-

do em outubro de 2019, condenou uma concessionária de transporte público ao pagamento de indenização por danos morais a criança com deficiência que havia sido impedida de adentrar em ônibus municipal pela porta dianteira. Em seu voto, concluiu o Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva que não cabia ao motorista do veículo fazer qualquer juízo acerca da existência ou não de uma deficiência da criança, tendo em vista que esta portava cartão de gratuidade de comprovava as suas prerrogativas. No acórdão, da mesma forma que nos anteriormente expostos, destacou-se que o direito à acessibilidade garante à pessoa com deficiência uma maior independência e participação em todos os aspectos de sua vida, promovendo-se, assim, o pleno exercício de seus direitos.

Por fim, dois julgados concentram as discussões acerca da obrigação de concessionárias de transporte coletivo municipal de reconfigurar internamente os seus ônibus com o objetivo de adaptá-los às necessidades das pessoas com deficiência. Em relação aos dois recursos especiais – nº 1.531.779[38] (RJ) e nº 1.595.018 (RJ)[39] –, merece destaque o fato de que tratam-se de demandas do Instituto Brasileiro de Defesa da Pessoa com Deficiência. O primeiro deles, anterior à promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, de relatoria do Ministro Herman Benjamin, cita brevemente a questão da acessibilidade na CDPD, sem maiores explicações sobre a sua aplicabilidade no caso concreto.

O segundo, por sua vez, discute não só a acessibilidade no transporte coletivo, como ainda a possibilidade de responsabilização civil da concessionária pela não adequação de sua frota de veículos, em decorrência da relação de consumo existente entre a concessionária e o

---

ta=20191011&formato=PD . Acesso em mar/2020.

[38] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). **Recurso Especial nº 1.531.779/RJ**. Processual civil. Ação civil pública. Pessoas portadoras de deficiência. Direito fundamental de acessibilidade. Ônibus. Adaptação dos coletivos. Lei municipal. Súmula 280/stf. Reexame dos fatos. Súmula 7/stj. Ofensa ao art. 535 do cpc não configurada. Omissão. Inexistência. Recursos especiais não providos [...]. Relator: Ministro Humberto Martins, 18 de agosto de 2016. Disponível em: https://bityli.com/Y5f2r. Acesso em mar/2020.

[39] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). **Recurso Especial nº 1.595.018/RJ**. Recurso especial das concessionárias. Administrativo e consumidor. Ação civil pública. Concessão de transporte coletivo municipal. Lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência (lei n. 13.146/2015). Acessibilidade. Reconfiguração dos ônibus para reserva de assentos preferenciais antes da roleta [...]. Relator: Ministro Humberto Martins, 18 de agosto de 2016. Disponível em: https://bityli.com/2gujz. Acesso em mar/2020.

usuário do serviço. Em seu voto, o Relator Ministro Humberto Martins cita o conceito de acessibilidade contido no EPD e argumenta:

> As concessionárias de transporte coletivo sujeitam-se à Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, a qual, ao tratar do direito ao transporte da pessoa com deficiência ou mobilidade reduzida, estabelece a igualdade de acesso entre todos, vedando-se obstáculos e barreiras que impeçam ou dificultem o gozo desse direito[40].

Nos dois julgados, o Tribunal entendeu que as concessionárias, para além de seu contrato com a administração pública, figuram ainda como fornecedoras no mercado de consumo, o que envolve a sua responsabilidade pelo fornecimento de serviços com adequação, eficiência e segurança. Concluiu-se, portanto, que a ausência de assentos destinados às pessoas com deficiência constitui violação de seus direitos, notadamente de sua igualdade de acesso em relação às demais pessoas.

Da análise das decisões estudadas, percebe-se que a temática da acessibilidade tem sido tratada pelo Superior Tribunal de Justiça preponderantemente do ponto de vista da Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência, com menções ao Estatuto da Pessoa com Deficiência. Ainda, percebe-se que o Tribunal tem reconhecido a importância da garantia de acessibilidade ao exercício de outros direitos como transporte, trabalho, lazer, saúde e, ainda, liberdade negocial. Contudo, os julgados falham em uma análise mais profunda dos casos em discussão. Em regra, há apenas menções aos conceitos e artigos da CDPD e do EPD, sem maiores digressões acerca da sua aplicabilidade.

Por fim, entende-se que a tratativa dada à CDPD e ao Estatuto da Pessoa com Deficiência, ainda que tímida, há de ser comemorada. Os conceitos mais gerais expressos nas normativas, como o conceito de pessoa com deficiência e de acessibilidade, têm sido largamente utilizados pelo STJ. Percebe-se, ainda, uma busca na aplicação dos direitos e dispositivos de forma a promover um tratamento mais justo e material-

---

[40] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). **Recurso Especial nº 1.595.018/RJ**. Recurso especial das concessionárias. Administrativo e consumidor. Ação civil pública. Concessão de transporte coletivo municipal. Lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência (lei n. 13.146/2015). Acessibilidade. Reconfiguração dos ônibus para reserva de assentos preferenciais antes da roleta [...]. Relator: Ministro Humberto Martins, 18 de agosto de 2016. Disponível em: https://bityli.com/2gujz. Acesso em mar/2020.

mente igualitário para a pessoa com deficiência. Resta claro, assim, o entendimento do Superior Tribunal de que a eliminação de barreiras, sejam físicas, sejam de informação, sejam de preparo de profissionais para tratamento e comunicação, constitui uma das medidas fundamentais de promoção da autonomia e da emancipação da pessoa com deficiência.

4 CONCLUSÕES

A Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e o Estatuto da Pessoa com Deficiência colocaram na ordem do dia uma nova definição de pessoa com deficiência, que retira o foco desta como uma característica estritamente pessoal e entende a eventual incapacidade ou limitação como o resultado da construção de um entorno físico e intelectual excludente[41]. Nesse cenário, conclui-se que a sociedade incapacita, há muito tempo, as pessoas com deficiência, graças ao tratamento opressivo e discriminatório a elas direcionado[42].

Entre as mudanças inauguradas pelos diplomas normativos referidos, destaca-se a noção e a efetivação, ainda que apenas jurídica em um primeiro momento, da acessibilidade como um dos pilares do novo sistema político-jurídico do tratamento das pessoas com deficiência e de seus direitos. Entende-se, assim, que somente em um meio verdadeiramente acessível e adaptado, esses sujeitos poderão exercer toda a gama de direitos que lhe são garantidos.

Da análise das decisões judiciais proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça nos últimos anos, e em especial nos últimos cinco, observa-se uma preocupação em garantir-se o direito à acessibilidade, exigindo-se de prestadores de serviços que utilizem-se de medidas de acessibilidade ou ajustes razoáveis para integrar e incluir a pessoa com deficiência no exercício de suas atividades rotineiras. As discussões, contudo, ainda carecem de maior aprofundamento teórico. Em geral, apenas há uma menção aos conceitos e artigos mais gerais da CDPD e do EPD.

O movimento, contudo, merece comemorações. Em especial,

---

[41] DE ASÍS, Rafael. Sobre la capacidad. *In* PALACIOS, Agustina; BARIFFI, Francisco José (org.). **Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos**. Buenos Aires, Ediar, 2012, p. 23-24.

[42] PALACIOS, Agustina; BARIFFI, Francisco. **La discapacidad como una cuestión de derechos humanos**. Madrid: Cinca, 2007, p. 58.

destaca-se a preocupação da Corte Superior em efetivar a acessibilidade, como forma de garantir à pessoa com deficiência o acesso intelectual, físico e sensorial ao exercício de seus direitos e de suas atividades rotineiras.

REFEFRÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.635.500/DF. Administrativo e processual civil. [...] Ação civil pública. Obrigação de fazer. Obras de acessibilidade aos portadores de deficiência e mobilidade reduzida. Danos morais coletivos. Acórdão do Tribunal de origem que, à luz das provas dos autos, concluir pela ausência de efetivo prejuízo a justificar indenização por dano moral coletivo. Impossibilidade de revisão, na via especial. Súmula 7/STJ. Agravo Interno improvido. Relatora: Ministra Assuete Magalhães. Disponível em: https://bit.ly/3dlHsW1. Acesso em: mar/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 512.815/RJ**. Processual Civil. Administrativo. Violação de lei local. Súmula 280/STF. Transporte público coletivo. Adaptação de veículos a pessoas com deficiência. Adequação dos assentos. Equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Cumprimento das obrigações legais. Efetiva demonstração do prejuízo. Prévia licitação. Precedentes. Relator: Ministro Humberto Martins, 05 de agosto de 2014. Disponível em: https://bit.ly/2vIrFzl. Acesso em: mar/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.523.234/RJ**. Processo civil e administrativo. Deficientes físicos. Transporte público do Rio de Janeiro. Reconfiguração interna dos veículos de linhas municipais com assentos preferenciais. Adequação gradual das frotas visando garantir acessibilidade dos deficientes. [...] Norma local. Súmula 280/STF. Matéria constitucional. Competência reservada ao STF. Relator: Ministro Humberto Martins, 08 de setembro de 2015. Acesso em: https://bit.ly/2xk22Fw. Acesso em: mar/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). **Recurso Especial nº 1.531.779/RJ**. Processual civil. Ação civil pública. Pessoas portadoras de deficiência. Direito fundamental de acessibilidade. Ônibus. Adaptação dos coletivos. Lei municipal. Súmula 280/stf. Reexame dos fatos. Súmula 7/stj. Ofensa ao art. 535 do cpc não configurada. Omissão. Inexistência. Recursos especiais não providos [...]. Relator: Ministro Humberto Martins,

18 de agosto de 2016. Disponível em: https://bityli.com/Y5f2r. Acesso em mar/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). **Recurso Especial nº 1.595.018/RJ**. Recurso especial das concessionárias. Administrativo e consumidor. Ação civil pública. Concessão de transporte coletivo municipal. Lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência (lei n. 13.146/2015). Acessibilidade. Reconfiguração dos ônibus para reserva de assentos preferenciais antes da roleta [...]. Relator: Ministro Humberto Martins, 18 de agosto de 2016. Disponível em: https://bityli.com/2gujz. Acesso em mar/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial nº 1.795.572/MS**. Civil e Processual Civil. Direito de Família. Estatuto da Criança e do Adolescente. Representação. Ministério Público. [...] Poder Familiar. Deveres. Descumprimento. Artigo 249 do ECA. Multa. Incidência. [...] Deficiência auditiva. Tratamento. Disponibilidade. Negligência. Prevenção e sanção. Necessidade. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 23 de abril de 2019. Disponível em: https://bit.ly/2xid9ig. Acesso em: mar/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial n° 1.728.069/MG**. Direito Civil e Processual Civil. Ação de compensação por danos morais. Criação de comunidade virtual em site de relacionamento. Veiculação de imagens da vítima [...]. Intuito de expor comportamento atribuído à condição de deficiente da vítima. Dano moral configurado. Dever do Estado de promover o respeito pela dignidade inerente aos portadores de deficiência. [...]. Responsabilidade por conteúdo inserido por terceiros. [...]. Ausência de comunicação extrajudicial ou de resistência. Ausência de ato ilícito. Recurso Especial parcialmente provido. Relator: Ministro Marco Aurélio Billizze, 23 de outubro de 2018. Disponível em: https://bit.ly/39g5OwO. Acesso em: mar/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial nº 1.315.822/RJ**. [...] Ação Civil Pública. Ação destinada a impor à instituição financeira demandada a obrigação de adotar o método de Braille nos contratos bancários de adesão celebrados com pessoa portadora de deficiência visual [...]. 2. Condenação por danos extrapatrimoniais coletivos. Cabimento. 4. Imposição de multa diária para o descumprimento das determinações judiciais. Revisão do valor fixado. Necessidade, na espécie. 5. Efeitos da sentença exarada no bojo de ação civil pública destinada à tutela de interesses coletivos stricto sensu. Decisão que produz efeitos em relação a todos os consumidores portadores de deficiência visual que estabeleceram

ou venham a firmar relação contratual com a instituição financeira demandada em todo o território nacional. Indivisibilidade do direito tutelado [...]. 7. Recurso especial parcialmente provido [...]. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, 24 de março de 2015. Disponível em: https://bityli.com/BCFMx. Acesso em mar/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial nº 1.733.468/MG**. Direito civil. Recurso especial. Ação de compensação por danos morais. Falha na prestação de serviço de transporte público municipal. Pessoa com deficiência usuária de cadeira de rodas motorizada. Falta de acessibilidade. Tratamento discriminatório pelos prepostos da concessionária [...]. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 19 de junho de 2018. Disponível em: https://bityli.com/Qzs7f. Acesso em: mar/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial nº 1.838.791/CE**. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. MENOR. PESSOA COM DEFICIÊNCIA. TRANSPORTE COLETIVO. ACESSO. DIFICULDADE. PREPOSTO DA EMPRESA. ATITUDE DESRESPEITOSA E INADEQUADA. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. CONSTRANGIMENTO. DANO MORAL. VALOR IRRISÓRIO. INEXISTÊNCIA [...]. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 08 de outubro de 2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1874117&num_registro=201802726824&data=20191011&formato=PD . Acesso em mar/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). **Recurso Especial nº 1.694.984/MS**. Processo civil. Ação de rescisão contratual. Citação em nome de incapaz. Incapacidade declarada posteriormente. Nulidade não reconhecida. Intervenção do MP. Nulidade. Necessidade de demonstração do prejuízo. Estatuto da Pessoa com Deficiência. [...]. Dissociação entre transtorno mental e incapacidade. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 14 de novembro de 2017. Disponível em: https://bit.ly/33EMvMy. Acesso em: mar/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). **Recurso Especial nº 1.107.981/MG**. Direito Civil. Processual Civil. Responsabilidade civil. Serviços bancários. Deficientes. Acessibilidade. Obrigação de fazer. [...] Ausência de ato ilícito. Dano moral. Afastamento. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 03 de maio de 2011. Disponível em: https://bit.ly/2QI1eky.

Acesso em: mar/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). **Recurso Especial nº 1.611.915/RS**. Recurso especial - ação condenatória - acessibilidade em transporte aéreo – cadeirante submetido a tratamento indigno ao embarcar em aeronave - ausência dos meios materiais necessários ao ingresso desembaraçado no avião do dependente de tratamento especial - responsabilidade da prestadora de serviços configurada - redução do quantum indenizatório improcedente. Recurso especial desprovido [...]. Relator: Ministro Marco Buzzi, 06 de dezembro de 2018. Disponível em: https://bityli.com/0Qs9h. Acesso em mar/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça (2ª Turma). **Recurso Especial nº 1.292.875/PR.** [...] Ausência de ofensa. Adaptação do transporte coletivo. Acessibilidade. Violação dos artigos 5º, §2º da Lei 10.048/2000 e 38, § 2º, 3º e 5º do Decreto 5.296/2004. Não configurada. Artigo 16 da Lei 10.098/2000. Relator: Ministro Herman Benjamin, 15 de dezembro de 2016. Disponível em: https://bit.ly/3bj6kM4. Acesso em: mar/2020.

BUENO, Luis Cayo Pérez. La configuración jurídica de los ajustes razonables. In*:* RAMÍREZ, Gloria Alvarez (coord.). **2003-2012: 10 anõs de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España**. Madrid: Cinca, 2012.

DE ASÍS, Rafael. De nuevo sobre los ajustes razonables. In*:* VIJANDI, Beatriz de Miguel (coord.). **Anales de derecho y discapacidad**. Madrid: Cinca, 2018.

DE ASÍS, Rafael. Derechos humanos y discapacidad: algunas reflexiones derivadas del análisis de la discapacidad desde la teoria dos derechos. In*:* CAMPOY, Ignacio; PALACIOS, Agustina**. Igualdad, no discriminación y discapacidad***:* una visión integradora de las realidades española y argentina. Madrid: Dykinson, 2007.

DE ASÍS, Rafael. El eje de la acessibilidad y sus limites. In*:* RAMÍREZ, Gloria Alvarez (coord.). **Anales de derechos y discapacidad**. Madrid: Cinca, 2016.

DINIZ, Débora; BARBOSA, Lívia; SANTOS, Wederson Rufino dos. Deficiência, Direitos Humanos e Justiça. *SUR*- **Revista Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo, v. 6, n. 11, 2009.

FERNÁNDEZ, Carmen Molina. La acessibilidad universal como pressupuesto del ejercicio de derechos fundamentables de las personas con disca-

pacidad. In*:* RAMÍREZ, Gloria Alvarez (coord.). **2003-2012: 10 anõs de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España**. Madrid: Cinca, 2012.

NUSSBAUM, Martha. Capacidade e Justiça social. In: **Deficiência e Igualdade**. Brasília: Letras Livres, 2010.

PALACIOS, Agustina. **El modelo social de discapacidad**: Orígenes, caracterización y plasmación em la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas com Discapacidad. Madrid: Cinca, 2008.

SILVA, Jefferson Mariano. Mapeando o Supremo: As posições dos ministros do STF na jurisdição constitucional (2012-2017). **Novos Estudos – Cebrap**, São Paulo, v. 37, n. 1, 2018.

ENTRE A SEGURANÇA E O EXCESSIVO APEGO À FORMA

A RELATIVIZAÇÃO DAS FORMALIDADES TESTAMENTÁRIAS NA VISÃO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Ana Carolina de Mari Rocha[1]

Resumo: Os testamentos são negócios jurídicos unilaterais aos quais a lei impõe acentuadas formalidades e solenidades para que suas disposições sejam consideradas válidas. No entanto, é possível observar uma tendência à relativização das formalidades exigidas para testar, principalmente em âmbito jurisprudencial, por meio da crescente validação de testamentos que estariam nulos em sua origem. Assim, o problema do presente trabalho resumiu-se a indagar se as recentes flexibilizações referentes à constituição e à validade dos testamentos são, como em um primeiro momento se supõe, bem-vindas. Partiu-se da hipótese de que esse fenômeno é no mínimo perigoso, posto que se coloca na contramão da segurança jurídica pelo uso descuidado do princípio do *favor testamenti.* O objetivo geral da pesquisa, portanto, consistiu em avaliar a forma como as relativizações das formalidades testamentárias tem ocorrido. Especificamente, visou-se a analisar decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça que versavam sobre o assunto. Para tanto, a pesquisa valeu-se de método hipotético-dedutivo, tendo-se fundamentado em investigação bibliográfica e jurisprudencial. O marco teórico utilizado baseou-se no princípio do *favor testamenti*, desdobramento específico do princípio da conservação dos negócios jurídicos aplicado em matéria testamentária. Após o exame dos julgados, foi possível concluir que a tendência dos tribunais superiores **é anular um testamento apenas quando o vício discutido se dê na formação da vontade do testador, preservando o negócio jurídico nos demais casos.**

Palavras-chave: Testamento. Sucessão testamentária. Formalidades testamentárias.

[1] Mestranda em Direito na UFMG. Bacharela em Direito pela UFMG.

INTRODUÇÃO

A sucessão testamentária, ao lado da sucessão legítima, representa uma forma possível de transmissão *causa mortis* do patrimônio de uma pessoa. Ela é regulada conforme a vontade do *de cujus* expressa por meio de um negócio jurídico unilateral, extremamente formal e solene, que se denomina testamento. Este deve ser feito observando-se alguma das formas típicas e taxativas autorizadas em lei[2]. Dessa forma, garante-se, na perspectiva do testador, que seu patrimônio receba a destinação dada por ele dentro dos limites legais estabelecidos; e, na perspectiva dos herdeiros, que a propriedade seja transferida de forma legal e organizada[3].

Estatísticas revelam que somente cerca de 6 a 8% dos brasileiros morrem tendo deixado um testamento[4]. São várias as razões apontadas para o baixo índice de testadores no Brasil. Alguns autores[5] sugerem como causas para isso o fato de que as transferências durante a vida têm sido mais comuns, em parte em razão do aumento da longevidade, e em parte por razões fiscais. Além disso, o uso de dispositivos que adiam os efeitos dessas transferências, como políticas de seguro de vida e doações com reserva de usufruto, é mais frequente.

No Direito Romano, distintas foram as formas de testamento utilizadas, variando conforme o período. Testar representava um dever sagrado, com apelo religioso muito forte[6]. No entanto, todos os modelos possuíam formalidades que deveriam ser seguidas para que o ato fosse considerado válido. O tipo de testamento mais usado era baseado em um ritual que transferia a propriedade do testador por meio da *man-*

---

[2] As formas testamentárias encontram-se a partir do art. 1.862 do Código Civil Brasileiro.

[3] REID, Kenneth; WALL, Marius e ZIMMERMANN, Reinhard. *Exploring the Law of Succession.* Edinburgh: Edinburgh University Press, 2007, p.10.

[4] Essas estatísticas datam de 2011 e encontram-se em: SCHMIDT, Jan Peter. Testamentary Formalities in Latin America with particular reference to Brazil. In: REID, Kenneth G C *et al.* (edited by). *Testamentary Formalities.* Oxford: Oxford University Press, 2011, p.100.

[5] REID, Kenneth G C *et al. Testamentary Formalities in Historical and Comparative Perspective.* In: REID, Kenneth G C *et al.* (edited by). *Testamentary Formalities.* Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 436.

[6] SILVA, Orozimbo Nonato da. *Estudos sobre a Sucessão Testamentária.* V.1, Rio de Janeiro: Forense, 1957, p.83.

cipatio[1]. Ademais, o ritual contava com outros requisitos, tais como a presença de um número específico de testemunhas[2].

É curioso notar que os testamentos, desde a antiguidade, sempre foram cercados de determinadas formalidades consideradas essenciais. Entretanto, é imprescindível observar que, já desde o período clássico do Direito Romano, as formalidades testamentárias vêm sendo relativizadas. O ritual da *mancipatio*, por exemplo, começou a perder seus sentidos originais e o único elemento de importância material passou a ser o documento escrito com as últimas vontades do testador[3]. Consequentemente, os pretores decidiram aceitar o documento selado pelas testemunhas como testamento válido mesmo quando não havia prova de que o ritual tivesse sido realmente cumprido[4]. Além disso, no período justinianeu eram necessárias sete testemunhas para o ato. Com o passar dos séculos elas se tornaram excessivas[5], sendo que na era pós-clássica, já se reconhecia o testamento assinado por cinco testemunhas[6].

Posteriormente, o Direito Canônico baseado em passagens bíblicas[7], flexibilizou ainda mais as formalidades. Eram aceitos testamentos feitos na presença de um padre e de duas ou três testemunhas[8]. O Papa Alexandre III chegou a decretar que, salvo a exigência anterior, nenhuma outra solenidade seria necessária para se fazer um testamento válido[9], o que acabou influenciando também as legislações seculares posteriores[10].

[1] A *mancipatio* era um ato solene utilizado pelos romanos para a transferência de propriedade.

[2] RÜFNER, Thomas. *Testamentary Formalities in Roman Law*. In: REID, Kenneth G C *et al.* (edited by). *Testamentary Formalities.* Oxford: Oxford University Press, 2011, p.4.

[3] Ibid., p.7.

[4] Ibid., p.7.

[5] REID, Kenneth G C *et al. Testamentary Formalities in Historical and Comparative Perspective.* In: REID, Kenneth G C *et al.* (edited by). *Testamentary Formalities.* Oxford: Oxford University Press, 2011, p.445.

[6] Ibid., p.445.

[7] As passagens encontram-se em Dt 19:15 e Mt 18:16.

[8] REID, Kenneth G C *et al. Testamentary Formalities in Historical and Comparative Perspective.* In: REID, Kenneth G C *et al.* (edited by). *Testamentary Formalities.* Oxford: Oxford University Press, 2011, p.445.

[9] JANSEN, Nils. *Testamentary Formalities in Early Modern Europe.* In: REID, Kenneth G C *et al.* (edited by). *Testamentary Formalities.* Oxford: Oxford University Press, 2011, p.32.

[10] REID, Kenneth G C *et al. Testamentary Formalities in Historical and Comparative Perspective.* In: REID, Kenneth G C *et al.* (edited by). *Testamentary Formalities.* Oxford: Oxford University Press, 2011, p.445.

Hoje se preveem apenas duas testemunhas para o testamento na maior parte dos países, sendo que, na Escócia, apenas uma é suficiente[11].

Nesse contexto, é possível perceber uma tendência histórica de relativização das formalidades testamentárias, ainda em curso. Atualmente, são observadas flexibilizações tanto em âmbito legislativo, com a simplificação dos requisitos necessários ao ato, quanto em âmbito jurisprudencial, por meio da crescente confirmação de testamentos que estariam nulos em sua origem.

O presente trabalho propôs-se a investigar tais tendências, identificando e avaliando seus pontos positivos e negativos de acordo com os valores e princípios que as justificam.

Os resultados alcançados –adianta-se- confirmaram a hipótese de que o uso descuidado e extensivo do princípio do *favor testamenti*, um desdobramento do princípio da conservação dos negócios jurídicos, mostra-se perigoso e mesmo equivocado quando operado na contramão da lei, a pretexto de uma suposta valorização da "vontade real" do testador. O objetivo geral da pesquisa consistiu em avaliar as flexibilizações testamentárias em âmbito jurisprudencial no Brasil.

Especificamente, visou-se a analisar decisões do Supremo Tribunal Federal – STF - e do Superior Tribunal de Justiça - STJ - em que é possível identificar a relativização das formalidades previstas em lei, a fim de se preservar a "vontade real" do testador contida em um testamento inválido.

A pesquisa tem cariz teórico-descritivo. Partiu de método hipotético-dedutivo, por meio do qual se examinou a seguinte hipótese: se, em um primeiro olhar, do ponto de vista legislativo, as relativizações das formalidades testamentárias parecem bem-vindas, mostram-se, ao contrário, perigosas quando operadas pelos juízes ao abrigo do princípio do *favor testamenti*, produzindo interpretações claramente *contra legem* e provocando um abalo na segurança jurídica devido ao afastamento das normas acerca das formas e solenidades testamentárias.

No tocante aos procedimentos metodológicos, pode-se definir a presente investigação como bibliográfica e jurisprudencial. Para fazer a análise da jurisprudência brasileira sobre o tema, foram definidos alguns recortes que serviram de balizas para a busca dos acórdãos. O recorte institucional circunscreveu-se às decisões judiciais sobre o tema proferidas pelo Supremo Tribunal Federal - dado o caráter histórico desses julga-

[11] Ibid., p. 446.

dos, o que permite, inclusive, avaliar de forma mais contundente como o processo de flexibilização se deu no Brasil – e pelo Superior Tribunal de Justiça – devido ao seu papel de uniformizador da interpretação da legislação federal nos últimos dez anos.

O recorte temático utilizado abordou, portanto, a jurisprudência do STF e do STJ sobre nulidade testamentária. Para viabilizar a análise histórica pretendida, o recorte temporal compreende decisões de 1953 a 1994 no STF e decisões de 1989 a 2020 no STJ.

A partir das palavras-chave "testamento nulidade", foram encontradas, no dia 22 de Agosto de 2018 de 11:18h a 12:37h, dia e hora em que se procedeu a primeira busca pela jurisprudência, 70 ocorrências sobre o tema no repertório do STF[12], e 65, no do STJ[13], isto é, um total de 135 julgados. Como o escopo da pesquisa é compreender os argumentos com os quais o Judiciário tem, por assim dizer, "salvado" testamentos nulos, reputou-se adequado selecionar apenas os acórdãos que tratavam de assuntos atinentes às formalidades e solenidades previstas para esse tipo de negócio jurídico. Assim, aplicando o recorte temático foram selecionados 16 acórdãos do STF e 20 do STJ. No dia 10 de Junho de 2020, às 15:29h, procedeu-se a nova busca por julgados no sítio institucional do STJ com as mesmas palavras-chave, o que resultou, aplicando-se o recorte temático adequado, no acréscimo de mais 4 acórdãos para análise nesta pesquisa.

Após a definição dos critérios e da seleção dos acórdãos por meio deles, o conjunto de decisões que compõe o universo dos casos estudados nesta pesquisa foi submetido a uma análise com enfoque qualitativo, para que fosse possível identificar a *ratio decidendi* das decisões judiciais e confrontá-las com o texto legal.

Por opção metodológica, os dados obtidos foram divididos em duas categorias distintas, quais sejam, (i) testemunhas e (ii) escrita do testamento. A primeira foi assim delimitada devido ao significativo número de acórdãos que versavam sobre problemas envolvendo as testemunhas do ato. Já o segundo bloco trata das demais formalidades atinentes à elaboração do testamento.

---

[12] Disponibilizadas para consulta no site: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>.

[13] Disponibilizadas para consulta no site: < http://www.stj.jus.br/SCON/>.

1 A FUNÇÃO DAS FORMALIDADES E SUAS RELATIVIZAÇÕES

Parece necessário, inicialmente, proceder a uma breve discussão acerca do papel das formalidades em matéria testamentária. Como anteriormente mencionado, existe uma certa semelhança histórica entre os países em geral não apenas no processo de relativização que vem ocorrendo de forma praticamente global, mas também na imposição de formalidades para o ato de testar (o que é a causa do processo observado).

Para Orlando Gomes, as formalidades prestam-se a garantir "a segurança do ato e resguardo da vontade declarada, cuja eficácia deve ser protegida a fim de que se produza o resultado jurídico querido pelo testador"[14]. A propósito, é válido apontar a distinção que Orozimbo Nonato faz entre os conceitos de "forma" e "formalidade". A primeira refere-se ao "modo que a lei determina como sendo idôneo para a exteriorização do pensamento"[15], como, por exemplo, as formas ordinárias de testamento, ao passo que a segunda está relacionada às exigências e demais requisitos para cada uma das formas admitidas e cuja inobservância macula o documento de tal maneira que ele se torna inábil a produzir seus efeitos[16], tal como a leitura do testamento público que deve ser feita pelo oficial[17].

Segundo lição de Cristiano Zanetti, "a forma é o meio pelo qual o agente expressa sua vontade. [...] Todo negócio jurídico reclama determinada forma. Trata-se de uma exigência lógica"[18]. O mesmo autor ressalva que negócios específicos impõem a adoção de forma especial prevista em lei, é o caso dos testamentos. Nessas hipóteses, "a consequência para o descumprimento de forma prevista em lei é a nulidade, como esclarece o art.166, IV e V" [19]. Ainda sobre o tema, Orlando Gomes[20] pontua que em relação aos testamentos, a nulidade pode ser

---

[14] GOMES, Orlando. *Sucessões.* 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.101.
[15] SILVA, Orozimbo Nonato da. *Estudos sobre a Sucessão Testamentária.* V.1, Rio de Janeiro: Forense, 1957, p.198.
[16] SILVA, Orozimbo Nonato da. *Estudos sobre a Sucessão Testamentária.* V.1, Rio de Janeiro: Forense, 1957, p.198.
[17] CC/2002, Art. 1.864, II.
[18] ZANETTI, Cristiano de Sousa. *A conservação dos Contratos Nulos por defeito de forma.* São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 157.
[19] Ibid., p.157.
[20] GOMES, Orlando. *Sucessões.* 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 132.

provocada por causas extrínsecas ou intrínsecas. Estas estão ligadas à vontade do testador, que tem que ser pessoa capaz e livre de vícios em sua declaração. Já aquelas dizem respeito à observância das solenidades. Assim, o que se depreende do regime adotado pela lei no tocante aos testamentos é que, não observada alguma das formalidades previstas, o testamento será inválido.

Alerta Cristiano Zanetti que "as prescrições formais são, hoje, muito menos importantes do que já foram um dia. Sua presença está condicionada, destarte, à existência de razões específicas, pois a liberdade de forma é a regra"[21]. O plano de validade, como explica o jurista[22], é aquele que proporciona o controle da declaração de vontade, "por conseguinte, não pode haver dúvida de que a imposição do rigor formal se funda em razões respeitáveis, importantes a ponto de não permitir que sejam atendidas as aspirações que justificaram a emissão da declaração negocial"[23].

Especificamente em relação aos testamentos, Pontes de Miranda ensina que "a exigência de forma testamentária evita que o testador apressadamente manifeste sua vontade e, de certo modo, mostra-lhe que é de grande relevância o ato que vai praticar"[24]. Assim, a necessidade de cumprir as exigências postas em lei, impede que o testador haja de maneira impulsiva. Continua o jurista dizendo que

> No aguardar o momento em que faça o testamento público, cerrado ou particular, fica-lhe tempo para pensar e, muitas vezes, para afastar precipitações e impulsivas manifestações de vontade e de sentimento. [...] Além disso, a presença de testemunhas concorre para que se contenha, pondere e precate o testador. Todo intervalo entre a deliberação e a feitura do testamento fortalece a meditação do disponente[25].

Orlando Gomes, de forma semelhante, pontua três finalidades para os formalismos, quais sejam: (i) estabelecer, de forma inequí-

---

[21] ZANETTI, Cristiano de Sousa. *A conservação dos Contratos Nulos por defeito de forma.* São Paulo: Quartier Latin, 2013, p.217.
[22] Ibid., p.158.
[23] Ibid., p.159.
[24] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado:* Direito das Sucessões. Tomo LVIII. 3 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p.280.
[25] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado:* Direito das Sucessões. Tomo LVIII. 3 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p.280.

voca, a autenticidade do documento em relação a terceiros, definindo e assegurando as disposições de última vontade em um texto que seja compreensível; (ii) distinguir a verdadeira vontade do testador, o chamado *animus testandi*, de simples desejos, projetos ou intenções de dispor e; (iii) proteger o testador de decisões precipitadas e induzi-lo à reflexão, obrigando-o à observância da forma[26].

Nessa esteira, elucida Pontes de Miranda que "quanto a terceiros, as formalidades testamentárias põem o testador a salvo de falsificações e de falsidades, bem como de violências. [...] Daí não bastar o escrito, por mais perfeito e verdadeiro que seja, para que se repute feito o testamento"[27].

No entanto, como já se referiu, flexibilizações das formalidades testamentárias vêm-se manifestando, de forma crescente, tanto em âmbito legislativo, quanto em âmbito jurisprudencial, ao longo da história da humanidade.

Ainda no Direito Romano, a conversão de um testamento inválido em outro negócio jurídico menos formal, como por exemplo, um codicilo, passou a ser admitida muito antes de figurar em algum diploma legal. Em alguns casos, essa conversão era feita mesmo sem a cláusula codicilar (disposição testamentária que previa que o negócio deveria ser qualificado como codicilo se, por alguma razão, não pudesse valer como testamento)[28]. Segundo Cristiano Zanetti, a positivação, como norma, da conversão de um negócio jurídico "deve-se à doutrina, que concluiu pela possibilidade de se sacrificar em alguma medida a exata correspondência entre o modelo negocial querido e aquele a ser observado, para que fossem preservados ao máximo os efeitos práticos pretendidos"[29].

Assim, existia a possibilidade de conversão de um testamento *iure civile* viciado em testamento *iure pretorio* para evitar que a vontade do testador fosse completamente desconsiderada. Nesses casos, o pretor mantinha o testamento o máximo possível para invalidá-lo apenas nos limites exigidos à tutela dos interesses dos herdeiros necessários[30].

Na Idade Média, inclusive, tornou-se comum a edição de

---

[26] GOMES, Orlando. *Sucessões.* 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.129.
[27] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado:* Direito das Sucessões. Tomo LVIII. 3 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p.280.
[28] ZANETTI, Cristiano de Sousa. *A conservação dos Contratos Nulos por defeito de forma.* São Paulo: Quartier Latin, 2013, p.33.
[29] Ibid., p.27.
[30] Ibid., p.33.

diversas cláusulas acautelatórias para assegurar a eficácia dos negócios jurídicos caso, posteriormente, não fossem considerados válidos e não pudessem surtir efeitos como tal[31]. Dessa forma, os testamentos frequentemente apresentavam cláusulas que previam sua conversão em codicilo, doação *mortis causa*, ou em qualquer outra figura em que o ato originalmente viciado pudesse ser preservado[32].

Atualmente, são observadas flexibilizações testamentárias em diferentes jurisdições[33]. Nenhuma restrição, por exemplo, tem sido imposta ao material – *corpus mechanicum* - no qual será escrito o testamento. Um curioso caso na Inglaterra envolveu um testamento feito em uma casca de ovo vazia[34], enquanto tribunais na Austrália e Nova Zelândia aceitaram testamentos feitos em paredes, portas e panos[35]. Estes últimos países também têm permitido que a assinatura seja feita apenas com marcas, iniciais, nomes impressos, pseudônimos ou até mesmo esteja incompleta[36].

Em síntese, o que se pode inferir sem grande esforço é que o distanciamento do formalismo tem como objetivo conferir eficácia às intenções do testador expressas em um documento de natureza testamentária[37]. Isto é, o objetivo das flexibilizações consiste em dar pleno efeito às intenções do *de cujus* ao invés de fazê-las fracassar por "erros técnicos", por assim dizer. No entanto, é importante ressaltar que existem diferentes técnicas para esse fim, com diferentes níveis de êxito[38]. Assim, embora as principais ferramentas de flexibilização das formalidades testamentárias sejam a interpretação judicial e a intervenção legislativa, a relativização operada em âmbito judicial é incerta e frequentemente insatisfatória[39], além de gerar insegurança jurídica.

No próximo tópico, discutir-se-ão, com mais detalhes, as fle-

---

[31] ZANETTI, Cristiano de Sousa. *A conservação dos Contratos Nulos por defeito de forma.* São Paulo: Quartier Latin, 2013, p.35.
[32] Ibid., p.35.
[33] REID, Kenneth G C *et al. Testamentary Formalities in Historical and Comparative Perspective.* In: REID, Kenneth G C *et al.* (edited by). *Testamentary Formalities.* Oxford: Oxford University Press, 2011, p.463.
[34] Ibid., p.464.
[35] Ibid., p.464.
[36] Ibid., p.464.
[37] Ibid., p.463.
[38] Ibid., p.467.
[39] Ibid., p.467.

xibilizações testamentárias que tem ocorrido a nível judicial no Brasil.

2 AS FORMALIDADES TESTAMENTÁRIAS SOB A ÓTICA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

A interpretação judicial, embora seja a menos segura, tem sido a técnica mais utilizada para a flexibilização do rigor formalístico dos testamentos. Como visto, esse artifício tem origem ainda no ápice da era clássica romana[40].

Essa ideia de abrandamento do rigor da lei pelos magistrados para adequação ao caso concreto permanece até hoje nos ordenamentos jurídicos em geral, porquanto necessária para o alcance da equidade em muitas situações.

Sobre o tema, Orozimbo Nonato ressalva que

> A observância das formalidades não se exige seja feita com a reprodução *ipsis litteris virgulisque* do texto da lei. O direito moderno desconhece a superstição do verbo, a observância sacramental da forma, própria dos períodos pré-culturais: admite-se o emprego de expressões e fórmulas que, substancialmente, valham as expressões e fórmulas da lei, admite-se a equipolência[41].

No entanto, o mesmo autor adverte que "[...]quando se trata de definir, de conceituar a equipolência, quando se cogita de examinar se os termos de que se servem os oficiais se ajustam aos da lei, cessa o acordo"[42]. Conclui que, em torno do tema, "[...]contendem os dois espíritos, as duas mentalidades que, em todos os tempos, trabalham a jurisprudência: um, mancipado ao formalismo [...]; outro, mais animado ao senso das realidades e da equidade e para o qual o verdadeiro sobreleva ao solene"[43]. Esses dois espíritos podem ser claramente identificados nas decisões judiciais selecionadas para a presente pesquisa.

Em linhas gerais, o que se pode notar é que os testamentos são

---

[40] REID, Kenneth G C *et al. Testamentary Formalities in Historical and Comparative Perspective.* In: REID, Kenneth G C *et al.* (edited by). *Testamentary Formalities.* Oxford: Oxford University Press, 2011, p.462.

[41] SILVA, Orozimbo Nonato da. *Estudos sobre a Sucessão Testamentária.* V.1, Rio de Janeiro: Forense, 1957, p.290.

[42] Ibid., p.290.

[43] Ibid., p.290.

anulados apenas quando há um vício comprovado na vontade do testador (na maior parte dos casos, quando é demonstrado que o testador era incapaz), sendo preservados quando as irregularidades se dão somente no tocante às demais solenidades que o Código impõe ao ato, o que pode representar uma tendência perigosa se se pensar que os magistrados, ao assim agirem, estão "passando por cima" da própria lei.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, foi possível observar uma propensão maior em anular testamentos viciados, fossem as causas intrínsecas ou extrínsecas. Já no Superior Tribunal de Justiça, a orientação observada foi a oposta. Provavelmente, essa diferença deve-se ao fato de que as decisões mais antigas são exatamente do STF, o que corrobora a observação de que as relativizações são uma tendência histórica.

Passa-se agora à análise dos acórdãos selecionados, que tratam de irregularidades presentes nas solenidades legais exigidas para a validade do testamento.

Por meio desse estudo é possível perceber até que ponto as exigências que a lei impõe ao ato de testar têm sido atenuadas em benefício, alegadamente, da "vontade real" do testador.

De forma geral, observa-se que os tribunais no Brasil não criaram um modelo teórico específico para "salvar" testamentos que contenham irregularidades, circunstância que gera mais insegurança jurídica.

Nos EUA, por exemplo, as cortes desenvolveram uma técnica chamada de "*doctrine of substantial compliance",* por meio da qual testamentos imperfeitos do ponto de vista formal são admitidos desde que o cumprimento substancial das formalidades tenha sido alcançado[44]. Como a técnica judiciária no Brasil é diferente, e não se tendo um parâmetro seguro e bem consolidado, foi possível encontrar decisões que anularam testamentos por muito menos vícios do que outros que acabaram por ser salvos, fato que gera grande incoerência dentro do nosso sistema.

2.1 TESTEMUNHAS

Como já se expôs, o STF, por ter analisado exatamente os casos mais antigos, adotava uma postura mais rigorosa do que aquela atual-

[44]REID, Kenneth G C *et al. Testamentary Formalities in Historical and Comparative Perspective.* In: REID, Kenneth G C *et al.* (edited by). *Testamentary Formalities.* Oxford: Oxford University Press, 2011, p.467.

mente abraçada pelo STJ em relação ao descumprimento das formalidades.

Dessa forma, por exemplo, em 1953[45], o STF considerou nulo testamento feito sem o número legal de testemunhas que o Código anterior exigia. Em 1958[46], anulou igualmente testamento cujas testemunhas não assistiram ao ato. Também considerou nulo testamento em que quatro das cinco testemunhas afirmaram não ter presenciado o ato, tendo a quinta falecido[47].

Em 1966, foi provido recurso[48] para declarar nulo testamento público em que todas as testemunhas instrumentárias disseram não conhecer seu conteúdo.

Em 1986[49], também foi anulado testamento cujas testemunhas não sabiam sequer do que se tratava, embora, em Primeira Instância, tivesse sido o ato considerado válido.

Mas o STF também preservou testamento em que as testemunhas se contradisseram em seus depoimentos[50], tendo mantido outros dois atos em que testemunhas se ausentaram durante sua realização[51].

De igual forma, o STF manteve alguns testamentos, a despeito

---

[45] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 16.122. Relator: Ministro Luiz Gallotti. 23 de Abril de 1953. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp > Acesso em: 22 de Agosto de 2018.

[46] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 37.015. Relator: Ministro Luiz Gallotti. 26 de Junho de 1958. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp > Acesso em: 22 de Agosto de 2018

[47] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento n. 23.391. Relator: Ministro Hahnemann Guimarães. 25 de Outubro de 1960. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp > Acesso em: 22 de Agosto de 2018.

[48] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 42.205. Relator: Ministro Victor Nunes. 29 de Abril de 1966. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp > Acesso em: 22 de Agosto de 2018.

[49] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.106.890-6. Relator: Ministro Oscar Corrêa. 9 de Dezembro de 1986. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp > Acesso em: 22 de Agosto de 2018.

[50] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 66.610. Relator: Ministro Raphael de Barros Monteiro. 11 de Novembro de 1967. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp > Acesso em: 22 de Agosto de 2018.

[51] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.42.448. Relator: Ministro Barros Barreto. 25 de Junho de 1959 e Recurso Extraordinário n. 9.511/RS. Relator: Ministro Edgard Costa. 8 de Setembro de 1950. Disponíveis em: <http://stf.

da terem sido provados nos processos os vícios alegados, sob o argumento de que seria um rigor excessivo anulá-los, já que a suposta "vontade real" do testador estaria preservada.

Veja-se, por exemplo, o caso do RE 70.540[52], julgado em 1971. O recurso foi provido para reformar a decisão do Tribunal *a quo* que anulou o testamento e, assim, preservá-lo. Tratava-se de testamento público assinado por uma pessoa a rogo do testador, porque este não sabia assinar. No entanto, essa pessoa era uma testemunha extranumerária que não assistiu ao ato, enquanto o Código antigo determinava que, nos casos de o testador não saber ou não poder assinar, quem assinaria por ele seria uma das testemunhas instrumentárias[53]. O STF proveu o recurso para manter o testamento mesmo com essa irregularidade, nos termos do voto do Ministro Relator, que concluiu que a vontade do testador não sofreu qualquer contestação, limitando-se a contradita a requisito formal desatendido[54].

Por fim, no julgamento do RE 69.543[55], o Tribunal entendeu que genro poderia ser testemunha do testamento da sogra, mantendo-se o testamento em que aquele, naquela qualidade, interviera, tendo assinado, ademais, pela testadora, a seu rogo.

Já o STJ considerou nulo testamento[56] em que uma das testemunhas instrumentárias era também legatária e outro testamento[57] em

jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp > Acesso em: 22 de Agosto de 2018.

[52] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 70.540. Relator: Ministro Amaral Santos. 15 de Junho de 1971. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp > Acesso em: 22 de Agosto de 2018.

[53] CC/1916: Art.1.633.

[54]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 70.540. Relator: Ministro Amaral Santos. 15 de Junho de 1971. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp > Acesso em: 22 de Agosto de 2018, p.9.

[55] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 69.543. Relator: Ministro Carlos Thompson Flores. 23 de Novembro de 1970. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp > Acesso em: 22 de Agosto de 2018.

[56] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 61.032. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. 25 de Setembro de 1995. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/> Acesso em: 22 de Agosto de 2018.

[57] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 34.420. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. 22 de Agosto de 1995. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/> Acesso em: 22 de Agosto de 2018.

que duas testemunhas instrumentárias não participaram do ato, limitando-se a apor a própria assinatura.

O mesmo Tribunal, no entanto, manteve um testamento particular que não foi lido perante as testemunhas, sob o argumento de que descaberia nulificar o testamento firmado por testador plenamente capaz por conta de uma preterição de formalidade essencial, dado que o rigor formal deveria ceder ante a necessidade de se cumprir a finalidade do ato jurídico[58].

Interessante também é notar o julgamento dos recursos especiais 294.691[59] e 1.352.468[60]. A primeira decisão é de 2001. Por meio dela, os ministros deram provimento ao recurso para anular testamento público em que duas das cinco testemunhas necessárias não presenciaram todo o ato. No voto do Relator, que foi acompanhado pelos demais, ressaltou-se que, em certas circunstâncias excepcionais, a decisão pode privilegiar a intenção do testador, mas que naquele caso, não se pode deixar de perceber que houve literal violação da lei, o que impôs a procedência da rescisória[61].

Já no segundo caso, de 2013, o testamento cuja anulação se postulava foi mantido, ainda que duas das testemunhas não tivessem presenciado o ato, tendo-se limitado a assinar o instrumento. Em sua fundamentação, o Relator argumentou que o testamento não deveria ser anulado, pois, apesar das formalidades típicas do ato, a hermenêutica deve ser voltada para fazer prevalecer a vontade do testador conquanto não existam fatos concretos suficientes para colocar em dúvida suas faculdades mentais[62].

Isto é, os acórdãos deixam claro que a orientação para anular

---

[58] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 828.616. Relator: Ministro Castro Filho. 5 de Setembro de 2006. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/> Acesso em: 22 de Agosto de 2018, p.11.

[59] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 294.691. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. 13 de Março de 2001. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/> Acesso em: 22 de Agosto de 2018.

[60] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.352.468. Relator: Ministro Sidnei Beneti. 19 de Fevereiro de 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/> Acesso em: 22 de Agosto de 2018.

[61] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 294.691. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. 13 de Março de 2001. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/> Acesso em: 22 de Agosto de 2018, p.9.

[62] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.352.468. Relator: Ministro Sidnei Beneti. 19 de Fevereiro de 2013. Disponível em: <http://www.stj.

testamentos apenas quando o vício se encontra na incapacidade do testador foi ganhando espaço nos últimos anos. Também foi mantido testamento em que uma das testemunhas não se lembrava de ter participado do ato[63].

Outra decisão interessante refere-se àquela proferida no julgamento do REsp 830.791[64], do ano de 2007. O caso envolvia testamento particular feito ainda na vigência do C**ódigo de 1**.916. Assim, para que fosse confirmado, a legislação anterior exigia a oitiva de pelo menos três das cinco testemunhas que assinaram o documento. Porém, apenas uma testemunha ainda era viva. Dessa forma, sendo as outras quatro falecidas, não havia como se confirmar o testamento. No entanto, como a audiência de confirmação ocorreu na vigência do C**ódigo de 2**.002, o TJMG entendeu que apenas a única testemunha viva era suficiente para validá-lo -ao contrário do que determina o princípio do *tempus regit actum*- e tal decisão foi mantida pelo STJ.

O STJ também, em 2010, deu provimento ao REsp 701.917[65] para manter um testamento particular, feito ainda sob a vigência do C**ódigo de 1.916, no qual intervieram apenas quatro testemunhas e não cinco como determinava o antigo diploma**[66]. O Tribunal entendeu, segundo voto do Relator, que o testamento não poderia ser invalidado devido à preterição dessa formalidade, eis que não pairavam dúvidas de que ele foi firmado conscientemente pela testadora no pleno gozo de sua capacidade mental[67].

De igual forma, foi mantido o testamento de que trata o agravo regimental no REsp 1.073.860[68], do ano de 2013. A agravante alegava

---

jus.br/SCON/> Acesso em: 22 de Agosto de 2018, p.9.

[63] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 302.767. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. 05 de Junho de 2001. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/> Acesso em: 22 de Agosto de 2018.

[64] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 830.791. Relator: Ministro Castro Filho. 10 de Abril de 2007. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/> Acesso em: 22 de Agosto de 2018.

[65] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 701.917. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. 02 de Fevereiro de 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/> Acesso em: 22 de Agosto de 2018.

[66] CC/1916: Art.1.645, II.

[67] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no REsp 701.917. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. 02 de Fevereiro de 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/> Acesso em: 22 de Agosto de 2018, p.10.

[68] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Recurso Especial n. 1.073.860. Relator: Ministro Antônio Carlos Ferreira. 21 de Março de 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/> Acesso em: 22 de Agosto de 2018.

que as testemunhas compareceram apenas no momento de assinatura do documento, em desrespeito ao que determinava os artigos 1.632 e 1.634 do Código antigo. Mas o testamento foi preservado porque os magistrados entenderam que a vontade do testador não havia sido comprometida, sendo imperioso o afastamento do formalismo legal[69].

Em 2015, o STJ manteve os testamentos objetos do Agravo Regimental no AREsp 525.006[70], por entender que seria necessário fazer reexame de prova para analisar a questão. Em 2018, a Corte manteve um testamento particular que foi lido para apenas duas testemunhas, sob o argumento de que tal fato tratava-se de um vício puramente formal, não se revelando apto a viciar o próprio conteúdo da disposição[71].

No ano seguinte, o STJ também preservou um testamento em que uma testemunha era impedida e havia suspeita de captação e coação por quatro testemunhas e fraude da testamenteira. Como não foi comprovado que a testamenteira induziu o testador a firmar o testamento e que havia vícios na vontade do testador, os magistrados entenderam pelo aproveitamento do ato[72].

Passa-se agora ao exame do segundo grupo de julgados.

2.2 ESCRITA DO TESTAMENTO

Em relação ao processo de elaboração dos testamentos, o STF anulou um testamento público[73] datado de dia em que a testadora estava hospitalizada, não podendo, portanto, estar em cartório. Houve uma discussão no acórdão porque a data não consta expressamente no C**ódigo** Civil como requisito de validade do ato, mas a maioria reconheceu a

---

[69] Ibid, p.5.

[70] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Agravo em Recurso Especial n. 525.006. Relator: Ministro Ricardo Villas Boas Cueva. 17 de Novembro de 2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/> Acesso em: 22 de Agosto de 2018.

[71] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.583.314. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. 21 de Agosto de 2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/> Acesso em: 10 de Junho de 2020.

[72] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1,370.897. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. 10 de Outubro de 2019. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/> Acesso em: 10 de Junho de 2020.

[73] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 99.986-8. Relator: Ministro Francisco Rezek. 14 de Fevereiro de 1984. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp > Acesso em: 22 de Agosto de 2018.

nulidade do testamento.

Em 1975, o Supremo também anulou um testamento cerrado[74] cujo auto de aprovação não chegou a ser lido perante as testemunhas, tendo sido verificada a aprovação em apartado. Em seu voto, muito bem fundamentado, o Relator pontua que as formalidades essenciais previstas pela lei para garantir a validade do testamento não podem ser simplesmente dispensadas pelo julgador, sob pena de infringência da lei, que exige sua fiel observância[75].

Também foi interposto recurso extraordinário[76] com pedido de anulação de um testamento sob o argumento de que este seria conjuntivo, uma vez que marido e mulher se instituíram legatários um do outro. A tese foi rejeitada pelos ministros, que mantiveram o testamento.

Em 1972, o STF manteve decisão de segunda instância do Tribunal de Justiça do Estado do Pará que reconheceu nulo testamento particular datilografado por terceiro[77], uma vez que o C**ódigo de 1**.916 era claro no sentido de que o testamento particular deveria ser escrito pelo próprio testador.

Já no RE 102.544-1[78], de 1985, pretendia-se a anulação de testamento que supostamente não teria sido ditado nem escrito pelo testador, por estar este doente, ainda que o outorgante estivesse de acordo com o que lhe fora lido. Também foi alegado que as testemunhas não haviam assistido a todo o ato, e que o conteúdo do testamento não teria sido lido perante elas. Uma das testemunhas, inclusive, disse ter achado que o documento consistia em procuração e não em um testamento. No entanto, na Segunda Instância, prevaleceu a tese da validade do tes-

---

[74] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 81.458. Relator: Ministro Cordeiro Guerra. 22 de Agosto de 1975. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp > Acesso em: 22 de Agosto de 2018.

[75] Ibid, p.6.

[76] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 93.603-3. Relator: Ministro Néri da Silveira. 31 de Maio de 1994. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp > Acesso em: 22 de Agosto de 2018.

[77] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 74.050. Relator: Ministro Raphael de Barros Monteiro. 23 de Novembro de 1972. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp > Acesso em: 22 de Agosto de 2018.

[78] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 102.544-1. Relator: Ministro Oscar Corrêa. 5 de Novembro de 1985. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp > Acesso em: 22 de Agosto de 2018.

tamento segundo as outras provas e depoimentos apresentados. O STF resolveu manter a decisão de Segunda Instância sob a alegação de que deve se atender mais a vontade do testador, principalmente quando ele tenha condições físicas e mentais. Assim, foi considerado que a *voluntas testatium* estaria assegurada mesmo com as infringências às solenidades legais.

Já o STJ, no julgamento do REsp 228[79], entendeu que o fato de não haver sido consignado na cédula quem datilografou o testamento não era causa suficiente para anulá-lo, uma vez que não ficou provado que haviam sido por isso responsáveis alguns dos beneficiados ou os parentes do testador.

O Tribunal também manteve um testamento feito por testador analfabeto por ter considerado que não havia vícios em sua vontade[80].

Os julgamentos do recurso especial 151.398[81] e do agravo regimental em agravo regimental no recurso especial 1.230.609[82] também são interessantes. O primeiro, do ano de 2000, foi provido para anular os testamentos do ex-sogro da recorrente que foram assinados pelas testemunhas em momentos diferentes e no escritório do testador, sendo levados ao cartório somente após vinte dias de sua elaboração. No entanto, o segundo, de 2013, foi desprovido, tendo-se confirmado a validade de testamento cuja minuta tinha sido feita antes e enviada para testadora que, obviamente, não fez suas declarações de viva voz, não estando as testemunhas presentes ao momento de lavratura. O Tribunal entendeu que como ele foi lido depois perante a testadora, ele teria sido "ratificado" e, assim, não deveria ser anulado.

De forma semelhante, em 2010, o STJ negou provimento ao recurso especial 753.261[83] que pretendia a anulação de testamento

---

[79] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 228. Relator: Ministro Athos Carneiro. 14 de Agosto de 1989. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/> Acesso em: 22 de Agosto de 2018.

[80] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 6.648. Relator: Ministro Cláudio Santos. 19 de Março de 1991. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/> Acesso em: 22 de Agosto de 2018.

[81] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 151.398. Relator: Ministro Salvio de Figueiredo Teixeira. 16 de Maio de 2000. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/> Acesso em: 22 de Agosto de 2018.

[82] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AgRg no Recurso Especial n.1.230.609. Relator: Ministro Marco Buzzi. 17 de Setembro de 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/> Acesso em: 22 de Agosto de 2018.

[83] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 753.261. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. 23 de Novembro de 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/> Acesso em: 22 de Agosto de 2018.

público outorgado em cartório sem a presença do testador e das testemunhas, tendo sido levado, em outro dia, à casa do testador para que fossem colhidas as necessárias assinaturas. Os ministros entenderam que isso não se teria causa suficiente para anular o testamento.

O STJ também enfrentou um caso[84] de alegação de testamento conjuntivo. A recorrente pretendia anulação do testamento de seu irmão, argumentando que ele deixara suas cotas sociais para sua concubina, tendo ela feito o mesmo, revogando, porém, o seu testamento um ano depois. No entanto, o Tribunal entendeu não haver conjuntividade.

O Superior Tribunal de Justiça também julgou dois casos envolvendo testadores cegos. No primeiro[85], em 2010, o recorrente pretendia a anulação de testamento cerrado, porque, dentre outros motivos, teria sido feito por testadora cega, e a lei[86] **só permite ao cego testar de forma pública justamente para proteger-lhe a livre expressão do consentimento. No entanto, o laudo médico concluiu que ela tinha 0,1 de acuidade visual, de modo que poderia ter testado com a ajuda de lupas e luz intensa. Assim, o testamento foi mantido e o recurso desprovido.**

O segundo caso[87], de 2017, trata de um pedido de anulação de testamento porque o testador era cego, e em seu testamento não fora mencionada tal condição e nem foi ele lido duas vezes como determina o art. 1.867 do C**ódigo. No entanto, o recurso foi desprovido, à luz do argumento da Relatora de que**, atendidos os pressupostos básicos da sucessão testamentária - que, segundo ela, seriam a capacidade do testador, o atendimento aos limites do poder de dispor e a lídima declaração de vontade - a preterição de uma formalidade exigida por lei, pode e deve ser colmatada para a preservação da vontade do testador. Interessante notar que, dentre os três pressupostos mencionados pela Relatora como os básicos para que a sucessão testamentária ocorra, não há qualquer referên-

[84] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 88.388. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. 05 de Outubro de 2000. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/> Acesso em: 22 de Agosto de 2018.

[85] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.001.674. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. 05 de Outubro de 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/> Acesso em: 22 de Agosto de 2018.

[86] CC/2002: Art.1.867: "Ao cego só se permite o testamento público, que lhe será lido, em voz alta, duas vezes, uma pelo tabelião ou por seu substituto legal, e a outra por uma das testemunhas, designada pelo testador, fazendo-se de tudo circunstanciada menção no testamento."

[87] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.677.931. Relator: Ministra Nancy Andrighi. 15 de Agosto de 2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/> Acesso em: 22 de Agosto de 2018.

cia à observância das solenidades que a lei impõe ao ato como garantia de sua validade. Aliás, a tese defendida é de que a primazia da vontade pode suplantar as próprias questões solenes.

Em 2014, ao julgar o REsp 1.419.726[88], o STJ negou-lhe provimento para manter um testamento público, não obstante terem sido comprovados os vícios alegados pela recorrente, por entender que a vontade da testadora deveria prevalecer. **É citado no acórdão** que a tabeliã teria demonstrado uma postura antijurídica, mas, mesmo assim, isso não foi considerado suficiente para anular o testamento público em questão.

Também foi mantido um testamento público com irregularidades as quais dera causa o tabelião, tendo-se entendido que a vontade do testador não poderia ser prejudicada por atitudes displicentes de terceiro. No acórdão, inclusive, é citado trecho da decisão do juízo de Primeiro Grau que reconhece que o cartório era conduzido por um Notário displicente, omisso e descumpridor de seus deveres funcionais, que não se preocupava em nada com as formalidades legais dos atos que eram praticados sob sua responsabilidade, como atestaram as testemunhas ouvidas. A conclusão do julgador, no entanto, mesmo diante desse quadro de displicência, foi de que não seria justo anular um ato de vontade de uma pessoa já não mais viva por "eventual" desrespeito meramente à forma e ao qual não deu causa[89].

Em fevereiro de 2020, o STJ preservou um testamento público porque o Tribunal local havia concluído pela capacidade mental do testador e não seria possível fazer o reexame de fatos[90].

No mês seguinte, a Corte julgou um pedido de anulação de testamento particular cuja assinatura foi feita a rogo da testadora, limitando-se esta a apor sua impressão digital no documento. Houve divergência no julgamento. A vertente minoritária, capitaneada pelo Ministro Ricardo Villas Boas Cuêvas, entendeu que a falta de assinatura

[88] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.1.419.726. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. 09 de Dezembro de 2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/> Acesso em: 22 de Agosto de 2018.

[89] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no AgRg nos Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial n. 365.011. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. 25 de Fevereiro de 2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/> Acesso em: 22 de Agosto de 2018, p.6.

[90] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt nos EDcl no Agravo em Recurso Especial n. 1.102.079. Relator: Ministro Raul Araújo. 04 de Fevereiro de 2020. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/> Acesso em: 10 de Junho de 2020.

em testamento particular é vício insanável, sendo a lei rigorosa nesse sentido. Já a vertente vencedora, representada pela Ministra Relatora Nancy Andrighi, confirmou o posicionamento majoritário que já vinha sendo adotado pelo STJ no sentido de que, não comprovados vícios na vontade do testador, as demais formalidades podem ser dispensadas. A Relatora defendeu que, na sociedade atual, as pessoas são predominantemente identificadas por senhas, tokens, reconhecimentos faciais, certificados digitais, e outros similares, o que, segundo ela, torna a assinatura de próprio punho algo dispensável, não havendo, portanto, motivos razoáveis para anular o testamento a despeito da exigência legal.

Assim, é possível perceber uma tendência no julgamento desses recursos. Se as irregularidades dos testamentos encontram-se apenas nas solenidades que a lei prescreve para sua validade sem a comprovação de vícios na vontade do testador, não importa que tipo de irregularidades sejam – falta de testemunhas, falta de leitura do documento, inobservância das formalidades por parte dos tabeliões, etc- a orientação dos tribunais tem prevalecido no sentido de manter o testamento[91].

CONCLUSÃO

Tendo-se analisado as principais decisões judiciais acerca dos testamentos, foi possível chegar a algumas conclusões.

Primeiramente, é possível notar que a flexibilização das formalidades e solenidades testamentárias é, por assim dizer, um caminho natural que se vem manifestando ao longo da história jurídica. Inclusive, percebe-se que tal movimento de relativização das normas testamentárias começou, exatamente, no local onde as formalidades eram as mais rígidas.

Apesar da constatação de que há uma tendência no Direito de tornar os atos e negócios jurídicos cada vez mais simples, também foi possível perceber que as formalidades, em especial as atinentes aos testamentos, mostram-se especialmente importantes para assegurar a finalidade para a qual o ato é praticado, a despeito do que tem sido interpre-

[91] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.633.254. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. 11 de Março de 2020. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/> Acesso em: 10 de Junho de 2020.

tado, de forma geral, pelos tribunais.

Após a análise dos julgados, foi possível perceber que a flexibilização das formalidades testamentárias ocorrida em âmbito judicial, além de perigosa em termos de segurança jurídica, pode provocar: (i) incoerências no sistema jurisprudencial, uma vez que não se tem uma orientação teórica específica, logo, testamentos com menos vícios podem ser anulados enquanto outros com mais irregularidades são salvos, (ii) decisões *contra legem* e (iii) um uso indiscriminado e descuidado do princípio do *favor testamenti* sem que este esteja adstrito às vênias legais.

Possivelmente, um dos motivos que justifique esse comportamento mais ativo dos tribunais nesse sentido de atenuar as formalidades, seja o fato de que a lei continua relativamente "engessada" no campo sucessório, tendo os magistrados que atenuarem seu rigor no caso concreto.

O problema disso, como já se pontuou, repousa no crescente número de decisões judiciais que não têm dado a menor importância aos requisitos formais previstos em lei. Assim, a solução mais segura e democrática para diminuir as formalidades seria, de fato, pelo processo legislativo.

Constatou-se que a tendência dos tribunais é anular um testamento apenas quando o vício discutido se dê na formação da vontade do testador (vício intrínseco). Não sendo esse o caso e relacionando-se a(s) irregularidade(s) apenas aos requisitos que a lei prescreve ao ato, a orientação geral da jurisprudência é de não anular o testamento e preservar ao máximo a vontade do *de cujus* ainda que isso implique manter negócios jurídicos que, aos olhos da lei, estariam nulos.

Outra observação a que se chegou é que o STF, por ter julgado os casos mais antigos, demonstrou uma postura mais legalista do que o STJ no sentido de anular testamentos viciados. Isso corroborou para fortalecer a hipótese da pesquisa, pois demonstra que a tendência de relativizar as formalidades testamentárias vem aumentando, historicamente, ao longo dos anos.

Além disso, a partir da análise dos recursos que chegaram aos tribunais superiores sobre o tema, pôde-se notar que a primeira e segunda instâncias também vêm utilizando o princípio do *favor testamenti* de forma mais abrangente, demonstrando orientação propícia para anular testamentos apenas nos casos relacionados à vontade do testador, tal

como o STJ atualmente.

Por fim, verificou-se que a principal justificativa para a flexibilização das formalidades testamentárias associa-se à preservação da vontade do testador, que não poderá mais praticar o ato novamente. No entanto, como visto, as formalidades existem exatamente para esse fim, como uma espécie de cautela à vontade do agente, e, uma vez que a lei as erigiu como requisitos de validade do ato, não podem estas ser simplesmente dispensadas.

É claro que o rigorismo formal excessivo tem que ser abandonado. No entanto, isso não pode levar a interpretações judiciais claramente *contra legem* que ignoram os pressupostos previstos em lei para que um testamento adentre no plano da validade. É preciso ter um equilíbrio entre os dois extremos: a segurança e o excessivo apego à forma. Em assim sendo, não é razoável cercar o ato de tantas solenidades que leve ao seu próprio desestímulo ou até a sua proibição por impossibilidade de praticá-lo. Mas é igualmente irrazoável atenuar todas as formalidades legais a fim de confirmar o maior número possível de testamentos, correndo-se o risco de manter testamentos tão eivados de vícios que não seja possível garantir a autenticidade do próprio ato.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GOMES, Orlando. *Sucessões.* 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

JANSEN, Nils. *Testamentary Formalities in Early Modern Europe.* In: REID, Kenneth G C *et al.* (edited by). *Testamentary Formalities.* Oxford: Oxford University Press, 2011.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado:* Direito das Sucessões. Tomo LVIII. 3 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

REID, Kenneth; WALL, Marius e ZIMMERMANN, Reinhard. *Exploring the Law of Succession.* Edinburgh: Edinburgh University Press, 2007.

REID, Kenneth G C *et al. Testamentary Formalities in Historical and Comparative Perspective.* In: REID, Kenneth G C *et al.* (edited by). *Testamentary Formalities.* Oxford: Oxford University Press, 2011.

RÜFNER, Thomas. *Testamentary Formalities in Roman Law*. In: REID, Kenneth G C *et al.* (edited by). *Testamentary Formalities.* Oxford: Oxford

University Press, 2011.

SCHMIDT, Jan Peter. Testamentary Formalities in Latin America with particular reference to Brazil. In: REID, Kenneth G C *et al.* (edited by). *Testamentary Formalities.* Oxford: Oxford University Press, 2011.

SILVA, Orozimbo Nonato da. *Estudos sobre a Sucessão Testamentária.* V.1, Rio de Janeiro: Forense, 1957.

ZANETTI, Cristiano de Sousa. *A conservação dos Contratos Nulos por defeito de forma.* São Paulo: Quartier Latin, 2013.

REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.583.314. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. 21 de Agosto de 2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/≥ Acesso em: 10 de Junho de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1,370.897. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. 10 de Outubro de 2019. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/≥ Acesso em: 10 de Junho de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.677.931. Relator: Ministra Nancy Andrighi. 15 de Agosto de 2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/≥ Acesso em: 22 de Agosto de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt nos EDcl no Agravo em Recurso Especial n. 1.102.079. Relator: Ministro Raul Araújo. 04 de Fevereiro de 2020. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/≥ Acesso em: 10 de Junho de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.633.254. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. 11 de Março de 2020. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/≥ Acesso em: 10 de Junho de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no AgRg nos Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial n. 365.011. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. 25 de Fevereiro de 2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/≥ Acesso em: 22 de Agosto de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Agravo em Recurso Especial n. 525.006. Relator: Ministro Ricardo Villas Boas Cueva. 17 de Novembro de 2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/≥ Acesso

em: 22 de Agosto de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.1.419.726. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. 09 de Dezembro de 2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/≥ Acesso em: 22 de Agosto de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AgRg no Recurso Especial n.1.230.609. Relator: Ministro Marco Buzzi. 17 de Setembro de 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/≥ Acesso em: 22 de Agosto de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Recurso Especial n. 1.073.860. Relator: Ministro Antônio Carlos Ferreira. 21 de Março de 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/≥ Acesso em: 22 de Agosto de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.352.468. Relator: Ministro Sidnei Beneti. 19 de Fevereiro de 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/≥ Acesso em: 22 de Agosto de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 753.261. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. 23 de Novembro de 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/≥ Acesso em: 22 de Agosto de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.001.674. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. 05 de Outubro de 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/≥ Acesso em: 22 de Agosto de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 701.917. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. 02 de Fevereiro de 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/≥ Acesso em: 22 de Agosto de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 830.791. Relator: Ministro Castro Filho. 10 de Abril de 2007. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/≥ Acesso em: 22 de Agosto de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 828.616. Relator: Ministro Castro Filho. 5 de Setembro de 2006. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/≥ Acesso em: 22 de Agosto de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 302.767. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. 05 de Junho de 2001. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/≥ Acesso em: 22 de Agosto de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 294.691. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. 13 de Março de 2001. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/≥ Acesso em: 22 de Agosto de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 88.388. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. 05 de Outubro de 2000. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/≥ Acesso em: 22 de Agosto de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 151.398. Relator: Ministro Salvio de Figueiredo Teixeira. 16 de Maio de 2000. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/≥ Acesso em: 22 de Agosto de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 61.032. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. 25 de Setembro de 1995. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/≥ Acesso em: 22 de Agosto de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 34.420. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. 22 de Agosto de 1995. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/≥ Acesso em: 22 de Agosto de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 6.648. Relator: Ministro Cláudio Santos. 19 de Março de 1991. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/≥ Acesso em: 22 de Agosto de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 228. Relator: Ministro Athos Carneiro. 14 de Agosto de 1989. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/≥ Acesso em: 22 de Agosto de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 93.603-3. Relator: Ministro Néri da Silveira. 31 de Maio de 1994. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp_≥ Acesso em: 22 de Agosto de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.106.890-6. Relator: Ministro Oscar Corrêa. 9 de Dezembro de 1986. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp_≥ Acesso em: 22 de Agosto de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.102.544-1. Relator: Ministro Oscar Corrêa. 5 de Novembro de 1985. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp_≥

Acesso em: 22 de Agosto de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 99.986-8. Relator: Ministro Francisco Rezek. 14 de Fevereiro de 1984. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp_> Acesso em: 22 de Agosto de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.81.458. Relator: Ministro Cordeiro Guerra. 22 de Agosto de 1975. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp_> Acesso em: 22 de Agosto de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 74.050. Relator: Ministro Raphael de Barros Monteiro. 23 de Novembro de 1972. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp> Acesso em: 22 de Agosto de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 70.540. Relator: Ministro Amaral Santos. 15 de Junho de 1971. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp_____> Acesso em: 22 de Agosto de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 69.543. Relator: Ministro Carlos Thompson Flores. 23 de Novembro de 1970. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp> Acesso em: 22 de Agosto de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 66.610. Relator: Ministro Raphael de Barros Monteiro. 11 de Novembro de 1967. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp> Acesso em: 22 de Agosto de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 42.205. Relator: Ministro Victor Nunes. 29 de Abril de 1966. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp_> Acesso em: 22 de Agosto de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento n. 23.391. Relator: Ministro Hahnemann Guimarães. 25 de Outubro de 1960. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp> Acesso em: 22 de Agosto de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos em Recurso Extraordinário n. 37.015. Relator: Ministro Lafayette de Andrada. 8 de Agosto de 1960. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurispru-

dencia.asp > Acesso em: 22 de Agosto de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.42.448. Relator: Ministro Barros Barreto. 25 de Junho de 1959. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp_____> Acesso em: 22 de Agosto de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 37.015. Relator: Ministro Luiz Gallotti. 26 de Junho de 1958. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp > Acesso em: 22 de Agosto de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 32.521. Relator: Ministro Hahnemann Guimarães. 4 de Dezembro de 1958. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp > Acesso em: 22 de Agosto de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 16.122. Relator: Ministro Luiz Gallotti. 23 de Abril de 1953. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp > Acesso em: 22 de Agosto de 2018.

O DIREITO SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO

UMA ANÁLISE SOBRE A APLICABILIDADE DO TRATAMENTO DIFERENCIADO E O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Camilla Ayala Felisberto Silva[1]
Matheus Felipe Moreira Zanetti[2]
Stephanie Rodrigues Venâncio[3]

Resumo: O direito sucessório brasileiro no que diz respeito ao cônjuge e ao companheiro passou por um longo processo evolutivo, com significativa influência do direito português até chegar à fase atual, através do Código Civil de 2002. A codificação civil atual estabeleceu regras distintas ao direito hereditário das famílias constituídas por casamento e união estável, destacando-se que todo o regramento desta última fora inserido em um único dispositivo, o artigo 1.790, que fora objeto de discussão em sede de repercussão geral, em que se reconheceu a sua inconstitucionalidade nos Recursos Extraordinários 646.721 e 878.694, por entenderem os julgadores que o referido dispositivo tratava a matéria sucessória do companheiro de forma discriminatória e limitada em relação aos direitos sucessórios do cônjuge. Parte-se do pressuposto de que as famílias devem receber total proteção estatal, garantindo-se o respeito a princípios como a igualdade, a dignidade da pessoa humana e a soli-

[1] Mestra em Direito Privado. Pós-Graduada em Direito Civil. Pós-Graduanda em Direito Civil e Processual Civil com ênfase em empreendedorismo. Advogada do Núcleo de Prática Jurídica da PUC Minas.
[2] Mestre em Direito Privado. Pós-Graduado em Direito dos Contratos, Direito de Empresa, Direito Público. Pós-Graduando em Direito Internacional e Humanos e Direito Processual e Civil. Advogado do Núcleo de Prática Jurídica da PUC Minas.
[3] Mestra em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Pós-Graduada em Direito Civil Aplicado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

dariedade familiar. Assim, utilizando-se do método dedutivo, por meio de pesquisa e investigação por revisão bibliográfica de fontes presentes na doutrina, além da legislação e da jurisprudência, buscou-se analisar os aspectos do tratamento diferenciado atribuído ao direito sucessório do cônjuge e do companheiro no ordenamento jurídico brasileiro e a possibilidade de equiparação como solução, atendendo aos ditames constitucionais vigentes e aos anseios sociais modernos, acompanhando as discussões que permearam os Tribunais Superiores na abordagem da temática analisada.

Palavras-chave: Sucessões. Casamento. União Estável.

INTRODUÇÃO

Diante da ampla proteção atribuída às entidades familiares em suas diversas formas através da Constituição da República de 1988 (CR/1988), questionamentos acerca da aplicação das leis infraconstitucionais vêm causando certo desconforto na jurisprudência, na doutrina e entre os legisladores. Exemplo disso é a discussão acerca das diferenças sucessórias entre cônjuge e ao companheiro no Código Civil de 2002 (CC/2002).

A respeito do direito das sucessões, há que se reconhecer que a família labuta e colabora pelo interesse comum com relação aos seus bens, no intuito de aumentar o patrimônio não só individual, mas de forma geral, a fim de garantir o próprio futuro. A partir desse pressuposto, os legisladores amparam e desenvolvem o direito hereditário.

Logo se vê a ligação do direito sucessório com a família, sendo a proteção familiar considerada atualmente, também, um dos fundamentos do direito sucessório. Em razão do princípio da solidariedade, que fundamenta os deveres de assistência do pai aos filhos, bem como do filho ao pai, diante do disposto no art. 229 da CR/1988, a transmissão hereditária visa proporcionar a propriedade do antecessor, segundo o princípio da afeição real ou presumida.

O direito sucessório relativo ao cônjuge sobrevivente perpassou por uma legislação inconstante e mutável até ser regulamentada pelo CC/2002. No que diz respeito ao companheiro, a sua sucessão obteve destaque nas disposições regulamentadas pelas leis n. 8.971 de 29 de dezembro de 1994 e n. 9.278 de 10 de maio de 1996, até se chegar ao

CC/2002 que, por sua vez, trouxe praticamente toda a matéria pertinente à vocação hereditária do companheiro no artigo 1.790.

Partindo da premissa de proteção às famílias interligada ao direito sucessório, utilizando-se do método dedutivo, por meio de pesquisa e investigação, objetivando uma percepção geral, através de uma revisão bibliográfica de fontes presentes na doutrina do direito além da legislação e da jurisprudência, este estudo pretende analisar o tratamento desigual que foi atribuído ao cônjuge e ao companheiro sobrevivente no Código Civil de 2002, tendo como base a pauta de discussão que chegou aos Tribunais Superiores até ser julgado pelo STF em sede de repercussão geral nos Recursos Extraordinários 646.721 e 878.694. O assunto se tornou emblemático e a principal discussão que se tornou pauta nos tribunais pátrios fora a indagação a respeito da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do CC/2002.

Objetiva-se, portanto, aprofundar a análise sobre a possibilidade de equiparação dos direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro, a fim de reduzirem ao máximo, a ponto até mesmo de findarem, as vastas discussões que permeiam o tema há tantos anos. A presente pesquisa se justifica ante a necessidade de que sejam tomadas providências capazes não somente de minimizar as falhas existentes no Código Civil atual, mas de sanar os problemas que tanto permeiam o judiciário quanto dividem opiniões de juristas e doutrinadores.

Dessa forma, o intuito é contribuir com a redução do acúmulo de demandas judiciais que trazem em seu bojo discussões comparativas sobre o direito sucessório do cônjuge e do companheiro, além de procurar preservar a segurança jurídica e as garantias fundamentais dispostas na própria Constituição da República, respeitando princípios constitucionais, almejando que a legislação pátria seja progressiva e que acompanhe a realidade fática vivida pela maioria dos brasileiros hodiernamente.

1 CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL NO DIREITO DAS FAMÍLIAS E DE SUCESSÕES

Em meio aos organismos sociais e jurídicos o conceito, a extensão e a compreensão de família tende a se modificar de acordo com o tempo dentro da sociedade; são "significações diversas condizentes

com diferentes momentos históricos"[1]. Considerada como a base fundamental da sociedade, a família pode ser considerada como uma das formações mais antigas e importantes da humanidade. De acordo com os estudos de Friedrich Engels[2], o histórico da existência das famílias perpassou pela endogamia, seguido da monogamia – muito por influência religiosa – chegando à família punaluana, que fora substituída pela família sindiástica, até chegar à família patriarcal, caracterizada pelo aumento de riquezas do homem.

Percebe-se que a constituição da família se deu de forma espontânea no meio social, sendo posteriormente estruturada através do direito, recebendo, hoje, total proteção estatal, sob o risco de incorrer em forte contrariedade ao disposto no art. 226 da Constituição da República de 1988[3] (CR/1988). A interferência estatal no âmbito familiar foi o ponto cerne que levou o legislador a se dedicar ao estudo das famílias e criar um ramo no direito totalmente dedicado a esse instituto.[4]

A partir do avanço da sociedade e da diversificação dos valores, a família assume, hoje, uma concepção plural que diz respeito a indivíduos ligados por vínculos biológicos ou não, no intuito de estabelecer o desenvolvimento da personalidade de cada envolvido, formando-se a partir de três elementos considerados principais: estabilidade, afetividade e ostensibilidade. Para Luiz Edson Fachin[5]:

> o ente familiar é um corpo que se reconhece no tempo. Uma agregação histórica e cultural como espaço de poder, de laços e de liberdade. Uma aliança composta para representar harmonia e paradoxos. Uma agremiação destinatária de projetos e de discursos, especialmente da alocução normativa, junção que encarna o elo entre o direito, a família e a sociedade [...]"

O conceito de família vai trazer forte influência no direito

---

1 ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil: famílias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 1.

2 ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984.

3 BRASIL. [Constituição (1988)] **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988** (de 5 de outubro de 1988). Brasília, DF: Presidência da República, [2020].

4 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. São Paulo: RT, 2009.

5 FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos à luz do novo Código Civil Brasileiro.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 3.

sucessório, uma vez que as pessoas chamadas por lei a herdar são aquelas que compreendem o núcleo familiar. Assim como trará efeitos em outros institutos do Direito Civil, confirmando ser ela a "célula social por excelência".[6]

Inobstante as variadas formas de família existentes atualmente, que surgiram através de uma visão pluralista e abrangente, a Constituição da República de 1988 apresenta de maneira expressa (não taxativa) três tipos de família: a família monoparental, a família advinda do casamento e aquela constituída através da união estável.

O casamento pode ser considerado o modelo de família mais bem protegido e disciplinado pela lei, certamente por ser, historicamente, a forma mais tradicional de se constituir família. É caracterizada por uma grande quantidade de formalidades e os assuntos basilares que o compõem estão dispostos entre os artigos 1.511 e 1.590 do Código Civil de 2002[7] (CC/2002), o que demonstra o cuidado que teve o legislador ao tratar dessa entidade familiar na legislação pátria.

Já a união estável, por sua vez, é a união livre entre pessoas cuja convivência seja pública, continua e duradoura, com o intuito claro de constituição de família, não necessitando de qualquer formalidade para a sua configuração. No CC/2002 essa espécie de família recebeu apenas cinco dispositivos específicos (artigos 1.723 a 1.727), o que demonstra que a iniciativa foi relevante, mas insuficiente.[8] Importante destacar que, de acordo com dados estatísticos do IBGE[9], a população brasileira atualmente vive majoritariamente em famílias convivenciais, por meio da união estável.

Delimitando o estudo às famílias matrimoniais e as advindas da união estável, percebe-se entre elas uma quantidade significativa de semelhanças e algumas diferenças substanciais. Quanto às similitudes, alguns exemplos são o livre planejamento da vida em comum no que diz respeito à filiação e à moradia em conjunto ou não. Os impedimentos matrimoniais dispostos no art. 1.521 do CC/2002 são também podem ser aplicáveis à união estável, conforme preceitua o §1º do art. 1.723 da

---

[6] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v.5: direito de família. 25. ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2017.

[7] BRASIL**. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil (de 10 de janeiro de 2002). Brasília, DF: Presidência da República, [2018].

[8] ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil: famílias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

[9] IBGE. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística**. Sala de imprensa.

mesma legislação; além disso também se assemelham quanto aos deveres recíprocos dispostos em lei, bem como à escolha do regime de bens.

Casamento e união estável encontram seus fundamentos em princípios e características comuns, tendo na essência mais conteúdos de aproximação do que divergências, tendo em vista o conceito eudemonista de família, cujo afeto é o pilar de sustentação de toda proteção jurídica aos membros que dela façam parte. Por outro lado, estabelecer as principais diferenças entre casamento e união estável acaba por transmitir certa complexidade, na medida em que coloca interesses antagônicos no mesmo patamar: o princípio da proteção às famílias e a necessidade de tratamentos distintos ante a natureza de cada entidade familiar.

Entre as principais diferenças legítimas existentes entre casamento e união estável, cabe apontar a formalidade e informalidade na constituição de cada uma dessas famílias, a eficácia erga omnes do regime de bens, a presunção legal de paternidade e, principalmente, os impactos sucessórios desse tratamento desigual.

Na acepção jurídica o termo sucessão em sentido estrito, implica a ideia de sucessão causa mortis, que se trata da sucessão dos bens de pessoas falecidas. "A sucessão a causa de morte é toda sucessão em que há o prefalecido e o sobrevivente, ou os sobreviventes, que recolhem a herança, senso lato, isto é, os herdeiros, os legatários e outros beneficiados."[10] O direito hereditário, ou comumente chamado de direito das sucessões é, segundo Clóvis Beviláqua[11], "o complexo dos princípios, segundo os quais se realiza a transmissão do patrimônio de alguém, que deixa de existir. Essa transmissão constitui a sucessão; o patrimônio transmitido denomina-se herança; e quem o recebe se diz herdeiro."

Logo após a morte ocorre a abertura da sucessão do patrimônio do indivíduo, para que alguém receba os bens, direitos e obrigações daquele que faleceu. Conforme aduz o artigo 1.786 do CC/2002: "A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade."[12] Não tendo o falecido deixado herdeiros necessários ou testamento, seu patrimônio é transmitido a seus herdeiros legítimos, conforme a ordem de vocação hereditária disposta no art. 1.829 do Código Civil. A legislação civil,

---

10 MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Tomo LV. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1968. p. 5.

11 BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Sucessões**. São Paulo: RED Livros, 2000. p. 52.

12 BRASIL**. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil (de 10 de janeiro de 2002). Brasília, DF: Presidência da República, [2018].

entretanto, por não ter mencionado o companheiro na ordem de vocação hereditária aludida, contemplou a sucessão do companheiro separadamente, correspondendo aos artigos 1.784 a 1.790. "Por lastimável atécnica e evidente erro de sistematização, a sucessão do companheiro sobrevivente, que, a toda evidência, integra a sucessão legítima, foi tratada em um outro dispositivo legal, encartado, topologicamente, nos quadrantes da sucessão em geral."[13]

No que tange à sucessão do cônjuge, uma das alterações mais relevantes trazidas com o CC/2002 na matéria foi a sua colocação como herdeiro em concorrência com ascendentes e descendentes na primeira e segunda classes preferenciais (artigo 1.829, CC/2002). O artigo 1.831 do CC/2002 garante ao cônjuge sobrevivente o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, independentemente do regime de bens, desde que seja o único imóvel residencial a ser inventariado. E uma alteração que à época foi considerada de grande importância fora a inclusão do cônjuge como herdeiro necessário (artigo 1.845), impedindo o seu afastamento da sucessão por mera liberalidade do outro em testamento, a não ser pela deserdação.

Quanto à união estável, essa somente fora reconhecida como forma de família após o advento da Constituição da República de 1988, como assevera Orlando Gomes[14]:

> A proteção aos companheiros em decorrência de união estável, que se iniciou como proteção excepcional a título de sociedade de fato entre concubinos, tornou-se objeto de norma legal de direito sucessório depois que a Constituição de 1988 colocou sob a proteção do Estado não apenas a família decorrente do casamento, mas igualmente a família extramatrimonial, como enuncia o § 3º do art. 226.

Os direitos sucessórios dos companheiros perpassaram pelas Leis nº 8.971 de 1994[15] e nº 9.278 de 1996[16], até ser contemplada no

---

[13] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: sucessões. v.7. 3.ed. Salvador: JusPodivm, 2017b. p. 267.

[14] GOMES, Orlando. **Sucessões.** 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. n.p.

[15] BRASIL**. Lei nº 8.971 de 29 de dezembro de 1994**. Regula o direito dos companheiros e alimentos à sucessão**.** Brasília, DF: Presidência da República, [1994].

[16] BRASIL. **Lei nº 9.278 de 10 de maio de 1996**. Regula o §3º do art. 226 da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [1996].

CC/2002 pelo artigo 1.790. É de se chamar a atenção, portanto, a preocupação do legislador em estabelecer uma vasta quantidade de cláusulas normativas para regulamentar o direito sucessório do cônjuge, ao contrário do que ocorreu com o companheiro.

O tratamento diferenciado que hoje é conferido pela lei civil ao cônjuge e ao companheiro levantou a preocupação de juristas do país inteiro tendo em vista a quantidade significativa de decisões prolatadas e julgados completamente díspares sobre o assunto quando levado ao Judiciário.

Do confronto dos dispositivos legais que tratam da sucessão do cônjuge e do companheiro, destacam-se algumas diferenças pertinentes além da ordem de vocação hereditária já expressa nos artigos 1.829 e 1.790 do CC/2002, como assevera Walsir Edson Rodrigues Júnior[17]:

a) A possibilidade de concorrência sucessória entre o cônjuge sobrevivente e os descendentes do autor da herança a depender do regime de bens do casamento (art. 1829,0I, CC/02). Já a concorrência do companheiro sobrevivente com os descendentes do autor da herança não depende do regime de bens, mas da forma como o patrimônio que está sendo inventariado foi adquirido (art. 1.790 do CC/02).
b) O direito real de habitação, independentemente do regime de bens, foi reconhecido ao cônjuge sobrevivente (art. 1.831). Já o companheiro sobrevivente não foi contemplado com os benefícios do referido instituto protetivo;
c) Foi assegurada ao cônjuge sobrevivente a reserva da quarta parte da herança quando for ascendentes dos herdeiros com quem concorrer (art. 1.832). Diferentemente, o companheiro quando concorre com os descendentes comuns não tem direito à reserva de qualquer parte da herança;
d) O cônjuge sobrevivente foi promovido ao *status* de herdeiro necessário (art. 1.845), diferentemente do companheiro sobrevivente, que é considerado herdeiro facultativo.

[17] RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. Da (in)constitucionalidade do tratamento desigual entre cônjuges e companheiros para fins sucessórios. In: RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. (Coord). **Temas atuais de direito das famílias e das sucessões**. Belo Horizonte: RTM, 2014. p. 409.

Os problemas surgem na medida em que se considera a conexão do direito sucessório com a família, reconhecendo que a família trabalha e colabora em prol do interesse comum com relação aos seus bens, almejando aumentar o patrimônio não apenas individual, mas de forma geral, a fim de garantir o próprio futuro. E os legisladores, tendo ciência e reconhecimento desse esforço mútuo, amparam e desenvolvem o direito hereditário.[18] Dessa forma, indaga-se se há razões para tratar distintamente em matéria sucessória as famílias advindas do casamento e as uniões estáveis, já que na essência ambas se baseiam na cooperação mútua e na solidariedade pela busca da comunhão plena de seus membros por meio do afeto.

Assim, o assunto em torno da (im)possibilidade do tratamento sucessório diferenciado para ambas as famílias levou a discussão para as pautas dos tribunais pátrios, sob o questionamento a respeito da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do CC/2002. Ante a quantidade significativa de processos judiciais sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da matéria e, através dos Recursos Extraordinários 646.721[19] e 878.694[20], assentou a tese de que o art. 1.790 do CC/2002 é inconstitucional e que, a partir de então, para as hipóteses de união estável, deverão ser aplicados o disposto no art. 1.829 do CC/2002, sem que, no entanto, houvesse uma equiparação total do direito sucessório do cônjuge e do companheiro.

2 OS REFLEXOS DAS DIFERENÇAS SUCESSÓRIAS DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO

Dentro da ordem de vocação hereditária o legislador escolheu, com base na parentalidade e na conjugalidade, aqueles que deveriam ser beneficiados pela herança conforme vontade presumida do falecido. Entretanto, o companheiro sobrevivente não fora contemplado no mesmo patamar que o cônjuge na legislação prevista, levantando questionamentos sobre o que motivou a não contemplação do compa-

[18] MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das Sucessões.** v. 1. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958.

[19] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. STF, Recurso Extraordinário 646,721/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10.05.2017, DJe 10.5.2017.

[20] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. STF, Recurso Extraordinário 878.694/MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 10.05.2017, publicado no Informativo n. 864 da Corte.

nheiro no mesmo dispositivo que trata da sucessão legítima. Nos dizeres de Giselda Hironaka[21]: "O que foi que pôde fundamentar o pensamento do legislador brasileiro, ao decidir-se por não incluí-lo (o companheiro) na seleção dos contemplados, naquele rol tão antigo quanto famoso, a ordem da vocação hereditária?".

É fato incontroverso que a intenção do legislador ao dispor sobre o direito sucessório criando "duas modalidades de sucessão legítima, uma para o cônjuge (dentro da ordem de vocação hereditária) e outra para o companheiro (fora da ordem de vocação hereditária)"[22] quis de fato estabelecer normas diversas para tratar do assunto, ainda que ciente de que, na essência, tratavam-se de duas entidades familiares com muito mais pontos em comum que divergentes.

Não obstante toda a discussão que permeia a temática estudada, o cerne dos debates, em regra, se funda nas alegações de inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, que dispõe sobre o direito sucessório do companheiro nitidamente de forma prática e deixando de garantir benefícios que pelo próprio Código são assegurados ao cônjuge sobrevivente. Conforme preceitua Paulo Lôbo[23]:

> As desigualdades de direitos sucessórios perpassam todo o art. 1.790, tomando inviável a interpretação em conformidade com a Constituição, nomeadamente com os princípios da igualdade, da liberdade e da não discriminação. Acrescente-se que o artigo viola o princípio de vedação do retrocesso, em matéria de aquisição de direitos, porquanto reduz os direitos sucessórios do companheiro conferidos pela Lei nº 8.971, de 1994.

Diante da inconstância de decisões a respeito dos direitos sucessórios dos companheiros nos diversos tribunais do país, o STF considerou por bem reconhecer a repercussão geral sobre a temática e colocou o assunto em pauta perante a Corte. Os julgamentos dos Recursos

---

[21] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A herança jurídica: a ordem da vocação hereditária e o direito dos vivos. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coords.) **Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia.** Rio de Janeiro: Imago, 2003. p. 387.

[22] DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho; BRÊTAS, Suzana Oliveira Marques. União Estável: Direito sucessório e questões processuais. **Revista IOB de Direito de Família.** v.12, n.64 , p. 07-29. fev. Porto Alegre, 2011. p. 14.

[23] LÔBO, Paulo. **Direito civil**: sucessões. v. 6. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 165.

Extraordinários 646.721 e 878.694 foram, portanto, marcos de extrema relevância sobre o tema, por terem despertado o Judiciário sobre a relevância do assunto e os reflexos negativos que a sociedade vinha sofrendo diante de tantas incertezas.

O Recurso Extraordinário 646.721/RS trazia em seu bojo uma relação homoafetiva onde o companheiro do falecido, com quem conviveu por cerca de 40 anos - que faleceu deixando uma ascendente, sua genitora, além do companheiro - almejava a aplicação em seu caso do disposto no art. 1.829 e, principalmente, o art. 1.837 do CC/2002, a fim de adquirir metade da herança, inclusive dos bens particulares, ao invés de um terço do patrimônio, como previa o artigo 1.790 do CC/2002. O caso foi julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que consignou ser imprópria a equiparação da figura do companheiro ao cônjuge para fins sucessórios. Inconformado com a decisão, o companheiro sobrevivente interpôs os recursos cabíveis até que a repercussão geral fora reconhecida em 2011, tendo sido julgado conjuntamente com o Recurso 878.694/MG.

O segundo caso, Recurso Extraordinário 878.694, fora uma ação de reconhecimento de união estável pós-morte cumulada com pedido de direito real de habitação, proposta pela companheira do falecido, perante a Comarca de Muriaé/MG em junho de 2009. Nesta demanda a companheira sobrevivente pleiteava a aplicação do art. 1.829 do CC/2002, a fim de que tivesse direito à totalidade da herança, uma vez inexistentes descendentes ou ascendentes do *de cujus.* Entretanto, o falecido havia deixado irmãos, parentes sucessíveis na linha colateral, que defendiam a aplicação do art. 1.790 do CC/2002, que determina expressamente a concorrência do companheiro sobrevivente com os parentes colaterais do falecido. Em primeira instância o caso obteve sentença julgando parcialmente procedentes os pedidos da autora, o que ocasionou a interposição de recuso pelos irmãos do falecido, tendo a decisão sido reformada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, reconhecendo a constitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002. O caso, então, ao chegar ao STF, obteve o reconhecimento da repercussão geral da matéria em março de 2015, iniciando naquele momento um intenso e histórico debate na Suprema Corte brasileira.

Ambos os recursos mencionados, por maioria de votos, deram provimento ao pleito dos recorrentes, reconhecendo a inconstitucionalidade

lidade do art. 1.790 do CC/2002, assentando o STF a seguinte tese[24]:

> No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002.

Interessante observar que a argumentação de ambas as correntes se baseou e se fundamentou, em regra, em princípios constitucionais, na defesa da proteção às famílias e na garantia da autonomia privada de cada indivíduo. A acirrada discussão no meio jurídico quanto à constitucionalidade do artigo 1.790 do CC/2002 apesar dos polêmicos julgamentos pelo STF não esgotaram a temática e ainda permanecerá sendo pauta de debates em todos os âmbitos jurídicos, conforme serão apresentados os tópicos a seguir.

2.1 A defesa pela manutenção do tratamento desigual entre cônjuges e companheiros para fins sucessórios

Os que defendem a legitimidade do tratamento sucessório diferenciado entre o cônjuge e o companheiro aduzem que é a própria Constituição da República que permite a distinção, não apenas de forma expressa, mas principalmente com base em princípios constitucionais. Para essa corrente, a intenção do legislador nunca foi equiparar casamento de união estável, tanto é que no §3º do art. 226 da CR/1988 resta disposto claramente que a lei deverá facilitar a conversão da união estável em casamento. A única similitude existente entre casamento e união estável, portanto, seria o fato de ambas serem formas de família, conforme descrito na CR/1988. O fato de todas as entidades familiares merecerem proteção estatal não significa que devam receber o mesmo tratamento legal.

Mário Luiz Delgado Régis[25] coaduna com esse entendimento

---

[24] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. STF, Recurso Extraordinário 878.694/MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 10.05.2017, publicado no Informativo n. 864 da Corte.

[25] RÉGIS, Mário Luiz Delgado. A união estável e os direitos sucessórios do convivente sobrevivente. **Revista Jurídica.** Porto Alegre, RS, v.62, n.441 , p. 11-25, jul. 2014. p. 15.

e dispõe em sua obra:

> Com o devido respeito aos partidários do pleno igualitarismo entre união estável e casamento, perfilamos o entendimento oposto. O artigo 226, § 3.º, da CF/88, quando reconheceu a união estável como entidade familiar, não pretendeu assegurar a sua equiparação com o casamento, tanto que manifestou, expressamente, a determinação de que a legislação infraconstitucional facilitasse a sua conversão em matrimônio. Por óbvio não se converte o que já é igual e a Constituição não contém termos ou expressões inúteis, máxima exegética que convém relembrar.

O Ministro Marco Aurélio, em seu voto no Recurso Extraordinário 646.721, concordou com o posicionamento aludido e afirmou[26]:

> O comando determina ao legislador facilitar a conversão da união estável em casamento, mas em momento algum os equipara. Se o fizesse, perderia a razão de ser, o objeto, a sinalização ao estímulo à transmutação da união estável em casamento. Para que a transformação ante igualização, quanto a consequências patrimoniais? A única similitude entre os institutos é que ambos são considerados, pelo Texto Maior, entidades familiares. E para por aí, uma vez que, mesmo sendo formas de família, a Constituição Federal estabelece, de plano, inexistir espaço para equalização.

E prosseguiu defendendo a ideia de que a união estável seria uma instituição-meio e o casamento uma instituição-fim, tratando o casamento como um modelo ideal de família correspondente ao objetivo final de um casal. Para o entendimento do referido Magistrado, não cabe ao Judiciário interferir na escolha legítima feita pelos particulares suprimindo a manifestação de vontade ao promover a equiparação, uma vez que tal atitude violaria o direito à liberdade e à autodeterminação; e salientou para a observância dos princípios da autonomia privada, da confiança e da coerência axiológica do Ordenamento.

De acordo com esse entendimento, parte-se do pressuposto de que quem opta por conviver em união estável já o faz ciente das consequências legislativas e, por isso, não se casam. Considerar o art. 1.790

[26] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. STF, Recurso Extraordinário 646.721/RS. Voto do Ministro Marco Aurélio, p. 9.

do CC/2002 inconstitucional desrespeitaria a vontade do falecido, pois não há como afirmar se o desejo do *de cujus* era se casar ou, principalmente, que seu patrimônio fosse partilhado à luz do direito sucessório no casamento. Ocorre que, na prática, principalmente em razão do número incomensurável de ações que chegaram ao Judiciário discutindo o tema, em grande parte dos casos nem sempre os envolvidos optaram por viverem em união estável já se planejando a futura partilha hereditária.

No julgamento do REx 878.694 o Ministro Dias Toffoli, acompanhado dos Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, votou pelo não provimento do recurso aviado, alegando ser o art. 1.790 constitucional. Reiterou o Ministro em seu voto ser necessário respeitar a opção de cada indivíduo que decida se submeter a um ou outro regime, respeitando a liberdade e a autonomia de vontade. Para defender seu posicionamento, Dias Toffoli se respaldou na liberdade e autonomia da vontade dos conviventes, relembrou que os questionamentos sobre o casamento civil na década de 60 almejavam justamente maior liberdade nas relações familiares, com uma mínima intervenção estatal, salientando a aplicação da máxima jurídica "in dubio pro legislatore". E concluiu[27]:

> Havendo, no futuro, efetivas e reais razões fáticas e políticas para a alteração dessa norma, o espaço democrático para esses debates há de ser respeitado, qual seja, o Congresso Nacional, onde deverão ser discutidas as alternativas para a modificação da norma e seus respectivos impactos no ordenamento social. Pelo exposto, nego provimento ao recurso extraordinário.

Destaca-se, também, os dizeres da presidente da Associação de Direito de Família e das Sucessões, Regina Beatriz Tavares da Silva, em artigo publicado no O Estado de São Paulo em 2 de fevereiro de 2017, sob o título "O afeto será prejudicado pelo STF"[28]:

> [...] se o STF equiparar indevidamente a união estável ao casamento, os casais em união estável não escolherão entre nela permanecer, ou casar. Assustados, e com razão, pela insegurança jurídica em que o STF os deixará, os casais em união

[27] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. STF, Recurso Extraordinário 878.694/MG. Voto do Ministro Dias Toffoli, p. 13.

[28] TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. **O afeto será prejudicado pelo STF.** O Estado de São Paulo, 2 fev. 2017. p. 1.

> estável, muito mais provavelmente, ponderarão entre mantê-las, ou dissolvê-las. Se dissolvidas, não existirão direitos sucessórios! [...]
>
> O STF, então, ou revê seu entendimento, por ora provisório, ou pode ter a certeza de que, apesar de suas melhores intenções, estará contribuindo a afrouxar os relacionamentos e a destruir o afeto. Se não houver posicionamento pelos Ministros que ainda não votaram pela constitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil e revisão dos votos já proferidos, o STF tirará das pessoas o seu direito de amar.

Nas palavras de Mário Luiz Delgado Régis[29]: "no que tange à justiça ou injustiça da norma, deve-se lembrar ter sido opção do legislador o tratamento diferenciado da sucessão do companheiro, sem que tal disparidade venha a representar discriminação, mas o pleno atendimento ao mandamento constitucional." A orientação jurisprudencial não deve se sobrepor à liberdade de quem opta por uma relação informal, sob o risco de enfrentar a letra da lei prejudicando a vontade do indivíduo.

2.2 A defesa pela inconstitucionalidade do regramento sucessório dispensado ao companheiro e a consequente equiparação ao cônjuge

Inobstante toda a fundamentação e base argumentativa exposta a respeito do tratamento sucessório do cônjuge e do companheiro na legislação vigente, verifica-se que a corrente majoritária, antes mesmo do julgamento dos recursos pelo STF, já apoiava a defesa da proteção às famílias de forma indistinta e não discriminatória, procurando, na medida do possível, equiparar os regimes sucessórios do casamento e da união estável.

Na tentativa de se encontrarem fundamentos plausíveis que justifiquem a mudança nesse regramento que basicamente discrimina as famílias não constituídas pelo casamento, se faz necessário, antes, retomar os fundamentos do direito sucessório de forma geral. Arthur

[29] RÉGIS, Mário Luiz Delgado. A união estável e os direitos sucessórios do convivente sobrevivente. **Revista Jurídica.** Porto Alegre, RS, v.62, n.441 , p. 11-25, jul. 2014. p. 23.

Itabaiana de Oliveira[30] já aduzia que a sucessão "é uma consequência necessária à conservação das afeições da família pela perpetuação da personalidade e ao cumprimento dos deveres que ela impõe na continuação da propriedade." E, hoje, Paulo Lôbo[31] afirma que, juntamente com o intuito da continuidade patrimonial, o direito sucessório está a garantir a proteção familiar e salienta sobre o "intenso giro na concepção da sucessão hereditária de meio exclusivo de transmissão da propriedade para acrescentar-lhe o papel de garantia da solidariedade familiar."[32]

Logo, uma vez ciente de que o direito sucessório se fundamenta na continuidade patrimonial conjugado com a proteção do núcleo familiar e que pela Constituição vigente toda forma de família tem total amparo, tratar o direito sucessório do cônjuge e do companheiro de forma diferenciada chega a ser de fato inconstitucional.

Em seu voto nos Recursos Extraordinários estudados, o Ministro Luís Roberto Barroso[33], inclusive citando a renomada doutrinadora Giselda Hironaka, afirmou que o fundamento do Direito Sucessório no Brasil encontra-se na continuidade patrimonial como fator de proteção e de perpetuidade das famílias. Alegou que o regime sucessório encontra-se vinculado ao conceito de família e que antes do advento da Constituição de 1988, somente a família matrimonial tinha todo o prestígio e a proteção estatal. A família não era vista como um meio de desenvolvimento da personalidade e da dignidade de seus membros. E mesmo após a identificação social de núcleos familiares extramatrimoniais, como é o caso da união estável, não recebiam essas entidades o reconhecimento jurídico adequado, obrigando a jurisprudência a começar a buscar soluções hermenêuticas para garantir direitos básicos aos integrantes dessas uniões.

Somente com o advento da CR/1988, o tratamento jurídico tradicional de família, que colocava o casamento como condição para se formar uma família legítima, se rompeu enfim. E a dignidade da pessoa humana passou a ser consagrada como valor central e fundamento do ordenamento jurídico pátrio, atribuindo uma nova ressignificação da família, passando a ser compreendida como um instrumento para o

---

[30] OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. **Tratado de direito das sucessões**. v. 1. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952. p. 48.

[31] LÔBO, Paulo. **Direito civil**: sucessões. v. 6. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

[32] LÔBO, Paulo. **Direito civil**: sucessões. v. 6. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 45.

[33] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. STF, Recurso Extraordinário 878.694/MG. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso.

desenvolvimento dos seus membros e para a realização de seus projetos existenciais. O Estado deve, portanto, promover vida digna a qualquer indivíduo independentemente de quem ele seja e, principalmente, de qual tipo familiar ele escolheu para si.

Para o Ministro Luiz Edson Fachin[34], não se pode confundir modelo de conjugalidade (seja ela formal ou informal) com regime de bens:

> Por isso, é falacioso o emprego do argumento de que, se o legislador diferencia os efeitos sucessórios entre os regimes de bens do próprio casamento, poderia criar diferentes efeitos sucessórios para casamento e união estável. Os efeitos sucessórios de casamento e união estável devem ser iguais, porque iguais são as relações de conjugalidade na coexistência afetiva que persiste até o fim da vida de um dos cônjuges e companheiros.

Importante asseverar, também, que os princípios sustentam de forma veemente o posicionamento ora explicitado. De acordo com Carine Silva Diniz[35] devem ser prestigiados os interesses familiares e sociais no direito sucessório, sendo o tratamento diferenciado inconstitucional, por ferir o princípio da igualdade, do pluralismo familiar, da democracia da escolha pelo tipo de família, além dos princípios da liberdade, justiça e solidarismo nas relações familiares.

O princípio da igualdade é constantemente mencionado pelos juristas que criticam esse tratamento díspar. Justamente por considerarem serem as famílias, independente da sua forma de constituição, merecedoras dos mesmos cuidados pelo legislador. Para José Afonso da Silva[36], "a igualdade constitui o signo fundamental da democracia."

Considerado como o princípio máximo constante na Constituição atual, a dignidade da pessoa humana deve ser considerada a base de qualquer regra infraconstitucional, incluindo-se aí as disposições le-

---

[34] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. STF, Recurso Extraordinário 878.694/MG. Voto do Ministro Luís Edson Fachin, p. 5.

[35] DINIZ, Carine Silva. A salvaguarda dos direitos dos cônjuges e dos companheiros na perspectiva civil-constitucional. In**:** BROCHADO TEIXEIRA, Ana Carolina, RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coord). **Manual de direito das famílias e das sucessões.** Belo Horizonte: Del Rey: Mandamentos, 2008.

[36] SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional nº 57, de 18.12.2008. São Paulo, SP: Malheiros, 2009. p. 211.

gais acerca da sucessão dos companheiros. Conforme assevera José Afonso da Silva[37], "a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida." A discriminação que ocorre com o regramento sucessório do companheiro afronta esse princípio basilar no ordenamento.

Logo, não há razões constitucionais, lógicas nem mesmo éticas para fundamentar as diferenças existentes entre o direito sucessório aqui abordado. Esse tratamento contribui somente para proporcionar mais ou menos condições reais de desenvolvimento de determinada pessoa apenas pela escolha da entidade familiar feita. Escolha essa não somente assegurada pela CR/1988, como também livre e desvinculada de aspectos patrimoniais.[38]

Imperioso asseverar a importância de se defender e proteger a autonomia privada como princípio norteador das relações patrimoniais e também existenciais, que ganhou relevo com a Constituição da República de 1988 sob a égide do Estado Democrático de Direito, que traz a tutela da pessoa humana em situação prioritária.

Pietro Perlingieri[39] confirma que as situações jurídicas existenciais são tuteladas pelo princípio da autonomia privada, assim com as situações patrimoniais, porque, apesar de possuir fundamentos diversificados, tal princípio possui um eixo em comum que desagua na tutela da pessoa humana:

> Os atos de autonomia têm, portanto, fundamentos diversificados; porém, encontram um denominador comum na necessidade de serem dirigidos à realização de interesses e de funções que merecem tutela e que são socialmente úteis. E na utilidade social existe sempre a exigência de que atos e atividade não contrastem com a segurança, a liberdade e a dignidade humana.

Dessa forma, tratar de maneira desigual a união estável para fins de direito sucessório "é retirar proteção de alguém pelo simples fato

---

[37] SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional nº 57, de 18.12.2008. São Paulo, SP: Malheiros, 2009. p. 105.

[38] LÔBO, Paulo. **Direito civil**: sucessões. v. 6. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

[39] 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. 19.

de ter optado por formar uma família sem as solenidades do casamento."[40] É desrespeitar a autonomia privada do indivíduo e negar-lhe a opção de escolha da forma de família que melhor lhe convém, uma vez que, para tanto, fica atrelado à opção que lhe conceda mais garantias jurídicas.

A votação pela inconstitucionalidade do dispositivo em questão foi acompanhada, também, pela Ministra Rosa Weber[41], que durante seu voto apresentou dados significativos para demonstrar a relevância do tema em razão do aumento da quantidade de famílias advindas de uniões estáveis no país:

> Oportuno destacar, aqui, dados do IBGE de 2012 (os recentes números igualam as uniões decorrentes de casamentos e/ou uniões estáveis), reveladores de que em dez anos o número percentual de pessoas em relações estáveis subiu de 28,6% para 36,4%, representando o equivalente a 1/3 do número de casamentos no país, enquanto reduzido o percentual de pessoas unidas através do casamento civil e religioso (49,4% para 42,9), do casamento apenas religioso (4,4% para 3,4%), e do casamento apenas civil (17,5% para 17,2%).

Uma vez considerado inconstitucional o artigo 1.790, Paulo Lôbo[42] sugere a aplicação das normas destinadas ao cônjuge sobrevivente ao companheiro, por aplicação da analogia através do disposto na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que aduz que quando a lei for omissa o juiz decidirá com base na analogia.

Alice de Souza Birchal[43] também já defendia a aplicação das mesmas normas do direito sucessório aplicáveis ao cônjuge, ao companheiro sobrevivente:

> aplicam-se à união estável e às situações jurídicas a ela análogas os mesmos efeitos do casamento, para o bônus e para

---

[40] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: sucessões. v.7. 3.ed. Salvador: JusPodivm, 2017b. p. 344.

[41] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. STF, Recurso Extraordinário 878.694/MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 10.05.2017, publicado no Informativo n. 864 da Corte. Voto da Ministra Rosa Weber, p. 3.

[42] LÔBO, Paulo. **Direito civil**: sucessões. v. 6. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

[43] BIRCHAL, Alice de Souza. União Estável. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. (Coord.). **Manual de direito das famílias e das sucessões.** 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 144.

> o ônus. Esta proposta alivia o legislador e, principalmente, o jurisdicionado, que não fica diante da insegurança jurídica das normas controvertidas e, querendo se casar ou regularizar sua união estável, se utilizará dos meios jurídicos disponíveis para tanto.

Salienta-se que, aquilo que depender de comprovação da data inicial da união estável, deverá ser demonstrado pelos meios de provas admitidos no ordenamento, diferindo-se do casamento, que em regra possui um documento hábil e capaz de certificar o início da relação. Tal informação se tornará relevante em razão do regime de bens escolhido pelas partes quando do início do relacionamento.

Objetiva-se, portanto, demonstrar que, com base nos princípios norteadores do direito brasileiro e dos inúmeros casos emblemáticos discutindo essa comparação em que sempre uma entidade familiar sai prejudicada, equiparar o direito sucessório do cônjuge e do companheiro sobrevivente pode ser a solução para findar com essa problemática.

Mesmo que declarada a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do CC/2002, há que se reconhecer que nem todas as questões atinentes ao tratamento sucessório atribuído ao cônjuge e ao companheiro se findaram. Nos Recursos Extraordinários estudados, o IBDFAM, na qualidade de *amici curiae*, opôs Embargos de Declaração aduzindo que, inobstante a tese firmada, outros temas relacionados ao assunto permaneceriam em aberto, fazendo-se necessário que o STF sobre eles também se pronunciasse para evitar que outras discussões sobre o direito sucessório dos companheiros continuassem. Entretanto, os referidos embargos foram rejeitados pelo Supremo, sob a alegação de que os demais assuntos correlatos não foram objetos da repercussão geral, deixando em aberto se será possível aplicar ao regramento sucessório do companheiro os demais dispositivos contidos no Código Civil de 2002 que tratam do direito sucessório do cônjuge.

Necessário, portanto, ter em mente que o único aspecto que diferencia o casamento da união estável é a presença ou ausência de formalidade na sua constituição e, por outro lado, o afeto é característica comum essencial para as duas formas de família. A desigualdade na forma de constituição da família não pode, portanto, afetar a sucessão. Optar pela união estável não significa pretender maior liberdade e, dessa forma, tratar o direito sucessório de forma desigual sob a pressuposição

de maior liberdade na união estável não justifica menor proteção.

3 A PERSISTÊNCIA DOS PROBLEMAS MESMO APÓS OS JULGAMENTOS DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS 878.694 E 646.721 PELO STF

Diante do julgamento dos REx 646.721 e 878.694 passou-se a ilusória impressão de que que todos os problemas concernentes à comparação do regime sucessório do cônjuge e do companheiro se findariam. Contudo, acredita-se que se trata apenas de um passo para o alcance do objetivo final, que é evitar os questionamentos sobre o tratamento diferenciado que hoje é dado sem fundamento admissível. Isso porque, entende-se que mesmo com a declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002, outros questionamentos tanto permanecerão, quanto poderão surgir. Afinal, em momento algum a tese assentada pelos Recursos Extraordinários apresentados mencionou a possibilidade de equiparação total dos direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro.

Dentre as principais diferenças entre o direito sucessório do cônjuge e do companheiro que se acredita não terem sido englobadas pela declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002 estão: as questões relativas ao direito real de habitação, deferida ao cônjuge sobrevivente pelo art. 1.831 e que não possui previsão legal para o companheiro no Código Civil de 2002; a garantia de ter, no mínimo, o direito à quarta parte da herança, conforme art. 1832, também garantida somente ao cônjuge sobrevivente; e o fato de somente o cônjuge, legalmente, ser considerado herdeiro necessário - art. 1.845 -, excluindo o companheiro desse benefício.

No entanto, há quem defenda que, a partir da decisão do STF nos recursos em questão, todo o regime sucessório do cônjuge deverá ser aplicado ao companheiro sobrevivente indistintamente.

Maria Berenice Dias[44] relembra que no momento de impor restrições, o legislador tratou cônjuges e companheiros de maneira similar como, por exemplo, ao impedir que o companheiro possa ser herdeiro testamentário ou legatário – art. 1.801 do CC/2002, ou quando dispõe que relações incestuosas com o companheiro do autor da herança autorizam a deserdação – art. 1.963, III do CC/2002. Após a declaração de inconstitucionalidade asseverada pelo STF, a aludida autora defende

[44] DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 5. ed. São Paulo: RT, 2018. p. 75.

que os benefícios sucessórios atribuídos ao cônjuge supérstite devem ser totalmente estendidos ao companheiro, atendendo ao preceito maior que é a observância do texto constitucional.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald[45] também defendem que, após a conclusão pela inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002, "a sucessão do companheiro passará a estar parametrizada pelas regras da sucessão do cônjuge, inclusive com todos os efeitos decorrentes", devendo até mesmo ser considerado herdeiro necessário, de forma que todas as regras norteadoras da sucessão do cônjuge deverão ser aplicadas aos conviventes, sem distinção. Mas ressaltam que, ainda assim, a decisão prolatada no Recurso Extraordinário ora estudado não terá eficácia vinculante, "nem, tampouco, *erga omnes,* servindo como orientação para os julgamentos a serem proferidos pelos magistrados e tribunais, mas sem caráter obrigatório – diferentemente do que ocorre nas decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade."[46]

Para o jurista Paulo Lôbo[47], a decisão do STF se limitou a declarar a inconstitucionalidade do dispositivo e declarar que, para fins sucessórios, dever-se-á aplicar o art. 1.829 do CC/2002 tanto para o cônjuge quanto para o companheiro sobrevivente e, implicitamente, os demais artigos correlacionados ao direito sucessório também deverão ser aplicados:

> Relativamente ao art. 1.829, o STF fez interpretação conforme, para evitar o vazio que resultaria da declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790, pura e simplesmente. Em razão disso, há interpretação conforme por arrastamento dos demais artigos que referem à sucessão do cônjuge, para que sejam interpretados como incluindo o companheiro, porque especificam as consequências da ordem da sucessão legítima, inclusive quanto à sucessão concorrente.
>
> Assim, são iguais os direitos dos cônjuges e companheiros relativamente à ordem de vocação hereditária (art. 1.829, III), ao direito real de habitação (art. 1.831), à sucessão concorrente com os descendentes e quota mínima (art. 1.832), à sucessão concorrente com os ascendentes (art. 1.837), à qua-

[45] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: sucessões. v.7. 3.ed. Salvador: JusPodivm, 2017b. p. 366.

[46] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: sucessões. v.7. 3.ed. Salvador: JusPodivm, 2017b. p. 366.

[47] LÔBO, Paulo. **Direito civil**: sucessões. v. 6. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

lificação como herdeiro necessário.

Na obra de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho[48] os autores afirmam concordarem com a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002, mas ressaltam que a respeito do reconhecimento do companheiro como herdeiro necessário, tal entendimento não se faz possível uma vez que, nesse caso, trata-se de norma restritiva de direito.

Para Flávio Tartuce[49] toda a polêmica que envolvia as diferenças sucessórias do cônjuge e do companheiro desapareceu com a declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002, passando "a ser firme e majoritária a premissa da equiparação da união estável ao casamento, igualdade também adotada pelo Novo CPC."[50]. Entretanto, demonstrou alerta sobre pontos em que não ficaram devidamente claros na tese assentada pelo STF, apesar de defender que a equiparação, para fins sucessórios, ocorreu de maneira completa:

> Como palavras finais para o tema, a leitura deste capítulo demonstrou que o STF não esclareceu todas as questões relativas à sucessão na união estável, especialmente se o companheiro deve ou não ser tido como herdeiro necessário e qual deve ser o tratamento relativo ao seu direito real de habitação. A resposta deste autor, reafirme-se, é positiva para a primeira questão, pois o decisum repercute para todos os fins sucessórios. Em relação ao direito real de habitação, a tendência também parece ser de equalização das duas entidades familiares, com tratamento unificado no art. 1.830 do Código Civil. Todavia, é preciso aguardar novas posições doutrinárias e jurisprudenciais, para que a questão encontre estabilidade na prática.[51]

Razões para impedir o tratamento desigual são inúmeras, baseadas principalmente em princípios constitucionais como da isonomia, da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da proteção às famílias, uma vez considerada a garantia familiar como fundamento do direito

---

[48] GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil:** direito das sucessões. v.7. 4. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2017.

[49] TARTUCE, Flávio. **Direito das sucessões.** v. 6. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

[50] TARTUCE, Flávio. **Direito das sucessões.** v. 6. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 329.

[51] TARTUCE, Flávio. **Direito das sucessões.** v. 6. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 329.

sucessório. Conforme afirma Ana Luiza Nevares[52]:

> A tutela sucessória dispensada ao cônjuge e ao companheiro não pode, portanto, ser diferente, exclusivamente pelo fato de integrarem entidades familiares diversas. Neste aspecto, não há razão para que os estatutos hereditários do casamento e da união estável sejam diferentes.

Vale ressaltar, novamente, que não se pretende, em hipótese alguma, defender a equiparação dos institutos do casamento e da união estável, até mesmo porque inúmeras são as diferenças substanciais e legítimas de cada uma, sendo por vezes impossível iguala-las. Entretanto, no que diz respeito ao direito sucessório, razões não assistem para permanecer adotando um tratamento diferenciado para cada uma dessas entidades familiares.

Para tanto, acredita-se que pelo menos três pontos ainda serão alvos de novas discussões mesmo após a declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.790 do CC/2002, confirmando ser mister que os estudos sobre o assunto não se estagnem, mas permaneçam até que se encontre um eixo capaz de respeitar a dignidade da pessoa humana e a proteção às famílias de forma geral, ainda que sejam necessárias mudanças de paradigmas para tanto.

O primeiro dele diz respeito ao direito real de habitação, um conceito trazido pelo ramo dos Direitos Reais/das Coisas, definido como o próprio direito de uso que recai sobre o direito de moradia, podendo o indivíduo usar o imóvel para residir, estando sujeito a certas limitações como, não poder alugá-lo ou emprestá-lo[53]. No Direito das Sucessões, o direito real de habitação é garantido ao cônjuge sobrevivente pelo artigo 1.831 do CC/2002, desde que o imóvel seja o único daquela natureza a inventariar. Conforme entendimento de Silvio Rodrigues e Zeno Veloso[54], a intenção foi de "preservar as condições de vida, o ambiente, as relações, enfim, evitar que a viúva ou o viúvo tenha de se mudar, de ser privado de sua moradia."

A respeito do regime sucessório dos companheiros, a Lei n. 9.278/1996 previa no parágrafo único do artigo 7º o direito real de

---

[52] NEVARES, Ana Luiza Maia. **A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 685.
[53] STANLEY, Adriano. **Direito das Coisas**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.
[54] VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro.** São Paulo: Saraiva 2010. p. 116.

habitação, tendo o legislador suprimido essa norma quando do advento do Código Civil de 2002, dividindo operadores do direito em duas correntes: a que defende ter o CC/2002 revogado a antiga lei, de forma que não se poderia mais falar em direito real de habitação aos conviventes; e a que se argumenta com base na subsistência do aludido direito até os dias atuais.

Considerando a declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002, Paulo Lôbo entende que[55] "em razão da adoção irrestrita do princípio da igualdade sucessória entre cônjuges e companheiros, o direito real de habitação é idêntico, aplicando-se a ambos o CC, art. 1.831."

Entretanto, como a decisão proferida pelo STF não foi expressa sobre o assunto, nada impedirá que nos Tribunais estaduais permaneçam conferindo o direito real de habitação de maneira distinta a cônjuges e a companheiros, até mesmo sob o argumento de que, na tese assentada pelo Tribunal Superior, nada fora informado acerca da aplicação do art. 1.831 do CC/2002 para ambas as formas de família. Contudo, entende-se que deva deferir, sempre que necessário, o direito real de habitação ao companheiro, por interpretação ao que foi debatido pelo STF nos recursos em questão, conferindo a ambas as famílias as mesmas garantias expressas na legislação civil vigente.

O segundo ponto relevante que não fora debatido pelo Supremo nos aludidos recursos trata-se da quota-parte que é reservada ao cônjuge sobrevivente na concorrência com filhos comuns, disposto no artigo 1.832 do CC/2002. O referido dispositivo garante ao cônjuge supérstite a quota mínima correspondente à quarta parte da herança quando concorrer com descendentes comuns do falecido e esses excederem a três. Caso concorra com descendentes somente do de cujus, tem direito o cônjuge sobrevivo a uma quota equivalente à dos descendentes que herdam por cabeça, dividindo-se a herança em partes iguais.

Maria Berenice Dias[56], por sua vez, mantém seu entendimento de que o STF equiparou totalmente os regimes sucessórios das relações matrimoniais e não matrimoniais, sugerindo a aplicação do art. 1.832 do CC/2002, também, aos companheiros. A doutrinadora assim

---

[55] LÔBO, Paulo. **Direito civil**: sucessões. v. 6. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 160.

[56] DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 5. ed. São Paulo: RT, 2018.

aduz[57]:

> Em face da decisão do Supremo Tribunal Federal, igualando casamento e união estável, em sede de direito sucessório, quando se fala em cônjuge ou viúvo, leia-se: cônjuge ou companheiro sobrevivente. Desse modo, também o companheiro tem direito à quarta parte da herança com descendentes comuns.

O terceiro e último ponto a ser abordado neste estudo, ciente de que possam existir outras matérias as quais ensejarão discussões acerca da temática, refere-se ao artigo 1.845 do CC/2002, que garante ao cônjuge sobrevivente a posição de herdeiro necessário dentro da sucessão. A inclusão do cônjuge como herdeiro necessário foi uma das maiores modificações trazidas pelo Código Civil de 2002. Seguiu o legislador o que há bastante tempo reivindicava a doutrina e acompanhou, obviamente, os grandes benefícios trazidos à sucessão do cônjuge, ao lado da concorrência com ascendentes, descendentes e a sua colocação como herdeiro isolado no terceiro lugar na ordem de vocação hereditária[58].

Pelo voto do Ministro Luiz Edson Fachin[59], a propósito, o Magistrado defendeu a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002, dissertou sobre os prejuízos de se tratar de forma diferente o regime sucessório do cônjuge e do companheiro, mas aduziu que:

> Se a informalidade da constituição da relação, a qual, repise-se, exige comunhão de vida para ser família, pudesse justificar direitos diferentes ou em menor extensão, também restaria afastada a incidência de regime de comunhão de bens, quanto aos efeitos inter vivos. Na sucessão, a liberdade patrimonial dos conviventes já é assegurada com o não reconhecimento do companheiro como herdeiro necessário, podendo-se afastar os efeitos sucessórios por testamento. Prestigiar a maior liberdade na conjugalidade informal não é atribuir, a priori, menos direitos ou diretos diferentes do casamento, mas, sim, oferecer a possibilidade de, voluntariamente, excluir os efeitos

[57] DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 5. ed. São Paulo: RT, 2018. p. 179.

[58] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao código civil:** volume 20: parte especial: do direito das sucessões: artigos 1.784 a 1856: da sucessão em geral; da sucessão legítima. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

[59] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. STF, Recurso Extraordinário 878.694/MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 10.05.2017, publicado no Informativo n. 864 da Corte. Voto do Ministro Luiz Edson Fachin, p. 3.

sucessórios.

Verifica-se que o Ministro considera legítimo não considerar o companheiro como herdeiro necessário, por se tratar de um "prestígio" que se atribui às relações familiares não matrimoniais, deduzidas em liberdade em razão da informalidade. Logo, mantendo-se a tese elaborada nos recursos julgados, percebe-se que a conclusão chegada pelo STF pode não ter sido abrangente de forma a permitir aplicação de toda o regime sucessório do cônjuge ao companheiro.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho[60] também são categóricos em defender o posicionamento de que de fato é inconstitucional o art. 1.790 do CC/2002, devendo-se aplicar o regramento do cônjuge sobrevivente em favor do companheiro, exceto no que confere à condição de herdeiro necessário, por se tratar de norma restritiva da liberdade testamentária do autor da herança, não cabendo nesse caso interpretação extensiva.

Entende-se que não fará sentido ter-se despendido consideráveis esforços para justificar e defender a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002, defendendo que, em respeito à Carta Magna, qualquer forma de família merece igual proteção do Estado para, ao final, não permitir que o companheiro faça jus à garantia de fazer parte do rol dos herdeiros necessários. Há autores na doutrina que, inclusive, coadunam com essa ideia, Como aponta Caio Mário da Silva Pereira[61]:

> Declarada a inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal (RE nº 878.694-MG), do art. 1.790 do Código Civil de 2002, e assentada a tese de que "no sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do Código Civil de 2002", não há mais espaço para pôr em dúvida que o companheiro (assim como o cônjuge) é herdeiro necessário, a despeito do silêncio do art. 1.845.

Esse também é o entendimento de Maria Berenice Dias[62] que afirma ser inquestionável o fato de que o companheiro sobrevivente pas-

[60] GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil:** direito das sucessões. v.7. 4. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2017.

[61] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** v.6: direito das sucessões. 25. ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2018. p. 151.

[62] DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 5. ed. São Paulo: RT, 2018. p. 78.

sou de fato a fazer parte do rol de herdeiros necessários.

Dessa forma, manter o companheiro excluído da herança necessária é retornar à estaca zero nas discussões doutrinárias e jurisprudenciais que levaram o assunto à repercussão geral.

5 CONCLUSÃO

Inobstante os progressos obtidos com a promulgação da Constituição de 1988, o advento do Código Civil de 2002 trouxe, no que tange à regulamentação dos direitos sucessórios, questionamentos relevantes que geraram discussões doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do regramento hereditário do cônjuge e do companheiro. Apesar da referida legislação ter apresentado significativos avanços no que diz respeito ao cônjuge e melhorado alguns aspectos da sucessão para os companheiros, no que diz respeito ao regramento sucessório deste último o referido diploma legal acabou por conferir consideravelmente menos direitos que ao cônjuge, em nítida incongruência com as disposições constitucionais, ferindo princípios basilares relativos às famílias, como a igualdade, a vedação ao retrocesso e a dignidade da pessoa humana; restringindo de forma inequívoca a autonomia privada do sujeito de optar pelo modelo de família que mais lhe agrada.

Os que defendem a manutenção do regramento distinto afirmam que a intenção do legislador em tratar de maneira diferente a sucessão do cônjuge e do companheiro deve prevalecer, sob o risco de prejudicar a livre vontade das partes.

O incômodo existente frente às muitas disparidades das regras sucessórias atingiu o Judiciário que contou com um acúmulo significativo de demandas questionando, principalmente, a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do CC/2002. Em razão das discussões entre os tribunais estaduais e da inconsistência de decisões diferentes, por vezes, para casos idênticos, o STF reconheceu a repercussão geral do assunto e votou dois Recursos Extraordinários que se tornaram emblemáticos para o Judiciário (REx 646.721/RS e 878.694/MG), declarando a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002, assentando como tese a aplicação para o companheiro sobrevivente do disposto no art. 1.829 do mesmo *códex*.

Ainda assim, levando-se em conta o que foi observado, mesmo após a decisão proferida pelo STF, alguns temas relacionados à sucessão do companheiro permanecerão sendo alvos de discussões, como

a respeito da não colocação expressa do companheiro como herdeiro necessário, a garantia do direito real de habitação e a reserva à quarta parte da herança, que só fazem parte do regramento hereditário do cônjuge. Tais assuntos não foram mencionados nos julgamentos analisados e, no meio doutrinário, já tem quem defenda que tais privilégios só devem ser mantidos ao cônjuge supérstite por estrita observação à lei.

Por outro lado, partindo-se da premissa de que a união estável, assim como o casamento, é entidade familiar reconhecida pela Constituição vigente, verifica-se ser tão merecedora de garantias e direitos quanto qualquer outra formação familiar. No que diz respeito aos direitos sucessórios concedidos pela legislação infraconstitucional, tem-se como pressuposto que um dos fundamentos básicos da sucessão é a continuidade patrimonial vinculada à proteção à família. Logo, tratar de forma distinta a sucessão do cônjuge e do companheiro é caminhar na contramão da própria fundamentação do direito sucessório.

Equiparar os direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro, portanto, é realinhar as situações práticas à pirâmide normativa exposta na Constituição, validando a atuação legislativa conforme o tempo e o espaço. Afinal, é necessário que o jurista interprete as leis de acordo com seu tempo e a realidade, desprendendo-se de um passado que já não cabe mais à sociedade atual.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil:** famílias. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Sucessões**. São Paulo: RED Livros, 2000.

BIRCHAL, Alice de Souza. União Estável. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. (Coord.). **Manual de direito das famílias e das sucessões.** 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 81-104.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988** (de 5 de outubro de 1988). Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompila-

do.htm. Acesso em: 15 fev. 2020.

_____. **Lei nº 8.971 de 29 de dezembro de 1994**. Regula o direito dos companheiros e alimentos à sucessão**.** Brasília, DF: Presidência da República,[1994]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm> Acesso em: 15 fev. 2020.

_____. **Lei nº 9.278 de 10 de maio de 1996**. Regula o §3º do art. 226 da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República,[1996]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9278.htm> Acesso em: 15 fev. 2020.

_____. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil (de 10 de janeiro de 2002). Brasília, DF: Presidência da República, [2018]**.** Disponível em:

< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 15 fev. 2020.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. STF, Recurso Extraordinário 646,721/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10.05.2017, DJe 10.5.2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. STF, Recurso Extraordinário 878.694/MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 10.05.2017, publicado no Informativo n. 864 da Corte.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. São Paulo: RT, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 5. ed. São Paulo: RT, 2018.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho; BRÊTAS, Suzana Oliveira Marques. União Estável: Direito sucessório e questões processuais. **Revista IOB de Direito de Família.** v.12, n.64 , p. 07-29. fev. Porto Alegre, 2011.

DINIZ, Carine Silva. A salvaguarda dos direitos dos cônjuges e dos companheiros na perspectiva civil-constitucional. In**:** BROCHADO TEIXEIRA, Ana Carolina, RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coord). **Manual de direito das famílias e das sucessões.** Belo Horizonte: Del Rey: Mandamentos, 2008.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos à luz do novo Código Civil**

Brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: sucessões. v.7. 3.ed. Salvador: JusPodivm, 2017b.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil:** direito das sucessões. v.7. 4. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2017. *E-Book.*

GOMES, Orlando. **Sucessões.** 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015 *E-Book.*

IBGE. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística**. Sala de imprensa. Disponível em < http://saladeimprensa.ibge.gov.br/noticias.html?view=noticia&id=1&idnoticia=2240&busca=1&t=censo-2010-unioes-consensuais-ja-representam-mais-13-casamentos-sao-frequentes-classes> Acesso em 20 fev. 2020.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A herança jurídica: a ordem da vocação hereditária e o direito dos vivos. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coords.) **Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia.** Rio de Janeiro: Imago, 2003. p. 374-387.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao código civil:** volume 20: parte especial: do direito das sucessões: artigos 1.784 a 1856: da sucessão em geral; da sucessão legítima. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: sucessões. v. 6. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das Sucessões.** v. 1. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Tomo LV. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1968.

NEVARES, Ana Luiza Maia. **A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. **Tratado de direito das sucessões**. v. 1. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v.5: direito de

família. 25. ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2017. *E-book.*

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** v.6: direito das sucessões. 25. ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2018. *E-book.*

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Tradução de: Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RÉGIS, Mário Luiz Delgado. A união estável e os direitos sucessórios do convivente sobrevivente. **Revista Jurídica.** Porto Alegre, RS, v.62, n.441 , p. 11-25, jul. 2014.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. Da (in)constitucionalidade do tratamento desigual entre cônjuges e companheiros para fins sucessórios. In: RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. (Coord). **Temas atuais de direito das famílias e das sucessões.** Belo Horizonte: RTM, 2014.

STANLEY, Adriano. **Direito das Coisas**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional nº 57, de 18.12.2008. São Paulo, SP: Malheiros, 2009.

TARTUCE, Flávio. **Direito das sucessões.** v. 6. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017. *E-Book.*

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. **O afeto será prejudicado pelo STF.** 2017. Disponível em: < https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-afeto-sera-prejudicado-pelo-stf/> Acesso em: 20 fev. 2020.

VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro.** São Paulo: Saraiva 2010.

TOMADA DE DECISÃO APOIADA E *AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO*

ANÁLISE COMPARADA, PERSPECTIVAS MATERIAIS E JURISPRUDENCIAIS

Flávia da Terra Costa Marques[1]

Resumo: O presente trabalho propõe uma análise comparativa funcional entre os institutos da tomada de decisão apoiada e da *amministrazione di sostegno*, cujas introduções marcam a materialização do paradigma do apoio nos ordenamentos brasileiro e italiano, respectivamente. Buscou-se compará-los tanto em seus aspectos materiais quanto nos aspectos jurisprudenciais, propondo-se uma confrontação teórico e prática entre ambos. Considerando os resultados obtidos, foi possível realizar uma comparação *stricto sensu*, aferindo-se a eficácia dos apoios instituídos e confirmando a hipótese de que os institutos em muito divergem, mas, paradoxalmente, convergem no que tange à manutenção da substituição em ambos os ordenamentos.

Palavras-chave: Tomada de decisão apoiada. *Amministrazione di sostegno*. Sistema de apoio.

INTRODUÇÃO

A vontade é pressuposto de toda e qualquer ação jurídica. Trata-se de elemento central para o Direito Privado, sobretudo, considerando que ela constitui o próprio cerne dos atos jurídicos, de tal forma que, sem vontade, estes não se formam.[2]

No entanto, a mera manifestação de vontade não é suficiente,

[1] Graduanda em Direito na UFMG. Pesquisadora de iniciação científica.

[2] MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 120.

pois o ato jurídico também pressupõe que ela deva ser consciente e atender a pressupostos legalmente previstos.[3] Sem preencher tais condições, o Direito reserva institutos cuja implicação é a invalidação ou mitigação da eficácia dos atos.

O regime da incapacidade, objeto deste estudo, acarreta na perda da aptidão para realizar atos jurídicos pessoal e diretamente, considerando que o sujeito é, por alguma eventualidade, despojado do discernimento necessário para a tomada de decisão. Ocorre que, sendo pressuposto da ação jurídica, a inexistência ou vício de vontade contaminam a constituição daquela.

Dessa forma, o regime das incapacidades se volta para os sujeitos que não têm aptidão para exercer seus direitos e contrair obrigações de maneira consciente e autônoma.[4] Para Caio Mário da Silva Pereira, as condições peculiares do caso concreto justificam a adoção de um tratamento jurídico especial, que objetiva restabelecer o equilíbrio das relações jurídicas travadas.[5]

Para além do aspecto abstrato inerente a essa discussão, compreender os mecanismos jurídicos que ela comporta é também entender como o Direito qualifica a vontade do sujeito. E, nesse sentido, qual a solução concreta prevista para os diversos casos da vida humana em que a vontade não é aquela idealizada pela Lei.

A valoração da vontade evolui e varia, não apenas conforme as especificidades de cada ordenamento jurídico, mas também à medida em que pressões, de diversas fontes, obrigam o Direito a se reinventar. É clara a tendência global, impulsionada por movimentos ligados aos direitos das pessoas com deficiência e pela virada paradigmática proposta pela luta antimanicomial, de se criar novos institutos jurídicos para essa temática.[6] Tal tendência parte da premissa de que a autonomia se cria de maneira dialógica e contínua nas relações interpessoais sendo, portanto, mais humanizado e benéfico que se supra as lacunas ocasionadas pelo

[3]ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria Geral da Relação Jurídica**. Coimbra: Almedina, 1997, vol I, p. 32.

[4] LARA, Mariana Alves. **Capacidade Civil e Deficiência: entre autonomia e proteção**. D' Plácido, 2019, p. 42.

[5] PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol. 1. **Introdução ao Direito Civil.** Teoria Geral de Direito Civil. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006,p. 272.

[6] FRANÇA, TH. Modelo Social da Deficiência: uma ferramenta sociológica para a emancipação social. *In:* **Lutas Sociais**, 2013; 17(31):59-73.

discernimento reduzido por meio do apoio à pessoa com deficiência.[1]

Diante disso, importa analisar se os institutos criados pelo Brasil e pela Itália, tomada de decisão apoiada e *amministrazione di sostegno*, respectivamente, atendem às premissas básicas que ensejaram as suas criações. Ou seja, interessa a este estudo fazer uma análise da eficácia dessas ferramentas, de forma a averiguar se e como elas alteraram a realidade fática dos sujeitos com discernimento reduzido.

Nesse desiderato, adotou-se primordialmente o método funcional do Direito Comparado proposto por Zweigert e Kötz, que pode ser tido como o "princípio metodológico básico de toda atividade comparativa do direito"[2]. Serão objeto de análise comparativa os dois institutos que desempenham funções semelhantes nos ordenamentos jurídicos brasileiro e italiano, de modo que a valoração crítica dos resultados levará à conclusão de quais são as melhores soluções para efetivar o novo paradigma de apoio à tomada de decisões.

Para tanto, o Capítulo 1 apresentará os institutos tradicionalmente previstos para a incapacidade e, em seguida, abordará a inserção dos novos institutos que visam ao apoio. O Capítulo 2 irá detalhar o regramento processual e material da tomada de decisão apoiada no Direito brasileiro e da *amministrazione di sostegno* no ordenamento da Itália, enquanto o Capítulo 3 fará a análise da adoção jurisprudencial de cada instituto em seu respectivo ordenamento. Assim, será possível no Capítulo 4 efetuar o processo comparativo *stricto sensu*, evidenciando em que medida se assemelham as soluções, de modo a se efetivar uma construção sistemática para análise e esclarecimento de semelhanças e diferenças. Por fim, serão apresentadas as conclusões do presente trabalho.

---

[1] SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. Autonomia privada e vulnerabilidade: o direito civil e a diversidade democrática. *In*: LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna (Org.). **Autonomia e Vulnerabilidade.** Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. p. 1-9.

[2] ZWEIGERT, Konrad; KOETZ, Hein. **An Introduction to Comparative Law.** Translated by Tony Weir. 3 ed. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 34.

1. AS MEDIDAS DE INTERVENÇÃO LEGAL EM CASO DE INCAPACIDADE

Tradicionalmente, o regime jurídico proposto para os sujeitos cuja vontade não atende aos pressupostos legais adota medidas de caráter substitutivo. Mediante a sua adoção, os atos jurídicos do interesse do incapaz passariam a ser exercidos por um terceiro, seu representante legal, que o substituiria no exercício do ato jurídico. Por vezes, esse regime pode ser mitigado, de forma que o terceiro apenas consentiria ou não com a vontade do incapaz, assistindo-o.[3]

Esta era a configuração, em termos genéricos, prevista pelos ordenamentos brasileiro e italiano até a introdução dos institutos objeto de análise deste estudo. No Brasil, tem-se tipicamente a tutela para os menores de idade e a curatela, descrita no art. 1.767 e seguintes do Código Civil Brasileiro, instrumento jurídico que acarreta na incapacitação do sujeito maior de idade que se enquadra nas condições descritas no texto legal, mais especificamente aquelas previstas na redação original dos arts. 3° e 4°.

Por sua vez, o ordenamento italiano dispunha originalmente de duas medidas voltadas para os maiores de idade, quais sejam, a *interdizione* e a *inabilitazione*. A primeira se refere a um instituto que implica integral incapacidade, enquanto a última é um instrumento menos restritivo, segundo o qual o beneficiário ainda pode realizar atos por si próprio, mas deve ser assistido naqueles atos considerados extraordinários e que tenham efeitos mais gravosos do ponto de vista patrimonial.[4]

Ainda que o modelo substitutivo fosse adotado por diversos ordenamentos, não eram poucas as críticas lhe tecidas. Considerando que a capacidade jurídica nada mais é do que as vestes dogmáticas da autonomia,[5] tornou-se incompatível manter as medidas de representação como regra geral das intervenções, uma vez que a sua aplicação implica a

---

[3] ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria Geral da Relação Jurídica**. Coimbra: Almedina, 1997, vol I, p.33.

[4] BOCCHINI, Fernando; QUADRI, Enrico. Diritto Privato. Ed. G. Giappichelli Editore, 2018, p. 291.

[5] STANCIOLI, Brunello Souza. "Sobre a Capacidade de Fato da Criança e do Adolescente: Sua Gênese e Desenvolvimento na Família". Porto Alegre, **Revista Brasileira de Direito de Família,** Porto Alegre, n° 02, jul-ago-set, 1999, p. 37-42.

integral retirada da autonomia do sujeito. É neste ínterim que o enfoque temático da questão deixou de ser sobre a (in)existência de capacidade jurídica e passou a ser sobre quais tipos de apoio são necessários para que o indivíduo possa exercê-la.[6]

De fato, o modelo substitutivo recusa aos sujeitos a sua autodeterminação. Não é coincidência que o ordenamento italiano lança mão da *interdizione* também como medida sancionatória, por meio de um instrumento chamado *interdizione legale*, art. 32 da codificação penal, em que a incapacidade é utilizada como punição para alguns delitos. No seio dessa discussão, o escopo protetivo da incapacidade passou a ser veementemente questionado, sobretudo em caso de autonomia residual.

Dessa forma, novos institutos passaram a ser gestados em diversos ordenamentos como alternativa à incapacitação judicial. Materializando este novo paradigma, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), assinada em Nova Iorque em 2007, inaugurou um modelo objetivando o fomento à capacidade. Em seu art. 12, ao determinar que "as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida", bem como que "os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal", a Convenção estabeleceu como regra o paradigma baseado no apoio à tomada de decisões.

1.1 A INTRODUÇÃO DA TOMADA DE DECISÃO APOIADA

Ratificada pelo Brasil, a CDPD foi introduzida no sistema legal brasileiro mediante o procedimento descrito no art. 5°, §3°, da Constituição Federal, posteriormente foi publicada na forma do Decreto Legislativo n° 189/2009 e sancionada pelo então Presidente da República. Desta forma, os termos convencionados adquiriram status de emenda constitucional.

A fim de dar eficácia aos preceitos acordados na Convenção, o Brasil promulgou o Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei n°

[6] BACH M, KERZNER L. A new paradigm for protecting autonomy and the right to legal capacity. Ontario, Canada: **Prepared for the Law Commission of Ontario**; October 2010. Available from URL: http://www.lco-cdo.org/disabilities/bach-kerzner.pdf Acesso em 08 de março de 2019.

13.146/2015, cujo teor marca o início da vigência do instituto da tomada de decisão apoiada (TDA) mediante a inserção do art. 1.783-A no Código Civil.

Em sua forma original, o Título IV do Livro IV do Código Civil Brasileiro, que concerne à matéria de Direito de Família, chamava-se "Da Tutela e Curatela". Mediante a reforma inserida pelo Estatuto, o título ganhou novo nome para incluir o novíssimo instituto: "Da Tutela, da Curatela e da Tomada de Decisão Apoiada". Enquanto a tutela é um instrumento jurídico voltado para os menores de 18 anos, a curatela e a tomada de decisão apoiada se ocupam do caso em que o sujeito é maior de idade. É notável a convivência de ambos no atual ordenamento jurídico brasileiro, o que denota a concepção do legislador de que cada um deles serve a propósitos distintos.

Desta feita, o Estatuto manteve a mesma estrutura já adotada pela codificação civil, mas se encarregou de adicionar o artigo alfanúmerico, 1.783-A e seus 11 parágrafos que descrevem as características materiais e processuais da TDA. Para parte da doutrina brasileira, o novel instituto se inspirou na figura da *amministrazione di sostegno*, medida de apoio vigente no ordenamento italiano há mais de uma década antes da promulgação do Estatuto brasileiro.[7]

---

[7] ROSENVALD, Nelson. A Tomada de Decisão Apoiada. *In:* **Carta Forense**. 03/11/2015. Disponível em: http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-tomada-da-decisao-apoiada/15956. Acesso em 11 abr 2019; FIUZA, César. Tomada de Decisão Apoiada. *In:* PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (Org.). **A Teoria das Incapacidade e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. 2 ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 153-164, pp. 154; KÜMPEL, Vitor Frederico; BORGARELLI, Bruno de Ávila. Tomada de Decisão Apoiada: novos rumos, velhos erros. *In:* **Migalhas**. 24/07/2018. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/Registralhas/98,MI284289,101048-Tomada+de+-decisao+apoiada+novos+rumos+velhos+erros Acesso em 11 abr 2019; MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre a Proteção da Pessoa com Deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *In:* **Civilística.com**, Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, jan-jun. 2015, p. 2-27, pp. 13; LARA, Mariana Alves; MARQUES, Flávia da Terra C.. O Sistema de Apoio à Pessoa com Deficiência: Análise

1.2 A INTRODUÇÃO DA *AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO*

O instituto italiano foi introduzido em seu respectivo ordenamento mediante a promulgação da Lei n° 6, de 9 de janeiro de 2004. Anterior à promulgação da Convenção, a *amministrazione di sostegno* (AdS) foi um produto doméstico do ordenamento italiano, ainda que também seja tida como resultado da influência de outros ordenamentos.[8] A sua entrada em vigor é considerada um desdobramento do texto constitucional, em especial dos artigos 2° e 3° que tratam dos direitos fundamentais como centro da experiência jurídica.[9]

Diferentemente do que se teve com a tomada de decisão apoiada, a introdução da *amministrazione di sostegno* marcou uma inteira reformulação do título lhe concernente dentro do código civil italiano. Todo o texto do Título XII do Livro I foi redesenhado, dando à AdS uma posição de preeminência. O Título ganhou o nome de "Das medidas de proteção das pessoas privadas em todo ou em parte de autonomia" e passou a ser dividido em dois capítulos: o primeiro, dos arts. 404 ao 413, denominado "Da *amministrazione di sostegno*" e o segundo relativo aos arts. 414 ao 432, cujo nome é "Da *interdizione*, da *inabilitazione* e da *incapacità naturale*".[10]

É inequívoco que a reforma italiana foi mais acentuada no que tange ao texto legal, alterando toda a estrutura do Título concernente à medida de apoio. Contudo, o legislador italiano também manteve as medidas substitutivas, revelando adotar a mesma concepção de que cada uma das medidas se atém a funções diferentes.

Comparada da Tomada de Decisão Apoiada e da *Amministrazione di Sostegno*. *In*: **Anais do 17° Congresso de Direito Internacional Privado,** 2019, p. 462-445.

[8] CALVO, Roberto; CIATTI, Alessandro. **Diritto Privato**. 5ª. ed., Bologna, 2017, p. 616.

[9] STEFANO, Franco de; CRESCENZI, Annamaria; SEBASTIANO, Maria Teresa. **Il Procedimento di** *interdizione***,** *Inabilitazione* **e** *Amministrazione di Sostegno*. Giufrèe, Milano, 2011, p. 4.

[10] STEFANO, Franco de; CRESCENZI, Annamaria; SEBASTIANO, Maria Teresa. **Il Procedimento**… *cit*. p.4.

2. ANÁLISE MATERIAL E PROCESSUAL DAS MEDIDAS DE APOIO

2.1 O PROCEDIMENTO DA TOMADA DE DECISÃO APOIADA

É importante ter em mente que a tomada de decisão apoiada surge de um substrato jurídico fundamentado sobre a Convenção. E, nos termos do art. 12, segue a premissa de que devem ser garantidas às pessoas com deficiência as mesmas condições de capacidade legal que as demais.

Dessa forma, o procedimento da tomada de decisão apoiada parte do pressuposto de que o apoiado é capaz de atuar na vida civil e, portanto, de exercer pessoalmente seus direitos. É, nesse sentido, que a tomada de decisão apoiada não altera em nada a capacidade do apoiado, deixando-a incólume.[11] O caput do art. 1.783-A assim dispõe:

> 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.

É nítida a proposta do instituto de fomentar o exercício da capacidade mediante a relação dialógica entre apoiado e apoiador, de forma que este deve prestar apoio àquele, mas sem haver relação de representação ou assistência entre eles. Pelo contrário, trata-se de uma relação jurídica baseada na confiança de forma que é o próprio apoiado que elege ao menos dois sujeitos para o apoiar quando necessário.

Nesse desiderato, a legitimidade ativa para requerer a tomada de decisão apoiada é única e exclusiva da pessoa a ser apoiada. Conforme dispõe o §2°, somente ela pode requerer o instituto em seu favor, apresentando um termo contendo os limites e os compromissos firmados entre ela e os apoiadores escolhidos. Evidente, portanto, a valorização

---

[11] MENEZES, Joyceane Bezerra de. Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela lei brasileira de inclusão (lei n. 13.146/2015). *In:* **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 9, jul./ set. 2016, p. 31-57, pp. 42.

da vontade do apoiado, tendo em vista que o legislador, além de colocá-lo como único legitimado ativo, ocupa-se de delinear apenas genericamente o apoio, deixando que as partes livremente preencham o seu conteúdo.

Assim sendo, a dimensão da tomada de decisão apoiada deve ser entendida de maneira flexível e ampla, a depender do caso concreto. É sob esse substrato que se erige a natureza negocial do instituto, uma vez que há uma ampla margem para que as partes deliberem.[12]

No entanto, ainda que exista ampla flexibilidade e que o instituto pretenda fomentar a autonomia, para que o termo tenha eficácia é necessário que o pedido seja levado a juízo. A escolha por um instituto judicializado representa maior dispêndio de recursos e esforços, além da incoerência de exigir a tutela estatal sobre uma pessoa que é, de outro lado, tida como capaz.

Levada a questão a juízo, deve o magistrado dar vistas ao Ministério Público para que emita parecer, além de que ele deve ser assistido por uma equipe multidisciplinar, o que coaduna com a ambição de delinear um instrumento em atenção às especificidades do caso concreto. Ademais, deve o magistrado realizar a oitiva pessoal do requerente juntamente com os apoiadores em audiência. Colhendo estes elementos, finda-se a fase instrutória. Se julgada procedente a causa, o juízo homologa o termo de apoio que, então, passa a ter eficácia.

É de se observar que, mesmo após a sentença de homologação, o juízo pode ser acionado pelo requerente em caso de suspeita de má-fé ou negligência por parte do apoiador, nos termos do §7°. Resta evidente que o requerente deve, portanto, manter-se atento aos atos dos apoiadores, incumbindo-lhe dever de fiscalização, o que ressalta o entendimento de que ele é capaz.

Quanto aos efeitos da tomada de decisão apoiada, emergem diversas questões, uma vez que, nos termos do §5°, o terceiro que venha a celebrar negócio jurídico com o apoiado pode requerer que os apoiadores contra-assinem o documento. Não se trata, portanto, de uma imposição necessária à consecução do negócio. Em mesmo sentido, conforme dispõe o §4°, "a decisão tomada por pessoa apoiada terá validade

[12] EHRHADT JUNIOR, Marcos; BATISTA, Bruno Oliveira de. **O negócio jurídico processual celebrado pela pessoa com deficiência e a tomada de decisão apoiada.** Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas, Santo Ângelo, v. 18, n. 31, p. 65/84, maio/ago. 2018.

e efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado". Considerando que o instituto é assentado sobre a vontade do requerente, contraditório seria admitir restrições à validade e à eficácia da decisão, uma vez que, mesmo sem a assinatura dos apoiadores, o apoiado é capaz juridicamente.

É nesse ínterim que se erige grande discussão acerca da funcionalidade do instituto, uma vez que o apoio se torna inócuo. Para Maurício Requião[13], a ausência de apoio não gera invalidade, mas reforça a sua validade, o que, mutadis mutandis, não afeta em nada a eficácia do negócio celebrado sem apoio. Joyceane Bezerra de Menezes, de sua vez, entende que:

> Não se trata da institucionalização de um palpite, pois os apoiadores ocupam um papel mais institucional na prestação de suporte à pessoa apoiada. Uma vez que aceitem o encargo, terão a responsabilidade de zelar pelos interesses da pessoa no exercício de sua capacidade legal relativamente ao que for objeto do apoio.[14]

Também é interessante ressaltar que o §6° determina que, em caso de negócio jurídico arriscado ou possivelmente prejudicial, havendo divergência, deve-se acionar o juízo competente. A condicionalidade de que seja um negócio de risco, endossa o entendimento de que a concordância do apoiador é irrelevante, porquanto o apoiado é capaz. No entanto, em caso de negócio possivelmente prejudicial, a imposição de uma decisão que desconsidere a vontade do apoiado parece contradizer a premissa anterior.

É neste âmbito que a redação do art. 1.783-A é lacunosa e ao mesmo tempo contraditória. É de se lembrar que este é o único dispositivo que trata do novel instituto de forma que as eventuais lacunas interpretativas não são solucionadas pelo texto legal e têm sido resolvidas já em juízo. Portanto, é de extrema relevância a atuação jurisprudencial nestes casos para se aferir o a solução encontrada concretamente.

---

[13] REQUIÃO, Maurício**. Estatuto da Pessoa com Deficiência, incapacidades e interdição**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 185.

[14] MENEZES, Joyceane Bezerra de. Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela lei brasileira de inclusão (lei n. 13.146/2015). *In:* **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 9, jul./ set. 2016, p. 31-57, pp. 49.

2.2 O PROCEDIMENTO DA *AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO*

Para Alberto Rizzo, Presidente do Tribunal da Província de Vicenza, a *amministrazione di sostegno* gerou uma verdadeira revolução no ordenamento italiano e representa um salto de civilidade.[15] Erigida sobre os princípios da flexibilidade, da proporcionalidade e da temporaneidade, trata-se de um instrumento que se caracteriza por ser adaptável: através deste procedimento o magistrado deve valorizar a capacidade do sujeito, de forma a "costurar o instituto sob medida" segundo as particularidades do caso concreto.[16]

É nesse sentido que, ainda que tenha sido gestada em momento anterior à Convenção, a Corte de Cassação da Itália, por meio de decisão proferida em 2012, decidiu que a *amministrazione di sostegno* é plenamente compatível com os termos convencionados, que foram ratificados pela Itália em março de 2009.[17] No entanto, não se pode negar que o instrumento italiano pode gerar incapacidade, o que foge do escopo descrito no art. 12.

Justamente partindo da possibilidade de haver incapacidade, o rol de legitimados a requererem a AdS é bastante extenso. Segundo o art. 406, que autoriza que o próprio beneficiário requeira o instituto, os sujeitos legitimados do art. 417 também podem fazê-lo. De sua vez, o art. 417, concernente às *interdizione* e *inabilitazione*, alarga o rol, incluindo também: o cônjuge, os parentes até o quarto grau, os parentes por afinidade até o segundo grau, o representante legal, o assistente legal e o Ministério Público. Em seu último parágrafo, o art. 406 ainda admite a possibilidade de autoridades de saúde darem início ao procedimento ou encaminhar o caso para o Ministério Público tomar as providências

---

[15] RIZZO, Alberto. Il punto di vista del Tribunale di Vicenza. *In*: RIZZO, Alberto; TESCARO, Mauro; TROIANO, Stefano (Org.). **L'***amministrazione di sostegno***: il modello vicentino**. Napoli, Edizione Scientifiche Italiane, 2018, p. 13-22, pp. 14.

[16] RIZZO, Alberto. Il punto di vista del Tribunale di Vicenza. *In*: RIZZO, Alberto; TESCARO, Mauro; TROIANO, Stefano (Org.). **L'***amministrazione di sostegno***:** ... *cit.* , pp. 15.

[17] ITÁLIA. Corte di Cassazione. Cassazione civile, Sez. I, sentenza n° 18320 de 25 de outubro de 2012.

cabíveis.

É de se notar, portanto, que o instituto da *amministrazione di sostegno* não parte do pressuposto de que o beneficiário é capaz. Ao contrário, antevendo a possibilidade de incapacidade, parcial ou total, permite que o instrumento seja manejado pelo mesmo rol de sujeitos autorizados a requerer a *interdizione* e a *inabilitazione*.

Além disso, o procedimento da AdS busca ser ágil, célere e facilmente acessível para atender aos interesses do beneficiário.[18] Nesse sentido, qualquer desses legitimados pode dar início pessoalmente ao procedimento através uma petição, não havendo necessidade de capacidade postulatória. É que, conforme definido pela Corte de Cassação em 2006, não há necessidade de haver constituição de procurador nos autos, por se entender que o modelo processual se distingue por natureza, estrutura e função dos processos de *interdizione* e *inabilitazione*, que tipicamente requerem o acompanhamento de um advogado.[19]

Nos termos do art. 404 do Código Civil Italiano, o órgão competente para a apreciação do pedido é o *Giudice Tutelare* de onde o beneficiário tenha residência ou domicílio. Trata-se de um órgão jurisdicional acessório aos Tribunais, sem correspondência no ordenamento brasileiro, responsável por julgar matérias relacionadas aos direitos da personalidade com maior celeridade.[20] No caso do procedimento de *amministrazione di sostegno*, o Código Civil italiano, art. 405, estabelece o prazo de 60 dias para o juízo emitir uma decisão.[21]

Importantíssimo salientar que a instrução do procedimento de AdS é composta obrigatoriamente pela oitiva pessoal do beneficiário e

---

[18] ATTISANO, M. O.; BERNABÒ, A.; BUGETTI, M. N.; CIPRIANI, G.; CLOCCHIATTI, F.; FILIPES, B. DE; DELLA, M.; GIGANTESCO, R. M.; MEA, R.; DATTOLA, F. PANUCCIO; RAGONESE, F.; RAMPOLLA, S.; SAPIO, A.; SAVARESE, S.; VIVALDI, E. **Tutela ed** *Amministrazione di Sostegno*. Cedam, 2012, p. 207.

[19] ITÁLIA. Corte di Cassazione. Cassazione civile, Sez. I, sentenza n° 25366 de 29 de novembro de 2006.

[20] MASONI, Roberto. Il Procedimento di Sostegno. *In*: BIANCHI, Angelo; MACRÌ, Pasquale Giuseppe (Orgs.). **La Valutazione delle Capacità di agire**. Cedam, 2011, cap. V.

[21] No original: "*405: Il giudice tutelare provvede entro sessanta giorni dalla data di presentazione della richiesta alla nomina dell'amministratore di sostegno con decreto motivato immediatamente esecutivo, su ricorso di uno dei soggetti indicati nell'articolo 406.*"

dos sujeitos que são considerados legitimados para mover a ação, conforme dispõe o art. 407. Somente caso entenda necessário, pode o juízo requerer que lhe sejam apresentados documentos médicos ou qualquer outro meio instrutório.

Nesse sentido, tem-se uma instrução mais simples e, portanto, compatível com o prazo de 60 dias. Por outro lado, o instituto perde em produção de provas e, sendo assim, em atenção ao caso concreto o que, de certa forma, descumpre preceitos fundamentais de um instituto que se pretende "costurado sob medida" ao beneficiário.

Ademais, a definição do conteúdo da *amministrazione di sostegno* não é fruto de deliberação das partes. O próprio Código Civil, em seu art. 405, encarrega-se de determinar o os elementos da decisão, quais sejam: i) os dados gerais da pessoa beneficiária e do administrador; ii) a duração da obrigação, que pode ser indeterminada; iii) o objeto da obrigação e os atos que o administrador tem o poder de exercer em nome e por conta do beneficiário; iv) os atos que o beneficiário pode exercer somente sob assistência do administrador; v) os limites, ainda que periódicos, de gastos que o administrador pode gerir em nome do beneficiário; vi) a periodicidade com a qual o administrador deve prestar contas aos *Giudice Tutelare*.[22]

Esses elementos podem fazer parte do pedido do requerente, de forma que ele pode indicar qual a sua preferência e vontade.[23] Ainda assim, o conteúdo final da decisão é definido pelo juízo. De qualquer forma, a capacidade do beneficiário só será limitada conforme decidido e o beneficiário conservará a sua capacidade para todos os atos que não

---

[22] No original: "*405: Il decreto di nomina dell'amministratore di sostegno deve contenere l'indicazione: 1) delle generalità della persona beneficiaria e dell'amministratore di sostegno; 2) della durata dell'incarico, che può essere anche a tempo indeterminato; 3) dell'oggetto dell'incarico e degli atti che l'amministratore di sostegno ha il potere di compiere in nome e per conto del beneficiario; 4) degli atti che il beneficiario può compiere solo con l'assistenza dell'amministratore di sostegno; 5) dei limiti, anche periodici, delle spese che l'amministratore di sostegno può sostenere con utilizzo delle somme di cui il beneficiario ha o può avere la disponibilità; 6) della periodicità con cui l'amministratore di sostegno deve riferire al giudice circa l'attività svolta e le condizioni di vita personale e sociale del beneficiario.*"

[23] LARA, Mariana Alves. **Capacidade Civil e Deficiência: entre autonomia e proteção**. D' Plácido, 2019, p. 107.

requeiram representação ou assistência, nos termos do art. 409.[24]

Assim, trata-se de um instrumento moldável ao caso concreto e que pode, portanto, tomar diversas formas. É possível que a *amministrazione di sostegno* seja tão restrita a ponto de incapacitar para somente um negócio jurídico específico, ao mesmo passo que pode ser alargada e tomar a forma de uma *interdizione*, caso em que geraria incapacidade total.[25]

Em assim sendo, trata-se de um instituto que pode gerar incapacidade, total ou parcial, e, portanto, não resta dúvida de que, havendo ato em violação ao determinado pelo juízo, é possível a sua anulação. É o que determina o art. 412: "Podem ser anulados (...) os atos exercidos pessoalmente pelo beneficiário em violação ao disposto em lei ou ao conteúdo da decisão judicial que instituiu a *amministrazione di sostegno*."[26]

Um ponto de convergência entre os dois institutos é a previsão do art. 410, que dispõe que, em caso de divergência, deve a questão ser levada para decisão em juízo. No entanto, no caso italiano, considerando a incapacidade parcial determinada pelo decreto e o consequente poder de representação do administrador, a opção legislativa se mostra coerente, ao mesmo passo que não ignora o interesse e a vontade do beneficiário.

Por fim, é relevante destacar que, embora a Lei n° 6 de 2004 tenha se ocupado de fazer uma reforma mais acentuada no Código Civil italiano e que todo o Título concernente tenha sido reestruturado com este objetivo, existe uma notável desordem e incoerência nos dispositivos que tratam da *amministrazione di sostegno*.[27] A matéria processual do instituto é tida não apenas no Código Civil Italiano, mas também na

---

[24] No original: "*409: Il beneficiario conserva la capacità di agire per tutti gli atti che non richiedono la rappresentanza esclusiva o l'assistenza necessaria dell'amministratore di sostegno.*"

[25] CALVO, Roberto; CIATTI, Alessandro. **Diritto Privato**. 5ªed. Bologna, 2017, p. 617.

[26] No original: "*412: Possono essere parimenti annullati su istanza dell'amministratore di sostegno, del beneficiario, o dei suoi eredi ed aventi causa, gli atti compiuti personalmente dal beneficiario in violazione delle disposizioni di legge o di quelle contenute nel decreto che istituisce l'amministrazione di sostegno.*"

[27] MASONI, Roberto. Il Procedimento di Sostegno. *In*: BIANCHI, Angelo; MACRÌ, Pasquale Giuseppe. **La Valutazione delle Capacità di agire** (Org.). Cedam, 2011, cap. V.

codificação processual, que faz remissões diversas vezes ao procedimento de *interdizione* e *inabilitazione*. Para Ferruccio Tomasseo, isto se dá pela substancial identidade entre as duas matérias.[28] No entanto, este entendimento subverte todo o substrato teórico e a própria função atribuída à *amministrazione di sostegno* e culmina em uma aproximação indesejada entre os institutos.

3. PANORAMA PRÁTICO

3.1. DA TOMADA DE DECISÃO APOIADA

A fim de avaliar como a magistratura brasileira vem aplicando a tomada de decisão apoiada, realizou-se pesquisa jurisprudencial através das plataformas de consulta online de decisões judiciais.

A consulta feita à plataforma do Supremo Tribunal Federal (STF) demonstrou não haver nenhuma decisão da Corte Suprema do Brasil acerca de tomada de decisão apoiada. O Superior Tribunal de Justiça (STJ), de sua vez, tem um único acórdão julgado e publicado, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, em que decide, em conformidade com o substrato teórico da TDA[29]:

> A esse respeito, anote-se que a Lei 13.146/2015 – Estatuto da Pessoa com Deficiência – expressamente reconheceu a marca de profunda excepcionalidade que deve nortear o eventual decreto de interdição da pessoa portadora de deficiência, tornando preferível que se adote o procedimento de tomada de decisão apoiada (art. 1783-A do CC/2002), que, com muito mais razão, deve ser aplicado à hipótese em exame.[30]

Considerando que se trata de um instrumento cuja jurisdição é voluntária, poucos são os casos de interposição de recurso que remeta a

[28] TOMASSEO, F. Il procedimento de ammissione all'*amministrazione di sostegno*. *In*: PATTI, S. (Org.) **Quaderni Familia**. N° 1, Giufrè, Milano, 2002, p. 144.

[29] A pesquisa foi realizada no dia 15/03/2020 utilizando a expressão "tomada adj2 decisão adj1 apoiada" no campo de "Pesquisa Livre" da plataforma de busca de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

[30] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n° 1.645.612/SP. Terceira Turma. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Data do julgamento: 16/10/2018; Data da publicação: 12/11/2018.

causa para as instâncias superiores, o que justifica a escassez de decisões. Dessa forma, a fim de colher dados mais verossímeis, decidiu-se analisar as decisões de primeiro grau.

Objetivou-se, inicialmente, colher informações junto a estados de diversas regiões do Brasil, contudo esta pretensão logo se frustrou diante da realidade de que pouquíssimos estados disponibilizam mecanismos de busca referente às decisões de primeira instância. Dos vinte e seis estados e o Distrito Federal, somente Alagoas, Ceará, Goiás, Minas Gerais, Rio Grande do Sul, São Paulo e Tocantins permitem a consulta públicas das sentenças.

Além deste fator limitante, outra constrição surgiu: a viabilidade da pesquisa junto às plataformas existentes. Parte delas não permite a busca pelo termo exato "tomada de decisão apoiada" de forma que a busca pelas palavras em ordem aleatória alargava, e muito, os resultados encontrados, para além do objetivado por esta pesquisa.

Considerando estes fatores, a busca se restringiu a somente três estados que, além de disponibilizarem as sentenças publicamente, também dispõem de seguros mecanismos de busca: Ceará, Minas Gerais e São Paulo. A pesquisa foi realizada considerando todas as sentenças publicadas até o dia 17/05/2019. Ao buscar o termo exato "tomada de decisão apoiada", obteve-se 717 sentenças, sendo elas:

Tabela 3.1.1

	Nº DE SENTENÇAS CONTENDO O TERMO EXATO "TOMADA DE DECISÃO APOIADA"
CEARÁ	209
MINAS GERAIS	97
SÃO PAULO	408
TOTAL	714

A leitura destas 714 sentenças, contudo, demonstra que o instituto da tomada de decisão apoiada não é aplicado. Confira os dados colhidos:

Tabela 3.1.2.

	Nº DE SENTENÇAS QUE HOMOLOGARAM A TDA	Nº DE SENTENÇAS QUE DETERMINARAM A CURATELA	Nº DE SENTENÇAS COM OUTRO DISPOSITIVO[31]
CEARÁ	1	194	14
MINAS GERAIS	2	86	9
SÃO PAULO	4	379	25
TOTAL	7	659	48

O dado mais importante colhido mediante essa pesquisa é o que demonstra a adoção, na imensa maioria dos casos, da curatela. Desconsiderada a última coluna da direita, tem-se 666 ações, das quais 98,9% optam pela curatela. Isto sem considerar todas as demais sentenças que deferem a curatela sem nem ao menos citar a tomada de decisão apoiada e que não apareceram na busca. Portanto, entre tomada de decisão apoiada e curatela, a porcentagem 98,9% é ainda menor do que a realidade.

Importa salientar que a escolha pela curatela é também consequência de que pouquíssimos são os casos cujo pedido é a tomada de decisão apoiada. Ao contrário, em sua maioria, o pedido da parte é pela curatela e o magistrado apenas menciona o termo "tomada de decisão apoiada" em sua fundamentação, sobretudo ao citar o art. 85, §2º, do EPD, que dispõe que "a curatela constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado".

Em seguida, muitos juízes se ocupam de explicar as razões de afastarem a tomada de decisão apoiada, ainda que procedimentalmente isto não fosse ser admitido na maior parte dos casos devido à ilegitimidade ativa. É interessante observar que os magistrados entendem, em inúmeros casos, que: "afigura-se insuficiente para o resguardo de seus interesses, o instituto da tomada de decisão apoiada", como fundamenta

[31] Algumas das sentenças analisadas não continham em seu dispositivo resultado relevante para esta pesquisa. São, em sua maioria, casos em que o pedido é considerado improcedente. Com menor incidência, são também ações repetidas pelo sistema de busca ou cujo tema não tem conexão com o objeto de estudo aqui tratado. É o que resta destacado na última coluna da direita da tabela acima.

o Juiz de Direito do Estado do Ceará, Dr. Tiago Dias da Silva no processo de nº 0008962-90.2017.8.06.0028, publicado em 27/09/2018. Ou ainda, como decide o Juiz de Direito do Estado de São Paulo, Dr. Frederico Augusto Monteiro de Barros, "impossível se mostra, no caso sub examine, a adoção de medida menos restritiva, tal como a tomada de decisão apoiada" no processo de nº 1020287-68.2017.8.26.0196, publicado em 19/03/2018.

Importante salientar que este modelo de fundamentação se repete inúmeras vezes e até mesmo extrapola a jurisdição dos estados: algumas se repetem em estados distintos. Fundamentações como as aqui citadas são adotadas pela imensa maioria dos magistrados, o que demonstra um posicionamento quase unânime, ainda que a repetição exata dos termos seja, no mínimo, curiosa.

Tem-se, portanto, um cenário nos estados de Ceará, Minas Gerais e São Paulo, até a data de 17/05/2019, de 7 apoiados ao todo. Em que pese o entendimento proferido pela Ministra Nancy Andrighi, a magistratura brasileira tem, em massa, entendido pela inaplicabilidade do novel instituto, ao passo que a curatela está muito longe de ser, materialmente, excepcional ou extraordinária. É a demonstração do fracasso da introdução do apoio no ordenamento brasileiro, atendendo a um número ínfimo de pessoas e perpetuando a substituição como a medida predominantemente adotada.

3.2. DA *AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO*

A avaliação da prática da *amministrazione di sostegno* foi feita, em sua maioria, mediante a consulta à bibliografia referente ao tema. Considerados os dezesseis anos de vigência da lei que introduziu o instituto em seu ordenamento, a doutrina italiana já dispõe de vasto acervo acerca não só de seus aspectos teóricos, mas também de sua aplicação.

É de se ressaltar que a Lei nº 6 de 2004 que instituiu a norma da AdS é regulada por leis regionais que constituem microssistemas, de forma que a aplicação do instituto varia conforme a legislação de cada região italiana. Ressalte-se, a título de exemplo, a Região Autônoma de Trentino que instituiu, por meio da Lei nº 4 de 16 de março de 2011, a "Mesa de Consulta e Proposta", composta por autoridades da área da saúde, dirigentes de políticas sanitárias, juízes, advogados e políticos, cuja função é promover o instituto. Tem-se na região da Toscana, em

mesmo sentido, a instituição do projeto de "Experimentação de procedimentos para gestão do instituto da *amministrazione di sostegno*", cujo objetivo é organizar um serviço gratuito de informação e consultoria legal aos cidadãos.[32]

De imediato, percebe-se uma organização e estruturação particular de cada região, que por sua vez são divididas em províncias, e, portanto, a eminente variabilidade e complexidade existente quanto à aplicação da AdS. Ainda que essa heterogeneidade dificulte a obtenção de um panorama geral, é possível confirmar a alta taxa de adoção do instituto no ordenamento italiano.

Na região de Friul-Veneza Júlia, por exemplo, tem-se os seguintes dados que demonstram a evolução temporal da adoção da AdS:

Tabela 3.2.1:[33]

	PROCEDIMENTOS INICIADOS	PROCEDIMENTOS FINALIZADOS	TOTAL
ANO DE 2005	486	76	562
ANO DE 2006	733	217	950
ANO DE 2007	806	301	1.107
ANO DE 2008	1.119	318	1.437
ANO DE 2009	1.075	469	1.544
ANO DE 2010	1.433	727	2.160

Conforme aponta a doutrina, a tendência de crescimento verificada nos dados acima é comum a todas as regiões italianas. Importa salientar que os dados incluem não só aqueles cujo pedido é originariamente pelo instituto, mas também a reabertura de processos de antigas

[32] ATTISANO, M. O.; BERNABÒ, A.; BUGETTI, M. N.; CIPRIANI, G.; CLOCCHIATTI, F.; FILIPES, B. DE; DELLA, M.; GIGANTESCO, R. M.; MEA, R.; DATTOLA, F. PANUCCIO; RAGONESE, F.; RAMPOLLA, S.; SAPIO, A.; SAVARESE, S.; VIVALDI, E. **Tutela ed** *Amministrazione di Sostegno*. Cedam, 2012, p. 290.

[33] ATTISANO, M. O.; BERNABÒ, A.; BUGETTI, M. N.; CIPRIANI, G.; CLOCCHIATTI, F.; FILIPES, B. DE; DELLA, M.; GIGANTESCO, R. M.; MEA, R.; DATTOLA, F. PANUCCIO; RAGONESE, F.; RAMPOLLA, S.; SAPIO, A.; SAVARESE, S.; VIVALDI, E. **Tutela ed** *Amministrazione di Sostegno*. Cedam, 2012, p. 293.

interdiziones, requerendo a sua conversão em *amministrazione di sostegno*.[34]

É nessa seara que é importante apontar para os dados colhidos que confrontam a adoção das diversas medidas. Resta evidente, como sugerido pela bibliografia, a supremacia da *amministrazione di sostegno* sobre as demais medidas de intervenção. A seguir, tem-se os dados referentes à província de Vicenza, pertencente à região de Veneto, ao longo do ano de 2018.

Tabela 3.2.2:[35]

	Nº DE PROCEDIMENTOS	PORCENTAGEM
Amministrazione di sostegno	3.803	73,76%
Interdizione	1.116	21,64%
Inabilitazione	237	4,60%
TOTAL	5.156	100,00%

Inflado por dados como os apontados acima, tramita atualmente na Itália o projeto de lei, proposto em 23 de janeiro de 2014, que propõe a revogação dos institutos tradicionais da *interdizione* e *inabilitazione*, consagrando a AdS como o instituto de intervenção em casos de incapacidade. Para Letizia Davoli, a proposta reflete não só o sucesso da adoção da medida de apoio, mas também a capacidade de a *amministrazione di sostegno* de se estender e assumir todos os casos de incapacidade.[36] O quê, por assim dizer, implica admitir que a projeto de lei não

[34] ATTISANO, M. O.; BERNABÒ, A.; BUGETTI, M. N.; CIPRIANI, G.; CLOCCHIATTI, F.; FILIPES, B. DE; DELLA, M.; GIGANTESCO, R. M.; MEA, R.; DATTOLA, F. PANUCCIO; RAGONESE, F.; RAMPOLLA, S.; SAPIO, A.; SAVARESE, S.; VIVALDI, E. **Tutela ed Amministrazione …** *cit***.** p. 295.

[35] RIZZO, Alberto. Il punto di vista del Tribunale di Vicenza. In: RIZZO, Alberto; TESCARO, Mauro; TROIANO, Stefano (Org.). **L'***amministrazione di sostegno***: il modello vicentino**. Napoli, Edizione Scientifiche Italiane, 2018, p. 13-22, pp. 16.

[36] DAVOLI, Letizia. **No all'***interdizione***, sì ad un'***amministrazione di sostegno* **estensiva e personalizzata.** 2017. Disponível em: https://www.personaedanno.it/articolo/no-all-*interdizione*-s-ad-un-amministrazione-di-sostegno-estensiva-e-personalizzata. Acesso em 16/03/2020.

revoga, materialmente, a *interdizione* e a *inabilitazione*.

É importante, nesse âmbito, apontar algumas críticas feitas pela doutrina. Dentre elas, tem-se que o aumento exponencial de pedidos pela *amministrazione di sostegno* acarretou em um elevado volume de processos. Assim, é de se apontar que o *Giudice Tutelare* é órgão meramente acessório do Tribunal e nem sempre dispõe de recursos para julgar tantos casos com a cautela e meticulosidade que o instituto pressupõe.[37]

Somando-se a sobrecarga de serviço à prescindibilidade de acompanhamento por parte de um advogado e à inexistência de obrigatoriedade de perícia médica ou acompanhamento multidisciplinar, tem-se a tendência de se obter sentenças de teor genérico e rígido, o que aproxima a figura do administrador à do interditor.[38] Considerando este cenário, o projeto de lei pode, ao contrário do que se pressupõe, consagrar um instituto que, com vestes de apoio, mantém a tradicional *interdizione*, não só existente, como também velada no ordenamento italiano.

4. ANÁLISE COMPARADA

Toda a análise teórica e prática feita anteriormente aponta para dados muito interessantes do ponto de vista comparativo funcional. É, aliás, sobre a proximidade funcional de cada um dos institutos que o presente estudo se erige: ambos propõem uma forma de intervenção alternativa às típicas medidas substitutivas existentes até então.

Na tentativa de atender a esse pressuposto, ambos os institutos se assentam sobre a ideia de flexibilidade e proporcionalidade. E, nesse sentido, supõem especial atenção ao caso concreto. No entanto, as formas de atingir esse objetivo foram delineadas de maneiras muito diferentes pelos legisladores de cada país.

É de se ressaltar, preliminarmente, a previsão de capacidade ou

---

[37] MANZON, Enriso. L'*amministrazione di sostegno* e l'organizzazione giudiziaria. *In*: RIZZO, Alberto; TESCARO, Mauro; TROIANO, Stefano (Org.). **L'*amministrazione di sostegno*: il modello vicentino**. Napoli, Edizione Scientifiche Italiane, 2018, p. 23-27, pp. 24.

[38] PASE, Anna. Il ruolo dell'avvocato (con particolare riguardo alla situazione vicentina). *In*: RIZZO, Alberto; TESCARO, Mauro; TROIANO, Stefano (Org.). **L'*amministrazione di sostegno*: il modello vicentino**. Napoli, Edizione Scientifiche Italiane, 2018, p. 41-58, pp. 58.

não do beneficiário da ação: tal distinção tem implicações fundamentais sobre os institutos. A legitimação ativa e a própria redação do termo de apoio são construídas de maneira diversas, considerando que o modelo brasileiro delega ao beneficiário papel fundamental em todas as etapas, diferentemente do instituto italiano.

Ademais, quanto à competência, tem-se que o ordenamento italiano designou um órgão acessório cuja jurisdição é especificamente concernente à matéria, separada da jurisdição comum dos tribunais. No Brasil, a competência é da Justiça Comum e, nesse sentido, implica todos os pressupostos da ação, inclusive a capacidade postulatória, que é prescindível no procedimento italiano.

Os atos processuais que constituem o procedimento também são bastante diversos. Considerando que o Código Civil italiano impõe um prazo de 60 dias para a prolação da decisão, encurta-se bastante os atos da fase instrutória. Este encurtamento pode ser bastante criticado e a tomada de decisão apoiada, nesse sentido, atende melhor ao conceito biopsicossocial da deficiência, ao impor a necessidade de acompanhamento por uma equipe multidisciplinar.[39]

Por fim, os efeitos da determinação judicial são bastante diferentes, também sendo consequência da (in)capacidade do beneficiário. Ao passo que a decisão italiana pode gerar incapacidade, parcial ou totalmente, a brasileira não tem o mesmo condão. Em assim sendo, enquanto o beneficiário italiano é resguardado pela eventual invalidação de ato que viole a decisão judicial, o apoiado brasileiro não dispõe da mesma

---

[39] Segundo o Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei n° 13.146/2015, em seu art. 2°, §1°, a avaliação da deficiência deve se dar de maneira multifatorial, considerando os aspectos biopsicossociais, além de ser realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar.
Essa previsão coaduna com o entendimento mais recente acerca do conceito de deficiência, conforme explicitado por Elisabete Ferreira Mangia, Melissa Tieko Muramoto e Selma Lancman, que esclarecem que a deficiência extrapola a lesão por si só, mas deve ser entendida como fruto da associação da experiência biológica, psicológica e social advinda da lesão. MANGIA, Elisabete Ferreira; MURAMOTO, Melissa Tieko; LANCMAN, Selma. Classificação internacional de funcionalidade e incapacidade e saúde (CIF): processo de elaboração e debate sobre a questão da incapacidade. *In:* **Revista de Terapia Ocupacional da Universidade de São Paulo**, v. 19, n. 2, p. 121-130, maio/ago, 2008, pp 126.

proteção.

A insuficiência da tomada de decisão apoiada enquanto medida de intervenção é, inclusive, apontada por muitos magistrados que afastam a sua aplicação. Ocorre que ela não atende à pretensão da parte que, despendendo de esforços e recursos, objetiva alguma espécie de proteção ao acionar Poder Judiciário.

De outro lado, tem-se na Itália um instituto massivamente adotado, que relegou às demais medidas de intervenção caráter residual. Considerada como um instituto da moda,[40] contudo, o elevado volume de processos deve ser tido não apenas como um sinal de sucesso, mas como indicador da necessidade de maiores investimentos que garantam, de fato, a aplicação de apoio, sobretudo, quando considerada a tendência de tornar a *amministrazione di sostegno* a única medida legal de intervenção em caso de incapacidade.

5. CONCLUSÃO

Descritas as convergências e divergências teórico-práticas dos dois institutos, resta evidente que as diferenças superam as similaridades. Para além dos aspectos materiais e processuais, a prática jurisprudencial de cada ordenamento é diametralmente oposta na aplicação do apoio, o que contraria os ecos de parte da doutrina brasileira.

Enquanto a norma que instituiu a tomada de decisão apoiada é ineficaz no ordenamento brasileiro, o ordenamento italiano tem uma longa trajetória com a *amministrazione di sostegno*, apresentando uma legislação complexa, uma doutrina densa, bem como uma jurisprudência que, de fato, constrói e aplica o apoio.

No entanto, tem-se que admitir a existência de uma convergência um tanto quanto paradoxal. É inequívoco que as medidas substitutivas continuam vigentes, formal e materialmente, em sentido contrário ao proposto pela Convenção - ainda que ambos os países lhe estejam vinculados. Seja afastando diretamente a aplicação de medida de apoio, como no caso do Brasil, seja aproximando os dois institutos procedimental e materialmente, como na Itália, fato é que as medidas incapacitantes

[40] PASE, Anna. Il ruolo dell'avvocato (con particolare riguardo alla situazione vicentina). In: RIZZO, Alberto; TESCARO, Mauro; TROIANO, Stefano (Org.). **L'*amministrazione di sostegno*: il modello vicentino**. Napoli, Edizione Scientifiche Italiane, 2018, p. 41-58, pp. 58.

seguem sendo parte da prática forense em ambos os ordenamentos.

Considerando este cenário, importa indagar sobre a identidade remanescente entre apoio e substituição e, por assim dizer, como tornar o apoio autônomo, porém sem perder a funcionalidade. A obrigatoriedade de acompanhamento por equipe multidisciplinar, por exemplo, parece ser um acerto dentre os vários erros do legislador brasileiro. De outro lado, a existência de uma jurisdição própria e à parte para a aplicação do apoio, como na Itália, o torna mais acessível e adequado à típica urgência destes casos. De uma forma ou de outra, várias são as adaptações que devem ser feitas para que o apoio deixe de ser mera ambição.

E, para além da disso, é de suma importância observar que se na Itália, cujo sistema é completamente voltado para a AdS, ainda há reminiscências da substituição, parece pertinente rever as inúmeras críticas feitas às medidas substitutivas. Atendendo ou não às pretensões da CDPD, a permanência dessas medidas nos dois ordenamentos jurídicos analisados demonstra que a incapacidade é uma realidade da prática judicial. E, se o mundo jurídico se vale dos fatos da vida e por eles é constituído,[41] não seria exagero assumir que a incapacidade é um fato da vida.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. Teoria Geral da Relação Jurídica. Coimbra: Almedina, vol. I, 1997.

ATTISANO, M. O.; BERNABÒ, A.; BUGETTI, M. N.; CIPRIANI, G.; CLOCCHIATTI, F.; FILIPES, B. DE; DELLA, M.; GIGANTESCO, R. M.; MEA, R.; DATTOLA, F. PANUCCIO; RAGONESE, F.; RAMPOLLA, S.; SAPIO, A.; SAVARESE, S.; VIVALDI, E. Tutela ed Amministrazione di Sostegno. Cedam, 2012.

BACH M, KERZNER L. A new paradigm for protecting autonomy and the right to legal capacity. Ontario, Canada: Prepared for the Law Commission of Ontario; October 2010. Available from URL: http://www.lco-cdo.org/disabilities/bach-kerzner.pdf. Acesso em 08 de março de 2019.

BOCCHINI, Fernando; QUADRI, Enrico. Diritto Privato. Ed. G. Gia-

[41] MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 26.

ppichelli Editore, 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n° 1.645.612/SP. Terceira Turma. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Data do julgamento: 16/10/2018; Data da publicação: 12/11/2018.

CALVO, Roberto; CIATTI, Alessandro. Diritto Privato. 5ªed, Bologna, 2017.

DAVOLI, Letizia. No all'interdizione, sì ad un'amministrazione di sostegno estensiva e personalizzata. 2017. Disponível em: https://www.personaedanno.it/articolo/no-all-interdizione-s-ad-un-amministrazione-di-sostegno-estensiva-e-personalizzata. Acesso em 16/03/2020.

EHRHADT JUNIOR, Marcos; BATISTA, Bruno Oliveira de. O negócio jurídico processual celebrado pela pessoa com deficiência e a tomada de decisão apoiada. Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas, Santo Ângelo, v. 18, n. 31, p. 65/84, maio/ago. 2018.

FIUZA, César. Tomada de Decisão Apoiada. In: PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (Org.). A Teoria das Incapacidade e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. 2 ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 153-164, pp. 154

FRANÇA, TH. Modelo Social da Deficiência: uma ferramenta sociológica para a emancipação social. In: Lutas Sociais, 2013; 17(31):59-73.

ITÁLIA. Corte di Cassazione. Cassazione civile, Sez. I, sentenza n° 25366 de 29 de novembro de 2006.

ITÁLIA. Corte di Cassazione. Cassazione civile, Sez. I, sentenza n° 18320 de 25 de outubro de 2012.

KÜMPEL, Vitor Frederico; BORGARELLI, Bruno de Ávila. Tomada de Decisão Apoiada: novos rumos, velhos erros. In: Migalhas. 24/07/2018. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/Registralhas/98,MI284289,-101048-Tomada+de+decisao+apoiada+novos+rumos+velhos+erros. Acesso em 11 abr 2019

LARA, Mariana Alves. Capacidade Civil e Deficiência: entre autonomia e proteção. D' Plácido, 2019.

LARA, Mariana Alves; MARQUES, Flávia da Terra C.. O Sistema de Apoio à Pessoa com Deficiência: Análise Comparada da Tomada de Decisão Apoiada e da Amministrazione di Sostegno. In: Anais do 17° Congresso

de Direito Internacional Privado, 2019, p. 462-445.

MANGIA, Elisabete Ferreira; MURAMOTO, Melissa Tieko; LANCMAN, Selma. Classificação internacional de funcionalidade e incapacidade e saúde (CIF): processo de elaboração e debate sobre a questão da incapacidade. In: Revista de Terapia Ocupacional da Universidade de São Paulo, v. 19, n. 2, p. 121-130, maio/ago, 2008, pp 126.

MANZON, Enriso. L'amministrazione di sostegno e l'organizzazione giudiziaria. In: RIZZO, Alberto; TESCARO, Mauro; TROIANO, Stefano (Org.). L'amministrazione di sostegno: il modello vicentino. Napoli, Edizione Scientifiche Italiane, 2018, p. 23-27, pp. 24.

MASONI, Roberto. Il Procedimento di Sostegno. In: BIANCHI, Angelo; MACRÌ, Pasquale Giuseppe (Orgs.). La Valutazione delle Capacità di agire. Cedam, 2011, cap. V.

MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da existência. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre a Proteção da Pessoa com Deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: Civilística.com, Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, jan-jun. 2015, p. 2-27.

_____. Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela lei brasileira de inclusão (lei n. 13.146/2015). In: Revista Brasileira de Direito Civil, v. 9, jul./ set. 2016, p. 31-57.

PASE, Anna. Il ruolo dell'avvocato (con particolare riguardo alla situazione vicentina). In: RIZZO, Alberto; TESCARO, Mauro; TROIANO, Stefano (Org.). L'amministrazione di sostegno: il modello vicentino. Napoli, Edizione Scientifiche Italiane, 2018, p. 41-58.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol. 1. Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral de Direito Civil. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

REQUIÃO, Maurício. Estatuto da Pessoa com Deficiência, incapacidades e interdição. Salvador: JusPodivm, 2016.

RIZZO, Alberto. Il punto di vista del Tribunale di Vicenza. In: RIZZO, Alberto; TESCARO, Mauro; TROIANO, Stefano (Org.). L'amministrazione di sostegno: il modello vicentino. Napoli, Edizione Scientifiche Italiane,

2018, p. 13-22.

ROSENVALD, Nelson. A Tomada de Decisão Apoiada. In: Carta Forense. 03/11/2015. Disponível em: http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-tomada-da-decisao-apoiada/15956. Acesso em 11 abr 2019;

SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. Autonomia privada e vulnerabilidade: o direito civil e a diversidade democrática. In: LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna (Org.). Autonomia e Vulnerabilidade. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. p. 1-9.

STANCIOLI, Brunello Souza. "Sobre a Capacidade de Fato da Criança e do Adolescente: Sua Gênese e Desenvolvimento na Família". Porto Alegre, Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, nº 02, jul-ago-set, 1999, p. 37-42.

STEFANO, Franco de; CRESCENZI, Annamaria; SEBASTIANO, Maria Teresa. Il Procedimento di interdizione, Inabilitazione e Amministrazione di Sostegno. Giufrèe, Milano, 2011.

TOMASSEO, F. Il procedimento de ammissione all'amministrazione di sostegno. In: PATTI, S. (Org.) Quaderni Familia. Nº 1, Giufrè, Milano, 2002.

ZWEIGERT, Konrad; KOETZ, Hein. An Introduction to Comparative Law. Translated by Tony Weir. 3 ed. Oxford: Oxford University Press, 1998.