

Hideliza Boechat Cabral
Alinne Arquette
Karla de Mello Silva
ORGANIZADORAS

20 ANOS

Avanços e dilemas no
vintênio do Código Civil
principiológico

Hideliza Boechat Cabral
Alinne Arquette
Karla de Mello Silva
ORGANIZADORAS

20 ANOS

Avanços e dilemas no
vintênio do Código Civil
principiológico

Copyright © 2022 Encontrografia Editora. Todos os direitos reservados.

É proibida a reprodução parcial ou total desta obra sem a expressa autorização dos autores e/ou organizadores.

Editor científico

Décio Nascimento Guimarães

Editora adjunta

Tassiane Ribeiro

Coordenadoria técnica

Gisele Pessin

Fernanda Castro Manhães

Direção de arte

Carolina Caldas

Design

Kevin Lucas Ribeiro Areas (*ad hoc*)

Foto de capa

Nadini Mádhava

Assistente de revisão

Letícia Barreto

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Avanços e dilemas no vintênio do código civil
principiológico [livro eletrônico] /
organização Hildeliza Lacerda Tinoco
Boechat Cabral, Alinne Arquette Leite
Novais, Karla de Mello Silva. -- 1. ed. --
Campos dos Goytacazes, RJ : Encontrografia
Editora, 2022.
PDF.

Vários autores.
Bibliografia.
ISBN 978-65-5456-016-0

1. Direito civil I. Cabral, Hildeliza Lacerda
Tinoco Boechat. II. Novais, Alinne Arquette Leite.
III. Silva, Karla de Mello.

22-138932

CDU-347(81)

índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Direito civil 347(81)

Aline Grazielle Benitez - Bibliotecária - CRB-1/3129

DOI: 10.52695/978-65-5456-016-0

encontrografia

Encontrografia Editora Comunicação e Acessibilidade Ltda.
Av. Alberto Torres, 371 - Sala 1101 - Centro - Campos dos Goytacazes - RJ
28035-581 - Tel: (22) 2030-7746
www.encontrografia.com
editora@encontrografia.com

Comitê científico/editorial

Prof. Dr. Antonio Hernández Fernández – UNIVERSIDAD DE JAÉN (ESPAÑA)

Prof. Dr. Carlos Henrique Medeiros de Souza – UENF (BRASIL)

Prof. Dr. Casimiro M. Marques Balsa – UNIVERSIDADE NOVA DE LISBOA (PORTUGAL)

Prof. Dr. Cássius Guimarães Chai – MPMA (BRASIL)

Prof. Dr. Daniel González – UNIVERSIDAD DE GRANADA (ESPAÑA)

Prof. Dr. Douglas Christian Ferrari de Melo – UFES (BRASIL)

Prof. Dr. Eduardo Shimoda – UCAM (BRASIL)

Prof.^a Dr.^a Emilene Coco dos Santos – IFES (BRASIL)

Prof.^a Dr.^a Fabiana Alvarenga Rangel – UFES (BRASIL)

Prof. Dr. Fabrício Moraes de Almeida – UNIR (BRASIL)

Prof. Dr. Francisco Antonio Pereira Fialho – UFSC (BRASIL)

Prof. Dr. Francisco Elias Simão Merçon – FAFIA (BRASIL)

Prof. Dr. Iêdo de Oliveira Paes – UFRPE (BRASIL)

Prof. Dr. Javier Vergara Núñez – UNIVERSIDAD DE PLAYA ANCHA (CHILE)

Prof. Dr. José Antonio Torres González – UNIVERSIDAD DE JAÉN (ESPAÑA)

Prof. Dr. José Pereira da Silva – UERJ (BRASIL)

Prof.^a Dr.^a Magda Bahia Schlee – UERJ (BRASIL)

Prof.^a Dr.^a Margareth Vetus Zaganelli – UFES (BRASIL)

Prof.^a Dr.^a Martha Vergara Fregoso – UNIVERSIDAD DE GUADALAJARA (MÉXICO)

Prof.^a Dr.^a Patricia Teles Alvaro – IFRJ (BRASIL)

Prof.^a Dr.^a Rita de Cássia Barbosa Paiva Magalhães – UFRN (BRASIL)

Prof. Dr. Rogério Drago – UFES (BRASIL)

Prof.^a Dr.^a Shirlena Campos de Souza Amaral – UENF (BRASIL)

Prof. Dr. Wilson Madeira Filho – UFF (BRASIL)

Este livro passou por avaliação e aprovação às cegas de dois ou mais pareceristas *ad hoc*.

Sumário

Apresentação.....	10
Prefácio.....	13
1. Sem medo de errar: a necessidade de uma (re)visita ao erro de direito como causa de anulação de negócios jurídicos.....	23
Cristiano Chaves de Farias	
2. A vulnerabilidade da mulher e a violência obstétrica, apesar da expansão dos direitos existenciais no vintênio do Código Civil	48
Hideliza Lacerda Tinoco Boechat Cabral	
Alinne Arquette	
Luiz Felipe Barbosa de Souza	
3. Contratação (in)válida de empréstimo por idosos hipervulneráveis – uma análise necessária em busca da preservação da sua dignidade	62
Alinne Arquette	
Carlos Henrique Medeiros de Souza	
4. A alienação parental, a erosão do vínculo e o desafio da restauração dos laços afetivos	85
Carlos Magno de Mello Silva	
Hideliza Lacerda Tinoco Boechat Cabral	
Karla de Mello Silva	
5. A afetividade como paradigma da família contemporânea e o dever de cuidado	99
Hideliza Lacerda Tinoco Boechat Cabral	
Luiz Felipe Barbosa de Souza	
6. Danos à imagem quando se trata de homenagem	112
Aline Souza Tinoco Gomes de Melo	
Milena de Oliveira Freitas	
Carlos Henrique Medeiros de Souza	

7. Evolução da filiação sob a égide do Código Civil: da importância do DNA à socioafetividade	126
Maria Ester Mendes Moreira Mota	
Isabella Christina Oliveira da Silva	
Raquel Veggi Moreira	
8. A evolução dos direitos femininos no vigente Código Civil: as conquistas sociais das mulheres	139
Carina de Souza Poubel Tostes	
Carolina Castelo Branco Azevedo Almeida	
9. Isonomia sucessória entre cônjuge e companheiro: análise do Recurso Extraordinário nº 878.694 do STF	152
Milena de Oliveira Freitas	
Palloma Gonçalves dos Santos	
Leandro Silva Costa	
10. Expressão e anonimato: os direitos de personalidade em publicações digitais e as fake news sobre a Covid-19	167
Fernando Basílio dos Santos	
Sabrina de Oliveira Borges	
Fernanda Castro Manhães	
11. Direito à laje	185
Luiz Felipe Barbosa de Souza	
Adilson Poubel de Castro Júnior	
Carollina Lessa Poubel	
12. Doação inoficiosa: (im)prescritibilidade	197
Bruna Diniz Pereira	
13. A pandemia de Covid-19 e suas implicações no direito civil: um olhar sobre o acesso à saúde pública	211
Ana Paula Borges de Souza	
Gilson Borges de Souza	
Fernanda Castro Manhães	
14. Formas alternativas de resolução de conflitos: o dever de cooperação na constitucionalização do direito civil e processual civil	229
Nilo Lima de Azevedo	
Bruna Marcelle Bastos Dias Marinho	

15. A <i>time-sharing</i> no Brasil	244
Elias José de Almeida	
16. A monetização da imagem infantil na era digital e o ônus de sustentar os próprios pais	255
Gabrielle da Silva Oliveira Machado	
Hideliza Lacerda Tinoco Boechat Cabral	
17. Abandono material e a ostentação do devedor de alimentos em redes sociais	272
Sandy Oliveira Campos	
Hideliza Lacerda Tinoco Boechat Cabral	

Apresentação

Senti-me muito feliz e honrada com o convite das doutoras Alinne Arquette e Hildeliza Boechat para o mister de organizar uma obra comemorativa dos 20 anos do vigente diploma civil brasileiro, que acertou ao adotar o modelo principiológico, aberto e oxigenado, mudando os rumos do Direito Civil, que há muito necessitava se render a um novo paradigma capaz de atender os anseios de uma sociedade cada vez mais exigente e tecnológica.

Se por um lado é certo que o Código Civil de 2002¹ buscou vencer os dogmas de um direito essencialmente patrimonialista inerentes ao revogado, por outro assumiu a desafiadora missão de firmar uma principiologia à luz da Carta Cidadã, estribado em três referenciais, quais sejam a eticidade, a socialidade e a operabilidade, cada um com suas especificidades visando, em última análise, a afirmação da dignidade — valor maior do ordenamento jurídico. Assim, a eticidade, inspirando-se nas questões éticas como o respeito e a tutela da dignidade da pessoa humana, que se tornou um axioma não só constitucional, mas um fio condutor que passou a orientar todas as relações privadas e pautadas pela boa-fé nas condutas de lisura que passaram a permear os negócios jurídicos a partir daquele novo tempo; a socialidade, que estabeleceu um marco no qual a solidariedade e a função social passaram a integrar a normativa implícita apta a disciplinar as condutas e relações entre os pares e, por fim, a operabilidade, que com força principiológica imprime celeridade e efetividade aos direitos antes abstratos e de remota efetivação.

Tendo em vista o dinamismo das transformações sociais e o esforço do direito para alcançar melhores soluções para os casos concretos, este código, voltado para pessoa humana e sua realização, empresta força normativa aos direitos existenciais levando a crer ser esta a sua função precípua rumo à promoção da dignidade. Então, no aspecto contratual, por exemplo, retira o foco

do patrimônio e, voltando os olhos para as pessoas, o código visa agora não somente o objeto do contrato e o cunho patrimonial do vínculo, mas se preocupa com os atributos inerentes à qualidade de pessoa humana: quem são as partes? Quais os seus dilemas? Quais as suas legítimas expectativas? Estas questões impactaram de forma expressiva a responsabilidade civil, passando os danos à pessoa humana a serem reparados com maior rigor, a fim de efetivar a tutela dos direitos existenciais, seguindo o caráter reparatório-inibitório da responsabilidade civil, pelo qual há, além da imperiosa necessidade de recompor o dano da vítima, a dissuasão, o desestímulo à reincidência, sendo este o caráter pedagógico da reparação civil.

Também no Direito de Família verificaram-se mudanças estruturais, fato que nos faz crer que as maiores alterações do direito tenham ocorrido neste ramo, por conseguinte, a família antes patriarcal, unidade de produção e reprodução, hierarquizada e patrimonializada, transforma-se em igualitária (conferindo iguais direitos a ambos os cônjuges), o pátrio poder cede espaço ao poder familiar e os novos arranjos familiares se estabelecem por meio da afetividade e não mais pela função econômica das relações familiares; o casamento passa a ser apenas uma forma de constituição de família, não mais a única forma legítima.

Portanto, o estudo dos avanços legislativos tornou-se ferramenta importante para este momento que a sociedade atravessa, fato evidenciado pela relevância dos temas abordados em cada um dos capítulos por diversos autores estudiosos do Direito Civil, nos quais são evidenciadas as transformações pelas quais passou o direito durante os vinte anos de vigência do Código Civil.

Agradecemos ao eminente civilista Exmo. Promotor de Justiça Cristiano Chaves de Farias que nos brindou com um excelente texto acerca da validade do negócio jurídico, a cada um dos autores pela parceria e pela confiança depositada em nós, ao Desembargador do TJMG Excelentíssimo Rogério Medeiros Garcia de Lima, que gentilmente nos presenteou com primoroso e histórico prefácio, e a cada um dos leitores que certamente se tornarão coautores, na medida em que interpretam nossos textos dispostos nesta obra.

Convidamos, portanto, à leitura,

Karla de Mello Silva

Notas de fim

1 BRASIL. Lei Federal nº 10.406/2002, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil Brasileiro. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 02 jul. 2022.

Prefácio

Recebi o lisonjeiro convite das organizadoras para apresentar este excelente livro: *Avanços e dilemas no vintênio do Código Civil principiológico*.

Alinne Arquette Leite Novais é juíza de direito no Estado de Minas Gerais. Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat Cabral exerce o magistério superior e Karla de Mello Silva é advogada.

As três possuem pós-graduação *stricto sensu* e integram conceituadas instituições ligadas ao Direito Civil, em sentido amplo. São autoras de destacadas obras jurídicas.

Coadjuvadas por outros brilhantes juristas, trazem a lume atualizada coletânea de textos relativos aos direitos de primeira, segunda, terceira e quarta gerações.

Direitos assegurados, no ordenamento jurídico nacional, pela Constituição da República, Código Civil de 2002 e legislação infraconstitucional correlata.

O livro celebra as duas décadas de vigência do Novo Código Civil Brasileiro.

Vivemos a “era dos direitos”, a que se referiu Norberto Bobbio:¹ “A par da liberdade individual e da propriedade, estarão garantidos direitos mais abrangentes. Dentre outros, direitos à cidadania, à dignidade, à justiça social, ao meio-ambiente saudável, ao consumo sustentável”.²

Chegamos ao ápice de uma gradual evolução iniciada no século XVIII a partir do individualismo imperante:

É ao individualismo que vai caber a tarefa de levar por diante a promulgação de **Códigos**, isto é, de diplomas legislativos, cientificamente sistematizados e organizados, abrangendo um importante ramo ou sector da vida jurí-

dica. A ideia de uma codificação geral e conjunta de todos os ramos do direito tivera como última expressão – pelo menos no plano oficial – a tentativa do **Novo Código**.

De acordo com fundamentação já lançada pelo **Iluminismo**, entende-se que grande parte dos males que afligem a sociedade provêm da existente pluralidade de **fontes de direito** (lei, costume, estilo, direito romano, direito canônico) e da abundância desordenada de **normas extravagantes**. Há, pois, que unificar, sistematizar, simplificar; há que considerar como única fonte a lei e que conservar, em vigência, poucas e claras leis. Em resumo: **só a lei e poucas e claras leis**. O combate contra a pluralidade de fontes fora – como já se viu – encetado pela **Lei da Boa Razão**. Mas esse problema e, bem assim, o da multiplicidade desordenada de leis, não estavam, ainda, resolvidos quando sobreveio a revolução liberal; com tal finalidade, irão surgir os Códigos, que deverão conter todo o direito vigente, nos vários ramos.³

Com a edição do Código de Napoleão, em 1804, foi unificado o direito civil francês:

Os juristas entenderam que deviam fazer apenas a exegese do texto legal, ficando, assim, a ciência do direito reduzida à mera tarefa de exegetas. Tal se deu porque toda época de recente codificação é idólatra da lei, que se apresenta no corpo dos Códigos como algo completo e acabado. O racionalismo buscava a simetria, a construção lógica perfeita, o que levou à utopia.⁴

Clovis Bevilacqua, autor do projeto do qual se originou o Código Civil Brasileiro de 1916, também sustentava:

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

Um código é uma organização lógica de regras jurídicas. Por força da sistematização, que os simplifica, ordena e esclarece, os preceitos adquirem maior nitidez de forma e maior energia de império, do que teriam, se se conservassem dispersos ou desordenadamente amontoados.⁵

Apontava Orlando Gomes a influência do interesse da oligarquia na elaboração do Código Civil de 1916:

Por esse interesse fundamental explicam-se suas inclinações ideológicas. Para defendê-lo, encontram no liberalismo econômico sua mais adequada racionalização. Os expoentes da intelectualidade brasileira de então, situados na classe média, inspiravam-se, por isso mesmo, no pensamento e nas formas políticas de povos mais adiantados, transplantando para o nosso solo instituições alienígenas, que nessa regiões começavam a murchar. O desenvolvimento das metrópoles, então dependente da atividade econômica da burguesia mercantil, interessava fundamentalmente às classes médias, e, de modo particular à elite intelectual.⁶

No entanto, acentuava Caio Mário da Silva Pereira, aquele Código surgiu desatualizado: “Costuma-se dizer, não sem certa amarga procedência, que o Código Civil de 1916, pela presença, em alguns aspectos preponderantes, do pensamento conservador e misoneísta, foi um monumento que já nasceu velho”⁷.

Dissertava Serpa Lopes sobre a emergente “publicização” deste ramo do Direito:

O direito civil, (...) nessa fase evolutiva correspondente ao Código de Napoleão, surgiu ligado à ideia tradicional de **liberdade individual**. (...) Com o passar dos tempos, com as transformações econômicas, sobretudo a partir da guerra de 1914, esse conceito de liberdade individual ficou debilitado e não pôde mais sobreviver com a amplitude, pelo menos, da época napoleônica. Já os juristas do nosso tempo falam do fenômeno da ‘publicização’ do direito civil.

O domínio do direito público parece estender-se em prejuízo do direito privado, (...) evolução (explicada) como consequência das grandes correntes de ideias da

atualidade, do ideal comum que anima as sociedades modernas, da tendência a uma justiça social em maior proporção, a uma igualdade de fato, em substituição à igualdade jurídica.

Mas, não somente defronta-se o jurista moderno com o problema da 'publicização' do direito civil como ainda o da sua 'socialização' ou da 'proletarização', como recentemente o proclamou o mesmo SAVATIER (grifos do autor).⁸

Miguel Reale, um dos redatores do anteprojeto do Código Civil de 2002, alertava-nos: ao entrar em vigor o novo Código Civil, a 10 de janeiro de 2003, será logo percebida a diferença entre o Código de 1916, elaborado para um país predominantemente rural, e o que foi projetado para uma sociedade na qual prevalece o sentido da vida urbana. Passaremos do individualismo e do formalismo do primeiro para o sentido socializante do segundo, mais atento às mutações sociais, numa composição equitativa de liberdade e igualdade.

Além disso, é superado o apego a soluções estritamente jurídicas, reconhecendo-se o papel que, na sociedade contemporânea, voltam a desempenhar os valores éticos, a fim de que possa haver real concreção jurídica.

Socialidade e eticidade condicionam os preceitos do novo Código Civil, atendendo-se às exigências de boa-fé e probidade, em um ordenamento constituído por normas abertas, suscetíveis de permanente atualização.

Ressalvando que o Código pode não ser obra perfeita e que, num ou noutro ponto, possa ser objeto de revisão ou complemento, durante a *vacatio legis*, Reale concluía:

O que importa é verificar que o novo Código Civil vem atender à sociedade brasileira, no tocante às suas aspirações e necessidades essenciais. Agora, que já se possuem publicações que põem em cotejo os artigos do Código de 1916 com os do Código de 2002, será fácil avaliar o que este representa em nosso desenvolvimento cultural.

É indispensável, porém, ajustar os processos hermenêuticos aos parâmetros da nova codificação, pois como nos ensina o Hans Georg Gadamer – falecido recentemente aos 102 anos -, a hermenêutica não se reduz a mero conjunto de normas interpretativas, por-

que é da essência mesma da realidade cultural que se quer compreender. Nada seria mais prejudicial do que interpretar o novo Código Civil com a mentalidade formalista e abstrata que predominou na compreensão da codificação por ele substituída.⁹

Desde o advento da Carta Magna de 1988, mudara a concepção individualista do Direito Civil clássico, ponderava Carlos Alberto Bittar. A Constituição de 1988, no âmbito das relações entre particulares, mostrou-se coerente com a evolução processada no Direito Privado, tanto ao nível doutrinário quanto jurisprudencial. Acolheu soluções que têm sido adotadas no Direito interno e no Direito dos países mais desenvolvidos, à luz da realidade fática. A nova Carta sacramentou, para a regência das relações privadas, noções éticas, sociais, políticas e econômicas, que as sociedades modernas têm firmado nos países mais desenvolvidos de inspiração romano-cristã. Dentre outros, França, Itália, Alemanha, Espanha e Portugal. Assim, as ideias de dignidade, liberdade, segurança, igualdade e justiça social norteiam a necessária reforma da legislação ordinária. A ênfase nos aspectos morais produz consequências no âmbito dos direitos obrigacionais, na teoria dos contratos, na teoria da responsabilidade civil, no relacionamento familiar — este influenciado pelas noções de igualdade entre homem e mulher e paridade entre os filhos, dentre outros posicionamentos específicos — no plano dos direitos intelectuais e em outros campos da vida privada:

Na tônica da prevalência dos valores morais, institutos próprios clássicos, doutrinários, ou jurisprudenciais, comandarão a resposta do ordenamento jurídico a lesões havidas nas relações privadas. Figuras como a revisão judicial dos contratos, o desfazimento de contratos face à lesão, o controle administrativo de atividades, serão utilizadas com frequência, e conceitos como o abuso de direito, a citada lesão e o enriquecimento ilícito ganharão explicitação no novo Código, **em defesa de pessoas, de categorias, de consumidores, individual ou coletivamente considerados**, dentre inúmeras outras aplicações possíveis.

A indenizabilidade do dano moral ganha foros de constitucionalidade, na sagração de princípio que sempre nos pareceu basilar na órbita privada, face ao extraordinário cunho ético de que se revestem as normas

jurídicas em determinados setores, como nos direitos de personalidade, nos direitos autorais, nos direitos da pessoa e em outros.

O destaque dos elementos sociais impregnará o Direito Privado de conotações próprias, eliminando os resquícios ainda existentes do individualismo e do formalismo jurídico, para submeter o Estado brasileiro a uma ordem baseada em valores reais e atuais, em que a justiça social é o fim último da norma, equilibrando-se mais os diferentes interesses por elas regidos, à luz de uma ação estatal efetiva, inclusive com a instituição de prestações positivas e concretas por parte do Poder Público para a fruição pela sociedade dos direitos assegurados (grifo meu).¹⁰

Contudo, Giselda Hironaka criticava algumas omissões do Novo Código Civil:

O novo Código deixou de contemplar aspectos relevantes ou simplesmente ignorou conquistas legislativas anteriores, não as incluindo em seu bojo e criando um grande e injustificado retrocesso. Destaco, principalmente, a regulamentação do que já havia sido conquistado para as hipóteses de pessoas que escolhem constituir família sem casamento, preferindo viver em união estável. Evidencio, também, a grande ausência de regras sobre as negociações pela internet (e-commerce) e regras sobre biodireito (engenharia genética, clonagem etc.).¹¹

Na feliz definição de Miguel Reale, o Código Civil é a “Constituição do homem comum”.¹²

No entanto, salientou César Fiúza, desde a décadas de 1970 já se admitia a impossibilidade fática de um Código Civil abrangente de todo o sistema:

Seu lugar deveria ser apenas o centro desse sistema. A descodificação e o surgimento dos microsistemas já era realidade palpável. Aí entra em crise a sistematização. (...)

Se, por um lado, o Código Civil ocupava o centro do sistema, por outro, em sua periferia, nos entornos do Código, começaram a se formar pequenos microsistemas: o da

família e dos menores; o do inquilinato; o dos contratos imobiliários; o dos condomínios; o dos títulos de crédito; o do consumidor, sem falar em microssistemas que, de certa forma, desde o início, se tornaram independentes, como o do trabalho.

Esses microssistemas, apesar de girarem em torno do Código Civil, têm vida própria. São, em grande parte, interdisciplinares, inspirando-se em princípios não só de Direito Privado, como também de Direito Público. É o que ocorre, por exemplo, com os microssistemas do consumidor, da família e outros.¹³

Na atividade hermenêutica, outrossim, avulta a teoria da *constitucionalização do direito infraconstitucional*. A partir da Alemanha e Itália, irradiou-se posteriormente por países de democratização mais tardia, como Portugal, Espanha e Brasil.¹⁴

Pietro Perlingieri explanou:

O Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional. Falar de descodificação relativamente ao Código vigente não implica absolutamente a perda do fundamento unitário do ordenamento, de modo a propor a sua fragmentação em diversos microordenamentos e em diversos microssistemas, com ausência de um desenho global. Desenho que, se não aparece no plano legislativo, deve ser identificado no constante e tenaz trabalho do intérprete, orientado a detectar os princípios constantes na legislação chamada especial, reconduzindo-os à unidade, mesmo do ponto de vista da sua legitimidade. O respeito aos valores e aos princípios fundamentais da República representa a passagem essencial para estabelecer uma correta e rigorosa relação entre poder do Estado e poder dos grupos, entre maioria e minoria, entre poder econômico e os direitos dos marginalizados, dos mais desfavorecidos.

A questão não reside na disposição topográfica (códigos, leis especiais), mas na correta individuação dos proble-

mas. A tais problemas será necessário dar uma resposta, procurando-a no sistema como um todo, sem apego à preconceituosa premissa do caráter residual do código e, por outro lado, sem desatenções às leis cada vez mais numerosas e fragmentadas.¹⁵

De mais a mais — pregava Paulo Bonavides — surgiu uma nova materialidade constitucional e alcançou o patamar supremo da Constituição. Ao mesmo passo, inseriu-se na órbita principal, com superioridade normativa, no que toca aos demais preceitos da Constituição. Em caso de conflito constitucional, o princípio é superior à regra. O princípio se aplica, a regra não. Os juristas do positivismo sempre foram contudentes no menosprezo e aversão aos princípios. As correntes antipositivistas deste fim de século fundaram uma Nova Hermenêutica. Retiraram os princípios — dantes designados simplesmente princípios gerais de Direito — da esfera menor dos Códigos, onde jaziam como a mais frágil, subsidiária e insignificante das peças hermenêuticas do sistema, para a região mais elevada e aberta das Constituições, cujo espaço oxigenado entraram a ocupar até se fixarem com aquela densidade normativa que os converteu em senhores supremos da jurisdição constitucional. De tal sorte que, por derradeiro, os princípios governam a Constituição e a governam nos termos absolutos que a legitimidade impõe.¹⁶

Segundo José Joaquim Gomes Canotilho, hoje a subordinação à lei e ao Direito por parte dos juízes reclama, de forma incontornável, a *principalização da jurisprudência*. O Direito do Estado de Direito do século XIX e da primeira metade do século XX “é o Direito das regras dos códigos”. O Direito do Estado Constitucional Democrático e de Direito “leva a sério os princípios, é um Direito de princípios”. O tomar a sério os princípios implica uma mudança profunda na “metódica de concretização do Direito” e, por conseguinte, na atividade jurisdicional dos juízes.¹⁷

A existência de regras e princípios — prossegue o constitucionalista luso — permite a descodificação, em termos de um “*constitucionalismo adequado*” (Alexy), de *estrutura sistêmica*. Isto é, possibilita a compreensão da Constituição como “sistema aberto de regras e princípios.” Um modelo ou sistema constituído exclusivamente por regras conduzir-nos-ia a um sistema jurídico de limitada racionalidade prática. Exigiria uma disciplina legislativa exaustiva e completa — *legalismo* — do mundo e da vida, fixando, em termos definitivos, as premissas e os resultados das regras jurídicas. Conseguir-se-ia um “sistema de

segurança”, mas não haveria qualquer espaço livre para a complementação e desenvolvimento de um sistema, como constitucional, que é necessariamente aberto.¹⁸

Por derradeiro, o grande civilista mineiro Caio Mário da Silva Pereira, ao receber, em 1999, o título de Doutor *honoris causa* na Universidade de Coimbra, proclamou no magnífico discurso:

Posso dizer, com a autoridade de quem enfrenta essa luta há mais de sessenta anos, que é necessário acreditar que se pode construir o futuro sobre os alicerces jurídicos. (...)

Visualizando o Direito, sem me ater a particularismos que interessem a tal ou qual categoria social, ou a algum sentimento personalíssimo, penso que ele é ‘todo inteiro’, na expressão de Del Vecchio, ‘um complexo sistema de valores’, e, mais especialmente, ‘uma conciliação dos valores da ordem e os valores da liberdade’.¹⁹

Os artigos reunidos nesta coletânea se harmonizam com a moderna e sistêmica concepção do Direito Civil. Sua leitura é instrutiva e atualizadora, após duas décadas de vigência do Código Civil Brasileiro de 2002.

Rogério Medeiros Garcia de Lima

Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais; presidente do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais (2019-2020); doutor em Direito Administrativo pela UFMG; professor, palestrante e escritor.

Notas de fim

- 1 BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1996.
- 2 GARCIA DE LIMA, Rogério Medeiros. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, prólogo.
- 3 GOMES DA SILVA, Nuno J. Espinosa. História do Direito Português: fontes de direito. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, p. 496-499, grifos do autor.
- 4 DINIZ, Maria Helena. Compêndio de Introdução à Ciência do Direito. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 47.
- 5 BEVILAQUA, Clovis. Código dos Estados Unidos do Brasil, comentado por Clovis Bevilacqua. Edição histórica, vol. 1. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, p. 11, 86 e 87.
- 6 GOMES, Orlando. Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 27.
- 7 GOMES, 2003, p. 27.
- 8 SERPA LOPES, Miguel Maria de. Curso de Direito Civil (Introdução, Parte Geral e Teoria dos Negócios Jurídicos). Volume I. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1953, p. 27-28.
- 9 REALE, Miguel. Sentido do Novo Código Civil. Associação dos Magistrados Brasileiros, internet, 01 de março de 2002.
- 10 BITTAR, Carlos Alberto. O Direito Civil na Constituição de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 25-26.
- 11 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. De Clóvis Beviláqua a Miguel Reale. Del Rey Revista Jurídica, Belo Horizonte, n. 10, jan./mar. 2003, p. 14-17.
- 12 REALE, Miguel. Estudos preliminares do Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 17.
- 13 FIUZA, César. Direito civil: curso completo. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 86-88.
- 14 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 240, abr./jun. 2005, p. 21.
- 15 PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução: Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 6.
- 16 BONAVIDES, Paulo. Reflexões - Política e Direito. 3. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1998, pp. 22-29.
- 17 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. A “principialização” da jurisprudência através da Constituição. Revista de Processo, São Paulo, v. 98, abr./jun. 2000, p. 83-89.
- 18 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e teoria da Constituição. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 168-169.
- 19 Jornal Estado de Minas, Belo Horizonte, edição de 19.08.1999, p. 10.

1. Sem medo de errar: a necessidade de uma (re)visita ao erro de direito como causa de anulação de negócios jurídicos¹

Cristiano Chaves de Farias²
DOI: 10.52695/978-65-5456-016-0.1

Prólogo: estudos sobre o erro de direito, em perspectiva multidisciplinar (em memória de Luiz Flávio Gomes)

Conquanto consubstancie uma realidade evidente na vida em sociedade, decorrente da máxima *errar é humano*, ao longo dos tempos, o erro mereceu poucos estudos verticalizados na literatura jurídica brasileira e alienígena.

Por justiça, não se pode deixar de reconhecer que o incansável Luiz Flávio Gomes foi um dos juristas mais dedicados à sua análise como um fenômeno deflagrador de consequências. Em substanciosa obra,³ analisou os efeitos que dele podem decorrer no campo do Direito Penal, procurando aproximar o sistema jurídico da realidade viva dos humanos.

As primeiras palavras de sua obra já revelam a importância do tema nas relações humanas e a sua incontroversa importância para o Direito:

Antigo provérbio latino diz que *errare humanum est*. O erro faz parte do cotidiano do homem e se a ciência jurídica, de modo especial a ciência penal, cuida, sobretudo, dos acontecimentos humanos, é evidente que deve também se ocupar do erro⁴ (GOMES, 2001, p. 5).

De fato, o erro é um consectário da humanidade das pessoas: a falsa percepção, ou a falta de percepção, sobre a realidade referente aos elementos essenciais (sujeito ou objeto) de uma determinada situação.⁵ A sua grande característica é que se trata de um equívoco espontâneo da pessoa sobre

certas circunstâncias elementares.⁶ Não há atuação de terceiros, o agente se engana sozinho.

No campo da Filosofia, percebendo uma certa omissão contemporânea em promover novos estudos acerca do tema, prevalece a conhecida proposição de Platão de que o erro *é a negação do que é ou a afirmação do que não é*. Enfim, poeticamente, “é como um conjunto de letras sem sentido ou um conjunto de sons sem harmonia”.⁷

Sem dúvida, é situação corriqueira, comum. Não raro, ao praticar um ato ou emitir uma declaração de vontade, o sujeito se equivoca sobre a realidade subjacente, estabelecida uma divergência inconsciente entre a sua vontade e os fatos motivadores. Por isso, o tema não desperta a atenção apenas das ciências criminais, envolvendo, por igual, as relações entre particulares. Afinal de contas, o estado mental de desconhecimento da legislação pode conduzir à prática de atos.

No Direito Privado, o erro pode servir como causa de invalidação de negócios jurídicos, conforme citado no art. 171 do Código Civil (doravante CC) (BRASIL, 2002), e, com o advento da Codificação de 2002, ganhou um *upgrade* por conta da inovadora possibilidade de sua caracterização a partir do desconhecimento da lei (o chamado erro de direito). O permissivo legal, no entanto, é lacônico, impreciso e, em certo nível, contraditório. Por isso, desperta dúvidas acerca de sua aplicação: em que medida, finalmente, é possível invalidar um contrato por não se conhecer uma lei? Como se nota, o tema está a reclamar prospecções para a sua parametrização.

1. A proibição geral de alegação de desconhecimento da lei: é possível conhecer todas as normas jurídicas?

Tratando-se de um comando geral, abstrato e genérico, dirigido à coletividade, é natural que a norma legal seja dirigida e obrigue a todos indistintamente.⁸ Nessa tocada, o art. 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) (BRASIL, 1942) acolheu, expressamente, o princípio da obrigatoriedade das leis, vedando, como regra geral, a alegação do erro de direito. Com visível inspiração na legislação lusitana, no art. 6º do Código Civil de Portugal (1966), reza, *in litteris*, no art. 3º da LINDB, o texto legal: “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece” (BRASIL, 1942).

Salta aos olhos a base fundante da obrigatoriedade normativa: a segurança jurídica.⁹ De fato, causaria um enorme descontrole social e jurídico, no campo público e privado, permitir a alegação de desconhecimento da norma legal. Ninguém incorreria em sanções legais, bastando afirmar o desconhecimento normativo para a obtenção de um perdão. Por isso, ninguém pode alegar o desconhecimento da lei para se recusar à sua incidência, incorporada a máxima romana *ignorantia iuris neminem excusat et nemo ius ignorare censetur*.

Ainda sobre o art. 3º da LINDB, uma cuidadosa compreensão da gênese da obrigatoriedade das normas (BRASIL, 1942) revela, em seu âmago, a existência de uma presunção de amplo e geral conhecimento das leis. Isto é, o sistema jurídico presume que as pessoas conhecem a norma legal – uma vez que foi publicada e cumpriu um período de vacância (*vacatio legis*).¹⁰

Não se pode admitir, entretanto, que a presunção de conhecimento das leis seja absoluta (*jures et de jure*).¹¹ Ao revés, impõem-se temperamentos, em especial em um país com dimensões continentais e com a diversidade cultural e regional, como o nosso.

A uma, porque em um país com um considerável número de leis (federais, estaduais e municipais), como o nosso, seria desumano exigir, de maneira absoluta, o conhecimento delas.¹² A situação ganha cores, tons e matizes ainda mais fortes ao se lembrar as normas comunitárias, como no caso do Mercosul, e os tratados e convenções internacionais incorporados ao ordenamento brasileiro.

A duas, pela necessidade de se reconhecer que, não raro, o inadimplemento normativo decorre de uma falsa sensação produzida por fatores pessoais e/ou sociais, dissociada de uma má-fé ou de objetivos ilícitos. Por mais estranho que pareça, é possível dizer que, muita vez, decorre de um ato de boa-fé. É o que a professora mexicana Lidia Girola (2009, p. 34) designa “imaginário social moderno”: “uma normatividade ideal que tem a ver com valores e prescrições que correspondem ao que as pessoas se sentem especialmente orgulhosas (a importância da família, a generosidade dos mexicanos”).¹³

Nessa ordem de ideias, é fatal aceitar que a presunção de conhecimento das normas há de ser relativizável, podendo, via de consequência, ser mitigada a impossibilidade de alegação do erro de direito. E a *ratio essendi* desse arrefecimento é a razoabilidade, na medida em que não se pode exigir de forma absoluta o conhecimento de um volume imensurável de normas – não assimiláveis mentalmente pelos humanos. Por óbvio, as hipóteses nas quais se autoriza a alegação

de erro de direito precisam estar tipificadas em lei, uma vez que excepcionam a regra constante de uma norma geral, como a Lei Introdutória. Somente em casos tais é autorizada a escusabilidade (desculpabilidade) do cumprimento da lei.

No âmbito do Direito Penal, estão domiciliados bons exemplos de permissão para a alegação do *error juris*. É o que ocorre, por exemplo, no art. 8º da Lei de Contravenções Penais e no art. 21 do Código Penal, ao consagrar o erro de proibição, permitindo a alegação do desconhecimento sobre a ilicitude da conduta praticada.¹⁴ Outrossim, o art. 65 do Código Penal, especificamente em seu inciso II, estabelece que o desconhecimento da lei (erro de direito) poderá implicar em atenuação da pena a ser aplicada ao agente que praticou um delito.¹⁵

A possibilidade frequente bem menos a seara das relações privadas. Em uma situação muito específica, o erro de direito é admitido para o reconhecimento do casamento putativo, conforme demonstra o art. 1.561 do CC (BRASIL, 2002),¹⁶ podendo o juiz emprestar efeitos para um casamento nulo ou anulável, se contraído de boa-fé, caracterizada por um erro invencível, de fato ou de direito.¹⁷ É a hipótese do casamento de irmãos que desconhecem o parentesco (erro de fato) ou que, sabendo do vínculo fraternal, não conhecem a proibição legal de matrimônio entre irmãos (erro de direito). Em ambos os casos, o juiz poderá reconhecer a putatividade, como decorrência do erro (de fato ou de direito) e emprestar efeitos jurídicos.

2. O desconhecimento da lei (erro de direito) como causa de invalidade dos negócios jurídicos: de perigoso motivo de instabilidade ao permissivo na proteção da confiança

Em síntese apertada, porém completa, o erro de direito é a falsa suposição, ou a falta de conhecimento, sobre os efeitos jurídicos decorrentes da prática de um ato ou negócio jurídico.¹⁸

O Código Civil de 1916, incorporando inspirações romanistas¹⁹ (expressas nas máximas *nemo consetur ignorar elegem* e *error juris non excusat*), somente admitia, de forma expressa, como vício de vontade o erro de fato, repelindo o desconhecimento da lei como causa invalidante dos negócios jurídicos. Mereceu, inclusive, encômios de parte da civilística que, em larga escala, não escondia uma ojeriza ao erro de direito.²⁰

Na doutrina, entretanto, muitas vozes ecoavam em sentido diverso, propondo o reconhecimento do erro de direito como causa anulatória dos negócios jurídicos. Merece referência o vaticínio de Martinho Garcez, ponderando que admitir o erro de direito não fragilizaria o sistema, mas, bem diferentemente, ampliaria a proteção do contratante: “seria injusto que a lei civil sacrificasse aqueles que mais carecem de sua proteção, que são justamente os que ignoram as suas disposições”.²¹

Aliás, vale o registro de que, mais enfáticos e inconformados, alguns civilistas propunham, a partir de um esforço hermenêutico, o reconhecimento da alegação do erro de direito, apesar da normatividade que vigorava. Em edição de 1974, o notável baiano Orlando Gomes chegou a afirmar que o erro de direito não dizia respeito à “inobservância da lei com fundamento na ignorância do direito; simplesmente, se considera o erro em relação à validade do ato. O fato de ser inescusável a ignorância da lei não exclui que o erro de direito seja relevante, como coeficiente de determinação da vontade do sujeito, operando, desse modo, nas relações entre as partes”.²²

Colocando pá de cal nas discussões, e alinhando o sistema jurídico brasileiro nas avançadas legislações francesa (art. 1.110 do *Code de France*), lusitana (art. 659º do Código português) e italiana (art. 1.429, nº4, do *Codice Civile*), o Código Civil de 2002, expressamente, aludiu à possibilidade de erro de direito como causa de invalidação de negócios jurídicos. Dispõe, *verbum ad verbum*, o inciso III do art. 139 da Codificação Reale:

Art. 139, Código Civil:

“O erro é substancial quando: [...]”

III – sendo de direito e não implicando recusa à aplicação da lei, for o motivo único ou principal do negócio jurídico”.

Seguramente, a opção legislativa se ampara na tutela jurídica da confiança, como variação da boa-fé objetiva.²³ Se a parte ignora a norma legal, o seu comportamento está equivocado em sua essência, motivo pelo qual não se exige, inclusive, a escusabilidade (desculpabilidade) do *error juris*. Compartilhando essa perspectiva, Daniel Eduardo Carnacchioni observa que “mesmo sendo extremamente cauteloso, teve uma falsa percepção da norma jurídica, não estaria o agente recusando aplicação da lei que alega desconhecer. É a ética

interagindo com os defeitos do negócio jurídico”. E arremata: “o agente, tendo comportamento ético, não tendo a intenção de se aproveitar dessa regra legal para anular o negócio e sendo o erro de direito o único motivo ou causa da declaração ou exteriorização de sua vontade, poderá invocar-se o erro de direito para invalidar o negócio ou ato jurídico”.²⁴

Realmente, as relações privadas – e a ciência jurídica como um todo – encontram o seu fundamento de validade contemporâneo na tutela das expectativas justas e legítimas recíprocas existentes entre as pessoas. Protege-se a confiança, em linhas bem claras, porque é a própria condição para as condutas humanas em sociedade.

Ora, “confiar é acreditar (*credere*), é manter, com fé (*fides*) e fidelidade, a conduta, as escolhas e o meio; confiança é aparência, informação, transparência, diligência e ética no exteriorizar vontades”, nas palavras certeiras de Cláudia Lima Marques.²⁵

Assim, justifica-se, a mais não poder, a alegação de erro de direito para a invalidação de um contrato, como um mecanismo de proteção da confiança das partes envolvidas. Seguramente, o desconhecimento da norma produz um estado de crença e expectativa na viabilidade de obtenção de determinados efeitos que estão obstados e, por isso, restam frustrados.

Trata-se de um justificado afastamento da ficção estabelecida pela presunção (relativa) de conhecimento da norma legal, previsto na LINDB, art. 3º (BRASIL, 1942) para promover uma aplicação legal “humana e equitativa. Entendê-la de outro modo será, muitas vezes, condenar quem realmente estava enganado e foi vítima de equívoco perfeitamente desculpável”, como pontua Washington de Barros Monteiro,²⁶ um dos precursores da tese de cabimento da alegação de erro de direito.

De todo modo é preciso obtemperar que somente é anulável o negócio jurídico celebrado quando uma das partes somente o celebra por ignorar ou mal apreciar os efeitos jurídicos decorrentes. Ou seja, é preciso que o erro de direito seja substancial, caracterizando como o motivo único ou principal da contratação.

3. Um paradoxo hermenêutico: a alegação de erro de direito desde que não importe em recusa à aplicação da lei

A redação do inciso III do art. 139 do *Codex* tencionou, a toda evidência, estabelecer restrições à anulação de contratos por erro de direito, talvez com o propósito de evitar banalizações.²⁷ Com esse espírito limitador, então, estabeleceu, textualmente, que o *error juris* somente pode ser admitido como motivo invalidante se, de acordo com o art. 139 da CC, não implicar “recusa à aplicação da lei, for o motivo único ou principal do negócio jurídico” (BRASIL, 2002).

A maioria da civilística pátria tem feito alusão ao comando legal a partir desta exigência dualista (que o erro seja o motivo único ou principal da declaração volitiva e que não importe em recusa à aplicação da lei), sem maiores reflexões sobre a sua razoável compreensão.²⁸ O período linguístico, todavia, se mostra, a toda evidência, contraditório, paradoxal: como seria possível, concomitantemente, aplicar a lei cuja interpretação acertada é desconhecida pela parte e anular o ato ou negócio praticado? É um desafio semântico e jurídico alcançar uma solução satisfatória a partir do texto legal, uma vez que, em uma perspectiva lógica, se a lei é aplicada, o ato ou negócio não deve ser anulado.

Nota-se a concretização, nessa passagem, da advertência de Gustav Radbruch de que “a linguagem da lei evita o estilo didático”.²⁹

A atrapalhão gramatical e conceitual do legislador não passou despercebida pelas lentes do alagoano Marcos Bernardes de Mello, em sua trilogia literária sobre a teoria dos fatos jurídicos. Contundente, verbera que “se a questão do erro de direito já era extremamente delicada, tornou-se ainda mais complexa em face da primeira parte da norma do inciso III do art. 139: o erro não pode implicar recusa à aplicação da lei, uma vez que, geralmente, há conflito entre a vontade negocial e as normas jurídicas”. Por isso, “imaginar situação de erro de direito que não implique recusa à aplicação da lei constitui tarefa complexa”.³⁰ Arnaldo Rizzardo vai mais longe e, em visão pragmática, termina por arrematar que não se “encontram meio de aplicabilidade (da referida norma) às situações reais”.³¹

A dificuldade salta aos olhos. A confusa literalidade do texto legal vem induzindo a nossa melhor doutrina a equívocos na proposição conceitual do que, efetivamente, seja o erro de direito. De um modo geral, com evidentes esforços e os melhores propósitos, os civilistas oscilam entre afirmações retóricas

desprovidas de aplicação concreta e real e a formulação de exemplos caracterizadores de erro de fato, e não de direito.

Maria Helena Diniz, ilustrativamente, apresenta uma explicação abstrata para o erro de direito, a partir de uma perspectiva negativa: “não pode ser uma recusa à aplicação da norma, mas sim o motivo determinante do ato negocial, em razão do desconhecimento de sua existência ou de seu real sentido, ou, ainda, das consequências jurídicas que ela acarretaria”.³²⁻³³ Mais enfática, em louvável tentativa de conferir sentido ao texto legal, à LINDB, art. 3º (BRASIL, 1942) neste caso, a professora mineira Ana Alvarenga Moreira Magalhães (2011, p. 58) chega a antever que a alegação de erro de direito para anular contratos não é uma exceção à proibição de alegação do desconhecimento da lei, “mas antes sua complementação”.³⁴

Realçando claramente a retórica argumentativa (com o nobre intuito de defender o cabimento da alegação de erro de direito desde o advento da Codificação de 1916), Maria Helena Diniz (2011, p. 112) exagera: “não se levará, portanto, em conta o *error juris* quando se almejar *suspendere a eficácia legal*”.³⁵ Ora, a toda evidência, a permissão de alegação de erro de direito não pretende, sequer longinquamente, servir para a suspensão (total ou parcial) da vigência e eficácia de uma norma. Trata-se, claramente, de uma eloquência vocabular,³⁶ tendendo a uma tentativa de justificação de um texto legal confuso.

A dificuldade de uma clara assimilação da redação emprestada ao dispositivo codificado também causa instabilidades no campo da exemplificação, terminando por ocasionar uma verdadeira atecnia. É o que se pode constatar na frequente menção ilustrativa ao *error juris* na celebração de um contrato de importação de uma mercadoria cuja circulação comercial está proibida por uma norma.³⁷ Um outro exemplo muito repetido, importado da literatura jurídica italiana,³⁸ afirma a caracterização do *error juris* substancial na realização de compra e venda para a aquisição de um terreno, com a intenção de construir uma casa de veraneio, em determinada cidade. Contudo, o comprador não tem conhecimento da legislação local que estabelece se tratar de uma área *non aedificandi*, nas quais é proibido construir.

Malgrado a clareza solar da falsa percepção, presente em ambos os exemplos, as hipóteses não ensejam um erro de direito, mas, seguramente, um *erro de fato*. Com efeito, nas hipóteses ventiladas, e em todas outras nas quais o declarante desconhece a existência de uma norma legal, não se tem um erro de

direito, mas, em verdade, um erro de fato: o *fato* de ser desconhecida a existência da lei.³⁹ É possível, pois, a invalidação com base nesse *error facti*, sem necessidade de uma recategorização jurídica.

Como se vê, a mais abalizada (e bem intencionada) literatura jurídica brasileira tenta conduzir para o plano da realidade da vida uma proposição normativa de enorme abstração, que carrega consigo, praticamente, uma contradição em termos. Essa tentativa de defender e apresentar uma lógica para o texto legal defluiu, muito provavelmente, da necessidade (atávica) de realçar a (falsa) sensação de segurança jurídica caracterizada por não permitir a alegação de ignorância da lei. Aliás, essa busca de segurança jurídica é uma verdadeira obsessão do jurista, até os dias de hoje, cegando, muitas vezes, a correta compreensão de certos temas, pela perda da sensibilidade hermenêutica. Uma das mais percucientes análises dessa necessidade de segurança é do jurista-philosofo, *mezzo* brasileiro, *mezzo* argentino, Luiz Alberto Warat (2010, p. 51):

A partir de algumas interpretações psicanalíticas, poderíamos dizer que essa busca de segurança responde às necessidades psíquicas do homem de se encontrar ou se reencontrar com o grande Outro ou de responder aos impulsos derivados da nostalgia da primeira mamada; ambas as interpretações falam da necessidade psicológica do homem de se reencontrar com uma sensação de segurança derivada do momento mítico de sua imbricação simbiótica com a mãe. Recuperar o efeito simbólico dessa simbiose força o homem à busca e à construção de crenças substitutivas que na modernidade são encontradas na razão e na sensação de segurança que o Direito lhe empresta.⁴⁰

Alcança-se, no ponto, uma conclusão parcial: com vistas a alcançar um resultado harmônico com o texto legal, a grande maioria dos autores, desde o advento da Codificação Reale, vem empreendendo notáveis esforços para justificar a aplicação do erro de direito como o desconhecimento da existência da lei – o que caracteriza um erro de fato, e não de direito. Ademais, ressalta que a sua caracterização permite a anulação negocial, sem que a norma deixe de ser aplicada. Enfim, um curioso desafio para a lógica.

Por óbvio, não se nega, nem se arrefece, a importância da segurança jurídica, responsável por estabelecer “o dever de buscar um ideal de estabilidade, confiabilidade, previsibilidade e mensurabilidade”. Ao revés, a segurança é um

verdadeiro sobreprincípio, indutor da compreensão de todas as normas, caracterizada “como uma limitação de primeiro grau, porquanto se encontra no âmbito das normas que serão objeto de aplicação, devendo enfatizar-se, ainda, que atua sobre outras normas, podendo, por isso mesmo ser qualificada como sobreprincípio”, consoante a lição de Humberto Ávila.⁴¹

O que se alerta, todavia, é que, no caso em apreço, a segurança não será em nada afetada pela permissão de alegação de erro de direito. Cuida-se muito mais de um receio em admitir que a inescusabilidade do desconhecimento da lei não é absoluta. Porém, como asseverado algures, a caracterização do erro de direito não se pauta no desconhecimento da lei. Diferentemente, cuida-se da equivocada interpretação da norma jurídica, ou seja, uma falta, ou falsa, compreensão do sentido e alcance da lei.

4. Uma interpretação construtiva e sistêmica para o erro de direito à luz da confiança e em harmonia com o erro de fato

Em meio às evasivas proposições doutrinárias (decorrentes, seguramente, da dificuldade interpretativa do texto legal), é preciso promover uma interpretação construtiva do inciso III do art. 139 do *Codex* (BRASIL, 2002), com vistas a conferir à locução “não implicar recusa à aplicação da lei”. Nesse sentido, busca-se, por meio da promoção da interpretação construtiva, uma compreensão contextualizada com a confiança do declarante e harmônica com o erro de fato (*error facti*).

Não se pode utilizar a expressão aludida como um óbice ou entrave à aplicação do erro de direito, em dissonância do tratamento emprestado ao erro de fato, até mesmo porque o inciso III do multicitado art. 139 do Código de 2002 está ladeado por duas outras hipóteses de erro de fato, formando um conjunto que há de ser harmônico. Além disso, seguramente, como destaca o civilista baiano Orlando Gomes (2009, p. 24), a unidade lógica e coerência das construções legais é um imperativo do espírito humano: “a coordenação dos diversos e múltiplos institutos jurídicos em um todo harmônico forma o sistema jurídico”.⁴² De fato, é inconcebível promover interpretações estanques e isoladas, conforme o alerta apresentado por Paulo de Barros Carvalho (2011, p. 72):

Daí a atenção de cortar o problema, ofertando soluções simplistas e descomprometidas, como ocorre, por

exemplo, com a canhestra 'interpretação literal' das formulações normativas, que leva consigo a doce ilusão de que as regras do direito podem ser isoladas do sistema e, analisadas na sua compostura frásica, desde logo 'compreendidas'. Advém daí que, muitas vezes, um único artigo não seja suficiente para a compreensão da norma, em sua integridade existencial. Vê-se o leitor, então, na contingência de consultar outros preceitos do mesmo diploma e, até, a sair dele, fazendo incursões pelo sistema.

43

Assim, sobreleva emprestar um sentido construtivo e razoável à norma legal, a partir das lentes confiança (boa-fé objetiva e subjetiva) e da desejável harmonia com o erro de fato.

Com essa perspectiva, é possível conceituar o erro de direito como o desconhecimento das implicações jurídicas decorrentes da celebração de um negócio ou prática de um ato,⁴⁴ e não como a ignorância sobre a existência da lei. Ou seja, o agente pratica um ato por não promover a correta interpretação da lei.⁴⁵ Ora, ao permitir a invalidação do ato praticado ocorre um arrefecimento da aplicação da norma apenas em relação ao controle de validade do negócio celebrado. Naturalmente, a norma jurídica permanece válida e eficaz, com a sua vigência plena e oponível *erga omnes*. Por isso, realizar uma interpretação restritiva do texto legal pode terminar por inviabilizar o objetivo central da norma, que é, sem dúvida, prestigiar a boa-fé, objetiva e subjetiva, e exaltar a autonomia privada como manifestação de uma autodeterminação consciente (declaração volitiva livre e desembaraçada). Busca-se, confessadamente, uma compreensão (= interpretação) normativa, pautada nos princípios norteadores do direito negocial - CC, art. 113 (BRASIL, 2002) - ⁴⁶ e levando em conta a boa-fé do contratante que se equivocou.

Assim, o erro de direito consiste, no dizer elegante de Paulo Nader (2009, p. 376), a um "conhecimento desvirtuado, errôneo, que não corresponde à interpretação corrente das leis aplicáveis".⁴⁷ Também com essa percepção, Augusto Passamani Bufulin (2013, p. 125), em belo opúsculo dedicado ao estudo do erro enquanto vício de consentimento, aponta que é preciso pontuar que o erro de direito é aquele "*originado de uma interpretação equivocada de uma norma*".⁴⁸

Com isso, não se deve sair na busca frenética da ocorrência, ou não, de uma negativa à aplicação da lei. Havendo uma errônea interpretação da efi-

cácia normativa no contrato celebrado, conduzindo o declarante a uma falsa percepção, como causa determinante, a partir da confiança que, sozinho, depositou no acerto da sua percepção, caracterizou-se o erro de direito.

E isso não produzirá uma burla à lei, mas, tão só, a invalidação de um negócio celebrado com o consentimento viciado, máxime em tempos contemporâneos, nos quais uma série de mudanças legislativas e de giros na orientação jurisprudencial superior altera substancialmente o panorama exegético jurídico. Imagine, no seara trabalhista, empresarial e familiar, a celebração de negócios e atos sem que se dê conta da eficácia que pode defluir.

Nessa ordem de ideias, ao contrário do que povoou o imaginário da civilística, o erro de direito não se põe em rota de colisão com a segurança jurídica, mas dela decorre, uma vez que se trata de mecanismo tendente à efetiva tutela jurídica da confiança.⁴⁹ Isso porque a viabilidade de sua alegação atende às legítimas expectativas do declarante de que a vontade seja livre e desembaraçada. Assim, ocorrendo uma mácula (que é a má interpretação da eficácia jurídica decorrente), que serve como causa determinante da vontade, impende invalidar o contrato como garantia da confiança.

Cuida-se de clara homenagem, e não afronta, à segurança jurídica, que, como lhe reconhece a melhor doutrina, “dá uma nota de previsibilidade e de proteção de expectativas legitimamente constituídas e que, por isso mesmo, não podem ser frustradas” (AVILA, 2008, p. 308).⁵⁰

Ao se asseverar a possibilidade de invalidação de um negócio jurídico por defeito na interpretação da eficácia da norma jurídica aplicável (*error juris*), a segurança jurídica atuou diretamente sobre a estrutura do sistema normativo, preenchendo requisitos objetivos de previsibilidade e calculabilidade dos efeitos oriundos dos eventuais vícios de consentimento detectados. Portanto, não há qualquer tensão com a segurança jurídica, mas a avançada proteção da confiança (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011)⁵¹ dos contratantes (*Vertrauensschutz*, como preferem os germânicos).

Um eloquente exemplo de *error juris* é apresentado por Marcos Bernardes de Mello (2004, p. 165):

Assim os erros sobre qualidade de herdeiros ou de amplitude dos efeitos de certa norma jurídica. Se o que adquiriu direitos de outrem pensava que tais direitos tinham conteúdo maior do que efetivamente tinham, cometeu erro

de direito e será anulável o ato jurídico se esse for o motivo determinante da formação do negócio.⁵²

Explicitando, seria o caso de uma pessoa que, possuindo como herdeiros apenas os colaterais, celebra uma cessão de direitos hereditários apenas da metade de seu patrimônio, por considerar que teria de respeitar a legítima (metade indisponível) nesse caso.

Mas não é só. Há de se considerar *error juris*, outrossim, o equívoco interpretativo em relação à eficácia jurídica (consequências) decorrente do negócio ou ato praticado. É o que pode ocorrer quando alguém celebra uma doação para um filho, sem qualquer ressalva, por não ter conhecimento de que, de acordo com a CC, art. 544, está adiantando a herança (BRASIL, 2002)⁵³ ou imaginando ser possível a revogação do beneplácito pela sua simples manifestação de vontade por conta de eventual desavença com o donatário, quando a correta interpretação da norma legal, conforme o art. 557 da CC, aponta no sentido da taxatividade das causas revocatórias da liberalidade (BRASIL, 2002).⁵⁴

Uma outra hipótese de erro de direito, provocada originalmente por Francesco Galgano (1998)⁵⁵ na doutrina italiana, pode defluir da superveniência da declaração de inconstitucionalidade de uma norma jurídica. Em casos assim, o contrato anteriormente celebrado pode conter um equívoco relativo à interpretação da norma que, posteriormente, veio a ser considerada inconstitucional e tratada como se nunca tivesse existido. Por óbvio, o erro somente será caracterizado se a declaração judicial de inconstitucionalidade não tiver a modulação permitida pela normatividade de regência⁵⁶ e, dessa forma, a eficácia for retroativa (*ex tunc*).

Enfim, sobreleva reconhecer que o histórico tratamento emprestado pela literatura especializada ao erro de direito em nosso sistema escapou à técnica jurídica. E, sem dúvida, a atecnia decorreu largamente da dificuldade interpretativa em relação ao texto legal, CC, art. 139, III (BRASIL, 2002), que se apresenta paradoxal, carregando consigo a atávica necessidade de segurança jurídica, caracterizada pela reafirmação constante de sua inescusabilidade.

É chegado, então, o momento de se desatrelar o erro do direito do desconhecimento da norma – que, nada mais é, senão um erro de fato (o fato de não ser conhecida a lei) – e projetá-lo no campo do equívoco interpretativo da norma. Dessa forma, maximiza-se a proteção da confiança dos contratantes, assegurando que uma eventual má interpretação da norma de incidência não cause prejuízos.

Para tanto, é preciso interpretar o erro de direito a partir de um exercício de alteridade. Não se pode analisá-lo na perspectiva do jurista (conhecedor da norma), mas da pessoa que declarou a vontade e que, por motivos não sindicáveis, equivocou-se na correta interpretação de suas consequências. Por isso, precisa o jurista estar dotado da sensibilidade necessária para interpretar o *error juris* pela perspectiva do outro, vencendo uma histórica e “inquietante incapacidade de escutar os sentimentos das pessoas”, que termina por gerar uma audição “autorreferencial, das vozes e crenças de suas ideologias funcional ou institucional; as escutam e ficam fascinados por elas a ponto de gerar um processo em que terminam devorando-se a si mesmos por conta de suas ideologias”, como percebe Luiz Alberto Warat (2010, p. 50).⁵⁷

Em sendo assim, deve ser admitido o erro de direito com a mesma boa vontade com que se reconhece o erro de fato: o equívoco sobre as circunstâncias elementares de um negócio jurídico, quando o agente se engana sozinho,⁵⁸ sem atuação de terceiros (TARTUCE, 2020). Vale dizer que o declarante apreciou mal os elementos centrais da contratação e, se não fosse por isso, não teria celebrado o ajuste. Ora, a lógica do erro de direito há de ser a mesma: o agente interpretou erroneamente as consequências jurídicas da manifestação de vontade e incorreu em lapso que serviu como causa eficiente da celebração negocial. Somente em razão disso, celebrou o negócio. A lógica é, rigorosamente, a mesma. Portanto, não há que se deferir ao erro de direito um tratamento recrudescido em relação àquele emprestado ao seu congênere, o erro de fato.

Com isso, empresta-se ao art. 139 do Código Civil (BRASIL, 2002) harmonia e coerência, deixando de tratar circunstâncias disciplinadas no mesmo tipo legal de forma distinta e submetendo a sua compreensão à confiança que serve como fio condutor das interpretações negociais.

5. Possibilidade de alegação de erro de direito por desconhecimento da norma jurídica em sentido amplo: norma não é apenas lei

Para além do problema destacado alhures, a incoerente redação do Código Civil, em seu art. 139 (BRASIL, 2002), ao permitir a anulação negocial por erro de direito, tem gerado um outro percalço. É que, ao fazer alusão à admissibilidade de alegação do *erro juris* quando não importar “recusa à aplicação da lei”,

a dicção legal termina por, ao menos aparentemente, represá-lo ao parâmetro de uma norma legal em sentido estrito, correlacionado sempre com a sua incorreta hermenêutica.

No ponto, inclusive, vale observar que, ao longo dos tempos, a obsessão pela não desculpabilidade do desconhecimento da lei fez com que se propusesse, aqui e acolá, a compreensão do erro de direito decorrente da errônea compreensão de uma norma legal privada. A intenção seria blindar as leis de ordem pública, que carregariam consigo um maior grau de interesse coletivo. É o que faz, por exemplo, Francisco Amaral (2018, p. 596), ao enquadrá-lo como “o desconhecimento de uma regra dispositiva”.⁵⁹

Mais direto, José Abreu Filho afirma não ser possível a sua incidência “sobre norma cogente. Somente em se tratando de normas dispositivas” (2003, p. 21).⁶⁰ O argumento, efetivamente, improcede, não resistindo a uma análise mais cuidadosa. Corrigindo o lapso a partir do contributo da doutrina da Itália, Augusto Passamani Bufolin (2013, p. 125) é certeiro ao garantir que “tanto o erro de direito que recai sobre norma de ordem pública, quanto de ordem dispositiva, podem dar margem à anulação do contrato”.⁶¹ Com mais ênfase, Daniel Eduardo Carnacchioni (2013, p. 603) instiga “não assistir nenhuma razão a doutrinadores que, sem qualquer explicação científica, dizem que o erro de direito somente pode incidir sobre normas dispositivas”.⁶²

De fato, não é a natureza da norma mal interpretada que deflagra o vício de consentimento. Em verdade, a sua essência é o equívoco interpretativo a macular a liberdade e o desembaraço da manifestação volitiva. Por isso, seja uma norma de interesse público ou particular, é possível a invalidação, quando se demonstrar que o equívoco na interpretação de seus efeitos foi o motivo determinante (único ou principal) da prática do ato. Seguramente, a confiança não faz distinção entre normas de interesse público ou privado.

Indo além, não se pode ignorar, ademais, que norma jurídica é conceito mais abrangente, não se limitando à referência de uma lei. Existem, seguramente, outras espécies normativas que podem causar equívocos interpretativos, como os atos normativos administrativos (a exemplo dos decretos, das resoluções, dos provimentos...) e privados (como as convenções de condomínio, os estatutos de uma associação ou fundação, dentre outros). São *normas jurídicas*, mas não necessariamente são *leis*.

Dessa maneira, não se pode imaginar que o erro de direito ficaria restrito ao referencial de uma norma legal, precisando ser projetado em âmbito mais largo, alcançando outras categorias normativas – que podem, perfeitamente, ocasionar uma errônea interpretação a ponto de ser o motivo único ou principal da celebração de um negócio ou ato jurídico.

6. Epílogo: sem medo de errar, uma nova compreensão para o erro de direito

O paradigma do jurista é, e não poderia ser diferente, a norma legal, de onde deriva democraticamente a fundação do sistema jurídico. É a inegabilidade da norma legal como ponto de partida (FERRAZ JUNIOR, 2015).⁶³

Historicamente, todavia, por influência da máxima romana *dura lex, sed lex*, prevaleceu uma interpretação limitada ao texto normativo, tímida e presa em sua literalidade. Essa hermenêutica gramatical causava uma sensação de bem-estar psicológico, à medida que acalmava as hesitações e provocava uma sensação de segurança.

No que tange especificamente ao erro de direito, a dificuldade que atravessa os tempos decorre do medo, que toma de assalto o jurista de abrir espaço para a alegação do desconhecimento da norma legal, vedada pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (BRASIL, 1942), em seu art. 3º. O temor era ocasionar uma insegurança nas relações sociais. Por isso, o legislador de 2002 tentou precaver a situação e terminou por usar uma expressão incoerente e autofágica ao afirmar, no art. 139, III, da CC (BRASIL, 2002), que a alegação de erro de direito se condicionaria a não implicar recusa à aplicação da lei.

Com o melhor propósito, mas com a mente atenta a não permitir a alegação de ignorância da lei, a interpretação doutrinária prevalecente sempre submeteu o erro de direito à conjugação dos elementos semânticos do texto legal: *i*) ser a causa principal ou única da declaração volitiva; e *ii*) não importar negativa à aplicação da lei, promovendo uma interpretação literal (FERRAZ JUNIOR, 2015)⁶⁴ da fórmula legal, sem notar a incoerência gramatical.

A exegese que há de prevalecer, todavia, deve estar iluminada pelos influxos da confiança (variação da boa-fé objetiva), protegendo as justas expectativas dos contratantes de manifestação de uma vontade livre e desembaraçada

de vícios. E, assim, deve-se entender o *error juris* como o equívoco na interpretação das consequências jurídicas que podem defluir da prática do ato ou negócio. Não se trata, pois, do desconhecimento da existência da norma legal, que é um erro de fato, o fato de não ser conhecida a lei.

Mais ainda: a hermenêutica a ser promovida para interpretar a norma e aplicá-la aos casos concretos não pode ser recrudescida, ou dificultada, em relação ao erro de fato; merece o *error juris* a mesma linha de compreensão que o erro de fato, sendo caracterizado pela atuação solitária do declarante, quando ele, por si mesmo, sem atuação de terceiro, promove uma equivocada exegese das consequências que derivam da aplicação de uma norma ao caso concreto. E, somente por isso, celebra o negócio.

Temores abrandados, é chegado o momento de desvincular o erro de direito da (atávica) repetição de não poder importar em negativa da aplicação da lei. Claro que não produzirá tal efeito. Para tanto, o intérprete há de lembrar que, no erro (qualquer que seja a modalidade), o agente se enganou sozinho e, por isso, há de buscar alteridade para interpretá-lo pela visão do declarante, a partir da crença depositada na equivocada interpretação normativa.⁶⁵

Não é razoável, demais de tudo isso, desigualar a hermenêutica do erro de fato e do erro de direito, se estão no mesmo dispositivo legal (CC, art. 139) e se possuem a mesma natureza (vício de vontade), o mesmo elemento caracterizador (equívoco solitário na apreciação das circunstâncias elementares) e o mesmo efeito (invalidade do contrato). O fato de se tratar de um equívoco na interpretação da eficácia de uma norma jurídica (circunstância específica), e não dos fatos subjacentes, não autoriza uma disparidade de tratamento e um endurecimento na sua hermenêutica. Até porque tanto um (o erro de fato), quanto o outro (o erro de direito), se enquadram no conceito de fatores de correção interna da autonomia privada, conforme a sempre oportuna percepção de Otávio Luiz Rodrigues Júnior (2019, p. 353): o “sistema de direito privado controla a validade dos negócios jurídicos e de todos os institutos e figuras jurídicas submetidos a seus limites normativos, por meio de *técnicas comuns*”.⁶⁶

Assim, quebraria a lógica estruturante e a coerência hermenêutica emprestar ao erro de direito uma exegese dificultada, com a intenção de não permitir a preservação de uma autonomia privada límpida e cristalina, livre e desembaraçada. “Sem medo de errar” é a maneira mais razoável de se projetar o erro de direito em uma ambiência marcada pela confiança.

Referências

- ABREU FILHO, José. **O negócio jurídico e sua teoria geral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: Introdução. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1940, v. 1.
- BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília: Diário Oficial da União, 1942. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 24 out. 2022.
- BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília: Diário Oficial da União, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm. Acesso em: 24 out. 2022.
- BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília: Diário Oficial da União, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 24 out. 2022.
- BUFULIN, Augusto Passamani. **O erro e seus requisitos**. Rio de Janeiro: GZ editora, 2013.
- CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. **Curso de Direito Civil**: Parte Geral. 4. ed. São Paulo: RT, 2013.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Derivação e Positvação no Direito Tributário**. São Paulo: Noeses, 2011.
- DAN-COHEN, Meir. Interpretando o discurso oficial. In MARMOR, Andrei (org.). **Direito e Interpretação**: ensaios de Filosofia do Direito. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: Teoria Geral do Direito Civil. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 1.
- DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro interpretada**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil**: Famílias. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2002, v. 6.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: Parte Geral e LINDB. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, vol. 1.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: Parte Geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 1.

GALGANO, Francesco. **Commentario del Codice Civile**. Roma: Del Foro Italiano, 1998, v. 4.

GARCEZ, Martinho. **Das nulidades dos atos jurídicos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

GIROLA, Lidia. La cultura del 'como si': normas, anomia y transgresión en la sociedad mexicana. In: ARAUJO, Kathya. (org.). **Se acata pero no se cumpre**: estudios sobre las normas en America Latina. Santiago: LOM ediciones, 2009.

GOMES, José Jairo. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2012.

GOMES, Luiz Flávio. **Erro de tipo e erro de proibição**. 5. ed. São Paulo: RT, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: RT, 2007, v. 2.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Parte Geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 1.

MAFRA, Tereza Cristina Monteiro; VIEIRA, Mônica Silveira; COSTA, Mônica Aragão M. Ferreira e; MILAGRES, Marcelo de Oliveira. **A LICC e o Código Civil de 2002**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MAGALHÃES, Ana Alvarenga Moreira. **O erro no negócio jurídico**: autonomia da vontade, boa-fé objetiva e teoria da confiança. São Paulo: Atlas, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**. São Paulo: RT, 2004.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

- MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**: Parte Geral. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1.
- MUNHOZ NETO, Alcides. **A ignorância da antijuridicidade em matéria penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**: Parte Geral. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 1.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito Civil**: alguns aspectos de sua evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 1.
- PLATÃO. **Sofista**. Tradução: Jorge Paleikat e João Cruz Costa. São Paulo: Victor Civita, 1972.
- PORTUGAL. **Decreto-lei nº 47.344 de 25 de Novembro de 1966**. Código Civil Português (Atualizado até à Lei 59/99, de 30/06). Disponível em <https://www.igac.gov.pt/documents/20178/358682/C%C3%B3digo+Civil.pdf/2e6b36d8-876b-433c-88c-1-5b066aa93991> Acesso em: 31 out. 2022.
- RADBRUCH, Gustav. **Introdução à Filosofia do Direito**. Tradução: Jacy de Souza Mendonça. São Paulo: Saraiva, 2010.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Parte Geral do Código Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. **Direito Civil Contemporâneo**: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019.
- ROSA, Conrado Paulino da. **Curso de Direito de Família contemporâneo**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.
- STEMBERG, Theodor. **Introducción a la ciencia del Derecho**. Barcelona: Labor (Biblioteca de iniciación cultural), 1930.
- TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: Lei de Introdução e Parte Geral. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, v. 1.
- VELOSO, Zeno. **Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil**. Belém: Unama, 2005.
- WARAT, Luiz Alberto. **A rua grita Dionísio**: direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Notas de fim

1 Artigo publicado em FARIAS, Cristiano Chaves de. In CUNHA, Rogério Sanches (organizador). *Atualidades do Direito: obra em homenagem ao Professor Luiz Flávio Gomes*. Salvador: Juspodivm, 2020. Enviado pelo autor.

2 Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia. Mestre em Família na Sociedade. Contemporânea pela Universidade Católica do Salvador - UCSal. Professor da Faculdade Baiana de Direito. Professor do Complexo de Ensino Renato Saraiva – CERS. Membro da Diretoria Nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM.

3 GOMES, Luiz Flávio. *Erro de tipo e erro de proibição*, op. cit., *passim*.

4 GOMES, Luiz Flávio. *Erro de tipo e erro de proibição*, op. cit., p. 25.

5 Tanto no Direito Civil, quanto no Direito Penal, é comum encontrar referências à distinção entre *erro e ignorância*, bem ilustrada no fato de que aquele é a falsa representação da realidade, enquanto esta é o desconhecimento total da realidade. Todavia, em ambos os setores da disciplina jurídica, chega-se à conclusão de que a legislação (CC, art. 139; CP, arts. 20 e 21) anda bem ao unificar o seu tratamento. Veja-se, entre os civilistas, ABREU FILHO, José. *O Negócio Jurídico e sua Teoria Geral*, op. cit., p. 227, e, na literatura penal, MUNHOZ NETO, Alcides. *A ignorância da antijuridicidade em matéria penal*, op. cit., p. 3.

6 É, enfim, “o resultado de uma falsa percepção, noção, ou mesmo a falta (ausência) de percepção sobre a pessoa, o objeto ou o próprio negócio que se pratica. Enfim, é o equívoco espontâneo do contratante sobre as circunstâncias elementares do negócio jurídico”, FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de *Direito Civil: Parte Geral e LINDB*, op. cit., p. 723.

7 PLATÃO, *Sofista*, op. cit., p. 263.

8 “Uma vez em vigor, a lei é uma ordem dirigida à vontade geral. É obrigatória para todos. Sujeitos à sua obediência e ao seu império todos os indivíduos, sem distinção de categoria social, de nível de cultura ou de grau de inteligência”, PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, op. cit., p. 119.

9 De fato, fundamenta-se a obrigatoriedade “em razão da segurança jurídica, para que seja possível a convivência social”, MAFRA, Tereza Cristina Monteiro; VIEIRA, Mônica Silveira; COSTA, Mônica Aragão M. Ferreira e; MILAGRES, Marcelo de Oliveira. *A LICC e o Código Civil de 2002*, op. cit., p. 77.

10 Vale observar que a conjuminância do art. 8º da Lei Complementar nº95/98 com o art. 1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro conduz à conclusão de que toda norma legal precisa ter um período de vacância, destinado a que as pessoas tenham dela conhecimento. Este período deve ser proporcional à relevância da norma na vida das pessoas que estarão a ela submetidas. Como toda lei precisa de um lapso para ser conhecida, não havendo prazo expresso, aplica-se a regra residual de quarenta e cinco dias, depois de oficialmente publicada (LINDB, art. 1º).

11 Assim, GOMES, José Jairo, *Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro*, op. cit., p. 78: “pelo princípio da obrigatoriedade ou inescusabilidade do desconhecimento da lei, há presunção absoluta de que seus destinatários a conhecem”.

12 Nos dizeres de Zeno Veloso, “num país em que há um excesso legislativo, uma superprodução de leis, que a todos atormenta, assombra e confunde – sem contar o número enormíssimo de medidas provisórias –, presumir que todas as leis são conhecidas por todo mundo agrediria a realidade”. Comentários à Lei de Introdução, op. cit., p. 53.

- 13 GIROLA, Lidia. "La cultura del 'como si': normas, anomia y transgresión en la sociedad mexicana", op. cit., p. 34.
- 14 Art. 21, Código Penal: "o desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço. Parágrafo único. Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência".
- 15 Art. 65, Código Penal: "são circunstâncias que sempre atenuam a pena: [...] II – o desconhecimento da lei"
- 16 Explica Conrado Paulino da Rosa que o vocábulo putativo provém do latim "putare, traduzindo-se por julgar, no sentido de imaginar ou pensar. Daí equivaler o casamento 'julgado' real, ou que as partes e terceiros julgam, presumem ou reputam celebrado de acordo com a lei", ROSA, Conrado Paulino da. Curso de Direito de Família contemporâneo, op. cit., p. 53.
- 17 Para maior verticalização sobre o tema, consinta-se remeter a FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Famílias, op. cit., notadamente p. 257: "o erro que caracteriza a putatividade pode ser tanto o de fato, quanto o de direito, constituindo exceção à regra da vedação ao erro de direito, pela qual a ninguém é dado alegar o desconhecimento da norma para furtar-se à sua incidência".
- 18 Maria Helena Diniz apresenta o exemplo de uma pessoa que pratica um ato jurídico pressupondo que uma determinada norma está em vigor, quando, em verdade, foi revogada, DINIZ, Maria Helena. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro interpretada, op. cit., p. 107.
- 19 "Estudando as máximas pelos antigos intérpretes ou tratadistas, a regra do direito romano foi entendida como um dogma jurídica da maior grandeza. A possibilidade de invocação do erro de direito para a anulação de um negócio jurídico foi categoricamente repudiada pela doutrina mais conservadora, por entender que a sua alegação seria intenso acinte e transgressão da regra da inescusabilidade da ignorância da lei", MAGALHÃES, Ana Alvarenga Moreira. O erro no negócio jurídico: autonomia da vontade, boa-fé objetiva e teoria da confiança, op. cit., p. 56.
- 20 Nesse sentido, Clóvis Beviláqua, de modo enfático, sustentava a impossibilidade de ser admitido o erro de direito pois ninguém pode se escusar de cumprir a norma legal alegando o seu desconhecimento, BEVILÁQUA, Clóvis, Código Civil do Estados Unidos do Brasil comentado, op. cit., p. 354.
- 21 GARCEZ, Martinho. Das nulidades dos atos jurídicos, op. cit., p. 145.
- 22 GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil, op. cit., p. 487.
- 23 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB, op. cit., p. 725.
- 24 CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. Curso de Direito Civil: Parte Geral, op. cit., p. 602.
- 25 MARQUES, Cláudia Lima. Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor, op. cit., p.32-33.
- 26 MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil: Parte Geral, op. cit., p. 240.

1. Sem medo de errar: a necessidade de uma (re)visita ao erro de direito como causa de anulação de negócios jurídicos

27 Nesse diapasão, já se disse que a própria redação do dispositivo legal se mostra “suficiente para invocação do erro de direito, pois tais limitações impostas conterão qualquer abuso e, ainda, restringirão de forma considerável, a possibilidade de anulação de negócio jurídico por conta desse tipo de erro substancial”, CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. Curso de Direito Civil: Parte Geral, op. cit., p. 603. Também constatando essa limitação, FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB, op. cit., p. 726.

28 Veja-se, a respeito: “o erro de direito é aceito como gerador de anulação do ato negocial quando tenha sido determinante da declaração de vontade, no sentido de que o agente não a emitiria se tivesse real conhecimento do que dispõe a norma legal. E, ao mesmo tempo, não implique recusa à aplicação da lei”, PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil, op. cit., p. 449-450. Seguem na mesma linha: AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução, op. cit., p. 596; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral, op. cit., p. 388.

29 RADBRUCH, Gustav. Introdução à Filosofia do Direito, op. cit., p. 74. E percebe, indo mais longe, que o legislador “despreza até o fluxo estético das frases, que são separadas umas das outras sob a forma de artigos e parágrafos. A lei é dirigida a ouvidos com ouvidos acurados para lograr o entendimento generalizado (ius vigilantibus scriptum).”

30 MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da validade, op. cit., p. 164.

31 RIZZARDO, Arnaldo. Parte Geral do Código Civil, op. cit., p. 459.

32 DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, op. cit., p. 492.

33 Também Francisco Amaral não consegue alcançar uma explicação do tema sem apelo retórico, ao dizer não ser possível a sua alegação “para subtrair alguém à disciplina legal, salvo no caso em que o invoca não pretende fugir à aplicação da lei, demonstrando ter sido o desconhecimento de uma regra dispositiva que o levou à prática de um ato que não se realizaria se houvesse o conhecimento da realidade”, AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução, op. cit., p. 597.

34 MAGALHÃES, Ana Alvarenga Moreira. O erro no negócio jurídico: autonomia da vontade, boa-fé objetiva e teoria da confiança, op. cit., p. 58. E acresce: “quando se prevê o erro de direito, ao contrário, o que se almeja é a defesa daquele que, uma vez pautado no conhecimento equivocado de uma diretriz normativa, cumpra-a segundo sua inexata compreensão e se prejudique por causa dela. Neste, não há tentativa de furta-se do cumprimento do preceito legal, mas, sim lhe reconhecer a existência e aplicabilidade à espécie para remediar-se dos efeitos deletérios causados pela ignorância da lei”.

35 DINIZ, Maria Helena. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro interpretada, op. cit., p. 112. No mesmo sentido, igualmente fazendo menção à impossibilidade de se pretender a “suspensão da eficácia legal”, MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil: Parte Geral, op. cit., p. 240, e GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Parte Geral, op. cit., p. 409.

36 O professor de Heidelberg Gustav Radbruch demonstra a absoluta normalidade dos acentuados e retóricos discursos e proposições jurídicas. Nota que “experimentam os grandes oradores momentos culminantes de sua eloquência apaixonada: sobem à vizinhança de Deus ou da ideia, exatamente onde o homem deveria sempre viver e tão excepcionalmente vive. Mas não se deve também subestimar o perigo da grandiloquência, tanto para o orador quanto para os que o escutam”, RADBRUCH, Gustav. Introdução à Filosofia do Direito, op. cit., p. 75.

- 37 O exemplo consta das obras de GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Parte Geral*, op. cit., p. 409; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral*, op. cit., p. 388;
- 38 GALGANO, Francesco. *Commentario del Codice Civile*, op. cit., p. 284.
- 39 Engrossando o coro, também Marcos Bernardes de Mello assevera se tratar de erro de fato: “apesar de dizerem respeito à lei, o erro é sobre o fato dela existir, ou ser vinculante, ou mal entendida”, MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*, op. cit., p. 164.
- 40 WARAT, Luiz Alberto. *A rua grita Dionísio: direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia*, op. cit., p. 51.
- 41 ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*, op. cit., p. 308-309.
- 42 GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*, ob. cit., p. 24.
- 43 CARVALHO, Paulo de Barros. *Derivação e Positivização no Direito Tributário*, ob. cit., p.72
- 44 NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: Parte Geral*, op. cit., p. 376.
- 45 No campo do Direito Penal, a situação não caracteriza hipótese de isenção de culpa ou de pena. É o que Luiz Flávio Gomes e Antonio García-Pablo de Molinas bem denominaram de erro de subsunção. Malgrado não esteja contemplado em lei, o erro de subsunção é caracterizado quando o agente decifra equivocadamente os efeitos decorrentes da prática de seu ato. Por recair sobre a compreensão do sentido jurídico da norma é penalmente irrelevante. De todo modo, os autores prospectam, coerentemente, a possibilidade de ser considerado uma atenuante genérica da pena, a partir da fórmula do art. 66 do Código Penal. A respeito, GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablo de. *Direito Penal: Parte Geral*, op. cit., passim.
- 46 Art. 113, Código Civil: “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.”
- 47 NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: Parte Geral*, op. cit., p. 376-377. Em idêntica proposição, MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*, op. cit., p. 165.
- 48 BUFULIN, Augusto Passamani. *O erro e seus requisitos*, op. cit., p. 125.
- 49 Dentre os constitucionalistas, José Joaquim Gomes Canotilho é um dos mais empolgados em reconhecer “os princípios da segurança jurídica e da protecção da confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito”, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, op. cit., p. 250.
- 50 ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*, op. cit., p. 308.
- 51 Embora sem aludir, literalmente, à confiança, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho parecem se aproximar desta compreensão: “se o agente, de boa-fé, pratica o ato incorrendo em erro substancial e escusável, há que reconhecer, por imperativo de equidade, a ocorrência do erro de direito”, GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral*, op. cit., p. 388.
- 52 MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*, op. cit., p. 165.
- 53 Art. 544, Código Civil: “a doação de ascendentes a descendentes, ou de um cônjuge a outro, importa adiantamento do que lhes cabe por herança”.

1. Sem medo de errar: a necessidade de uma (re)visita ao erro de direito como causa de anulação de negócios jurídicos

54 Art. 557, Código Civil: “podem ser revogadas por ingratidão as doações: **I** - se o donatário atentou contra a vida do doador ou cometeu crime de homicídio doloso contra ele; **II** - se cometeu contra ele ofensa física; **III** - se o injuriou gravemente ou o caluniou; **IV** - se, podendo ministrá-los, recusou ao doador os alimentos de que este necessitava.”

55 GALGANO, Francesco. *Commentario del Codice Civile*, op. cit., p. 287.

56 Art. 27, Lei nº9.868/99: “ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

57 WARAT, Luiz Alberto. *A rua grita Dionísio: direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia*, op. cit., p. 50.

58 A nossa doutrina mais contemporânea é de clareza solar ao proclamar que no erro o agente se engana sozinho, sem qualquer atuação de terceiro: “no erro e na ignorância, a pessoa se engana sozinha, parcial ou totalmente, sendo anulável o negócio toda vez que o erro ou a ignorância for substancial ou essencial”, TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral*, op. cit., p. 472.

59 AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*, op. cit., p. 596. Com a mesma perspectiva, afirmando que o erro de direito “não pode recair sobre norma cogente”, DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro interpretada*, op. cit., p. 112.

60 ABREU FILHO, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral*, op. cit., p. 260.

61 BUFOLIN, Augusto Passamani. *O erro e seus requisitos*, op. cit., p. 125.

62 CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. *Curso de Direito Civil: Parte Geral*, op. cit., p. 603.

63 Tércio Sampaio Ferraz Júnior confirma a inegabilidade do ponto de partida a partir da ideia de que sempre “deve haver um sentido básico” na lei, FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*, op. cit., p. 234.

64 Não se apercebeu que “ao valer-se da língua natural, o legislador está sujeito a equívocos que, por não existirem em nossas línguas regras de rigor (como na ciência), produzem perplexidades”, FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*, op. cit., p. 241.

65 “Um dos aspectos importantes da interpretação é a disposição e a capacidade do intérprete de ligar vários papéis e intenções, e a sua decisão, à luz desse esquema interpretativo geral, quanto a quais papéis ou intenções se inter-relacionam de maneira suficiente para formar um todo integral”, DAN-COHEN, Meir. “Interpretando o discurso oficial”, op. cit., p. 661.

66 RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *Direito Civil Contemporâneo: estatuto epistemológico. Constituição e direitos fundamentais*, op. cit., p. 353.

2. A vulnerabilidade da mulher e a violência obstétrica, apesar da expansão dos direitos existenciais no vintênio do Código Civil

Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat Cabral¹

Alinne Arquette Leite Novais²

Luiz Felipe Barbosa de Souza³

DOI: 10.52695/978-65-5456-016-0.2

A escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do §2º do art. 5º, no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo texto maior, configuram uma verdadeira *cláusula geral* de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento (TEPEDINO, 2008, p. 48).

Considerações iniciais

Em consequência das transformações sociais que deram maior visibilidade e importância à dignidade da pessoa humana, operou-se expressiva expansão dos direitos existenciais, advindos da qualidade de pessoa e entendidos como aqueles inerentes à personalidade humana. No Brasil, em especial, a partir da Constituição Federal de 1988, que elevou os direitos existenciais a axioma, a valor de primeira grandeza, diversos desdobramentos de direitos para os quais antes não se previa reparação, nominados como novos danos, emergem com força cada vez maior. O presente artigo analisa a expansão dos direitos da personalidade ou existenciais, à luz da vulnerabilidade da parturiente no contexto

da violência obstétrica, e a conseqüente reparação civil do dano, além da responsabilização criminal do agente causador do dano à mulher.

No Brasil, a cada quatro mulheres, uma relata ter sido vítima de violência obstétrica durante o parto: realidade quase comum, imposta às mulheres em diversas situações vexatórias e desumanas durante o momento mais sublime de suas vidas, que é a hora de ver a face do ser que levou dentro de si durante quase nove meses. Além das altas estatísticas, as conseqüências constituem diversos danos físicos, mentais e emocionais à parturiente, razão pela qual os debates acerca da violência obstétrica se tornam cada vez mais necessários à sociedade contemporânea. Apesar de se tratar de ser uma prática recorrente, as notícias são pouco divulgadas, as gestantes não são devidamente informadas a respeito de seus direitos e os agentes quase nunca são punidos e nem mesmo obrigados à reparação dos danos experimentados pela vítima.

Apesar desse cenário, a violência obstétrica é uma prática que viola os direitos inerentes à dignidade da mulher, quando lhe é dado tratamento violento e degradante durante o estado de vulnerabilidade em razão de se encontrar em trabalho de parto. Dessa forma, ao praticar condutas ilícitas categorizadas como violência obstétrica, os agentes de saúde podem ser responsabilizados no âmbito criminal, sem prejuízo da reparação civil, tendo em vista o fato de que a referida conduta viola direitos existenciais da mulher gestante, que deveria ter sua integridade psicofísica resguardada naquele momento.

A evolução da tutela dos direitos existenciais e os “novos danos”

Na metade do século XIX, período marcado por inúmeros episódios de injustiças e revoltas, surgiram as primeiras discussões acerca dos direitos de personalidade. A expressão fora projetada por jusnaturalistas franceses e alemães para designar e identificar direitos inerentes ao homem, sendo tais direitos preexistentes ao reconhecimento do Estado. O Código Civil de 1916 não trouxe qualquer menção ao assunto, gerando evidente omissão que ensejou efeitos desastrosos. Além disso, poucas menções fazia a doutrina pátria a essa esfera de direitos ante as críticas tecidas ao tema. No entanto, quase um século depois, os direitos da personalidade foram lembrados e ressurgiram após a Constituição Federal de 1988, que elencou a dignidade da pessoa humana como princípio fundante do Estado Democrático de Direito (SCHREIBER, 2014), direitos esses

posteriormente expressos no texto do Código Civil de 2002, mais especificamente nos dispositivos dos artigos 11 a 21 (FARIAS; ROSENVALD, 2019).

O vigente Código Civil pátrio dispõe, em seu artigo 11 (BRASIL, 2002), que, exceto os casos expressos em lei, os direitos da personalidade não podem ser transmitidos a outrem ou renunciados por seus titulares, ressaltando-se que o exercício desses direitos, em regra, não pode sofrer limitação voluntária. No entanto, de acordo com Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2019), essa indisponibilidade deve ser concebida em um panorama relativo, apenas sendo defeso aos titulares desses direitos disporem deles em caráter permanente ou de forma total. Tanto que o próprio artigo prevê a exceção dos casos previstos em lei, permitindo-se preterir seu caráter relativamente indisponível.

Em que pese não estejam reconhecidos expressamente no artigo 11 do Código Civil (BRASIL, 2002), os direitos da personalidade apresentam outras características, que lhes são próprias: o caráter absoluto, tendo em vista que são oponíveis contra todos (*erga omnes*); a imprescritibilidade, não permitindo que a lesão a algum direito da personalidade convesça com o decurso do tempo; a extrapatrimonialidade, considerando que os direitos da personalidade não comportam avaliação monetária (embora a lesão a esses direitos seja passível de monetização, pela responsabilidade civil); e, por fim, a vitaliciedade, característica que confirma o caráter intransmissível deste ramo de direitos, extinguido-se estes com a morte de seu titular (FARIAS; ROSENVALD, 2019).

O artigo 12 do mesmo diploma legal prevê a possibilidade de exigência de cessação de ameaça ou efetiva lesão a direito da personalidade, além de ser possível reclamar perdas e danos, além de demais sanções com previsões legais (BRASIL, 2002). Assim, a partir da previsão constitucional, os direitos existenciais passam a receber uma tutela especial, sob o enfoque do direito civil-constitucional, para sua efetiva proteção (CABRAL, 2010). Segundo Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2019), a dignidade da pessoa humana consiste em cláusula geral dos direitos da personalidade, os quais estão abarcados no direito à dignidade, que é a verdadeira base de cada previsão constitucional referente aos direitos da pessoa humana (CAVALIERI FILHO, 2008). Dessa forma, a vista desses argumentos,

Evidentemente, ao dispor a dignidade de maneira tão elevada, colocou o legislador a personalidade e suas emanções como valor de inigualável importância. Ao atribuir tratamento de tamanha primazia à personali-

de e os direitos a ela inerentes, a Constituição demonstra especial preocupação com a pessoa humana e a tutela de seus direitos (CABRAL, 2010, p. 69).

Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2019) esses direitos existenciais são classificados com base na personalidade da pessoa humana primando pela proteção da vida, da integridade física, moral e psíquica, além das criações intelectuais. Cabe destacar que não existe um rol taxativo que elenca os direitos da personalidade, considerando-se que o Código Civil se limitou a tratar, de forma expressa, de apenas cinco direitos da personalidade, a saber: direito à honra, direito ao corpo, direito ao nome, direito à imagem e o direito à privacidade. No entanto, em que pese não haja expressa previsão de diversos outros direitos da personalidade, como, por exemplo, o direito à integridade psíquica, essa omissão não tem o condão de impedir que outras manifestações da personalidade sejam classificadas como merecedoras de tutela, pela inteligência do artigo 1º, inciso III, da Carta Magna (SCHREIBER, 2014).

Assim, a constitucionalização do Direito Civil acarretou significativos desdobramentos na responsabilidade civil, conferindo especial proteção aos direitos existenciais (ou de personalidade), fato que ensejou ampla gama de direitos merecedores de proteção, trazendo o reconhecimento como dano a situações que não eram juridicamente consideradas como tal (SCHREIBER, 2015).

Impende mencionar que, do dano causado por prática de ato ilícito, culposo ou doloso, por ação ou omissão, surge a responsabilização civil, pela qual se impõe ao causador do dano a obrigação de repará-lo. No entanto, para efetivar a responsabilização do agente que causou o prejuízo, é de extrema importância o atendimento a quatro pressupostos da reparação civil, quais sejam: a existência de conduta ilícita pelo causador do dano; a culpa (ou dolo) na ação; o nexo de causalidade; e, por fim, o resultado danoso (que é o prejuízo patrimonial, moral ou estético), a depender da natureza do bem jurídico violado. Ademais, cabe ressaltar que quando violados os direitos existenciais (ou da personalidade) caberá a reparação por dano moral, uma vez que, pela sua natureza, não incide sobre o patrimônio do ofendido, mas sobre sua própria pessoa, sua esfera psicofísica (CABRAL, 2010). Portanto, pode-se inferir que

O reconhecimento da necessidade de tutela dos interesses existenciais atinentes à pessoa humana representa uma autêntica revolução. A consagração da dignidade humana como valor fundamental das constituições do

último século, associada à aplicação direta das normas constitucionais às relações, veio exigir com força irresistível a ressarcibilidade, até então discutida, do dano extrapatrimonial. Embora de forma diferenciada, cada sistema jurídico passou, gradativa ou subitamente, a conceder reparação a lesões de interesses existenciais (SCHREIBER, 2015, p. 90).

Segundo Moraes (2009), o rol dos direitos existenciais se amplia de forma que, tomando a personalidade como valor, torna-se impossível antever as novas espécies de danos, uma vez que sempre haverá uma nova hipótese. A tutela dos direitos existenciais é direito fundamental e visa proteger a pessoa humana em diversas dimensões; por isso, incontáveis realidades podem ser merecedoras de proteção, a partir da personalidade concebida como valor (MORAES, 2009). Assim, os tribunais pátrios têm reconhecido como danos diversas situações que outrora não eram concebidas como lesão a direitos existenciais e, dessa realidade, emerge uma crescente gama de novos direitos, pois, conforme advoga o jurista Pietro Perlingieri (2007, p. 156): “não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa sem limites [...]”. Assim, deve-se levar em conta que

A responsabilização civil busca resgatar o equilíbrio, impondo que os direitos existenciais sejam observados, cumpridos, sob pena de fazer com que o agente que os fere ou restringe, violando-os, seja obrigado a reparar o dano experimentado por aquele que o sofreu. O que se busca, então, não são teorias, nem fórmulas, mas efetividade. A efetividade da tutela da personalidade está estreitamente relacionada à responsabilização civil, uma vez que esta instrumentaliza a defesa de tais direitos, impondo ao agente que os viola, a obrigação de reparar o dano, sendo o acesso ao Judiciário e à Justiça, o meio hábil a garantir essa efetividade, nos casos em que o dano decorrente da violação aos direitos existenciais não for reparado voluntariamente pelo agente causador (CABRAL, 2010, p. 76).

Dessa forma, a tutela dos direitos da personalidade pode se materializar através de diversos mecanismos diferentes de efetivação do ordenamento jurídico pátrio. O próprio artigo 12 do Código Civil brasileiro (BRASIL, 2002) estabelece a possibilidade de se tutelar os direitos existenciais de forma pre-

ventiva e repressiva, podendo-se afirmar plenamente cabível o provimento jurisdicional no sentido de reparar e coibir os danos causados pela inobservância destes direitos. Através da tutela preventiva desses direitos, podem ser adotadas pelos magistrados diversas medidas no sentido de proteger integralmente o bem jurídico personalíssimo. Como exemplo, pode-se citar a aplicação de multas para abstenção da prática pelo agente causador, bem como restrição de direitos, como o mandado de distanciamento, que determina ao agente violador não se aproximar da vítima. Além da tutela preventiva, também há a possibilidade de proteção dos direitos existenciais de forma repressiva (compensatória), com a fixação do valor dos danos não patrimoniais a fim de se obter a reparação dos danos sofridos pela vítima (FARIAS; ROSENVALD, 2019).

No que diz respeito à reparação por danos extrapatrimoniais causados pelo agente violador, há que se destacar a desnecessidade de provas de sentimentos de dor, sofrimento, humilhação ou qualquer outro sentimento negativo que possa ter causado à vítima, podendo-se dizer que esse dano moral é considerado *in re ipsa* (presumido), caracterizado pela simples ação violadora da dignidade e da personalidade do titular (FARIAS; ROSENVALD, 2019).

A expressão “novos danos” foi empregada pela doutrina a partir do surgimento de figuras relacionadas a prejuízos não patrimoniais que antes não eram reconhecidos como danos (SCHREIBER, 2015). O termo sugere a ideia de lesão a bem jurídico diverso daquele que já tutelado pelo ordenamento jurídico. Entretanto, essa noção dos “novos danos” está associada a uma multiplicidade de situações que nascem de lesões aos direitos da personalidade, que outrora não eram considerados como tais. Assim, pode-se dizer que os novos danos são “aqueles que, partindo de direitos existentes e já consagrados, ramificam-se em extensão e profundidade, trazendo a julgamento pelos juízes e tribunais, questões nunca antes discutidas como fatos a ensejar reparação” (CABRAL, 2010, p. 71). Anderson Schreiber (2015) salienta ainda que a doutrina não foi capaz de classificar e agrupar os novos danos, tamanha a diversidade de situações.

Portanto, cabe ao Poder Judiciário efetivar e tutelar esses direitos existenciais, sendo importante frisar que o órgão jurisdicional é responsável por desenvolver, com eficácia, mecanismos, a fim de instrumentalizar a reparação civil decorrente da violação desses direitos, compensar, ou ao menos minimizar, o dano sofrido pela vítima e aplicar sanções ao violador de seus direitos existenciais, para desestimulá-lo à reincidência da prática ilícita.

A vulnerabilidade da mulher no momento do parto

No campo da bioética, a vulnerabilidade humana é considerada uma qualidade ou estado de fragilidade, comum a todo ser mortal, uma vez que todas as pessoas estão sujeitas, de alguma forma, a serem feridos ou ofendidos, de forma intencional ou não, por outras pessoas ou demais agentes da natureza. Os seres humanos têm consciência de sua própria vulnerabilidade e são dotados de defesa instintiva, que decorre da luta pela sobrevivência (HOSNE, 2009). Assim,

É exatamente por ter consciência da vulnerabilidade que os seres humanos necessitam se defender – até mesmo uns dos outros. Embora ele possa ou não se encontrar em situação de vulnerabilidade, o ser humano é sempre vulnerável – tratam-se de oscilações que acompanham todas as situações que envolvem a Bioética (HOSSNE, 2009, p. 42).

A vulnerabilidade é uma expressão que se origina da palavra latina *vulnerabilis*, que significa “algo que causa lesão” (HOUAISS; VILLAR, 2009). Assim, pode-se dizer que a vulnerabilidade consiste em uma característica atribuída a determinados grupos de pessoas consideradas mais expostas e com menor capacidade de autodefesa contra abusos praticados por outras pessoas. Pode-se citar como exemplo de grupos vulneráveis as pessoas idosas, os órfãos e as mulheres (NEVES, 2009).

Considerando o fato de que todo ser humano é vulnerável, pode-se afirmar que a mulher, durante o trabalho de parto, assume uma condição clara e inegável de hipervulnerabilidade, tendo em vista que, na realização do procedimento médico, a parturiente se encontra totalmente frágil e exposta a qualquer tipo de conduta que possa ser praticada. Assim, pode ser que um profissional da instituição hospitalar, que assume uma posição de superioridade fática naquele momento, submetam a paciente indefesa a seus atos, sem questionamento, a procedimentos vexatórios, acreditando que a conduta concorre para seu próprio bem e para o bem do bebê (RIBEIRO *et al.*, 2018).

A vulnerabilidade obstétrica se apresenta nos atos de violência institucional evidenciada pela demora no atendimento, o abandono no leito geralmente no pré-parto, proibição de um acompanhante, violência verbal, falta

de identificação por parte dos profissionais, toques repetidos e às vezes dolorosos, falta de informação para a parturiente dos procedimentos [...] (WACHIRA, 2014, p. 7).

Por isso, são imprescindíveis medidas preventivas como, por exemplo, a garantia do direito da gestante de ser acompanhada por pessoa de sua confiança durante o trabalho de parto, visando mitigar a condição de vulnerabilidade da parturiente, bem como para possibilitar efetiva proteção à sua integridade psicofísica (CASTRO, 2020).

Por esses motivos, somados à ansiedade, à expectativa e possíveis dores de quem está em trabalho de parto, é certo que a mulher, quando nessa situação, encontra-se em estado de vulnerabilidade agravada e, portanto, suscetível de ser ferida ou lesionada pela denominada violência obstétrica que, de acordo com as estatísticas, que indicam números alarmantes, é, infelizmente, de larga ocorrência no Brasil. É muito importante analisarmos a violência obstétrica à luz dos direitos existenciais para compreendermos os danos à pessoa humana e sua consequente reparabilidade.

A violência obstétrica e danos existenciais à mulher

Ao longo da história da humanidade, as mulheres são alvos de diversas modalidades de violências. Não obstante já existissem diversos tipos de atitudes violentas direcionadas a esse grupo vulnerável, como, por exemplo, os infundáveis casos de feminicídio veiculados diuturnamente pela mídia, telejornais e redes sociais digitais, tem-se discutido também acerca da prática da violência obstétrica, cuja vítima é a parturiente, ou seja, a mulher no momento do parto. A violência, em seu sentido geral, é entendida como uma imposição, em grau significativo, de dor e sofrimentos evitáveis. Assim, pode-se dizer que a violência obstétrica consiste em uma modalidade específica de violência contra a mulher (ZANARDO *et al.*, 2017).

Por um lado, D'Oliveira, Diniz e Schraiber (2002), definem esse tipo de violência contra as mulheres nas instituições de saúde subdividindo-a em quatro espécies de violência, a saber: negligência, quando há omissão na realização do atendimento; violência psicológica, quando há tratamento hostil durante a realização do parto, sendo proferidos ameaças, gritos e humilhações direcionados à paciente; violência física, quando os profissionais de saúde se negam

a aliviar a dor, mesmo havendo indicação técnica para tanto; e, por fim, a violência sexual, caracterizada por condutas legalmente previstas como assédio sexual e estupro. Por outro lado, ao contrário, existem nomes na literatura que definem a violência obstétrica como violência psicológica direcionada à mulher gestante, sendo caracterizada por ameaças, ironias, coerção, além da violência física perpetrada, que consiste na mera manipulação e exposição, sem necessidade, do corpo da mulher, tornando ainda mais difícil e desagradável o momento do parto (SANFELICE *et al.*, 2014).

Além disso, a violência obstétrica compreende o uso exacerbado de fármacos e intervenções durante o trabalho de parto, as práticas consideradas agressivas e dolorosas sem bases científicas, tais como a raspagem dos pelos pubianos, a indução do trabalho de parto, a proibição da presença do acompanhante escolhido pela paciente, a realização de episiotomias e afins (DINIZ, 2009). Ainda segundo Leal *et al.* (2018), pode-se dizer que a violência obstétrica é praticada quando a parturiente é submetida a diversas condutas invasivas sem consentimento seu, quando há a utilização de manobras obstétricas dolorosas e desnecessárias, quando usados medicamentos que induzem a aceleração de contrações uterinas, além do emprego de palavras vexatórias e de baixo calão direcionadas à paciente no momento do parto. Neste diapasão, esse tipo de violência consiste em

[...] uma apropriação do corpo feminino e de sua autonomia reprodutiva, durante o processo do pré-parto, parto e pós-parto, pelos profissionais da área da saúde, expondo a mulher a condutas desumanizadas, à utilização de procedimentos dolorosos ou constrangedores, bem como de medicação sem a real necessidade, convertendo o processo natural de nascimento em patológico, e uso de atitudes abusivas no que tange ao psicológico feminino (LEAL *et al.*, 2018, p. 2).

Desta forma, pode-se concluir que

[...] A violência obstétrica é considerada uma violação dos direitos das mulheres grávidas em processo de parto, que inclui perda da autonomia e decisão sobre seus corpos. Nesse sentido, significa a apropriação dos processos reprodutivos das mulheres pelos profissionais da saúde, através de uma atenção mecanizada, tecnicista, impessoal e massificada do parto (ZANARDO *et al.*, 2017, p. 5).

Segundo García, Díaz e Acosta (2013), o que enseja, na maioria das vezes, a facilidade de ocorrência da prática desta conduta violenta por parte dos profissionais de saúde é a falta de informação das gestantes a respeito de seus direitos, além do receio de fazer perguntas acerca dos procedimentos aos quais será submetida durante a realização do trabalho de parto. Essa situação traz como consequência a tolerância das gestantes à exploração de seus corpos, sem que haja, ao menos, reclamação das situações incômodas e violentas que ocorrem durante o procedimento médico. É cediço que gestantes de todo o mundo sofrem abusos, desrespeitos e negligências durante a realização do parto nas instituições médicas de saúde e que tais práticas podem acarretar várias consequências adversas à parturiente e ao bebê, principalmente por acontecer em um momento de demasiada vulnerabilidade da mulher (OMS, 2014).

Estudo destaca que diante da exposição a situações de violência obstétrica as repercussões podem ser variadas, sendo físicas, por meio de feridas e hematomas deixados durante os procedimentos; psicológicas, manifestadas por sentimentos negativos, problemas na efetivação do vínculo entre a mãe e o bebê; e emocionais, manifestadas por meio do choro intenso. Além disso, muitas mulheres demonstram desinteresse por futuras gestações ou pelo parto vaginal (LEAL *et al.*, 2018, p. 5).

Da violação aos direitos da mulher por meio dessa prática ilícita, nascem os danos aos direitos personalíssimos da mulher à integridade psicofísica. Portanto, não restam dúvidas acerca dos malefícios da prática da violência obstétrica, uma vez que essa conduta ilícita praticada por alguns profissionais de saúde pode causar diversas consequências, não só à paciente como também ao bebê. Não raro, ocorrem distúrbios psíquicos à paciente, bem como o desencadeamento da instabilidade no vínculo afetivo e amoroso na relação materno-filial. Nesse caso, é cabível a categorização da conduta como crime, a responsabilização cível aos causadores dos danos, levando-os à reparação do dano causado à mulher vítima dessa conduta ilícita perpetrada pelos agentes de saúde.

Essas condutas violam vários aspectos da dignidade da mulher e se tornam importante debate. É importante que seja conhecida pela sociedade a existência dessas práticas; faz-se necessário, ainda, estudar novas formas de informar a gestante a respeito de seus direitos e promover a punição dos ofensores criminosos e a consequente reparação dos danos por elas expe-

rimentados, de forma a desestimulá-los à reincidência, segundo o caráter inibitório da responsabilidade civil.

Considerações finais

Houve, com a expressiva evolução dos direitos existenciais, uma demasiada alteração quanto à reparabilidade na tutela dos direitos existenciais após a promulgação da Carta Magna de 1988, que categorizou a dignidade da pessoa humana como princípio basilar do Estado brasileiro, e o advento do Código Civil, que prevê, de forma expressa, a tutela desses direitos, que, até então, não contavam com normativa capaz de lhes conferir a qualidade de bem jurídico tutelado. Por isso, os danos morais denominados “novos danos” passaram a abranger uma esfera de prejuízos nunca antes entendida como danos. Por todo o exposto, também é indiscutível que a prática de violência obstétrica contra mulheres em estado de hipervulnerabilidade, assumido antes, durante e após a realização do trabalho do parto, é conduta ilícita e que gera dano e lesão ao direito da personalidade da pessoa ao passar pelo desrespeito à sua integridade física e à sua honra.

Conclui-se, então, considerando a expansão dos direitos existenciais, bem como a ampla tutela que lhes é conferida através de edição normativa e decisões judiciais, é de clara compreensão o cabimento de responsabilização civil, a título de danos morais e materiais, além da responsabilização, no âmbito criminal, dos agentes que praticam atos de violência obstétrica, uma vez que essa prática criminosa viola diversos direitos existenciais da mulher, como o direito à honra e à integridade física, psíquica e moral, acarretando diversas sequelas psicofísicas à parturiente e podendo alcançar o bebê com danos irreparáveis ou de difícil reparação.

Referências

- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Diário Oficial da União, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 ago. 2022.
- BRASIL. **Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília: Diário Oficial da União, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 20 abr. 2022.
- CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat. A Efetividade da Tutela Constitucional dos Direitos Existenciais e os Novos Danos. **Revista Conexão Acadêmica**, [S.l.], v. 1, 2010. Disponível em: https://unignet.com.br/wp-content/uploads/CA_04.pdf. Acesso em: 26 jul. 2022.
- CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. Direito ao acompanhante, violência obstétrica e poder familiar. **Pensar**, Fortaleza, v. 25, n. 14, p. 1-12. jan./mar. 2020. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/10093>. Acesso em: 27 jul. 2022.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- DINIZ, Simone Grilo. Gênero, saúde materna e o paradoxo perinatal. **Journal of Human Growth and Development**, São Paulo, v. 19, n. 2, p. 313-326, 2009. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/jhgd/article/view/19921/21998>. Acesso em: 26 jul. 2022.
- D'OLIVEIRA, Ana Flávia Pires Lucas; DINIZ, Simone Grilo; SCHRAIBER, Lília Blima. Violência contra a mulher nas instituições de saúde: um problema emergente. **The Lancet**, [S.l.], v. 359, n. 9318, pág. 1681-1685, 2002. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0140673602085926>. Acesso em: 26 jul. 2022.
- FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 17. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019.
- GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: parte geral**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, v. 1.
- GARCÍA, D.; DÍAZ, Z.; ACOSTA, M. El nacimiento en Cuba: análisis de la experiencia del parto medicalizado desde una perspectiva antropológica. **Revista Cubana de Salud Pública**, Havana, v. 39, n. 4, p. 718-732, 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/ZNfg88gftqt6ftj5tG3Mpb/?lang=es>. Acesso em: 26 jul. 2022.

HOSSNE, William Saad. Dos referenciais da Bioética – a Vulnerabilidade. **Bioethikos**, São Paulo, v. 3, n. 1, p. 41-51, 2009. Disponível em: <https://biblat.unam.mx/es/revista/bioethikos/articulo/dos-referenciales-da-bioetica-a-vulnerabilidade>. Acesso em: 31 out. 2022.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

LEAL, Sarah Yasmin Pinto *et al.* Percepção da enfermeira obstetra acerca da violência obstétrica. **Cogitare Enfermagem**, [S.l.], v. 23, n. 1, p. 1-7, 2018. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/cogitare/article/view/52473/pdf>. Acesso em: 26 jul. 2022.

MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à Pessoa Humana: uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2009.

NEVES, M. P. Article 8: respect de la vulnérabilité humaine et de l'intégrité personnelle. In: HAVE, Henk A. M. J. JEAN, Michèle S. **La déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme**: histoire, principes et application. Paris: Unesco, 2009, p. 167-177.

Organização Mundial da Saúde – OMS. **Prevenção e eliminação de abusos, desrespeito e maus-tratos durante o parto em instituições de saúde**. Genebra. OMS, 2014. Disponível em: http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/134588/WHO_RHR_14.23_por.pdf;jsessionid=58D9B2D4F3783D9CBEA15B8541C7B5FE?sequence=3. Acesso em: 26 jul. 2022.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: Introdução ao Direito civil Constitucional. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2007.

RIBEIRO, Leila Maria Tinoco Boechat *et al.* A violência obstétrica e a dignidade da parturiente. **Revista Transformar**, Itaperuna, v. 12, n. 1, p. 170-196, 2018. Disponível em: <http://www.fsj.edu.br/transformar/index.php/transformar/article/view/159>. Acesso em: 27 jul. 2022.

SANFELICE, Clara Fróes de Oliveira *et al.* Do parto institucionalizado ao parto domiciliar. **Revista Rene**, Campinas, v. 15, n. 2, p. 362-370, 2014. Disponível em: <https://biblat.unam.mx/hevila/RevRene/2014/vol15/no2/22.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2022.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4. ed. rev. E atuali. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

WACHIRA, Virginia Kagure. **Direitos reprodutivos e vulnerabilidades obstétricas**: reflexão de literatura. 2014. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Enfermagem)–Curso de Enfermagem da Universidade de Brasília, Universidade de Brasília, Brasília, 2014. Disponível em: https://bdm.unb.br/bitstream/10483/13552/1/2014_VirginiaKagureWachira.pdf. Acesso em: 27 jul. 2022.

ZANARDO, Gabriela Lemos de Pinho *et al.* Violência obstétrica no Brasil: uma revisão narrativa. **Psicologia & sociedade**, Porto Alegre, v. 29, n. 1, p. 1-11, 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/psoc/a/J7CMV7LK79LJTnX9gFyWHNN/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 26 jul. 2022.

Notas de fim

1 Doutora e Mestre em Cognição e Linguagem (Uenf). Estágio Pós-doutoral em Direito Civil e Processual Civil (Ufes). Membro da Sociedade Brasileira de Bioética (SBB). Membro da Asociación de Bioética Jurídica de La Universidad Nacional de La Plata (Argentina). Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Membro do Instituto Brasileiro de Estudos em Responsabilidade Civil (IBERC). Membro do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (BRASILCON). Coordenadora do Gepbidh (Grupo de Estudos e Pesquisa em Bioética e Dignidade Humana). Professora dos Cursos de Direito e Medicina. E-mail: hildeboechat@gmail.com Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3000681744460902> Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9871-8867>.

2 Doutoranda em Cognição e Linguagem na Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro (UENF). Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Especialista em Gestão Judiciária pela Universidade de Brasília (UnB). Graduada em Direito pela Universidade Federal de Viçosa (UFV). Juíza de Direito Titular da 4ª Vara Cível da Comarca de Muriaé - MG (TJMG) - Juíza Coordenadora do Núcleo Regional da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes em Muriaé (EJEF-TJMG). Membro do Brasilcon, IBERC, IBDFAM e Gepbidh. Autora de obras e artigos jurídicos. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6915929812511236>. E-mail: alinnearquette@gmail.com.

3 Graduando em Direito pela Universidade Iguazu (UNIG) - campus V. Atualmente é estagiário oficial na Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro junto à Vara de Família, da Infância, da Juventude e do Idoso da Comarca de Itaperuna - RJ. Monitor da disciplina de Direito Constitucional II. Membro pesquisador do Grupo de Estudos e Pesquisa em Bioética e Dignidade Humana (GEPBiDH). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4170872845225421>. E-mail: lufbarbs@gmail.com.

3. Contratação (in)válida de empréstimo por idosos hipervulneráveis – uma análise necessária em busca da preservação da sua dignidade

Alinne Arquette¹

Carlos Henrique Medeiros de Souza²

DOI: 10.52695/978-65-5456-016-0.3

No reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pôde-se por em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo preço, e portanto não permite equivalente, então ela tem dignidade.

(KANT, 1948).

Considerações iniciais

Se, de um lado, a tenra idade é causa de incapacidade civil, de outro lado, a idade avançada, principalmente para as pessoas consideradas idosas, nunca foi associada a esta, embora se reconheça, principalmente a partir da vigência do Estatuto do Idoso, que a pessoa com idade igual ou superior a sessenta anos merece proteção especial por ser presumidamente vulnerável. Assim, há na legislação clara distinção entre capacidade civil e hipervulnerabilidade da pessoa idosa, embora não se possa desconsiderar a ocorrência de algumas aproximações, decorrentes do fato de que a idade avançada pode levar a estados nosogênicos que impedem a manifestação da vontade e, portanto, podem levar à incapacidade relativa.

Essa dissociação entre capacidade civil e envelhecimento é fundamental para o respeito à dignidade do idoso, mas a sua preservação em busca de sua proteção integral também impõe a necessidade de reconhecer a sua

vulnerabilidade social, inclusive no mercado de consumo, em que o uso de práticas incisivas de abordagem, com técnicas de comunicação agressivas, que enganam e confundem, estão ficando corriqueiras e perigosas, levando o consumidor a acreditar em falsas facilidades e a ser vítima de ciladas financeiras e superendividamento, tornando-se excluído social. Essas situações levaram à criação da Lei nº 14.181/2021 (BRASIL, 2021), em cuja base está a proteção da dignidade da pessoa humana e da pessoa natural contra a exclusão social por dívidas de consumo, além da preservação do mínimo existencial. Dentre várias previsões, a Lei do Superendividamento, como ficou conhecida, trouxe regras específicas para a proteção do idoso, como a garantia do dever de informação e esclarecimento adequado à sua compreensão, em razão da idade, além de prever norma de discriminação positiva em seu favor, possibilitando ao fornecedor negar crédito para evitar seu superendividamento.

O presente capítulo busca, a partir dessas reflexões, analisar as diferenças e aproximações entre capacidade civil e hipervulnerabilidade da pessoa idosa, os contornos e limites da abusividade e da (in)validade da contratação de empréstimos por idosos hipervulneráveis e a permissão de discriminação positiva dos idosos, para preservação de sua dignidade e de seu mínimo existencial. Através da pesquisa bibliográfica e da metodologia qualitativa, com base no referencial teórico sobre as questões tratadas e na legislação aplicável ao caso, procuramos descrever o fenômeno e analisar criticamente a situação.

1. Capacidade civil e hipervulnerabilidade em razão da idade – diferenças e aproximações

A capacidade civil, definida no art. 1º do Código Civil (BRASIL, 2002) como a aptidão para ser titular de “direitos e deveres na ordem civil”, comporta a capacidade de direito, que todas as pessoas humanas têm e a capacidade de fato, reconhecida apenas a quem tem condições de exercer os direitos e deveres que titulariza pessoalmente, de modo que a primeira não necessariamente está associada à segunda. Nesses casos, de forma a proteger a pessoa que, embora titularize os direitos e deveres, não possui condições fáticas para o seu exercício pessoal, foram criados instrumentos jurídicos que permitem o apoio ou o suprimento de tais condições por outrem, sempre em busca de tutelar a dignidade daquele com a capacidade de fato comprometida.

Esse compromisso com a dignidade da pessoa com incapacidade de fato ou de exercício que ora impera em nosso ordenamento jurídico, em decorrência do primado da dignidade da pessoa humana, adotado como fundamento da República Federativa do Brasil pela Constituição, em seu art. 1º (BRASIL, 1988), nem sempre esteve presente no tratamento social e legal das pessoas “incapazes”, notadamente daquelas com deficiência mental ou intelectual, inata ou adquirida, como no caso dos idosos com alguma deficiência cognitiva em razão da idade avançada.

De fato, uma análise histórica da teoria das incapacidades permite verificar que inicialmente seu fundamento era a intolerância e não a preocupação com o bem estar do incapaz, tanto que o primeiro modelo de que se tem notícia foi o modelo clássico ou da prescindência (MADRUGA, 2019), em que as pessoas com deficiência e, portanto, consideradas incapazes, eram excluídas da convivência social, inicialmente através do extermínio e depois por meio de sua internação (BARBOSA-FOHRMANN; KIEFER, 2020), passando-se a uma fase de caridade, mas ainda de segregação, que gradativamente foi se transformando no modelo médico, como acolhimento aos feridos da primeira guerra mundial (MADRUGA, 2019). O modelo médico da deficiência, aliado ao nascimento da medicina psiquiátrica, estabeleceu como regra a institucionalização das pessoas com deficiência, trazendo uma abordagem assistencialista e paternalista e levando à discriminação e ao capacitismo.

Somente a partir do estabelecimento da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental pela Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) (ONU, 1948), o modelo médico começou a ser visto como obsoleto e incapaz de corresponder aos ideais de igualdade material e solidariedade social; começou, assim, a ser substituído pelo modelo social da deficiência, no qual capacidade e incapacidade passam a ser juízos sem importância para a titularização dos direitos fundamentais inerentes a toda pessoa humana. Fala-se, ainda, no modelo biopsicossocial, que, “além de visar a eliminação de barreiras externas, também valoriza a individualidade e a subjetividade daquela pessoa com deficiência” (ALMEIDA; SILVA; OLIVEIRA FILHO, 2018, p. 44). Há também quem aborde o modelo da diversidade, que assume os postulados do modelo social, aliado às propostas de vida independente, considerando a incapacidade como característica da diversidade humana e fator de enriquecimento social, e o modelo dos direitos, que considera a deficiência parte da diversidade humana, não envolve totalmente a identidade moral da pessoa com deficiência e requer a análise concreta das

reivindicações, de forma a identificar quais delas constituem um direito genuíno, merecendo reconhecimento legal justo (SEOANE, 2012).

Embora o Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002, s/p) tenha sido elaborado com base no modelo médico da deficiência, deixando de observar a necessária adoção da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental da República, é fato que em 30 de março de 2007 foi assinada a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, sendo esta ratificada pelo Congresso Nacional brasileiro através do Decreto Legislativo nº 186/2008 (BRASIL, 2008) e promulgada por meio do Decreto Presidencial nº 6.949/2009 (BRASIL, 2009), com hierarquia de emenda constitucional nos termos do art. 5º, § 3º, da Constituição da República e, a partir da Convenção, foi elaborada e promulgada a Lei nº 13.146/2015 (BRASIL, 2015), que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência ou Lei Brasileira de Inclusão (LBI), reformulando, então, a teoria das incapacidades no Brasil, em plena vigência do modelo social, buscando a promoção da igual dignidade a toda pessoa humana.

A partir de então, houve uma profunda alteração no regime da capacidade civil, ficando estabelecido que a pessoa com deficiência, mesmo mental ou intelectual, em regra, é plenamente capaz para os atos da vida civil, “suprimindo-se completamente todas as causas que faziam referência ao estado mental da pessoa, como a deficiência mental, a enfermidade mental e o excepcional” (FRANCISCO, 2020, p 55).

Ao lado disso, é fato que, se de um lado a tenra idade sempre foi e continua sendo causa de incapacidade absoluta para os menores de dezesseis anos ou, relativa, para os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, a idade avançada, principalmente para as pessoas consideradas idosas, nunca foi associada à incapacidade civil.

Nos termos do Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741, de 2003 (BRASIL, 2003), a pessoa idosa é aquela com idade igual ou superior a sessenta anos e, nos termos legais, embora, repita-se, não seja incapaz para os atos da vida civil, ela merece proteção especial, o que decorre justamente do reconhecimento de sua vulnerabilidade social; por isso, a lei estabelece, em seu art. 3º, ser obrigação concomitante da família, da comunidade, da sociedade e do poder público assegurar à ela, com prioridade absoluta, “a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao

trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária” (BRASIL, 2003).

Ratificando essa dissociação entre a pessoa idosa e a incapacidade civil, o Estatuto do Idoso não traz qualquer menção à capacidade civil ou ao regime das incapacidades do Código Civil. Aliás, o art. 10 da lei estabelece que “é obrigação do Estado e da sociedade assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis” (BRASIL, 2003), revelando que o direito fundamental à liberdade e à autonomia devem ser garantidos ao idoso, o que é detalhado nos seus §§ 1º e 2º do dispositivo citado. Isso tem importantes consequências, à medida que, assim, a pessoa idosa pode viver em igualdade de condições com as demais pessoas, não se vendo obrigada a viver conforme um sistema de vida específico (RAMOS, 2018).

Contudo, é fato que há doenças associadas ao envelhecimento que podem comprometer a capacidade de discernimento das pessoas e, em razão disso, conquanto haja claras diferenças entre a idade e a incapacidade, é possível traçar aproximações entre essas duas vicissitudes humanas. Se, de um lado, a pessoa idosa pode ser absolutamente saudável, tanto física quanto mentalmente, e, portanto, ter sua plena capacidade civil preservada, é bastante comum que, com o avançar da idade, a pessoa adquira doenças degenerativas, que atrapalham o funcionamento de seu sistema neurológico e cognitivo, levando-a à incapacidade de fato.

Portanto, a idade avançada, *de per se*, não gera incapacidade, não podendo ser “um aspecto incidente sobre o *status personae*” (PERLINGIERI, 2007, p. 167), mas ela pode levar a estados nosogênicos que, então, levam à falta de discernimento e à impossibilidade de manifestação da vontade, o que é causa de incapacidade civil relativa, nos termos do art. 4º, III, do Código Civil (BRASIL, 2002). Portanto, é fato que podem ser legítimas as limitações em caso de falta de aptidão intelectual ou volitiva (PERLINGIERI, 2007).

Caso eventual dificuldade causada pelo avançar da idade não comprometa a expressão da vontade do idoso, não haverá qualquer incapacidade civil e ele continuará, independentemente da sua idade, plenamente capaz. De fato, embora a velhice seja um fator que aumente a probabilidade de incidência de doenças e limitações biológicas, ela não impede que se mantenha e até se aprimore a funcionalidade nas áreas física, cognitiva e afetiva (GUERRA, 2020).

Não obstante, há que se reconhecer que, mesmo nesses casos, além da presumida vulnerabilidade reconhecida pelo Estatuto do Idoso, essa pessoa idosa pode ter uma condição pessoal que a coloque em situação de hipervulnerabilidade, como nos casos em que sua audição ou visão estejam comprometidas, por exemplo. Assim, o cuidado já dispensado ao idoso, presumidamente vulnerável, deve ser redobrado, merecendo ele que o direito o proteja de forma especial, ante a sua hipervulnerabilidade, ainda que em plena capacidade de exercício dos direitos, tudo isso em preservação da sua dignidade humana. Conforme observa Pietro Perlingieri,

As diversas previsões normativas, que se inspiram na idade avançada, devem ter sempre uma justificação em termos de razoabilidade, de maneira a assumir relevância, nos diversos setores do ordenamento, como intervenções voltadas a remover eventuais obstáculos de fato ao efetivo desenvolvimento do idoso (PERLINGIERI, 2007, p. 168).

Capaz ou incapaz, ao idoso é dispensada especial proteção no direito brasileiro, antes pela Constituição da República, que, em seu art. 230 (BRASIL, 1988), estabelece ser dever da família, da sociedade e do Estado amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. Além disso, essa proteção e amparo deve ser realizada nos moldes do Estatuto do Idoso, garantindo-se a realização da dignidade humana, da liberdade e da autonomia do idoso.

Preserva-se, em qualquer caso, ainda que reconhecida a incapacidade relativa da pessoa idosa, sua plena autonomia existencial, nos termos do art. 85 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, alcançando a curatela os atos de natureza patrimonial e negocial. É relevante, então, analisar a validade dos contratos celebrados pelo idoso hipervulnerável no mercado de consumo de crédito, através de práticas cada vez mais abusivas e predatórias, ainda que o sujeito seja plenamente capaz, e quais as eventuais causas de invalidade de tais contratos.

2 Abusividade e (in)validade da contratação de empréstimos por idosos hipervulneráveis – contornos e limites

Reconhecendo essa hipervulnerabilidade do idoso, o Código de Defesa do Consumidor, já em sua redação original, previu, em seu art. 39 (BRASIL, 1990),

como práticas abusivas, as situações na qual o fornecedor, prevalecendo-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, lhe impinja seus produtos ou serviços. O dispositivo não menciona a pessoa idosa, mas obviamente a ela pretendeu proteger; isso porque os contratos realizados por menores de idade serão nulos ou anuláveis, já que são, efetivamente, pessoas sem capacidade civil plena, nos termos do Código Civil (BRASIL, 2002).

O art. 54-C, IV, do Código de Defesa do Consumidor (CDC), inserido pela Lei nº 14.181, de 2021, a chamada Lei do Superendividamento, estabelece:

É vedado, expressa ou implicitamente, na oferta de crédito ao consumidor, publicitária ou não, assediar ou pressionar o consumidor para contratar o fornecimento de produto, serviço ou crédito, principalmente se se tratar de consumidor idoso, analfabeto, doente ou em estado de vulnerabilidade agravada ou se a contratação envolver prêmio (BRASIL, 2021).

Além disso, o art. 54-D, I, do Código de Defesa do Consumidor, também acrescentado pela Lei do Superendividamento (BRASIL, 2021), estabelece que, na oferta de crédito, de forma prévia à contratação, o fornecedor ou o intermediário deverá, além de ter outras condutas, informar e esclarecer de forma adequada o consumidor, considerando sua idade, sobre a natureza e a modalidade do crédito oferecido, todos os custos incidentes e as consequências genéricas e específicas do inadimplemento, observados os arts. 52 (BRASIL, 1990) e 54-B (BRASIL, 2021) do CDC.

Outra inovação legislativa de suma importância da Lei do Superendividamento (BRASIL, 2021) foi a inclusão do § 3º no art. 96 do Estatuto do Idoso (BRASIL, 2003), para constar que não constitui crime a negativa de crédito motivada por superendividamento do idoso. É válido ressaltar que essa redação foi modificada pela Lei nº 14.423, de 2022, para “Não constitui crime a negativa de crédito motivada por superendividamento da pessoa idosa”.

Para compreender a importância e as consequências jurídicas de tais dispositivos legais, é fundamental analisar antes a relação de consumo, ressaltando que ela não se caracteriza necessariamente por um contrato, podendo nascer dele ou da exposição a uma oferta, publicidade, prática comercial, acidente ou evento de consumo, ato ilícito, inclusive decorrente de abuso de direito (ARQUETTE; SOUZA, 2022). Assim, para delimitar seu campo de aplicação, o

Código de Defesa do Consumidor trouxe os conceitos de consumidor e fornecedor, os protagonistas da relação de consumo. Ao conceituar o consumidor, a lei não se contentou com apenas uma definição, trazendo o consumidor padrão ou *stricto sensu* (MARQUES, 2005) e três conceitos de consumidor por equiparação, elaborados a partir da “observação de que muitas pessoas, mesmo não sendo consumidores *stricto sensu*, podem ser atingidas ou prejudicadas pelas atividades dos fornecedores no mercado” (MARQUES, 2005, p. 354-355). Além disso, a legislação também traz o conceito de fornecedor.

O art. 2º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990) estabelece o primeiro conceito legal – o consumidor padrão, *standard* ou *stricto sensu*. Nesse dispositivo, é possível identificar os aspectos subjetivo, objetivo e teleológico do conceito padrão. Sob o aspecto subjetivo, são consumidores todas as pessoas físicas e jurídicas, além dos entes despersonalizados, estes últimos por inclusão doutrinária e jurisprudencial, eis que, certamente por um lapso, o legislador não os incluiu no texto do dispositivo. Do ponto de vista objetivo, o artigo estabelece que o consumidor é quem adquire ou utiliza produtos e serviços, incluindo não apenas o adquirente ou contratante, mas também o usuário do produto ou do serviço no conceito. Por fim, quanto ao aspecto teleológico, para o dispositivo, a aquisição ou utilização do produto ou serviço deve se dar como destinatário final, discutindo a doutrina e a jurisprudência sobre a melhor interpretação dessa expressão desde a promulgação do Código, surgindo as teorias finalista, maximalista e aquelas que mesclam ambas, no sentido de saber se essa finalidade refere-se à retirada do produto ou serviço do mercado de forma fática e econômica ou apenas fática, sendo que a tendência atual da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pela adoção da teoria finalista aprofundada ou mitigada, alcançando a pessoa física ou jurídica que, embora não seja a destinatária final do produto ou serviço, esteja em situação de vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica em relação ao fornecedor (ARQUETTE; SOUZA, 2022).

No segundo conceito de consumidor, previsto no art. 2º, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990), a lei equipara ao consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo. Nesse ponto, o Código busca tutelar os direitos ou interesses coletivos e difusos, definidos no art. 81 do próprio Código.

As vítimas do evento ou acidente de consumo, aqueles fatos previstos nos arts. 12 a 16 do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990), são também

equiparadas ao consumidor, sendo o terceiro conceito de consumidor, previsto no art. 17 do mesmo Código (BRASIL, 1990). Esse conceito traz uma importante equiparação e demonstra com muita clareza a superação da dicotomia entre responsabilidade civil contratual/extracontratual, pois estabelece direito à reparação por danos sofridos em decorrência dos chamados vícios por insegurança para quaisquer vítimas do evento, enquadrem-se ou não no conceito de consumidor padrão.

Por fim, há o quarto conceito de consumidor, que está previsto no art. 29 do Código (BRASIL, 1990), equiparando ao consumidor todas as pessoas expostas às práticas comerciais e aos contratos de consumo. Esse dispositivo traz o conceito de consumidor mais inexplorado até o momento, embora Claudia Lima Marques entenda que, após a vigência do Código Civil de 2002 ele esteja se desenvolvendo mais na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (MARQUES, 2005). De fato, este conceito estabelece que qualquer pessoa exposta às práticas comerciais descritas no Código de Defesa do Consumidor e aos contratos celebrados pela técnica de adesão podem ser equiparados ao consumidor, justamente por considerar que tais métodos colocam o contratante em posição de vulnerabilidade ou hipossuficiência (ARQUETTE, 2001).

Para caracterizar a relação de consumo, não basta a presença do consumidor, sendo necessária também a presença do fornecedor, conceituado no art. 3º do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990). O conceito em questão engloba todos os participantes da cadeia produtiva e de fornecimento dos produtos ou serviços e foi elaborado de forma genérica propositalmente, demonstrando que o objetivo da lei é a proteção integral do consumidor, importando mais a diferenciação entre as várias categorias de fornecedores para fins de responsabilização e exercício de eventual direito regressivo (FILOMENO, 2017).

A proteção incisiva do consumidor pelo Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990), com a amplitude dos conceitos de consumidor e de fornecedor, baseia-se nos princípios da boa-fé objetiva e da tutela do hipossuficiente. A boa-fé objetiva, princípio introduzido no sistema jurídico nacional pelo próprio Código de Defesa do Consumidor, também está prevista atualmente no Código Civil, apresentando funções fundamentais para as relações obrigacionais, das quais é um novo paradigma, como a criação de deveres anexos, a limitação do exercício dos direitos subjetivos e a concreção e interpretação dos contratos. Por sua vez, a tutela do contratante débil, corolário indispensável do

princípio constitucional da igualdade, é realizado através do Código de Defesa do Consumidor, como forma de promover a realização da igualdade material.

A realização desses princípios e da proteção integral do consumidor tem, contudo, encontrado óbices nas práticas de oferta predatória realizadas no mercado de consumo, notadamente pelas instituições financeiras. O uso de práticas incisivas de abordagem, com técnicas de comunicação muito bem pensadas, que enganam e confundem as pessoas, estão ficando corriqueiras e perigosas, levando o consumidor a ser vítima de situações que o levam a ciladas financeiras e ao superendividamento, violando sua dignidade humana (ARQUETTE; SOUZA, 2022).

Os consumidores sofrem com as ofertas de consumo de crédito após terem seus dados pessoais utilizados sem seu conhecimento e autorização, passando a ser reiteradamente importunados e levados à contratação, abordados por telefone ou no meio da rua, em situações em que o fornecedor age sem qualquer responsabilidade, não prestando sequer as informações obrigatórias, exigidas pelo Código de Defesa do Consumidor. Não raro, nessas situações os consumidores acabam contratando crédito sem necessidade ou sem possibilidade de pagamento, gerando superendividamento, excluindo-os do mercado e violando sua dignidade. Para o público idoso há, ainda, práticas de publicidade próprias, com o objetivo de atingi-lo de forma mais efetiva, instigando a contratação a qualquer custo (BASAN, 2022).

Essas situações, cada vez mais corriqueiras, levaram à criação da Lei nº 14.181/2021 (BRASIL, 2021), a chamada Lei de Prevenção e Tratamento do Superendividamento, em cuja base está a proteção da dignidade da pessoa humana, fundamento da República estabelecido no art. 1º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), consolidando a opção pela primazia da pessoa humana, buscando a preservação do mínimo existencial, protegendo a pessoa natural contra a exclusão social por dívidas de consumo, principalmente pela facilitação do crédito, que se tornou um grande problema nas economias capitalistas atuais.

De acordo com o art. 104 do Código Civil (BRASIL, 2002), a validade do negócio jurídico requer agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei. A análise que interessa ao presente estudo é referente ao requisito subjetivo, relativo à capacidade do agente. Conforme já analisado no item anterior, a capacidade civil não está

relacionada à idade avançada da pessoa, de modo que o idoso não é incapaz, podendo ser assim declarado não pela idade, mas por alguma causa transitória ou permanente que o impeça de manifestar sua vontade.

Além disso, o negócio jurídico pode ser inválido pela ocorrência de algum vício do consentimento ou vício social, nominados pelo Código Civil como defeitos dos negócios jurídicos. Tais vícios também não estão atrelados à questão da idade avançada, mas os idosos, em razão de sua vulnerabilidade presumida e agravada, podem ser mais suscetíveis a alguns deles. No caso do erro, por exemplo, que gera a anulabilidade do negócio jurídico, em que a pessoa tem falsa percepção ou ausência de percepção sobre pessoa, objeto ou o próprio negócio que está praticando (FARIAS; ROSENVALD, 2016), o idoso está bastante suscetível a incorrer nele em razão de ser mais vulnerável.

De fato, na condição de consumidores, os idosos merecem proteção jurídica que deve estar alicerçada tanto no Estatuto do Idoso quanto no Código de Defesa do Consumidor, num diálogo contínuo para sua proteção integral, considerando a existência de sua vulnerabilidade agravada ou hipervulnerabilidade (MARTINS, 2021).

Além de todas essas questões próprias da invalidade dos negócios jurídicos em geral, há as peculiaridades previstas no Código de Defesa do Consumidor e no Estatuto do Idoso, já citadas no início desse tópico, que merecem análise especial, levando-se sempre em consideração o fato de que o consumidor idoso e, portanto, hipervulnerável, tem sido alvo de práticas de oferta agressivas, que não cumprem o dever legal de informação e, não raro, demonstram real intenção de confundir e levar o consumidor à contratações abusivas.

O art. 39 do Código de Defesa do Consumidor traz um rol exemplificativo de práticas consideradas abusivas, sendo que em seu inciso IV, estabelece como abusiva a prática de “prevaler-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços” (BRASIL, 1990). Portanto, o assédio do consumidor idoso ao consumo o insere em uma situação mais extrema de vulnerabilidade, na medida em que ele é pressionado e convencido a adquirir o crédito que não queria ou não podia (BASAN, 2022, p. 647).

Mas o que ocorre se o fornecedor, prevalecendo-se da idade avançada do consumidor idoso, lhe impinge a contratação do crédito, em clara prática abu-

siva, violando o art. 39, IV, do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990)? O contrato celebrado em tais condições é válido?

A Lei nº 8.078, de 1990 (BRASIL, 1990), não estabelece uma sanção específica para o fornecedor que se utiliza de uma prática abusiva na relação de consumo, inclusive porque as práticas podem ser efetivas em momentos diversos dessa relação, como na fase pré-contratual, contratual e pós-contratual, demandando soluções adequadas a cada um desses períodos e a cada situação concreta.

No caso de impingir a contratação, prevalecendo-se da hipervulnerabilidade do idoso, nos termos do dispositivo legal em comento, percebe-se a abusividade da prática iniciando-se no período pré-contratual e prolongando-se até a fase contratual, quando o idoso é levado a contratar o empréstimo (tipo de contrato abordado no estudo) por artimanhas do fornecedor, diretamente ou por seus correspondentes, em claro exercício abusivo de direito. Abuso de direito, porque oferecer o crédito, por si, não é ato ilícito, mas fazer essa oferta de forma abusiva, desrespeitando a hipervulnerabilidade do idoso e prevalecendo-se dessa condição, supera o exercício regular do direito e adentra à esfera do abuso, caracterizando ato ilícito, nos termos do art. 187 do Código Civil (BRASIL, 2002).

Não se olvida que a prática do ato ilícito por abuso de direito gera responsabilidade civil, sendo o próprio assédio de consumo caracterizado como dano por Arthur Pinheiro Basan (2022). Contudo, antes disso, é possível compreender que o contrato celebrado pelo idoso nessas condições pode ser invalidado por defeito do negócio jurídico. De fato, segundo o art. 145 do Código Civil (BRASIL, 2002), o dolo é causa de anulabilidade do negócio jurídico, quando este for a sua causa. Dolo é o vício consistente no erro provocado, pois uma das partes é induzida pela outra ou por terceiro, por meio de manobras astuciosas, ardilosas e maliciosas, a se equivocar, contratando com base nesse equívoco provocado. Ora, ao cometer a prática abusiva exemplificada no art. 39, IV, do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990), muito provavelmente o fornecedor está agindo com dolo, e o idoso, se celebrar o contrato por ter sido levado a isso em razão das práticas ardilosas da instituição financeira, poderá pleitear a anulação judicial do negócio, de modo que a abusividade gera, nesse caso, a invalidade do vínculo. A lesão é outro vício que pode estar caracterizado em casos dessa prática abusiva contra o consumidor idoso. Prevista no art. 157 do Código Civil, a lesão ocorre “quando uma pessoa, sob premente

necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta” (BRASIL, 2002). Importante notar que, enquanto nas relações civis a lesão gera a anulabilidade do negócio jurídico, nas relações de consumo a lesão gera a nulidade da cláusula que a prevê, pois a desproporcionalidade da prestação é cláusula abusiva, nos termos do art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990). De fato, a prática abusiva de impingir a contratação ao consumidor idoso, prevalecendo-se dessa sua condição que o faz hipervulnerável, gera uma contratação que pode conter cláusulas abusivas. Assim, pode haver a invalidade do contrato inteiro, decorrente do dolo, por exemplo, e pode haver a invalidade de cláusulas desse contrato, conforme analisado.

Outro dispositivo que merece atenção é o art. 54-C, IV (BRASIL, 2021), recém incluído no Código de Defesa do Consumidor pela Lei do Superendividamento. O artigo traz práticas vedadas na oferta de crédito e estabelece que, dentre elas, é proibido “assediar ou pressionar o consumidor para contratar o fornecimento de produto, serviço ou crédito, principalmente se se tratar de consumidor idoso, analfabeto, doente ou em estado de vulnerabilidade agravada ou se a contratação envolver prêmio” (BRASIL, 2021).

Essa previsão legal traz um dever negativo, uma proibição, sendo, na verdade, uma especificação, para os contratos envolvendo oferta de crédito, do já tratado art. 39, IV (BRASIL, 1990). Nesse sentido, assim agindo o fornecedor, ele estará cometendo verdadeiro abuso de direito, sujeitando o contrato celebrado a partir da prática proibida à sanção de invalidade, mais precisamente a anulabilidade. Além disso, o parágrafo único do art. 54-D (BRASIL, 2021) estabelece que o descumprimento do dever previsto no art. 54-C (BRASIL, 2021) e de outros dispositivos poderá acarretar outras sanções, que serão analisadas a seguir.

Em seguida, contemplando o dever de informar, estabelece o art. 54-D, I (BRASIL, 2021), que previamente à contratação do crédito, na sua oferta, é dever do fornecedor ou do intermediário informar e esclarecer adequadamente o consumidor, considerada sua idade, sobre a natureza e a modalidade do crédito oferecido, sobre todos os custos incidentes, observado o disposto nos arts. 52 (BRASIL, 1990) e 54-B do Código (BRASIL, 2021), e sobre as consequências genéricas e específicas do inadimplemento.

A análise desse dispositivo revela que ele traz expressamente a obrigação de que a contratação de crédito seja uma escolha responsável não apenas para

o consumidor, mas também para o fornecedor, ratificando os deveres de informação já previstos em outros dispositivos da mesma lei, mas indo além, pois esclarecer é mais que informar, demandando uma atenção efetiva e personalizada, levando em conta a idade do consumidor (ARQUETTE, 2022).

Além da já mencionada anulabilidade do contrato celebrado com dolo, e da nulidade de cláusula desproporcional, que traga lesão ao consumidor, o descumprimento dos deveres previstos nos arts. 54-C e 54-D acima mencionados, poderá gerar outras sanções, nos termos do parágrafo único do art. 54-D do Código de Defesa do Consumidor:

Parágrafo único. O descumprimento de qualquer dos deveres previstos no caput deste artigo e nos arts. 52 e 54-C deste Código poderá acarretar judicialmente a redução dos juros, dos encargos ou de qualquer acréscimo ao principal e a dilação do prazo de pagamento previsto no contrato original, conforme a gravidade da conduta do fornecedor e as possibilidades financeiras do consumidor, sem prejuízo de outras sanções e de indenização por perdas e danos, patrimoniais e morais, ao consumidor (BRASIL, 2021).

Portanto, caso o fornecedor desrespeite os deveres de informação ao consumidor e, especialmente ao consumidor idoso, tema desse estudo, fazendo com que ele contrate sob pressão, ou sem as informações claras e adequadas sobre o empréstimo que está tomando, é possível que, judicialmente, haja redução dos juros, encargos ou quaisquer acréscimos dos contratos, além do aumento do prazo para pagamento por parte do consumidor. As medidas a serem tomadas dependerão da gravidade da conduta do fornecedor e das possibilidades financeiras do consumidor, que serão analisadas em cada caso concreto. Além disso, o fornecedor não está imune a outras sanções, podendo ser responsabilizado pelos danos materiais e morais que eventualmente tiver causado ao consumidor por tais práticas abusivas.

Interessante notar que o ônus da prova sobre a adequação do processo de fornecimento do crédito às normas do Código de Defesa do Consumidor, notadamente as dos arts. 52 (BRASIL, 1990), 54-C e 54-D (BRASIL, 2021), é do fornecedor, de modo que o consumidor alega e, ao fornecedor, incumbe demonstrar que cumpriu os deveres legais positivos de informação e negativos de não assédio e pressão ao consumidor (OLIVEIRA, 2022).

Para os consumidores já em situação de superendividamento, problema que ultrapassa a esfera pessoal e familiar e deve ser encarado como problema social, à medida que a preservação do mínimo existencial e sua construção interessa a toda a sociedade, permitindo que as riquezas continuem a circular no mercado e que o devedor preserve ou recupere sua dignidade (BERTONCELLO, 2015), a Lei nº 14.181, de 2021 (BRASIL, 2021) também trouxe regras para o seu tratamento, acrescentando ao Código de Defesa do Consumidor os arts. 104-A, 104-B e 104-C (BRASIL, 1990), que tratam do processo de repactuação de dívida, através de conciliação ou não.

Diante das regras do Código de Defesa do Consumidor, conjugadas com as normas do Código Civil e do Estatuto do Idoso, é possível perceber que há uma preocupação com a proteção da pessoa idosa no mercado de consumo. Se de um lado não se pode permitir sua exclusão por discriminação em razão da idade, de outro não se pode permitir sua exclusão pelo superendividamento. Uma análise histórica permite concluir que o tratamento dos idosos pelas instituições financeiras passou de uma fase de grande dificuldade na obtenção de crédito, em que o idoso estava praticamente à margem desse mercado, para uma fase em que o idoso passou a ser o principal alvo dos bancos na oferta de empréstimos, em razão da previsão legal da consignação em pagamento, de modo que começaram a ser criadas técnicas publicitárias agressivas destinadas ao convencimento para contratação de crédito por parte deles (DOLL; CAVALLAZZI, 2016).

Em razão de todas essas mudanças de tratamento dos idosos pelo mercado financeiro houve, de fato, grande necessidade de mudança no tratamento legislativo de sua situação, a fim de protegê-los contra práticas abusivas, que exploram sua hipervulnerabilidade e os colocam em situação de superendividamento e indignidade social. Nesse sentido, os contornos e limites da situação dos idosos no mercado de crédito brasileiro passaram de um momento de combate à discriminação negativa, e à exclusão do mercado, para uma fase de discriminação positiva, legalmente prevista, em busca de sua proteção e preservação de seu mínimo existencial e de sua dignidade humana.

3. Dignidade e preservação do mínimo existencial – permissão de discriminação positiva dos idosos

Para Sarlet, a dignidade da pessoa humana é

A qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existentes mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2019, p. 70-71).

Sarmento afirma que o princípio da dignidade da pessoa humana tem como componentes o valor intrínseco da pessoa, a igualdade, a autonomia, o mínimo existencial e o reconhecimento, cujas fronteiras não são estanques, sendo permeáveis, se inter-relacionando para a promoção da proteção integral da pessoa (SARMENTO, 2020).

Reconhecendo a que a dignidade da pessoa humana tem raízes filosóficas, políticas e até religiosas, tanto Barroso (2020) quanto Moraes (2010) tecem comentários a esse respeito, reconhecendo que seu conceito é multifacetado (BARROSO, 2020). Para Barroso,

A dignidade da pessoa humana identifica: 1. O valor intrínseco de todos os seres humanos; assim como 2. A autonomia de cada indivíduo; e 3. Limitada por algumas restrições impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário)" (BARROSO, 2020, p. 72).

Isso é o que o autor chama de conteúdo mínimo da dignidade. Por sua vez, Moraes identifica quatro postulados como componentes do substrato material da dignidade: os princípios da igualdade, da integridade psicofísica, da liberdade e da solidariedade (MORAES, 2010).

A análise do entendimento dos estudiosos sobre o tema revela que a dignidade da pessoa humana está intimamente ligada aos direitos fundamentais,

que são formas de sua realização, destacando-se os direitos à igualdade material e à liberdade para o objeto desse estudo.

O direito fundamental à igualdade, princípio jurídico segundo o qual, nos termos do *caput* do art. 5º da Constituição da República, “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (BRASIL, 1988), é um dos fundamentos jurídicos da dignidade da pessoa humana (MORAES, 2010), mas ele precisa ser concretizado através da igualdade material, tratando-se desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade, inclusive através da implementação de ações afirmativas que estabelecem a chamada discriminação positiva, garantindo especial proteção a determinados grupos.

Moreira (2017) aponta que a igualdade material permite a utilização de discriminações positivas na busca de conferir uma efetiva igualdade real para a universalidade das pessoas, sendo “que a desigualdade imposta através do regime legal precisa vincular-se diretamente com o fator diferencial elegido” para ser legítima e não ferir o princípio da igualdade (MOREIRA, 2017, p. 10).

Essas discriminações positivas são realizadas através de ações afirmativas, entendidas como políticas públicas realizadas para a correção de desigualdades, sejam econômicas, sociais ou culturais, buscando a inclusão de pessoas em situação desfavorável e correspondendo, então, a uma efetiva interpretação material do princípio da igualdade.

De acordo com o Estatuto do Idoso, para que sua dignidade seja respeitada, seu direito fundamental à liberdade também deve estar garantido pelo Estado, pela comunidade e pela família, sendo de fato a autonomia, decorrente da liberdade, fundamento jurídico da dignidade, ao lado da igualdade. Para Sarlet (2019), a noção de dignidade repousa também na autonomia pessoal, isto é, na liberdade que a pessoa humana possui de formatar sua própria existência, sendo que que a “liberdade e os direitos fundamentais inerentes à sua proteção constituem simultaneamente pressuposto e concretização direta da dignidade” (SARLET, 2019, p. 126). Moraes afirma que a liberdade significa a possibilidade de realizar, sem quaisquer interferências, as próprias escolhas individuais, o próprio projeto de vida, como melhor convier (MORAES, 2010).

Se inter-relacionando, igualdade e liberdade, além e outros substratos da dignidade, precisam dialogar para garantir a dignidade da pessoa humana. Nesse diálogo em busca da plena proteção da pessoa, considerando que não há direitos absolutos, um pode ceder ao outro em prol da dignidade. É justamen-

te isso que acontece com a aplicação da discriminação positiva em favor dos idosos: a proteção da sua igualdade substancial, com o reconhecimento de sua hipervulnerabilidade no mercado de consumo de crédito, limita o seu direito à liberdade de contratar. Essa limitação está legalmente prevista no Estatuto do Idoso (BRASIL, 2003) através do § 3º incluído no art. 96 pela Lei nº 14.181, de 2021 (BRASIL, 2021), para estabelecer que não constitui crime a negativa de crédito motivada por superendividamento do idoso.

O fundamento da inovação, que limita a liberdade contratual do idoso e permite às instituições financeiras negarem crédito ao idoso para evitarem seu superendividamento, tem como ideal a preservação de seu mínimo existencial, entendido para além do mínimo vital (um conjunto de prestações suficientes apenas para assegurar sua existência humana), mas para assegurar uma vida com dignidade, compreendendo uma vida saudável (SARLET, 2019).

Sarmento (2020, p. 193) afirma que da Constituição da República “se extrai a garantia do mínimo existencial como direito fundamental”, o que decorre da positivação dos direitos sociais e da previsão da dignidade da pessoa humana como fundamento da República. Para Sarlet (2019), os direitos sociais prestacionais estão a serviço da igualdade e da liberdade material, objetivando a proteção da pessoa contra as necessidades materiais e buscando assegurar sua existência digna, o que serve para justificar a existência do direito fundamental a um mínimo existencial.

Portanto, a previsão da possibilidade da negativa de crédito ao idoso para evitar seu superendividamento é legítima e tem seu fundamento na proteção do mínimo existencial e de sua dignidade humana, consagrando o princípio do fornecimento responsável de crédito, permitindo, e até incentivando, o fornecedor a atuar de forma ponderada no mercado de consumo, exigindo dele responsabilidade social.

Considerações finais

Ao idoso é dispensada especial proteção no direito brasileiro, em primeiro lugar pela Constituição, que estabelece como um dos objetivos fundamentais da República a promoção do bem de todos, sem qualquer preconceito, inclusive em razão da idade, conforme seu art. 3º, IV (BRASIL, 1988). Em seu art.

230 a Carta Magna (BRASIL, 1988) prevê especificamente que o amparo às pessoas idosas é dever da família, da sociedade e do Estado, devendo ser garantida a defesa de sua dignidade.

A partir da previsão constitucional, foi elaborado o Estatuto do Idoso (BRASIL, 2003), buscando regulamentar os direitos das pessoas com idade igual ou superior a sessenta anos, de forma a promover a realização de sua dignidade humana, através da garantia de sua liberdade e autonomia, além de sua plena participação social. Uma das formas mais importantes de participação social da pessoa idosa é a sua manutenção no mercado de consumo, com a garantia de uma renda mínima, seja através da previdência ou da assistência social, garantindo-lhe autonomia e autoestima, o que certamente tem importante influência positiva em sua saúde física e mental, impactando positivamente em sua qualidade de vida e longevidade. Essa participação no mercado de consumo é conquista do idoso, que precisou vencer uma fase de discriminação negativa, pois as instituições financeiras não concediam crédito a eles; entretanto, o oferecimento do crédito tornou-se perigoso e tem levado vários idosos ao superendividamento e à exclusão social.

De fato, o mercado de crédito transformou-se em uma verdadeira armadilha para os consumidores idosos, pois os fornecedores, sem qualquer responsabilidade social, passaram a usar de práticas de oferta predatórias e impingir contratos a eles, que são induzidos à aceitação do que não querem, sofrem com renegociações que não solicitaram e não conhecem e, ainda, são vítimas de dolo, lesão, práticas abusivas e cláusulas abusivas.

Na tentativa de conter essas práticas, a Lei do Superendividamento (BRASIL, 2021) estabeleceu novos deveres aos fornecedores, adotando o princípio do crédito responsável e o exigindo não apenas para o consumidor, mas também para o fornecedor. Tal lei acrescentou regra de discriminação positiva em favor do consumidor no Estatuto do Idoso, permitindo que o fornecedor negue crédito ao idoso para evitar seu superendividamento. Essa regra é legítima e tem seu fundamento na proteção do mínimo existencial, para evitar a exclusão social do consumidor idoso por dívidas impagáveis.

Cabe agora ao Estado fiscalizar o cumprimento dessas regras protetivas do consumidor idoso, promovendo a sua manutenção na sociedade de consumo, protegendo-o contra o superendividamento e a exclusão social e respeitando a sua dignidade humana.

Referências

- ALMEIDA, José Luiz Gavião de; SILVA, Marcelo Rodrigues da; OLIVEIRA FILHO, Roberto Alves de. Estatuto da Pessoa com Deficiência e a nova teoria das incapacidades: operabilidade em risco. In: FIUZA, César (Org.) SILVA, Marcelo Rodrigues da; OLIVEIRA FILHO, Roberto Alves de. **Temas relevantes sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência**: reflexos no ordenamento jurídico brasileiro. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 33-82.
- ARQUETTE L. N. Alinne. **A teoria contratual e o Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- ARQUETTE, Alinne; SOUZA, Carlos Henrique Medeiros de. Proteção do idoso consumidor de crédito contra o superendividamento. In: BOECHAT, Hildeliza; ARQUETTE, Alinne; ROBLES-LESSA, Moyana (Org.). **Diálogos em direito**: a lei, a sociedade e os tribunais. São Paulo: Opção, 2022. p. 47-74.
- BARBOSA-FOHRMANN, Ana Paula; KIEFER, Sandra Filomena Wagner. Modelo social de abordagem dos direitos humanos das pessoas com deficiência. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2020. p. 133-156.
- BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Tradução: Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- BASAN, Arthur Pinheiro. Do idoso sossegado ao aposentado telefonista: a responsabilidade civil pelo assédio do *telemarketing* de crédito. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison *et al.* **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. São Paulo: Foco, 2022. p. 641-654.
- BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. **Superendividamento do consumidor**: mínimo existencial – casos concretos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 mar. 2022.
- BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 31 out. 2022.
- BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília: Diário Oficial da União, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 24 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003.** Dispõe sobre o Estatuto da Pessoa Idosa e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, 2003. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm. Acesso em: 01 mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015.** Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília: Diário Oficial da União, 2015. Disponível http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 01 mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº 14.181, de 1º de julho de 2021.** Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento. Brasília, Diário Oficial da União, 2021. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14181.htm. Acesso em: 01 mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº 14.423, de 22 de julho de 2022.** Altera a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, para substituir, em toda a Lei, as expressões “idoso” e “idosos” pelas expressões “pessoa idosa” e “pessoas idosas”, respectivamente. Brasília, Diário Oficial da União, 2022. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/L14423.htm. Acesso em: 13 jul. 2022.

CARVALHO, Diógenes Faria de; SILVA, Frederico Oliveira. Superendividamento e mínimo existencial: teoria do *reste à vivre*. **Revista de Direito do Consumidor – RDC**, [S.l.], v. 118, jul./ago. 2018.

DOLL, Johannes; CAVALLAZZI, Rosangela Lunardelli. Crédito consignado e o superendividamento dos idosos. **Revista de Direito do Consumidor – RDC**, [S.l.], v. 107, set./out. 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: parte geral e LINDB. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Disposições gerais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p.15-74.

GUERRA, Sidney. **Curso de direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MADRUGA, Sidney. **Pessoas com deficiência e direitos humanos**: ótica da diferença e ações afirmativas. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

- MARTINS, Juliane Caravieri. A proteção dos consumidores idosos ante o superendividamento nos contratos de empréstimo consignado: contributo da Lei 14.181/2021. **Revista de Direito do Consumidor – RDC**, [S.l.], v. 138, nov./dez. 2021.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- MOREIRA, Herla Kalina Coura. **Discriminação positiva**: ações afirmativas em benefício da população negra no Brasil. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito)–Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra. Coimbra, 2017.
- OLIVEIRA, Andressa Jarletti Gonçalves de. Concessão responsável de crédito e práticas abusivas de endividamento do consumidor. In: ANDREASSA JÚNIOR, Gilberto; OLIVEIRA, Andressa Jarletti Gonçalves de (Org.). **Novos estudos de direito bancário**. Curitiba: Íthala, 2022, p. 27-47.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS–ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em 13 jul. 2022.
- PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil-constitucional. Tradução: Maria Cristina De Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.
- SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- SEOANE, José Antonio. La respuesta jurídica a la discapacidad: el modelo de los derechos. In: PEINADO, María Dolores Blázquez; PORTERO, Israel Biel (Ed.). **La perspectiva de derechos humanos de la discapacidad**: incidência en la comunidad valenciana. Valencia: Tirant. 2012. Kindle Edition.

Notas de fim

1 Doutoranda em Cognição e Linguagem na Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro (UENF). Mestra em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Especialista em Gestão Judiciária pela Universidade de Brasília (UnB). Graduada em Direito pela Universidade Federal de Viçosa (UFV). Juíza de Direito Titular da 4ª Vara Cível da Comarca de Muriaé - MG (TJMG) - Juíza Coordenadora do Núcleo Regional da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes em Muriaé (EJEF-TJMG). Membro do Brasilcon, IBERC e Gepbidh. Autora de obras e artigos jurídicos. Acesso ao lattes: <http://lattes.cnpq.br/6915929812511236>. E-mail: alinnearquette@gmail.com.

2 Pós-doutor em Sociologia Política - PPSP/UENF, Doutor em Comunicação e Cultura (UFRJ), em Educação, pós-graduação em gerência de informática e pós-graduação em produção de software (UFJF), Bacharel em Direito pela Universidade Salgado de Oliveira, Licenciado em Pedagogia (UNISA) e Bacharel em Informática (CES/JF). Professor Associado da Universidade Estadual do Norte Fluminense (UENF). Professor Associado da Universidade Estadual do Norte Fluminense (UENF). Coordenador da Pós-Graduação (Mestrado & Doutorado) Interdisciplinar em Cognição e Linguagem (PGCL/UENF). Acesso ao lattes: 5410403216989073. E-mail: chmsouza@gmail.com.

4. A alienação parental, a erosão do vínculo e o desafio da restauração dos laços afetivos

Carlos Magno de Mello Silva¹
Hideliza Lacerda Tinoco Boechat Cabral²
Karla de Mello Silva³
DOI: 10.52695/978-65-5456-016-0.4

Contribuir de modo construtivo para a solução do conflito familiar é uma tarefa de todos- da psicologia, do judiciário e da sociedade (BRAZIL, 2022, p. 203).

Considerações iniciais

Em 1985, Richard Alan Gardner, profissional da área da psiquiatria, estudou diversos grupos de família que estavam em demanda na justiça pela guarda de filhos, analisando por algumas décadas o comportamento desse núcleo familiar, acompanhando tanto o alienador (a pessoa que pratica o ato) e a criança ou adolescente vítima de alienação. Com isso, constatou a semelhança de vários sintomas nos grupos sob análise: foi observado, durante o estudo, que todos os grupos que foram estudados tinham os mesmos sintomas, ou seja, algum tipo de transtorno comportamental. Diante desses fatos, começou a utilizar o termo Síndrome da Alienação Parental para determinar o grupo familiar no qual um dos pais descaracteriza o outro genitor perante a criança, ocorrendo, assim, uma violência em relação ao outro genitor e contra a criança. O termo que foi utilizado pelo psiquiatra Gardner perdeu força no meio jurídico, principalmente nos tribunais, passando a ser tratado apenas como alienação parental, ao argumento de que nem sempre as vítimas da alienação tinham o conjunto de sintomas por ele enumerados em seu estudo.

Com a evolução dos estudos, foi possível classificar diversos tipos de alienação, como a alienação clássica, a autoalienação e a alienação praticada por

terceiros. Essa classificação funciona como ferramenta para defender e proteger as vítimas de alienação, com o intuito de não deixar as crianças e adolescentes sofrerem afastamento das pessoas detentoras da guarda, ou de outras pessoas que sejam capazes de exercer influência sobre a criança.

Diante da seriedade do caso, o Poder Legislativo trouxe ao ordenamento jurídico a Lei nº 12.318 de 2010 (BRASIL, 2010) que regula, ao abordar questões de guarda e convivência familiar, a matéria juntamente com o Código Civil (BRASIL, 2002), que dispõe sobre alienação parental praticada contra criança ou adolescente. Entretanto, insta mencionar, que não são apenas as crianças ou adolescentes que devem ser protegidos desta prática, pois as pessoas idosas e/ou com deficiência também podem ser vítimas desta violência. As pessoas idosas diariamente são vítimas dessa prática, quando seus próprios filhos, netos ou aquele que está ao seu lado se tornam alienadores e passam a exercer algum tipo de manipulação. Além dos tipos de alienação já comentados, alguns autores estudam uma nova modalidade de alienação denominada alienação parental inversa, que tem como objetivo proteger os vulneráveis contra a prática da alienação parental.

Em razão da quebra dos laços afetivos decorrentes da prática de alienação em face do alienado, diversos traumas psicológicos interferem e prejudicam a vida da vítima de alienação. Na maioria dos casos, a criança ou adolescente é vítima de um dos genitores, que a utilizam como meio de vingança contra o outro genitor, deixando o filho no meio de uma briga que deveria ocorrer apenas entre eles. Em virtude de tal ato, quem sofre é o menor, que lidará com diversas consequências, tanto psicoemocionais quanto físicas. É possível constatar que existem inúmeros desdobramentos negativos dessa violência psicológica, começando com o isolamento da vítima, que evita ambientes como a escola e os de convivência familiar, depressão, transtornos psicológicos, doenças que se desenvolvem por causas emocionais, assim como a adoção de comportamentos autodestrutivos, como automutilação e até mesmo suicídio.

Para coibir essa prática, diversos métodos são necessários para promover a reconstrução dos laços afetivos entre a vítima e a pessoa que sofre a difamação. Trata-se de uma decisão responsável de todas as partes envolvidas, que demanda a participação de uma equipe multiprofissional empenhada na pacificação e no restabelecimento das relações antes prejudicadas por ação do alienador. As diferentes áreas, como psiquiatra, psicólogo e assistente social auxiliam no resgate da relação e trabalham atenuando as tensões e promo-

viendo sadia interação entre as partes e a criança ou adolescente, cessando a violência e removendo as marcas deixadas pelo trauma.

A fim de promover relacionamento sadio rumo à reconstrução dos laços, todas as partes devem se tratar com especialista, pois somente assim haverá autêntico recomeço do resgate das relações afetivas entre essas pessoas. No caso em que o alienador for uma terceira pessoa, também se faz importante o tratamento com os especialistas na área da alienação parental, para que esse terceiro não venha a praticar outra vez tais atos e que compreenda que a criança, adolescente ou idoso é a maior vítima. É necessário, portanto, restabelecer o com convívio familiar, por meio de relacionamento amistoso, respeitoso e sincero, sempre procurando observar a evolução para se atingir verdadeira reconstrução dos laços afetivos entre os familiares, um dos aspectos mais importantes para a realização da pessoa humana, por meio do resgate da segurança, a consolidação das bases afetivas e a conseqüente promoção da dignidade da criança e do adolescente.

2 A erosão do vínculo relacional e a implantação de falsas memórias

Em face do rompimento da relação entre os genitores, pode ocorrer que um deles adote a conduta de criar situações para afastar o outro genitor do convívio do filho, que é de ambos.

2.1 A alienação parental e o rompimento do vínculo relacional

Pode-se afirmar que a alienação parental apresenta diversas formas de ação, podendo-se identificar a alienação clássica, a inversa, a praticada por terceiros e a autoalienação, sendo a clássica a mais comum. Cabral e Pinheiro (2012) explicam que a alienação parental é a mais fácil e de provável ocorrência em famílias multifuncionais, pois o alienador, na maioria das vezes, é apoiado por seus familiares, sendo os filhos do alienador criados em ambiente de ódio, levando a criança ou adolescente a criar imagem negativa e de desprezo contra o outro genitor, devido à implantação de falsas memórias, que é um comportamento que incute no filho as situações inverídicas que teriam sido praticadas pelo outro genitor, passando o filho a acreditar nessas “memórias” que nunca ocorreram e que tanto mal fazem ao filho, quando este toma conhecimento de fatos que só existiram na fértil mente do alienador.

A lei 12.318, a Lei de Alienação Parental, é uma ferramenta legislativa que busca impedir a continuidade desta prática. A norma, em seu artigo 2º, conceitua alienação parental:

Art. 2o Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros (BRASIL, 2010).

Entende-se por alienação parental clássica esta mencionada no texto da lei, que ocorre quando um dos cônjuges coloca a criança ou o adolescente contra o seu outro genitor. Maria Berenice Dias descreve essa prática como repleta de mentiras, falsas acusações e muita manipulação, capaz de deixar a criança sem condições de distinguir o que é verdade ou mentira, causando assim diversos tipos de sequelas na vítima (DIAS, 2021). No mesmo sentido, os autores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald observam que a alienação clássica ocorre por conta de um relacionamento fracassado, buscando o alienador responsabilizar sempre o outro cônjuge ou companheiro, imputando-lhe diversas mentiras. O genitor que pratica a alienação demonstra para o seu filho sua própria verdade, de forma a fazê-lo acreditar e a odiar seu outro genitor (FARIAS; ROSENVALD, 2016). No mesmo sentido, a autora Ana Lúcia Ricarte salienta que a prática se concretiza quando um dos genitores, em seu período de convívio com a criança ou o adolescente, aproveita para desacreditar a imagem do outro genitor diante do filho. A autora relata que, em grande parte do tempo, o genitor tece duras críticas ao outro genitor, vitimizandose ao atribuir toda a responsabilidade ao outro (RICARTE, 2021).

A alienação parental praticada por terceiro não é executada por um dos seus genitores, mas sim por um terceiro que tem a criança ou o adolescente sob a sua guarda ou responsabilidade, ou mesmo que exerça influência sobre ele, desqualificando o genitor da criança. Pode ser avó, avô, tio, tia, babá, dentre outros que passam parte do dia com a criança. Nesta espécie de alienação, é

muito comum que a vítima seja a pessoa idosa, pois um cuidador ou filho, com a intenção de exercer o controle exclusivo sobre o patrimônio do idoso, utiliza-se de falsas acusações contra o restante da família, para que a pessoa idosa se distancie e o alienador possa usufruir de seus bens (PEREIRA, 2021).

No que tange a autoalienação, ela é caracterizada quando o próprio genitor, seja o pai seja a mãe, fica por muito tempo sem convívio com o filho, deixando-o com a sensação de abandono. Rodrigo Cunha Pereira usa a expressão alienação auto infligida ou autoalienação para se referir a esta violência, sendo conceituada da seguinte forma:

[...] Quando o próprio pai/mãe é o agente alienador ou melhor, quando o alienado é quem provocou tal alienação. Os casos mais comuns que ocasionam autoalienação podem ser aqui exemplificados: passar muito tempo sem ver/conviver com seu(s) filho(s), causando mágoas, e consequentemente rupturas psíquicas na relação; maus tratos ao(s) filho(s), fazendo com que eles se afastem como forma de se defender; impor aos filhos de forma abrupta, sem respeitar o tempo da criança/adolescente a convivência com seu novo relacionamento amoroso, especialmente quando este relacionamento aparece como um dos motivos ensejadores da separação dos pais (PEREIRA, 2021, p. 721).

Por outro lado, a alienação parental inversa, ocorre com pessoas idosas, ou seja, acontece com genitores com mais de 60 anos de idade são vítimas e o filho ou o terceiro que a pratica é chamado de alienador. Da mesma forma que crianças e adolescentes, as pessoas idosas também são vítimas de alienação, conforme conceitua Maria Berenice Dias:

Com o propósito de provocar o afastamento do idoso do núcleo familiar, são utilizados falsos argumentos, como o de que ele está sendo abandonado ou enganado pela família. Como diz Cláudia Barbedo, as manipulações podem vir de ordens diversas, seja pela imputação falsa de crime a um dos familiares, seja pela desmoralização deles. No primeiro caso, o cuidador implanta na memória do idoso que determinado familiar é ladrão e, por isso, irá, inevitavelmente, roubar o seu patrimônio. No segundo caso, faz campanha desmoralizando os outros familiares no sentido de cessar o interesse do idoso por eles e, com isso, afastá-los da convivência em família (DIAS, 2021, p. 427).

Independentemente do tipo de alienação, as vítimas sofrem da mesma forma. No ordenamento jurídico ainda não há uma lei que defenda os idosos quando o mesmo estiver sofrendo alienação parental, ou seja, quando o idoso for a vítima da alienação, uma vez que, a Lei de Alienação Parental não os cita.

2.2 Estratégias do alienador na implantação de falsas memórias

O alienador, ao longo do tempo em que convive com a criança ou o adolescente, cria na cabeça deles ideias negativas sobre o ex-cônjuge. O alienador, na maioria das vezes, usa o menor para prejudicar ou atingir o outro genitor, em busca de vingança; entretanto, no meio desta busca por vingança, o menor que está sendo alienado é a verdadeira vítima, o maior prejudicado.

A Doutora Glicia Barbosa de Mattos Brazil, cita em seu livro o modo com que o alienador age diante da criança que está sendo alienada, afirmando que um dos indícios da alienação é a aproximação maior da criança com o alienador do que com o genitor, que tem sua imagem desacreditada sem que o menor saiba se é verdade ou não o que o alienador lhe afirmou. Em grande parte das vezes, esse alienado aceita o acordo que o seu cônjuge alienador lhe oferece como estratégia de alienação. A autora cita, ainda em seu livro, a respeito da aceitação das propostas de acordo que o alienador oferece ao outro cônjuge que está sendo alienado:

O alienado aceita o acordo proposto pelo alienador, porque até então tem convívio, e para quem não tem convívio, a perspectiva de passar a ter convívio com o filho, somado ao cansaço gerado pelo tempo do processo judicial, faz com que esse pai ou mãe alienado aceite as condições do acordo e passa a fantasiar que o convívio com o filho será satisfatório (BRAZIL, 2022, p.104).

Esta é uma das estratégias que o alienador tem para que o outro cônjuge não entre na justiça para ter a guarda desse menor que está sendo alienado. Por outro lado, o genitor que está sendo alienado também aceita por saber que, na briga judicial, leva-se anos para que seja deferido a guarda compartilhada.

2.3 As consequências negativas da alienação parental para a vida da criança e do adolescente

Nota-se que as consequências da alienação parental sobrecarregam principalmente sobre a criança ou o adolescente, que é a parte que mais sofre. Pode esta ser executada por um dos seus genitores ou por terceiros, sendo ela física ou psicológica, o que prejudica muito o seu desenvolvimento na escola, ou seja, afeta a sua educação e aprendizado. Também é notável que essa criança ou adolescente fica constrangido no meio de seus familiares e amigos, por não saber como agir perto deles, e desconfia de todos que estão ao seu redor.

Uma das primeiras consequências observadas, segundo a autora Glicia Brazil, é a fala da criança, que passa a hostilizar com palavras duras e até de baixo calão o outro genitor, já que o alienador usa essas palavras diante dela, no intuito de manchar a imagem do outro genitor. Com isso, a criança ou o adolescente se apropria desse vocabulário ao se referir à pessoa que está sendo difamada. Por esse motivo, o menor passa a olhar de outra maneira para o seu genitor que está sendo alienado. A autora explica o comportamento da vítima nos momentos de lazer, sendo de suma importância destacar que:

A criança passa a ficar constrangida na presença do alienador, demonstrando um comportamento tenso, como se estivesse o tempo toda preocupada em estar sendo observada pelo alienador. São aqueles casos em que as crianças não gostam de tirar fotos nos momentos de lazer com o alienado, não gostam de ser filmadas, porque tem medo que chegue ao conhecimento do alienador que ela está se divertindo na companhia do alienado (BRAZIL, 2022, p.95).

O autor Andre Coelho cita diversos danos que a alienação parental provoca na crianças ou no adolescente, como o isolamento, visto que este(a) tende a ficar sozinho dentro do seu quarto ou em outros lugares e a se afastar dos demais que estão ao seu redor, e o baixo rendimento na escola, por motivo de ansiedade em relação à separação dos pais. Assim, a vítima de alienação passa a não querer ir à escola, inventando desculpas ou motivos que justifiquem as suas faltas escolares. Em casos mais sérios, também é possível constatar que a vítima desenvolve quadros de depressão. Por isso, é importante ressaltar:

Negação e conduta anti-social: ocorrem em simultâneo—por um lado a criança, (e mesmo as mães quando em processo de separação ou recém separadas, o que pode le-

var até mais de 5 anos para 'superar em parte') nega o que está a ocorrer (nega que os seus pais se tenham separado apesar da situação lhe ter sido explicada em diversas ocasiões e finge compreender e assimilar e mesmo negar e ignorar mas internaliza), e, por outro lado sente consciente ou inconscientemente que os seus pais lhe causaram dano, o que lhe dá o direito de o fazer também, provocando uma conduta antissocial (COELHO, 2020, s/p).

Para a autora Ana Oliveira, uma das primeiras consequências geradas na criança ou no adolescente é a insegurança que ela tem quando os seus genitores não estão convivendo mais; logo em seguida, o menor desenvolve ansiedade, por temer o futuro em relação aos seus genitores; tudo isso é gerado quando um dos seus pais, o alienador, procura a depositar todo o seu ódio e rancor e começa a difamar o cônjuge que está sendo alienado, fazendo, assim, com que a criança ou o adolescente que está no meio da briga acabe sofrendo todas as consequências do processo (OLIVEIRA, 2021). Em decorrência da depressão e do isolamento, as vítimas de alienação precisam ser amparadas por especialistas, familiares e amigos, a fim de evitar que o quadro depressivo se agrave e resulte em consequências mais graves, como o suicídio, pois:

A taxa de suicídio (ou tentativa, para chamar a atenção ou suprir a carência paternal e tentativa de reaproximar os pais ou simplesmente vê-lo 'fora dos dias de visitação' e se sentir verdadeiramente amada) entre 16 e 19 anos de idade triplicou nos últimos 5 anos, sendo que de um em cada quatro suicídios ou tentativas de autoextermínio, três ocorreram em lares de pais ausentes ou distantes (COELHO, 2020, s/p).

Nota-se que diversos autores indicam, nas situações de alienação parental, a depressão como a principal consequência à criança ou adolescente, além de outras doenças, como a ansiedade, que é causada por seus genitores, que sobrecarregam emocionalmente o filho. Com essa pressão, surgem a dificuldade de aprendizagem e a falta de concentração na sala de aula, que prejudicam o ensino e a aprendizagem, além do isolamento e da baixa autoestima que essa criança ou adolescente tem em razão da separação dos pais, por se colocar, muitas vezes, como culpado pela separação dos seus genitores. A psicóloga Fernanda Brito destaca que, ao ser vítima de alienação, a criança ou adolescente começa a se responsabilizar pela separação dos genitores e assim

desenvolve depressão, crises de ansiedade, isolamento social, baixa autoestima, irritabilidade e dificuldade de aprendizagem na escola, por conta da falta de concentração (BRITO, 2020).

As consequências da alienação, na maioria dos casos, são irreversíveis e poderão apresentar diversas mudanças, em função da idade dessa criança ou adolescente que está sendo alienado, pois vai depender da intensidade e da frequência que o alienador tem com a criança ou com esse adolescente sobre seu poder.

3. Administrando a alienação parental rumo à restauração dos laços afetivos

Uma vez percebida a necessidade de intervenção no quadro que se estabelece com as práticas alienadoras, a intervenção precisa ser iniciada, pois quanto mais rápido se tratar, tanto melhor será o desenvolvimento da segurança e da confiança da criança ou adolescente em sua família, além disso, melhores serão as chances de restabelecer o convívio e restaurar os laços afetivos.

3.1 A relevância da afetividade para o equilíbrio e para a promoção da dignidade da criança e do adolescente

Segundo os autores Cristiano Chaves de Farias e Conrado Paulino da Rosa (2022), deve-se diferenciar o afeto da afetividade, conceituando o afeto como sentimento e a afetividade como valor jurídico. É importante ressaltar que os dois se completam, pois ambos estão ligados aos valores sentimentais e jurídicos.

O processo de alienação parental pode durar anos, então nesses casos, a criança ou o adolescente não pode ter convívio apenas com o alienador, que, geralmente, é aquele que detém a guarda. É preciso buscar bom relacionamento com o outro genitor para a consecução do equilíbrio afetivo, a fim de que a alienação não siga adiante. Nesse sentido, Glicia Brazil alerta sobre a importância do bom convívio:

O convívio bom depende do adulto vítima dos ataques do alienador. Cuidar para que o convívio com o filho seja bom, apesar das tentativas de interferir no convívio, por parte do alienador. Convívio bom é aquele em que a

criança gosta de estar ao lado do adulto, se sente acolhido por ele, se sente amada incondicionalmente, não se sente cobrada em demonstrar amor ou menor em comparação com o outro genitor (BRAZIL, 2022, p.108).

Para que se estabeleça o equilíbrio entre os genitores e a criança ou o adolescente, a guarda compartilhada pode ser uma forma de promover melhorias. Alguns autores a aconselham, pois essa modalidade de guarda permite que a criança ou o adolescente conviva com ambos os genitores, podendo desenvolver maior intimidade com as duas partes; estes, por sua vez, poderão participar da vida de seus filhos de forma direta. O instituto da guarda compartilhada está disciplinado no artigo 1.583 e seguintes do Código Civil, demonstrando de forma clara e objetiva a importância do convívio saudável entre a criança e seus genitores, de forma equilibrada, garantindo assim o melhor interesse da criança e sua saúde (BRASIL, 2002).

No mesmo sentido, Carla Alonso Barreiro entende que, na guarda unilateral, a criança ou o adolescente irá ficar afastado de um dos seus genitores e mais vulnerável à alienação; por isso a guarda compartilhada é o melhor jeito de uni-lo aos seus genitores e proporcioná-lo a convivência de forma equilibrada com estes (BARREIRO, 2010).

3.2 A importância do diálogo e da assertividade rumo à restauração dos laços afetivos

Entende-se que o diálogo entre o psicólogo e o psiquiatra, os genitores e a criança ou o adolescente é um dos caminhos para a restauração dos laços afetivos, pois o profissional da psicologia e o psiquiatra encontrarão a melhor maneira para reconciliar as partes e reconstruir os laços afetivos rompidos. As autoras Lorena Maria e Maria Eduarda ressaltam a importância da promoção de um diálogo assertivo por meio de uma terceira parte, isto é, de um mediador, podendo este ser o psicólogo, assistente social e/ou advogado que conheça sobre alienação parental e possa ajudar nos acordos a fazer. (CRUZ; ZANATTA, 2021). A autora Glícia destaca a importância diálogo no Judiciário para que cesse a alienação e que comece a reconstrução afetiva:

Funciona como limite para a atuação do genitor alienador e permite que a criança se expresse livre de pressões emocionais, livre de ameaças psicológicas. Vínculos afetivos são construídos, e não impostos. Amor não se impõe,

se conquista. Mas em casos patológicos de afastamento, como é o da SAP, o papel do judiciário é oportunizar a construção do amor entre filhos e pais afastados. Ainda que impondo o convívio. E mais importante, inibindo o abuso silencioso e sem marcas físicas da alienação parental (BRAZIL, 2022, p. 203).

Vale ressaltar que esse diálogo com um mediador deve ocorrer em um ambiente de respeito e cooperação, de maneira consensual entre as partes e de forma voluntária, visando resolver o conflito em questão para que possa, dessa forma, alcançar a restauração dos laços afetivos entre os genitores e os filhos que estão sofrendo alienação, deixando evidente para esses genitores que, com o diálogo, pode-se obter a restauração desses laços. Com isso, as partes alcançarão benefícios mútuos, tanto para os genitores quanto para a criança ou o adolescente, que, com a restauração desses laços, voltarão à vida normal.

O mediador tem um papel muito importante nessa reconstrução: o de demonstrar o melhor caminho para a resolução do conflito. A restauração afetiva é indispensável à reconstrução da dinâmica familiar, a fim de que essa criança ou adolescente possa desfrutar da infância digna e dos benefícios e do aprendizado que teve com os seus genitores e que irá levar para a vida toda. Com a reconstrução desse laço afetivo, a vida escolar passa a fluir melhor e o filho passa a demonstrar mais interesse e concentração dentro da sala de aula, melhorando de forma significativa o aproveitamento escolar.

A restauração dos laços afetivos entre as partes reflete no futuro e na infância da criança de maneira positiva, pois impacta o crescimento e o desenvolvimento da personalidade dessa criança, que passará a ter mais confiança e segurança nos seus genitores, podendo dialogar com ambos, de maneira que nenhum deles o coloque contra o outro. Dessa forma, esse filho entenderá que ambos desempenham seus papéis no contexto da família para apoiar o seu desenvolvimento. Assim, os laços afetivos entre os genitores e a criança ou adolescente se fortalecem, amadurecem no cotidiano e, com o passar dos dias, serão observáveis as diferenças no comportamento da família, principalmente na vida da criança e do adolescente, podendo-se constatar sorriso no rosto, alegria compartilhada e dignidade assegurada.

Considerações finais

O alienador tem claro intuito de manchar a imagem e a reputação do outro genitor, acusando-o de culpado pela separação. Entretanto, no contexto da alienação parental, a maior vítima é a criança ou adolescente, que está passando por todos esses dilemas sem ter culpa e sem vislumbrar uma saída. Com o decorrer do tempo, a criança ou o adolescente vítima de alienação parental passa a sofrer consequências, como a depressão, o baixo rendimento na escola, que se dá devido à baixa capacidade de concentração na sala de aula, e, no caso mais extremo, ato do suicídio, caso a situação não seja identificada e tratada nos primeiros sinais.

A fim de promover a dignidade da criança e do adolescente, tem-se que levar em conta alguns princípios, como o do melhor interesse da criança e o da dignidade humana. Nesse caso, a reconstrução do convívio parental é muito importante para que o futuro e a vida dessa criança ou o adolescente possa ser saudável e feliz. Para isso, é necessário o diálogo entre as partes, mediado por um especialista (mediador) da área de família, que é o instrumento fundamental para a reconstrução dos laços afetivos entre os genitores e a criança ou o adolescente. O mediador, por meio judicial ou não, irá, de forma direta e assertiva, dirigir as conversas entre eles.

Alcançando-se a reconstrução dos laços afetivos, são observáveis diversos benefícios, tanto para os genitores quanto para a criança ou o adolescente, pois essa reconstrução vai refletir diretamente na qualidade de vida na infância, na (re)construção da base da personalidade e na promoção da dignidade do infante. Vale ressaltar que um dos maiores benefícios na vida dessa criança ou adolescente é voltar a sorrir e ter os seus genitores como suporte e referencial de vida, podendo confiar tanto em um quanto no outro, e saber que não haverá mais difamação entre os seus genitores e que ambos primam por sua existência feliz.

Referências

BARREIRO, CARLA. Guarda Compartilhada: Um Caminho para Inibir a Alienação Parental. [S. l.] **Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM)**, 2010. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/574/Guarda+Compartilhada>. Acesso em: 7 ago. 2022.

- BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília: Diário Oficial da União, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 17 ago. 2022.
- BRASIL. **Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010**. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Brasília: Diário Oficial da União, 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm. Acesso em: 11 ago. 2022.
- BRAZIL, Glicia. **Psicologia Jurídica**: A criança, o adolescente e o caminho do cuidado na justiça. Indaiatuba: Foco, 2022.
- BRITO, Fernanda. Quais as consequências da alienação parental para uma criança? **Desenvolviver**, [S. l.], 20 fev. 2020. Disponível em: <https://desenvolviver.com/criancas-e-adolescentes/quais-as-consequencias-da-alienacao-parental-para-uma-crianca/>. Acesso em: 25 ago. 2022.
- CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat; PINHEIRO, Jeane. A implantação de falsas memórias e a efetividade das medidas aplicáveis à SAP. **ADV Advocacia Dinâmica: Seleções Jurídicas**, Rio de Janeiro, n. 7, p. 16-28, jul. 2012. Disponível em: <https://bd-jur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/151636>. Acesso em: 23 jul. 2022.
- COELHO, Andre. Alienação Parental: Causas e Efeitos. **Jusbrasil**, [S. l.], ago. 2020. Disponível em: <https://andregcoelho.jusbrasil.com.br/artigos/934381039/alienacao-parental-causas-e-efeitos>. Acesso em: 05 ago. 2022.
- CRUZ, Maria Eduarda Silva; ZANATTA, Lorena Maria Oshiro. Alienação parental e suas consequências irreversíveis. **Brazilian Journal of Development**, Curitiba, ano 2021, p. 1-10, 1 mar. 2021. Disponível em: https://brazilianjournals.com/index.php/BRJD/article/download/28847/22785?__cf_chl_tk=LjGPaPu3oU6ahJ8ViM6RwNg_bOyx-ssbgm4Zkh9HOXlg-1661475662-0-gaNycGzNCNE. Acesso em: 25 ago. 2022.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 14. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2021.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSA, Conrado Paulino. **Teoria Geral do Afeto**. 3. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: JusPodivm, 2022.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: famílias. 9. ed. rev. e atual–Salvador: JusPodivm, 2016.
- MOREIRA, Maria. Síndrome da alienação parental: o direito e a psicologia. **DireitoNet**, 29 dez. 2014. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8794/Sindrome-da-alienacao-parental-o-direito-e-a-psicologia>. Acesso em: 5 ago. 2022.

OLIVEIRA, ANA. Alienação parental e suas consequências na infância. **Central de Notícias Uninter**, [S. l.], p. 1-2, 14 ago. 2022. Disponível em: <https://www.uninter.com/noticias/alienacao-parental-e-suas-consequencias-na-infancia>. Acesso em: 14 ago. 2022.

RICARTE, Ana. A autoalienação parental ou alienação autoinfligida. **Olhar jurídico**, [S. l.], 12 maio 2021. Disponível em: <https://olharjuridico.com.br/artigos/exibir.asp?id=1025&artigo=a-autoalienacao-parental-ou-alienacao-autoinfligida>. Acesso em: 17 jul. 2022.

Notas de fim

1 Graduando em Direito. E-mail: carlosmagno560@gmail.com.

2 Doutora e Mestre em Cognição e Linguagem (Uenf). Estágio Pós-doutoral em Direito Civil e Processual Civil (Ufes) concluído. Estágio Pós-doutoral em Direito (PUC-Minas) em andamento. Membro da Sociedade Brasileira de Bioética (SBB). Membro da Asociación de Bioética Jurídica de La Universidad Nacional de La Plata (Argentina). Membro do Instituto Brasileiro de Estudos em Responsabilidade Civil (IBERC). Coordenadora do GEPBIDH (Grupo de Estudos e Pesquisa em Bioética e Dignidade Humana). Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Membro do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (BRASILCON). Professora dos Cursos de Direito e Medicina. E-mail: hildeboechat@gmail.com Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3000681744460902>.

3 Mestranda do Programa de Cognição e Linguagem da Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro - Uenf. Graduação em Direito. Bolsista CAPES. Membro do Grupo de estudos e Pesquisa em Bioética e Dignidade Humana (Gepbidh). E-mail karlamello97@gmail.com.

5. A afetividade como paradigma da família contemporânea e o dever de cuidado

Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat Cabral¹

Luiz Felipe Barbosa de Souza²

DOI: 10.52695/978-65-5456-016-0.5

Nessa nova ótica de interação, a família estruturada sob a orientação afetiva encontra ambiente favorável ao desenvolvimento de potencialidades, à formação integral da pessoa, uma vez que, construída sobre o cuidado, o respeito, o afeto e o amor – palavras semanticamente próximas – passam a merecer especial conteúdo valorativo na perspectiva da família constitucionalizada deste novo milênio (CABRAL, 2012, p. 49).

Considerações iniciais

Em decorrência das profundas e constantes alterações advindas da evolução da sociedade, o Direito das Famílias é o ramo do Direito que mais mudanças sofreu, desde o Código Civil de 2002, transformações que demonstram a necessidade de conceber o Direito das Famílias por uma ótica dinâmica capaz de acompanhar o movimento da evolução social, que revoluciona as concepções, antes fechadas, para uma realidade aberta e plural.

O advento do exame de DNA, e seu posterior aperfeiçoamento, elevou à casa de 99,9% a certeza quanto à filiação (fato que representou expressivo progresso na década de 1990), fortaleceu a família biológica e criou a expectativa de que filhos seriam sempre aqueles advindos do vínculo consanguíneo. Entretanto, logo em seguida, os laços afetivos iniciam sua trajetória quando e a tutela da dignidade fortalece a importância da afetividade, passando a caracterizar a paternidade socioafetiva como fator importante na identificação da família. O biologismo começa a ruir e a ceder espaço aos laços afetivos,

calcados em princípios robustos como, de forma exemplificativa, convém citar: dignidade da pessoa humana, princípio da proteção integral e melhor interesse da criança na ótica do ECA e parentalidade responsável. Assim, o entendimento que marcou essa fase foi o reconhecimento do estado de filiação com base na afetividade e nos sentimentos, desconstruindo a noção de que apenas poderiam ocupar a posição de filhos aqueles concebidos e gerados pelos pais biológicos, tendo como requisito a herança genética.

Dessa maneira, o Direito das Famílias acompanhou a evolução do pensamento social, uma vez que, na atualidade, é comum deparar-se com situações nas quais os genitores de determinada pessoa não desenvolveram com ela qualquer vínculo de afeto, enquanto terceiros construíram laços afetivos dignos de serem cultivados e resguardados na sadia relação paterno-filial que desponta. Assim, o presente artigo objetiva explicar a importância da afetividade para a realização humana e suas consequências no Direito das Famílias, bem como a sua relevância no contexto da sociedade contemporânea, que requer maiores dilatações hermenêuticas para garantir e proteger direitos existenciais, que ganham uma tutela cada vez mais ampla.

Do DNA à relação paterno-filial socioafetiva

No passado, com o surgimento dos exames de DNA, o reconhecimento da filiação tinha como fator determinante a herança genética e biológica. Nessa fase, muitas pesquisas foram implementadas e estudos realizados, com a finalidade de se atingir o mais alto grau de certeza a respeito da identidade genética das pessoas submetidas ao exame de DNA. Na década de 1990, chegou-se ao mais alto grau de certeza quanto ao código genético existente entre duas pessoas: 99,9% de similitude. Quase 100%, fato que representou enorme progresso científico.

No entanto, como as relações são dinâmicas e as grandes questões da vida humana não se limitam a documentos, não demorou muito para que a realidade socioafetiva se sobrepusesse à registral: a partir de então, a figura do genitor não deve ser mais confundida com a do pai, uma vez que a condição paterna ultrapassa essa noção do genitor como simples gerador biológico, ocorrendo, desta forma a desbiologização do Direito de Família conforme lição de Gagliano e Pamplona Filho (2019).

Nessa perspectiva, a origem genética, comprovada pelo exame de DNA, tornou-se apenas um aspecto definidor, não mais o único quesito para o reconhecimento da existência da relação que se estabelece entre pai e filho. Esta relação e este vínculo podem também ser demonstrados no cotidiano, por meio da afetividade no convívio entre essas pessoas, concorrendo para a “dessacralização do DNA”, que enseja o claro entendimento de que o vínculo biológico já não é um meio vinculatorio para o reconhecimento de filhos, mas a posse de estado de filho (MIRANDA, 2016). Para Farias e Rosenthal (2018) a figura paterna ou materna é construída cotidianamente, não sendo mera transmissão de carga genética. Desta forma, a função paterna pode ser exercida, a depender das circunstâncias, por pessoa diferente daquela entendida como genitora biológica, ou seja, aquele que gerou. Neste sentido, a paternidade constitui uma função

Que é determinante e estruturante dos sujeitos. Por tanto, o pai pode ser uma série de pessoas ou personagens: o genitor, o marido da mãe, o amante oficial, o companheiro da mãe, o protetor da mulher durante a gravidez, o tio, o avô, aquele que cria a criança, aquele que dá seu sobrenome, aquele que reconhece a criança legal ou ritualmente, aquele que fez a adoção..., enfim, aquele que exerce uma função de pai (PEREIRA, 1997, p. 148).

Assim, para Farias e Rosenthal (2018), considerando a função de pai exercida por uma pessoa que não transmitiu os caracteres biológicos, pode-se identificar a filiação socioafetiva, a qual oferece idêntica proteção à da paternidade biológica, uma vez que o sistema jurídico pátrio parte da premissa da unidade de filiação, não podendo, portanto, negar a tutela jurídica a toda e qualquer relação entendida como paterno-filial. Para Pamplona Filho e Gagliano (2019) o atual cenário do Direito das Famílias reconhece a importância da paternidade (ou maternidade) biológica, mas não pretere a socioafetiva, ou seja, não há prevalência de uma espécie de relação paterno-filial sobre a outra, estando ambas ocupando o mesmo lugar no ordenamento jurídico brasileiro. Mister destacar que os filhos nascidos do afeto, não advindos do biologismo, desde seu reconhecimento como tais, fazem *jus* a todos os direitos inerentes à condição de filho, sendo titular, até mesmo, de direitos sucessórios (SILVA, 2016). Neste sentido, Cabral (2012, p. 66) adverte que uma das mais relevantes evoluções do Direito das Famílias neste milênio foi deferir direitos sucessórios com base no reconhecimento da relação paterno-filial socioafetiva, fato que evidencia, com

razão, a existência de “novas formas de se estabelecer uma relação de parentesco tão legítima quanto aquela baseada na consanguinidade”.

Farias e Rosenvald (2018) entendem que a relação na filiação socioafetiva é consequência de convivência diária, que não se explica por elos genéticos, mas pelo tratamento que é estabelecido pelas partes que se encarregam dos papéis de pai e de filho, ou seja, a filiação socioafetiva não decorre de um ato único e isolado, mas sim de uma construção diária marcada por um agrupamento de condutas de afeição, amor e solidariedade, os quais evidenciam, de forma indubitável, a existência de uma conexão entre pai/mãe e filho. Pode-se considerar como pai/mãe aquele que, independente da linhagem biológica, dá, de modo contínuo, carinho, amor, abrigo e educação, estando presente em todos os momentos, mesmo nos infelizes. Assim, conclui-se que o pai é o das emoções e dos sentimentos, que leva o filho a refletir todo afeto e carinho a ele direcionado. Corroborando esse entendimento, Marques e Santana (2018, p. 3) asseveram que o vínculo paterno ou materno-filial não pode ser mais entendido como consanguíneo, pois “pai e/ou mãe são aqueles que ofertam amor, participam ativamente na vida do filho, arcam com ônus material e lhes dão afeto. Logo é correto o ditado que diz: pai/mãe é aquele(a) que cria”.

Neste sentido, o Enunciado de nº 07 do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) dispõe a possibilidade de a posse do estado de filho constituir paternidade e maternidade, uma vez que a relação paterno-filial socioafetiva decorre da posse do estado de filiação (ERTHAL JUNIOR, 2022), entendimento já sendo adotado pelos tribunais brasileiros. Dessa forma, em consequência da constante evolução do Direito das Famílias, para a configuração do estado paterno-filial, que outrora dependia de reconhecimento da vinculação consanguínea e biológica, considera-se o afeto apto a gerar laços filiatórios, podendo uma pessoa distinta daquela que gerou ocupar o papel de pai/mãe de determinada criança, uma vez que, na filiação socioafetiva, a herança genética não é dotada de caráter vinculativo e indispensável, podendo estar ou não presente, uma vez que o genitor pode ser pai, como também pode não ser, bastando apenas que haja clara relação de amor, afeição, respeito para que ocupe a posição paterna.

O afeto como valor jurídico e princípio geral do Direito das Famílias

A partir da entrada da Constituição Federal de 1988 em vigor, o afeto tornou-se recorrente no cotidiano do vocabulário jurídico, sendo até mesmo utilizado como argumento para sustentação de teses e para motivar determinadas decisões judiciais. Desta maneira, é evidente que o afeto passou a ser elemento pertencente ao sistema jurídico (CALDERÓN, 2017). Nessa perspectiva, o afeto, independentemente dos laços consanguíneos, é o prisma pelo qual as famílias, distanciando-se do sistema patriarcal que outrora vigorava, prestigiam a dignidade humana. Impende mencionar que as legislações pretéritas não tinham o compromisso com o afeto e a felicidade, sendo omissas quanto a esses aspectos (VENOSA, 2017). No entanto, Farias e Rosa (2022) constatam na atualidade determinado consenso doutrinário e jurisprudencial acerca da importância do afeto na estrutura das relações familiares e, conseqüentemente, no Direito das Famílias. No mesmo sentido, Lôbo (2000) argumenta que afetividade é reconhecida e defendida como um dos princípios basilares do Direito de Família, uma vez que as famílias, com o desenvolvimento contemporâneo, recuperaram sua função de viver em comunhão de vida, estando unidas por laços afetivos e sentimentos. Nesse diapasão, Farias e Rosa (2022) advogam que o Direito das Famílias encontrou, assim, seu âmago também no afeto, que se torna base valorativa vocacionada à interpretação das normas legais familiaristas de acordo com os valores humanistas inspirados pela Carta Magna, quais sejam, a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social, a erradicação da pobreza, a igualdade e a liberdade. O Código Civil de 2002, reconhecendo a possibilidade de parentescos decorrentes das relações socioafetivas, expandiu as possibilidades de filiação, fato também reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ): “Por filhos de qualquer condição deve-se entender, também, aquela pessoa que foi acolhida, criada, mantida e educada pelo militar, como se filha biológica fosse, embora não tivesse com ele vínculo sanguíneo [...]” (NADER, 2016, p. 313).

O afeto na seara jurídica se revela importante na tutela das relações familiares, conforme expressa a jurista Maria Berenice Dias: “O novo olhar sobre a sexualidade valorizou os vínculos conjugais que passaram a se sustentar no amor e no afeto. Na esteira dessa evolução, o direito de família instalou uma nova ordem jurídica para a família, atribuindo valor jurídico ao afeto” (DIAS, 2010, p. 72).

Diante desses vieses explorados até então, pode-se reconhecer o afeto como valor jurídico, intrínseco e princípio norteador do Direito das Famílias

deste milênio: “Nessa perspectiva, a afetividade passa a ser um axioma, em busca da igualdade substancial, e não mais formal, efetivando o respeito às diferenças individuais, desempenhando importante papel para a construção ou a reestruturação da personalidade de cada um” (CABRAL, 2012, p. 49). No mesmo sentido, Rodrigo da Cunha Pereira (2016) concebe o afeto na categoria de valor e princípio jurídico:

A afetividade é um princípio constitucional da categoria dos princípios não expressos. Ele está implícito e construído nas normas constitucionais, pois aí estão seus fundamentos essenciais e basilares: o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1o, III), da solidariedade (art. 3o, I), da igualdade entre os filhos, independentemente de sua origem (art. 227, § 6o), a adoção como escolha afetiva (art. 227, §§ 5o e 6o), a proteção à família monoparental, tanto fundada nos laços de sangue ou por adoção (art. 226, § 4o), a convivência familiar assegurada à criança e ao adolescente, independentemente da origem biológica (art. 227) [...] (PEREIRA, 2016, p. 219).

Como princípio jurídico presente em quase todas as relações jurídicas no âmbito familiar, o afeto se consagra como um valor a ser protegido (SANTOS, 2011). Tal princípio não consiste em imposição jurídica de amar, mas apenas possibilita a criação e a vivência desse afeto, como verdadeira faculdade (PEREIRA, 2016). Desta maneira, a afetividade é um valor jurídico presente, de forma permanente, na hermenêutica, devendo ser utilizada como meio de aplicação das normas do Direito das Famílias, servindo como verdadeira diretriz para a compreensão dos ditames legais deste ramo do Direito (FARIAS; ROSA, 2022). Insta salientar que o amparo jurídico do afeto como valor jurídico é plenamente legítimo, uma vez que os integrantes das famílias socioafetivas se portam e mantêm relacionamento como se fossem conectados geneticamente; devem, portanto, ser assegurados seus direitos inerentes à relação familiar (RODRIGUES; CONCIANI, 2015).

Por isso, o princípio da afetividade, corolário da dignidade da pessoa humana, ainda que implícito no texto constitucional, ganha ênfase nas decisões dos tribunais e nas diversas manifestações doutrinárias, sendo este o fator basilar na concepção da paternidade fundada na relação afetiva e não mais consistente apenas na conexão genética (ALMEIDA, 2015). Assim, “[...] apesar de algumas críticas contundentes e de polêmicas levantadas por alguns

juristas, não resta a menor dúvida de que a afetividade constitui um princípio jurídico aplicado no âmbito familiar.” (TARTUCE, 2019, p. 27). Sendo assim, o afeto, no ordenamento jurídico contemporâneo, converte-se de valor jurídico a ser o catalisador de toda composição do Direito das Famílias contemporâneo (PEREIRA, 2018).

No entanto, em que pese os doutrinadores de renome no Direito das Famílias brasileiro concebam o afeto como princípio, não se preocupam em categorizar o afeto como norma jurídica ou principiológica, mas como princípio do Direito das Famílias, sem indicar, de forma precisa, sua posição topológica (FARIAS; ROSA, 2022). Nesse sentido, constata-se que, na maior parte das publicações jurídicas, não se categoriza o afeto como “princípio fundamental ou geral e, muito menos, o seu conteúdo, a servir como baliza interpretativa. Limitam-se, tão só, a dizer que a afetividade é princípio, sem justificativas teóricas e sem demonstrações do caminho percorrido para tanto” (FARIAS; ROSA, 2022, p. 141). Segundo os iminentes civilistas, Cristiano Chaves de Farias e Conrado Paulino da Rosa, o afeto deve ser enquadrado como um postulado jurídico no Direito das Famílias, sendo, portanto, um princípio geral que rege esse ramo do Direito, apresentando “[...] estrutura necessária à aplicação de todas as normas do Direito das Famílias, regras e princípios.” (FARIAS; ROSA, 2022, p. 158), uma vez que tratar o afeto como princípio fundamental ensejaria invocar o instituto como se norma jurídica fosse, atribuindo-lhe força vinculante e cogente. Corroborando, os autores advogam: “Ora, se o afeto não é norma jurídica aplicável, mas a estrutura para que se aplique a norma de forma valorativamente correta, de princípio não se trata, mas de verdadeiro postulado normativa aplicativo” (FARIAS; ROSA, 2022, p. 156). Complementando a ideia, os autores explicam a afetividade como princípio geral do Direito, entretanto, sem eficácia vinculante, mas somente como modo de aplicar as normas (regras e princípios), ou seja, “enquadra-se como postulado, mas denomina-se princípio geral” (FARIAS; ROSA, 2022, p. 158).

Em face dos argumentos dos juristas colacionados e muito bem fundamentados, a outra conclusão não se pode chegar a respeito da afetividade que não seja consagrá-la como valor jurídico e como princípio geral do Direito das Famílias, constituindo-se verdadeiro axioma a permear todas as condutas no âmbito das relações familiares que se estabelecem, além de conceber o afeto como fio condutor a permear a convivência familiar de forma a nortear a conduta dos membros da família por esse viés indispensável à realização humana.

O dever de cuidado quando da erosão dos laços afetivos

O Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), por força do Enunciado nº 06, entende que do reconhecimento da filiação socioafetiva decorrem todos os direitos e deveres inerentes à autoridade parental, considerando que não há distinção entre filhos biológicos, adotivos e socioafetivos (ERTHAL JUNIOR, 2022).

Da inteligência desse enunciado, pode-se concluir pelo entendimento já sedimentado na doutrina e jurisprudência, qual seja o fato de que a filiação socioafetiva é apta a produzir os mesmos efeitos da biológica ou consanguínea, da adotiva, mormente por corroborar a isonomia constitucional entre os descendentes, insculpida no art. 227, §6º da Constituição Federal (CF), que garante aos filhos “os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” (BRASIL, 1988), dispositivo este reproduzido no art. 1.596 do Código Civil (CC) (BRASIL, 2002) e no 20 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) (BRASIL, 1990): “Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. Por aplicação analógica, já se incluía a filiação socioafetiva na tutela oferecida por essa analogia.

Ainda acerca da relação paterno-filial, o artigo 229 da CF dispõe que “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” (BRASIL, 1998). É importante frisar que a não observância desses deveres pode acarretar como consequência o abandono afetivo, que segundo Nader (2016) pode se dar, não somente da forma física, mas também moral, quando o pai/mãe, opcionalmente, não se liga emocionalmente ao filho/pai, passando a não mais considerá-lo afetivamente.

Importante mencionar que a situação pode ser inversa, quando o filho abandona, afetiva ou materialmente, seus pais. Desta maneira, o abandono material consiste em não cumprir seu dever assistencial, deixando, por exemplo, de prover o sustento do ascendente, enquanto no abandono moral não observa a obrigação de proporcionar carinho e atenção, não mantendo, desta forma, o vínculo de afetividade com o pai (NADER, 2016).

Impende destacar que em face do abandono afetivo e/ou material, remanesce o dever de cuidado em relação à prole, que se traduz no cumprimento do

dever de assistência, na provisão material, no amparo e no atendimento às necessidades básicas e excepcionais dos filhos. Frise-se que o dever de cuidado é consequência do princípio da solidariedade familiar, o qual decorre do artigo 229 do texto constitucional, ao preconizar a obrigação dos pais em prover a assistência, a criação e a educação da prole (BRASIL,1988). Neste sentido, Campos (2020, p. 14) advoga que “[...] o dever de cuidado não se manifesta apenas pela assistência material, mas sim por um conjunto, no qual uma peça importante é a afetividade.”, consistindo o dever de cuidado também na assistência afetiva direcionada aos filhos. É importante salientar o cuidado como consectário natural do respeito: “O sentimento que se faz observar pelas condutas de cuidado é fruto do respeito entre as pessoas nas relações familiares, podendo-se dizer que cuidado é, frise-se, consequência natural do sentimento de respeito mútuo entre parentes” (CABRAL, 2012, p. 54). Nesse contexto, vale destacar

A importância da responsabilidade, efetivada através de cuidado e proteção recíprocos, numa dinâmica de vida em comum de membros comprometidos com a criação de sólidos laços afetivos e promoção do bem-estar de cada um como colaboradores responsáveis, capazes de subjugar interesses individuais e egoístas, a fim de que os integrantes da família desenvolvam suas potencialidades e consolidem sua personalidade, o que se pode traduzir na expressão parentalidade responsável (CABRAL, 2012, p. 47).

Tanto é importante o dever de cuidado que o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no ano de 2017, considerou cabível a reparação civil decorrente de abandono afetivo e material do filho pelo pai. O informativo de nº 609 da Corte dispõe:

O descumprimento da obrigação pelo pai, que, apesar de dispor de recursos, deixa de prestar assistência material ao filho, não proporcionando a estas condições dignas de sobrevivência e causando danos à sua integridade física, moral, intelectual e psicológica, configura ilícito civil, nos termos do art. 186 do Código Civil de 2002. Estabelecida a correlação entre a omissão voluntária e injustificada do pai quanto ao amparo material e os danos morais ao filho dali decorrentes, é possível a condenação ao pagamento de reparação por danos morais, com fulcro também no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (STJ, REsp 1.087.561/RS, 4.^a Turma, Rel. Min. Raul Araújo, j. 13.06.2017, DJe 18.08.2017).

Neste diapasão, o Enunciado de n. 08 do IBDFAM prevê a possibilidade da reparação de dano advindo do abandono afetivo, uma vez que o dever de convivência é uma garantia prevista na Carta Magna (ERTHAL JUNIOR, 2022). A questão do cabimento de reparação civil nas relações de família, já muito debatida pela doutrina, tem caminhado nessa direção, conforme enfatizam Gagliano e Pamplona Filho (2019) que valor algum pode compensar o abandono decorrente da ausência, frieza e desprezo, caso em que a reparação apresenta caráter pedagógico e punitivo, coibindo essa prática. Desta maneira, considerando que a relação paterno-filial não comporta qualquer distinção entre biológica ou socioafetiva, o abandono afetivo e material, decorrente do rompimento da relação afetiva, pode ensejar reparação, conforme posicionamento já firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, corroborado agora pelo Enunciado 08 do IBDFAM (BRASIL; IBDFAM, 2022), devendo aquele que abandonou reparar o abandonado, com a finalidade de reprimir essas práticas.

Considerações finais

A doutrina atesta que o Direito das Famílias é o ramo do Direito que mais transformações sofreu nos últimos anos, por se manter dinâmico ao extremo, sempre visando responder aos reclamos da sociedade contemporânea, que se mantém em constante evolução social. Nesse contexto, a consanguinidade cede espaço à afetividade, a partir da consagração do afeto como valor jurídico, transformando a afetividade em princípio geral do Direito das Famílias, fato que constituiu enorme avanço nas relações familiares, pois os laços afetivos são propulsores da realização humana, de promoção da dignidade e influenciam, como via de consequência natural, a expansão de outros valores de igual importância, como o respeito, a solidariedade e o cuidado.

Assim, tendo o afeto conquistado importante posição no direito brasileiro, fato que possibilitou a ampliação das hipóteses da relação paterno-filial, constatou-se a necessidade de proteger esse importante aspecto das relações familiares, garantindo aos membros da família socioafetiva a mesma tutela deferida à família constituída pelos laços consanguíneos, a fim de imprimir efetividade à isonomia constitucional entre os descendentes inspirada no art. 227, §6º da CF (BRASIL, 1988) e reproduzida nos arts. 1.596 do CC e 20 do ECA (BRASIL, 1990), uma vez proibidas quaisquer discriminações entre as diferentes espécies de filiação. Nessa linha de intelecção, a filiação socioafetiva

equivale à biológica e à adotiva, razão pela qual esta é tutelada em todos os direitos inerentes à filiação.

Por todo o exposto, clara se torna a importância da afetividade no Direito das Famílias contemporâneo, convertendo-se em verdadeiro princípio geral deste ramo do Direito, servindo como viés interpretativo balizador e paradigma para decisões judiciais, uma vez que garante não só aos filhos, mas também aos pais, os mesmos direitos e deveres previstos para os de vínculo biológico, ambos titularizando direitos sucessórios, alimentos, guarda, convivência familiar e prerrogativas decorrentes da relação paterno-filial.

Referências

ALMEIDA, Priscilla Araújo de. **Efeitos da paternidade socioafetiva no ordenamento jurídico brasileiro**. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Prática Judiciante) - Universidade Estadual da Paraíba, João Pessoa, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Diário Oficial da União, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 jun. 2022.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). **Enunciados**. Disponível em <https://ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam>. Acesso em 10 jun. 2022

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: Diário Oficial da União, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 02 jun. 2022.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília: Diário Oficial da União, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 02 jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial 1087561/RS**. Recorrente: RADEM. Recorrido: F DA S DE M – Menor Impúbere. Rel. Min. Raul Araújo. 13 de junho de 2017. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/490422303/inteiro-teor-490422312>. Acesso em: 01 nov. 2022.

CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat. Afetividade como fundamento na parentalidade responsável. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, v. 13, n. 26, p. 47-72, 2012.

- CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no Direito de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- CAMPOS, Amanda Duarte. **Dever de cuidado**: causas e consequências do abandono afetivo. 2020. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2020. Disponível em: <https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/handle/123456789/272>. Acesso em: 02 jun. 2022.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- ERTHAL JUNIOR, Marcos. **Enunciados doutrinários do IBDFAM**. Belo Horizonte: Instituto Brasileiro de Direito de Família: 2022.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSA, Conrado Paulino da. **Teoria Geral do Afeto**. 3. ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: JusPodivm, 2022.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: famílias. 10. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**: Direito de Família. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 41, maio 2000. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=527>. Acesso em 24 mai. 2022.
- MARQUES, V. P.; SANTANA, N. S. Socioafetividade: O valor jurídico do afeto e seus efeitos no direito pátrio. **Revista Vertentes do Direito**, v. 5, n. 1, p. 126-160, 2018.
- MIRANDA, Lucas Meirelles. **O reconhecimento da multiparentalidade frente à relevância das relações sócio afetivas**. 2016. Trabalho de conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Faculdade Baiana de Direito, Salvador, 2016. Disponível em: <http://portal.faculdadebaianadedireito.com.br/portal/monografias/Lucas%20Meirelles%20Miranda.pdf>. Acesso em: 24 mai. 2022.
- NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**: Direito de Família. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. 5.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário de Direito de Família e Sucessões**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família**: uma abordagem psicanalítica. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RODRIGUES, Geraldo Silva; CONCIANI, Marcos Vinicius De Souza. A família socioafetiva: uma visão crítica acerca das novas entidades familiares vinculadas ao afeto. **Revista Intervenção, Estado e Sociedade**, Ourinhos, v. 2, n. 1, p. 112-127, mar. 2015. Disponível em: <http://projuriscursos.com.br/revista/index.php/revistaprojuris/article/view/38>. Acesso em: 25 mai. 2022.

SANTOS, Romualdo Baptista dos. **A Tutela Jurídica da Afetividade**. Curitiba: Juruá, 2011.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Paternidade socioafetiva x paternidade biológica. **Anoreg/BR**. Disponível em: <https://www.anoreg.org.br/site/paternidade-socioafetiva-x-paternidade-biologica-por-regina-beatriz-tavares-da-silva/>. Acesso em: 24 maio 2022.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2019, v. 5.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: direito de família. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017, v. 5.

Notas de fim

1 Doutora e Mestre em Cognição e Linguagem (Uenf). Estágio Pós-doutoral em Direito Civil e Processual Civil (Ufes). Membro da Sociedade Brasileira de Bioética (SBB). Membro da Asociación de Bioética Jurídica de La Universidad Nacional de La Plata (Argentina). Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Membro do Instituto Brasileiro de Estudos em Responsabilidade Civil (IBERC). Membro do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (BRASILCON). Coordenadora do Gepbidh (Grupo de Estudos e Pesquisa em Bioética e Dignidade Humana). Professora dos Cursos de Direito e Medicina. E-mail: hildeboechat@gmail.com Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3000681744460902> Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9871-8867>.

2 Graduando em Direito pela Universidade Iguaçu (UNIG) - campus V. Atualmente é estagiário oficial na Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro junto à Vara de Família, da Infância, da Juventude e do Idoso da Comarca de Itaperuna - RJ. Monitor da disciplina de Direito Constitucional II. Membro pesquisador do Grupo de Estudos e Pesquisa em Bioética e Dignidade Humana (GEPBi-DH). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4170872845225421>. E-mail: lufbarbs@gmail.com.

6. Danos à imagem quando se trata de homenagem

Aline Souza Tinoco Gomes de Melo¹

Milena de Oliveira Freitas²

Carlos Henrique Medeiros de Souza³

DOI: 10.52695/978-65-5456-016-0.6

A tutela do direito à imagem independe da lesão à honra. Quem veicula a imagem alheia, sem autorização, pode até fazê-lo de modo elogioso ou com intenção de prestigiar o retratado. Nada disso afasta a prerrogativa que cada pessoa detém de impedir a divulgação de sua própria imagem, como manifestação exterior da sua personalidade

(SCHREIBER, 2012, p. 101).

Considerações iniciais

A preocupação com a proteção jurídica da imagem é tema que repercute em diversas esferas, seja na vida privada ou na vida profissional. Com o advento da internet e a rápida disseminação das informações, aliados à possibilidade de armazenamento e reprodução de imagens e vídeos em fração de milissegundos, para qualquer local do globo, são perceptíveis irrefutáveis atentados à imagem dos indivíduos, seja com a finalidade de homenagear ou flagrantemente deturpar a conduta ou palavras de outrem. Dessa forma, o presente capítulo objetiva analisar a violação do direito à imagem, direito este, inato, espécie de direitos da personalidade, também denominados direitos existenciais, que há muitos anos vem ganhando destaque tutela jurídica na legislação e jurisprudência pátria, além das possíveis consequências jurídicas relativas à violação.

A rede mundial de computadores, a internet, além de reduzir a distância entre usuários, deu origem à “sociedade em rede”. Essa, por sua vez, passou a se estruturar em torno dos ditames da cibercultura. Dessa forma, o ciberespaço tornou-se o principal canal de comunicação e suporte de memória da humanidade no início do século XXI, pois a internet permite que pessoas de lugares diferentes e com graus diversos de educação possam ter acesso a vários assuntos, bem como propicia mecanismos que facilitam a participação popular na própria elaboração de diversos conteúdos. Dessa forma, apesar do avanço e desenvolvimento que as novas tecnologias proporcionam, a captação e a disseminação da imagem, a privacidade e da intimidade das pessoas fica a cada dia mais exposta.

Apesar de a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL 1988) e o Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002) disciplinarem a proteção de tais direitos inseridos no abrangente rol de direitos existenciais, a interpretação restritiva a estes dispositivos não concorre para a efetiva autonomia, principalmente do direito à imagem, tendo em vista a desnecessidade que tal direito seja ultrajado em conjunto com outros, como, por exemplo, a intimidade e a honra. Nesse viés, impende explicar que as mídias sociais, com abrangência global, criam um campo favorável tanto para a aproximação de pessoas ao redor do globo como também para as violações diretas ou indiretas dos direitos existenciais, incluindo o direito à imagem, objeto do estudo desta pesquisa, ensejando, assim, a devida reparação civil referente a danos materiais e morais, inclusive de forma *in re ipsa*, ou seja, presumida, tornando-se desnecessário demonstrar a efetiva ocorrência de danos ao ofendido.

Proteção jurídica da imagem

Os direitos existenciais no Brasil foram firmados com a promulgação da Constituição Federal em 5 de outubro de 1988, com o objetivo de defender o princípio da dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988). De acordo com Gonçalves (2022, p. 232), a dignidade humana é um dos fundamentos constitucionais brasileiros, no artigo 1º, inciso III. Dentre os direitos abarcados pela dignidade humana, tais como o direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem da pessoa, ganham especial destaque, como direitos invioláveis que são, conforme preceitua a Constituição Federal Brasileira, doravante CF (BRASIL, 1988), cuja violação enseja reparação civil pelos danos materiais ou morais perpetrados contra a pessoa.

Segundo Alves e Moraes (2019), a CF define a imagem como um atributo da personalidade, referindo-se a ela no capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos, direito este reiterado pela redação do art. 5º, inciso V, da referida Constituição, tratando da espécie imagem-atributo, que também pode se referir à moral individual. Por sua vez, o inciso X deste artigo aborda tal direito de forma mais específica. Acrescenta-se que a garantia de proteção ao direito de imagem acarreta, inevitavelmente, a limitação da liberdade de expressão e do direito à informação, considerando que a liberdade do exercício de um direito deve acabar quando atingir o outro, ou seja, no momento em que ambos entram em conflito.

O direito à própria imagem é um direito autônomo, não precisando estar em conjunto com a intimidade, a identidade, a honra etc., embora possam estar, em certos casos, tais bens conexos, o que não faz com que sejam partes integrantes um do outro. Conforme leciona Maria Helena Diniz (2021, p.147), a imagem é a individualização figurativa da pessoa, dessa forma, é um direito que autoriza a oposição contra adulteração da identidade pessoal, divulgação indevida, entre outros, gerando, assim, o dever de reparar dano moral e patrimonial que advier desses atos. É válido ressaltar que o titular pode escolher como e quando pretende que sua representação externa (imagem-retrato) ou sua imagem-atributo seja difundida.

De acordo com Souza (2003, p. 42), a imagem-retrato é a representação gráfica da pessoa através de fotos, filmes, vídeos, pinturas e outros meios. Por sua vez, a imagem-atributo nasce do uso cotidiano da imagem, que passa a significar não apenas a fisionomia e a sua reprodução, mas também o conjunto de características comportamentais que identificam o sujeito. Assim, há particularidades que compõem o conceito de imagem, como atributos de uma pessoa, obtidos através da reiterada observação de seu comportamento nos meios sociais. Nesse viés, Carlos Roberto Gonçalves (2022) disserta que proteção do direito à imagem resultou de um longo trabalho, visto que, no decorrer dos anos, as respectivas legislações limitavam-se a campos muito restritos do direito à imagem.

Por sua vez, a CF de 1988 veio afastar qualquer dúvida que porventura ainda pudesse pairar a respeito da tutela do direito à própria imagem, por isso, declarou invioláveis “a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” no art. 5º, X (BRASIL, 1988). No que lhe concerne, o inciso V do mesmo dispositivo assegura “o direito de resposta, proporcio-

nal ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem” (BRASIL, 1988). Por fim, é evidente que a CF trouxe, expressamente, o direito à própria imagem ao rol de direito individual, tais como o direito à vida, integrando o conjunto dos “direitos à privacidade”, juntamente com o direito à intimidade, à vida privada e à honra.

Convém registrar, ainda, que existem alguns dispositivos, ainda mais específicos, destinados à proteção da imagem, tais como: o Código de Propriedade Industrial (Lei nº 9.279/96), a nova Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610/98), a Lei Pelé (Lei nº 9.615/98), a Lei nº 9.609/98, que dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador e a Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67), a qual, entretanto, não foi recepcionada pela Constituição, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal (ADPF nº 130/DF, Min. Rel. Carlos Brito).

O dano a imagem como lesão aos direitos de personalidade

Carlos Roberto Gonçalves (2022, p. 244) discorre que os direitos da personalidade buscam resguardar a dignidade humana, isso se dá por meio de medidas judiciais adequadas que devem ser ajuizadas pelo ofendido ou pelos lesados indiretos. Tais medidas judiciais podem possuir o caráter preventivo, cautelar, objetivando suspender os atos que ofendam a integridade física, intelectual e moral. Assim, por um lado, deve-se ajuizar ação de natureza cominatória, com fundamento nos artigos 497 e 536, § 4º, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2002), destinadas a evitar a concretização da ameaça de lesão. Por outro lado, pode-se também mover, desde logo, a ação de indenização por danos materiais e morais, de natureza repressiva, com pedido de antecipação de tutela. Deste modo, a violação do direito da personalidade que causa danos à pessoa acarreta a responsabilidade civil extracontratual do agente, decorrente da prática de ato ilícito. O direito subjetivo à sua reparação é interpretado de acordo com os ditames constitucionais, pois a responsabilidade pela violação do direito de personalidade não permanece exclusivamente na seara cível.

Nesse viés, o art. 20 do Código Civil, considerando tratar-se de direitos da personalidade, prescreve que tais atos poderão ser proibidos a requerimento do autor 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, salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manu-

tenção da ordem pública” (BRASIL, 2002) No mesmo sentido, a Carta Magna foi explícita em assegurar ao lesado direito a indenização por dano material ou moral decorrente da violação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas. Nos termos do art. 20 do Código Civil (BRASIL, 2002), a reprodução de imagem para fins comerciais, sem autorização do lesado, enseja o direito a indenização, ainda que não lhe tenha atingido a honra, a boa fama ou a respeitabilidade.

Pode-se afirmar que, além do próprio ofendido pelo dano à imagem, poderão reclamar a reparação do dano, dentre outros, os seguintes legitimados: seus herdeiros, seu cônjuge ou companheiro e os membros de sua família, ligados afetivamente, provando o nexo de causalidade, o prejuízo e a culpa, quando não se tratar de hipótese de culpa presumida ou de responsabilidade independente de culpa. Nesse sentido, decidiu o seguinte o Tribunal de Justiça de São Paulo:

A exploração comercial de fotografia, sem autorização do fotografado, constitui violação do direito à própria imagem, que é direito da personalidade, e, como tal, configura dano moral indenizável. Não se presume nunca a autorização tácita, de caráter gratuito, para uso comercial de fotografia, quando o fotografado não seja modelo profissional (Agl 97702-4-Pompeia, 2ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. C P, j. 21-11-2000).

É de extrema importância, nesse sentido, conceituar o que seria dano moral. Nesse ímpeto, aduz Zannoni (1993, p. 234-235) ser o dano que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio, ou seja, é lesão de bens que integrem os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, como se infere dos arts. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação.

Nessa perspectiva, o autor leciona sobre a diferenciação do dano moral direto e indireto ao dispor que o dano moral pode ser direto quando consiste na lesão a um interesse que visa a satisfação ou gozo de um bem jurídico extrapatrimonial contido nos direitos da personalidade (como a vida, a integridade corporal, a liberdade, a honra, o decoro, a intimidade, os sentimentos afetivos, a própria imagem) ou nos atributos da pessoa (como o nome, a capacidade, o estado de família). Já o dano moral indireto consiste na lesão a um interesse tendente à satisfação ou gozo de bens jurídicos patrimoniais, que produz um descrédito a um bem extrapatrimonial, ou melhor, é aquele que provoca

prejuízo a qualquer interesse não patrimonial, devido a uma lesão a um bem não-patrimonial da vítima (ZANNONI, 1993).

Orlando Gomes (2019 p. 332) entendia que

[...] a expressão 'dano moral' deve ser reservada exclusivamente para designar o agravo que não produz qualquer efeito patrimonial. Se houverem consequências de ordem patrimonial, ainda que mediante repercussão, o dano deixa de ser extrapatrimonial.

Assim, infere-se que o dano moral não é propriamente a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois esses estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor, a consequência do dano. Por fim, instrui Eduardo Zannoni (1993, p. 234-235) que o direito a indenização pelo dano à imagem “não repara qualquer padecimento, dor ou aflição, mas aqueles que forem decorrentes da privação de um bem jurídico sobre o qual a vítima teria interesse reconhecido juridicamente.” Logo, os lesados indiretos e a vítima poderão reclamar a reparação pecuniária em razão de dano moral, embora não peçam um preço para a dor que sentem ou sentiram, mas, tão somente, que se lhes seja concedido um meio de atenuar, em parte, as consequências da lesão jurídica por eles sofrida.

O dano a imagem-atributo

O posicionamento jurídico moderno apresenta duas espécies de imagens, sendo elas: a imagem-retrato e a imagem-atributo. Nesse viés, Maria Helena Diniz (2021) distingue os dois institutos da imagem: imagem-retrato é a representação física da pessoa, como um todo ou em partes separadas do corpo, desde que identificáveis, implicando o reconhecimento de seu titular por meio de fotografia, escultura, desenho, pintura, interpretação dramática, cinematografia, entre outros, que requer autorização do retratado, no contexto do CF, art. 5º, X (BRASIL, 1988). Já a imagem-atributo é o conjunto de características ou qualidades cultivados pela pessoa, reconhecidos socialmente, CF, art. 5º, V (BRASIL, 1988), como habilidade, competência, lealdade, pontualidade etc. A imagem abrange também a reprodução, romanceada em livro, filme, ou novela, da vida de pessoa de notoriedade, muito utilizada como forma de homenagem.

Assim, infere-se que os direitos da personalidade podem ser classificados com base na tricotomia corpo, mente e espírito, correspondendo ao direito à integridade física, psíquica e moral (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2020). Entretanto, há quem opte por dividir os direitos personalíssimos em dois grupos, protegendo a integridade física, que engloba os direitos à vida e ao próprio corpo, e à integridade moral, que contempla os direitos à honra, à liberdade, ao recato, à imagem, ao nome e ao direito moral do autor (GOMES, 2019).

Destarte, um ponto importante, refere-se à utilização da imagem *post mortem*, com o objetivo de homenagear, sendo esse o cerne deste capítulo. Caso haja uso indevido da imagem de forma inadequada e a vítima já tenha falecido, cabe aos lesados indiretos buscarem reparação. Assim, há possibilidade de familiares buscarem a reparação pela utilização indevida. Há ainda, a possibilidade de os familiares terem seus próprios direitos da personalidade desrespeitados, mesmo que a violação inicial tenha sido direcionada ao finado, o que legitimará o pedido de indenização por danos morais reflexos (GODINHO; GUERRA, 2013).

Nesse viés, o artigo 12, caput, do Código Civil, garante tríplice tutela dos direitos da personalidade: tutela inibitória, atenuação de danos e tutela repressiva. Dessa forma, a tutela inibitória, de caráter iminentemente preventiva, tem por finalidade evitar que ameaças se transformem em efetivas ofensas, ao passo que a atenuação de danos é o mecanismo jurídico que busca abrandar, quando possível, os efeitos da lesão já consumada, mesmo que parcialmente. Enquanto a responsabilidade civil se traduz como forma repressiva de tutela, na medida que tem por escopo a compensação da vítima pelos danos experimentados através do pagamento de indenização pecuniária (GODINHO; GUERRA, 2013).

Alguns doutrinadores defendem a importância de aplicar a reparação não pecuniária cumulativamente com a compensação pecuniária, quando se tratar de lesão a bem não patrimonial, visto que tal reparação seria capaz de atuar diretamente na própria atividade lesiva do agente (SCHREIBER, 2012). Partindo-se do pressuposto de que a reparação apenas de cunho pecuniário, em determinados casos, seria insuficiente e desconsideraria os elementos subjetivos e as circunstâncias particulares de cada caso concreto, afirma-se que a compensação não pecuniária deveria representar parte da reparação oferecida para a vítima do evento danoso.

Dessa forma, almeja-se trazer efetividade ao princípio da reparação integral, por meio da abertura de um leque maior de possibilidades de reparação. Tal espécie de compensação poderia ocorrer de diversas formas nos casos de lesão à imagem: por exemplo, por meio de retratação pública, de retratação privada e da veiculação de notícia sobre o caso concreto narrando a decisão judicial proferida e a condenação imposta ao ofensor. Assim, as formas de reparação são dotadas inclusive de caráter pedagógico, pois visam desencorajar a prática de condutas lesivas, sem alterar o valor da indenização.

O Enunciado 587 do Conselho de Justiça Federal e o dano à imagem *in re ipsa*

O Código Civil não atribuiu tutela autônoma ao direito à imagem, e condicionou-o, dessa forma, salvo exceções, à possibilidade de sua compensação a lesão da honra de seu titular; este entendimento, com o passar do tempo, não se mostrou suficiente ao serem analisados os casos concretos em consonância com o texto constitucional, mais especificamente, no art. 5º, incisos V e X (BRASIL, 1988), que conferiram implicitamente autonomia à compensação pelo dano à imagem. Assim, o texto constitucional leva a entender, que é necessário valorizar a vontade da pessoa humana, que deverá declarar o seu consentimento de forma expressa ou tácita, mas sempre inequivocamente, não podendo, salvo raras exceções, como a exemplo dos modelos fotográficos, seu consentimento tácito. Nesse viés, conforme entendimento majoritário do Superior Tribunal de Justiça, em regra, diante da violação do direito à imagem, nascerá para o seu titular o direito à compensação pelo dano moral na modalidade *in re ipsa*. Nessa hipótese, não seria necessário prova concreta do prejuízo de ordem moral para a vítima e nem do efetivo lucro do ofensor, bastando a própria violação à exteriorização da personalidade da vítima. Assim:

ENUNCIADO 587 – O dano à imagem restará configurado quando presente a utilização indevida desse bem jurídico, independentemente da concomitante lesão a outro direito da personalidade, sendo dispensável a prova do prejuízo do lesado ou do lucro do ofensor para a caracterização do referido dano, por se tratar de modalidade de dano *in re ipsa* (BRASIL. Conselho de Justiça Federal–VII Jornada de Direito Civil, 2013).

De acordo com o entendimento de Maria Celina Bodin de Moraes (2003), não é necessário se demonstrar a humilhação, a dor ou o sofrimento advindo da violação a fim de se comprovar a existência de dano moral. Nesse sentido, o entendimento esboçado pelo Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, no julgamento Recurso Especial nº 267.5294, em que foi relator o ministro Sálvio Figueiredo Teixeira, corrobora o proposto no Enunciado 587.

I – O direito à imagem reveste-se de duplo conteúdo: moral, porque direito de personalidade; patrimonial, porque assentado no princípio segundo o qual a ninguém é lícito locupletar-se à custa alheia;

II – A utilização da imagem de cidadão, com fins econômicos, sem a sua devida autorização, constitui locupletamento indevido, ensejando a indenização;

III – O direito à imagem qualifica-se como direito de personalidade, extrapatrimonial, de caráter personalíssimo, por proteger o interesse que tem a pessoa de opor-se à divulgação dessa imagem, em circunstâncias concenterentes à sua vida privada;

(Superior Tribunal de Justiça acerca desta questão, no julgamento Recurso Especial nº 267.529, publicado no Diário de Justiça de 18 de dezembro de 2000, Relator Ministro Sálvio Figueiredo Teixeira)

Em igual sentido, se o uso da imagem não for devidamente justificado, ficará configurado o dever de compensar a vítima, sendo dispensáveis as provas do prejuízo do lesado e do lucro do ofensor para a caracterização do dano moral. Ou seja, o titular do bem jurídico lesionado poderá coibir a utilização indevida ou abusiva por meio da via judicial, requerendo tanto a tutela inibitória quanto a ressarcitória. Esse entendimento alinha-se com o Enunciado 587 da VII Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, que dispõe que o dano à imagem restará configurado quando presente a utilização indevida desse bem jurídico, independentemente de lesão ou do lucro do ofensor para a caracterização do referido dano, por se tratar de modalidade de dano *in re ipsa*. Entretanto, o enunciado não impõe restrição absoluta à utilização de imagem alheia, pois se proíbe apenas a utilização indevida da imagem, como já assentado pela jurisprudência pátria, devendo conceber-se por indevida a utilização

injustificada, abusiva, lesiva ou desproporcional (SANSEVERINO; SILVA, 2015). Assim:

Direito autoral–Direito à imagem–Produção cinematográfica e videográfica–Futebol–Garrincha e Pelé–Participação do atleta–Utilização econômica da criação artística, sem autorização–Direitos extrapatrimonial e patrimonial–Locupletamento–Fatos anteriores às normas constitucionais vigentes–Prejudicialidade–Re não conhecido–Doutrina–Direito dos sucessores à indenização–Recurso provido–Unânime.

I–O direito à imagem reveste-se de duplo conteúdo: moral, porque direito de personalidade; patrimonial, porque assentado no princípio segundo o qual a ninguém é lícito locupletar-se à custa alheia. II–O direito à imagem constitui um direito de personalidade, extrapatrimonial e de caráter personalíssimo, protegendo o interesse que tem a pessoa de opor-se à divulgação dessa imagem, em circunstâncias concernentes à sua vida privada. III–Na vertente patrimonial o direito à imagem protege o interesse material na exploração econômica, regendo-se pelos princípios aplicáveis aos demais direitos patrimoniais. IV–A utilização da imagem de atleta mundialmente conhecido, com fins econômicos, sem a devida autorização do titular, constitui locupletamento indevido ensejando a indenização, sendo legítima a pretensão dos seus sucessores. (STJ–4ª T.; REsp nº 74.473–RJ; Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira; j. 23/2/1999; v.u.) STJ–TRF 125/153, JSTJ 8/318 e RSTJ 122/302)

Destarte, na doutrina contemporânea, é possível encontrar diversos parâmetros para analisar se no caso concreto houve uma utilização indevida e/ou abusiva de determinada imagem, capaz de gerar danos a seu titular, bem como para orientar o intérprete nas hipóteses de colisão entre o direito à imagem e o direito à liberdade de expressão (SCHREIBER, 2012 p. 109–110). De acordo com o entendimento já destacado da jurista Maria Celina Bodin de Moraes (2003), não há que se demonstrar a humilhação, a dor ou o sofrimento advindo da violação a fim de se comprovar a existência de dano moral, ou seja, trata-se de um dano *in re ipsa*. O mesmo julgado já citado, harmoniza-se a este entendimento, ao dispor o seguinte:

IV – Em se tratando de direito à imagem, a obrigação de reparação decorre do próprio uso indevido do direito personalíssimo, não havendo de cogitarse a prova da existência de prejuízo ou dano. O dano é a própria utilização indevida da imagem, não sendo necessária a demonstração do prejuízo material ou moral (STJ, REsp. 267.529, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 18.12.2000).

Tal ideia também decorre do fato de o dano moral nada mais ser do que a lesão ao princípio da dignidade humana. Maria Celina Moraes (2003, p. 72) afirma que três ordens de mudanças geraram importantes efeitos na construção do conceito do dano moral, bem como na edificação de seus critérios de quantificação: o rumo da segurança à insegurança; a substituição da ética da liberdade pela ética da solidariedade; a proteção prioritária não mais da autonomia do indivíduo, mas da dignidade da pessoa humana.

Logo, é de extrema importância que seja verificada a veracidade dos fatos, imagens ou vídeos divulgados, a forma como foi empregada a linguagem para ser noticiado, se houve justo motivo para a exposição da imagem. Caso o motivo seja justo, é imprescindível que seja levado em consideração se a exposição foi proporcional à expectativa de privacidade do retratado, ou seja, se a exposição se deu de acordo com o grau de consciência do retratado em relação à possibilidade de captação de sua imagem no contexto de que foi extraída.

Considerações finais

Apesar de a tutela constitucional e as leis suplementares, a imagem das pessoas vem sendo reiteradamente objeto de violações, principalmente devido ao uso indiscriminado das redes de internet. Assim, predomina a noção de que o direito à imagem é um direito autônomo, ou seja, não está vinculado à proteção da honra ou de qualquer outro valor, tampouco sua tutela depende da prova da ocorrência de danos materiais. A imagem individual deve ser protegida por ser um traço importante da personalidade, e sua ofensa atenta contra diversos princípios constitucionais, inclusive a dignidade humana.

Dessa forma, é imprescindível que a imagem de outrem, seja a imagem-retrato ou a imagem atributo, só seja divulgada quando houver consenso e

autorização das pessoas que possam ser direta ou indiretamente lesadas caso ocorra sua deturpação. Assim, não apenas a vítima do uso abuso deste direito, como também seus colaterais, podem ingressar no judiciário com o objetivo de reparação material e/ou moral, sem que haja, por exemplo, a necessidade de demonstrar efetivamente que houveram danos decorrentes da situação em questão, ou seja, trata-se de uma situação de dano presumido: *in re ipsa*.

Referências

- ALVES, Nayara; MORAES, Pâmela. Inciso X – Intimidade. Defesa da Intimidade: Artigo Quinto. Privacidade: qual a sua importância e o que diz a Constituição? **Politize!** 16 jul. 2019. *Online*. Disponível em: <https://www.politize.com.br/artigo-5/intimidade/>. Acesso em: 27 ago. 2022.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Diário Oficial da União, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 14 ago. 2022
- BRASIL. **Lei nº 5.250, de 09 de fevereiro de 1967**. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Brasília: Diário Oficial da União, 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15250.htm. Acesso em: 10 nov. 2022
- BRASIL. **Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996**. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Brasília: Diário Oficial da União, 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19279.htm. Acesso em: 10 nov. 2022.
- BRASIL. **Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, 1998a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19609.htm. Acesso em: 10 nov. 2022.
- BRASIL. **Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, 1998b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm. Acesso em 10 nov. 2022.
- BRASIL. **Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998** Institui normas gerais sobre desporto e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, 1998c. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19615consol.htm. Acesso em: 10 nov. 2022.
- BRASIL. **Lei n.10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília: Diário Oficial da União, 2002. Disponível em: <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/91577/codigo-civil-lei-10406-02>. Acesso em: 14 ago. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 267.529**. Relator Ministro Sálvio Figueiredo Teixeira. Brasília: Diário de Justiça/STF, 18 de dez. 2000. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/8089552>. Acesso em: 10 nov. 2022

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Instrumento 97.702-4-Pompeia**. 2ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. C P, j. 21-11-2000. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/118707995/in-teiro-teor-118708025>. Acesso em: 10/11/2022

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Enunciado 587. In: **VII Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal**. Brasília: CJF, 2013 Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/841>. Acesso em: 10/11/2022

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **VII Jornada de Direito Civil**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2015. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vii-jornada-direito-civil-2015.pdf>. Acesso em 30 ago. 2022.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**—v. 1. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p.147

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**—v. 1, parte geral. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2020. *Ebook*.

GODINHO, Adriano Marteleto; GUERRA, Gustavo Rabay. A defesa dos direitos da personalidade: os instrumentos de tutela previstos no direito brasileiro. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 13, n. 1, p.179/208, jan. / jun. 2013. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/2440>. Acesso em: 27 ago. 2022.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. Coordenador e atualizador: Edvaldo Brito. Atualizadora: Reginalda Paranhos de Brito. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *Ebook*.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro** – Parte Geral – v. 1. 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

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

SANSEVERINO, Paulo de Tarso; SILVA, Rafael Peteffi da. A responsabilidade civil na VII jornada de direito civil do Conselho da Justiça Federal. **Consultor Jurídico**, 21 dez. 2015. *Online*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-dez-21/direito-civil-atual-responsabilidade-civil-vii-jornada-direito-civil-cjf>. Acesso em: 28 ago. 2022.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Contornos atuais do direito à imagem. **Revista forense**: doutrina, legislação e jurisprudência, v. 99, n. 367, p. 45-68, mai./jun. 2003. Disponível em: http://biblioteca2.senado.gov.br:8991/F/?func=item-global&doc_library=SEN01&doc_number=000665185. Acesso em: 26 ago. 2022.

ZANNONI, Eduardo. **El daño en la responsabilidad civil**. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1993.

Notas de fim

1 Mestranda pelo Programa de Pós-graduação em Cognição e Linguagem (PPGCL) da Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro (UENF). Licenciada em Letras pela Faculdade de Filosofia de Itaperuna e bacharel em Direito pela Universidade Iguazu. Pós-graduação em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Gama Filho. Atualmente é Juíza Titular da 01ª Vara do Trabalho de Itaperuna do Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região do Estado do Rio de Janeiro e Professora de Direito do Trabalho e Direito Processual Civil na Universidade Iguazu – Itaperuna/RJ. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7319366552998818>

2 Graduanda em Ciências Jurídicas pela Universidade Iguazu (UNIG) - campus V - Itaperuna. Atualmente é estagiária oficial na Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6212864316570603>.

3 Pós-doutorado em Sociologia Política - PPSP/UENF, Doutorado em Comunicação e Cultura (UFRJ). Mestrado em Educação, pós-graduação em gerência de informática e pós-graduação em produção de software (UFJF). Bacharel em Direito pela Universidade Salgado de Oliveira, Licenciado em Pedagogia (UNISA) e Bacharel em Informática (CES/JF). Professor Associado da Universidade Estadual do Norte Fluminense (UENF). Coordenador da Pós-Graduação (Mestrado & Doutorado) Interdisciplinar em Cognição e Linguagem (PGCL/ UENF) desde março de 2008. Titular das disciplinas de Gestão Educacional, Pesquisa Educacional, Tecnologias Educacionais e Pesquisa Discente desde 2005 no Curso de Pedagogia /UENF. Ex Diretor da Rede Folkcom, Avaliador de cursos do Conselho Estadual de Educação (CEE/RJ). Avaliador de cursos e institucional do INEP/MEC, desde 2004. Avaliador Ad hoc CNPq. Associado a CEAD, ABED, INTERCOM, ABCIBER, ANINTER e a SBC. E-mail: chmsouza@gmail.com. Link do Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5410403216989073>

7. Evolução da filiação sob a égide do Código Civil: da importância do DNA à socioafetividade

Maria Ester Mendes Moreira Mota¹

Isabella Christina Oliveira da Silva²

Raquel Veggi Moreira³

DOI: 10.52695/978-65-5456-016-0.7

Considerações iniciais

O presente capítulo objetiva demonstrar a evolução da filiação no Direito de Família brasileiro, no que se refere especificamente ao patamar alcançado pela socioafetividade como valor jurídico, perpassando pela importância do DNA (Ácido Desoxirribonucleico). Cabe ressaltar que o princípio da afetividade não veio para anular os laços consanguíneos, pois percebeu-se que além da ligação biológica, também devem estar presentes laços de ternura e bem querer em uma família.

A Constituição Federal (CF) de 1988 (BRASIL, 1988) marcou o fim do tratamento desigual e discriminatório aos filhos não importando suas origens, garantindo dignidade e fruição de direitos decorrentes da filiação, ainda que os vínculos de origem sejam baseados em laços afetivos, não necessariamente havendo o elo biológico. Apesar das diversas conquistas alcançadas com o Código Civil (CC) de 2002 (BRASIL, 2002), evoluções sociais aconteceram em um ritmo muito mais acelerado culminando, algumas vezes, em um descompasso com o ordenamento jurídico pátrio, sendo necessário que as mudanças viessem também através da jurisprudência e de entendimentos doutrinários.

Nesse sentido, Dias (2021, p. 48), ao tentar definir o Direito de Família, explica que ele é formado por diversos “institutos que regulam não só as relações entre pais e filhos, mas também entre cônjuges e conviventes, ou seja, a re-

lação das pessoas ligadas por um vínculo de consanguinidade, afinidade ou afetividade”. Assim, é possível observar que o princípio da afetividade possui uma notável importância no direito familiar brasileiro, visto que tal ramo do direito tem o objetivo de proteger e regular a relação de pessoas que são unidas por laços de afeto, além dos vínculos por afinidade e os consanguíneos.

Apesar de os laços afetivos já estarem consolidados jurisprudencialmente e doutrinariamente, o legislador ainda é meio tímido ao abordá-los. Mas, ao perceber que as mudanças nas constituições familiares ocorreram de forma exponencial nos últimos anos, é possível entender tal abordagem mínima na lei, no que diz respeito ao princípio da afetividade.

Ao longo dos 20 anos de vigência do Código Civil de 2002, houve muitas mudanças nas famílias brasileiras. O exame de DNA, uma grande conquista à época do Código, hoje em dia pode ser relativizado através do princípio da afetividade, pois um filho pode escolher continuar registrado pelo seu pai afetivo ao invés de impetrar uma ação negatória de paternidade para ser reconhecido por seu pai biológico. Percebe-se que, ao utilizar o afeto como fio condutor de sua decisão, o legislador respeita a vontade desse filho e, por conseguinte, o princípio da dignidade da pessoa humana. A metodologia utilizada é qualitativa e exploratória, baseada em uma revisão de literatura, em que se utilizou artigos científicos, doutrinas jurídicas e legislação específica.

A trajetória da relação filial: da busca pela certeza do DNA à sua erosão pelo princípio da afetividade

A constante evolução da sociedade reflete no conceito atual de família, que já não é o mesmo que era aplicado há cerca de 50 anos. No século passado, a família era compreendida pela estrutura tradicional de marido, esposa e seus filhos, sendo apenas reconhecidos os filhos que fossem fruto do matrimônio desse casal. Segundo Dias (2021, p. 204), “A família constituída pelo casamento era a única a merecer reconhecimento e proteção estatal, tanto que sempre recebeu o nome de família legítima”.

No que dizia respeito à paternidade, havia a presunção *pater is est*, ou seja, o pai é sempre o marido da mãe. Nesse sentido, o artigo 358 do antigo Código Civil (CC) de 1916 (BRASIL, 1916) impedia o reconhecimento do filho advindo do adultério, sendo esse nomeado como filho ilegítimo. Tal impedimento

acontecia inclusive nos casos em que o pai desejava assumir seu filho fruto de uma relação extraconjugal, sendo negada à criança o seu direito à filiação, que, de acordo com o ordenamento jurídico atual, é um direito personalíssimo. Somando-se à proibição de exercer tal direito de tamanha importância, além do estigma social de ser um filho que “não tem pai”, esse indivíduo era colocado em um lugar de invisibilidade social.

As modificações em relação ao direito do reconhecimento paterno vieram ao longo dos anos, como, por exemplo, “em 1942, o Decreto-Lei nº 4.737 estabeleceu que o filho havido pelo cônjuge fora do casamento pode, depois do desquite, ser reconhecido ou demandar que se declare sua filiação” (PEREIRA, 2021, p. 623). Os direitos dos “filhos ilegítimos” fortaleciam-se com a evolução da sociedade, visto que foi com a Constituição Federal (CF) de 1988 que veio a maior conquista, em que se declarou a igualdade de direitos dos filhos advindos do matrimônio, como também àqueles outrora considerados ilegítimos.

A Carta Magna promoveu visibilidade social aos filhos “ilegítimos” e reconheceu a filiação e a identidade genética como direitos personalíssimos, apresentando-se, no âmbito dos direitos da personalidade, como direitos irrenunciáveis, imprescritíveis e inalienáveis, não havendo permissão, por exemplo, que uma mãe negue a seu filho o direito à filiação, por não ter um bom convívio com o genitor da criança. Todos possuem o direito de serem perfilhados e, também, de ter conhecimento de seus laços biológicos, tanto isso que a legitimidade ativa da ação judicial de reconhecimento de paternidade é do próprio filho, conforme artigo 1.606 do CC (BRASIL, 2002), que caso seja absolutamente incapaz, deve ser representado por sua mãe ou tutor, e se for relativamente incapaz, deve ser assistido.

A partir do artigo 227, § 6º, da CF/88, “não há, pois, mais espaço para a distinção entre família legítima e ilegítima” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2021, p. 1377), iniciando-se uma nova fase no Direito de Família brasileiro, em que vigora o princípio da igualdade dos filhos. O Código Civil (CC) de 2002 concretizou as demandas advindas das modificações ocorridas em nossa sociedade, mas é à luz da nossa Constituição que “não mais há qualquer obstáculo à determinação da filiação, sendo vedado o estabelecimento de limites à determinação do vínculo filiatório, seja ele qual for” (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 561).

O reconhecimento da paternidade, que é um ato declaratório, é de suma importância à medida que garante ao indivíduo diversos direitos necessários,

como o direito a alimentos. Destaca-se também que, além de gerar efeitos no âmbito jurídico, o ato de dar um nome ao filho retirando-o da exclusão através da perfilhação atinge também o âmbito psicossocial.

Ainda, no Código Civil atual prevalece a presunção de paternidade dos filhos advindos na constância do casamento, equiparados àqueles que são fruto da união estável, aqueles por meio de inseminação/fertilização artificial, mesmo no caso da modalidade heteróloga, desde que tenha havido o consentimento do cônjuge. Já os filhos fruto de relação extraconjugal, podem ser reconhecidos de forma voluntária ou não, a depender da vontade do pai. No entanto, nos casos em que o pai não reconhece de forma espontânea, existe a via pelo processo de reconhecimento de paternidade (biológica) realizado por meio judicial, com o intuito de proteção dos direitos da criança.

É importante destacar que, ao realizar o registro da criança, o Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais (RCPN) oferece à mãe a possibilidade de iniciar um processo extrajudicial de reconhecimento de paternidade, caso ela queira indicar a identidade do suposto pai. Tal procedimento é conhecido como averiguação de paternidade, podendo ser transformado em um processo judicial (investigação oficiosa de paternidade) dependendo da vontade do pai de reconhecer ou não a criança. Nesse contexto, o Enunciado 21 (EHRHARDT JUNIOR, 2022, p. 42) esclarece que

O reconhecimento voluntário da parentalidade socioafetiva de pessoa que não possua parentalidade registral estabelecida poderá ser realizado diretamente no ofício de registro civil, desde que não haja demanda em curso e independentemente de homologação judicial.

No que se refere ao processo judicial, a produção de provas é de suma importância do nosso sistema jurídico, não se podendo mencionar o processo de reconhecimento de paternidade biológica judicial sem se tratar do exame de DNA. Até a sua criação em meados dos anos 1980, a principal prova era testemunhal, além de documentos que comprovassem a relação da mãe com o suposto pai, assim como exames de sangue em que era realizada a comparação dos tipos sanguíneos. Já “Os depoimentos giravam em torno de se demonstrar o *exceptio plurium concubentium*, isto é, se a mãe tivesse mais de um relacionamento no período da concepção, o investigado era excluído da paternidade” (PEREIRA, 2021, p. 625).

Com isso, muitas vezes, as investigações diziam mais a respeito da moral da mãe do que ao questionamento acerca da filiação, chegando-se ao final do processo, não havendo a declaração de paternidade do pai da criança. Porém, com o advento do exame de DNA (ácido desoxirribonucleico), a investigação que antes referia-se à moral da mãe, passou a ser uma investigação científica, sendo verdadeiramente uma fonte de prova que levava à real resolução do mérito, culminando na declaração da paternidade caso o exame apresentasse resultado positivo.

Portanto, é fato notório que o exame de DNA ainda é de suma importância nos casos de reconhecimento de paternidade, posto que, por meio dele, atinge-se um nível de certeza que, mesmo que não seja da vontade do homem, o reconhecimento é selado judicialmente. Acrescenta-se que, ainda que o suposto pai se recuse a fazer o exame de DNA, pode ter essa paternidade presumida, de acordo com a Lei nº 8.560/1992 (PEREIRA, 2021, p. 625).

Não se pode negar que o exame de DNA foi um grande avanço para o Direito de Família, principalmente no que diz respeito à constituição de provas. Mas, com as constantes mudanças na construção da estrutura familiar, novas questões foram surgindo. Nesse contexto, a Constituição Federal de 1988 apresenta algumas novidades no cenário jurídico brasileiro, como o conceito de entidade familiar que exhibe “especial proteção não só à família constituída pelo casamento, mas também à união estável e à família monoparental, assim chamada a convivência de um dos genitores com sua prole” (DIAS, 2021, p. 207). Ao determinar a proteção aos diferentes tipos de família, a CF retira aquela taxatividade restritiva, em que só era permitida a perfilhação aos filhos provenientes do matrimônio.

Graças a essas novidades sociais no conceito de família, pode-se afirmar que, nos dias de hoje, o laço mais importante não é o sanguíneo, mas sim o afetivo. Um dos mais importantes princípios do Direito de Família é o princípio da afetividade. Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2021, p. 1157), “todo o moderno Direito de Família gira em torno do princípio da afetividade”, tendo-se como um exemplo as crianças que se referem ao companheiro de suas mães como pai, mesmo sem possuírem qualquer laço sanguíneo.

Segundo Maria Berenice Dias (2021, p. 207), todas essas modificações sociais que revelaram uma nova forma de entender o que é família, culminaram no “surgimento de novos conceitos e de uma nova linguagem que melhor retrata a realidade atual: filiação social, filiação socioafetiva, estado de filho

afetivo etc.” Ao levar em consideração o bem-estar da criança, nem sempre a permanência com seus genitores será o melhor para a criança, tanto que o próprio Direito consolidou o afeto como laço de real importância ao tratar os casos que envolvem filiação de crianças e adolescentes.

O conceito atual de filiação pode ser tido como o vínculo de afeto que existe entre um pai ou uma mãe e seu filho, levando-se em consideração que o parentesco psicológico ganhou prevalência em relação à real verdade biológica. Nesse sentido, Dias (2021, p. 207) esclarece que “A ideia da paternidade está fundada muito mais no amor do que submetida a determinismos biológicos.”

De acordo com Farias e Rosenvald (2016), a filiação pode ser aquela que decorre da transmissão de carga genética, bem como pode advir de uma relação de convivência (de onde surge o carinho e o afeto) que acontece entre as pessoas, como ilustra Pereira (2021, p. 636) ao explicar que “Pai é quem cria e não necessariamente quem procria”, não decorrendo necessariamente de vínculo genético, mas de filiação socioafetiva.

O próprio Código Civil, em seu artigo 1593, esclarece que a relação de parentesco pode ter outras origens além da consanguinidade (BRASIL, 2002). O princípio da afetividade mostra que, apesar de o exame de DNA ser uma grande vitória no que diz respeito à filiação, os laços afetivos são tão importantes quanto os de sangue. Dessa forma, uma pessoa que não possui necessariamente a parentalidade biológica, pode dar o nome a um filho através do vínculo do afeto.

O afeto como valor jurídico e fio condutor da família contemporânea

A maioria das pessoas entende que amor e afeto são palavras com o mesmo significado. Amor é uma palavra de difícil definição por possuir diversos aspectos e faces. Entretanto, é necessário perceber que o amor é apenas uma das possibilidades de afeto, como bem definido por Tartuce (2012, s/p) ao explicar que “afeto quer dizer interação ou ligação entre pessoas, podendo ter carga positiva ou negativa. O afeto positivo, por excelência, é o amor; o negativo é o ódio.” Através dessa conceituação, percebe-se que a definição de família atual está intimamente ligada ao princípio da afetividade, visto que essa é constituída de pessoas unidas por uma relação de afeto positivo.

Aquela arcaica definição de que família era constituída apenas pelo homem, mulher e seus filhos já não mais existe, sendo notório que, durante muitos anos, não se poderia falar que o que ligava uma família era apenas a sua relação afetiva, visto que a determinação de filiação dependia unicamente do elo biológico, com exceção da possibilidade de adoção, que já dispunha de previsão legal a partir da CF de 1988. Assim, a atual Constituição abriu espaço para novas formações familiares, não havendo a obrigatoriedade de existência de laços biológicos para que tal agrupamento de pessoas seja considerado uma família.

Com relação ao parentesco, o próprio Código Civil prevê uma forma de parentalidade que não está totalmente vinculada ao sangue, apesar de bem convencional, que se configura no parentesco por afinidade que diz respeito à ligação familiar que uma pessoa possui com os parentes de seu cônjuge ou companheiro. Nesses casos, é possível perceber que a afetividade é levada em conta quando, no próprio artigo 1595, § 2º, CC (BRASIL, 2002), o legislador prevê que o parentesco por afinidade não se extingue quando o casamento ou a união estável são dissolvidos, o que se nota uma prevalência de relação de afeto.

Nessa perspectiva, Cabral (2012, p. 62) expõe que, como no caso de parentesco por afinidade, os

[...] laços afetivos possibilitam que as pessoas se amem, se respeitem e desejem a felicidade reciprocamente – atitudes que permitem construir pontes sobre os abismos emocionais, ligando as pessoas por vínculos perenes. O afeto é o propulsor do desenvolvimento do senso de respeito e de cuidado nas relações familiares.

No que tange ainda ao parentesco, uma outra forma de origem afetiva é a filiação que é resultado da posse do estado de filho, não se referindo às ligações biológicas, mas sim ao elo afetivo e de convivência entre um filho e um pai. Segundo Dias (2021, p. 232), “É a convivência entre pais e filhos que caracteriza a paternidade, e não o elo biológico ou o decorrente de presunção legal”. O simples fato de partilhar somente traços biológicos com alguém não gera necessariamente uma relação de afeto, visto que esse elo não será gerado se não houver uma convivência.

Ao listar os diferentes tipos de formações familiares, Pereira (2021, p. 79) define a família socioafetiva como a “família parental formada pelos laços de afeto, com ou sem vínculo biológico”, demonstrando a importância da afetividade, ao

declarar que, mesmo que haja vínculo biológico, há uma necessidade de criação do vínculo afetivo. A real constituição de qualquer forma de família parental só se dá verdadeiramente através da criação de afeto entre as partes. Se ela não for estruturada pelo afeto e amor, não haverá, autenticamente, uma família.

É o princípio da afetividade que ampara, por exemplo, os casos de famílias homoafetivas, como na situação de duas mulheres casadas ao serem mães de uma criança, havendo apenas a possibilidade de que uma delas possua consanguinidade com o filho. Se o ordenamento jurídico pátrio não previsse a parentalidade afetiva, aquela que não é a genitora seria impedida de dar seu nome ao filho, no momento de registro da criança. Já no caso de haver “reconhecimento da multiparentalidade, é possível a cumulação da parentalidade socioafetiva e da biológica no registro civil”, conforme esclarece o Enunciado 29 (EHRHARDT JUNIOR, 2022, p. 56).

Por esses motivos é que se pode concluir que, dentro do Direito de Família contemporâneo, a afetividade assumiu uma posição de igual importância à consanguinidade. Segundo Cabral (2012, p. 49),

[...] a afetividade passa a ser um axioma, em busca da igualdade substancial, e não mais formal, efetivando o respeito às diferenças individuais, desempenhando importante papel para a construção ou a reestruturação da personalidade de cada um.

Ter um nome, ser perfilhado e conhecer seu histórico genético é muito importante, mas não se pode negar o quão importante é estar rodeado por pessoas que te amam e te protegem. O artigo 229 da CF/88 define que é dever dos pais assistir, criar e educar os filhos (BRASIL, 1988), mas numerosos são os casos de pais ausentes que sequer se importam com seus filhos. Por isso, o Direito de Família está correto em reconhecer a importância da afetividade, visto que uma criança necessita de um lar amoroso para se desenvolver, precisa de quem cuide dela, guarde-a e eduque-a. Somente o ato de gerar pode não ser sinônimo de amar, e, por esse motivo, tantas genitoras abandonam seus filhos. É necessário entender que eles são criados e que são sim mais importantes do que conviver com alguém meramente por compartilhar traços biológicos.

Na contemporaneidade, percebeu-se que, na formação dos vínculos familiares, não se olhava mais apenas o elo biológico, matrimonial ou registral,

pois é indispensável que junto a eles exista o elo afetivo. É necessário que a partir da convivência venha a acontecer a concretização de laços mais profundos, os afetivos.

Não se pode deixar de falar também da “adoção à brasileira”, na medida que, apesar de configurar um delito, é perceptível o valor jurídico do afeto nesses casos. Nessa espécie de adoção, percebe-se uma sobreposição da relação de amor que foi criada entre “adotante(s)” e “adotado” que formam uma família, em que o afeto representa o principal elo. Segundo Dias (2021, p. 233), “não é outro o fundamento que veda a desconstituição do registro de nascimento feito de forma espontânea por aquele que, mesmo sabendo não ser o pai consanguíneo, tem o filho como seu”.

A maternidade e a paternidade socioafetiva são legitimadas no interesse do filho, valendo ressaltar que tal vínculo gera todos os efeitos do reconhecimento de paternidade/maternidade no mundo jurídico. Se a legitimidade da parentalidade socioafetiva é baseada no melhor interesse para o filho e no princípio da dignidade humana, há necessidade de utilizar-se de outros argumentos para conseguir demonstrar como, em nossa sociedade, as relações formadas pela afetividade possuem valor jurídico? Conforme Dias (2021, p. 234), “A filiação socioafetiva funda-se na cláusula geral de tutela da personalidade humana, que salvaguarda a filiação como elemento fundamental na formação da identidade e definição da personalidade.”

A preponderância dos laços afetivos sobre os consanguíneos

Não há como negar que sobre as relações humanas paira certa complexidade. Neste sentido, o Direito vem tentando acompanhar e dar mais visibilidade às questões afetivas, de maneira que as normas se adequem à realidade fática e não apenas à biológica. Quando falamos em afetividade, não existe inovação, não no que diz respeito à história da humanidade. No entanto, quando falamos em normatividade, a aplicação ou adequação das normas jurídicas é um tanto quanto recente. O princípio da afetividade jurídica, macro princípio do Direito de Família, tem sido cada vez mais utilizado nas construções jurisprudenciais e doutrinárias.

A prevalência da afetividade é visível em vários aspectos da convivência humana e relatada inclusive em diversas obras populares, dentre elas uma muito

conhecida que data de mais de dois mil anos. No Livro Sagrado, em Êxodo 2,1-10, percebemos a presença nítida de laços afetivos quando um menino, filho de hebreus, foi resgatado de um cesto no rio e levado pela filha de faraó. Ele foi adotado, recebeu o nome de Moisés e cresceu no palácio como pertencente à família real (BÍBLIA, 2018, p. 62).

Veja que, neste pequeno relato histórico, os laços afetivos se sobressaíram aos laços de sangue. O menino foi incluído no seio daquela família por vontade livre e espontânea, sendo irrelevante sua origem biológica. Nos dias atuais, não há nada de inovador, pois vemos isso acontecer nas famílias contemporâneas de maneira recorrente.

Neste sentido, Madaleno (2020, p. 190) afirma que o afeto é o que impulsiona as relações familiares e interpessoais movidas pelo amor, para dar significado e dignidade à existência humana. Indubitavelmente, o afeto está presente nas relações humanas, em diversos níveis e intensidades e, em algumas situações, se sobrepõe ao fator biológico. Não se pretende aqui desvalorizar ou descaracterizar os laços biológicos, mas o que se enfrenta na realidade é o fato de que apenas este, em determinados casos, não é suficiente para a manutenção das relações familiares.

A afetividade é de tamanha importância que recebe proteção legal. Ainda que de maneira implícita, a lei, ao proibir quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação (art. 1596 do Código Civil) (BRASIL, 2002), evidencia que as relações baseadas no afeto e no sentimento merecem e necessitam de proteção tanto quanto as que decorrem de fatores genéticos. O Código Civil reconhece, em seu artigo 1.593, que o parentesco pode resultar de outra origem que não apenas da consanguinidade (BRASIL, 2002). Esse é o entendimento consolidado pelo Enunciado nº 108 da I Jornada de Direito Civil: “No fato jurídico do nascimento, mencionado no art. 1.603, compreende-se, à luz do disposto no art. 1.593, a filiação consanguínea e também a socioafetiva”. (ANGHER, 2002, s/p). Assim, podemos afirmar que a lei corrobora a existência de parentescos resultantes de uma convivência baseada no afeto, fundada na posse do estado de filho.

A filiação socioafetiva constitui modalidade de parentesco civil, sob a ótica do princípio da afetividade jurídica, que permite a chamada multiplicidade parental. Isso significa que constará no registro civil de nascimento tanto o parentesco biológico quanto o parentesco afetivo paterno/materno, possibilitando a coexistência de filiações sem que uma exclua a outra. Em alguns casos,

a afeição fala mais alto que o fator genético, o que não quer dizer que um seja superior ou de maior importância que o outro. O fato é que, nestes casos, a lei dá direito ao reconhecimento deste tipo de filiação para que produzam seus efeitos também no mundo jurídico.

Considerações finais

Não nos resta dúvidas quanto à importância das transformações sofridas pelo Direito no que tange à filiação. Relevantes conquistas legislativas foram alcançadas, permitindo que inúmeras formas de família ganhassem visibilidade e proteção, na medida em que o paradigma da ligação genética foi cedendo espaço para a convivência afetiva. A existência de um não anula a do outro, embora seja perfeitamente possível a construção de laços puramente baseados em afeto.

A Constituição Federal consagrou tratamento igualitário e proteção integral aos filhos independentemente de sua origem, dando abertura para as diferentes modalidades de se constituir uma família e, por conseguinte, a garantia de fruição de direitos decorrentes da filiação.

De igual importância, o avanço científico na análise e comparação de material genético (DNA) na busca pela verdade biológica possibilitou que inúmeras pessoas obtivessem o reconhecimento de suas origens outrora ignoradas ou incertas.

Muito mais que uma concessão legal, a filiação é inerente à pessoa humana inserida na universalidade de direitos personalíssimos sem os quais nenhum indivíduo se diferencia dos demais. O reconhecimento da filiação fundada em laços de afeto é a materialização da dignidade humana, reafirmando que nem tudo reside no campo da legalidade. A socioafetividade certamente reside na legitimidade do cotidiano das relações familiares e interpessoais, nas quais o que se busca é o afeto, o cuidado, a perpetuação do “calor humano”, o bem-estar e o bem viver. E, quanto a estes laços, não há fator genético que possa romper.

Referências

- BÍBLIA, A.T. Êxodo. In **A Bíblia Sagrada, contendo o Velho e o Novo Testamento. Português**. Traduzida por João Ferreira de Almeida; revista e corrigida. São Paulo: Casa Publicadora Paulista, 2018.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.737, de 24 de setembro de 1942**. Dispõe sobre o reconhecimento de filhos naturais. Revogado pela Lei nº 883, de 1949. Rio de Janeiro: Diário Oficial da União, 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del4737.htm#:~:text=Art.,regovadas%20as%20disposi%C3%A7%C3%B5es%20em%20contr%C3%A1rio. Acesso em: 07 nov. 2022.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Diário Oficial da União, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 nov. 2022.
- BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm. Acesso em: 07 nov. 2022.
- BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília: Diário Oficial da União, seção 1, ano 139, n. 8, p. 1-74, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 07 nov. 2022.
- CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat. Afetividade como Fundamento na Parentalidade Responsável. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre, v. 13, n. 26, p. 47-72, fev./mar. 2012. DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 14. ed. Salvador: Juspodivim, 2021.
- Enunciados das Jornadas de Direito Civil. Enunciado nº 108 da I Jornada de Direito Civil, realizada em 12 e 13/09/2002. In: ANGHER, Anne Joyce. (Org.). **Vade Mecum: Acadêmico de Direito Rideel**. 30. ed. São Paulo: Rideel, 2020.
- EHRHARDT JUNIOR, Marcos. **Enunciados doutrinários do IBDFAM-2022/2023**. Coordenação: Marcos Ehrhardt Junior. Prefácio: Rodrigo da Cunha Pereira. 1. ed. Belo Horizonte: Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2022. *Ebook*. Disponível em: https://ibdfam.org.br/upload/ebook/ebook_enunciados.pdf. Acesso em: 22 nov. 2022.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**. 9. ed. Salvador: Juspodivim, 2016.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil: volume único**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Jus, 2021.

HOUAISS. **Dicionário Houaiss**, [s. d.]. *Online*. Disponível em: https://houaiss.uol.com.br/corporativo/apps/uol_www/v6-0/html/index.php#3. Acesso em: 23 mai. 2022.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MICHAELIS. Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa. **Michaelis**, c2022. *Online*. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/familia/>. Acesso em: 23 mai. 2022.

MODOLO, Alice Edivirgem Monteverde Peterle. A multiparentalidade como consagração da dinâmica dos vínculos sociais. **IBDFAM**, 26 mai. 2022. *Online*. Disponível em <https://ibdfam.org.br/artigos/1822/A+multiparentalidade+como+consagra%C3%A7%C3%A3o+da+din%C3%A2mica+dos+v%C3%ADnculos+sociais>. Acesso em: 28 mai. 2022.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. Prefácio: Edson Fachin. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TARTUCE, Flávio. O princípio da afetividade no direito de família: breves considerações. **IBDFAM**, 28 nov. 2012. *Online*. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/859/O+princ%C3%ADpio+da+afetividade+no+Direito+de+Fam%C3%ADlia+>. Acesso em: 18 mai. 2022.

Notas de fim

1 Graduada do 6º período no curso de Direito (UNIG). E-mail: mariaestermmoreira@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6469170427964979>

2 Advogada. Pós-graduanda em Direitos Humanos, Responsabilidade Social e Cidadania Global pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2288071557085031>

3 Pós-doutorado em Direito Civil e Processual Civil (Ufes). Pós-doutoranda em Cognição e Linguagem (Uenf). Doutora e mestra em Cognição e Linguagem (Uenf). Pesquisadora. Docente no Grupo de Estudos e Pesquisa em Bioética e Dignidade Humana (Gepbidh). Advogada. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5709978455102527>

8. A evolução dos direitos femininos no vigente Código Civil: as conquistas sociais das mulheres

Carina de Souza Poubel Tostes¹
Carolina Castelo Branco Azevedo Almeida²
DOI: 10.52695/978-65-5456-016-0.8

Considerações iniciais

No início do século XX, a sociedade brasileira era marcada por ideais machistas e patriarcais que estavam presentes em todos os segmentos sociais e não teria como ser diferente no segmento legislativo, que instituía leis que retratavam o momento o qual era vivenciado pela sociedade, tanto que era possível verificar essa ideologia nas normas estabelecidas pela legislação brasileira, que instaurou normas que não outorgava às mulheres os mesmos direitos e garantias que eram instituídos aos homens (BRASIL,1916).

Com o passar dos anos, foram intensificando os movimentos feministas em nosso país, que promoveram a necessidade de uma atualização legislativa que fosse aplicável às transformações sociais que estavam sendo vivenciadas ao longo do século XX, como a criação do Estatuto da Mulher Casada de 1962 (BRASIL, 1962) e da Lei de Divórcio de 1977 (BRASIL, 1977), que serviram de alicerce para as mudanças que seriam implementadas no novo Código Civil que começou a transitar no Congresso Nacional em 1975 e após 26 anos de tramitação, foi sancionado em 10 de janeiro de 2002, trazendo em sua natureza um pensamento jurídico do período pós-redemocratização (BRASIL, 2002).

O presente capítulo demonstra as conquistas sociais oriundas do Código Civil de 2002, com ênfase na evolução dos direitos femininos; relaciona ainda o princípio da dignidade da pessoa humana com o direito feminino e, por fim,

traça um paralelo entre a Lei Maria da Penha – Lei nº.11340/06 (BRASIL, 2006) – e o nosso vigente Código Civil.

Conquistas sociais advindas do Código Civil de 2002

Vinte anos se passaram, período em que a sociedade brasileira vivenciou profundas modificações, o Brasil foi se aperfeiçoando e o Código Civil adquiriu força normativa viva, em conformidade com as relações dinâmicas sociais, assim, o jovem código, é extremamente moderno e é aplicável de forma efetiva nas relações cotidianas, apesar de inicialmente ter recebido severas críticas por parte de muitos juristas que o consideravam como um código que já teria surgido no ordenamento jurídico de forma arcaica.

Em matéria publicada no site do Senado em 10/01/2022, cujo título é: *20 anos após sanção, debate considera Código Civil desatualizado e pede mudanças*, o consultor legislativo do Senado, Carlos Eduardo Elias de Oliveira, professor de Direito Civil na Universidade de Brasília (UnB), compartilha do pensamento que o texto continua a “satisfazer” a sociedade de 2022, tanto quanto em 2002, graças à sua “plasticidade”, remetendo ao entendimento que os conceitos jurídicos instituídos no Código Civil vigente, são conceitos abertos que permitem realizar interpretações diferentes considerando o momento histórico e cultural que é vivenciado pela sociedade, ou seja, ele é adaptável as mudanças sociais.

Inovações ao ordenamento jurídico foram trazidas, promovendo profundas alterações em nossas relações civis, como o reconhecimento dos nascituros como sujeitos de direito e, no que tange a capacidade civil, extinguiu a diferenciação entre homens e mulheres. A mulher adquiriu maior autonomia para a realização da prática de todos os atos da vida civil.

Isso é evidente ao lermos o artigo 1º do Código Civil de 2002 que traz a palavra pessoa como sujeito de direitos e deveres na ordem civil, substituindo a palavra homem, antes utilizada no extinto Código de 1916 para classificar quem era o sujeito de direitos e deveres(BRASIL,2002). Vejamos:

Quadro 1 – Evolução Legislativa

Lei nº 3.071/1916	Lei no 10.406/2002
Art. 2º Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil.	Art. 1º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

Fonte: Elaboração Própria, 2022.

Assim, o legislador deixou evidente que a personalidade jurídica, no que diz respeito a pessoa natural, é inerente ao ser humano e no que se refere aos nascituros, em termos gerais, o novo Código Civil garantiu proteção legal referente aos seus direitos desde a concepção, como por exemplo: direito à vida; à proteção pré-natal e podendo ser ainda beneficiário de herança(BRASIL,2002).

Os nascituros também possuem direito a alimentos e tal direito pode ser compreendido como uma conquista feminina, uma vez que a mulher solteira, ao engravidar, assumia todas as despesas oriundas da gestação. Assim, a Lei nº 11.804/2008, que regulamenta os “Alimentos Gravídicos”, apresenta respaldo legal para que a genitora receba do pai da criança colaboração econômica para arcar com os gastos referentes a todo o período gestacional, incluindo o parto.

No ordenamento jurídico, considera-se capacidade civil plena aquela em que a pessoa não só adquire direitos, como também é capaz de exercê-los de forma autônoma e para as mulheres, a capacidade civil plena é uma conquista recente, ratificada pelo Código Civil de 2002 (BRASIL,2002). No que tange a evolução dos direitos femininos no vigente Código Civil, é nítido notar o papel de igualdade que a mulher conquistou dentro da sociedade, passando a ter o direito de decidir sua vida pessoal e profissional sem mais necessitar do consentimento do seu marido, pois no início e meados do século XX, a mulher era considerada como sujeito relativamente incapaz.

No seio familiar, o artigo 1567 do Código Civil de 2002 deixa evidente a igualdade estabelecida entre os cônjuges, a saber:

Art. 1.567. A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos.

Parágrafo único. Havendo divergência, qualquer dos cônjuges poderá recorrer ao juiz, que decidirá tendo em consideração aqueles interesses (BRASIL,2002).

O pátrio poder disciplinado no art. 380 do Código Civil de 1916 foi extinto, havendo hoje o poder familiar, que consiste no conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores (GONÇALVES, 2011).

O Código Civil de 2002, no livro IV – Do Direito de Família – aboliu os conceitos ultrapassados e não mais aplicáveis a sociedade no que diz respeito a Instituição Familiar, tomando como base os princípios constitucionais, como o princípio da dignidade da pessoa humana e também o princípio da isonomia, concedendo a mulher o reconhecimento a igualdade (BRASIL, 2002). Logo, as transformações instituídas pela lei visam atender os anseios advindos da evolução das relações sociais, no entanto, no que diz respeito a igualdade de gênero, mesmo a subordinação legal não estando mais presente no ordenamento jurídico, vislumbra-se uma realidade um pouco distorcida e as mulheres sofrem discriminação, seja nas relações profissionais como em seus relacionamentos pessoais, vítimas frequentes de abusos físicos e/ou psicológicos pelo simples fato de serem mulheres, o que as levam a travarem uma luta constante por uma igualdade não só na forma, mas também em sua matéria e assim, entende-se que o Código Civil, com toda a sua “plasticidade”, vem permitindo o ordenamento jurídico a buscar interpretações mais extensivas que assegurem a concretização dos direitos das mulheres disciplinados durante esses vinte anos de existência do nosso jovem código.

Princípio da dignidade da pessoa humana e o direito feminino

A atual Constituição Federal, que é posterior ao nosso projeto de Código Civil, foi promulgada em outubro de 1988 e trouxe consigo um rol de valores, que preza pela proteção, trazendo como princípio fundamental da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988).

A dignidade humana é essencial para a subsistência do homem, pois garante as necessidades vitais de cada indivíduo, sendo inerente a personalidade humana, relacionando assim, de forma direta, com os direitos fundamentais. Logo, quando os direitos fundamentais são observados e realizados, evidencia-se a dignidade do ser humano sendo respeitada.

A Constituição Federal, ao longo de seus dispositivos, revela seu caráter humanitário e social, instituindo a igualdade, a solidariedade e a dignidade da pessoa humana, e servindo de alicerce para a concretização de um Código Civil voltado para disciplinar as relações do homem integrado na sociedade, deixando para trás o liberalismo patrimonialista característico do Código Civil de 1916.

O estudo do direito civil contemporâneo deveria se iniciar pela pessoa humana, a que o Código Civil brasileiro denomina pessoa natural (BRASIL, 2002). Nossa Constituição consagra a dignidade da pessoa humana como um dos valores fundamentais da ordem jurídica (art. 1º, III, BRASIL, 1988), impondo a proteção e a promoção dos múltiplos aspectos da personalidade humana (BRASIL, 1988). Assegurar as condições necessárias ao pleno desenvolvimento da pessoa humana e à sua realização talvez seja o principal objetivo do direito contemporâneo, e o direito civil não apenas reflete esse propósito, como talvez exprima, dentre os diversos ramos do direito, o melhor exemplo de uma reformulação dogmática efetivamente destinada a alcançá-lo (SCHREIBER, 2020).

A dignidade é inerente ao ser humano, ter dignidade diz respeito ao direito inviolável a vida, sendo aplicável de forma efetiva nos casos de proteção à mulher, seja em defesa da sua integridade física, psíquica ou até mesmo moral. A dignidade é a base, o alicerce para o exercício dos direitos e garantias fundamentais, podemos afirmar também que possui um papel inibidor ao exercício de atos de violência contra as mulheres.

Segundo Reale (1986), princípio é por definição um núcleo mandamental de um sistema, é o alicerce, a disposição fundamental que se dissipa em diferentes normas, compondo-as, sendo o critério para sua exata compreensão e definindo a lógica do sistema normativo, no tom e em seu sentido harmônico.

O Estado tem o papel de garantidor de direitos, dentre eles o da dignidade da pessoa humana, sendo certo que esta é uma qualidade inata a todo ser humano, não ponderando o que cada indivíduo entenda por digno, mas sim no que é digno para o ser humano de modo geral. A dignidade é um valor fundamental reconhecido e sedimentado, o que faz com que ela seja base para a proteção dos direitos fundamentais. Sendo assim, negar os direitos fundamentais às pessoas é o mesmo que lhes negar a dignidade. Não há como separar a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, essa vinculação já constitui, por certa, um dos postulados nos quais se assenta o direito constitucional atual (SARLET, 2010).

Sobre a análise de violência contra as mulheres ou qualquer outra forma de violação do direito feminino, o princípio da dignidade é o que direciona o primeiro comando a ser analisado pelo intérprete. Todas as violações sofridas durante a história contam com este princípio como uma forma de luta e combate a elas, efetivando medidas de proteção estabelecidas nas mais diversas mutações legislativas.

Toda pessoa humana, desde o nascimento, independentemente de sua posição social, traz consigo a dignidade inata de todo ser. Neste diapasão, em todo o sistema jurídico pátrio, não cabe a admissão de discriminação legislativa por nenhum motivo, seja por raça, inteligência, saúde mental, crença religiosa ou até mesmo a diferenciação no tratamento em função do gênero (NUNES, 2002).

O princípio da isonomia acompanha o princípio da dignidade humana, reforçando os ideais das lutas por uma igualdade de tratamento de indivíduos de gêneros diferentes, sendo demonstrado, até mesmo nos autos do Código Civil vintenar, que as novas legislações têm respeitado todos estes núcleos, dos quais derivam as normas, fazendo com que seja diminuída as diferenças (BRASIL, 2002).

Ocorre que, ainda que haja igualdade formal, as mulheres seguem sofrendo diversos tipos de violência. Por ter sido tardia a integração da perspectiva de gênero no direito internacional dos direitos humanos, ficou mais difícil, em órbita nacional, a obtenção de uma igualdade real entre os gêneros, assim sendo, o reconhecimento à igualdade formal não garante real igualdade.

Lei nº 11.340 (Lei Maria da Penha) e o Código Civil de 2002

A Constituição Federal de 1988 traz consigo, no caput de seu artigo 5º, alguns direitos fundamentais, dentre os quais o direito de igualdade fica em xeque, tendo em vista que o mesmo se manifesta sempre em constante ascensão. Segundo este mesmo diploma, todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, sendo garantido aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a não violação do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (BRASIL, 1988).

O Brasil é um dos signatários da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), além de ser uma das primeiras nações a ratificar o documento, sen-

do um dos países que votaram a favor da DUDH durante a Assembleia de 1948. Segundo o artigo 2º da DUDH, toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas na Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

O embasamento igualitário entre povos, raças, gêneros e afins que permeia a nação é robusto, sendo este o cenário perfeito que, ao longo dos anos, propiciou consequentes legislações mais equânimes, como, por exemplo, o Código Civil de 2002 (BRASIL 2002) e a Lei nº11.340 (BRASIL, 2006).

As mudanças na legislação também são reflexos das alterações da sociedade brasileira, afinal, nos tempos do Código Civil de 1916, todas as atenções ainda estavam bastante voltadas para os homens, pois apenas eles podiam trabalhar, desfrutar de estudos, tomar decisões de maneira independente, gerenciar suas finanças e dominar a vida familiar.

O movimento feminista no Brasil cresceu com o advento da República, pois o novo regime apenas concedeu o direito de voto aos homens e em nada facilitou o acesso ao trabalho para as mulheres da classe média urbana ou rica, afinal as negras e pobres sempre trabalharam de alguma forma para sobreviver. Nessa mesma época, a igreja já não era mais parte integrante do Estado, instituindo o casamento civil com difícil possibilidade de divórcio.

Ao longo da vigência do antigo Código Civil, muitos direitos femininos foram gravemente atingidos, sendo a honra e a virgindade feminina fortes preocupações dos médicos e juristas na primeira metade do século XX.

A honra da mulher está vinculada a defesa da virgindade ou na fidelidade conjugal, sendo um conceito sexualmente localizado, da qual o homem é legitimador, já que esta é dada pela ausência através da virgindade ou pela presença legítima com o casamento (SOIHET, 1989, p. 303).

De maneira assombrosa, o Código Civil de 1916 tratava o direito das mulheres de forma extremamente inferior ao direito dos homens, fazendo valer à época o conceito de mulher virtuosa e mulher abusada. A falta de virgindade, ignorada pelo marido, anterior ao casamento, era tratada como um erro essencial capaz de anular o mesmo. O mesmo diploma até expunha prazo para anulação do contrato, sendo este o de 10 dias após a celebração. Após o ingresso da ação, a mulher, em

caso de defesa, teria há época de se submeter a exames ginecológicos feitos por peritos judiciais a fim de provar que se casara virgem (BRASIL, 1916).

O capítulo II do título II do Código anterior trazia, nos artigos 233 até o 255, os direitos e deveres do marido e direitos e deveres da mulher, preponderando os direitos do marido sobre os da mulher, sendo ele o chefe da sociedade conjugal após o casamento, responsável pelas finanças, administração de bens, fixação do domicílio familiar, autorização de profissão da mulher, manutenção da família, dentre outros. Quanto à mulher, restara aceitar as determinações do chefe familiar, estar sempre subordinada, não podendo nem mesmo litigar em juízo sem a autorização do cônjuge (BRASIL, 1916).

O capítulo que versa sobre a deserção no antigo Código possibilita ao pai o direito de deserdar a filha em caso de desonestidade da mesma, sendo essa mais uma manifestação evidente de menosprezo da condição de mulher. O texto positivado no Código Civil há vinte anos atrás acabou com grande parte destes dispositivos, estabeleceu, em seu artigo 1.565, a faculdade do homem em acrescentar o sobrenome da mulher no ato do casamento.

Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

§ 1o Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescentar ao seu o sobrenome do outro.

§ 2o O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas (BRASIL, 2002).

Quanto ao poder familiar, que são os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos, bens e afins, houve significativa alteração. A indivisibilidade de responsabilidades entre os pais se tornou efetiva, não mais onerando apenas uma parte, dividindo apenas quando os pais se separam. O novo Código, em seu artigo 1.631, expressa sobre essa relação de parentesco.

Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.

Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo (BRASIL, 2002).

O Estado assume a função de assegurar direitos de acordo com a necessidade populacional. Além do Código positivado em 2002, as legislações específicas e complementares começaram a tratar o patriarcado como algo defasado e necessitado de imediata mudança, afinal, os casos de violência contra a mulher em função da condição de ser mulher começaram a ficar evidentes, tudo em virtude da possibilidade legal conferida aos homens, bem como do patamar social dos mesmos.

Um caso emblemático que se arrastou desde os anos de 1983 com diversas investigações até chegar ao sancionamento da Lei nº 11.240/06, foi o da farmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes, que sofreu duas tentativas de homicídio executadas pelo seu marido, Marco Antônio Viveiros. No livro *Mentes Perigosas*, Ana Beatriz Barbosa Silva (2008) narra todo o percurso do crime, sendo marcado por um desferimento de um projétil nas costas da vítima, que a deixou paraplégica, bem como uma tentativa posterior de eletrocutá-la durante o banho.

A repercussão do caso se estendeu e o mesmo ficou marcado pela demora no processo penal, sendo por fim o Estado brasileiro responsabilizado pela situação, gerando indignação populacional que inflamou as instâncias superiores. O caso chegou a ser discutido na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão integrante da OEA (Organização dos Estados Americanos), quando enfim Marco Antônio foi preso por tentativa de homicídio em setembro de 2002, que, por coincidência, é o ano em que passou a vigor o atual Código Civil.

O fato de recorrer à uma Corte Internacional de Justiça fez com que o caso de Maria da Penha configurasse um baluarte do movimento feminista, incentivando cada vez mais as mulheres a buscarem o seu espaço e direitos. Desde então, a luta pela positivação severa de leis de prevenção e repressão de delitos envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher não parou.

Nesse contexto, surge, no sistema jurídico pátrio, a Lei nº 11.340/06, mais conhecida como Lei Maria da Penha, criada com a finalidade de dispor de mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. A legislação supracitada demonstra a preocupação do legislador com a prote-

ção da mulher no âmbito familiar especialmente. Infelizmente, mesmo após a promulgação da Lei nº11.340/06, a luta feminina segue constante, pois a agressão à mulher ultrapassa os limites familiares, sendo assim, segue a busca por erradicar a cultura machista, na qual o homem provedor enxerga a figura feminina de maneira inferior, menosprezando a independência feminina.

O Código Civil de 2002 foi porta para muitas conquistas femininas, abolindo em grande parte, a antiga figura do homem como sendo o centro da unidade familiar, atendendo desta forma, o compromisso constitucional de dignidade da pessoa humana, da igualdade de gêneros, da proteção social, dentre outros.

Considerações finais

A Constituição Federal de 1988 direciona as diversas legislações infraconstitucionais, para tanto a mesma versa sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo esse baluarte para os demais. As normas atinentes à proteção do indivíduo, voltadas a trazer igualdade, manifestam-se como um dos direitos que mais sofrem mutações nos últimos tempos, em especial quando se fala sobre a igualdade de gênero, sendo assim a busca para a positivação e efetivação de medidas protetivas é constante.

O advento do Código Civil de 2002 trouxe para a população mudanças revolucionárias, colocou abaixo a discriminação do gênero feminino, colocou em patamar de igualdade a figura da mulher no ambiente familiar, no âmbito profissional e social. O novo Código foi um grito de liberdade aos direitos femininos anteriormente escravizados pelo Código Civil de 1916.

A legislação brasileira, através de seus princípios e tipificações, tenta cada vez mais ascender a discussão sobre a proteção da mulher e evidenciar o mínimo, que é o tratamento igualitário. A promulgação da Lei nº 11.340/06, denominada Lei Maria da Penha, foi um grande marco na evolução dos direitos femininos e baluarte para a proteção e repressão da violência doméstica contra a mulher no âmbito familiar.

O Estado assume o papel assecuratório a fim de evitar que os direitos sejam violados, motivo pelo qual as leis reproduzem a luta populacional. O poder público é o responsável primário por prezar pela igualdade, proteção e liberdade

do indivíduo, afinal, o primeiro remédio para uma sociedade machista é o posicionamento do governo.

Referências

AGÊNCIA SENADO. 20 anos após sanção, debate considera Código Civil desatualizado e pede mudanças. **Senado Notícias**, 10 jan. 2022. *Online*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/01/10/20-anos-apos-sancao-debate-considera-codigo-civil-desatualizado-e-defende-mudancas>. Acesso em: 10 mai. 2022.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Revogada pela Lei nº 10406, de 2002. Rio de Janeiro: Diário Oficial da União, 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%203.071%2C%20DE%201%C2%BA%20DE%20JANEIRO%20DE%201916.&text=C%C3%B3digo%20Civil%20dos%20Estados%20Unidos%20do%20Brasil.&text=Art.,os%20princ%C3%ADpios%20e%20conven%C3%A7%C3%B5es%20internacionais. Acesso em: 07 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 11.804, de 5 de novembro de 2008**. Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2008/lei/l11804.htm#:~:text=L11804&text=LEI%20N%C2%BA%2011.804%2C%20DE%205%20DE%20NOVEMBRO%20DE%202008.&text=Disciplina%20o%20direito%20a%20alimentos,exercido%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%Aancias. Acesso em: 08 de nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 4121, de 27 de agosto de 1962**. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Brasília: Diário Oficial da União, 1962. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4121.htm. Acesso em: 09 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 6515, de 26 de dezembro de 1977**. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, 1977. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm. Acesso em: 09 nov. 2022

BRASIL. **Lei nº 11804, de 05 de novembro de 2008**. Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2008/lei/l11804.htm. Acesso em: 09 nov. 2022

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Diário Oficial da União, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília: Diário Oficial da União, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 07 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 07 nov. 2022.

CALAZANS, M.; CORTES, I. O processo de criação, aprovação e implementação da Lei Maria da Penha. In: CAMPOS, C. H. (Org). **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 201, p. 39 a p.63.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – volume 6: direito de família**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais: comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes Perigosas: O psicopata mora ao lado**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008. 213 p.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOIHET, Raquel. **Condição feminina e formas de violência**: mulheres pobres e ordem urbana (1890-1920). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

Notas de fim

1 Advogada. Assessora Jurídica do Município de Itaperuna-RJ. Pós-graduanda em Direito e Processo do Trabalho e Direito Previdenciário. E-mail: carina.pobel@outlook.com

2 Advogada. Servidora Pública Federal – Ministério do Trabalho e Previdência Social. Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho. E-mail: carolinaalmeidaadvocacia@gmail.com.

9. Isonomia sucessória entre cônjuge e companheiro: análise do Recurso Extraordinário nº 878.694 do STF

Milena de Oliveira Freitas¹

Palloma Gonçalves dos Santos²

Leandro Silva Costa³

DOI: 10.52695/978-65-5456-016-0.9

“A mesma obrigação que o Estado tem de proteger o casamento, também tem de proteger a união estável, não podendo fazer distinções de graus hierárquicos entre as entidades familiares.”

(FARIAS; ROSENVALD, 2013).

Considerações iniciais

A união estável foi reconhecida como entidade familiar pela vigente Constituição Federal (CF/88) em seu artigo 226, parágrafo 3º, passando, a partir daquele momento, a ter total proteção do Estado, não ocupando uma posição superior nem inferior, mas igualitária em relação às outras entidades familiares contempladas pela CF/88 (BRASIL, 1988). Porém, antes mesmo de ser reconhecida pela vigente CF, a união estável já era opção de convivência de inúmeros casais, recebendo, no início do século XX, a denominação pejorativa de concubinato, uma vez que o casamento era a única forma legítima de constituição da família, indissolúvel àquela época.

Observa-se que a união estável sempre existiu e sempre fez parte da sociedade, embora muito criticada e mau vista pela maior parte da sociedade, mas com a vigente CF essa modalidade de família encontrou previsão legal,

passando a gozar de proteção estatal, recebendo, assim, tratamento igual às demais entidades familiares.

Dessa forma, faz-se necessária uma comparação entre o direito sucessório do cônjuge e o direito sucessório do companheiro, sendo analisado, de forma detalhada, o artigo 1.790 do Código Civil brasileiro (CC), que apresenta redação desfavorável ao companheiro em relação ao artigo 1.829 do CC, que favorece o cônjuge, proposta que parece não se coadunar com a da CF/88 que buscou erradicar desigualdades existentes entre famílias advindas do casamento e aquelas oriundas da união estável, sugerindo equiparação dessas entidades familiares no artigo 226. O Código Civil (BRASIL, 2002), de forma contrária, foi de encontro a CF/88, ferindo o princípio da isonomia ao conceder tratamento diferenciado ao companheiro, colocando o cônjuge numa posição de vantagem no que tange o direito sucessório nesses respectivos artigos.

A isonomia estabelecida pelo RE nº 878.694 do STF

O Recurso Extraordinário (RE) nº 878.694 é um Recurso Extraordinário que foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no dia 31 de agosto de 2016, tendo como relator da decisão o ministro Roberto Barroso, que adotou a seguinte tese: “É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002” (BRASIL, 2002).

Com base nessa tese, o referido ministro julgou o pedido procedente, equiparando o direito sucessório do companheiro ao direito sucessório do cônjuge. Porém, o entendimento pacificado pelo ministro é aplicado apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública. Essa equiparação vai depender de cada caso específico, devendo sempre evitar as desigualdades sucessórias de ambos os institutos.

As principais diferenças existentes entre o direito patrimonial na sucessão do cônjuge e do companheiro antes do RE nº 878.694 do STF

Alguns aspectos diferenciam substancialmente a sucessão do companheiro da sucessão do cônjuge no CC/02 (BRASIL, 2002), enquanto o artigo já comentado, 1.790, traça um direito sucessório desfavorável ao companheiro, restringindo seu acesso somente aos bens adquiridos a título oneroso. O artigo 1.832, diferentemente, confere ao cônjuge participação como herdeiro necessário em relação à mesma categoria de bens. Nessa perspectiva, alguns pontos merecem destaque como a inclusão dos companheiros no rol dos herdeiros necessários e a consequente não concorrência com os parentes de linha colateral do falecido conforme análise que se segue. Primeiramente, o cônjuge já era herdeiro necessário, enquanto o companheiro não. Declara expressamente o artigo 1.845 do CC/02 que são herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge (BRASIL, 2002).

O artigo 1.829 do CC traz a ordem de vocação hereditária do cônjuge, ficando claro que o cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes, na falta destes, concorre com os ascendentes e, não existindo ascendentes, não concorre com mais ninguém, ocupando assim o terceiro lugar na ordem de vocação hereditária. Por ocupar essa posição na ordem de vocação hereditária, o cônjuge é considerado herdeiro necessário, recebendo assim a totalidade da herança na ausência de descendentes e ascendentes. E, somente na ausência de cônjuge, os colaterais fazem jus à herança.

De acordo com Gonçalves (2016), o artigo 1.829 do CC defere a herança, à classe dos descendentes em concorrência com o cônjuge em primeiro lugar, salvo se este era casado com o falecido no regime da separação obrigatória de bens ou no regime da comunhão universal. Seguindo a ordem preferencial, na falta absoluta de descendentes, o cônjuge concorre com os ascendentes e, na ausência destes, o cônjuge recebe sozinho a herança; somente na falta de cônjuge irão receber a herança os parentes colaterais. Porém, percebe-se que existe uma falha legislativa, pois o companheiro não foi inserido na referida ordem de vocação hereditária, em que deveria estar situado ao lado do cônjuge, embora sejam reconhecidos os seus direitos hereditários, são disciplinados em local inadequado, no capítulo das disposições gerais do título I, concernentes à sucessão em geral (BRASIL, 2002)

A ordem de vocação hereditária do companheiro encontra-se no artigo 1.790 do CC, analisado de forma detalhada no terceiro capítulo. O companheiro foi inserido em último lugar na ordem de vocação hereditária (após os parentes colaterais) e, devido à essa ordem de vocação, o companheiro não é considerado herdeiro necessário e, por essa posição, só irá receber um terço da herança na ausência de descendentes e ascendentes. Embora tenha seu direito sucessório assegurado pelo referido artigo, é notória a desvantagem sucessória do companheiro em relação ao cônjuge.

Em segundo lugar, o cônjuge já herdava bens particulares, enquanto o companheiro não. Os bens particulares são aqueles bens adquiridos pelo *de cuius* antes do casamento ou da união estável e oriundos de doação ou herança, pertencentes apenas ao falecido. Enquanto o cônjuge tem direito a receber os bens particulares dependendo do regime de bens escolhido no casamento, o companheiro tem direito somente aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável. Com o vigente Código Civil o cônjuge recebeu mais privilégios na concorrência sucessória do que o companheiro, o primeiro passou a participar em quotas superiores da partilha dos bens particulares do *de cuius* (aqueles adquiridos antes do casamento ou da união estável) e o companheiro só terá direito aos bens que adquirirem na constância da união estável.

É de se notar que, ao contrário do que é conferido ao cônjuge, o direito sucessório do companheiro é restrito a uma cota igual à que for atribuída ao descendente do falecido, se estiver concorrendo com filhos comuns, ou a metade da cota, se estiver concorrendo com filhos apenas do autor da herança. E terá apenas direito a um terço dos bens deixados – e, sempre, adquiridos a título oneroso – se estiver concorrendo com outros parentes, o que significa o colateral até o 4º grau. Em verdade, a regra é tão grave que, admitindo a formação de uma entidade familiar estável entre um homem (que já possua vasto patrimônio, mas que, após o início da convivência, não mais adquire qualquer bem), que veio a falecer após dez ou quinze anos de relacionamento, percebe-se que a companheira sobrevivente ficará rigorosamente sem qualquer direito, pois não fará jus à meação (uma vez que nada foi adquirido) e tampouco à herança (cujo direito depende da existência de bens adquiridos a título oneroso). Detecta-se, então, que limitando o direito hereditário do companheiro

aos bens adquiridos onerosamente durante a constância (chamados de aquestos), além de implicar em injustificável discriminação ao companheirismo – porque os direitos atribuídos aos cônjuges são muito mais significativos – importa em ignorar a realidade da maioria do povo brasileiro (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 575-576).

Percebe-se que o companheiro também fica em desvantagem em relação ao cônjuge no que diz respeito aos bens particulares, uma vez que o companheiro não alcança o direito a esses bens, o que é muito criticado pela doutrina.

Além disso, por fim, o companheiro, não sendo considerado herdeiro necessário, ficou mais uma vez em posição de desvantagem sucessória em relação ao cônjuge, pois ele concorria, antes da decisão do RE nº 878.694 do STF, com os parentes colaterais do *de cujus* conforme já exposto nos comentários ao artigo 1.790 do CC/02.

A isonomia constitucional entre Casamento e União Estável

A Constituição Federal de 1988 trouxe, no seu artigo 226, o conceito de família social para o seu conceito jurídico, rompendo assim com o tratamento jurídico tradicional da família que consagrava apenas o casamento como condição para a formação de uma família “legítima” (BRASIL, 2002). Porém, nesse mesmo artigo, a CF/88, de um lado, reconhece a união estável como entidade familiar para efeito de proteção do Estado, de outro, prevê que a lei deve facilitar sua conversão em casamento, então, por essalinha de raciocínio, casamento e união estável são modalidades distintas de família, mas ambas com total proteção estatal.

Segundo Barroso (2009), um ponto principal da Constituição é a sua supremacia, uma vez que sua posição hierárquica é superior as outras normas existentes no ordenamento jurídico, não podendo essas normas serem incompatíveis com a norma constitucional, devendo ser respeitada, obedecendo ao princípio da supremacia da constituição.

A Constituição da República não pode estar submetida ao conteúdo da norma infraconstitucional, o que se aplica, inclusive, ao Código Civil. Por isso, impõe-se ao jurista exercer um controle cuidadoso da constitucionalidade

das normas infraconstitucionais – inclusive daquelas que dizem respeito à união estável, analisando a sua adequação aos princípios e regras constitucionais (FARIAS E ROSENVALD, 2013, p. 506).

Uma vez considerada a união estável como entidade familiar, as normas infraconstitucionais não podem mais fazer distinções no que tange à partilha de bens entre cônjuge e companheiros sob o mesmo regime patrimonial, violando assim o princípio da dignidade da pessoa humana, pois tal hierarquia entre as entidades familiares é incompatível com a Constituição, uma vez que, segundo as normas do artigo 1.790 do CC, o companheiro herda menos que o cônjuge casado pelo regime de comunhão parcial de bens, violando também o artigo 226, parágrafo 3º da CF/88.

Nesse viés, as jurisprudências são pacíficas em relação ao tema:

EMENTA AGRAVO DE INSTRUMENTO. AGRAVO INTERNO. DIREITO CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. DIREITO SUCESÓRIO. HERANÇA. COLATERAIS. COMPANHEIRA VIVA. ART. 1.790 CC. INCONSTITUCIONAL. APLICAÇÃO ART. 1.829. COMPANHEIRA PREFERE AOS COLATERAIS. PROBABILIDADE DE DIREITO. NÃO DEMONSTRADA. AGRAVO DE INSTRUMENTO E INTERNO CONHECIDOS E NÃO PROVIDOS. DECISÕES MANTIDAS. 1. A concessão do efeito suspensivo ao recurso resta condicionada à existência de risco de lesão grave proveniente da decisão interlocutória agravada e à relevância da fundamentação deduzida. 1.1. No caso dos autos não há probabilidade do direito alegado, não havendo que se falar em concessão do efeito suspensivo ao agravo de instrumento. Agravo Interno não provido. 2. O STF declarou a inconstitucionalidade do art. 1.790 CC reconhecendo aos companheiros isonomia na ordem sucessória devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002. 3. Aplicando analogicamente o art. 1.829 do CC/2002, tem-se que os companheiros preferem aos colaterais na ordem sucessória. 3.1. No caso em exame, comprovada a união estável entre o falecido e a agravada, e ausentes descendentes ou ascendentes, deve a companheira ser reconhecida como única herdeira do falecido. 3.2. Não é possível aos colaterais requererem direito à herança quando a companheira

do falecido ainda se encontra viva. Precedentes. 4. Recursos conhecidos e não providos. Decisões mantidas (TJ-DF 07159926120188070000 DF 0715992-61.2018.8.07.0000, Relator: ROMULO DE ARAUJO MENDES, Data de Julgamento: 23/01/2019, 1ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 29/01/2019, s/p).

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. SUCESSÃO. CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL. FILHOS COMUNS E EXCLUSIVOS. BEM ADQUIRIDO ONEROSAMENTE NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL. REGIMES JURÍDICOS DIFERENTES. ART. 1790, INCISOS I E II, DO CC/2002. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF. EQUIPARAÇÃO. CF/1988. NOVA FASE DO DIREITO DE FAMÍLIA. VARIEDADE DE TIPOS INTERPESSOAIS DE CONSTITUIÇÃO DE FAMÍLIA. ART. 1829, INCISO I, DO CC/2002. INCIDÊNCIA AO CASAMENTO E À UNIÃO ESTÁVEL. MARCO TEMPORAL. SENTENÇA COM TRÂNSITO EM JULGADO. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS. SÚM 7/STJ. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. NÃO OCORRÊNCIA. 1. A diferenciação entre os regimes sucessórios do casamento e da união estável promovida pelo art. 1.790 do Código Civil de 2002 é inconstitucional. Decisão proferida pelo Plenário do STF, em julgamento havido em 10/5/2017, nos RE 878.694/MG e RE 646.721/RS. 2. Considerando-se que não há espaço legítimo para o estabelecimento de regimes sucessórios distintos entre cônjuges e companheiros, a lacuna criada com a declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002 deve ser preenchida com a aplicação do regramento previsto no art. 1.829 do CC/2002. Logo, tanto a sucessão de cônjuges como a sucessão de companheiros devem seguir, a partir da decisão desta Corte, o regime atualmente traçado no art. 1.829 do CC/2002 (RE 878.694/MG, relator Ministro Luis Roberto Barroso). 3. Na hipótese, há peculiaridade aventada por um dos filhos, qual seja, a existência de um pacto antenupcial—em que se estipulou o regime da separação total de bens—que era voltado ao futuro casamento dos companheiros, mas que acabou por não se concretizar. Assim, a partir da celebração do pacto antenupcial, em 4 de março de 1997 (fl. 910), a união estável deverá ser regida pelo regime da separação con-

vencional de bens. Precedente: REsp 1.483.863/SP. Apesar disso, continuará havendo, para fins sucessórios, a incidência do 1829, I, do CC. 4. Deveras, a Segunda Seção do STJ pacificou o entendimento de que “o cônjuge sobrevivente casado sob o regime de separação convencional de bens ostenta a condição de herdeiro necessário e concorre com os descendentes do falecido, a teor do que dispõe o art. 1.829, I, do CC/2002, e de que a exceção recai somente na hipótese de separação legal de bens fundada no art. 1.641 do CC/2002”. 5. Agravo interno que se nega provimento (STJ–AgInt no Resp: 1318249 GO 2011/0066611-2, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 22/05/2018, T4–QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/06/2018, s/p).

O artigo 1º, inciso III da CF/88 traz, em sua redação, o princípio mais importante do ordenamento jurídico que é o princípio da dignidade da pessoa humana. Também o inciso IV do artigo 3º alberga implicitamente a proteção à dignidade humana ao vedar a discriminação:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

IV–promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Para Farias e Rosenvald (2013), o texto Magno atribuiu especial proteção do Estado à família, não importando qual seja o núcleo familiar, merecerá especial proteção do Estado para que sempre seja garantida a dignidade de todos os membros dessa família, seja ela constituída pelo casamento ou pela união estável, não se justificando tratamento discriminatório e desigual, sendo inerente a todos e a qualquer entidade familiar a proteção à pessoa humana, sendo certo que qualquer modelo de família é sempre fundado no afeto.

Outro princípio de suma importância e que norteou a decisão do referido recurso extraordinário é o princípio da igualdade, também conhecido como isonomia, que está previsto no artigo 5º da CF/88 como mostra a redação abaixo:

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 di-

reito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

O princípio da igualdade merece destaque, pois foi o que norteou a decisão do Recurso Extraordinário base desse trabalho. No momento em que a CF/88 diz que todos são iguais perante a lei e garante a inviolabilidade do direito à igualdade, o artigo 1.829 do CC apresenta uma desigualdade sucessória em relação ao artigo 1.790 do CCB conforme redação já mencionada de ambos os artigos, ficando claro que o artigo 1.829 do CC foi de encontro com o que diz o texto Magno no artigo 5º.

Segundo Farias e Rosenvald (2013), a partir do artigo 226, parágrafo 3º da CF/88, a mesma obrigação que o Estado tem de proteger o casamento também tem de proteger a união estável, não podendo fazer distinções de graus hierárquicos entre as entidades familiares. É válido ressaltar que casamento e união estável não são a mesma coisa e não almejam ser, porém ambos gozam da mesma proteção estatal. Tratar com desigualdade a união estável seria retirar a proteção de alguém só pelo fato de ter optado por formar uma família sem as solenidades do casamento, uma vez que a função do Estado é dar proteção à entidade familiar, não importando qual seja a sua formação. Dessa forma, a leitura de todos os dispositivos normativos referentes à união estável deve estar de acordo com a igualdade constitucional, na medida em que venha garantir aos seus componentes a dignidade. Então, onde se encontrar protegido o cônjuge, tem que estar protegido, por igual, o companheiro.

Dessa forma, os tribunais baseiam-se em tais princípios para sanar as problemáticas relativas ao tema em questão, como exemplo temo o TJ/RJ:

AGRAVO INTERNO nos Embargos de Declaração. Apelação cível. Inventário. Homologação do pedido de adjudicação dos bens declarados em favor do irmão do inventariado. Ausência de descendentes e ascendentes. Existência de união estável entre a recorrente e o de cujus por 24 anos comprovada através de escritura pública. Apelante reconhecida como companheira e dependente econômica do autor do espólio junto ao INSS e ao seu antigo empregador. Inadmissibilidade de tratamento desigual entre o cônjuge e o companheiro no que tange ao direito sucessório, devendo ser conferido ao companheiro o mesmo direito sucessório previsto para o cônjuge supérstite previsto no art. 1.829 do Código Civil.

Observância ao princípio constitucional da isonomia e da dignidade da pessoa humana. Entendimento pacificado pelo STF no julgamento dos RE's 646721/RS (Tema nº 498) e 878694/MG (Tema nº 809) que declarou inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do Código Civil. Direito do companheiro sobrevivente que prepondera em relação aos parentes colaterais. Arts. 1.829, 1.838 e 1.839 do Código Civil. Sentença reformada para reconhecer a apelante como única e legítima herdeira do inventariado, adjudicando-lhe os bens deixados em razão do falecimento deste. Decisão mantida. DESPROVIMENTO DO RECURSO. (TJ-RJ-APL: 00320304720098190203, Relator: Des(a). PEDRO SARAIVA DE ANDRADE LEMOS, Data de Julgamento: 15/09/2021, DÉCIMA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 17/09/2021).

Percebe-se dessa forma que a CF/88 atribuiu proteção igualitária tanto ao instituto do casamento quanto ao da união estável, devendo ambos receber o mesmotratamento para que estejam em conformidade com o princípio da igualdade. Assim, a Constituição sempre deve prevalecer sobre as normas infraconstitucionais, estando o artigo 1.829 do CC em descompasso com o princípio da igualdade no que tange a sucessão do cônjuge em relação à do companheiro, no artigo 1.790 do CC.

A isonomia sucessória estabelecida pelo STF: uma análise do RE nº 878.694 do STF

O RE nº 878.694 consubstancia-se em um recurso extraordinário do STF que analisa a constitucionalidade do artigo 1.790 do CC, que outorga ao companheiro direito sucessório diferente daqueles conferidos ao cônjuge pelo artigo 1.829 do CC.

No caso concreto, a recorrente vivia em união estável há cerca de 9 anos aplicando-se as regras referentes ao regime de comunhão parcial de bens, até que seu companheiro veio a falecer e este não deixou testamento, porém o falecido não possuía descendentes, nem ascendentes, mas apenas três irmãos. O Tribunal de origem, que é o Tribunal de Minas Gerais, com fundamento no artigo 1.790, inciso III do CC, limitou o direito da recorrente a um terço dos bens

adquiridos onerosamente na constância da união estável, excluindo, dessa forma, os bens particulares do falecido, e esses bens seriam recebidos de forma integral pelos três irmãos do falecido, mas caso a recorrente fosse casada com o falecido, esta faria jus à totalidade da herança, entendendo o Tribunal de Minas Gerais pela constitucionalidade do artigo 1.790 do CC.

A decisão de primeira instância reconheceu ser a companheira herdeira universal dos bens do falecido, equiparando ao instituto da união estável ao casamento, porém o TJ-MG reformou a decisão inicial conferindo à mulher o direito apenas a um terço dos bens adquiridos de forma onerosa pelo casal na constância da união, ficando o restante a ser partilhado pelos três irmãos do falecido, reconhecendo a constitucionalidade do artigo 1.790 do CC/02 (BRASIL, 2002). Porém, a companheira supérstite interpôs recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, contestando a decisão do TJ-MG, argumentando que a vigente CF não fez distinções entre as famílias constituídas por união estável e por casamento, entendendo que qualquer forma de constituição familiar tem a mesma proteção e a mesma garantia do Estado.

O tema deste Recurso Extraordinário gerou divergência entre os tribunais, apresentando decisões em sentido opostos. Os Tribunais de Justiça de São Paulo e do Rio de Janeiro se manifestaram sobre o assunto, ambos em sede de arguição de inconstitucionalidade. O TJ-SP, assim como o TJ-MG, entendeu pela constitucionalidade do artigo 1.790 do CC, que a recorrente realmente deve receber um terço da herança do falecido. Já o TJ-RJ entendeu pela inconstitucionalidade do artigo 1.790 do CC, sendo o caso levado à Corte Especial.

Como decorrência lógica da inexistência de qualquer hierarquia entre as diferentes entidades familiares e do direito a igual proteção legal de todas as famílias, é inconstitucional o art. 1.790, do Código Civil, ao prever regimes sucessórios distintos para casamento e para a união estável. Se o legislador civil entendeu que o regime previsto no art. 1.829 do CC/2002 é aquele que melhor permite ao cônjuge viver sua vida de forma digna após o óbito de seu parceiro, não poderia, de forma alguma, estabelecer regime diverso e menos protetivo para o companheiro (RE nº 878.694, p.18-19).

O julgamento do referido Recurso Extraordinário iniciou no dia 31 de agosto de 2016 e teve como relator o ministro Roberto Barroso, que adotou a seguin-

te tese: “É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuge e companheiros prevista no art.1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002”. O ministro Roberto Barroso se manifestou então pela aplicação do artigo 1.829 do CC à sucessão causa mortis na união estável, entendendo ser inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuge e companheiro.

Os ministros Luiz Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber e Luiz Fux também se posicionaram pela inconstitucionalidade do artigo 1.790 do CC. Já o ministro Dias Toffoli se posicionou de forma contrária, para ele, o constituinte deliberadamente fez distinção entre união estável e casamento ao prescrever que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento no artigo 226, parágrafo 3º da CF/88.

É válido ressaltar que sete ministros votaram pela inconstitucionalidade da norma, entendendo que a vigente CF garante a equiparação entre os regimes da união estável e do casamento no que tange ao direito sucessório. O ministro Roberto Barroso, visando preservar a segurança jurídica, salientou que o entendimento ora firmado será aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública.

O referido RE ficou um período parado, retornando na quarta-feira, dia 10 de maio de 2017, o seu julgamento final, ficando definido pelo plenário do STF pela inconstitucionalidade do artigo 1.790 do CC/02 que estabelece diferenciação dos direitos de cônjuges e companheiros para fins sucessórios, sendo fixada a tese do ministro Roberto Barroso que diz: “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 artigo 1.829 do CC/02”.

Considerações finais

Após a pesquisa a respeito do RE nº 878.694 do STF, que firmou o entendimento no sentido de equiparar a união estável e o casamento para fins sucessórios, o artigo 1.790 do CC, que regulava a sucessão na união estável, tornou-se obsoleto, devendo ser aplicada ao companheiro a redação do arti-

go 1.829 do CC, de forma a tratá-lo isonomicamente ao cônjuge, preservando o princípio da igualdade, pois ambos recebem a mesma proteção do Estado, e as normas sucessórias aplicáveis ao companheiro devem ser as mesmas que regulamentam os direitos sucessórios do cônjuge.

Muitos autores já defendiam a noção de isonomia entre esses institutos, pois, antes mesmo do referido RE, a igualdade sucessória entre união estável já estava estampada na vigente CF, demonstrando grande avanço ao considerar a união estável como entidade familiar e, dessa forma, não deveria ser desprestigiada em relação às outras entidades familiares, uma vez que não existe hierarquia entre os vários modelos de família. O CC/02 marcou um verdadeiro retrocesso no direito sucessório do companheiro no seu artigo 1.790, ocupando o companheiro uma posição hereditária inferior em relação ao cônjuge, recebendo uma parcela inferior do que o cônjuge recebia do *de cuius* e entre outros pontos desfavoráveis ao companheiro já enfrentados ao decorrer desse trabalho.

O direito sucessório do companheiro, então, se firmou no sentido da igualdade, estabelecendo-se a aplicação do artigo 1.829 à união estável, nos mesmos casos em que ele disciplina a sucessão do cônjuge. Não se pretendeu dizer que casamento e união estável são institutos idênticos, entretanto isso não significa dizer que a união estável seja menos importante que o casamento, devendo ambos ser respeitados em suas especificidades.

Por fim, conclui-se que o casamento é uma instituição de muito respeito e a forma mais antiga de constituição de família, porém o surgimento de novas entidades familiares tornou-se inevitável e, nesse momento, o direito passou a regular essas novas entidades familiares como foi o caso da união estável, recebendo total proteção do Estado com a vigente CF e se igualando à sucessão do cônjuge em relação ao qual o companheiro se encontrava em posição desfavorável. O RE nº 878.694 do STF se posicionou no sentido de que o artigo 1.790 do CC é inconstitucional, devendo ser aplicado o artigo 1.829 do CC à sucessão do companheiro, pacificando essa discussão doutrinária.

Referências

- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Brasília: Diário Oficial da União, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 10 de março de 2017.
- BRASIL. **Lei Federal nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994**. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Brasília: Diário Oficial da União, 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm. Acesso em 9 de maio de 2017.
- BRASIL. **Lei Federal nº 9.278, de 10 de maio de 1996**. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Brasília: Diário Oficial da União, 1996. Disponível: em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9278.htm. Acesso em: 11 mai. 2017.
- BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília: Diário Oficial da União, 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 14 mar. 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 876.894 Minas Gerais**. Brasília: STF, 10 mai. 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14300644>. Acesso em: 10 nov. 2022
- CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013a.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013b.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Direito das Famílias**. 5. ed. v. 6. Salvador: Juspodivm, 2013.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões**. v. 7. São Paulo: Atlas, 2015.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 10. ed. v. 7. São Paulo: Saraiva, 2016.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao Código Civil**: parte especial: do direito das sucessões: da sucessão em geral; da sucessão legítima: Artigos 1.784 a 1.856. v. 20. São Paulo: Saraiva, 2003.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. A União Estável e o Namoro Qualificado: uma diferenciação. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**, Porto Alegre, Lex Magister, v.6, n.6, mai./jun. 2015. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2015;1001044670>. Acesso em: 07 nov. 2022.

MENDES, Aline Fernandes. **A inconstitucionalidade da forma sucessória dos companheiros, prevista no artigo 1.790 do código civil de 2002**. Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Programa de Pós Graduação Sticto Sensu em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento. 2015. Disponível em: <http://tede2.pucgoias.edu.br:8080/bitstream/tede/2743/1/ALINE%20FERNANDES%20MENDES.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2022.

Notas de fim

1 Bacharelada em Direito, Universidade Iguazu (UNIG) - Campus V Itaperuna. Estagiária oficial na Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6212864316570603>

2 Bacharel em Direito.

3 Doutorando em Ciências Jurídicas UNLP (AR). Mestre em Direito em Relações Privadas e Constituição (FDC). MBA em Gestão e Negócios de Empresas, Petróleo e Gás, pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Coordenador da graduação em Direito. Membro da Comissão Nacional de Ensino Jurídico do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9620520500019698>. E-mail: leandrocost@icloud.com

10. Expressão e anonimato: os direitos de personalidade em publicações digitais e as *fake news* sobre a Covid-19

Fernando Basilio dos Santos¹
Sabrina de Oliveira Borges²
Fernanda Castro Manhães³
DOI: 10.52695/978-65-5456-016-0.10

Introdução

O coronavírus foi identificado na China no final de 2019 e rapidamente se espalhou pelo mundo, ocasionado em um expressivo número de contaminados e também de mortos. Sendo um vírus considerado novo e com poucas informações sobre a forma de contágio e prevenção, diversas informações passaram a ser disseminadas, induzindo as pessoas ao erro e implicando, em muitos casos, no aumento do número de infectados. Com a expansão da comunicação através do uso de tecnologias digitais, as redes sociais ganharam espaço em nosso século, tornando-se meios de divulgação de informações e, inclusive, de informações falsas, as chamadas *fake news*.

Galhardi *et al.* (2020) definem as *fake news* como um processo de propagação massiva de notícias falsas que buscam distorcer ou enganar de forma intencional nossa sociedade. Essa expressão foi popularizada com as eleições para a presidência dos Estados Unidos em 2016 sob o uso de Donald Trump para denominar seus opositores. Foram também as *fake news* que motivaram a saída do Reino Unido da União Europeia, favorecendo, dentre outros fatores, uma intensa crise política. No Brasil, o termo também é largamente utilizado com o viés político com a subida da extrema direita ao poder, resultando, inclusive, na Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) das *fake news* durante a pandemia de Covid-19.

Conforme defendem Galhardi *et al.* (2020), as *fake news* não são novidade em nosso país, mas elas repercutem em consequências danosas. Pensando nisso, propomos uma análise sobre a responsabilização pela divulgação de notícias falsas sob a ótica do direito à personalidade, articulando a responsabilidade civil digital à expressão e ao anonimato nas publicações. Buscamos analisar os conteúdos de três postagens cuja temática foi largamente difundida em redes sociais e grupos no aplicativo de mensagens WhatsApp relativas às formas de tratamento e cura por tratamentos ineficazes e publicações que lançaram dúvidas sobre o grau de mortalidade do vírus.

Utilizamos a Análise de Conteúdo de Bardin (2011) para estabelecer considerações acerca das postagens analisadas e as características básicas da disseminação de notícias falsas e as reflexões de autores como Konder (2018), Sanches e Cavalcanti (2018), Guimarães e Silva (2019), Aires e Lima (2022), Galhardi *et al.* (2020) e Borges, Longui e Martins (2021) sobre a forma como o Código Civil responsabiliza os atos ilícitos de abuso de direitos promovidos pela expressão. Enfocamos a responsabilidade civil digital, articulando-a às noções de liberdade de expressão e anonimato. Utilizamos também a Análise de Conteúdo para sumarizar as considerações das legislações vigentes. Indicamos que a disseminação das *fake news* incorre em um processo de responsabilização, face aos danos sociais que podem causar.

Este capítulo está organizado da seguinte maneira: inicialmente, abordamos de forma mais estreita o fenômeno de (des)informação causado pela deflagração da pandemia de Covid-19 no Brasil. Em seguida, apresentamos como se deu a condução de nosso processo metodológico. Após, analisamos três postagens coletadas em redes sociais, consideradas como fatores de propagação de *fake news*, articulando esses materiais às teorias sobre a responsabilização civil neste ato. Posteriormente, debatemos algumas considerações sobre esse processo investigativo.

Covid-19 e a avalanche de (des)informações

Estamos vivenciando uma era marcada pela intensificação das informações que circulam socialmente. Por um lado, o aumento na capacidade de disseminação informativa auxilia na conscientização dos cidadãos sobre os seus próprios direitos e ao exercício da cidadania. Por outro lado, principal-

mente quando se fala em saúde, a inexistência de informações ou a obtenção delas de forma incompleta incorre na percepção de danos, muitas vezes, ir-reparáveis. Sanches e Cavalcanti (2018) explicam que o direito à informação é garantido pela Constituição Federal. Um cidadão informado pode tomar decisões de forma mais assertiva.

A Revolução Industrial é apontada como um momento em que a informação tomou um grande espaço na sociedade, culminando no que conhecemos hoje como “Sociedade da Informação”. O acesso à informação modifica as estruturas sociais e impacta na forma como as pessoas agem e reagem entre si. A expansão do uso dos meios tecnológicos repercute nas maneiras por meio das quais a sociedade recebe informações que, em geral, se transformam em uma verdadeira “avalanche”, devido à sua extensa quantidade (SANCHES; CAVALCANTI, 2018). Então, é possível afirmar que, apesar de não se necessitar dos recursos tecnológicos para se manter informado, o aumento desse uso repercute na forma como as notícias são acessadas, conforme o fragmento a seguir:

Sabemos que as tecnologias vieram e modificaram nosso modo de viver, mas precisamos dar o devido valor à informação, para que, possamos usar esse avanço tecnológico de forma adequada e a nosso favor. Portanto, de nada adianta o acesso à tecnologia ou aos meios de comunicação sem a devida informação, ou seja, sem que possamos compreender essa informação recebida. É essencial que aquele que recebe a informação saiba se esta é verdadeira ou não e, mais ainda, que saiba usá-la de forma responsável e consciente. O conhecimento contribui para o exercício adequado da cidadania (SANCHES; CAVALCANTI, 2018, p. 455).

Em meio ao cenário apresentado, encontra-se a pandemia de Covid-19. A Declaração dos Direitos do Homem (ONU, 1948), emanada em 1948, determina a proteção universal do direito à saúde. A saúde é considerada um direito humano. Nossa Constituição Federal (BRASIL, 1988) também determina a saúde como um direito e dever do Estado. Esse mesmo dispositivo repercute no direito à informação. Contudo, mesmo antes da pandemia, já havia movimentos de propagação de notícias falsas, repercutindo no retorno de enfermidades antes consideradas extintas, como o sarampo e a poliomielite, já que muitos pais passaram a não vacinar seus filhos acreditando que as vacinas não seriam efetivas ou necessárias (SANCHES; CAVALCANTI, 2018).

Esse movimento se intensificou com a propagação de informações falsas e controversas sobre o coronavírus. Galhardi *et al.* (2020) estabelecem na tabela 1 os principais tipos de *fake news* propagados entre os meses de março e abril de 2020, indicando como categorias os métodos caseiros para a prevenção e contágio da doença, métodos caseiros para sua cura, a disseminação de golpes bancários, tanto em relação ao recebimento do Auxílio Emergencial distribuído pelo Governo Federal para auxiliar as famílias mais necessitadas quanto em relação a pedidos de doações para instituições de pesquisa. Por fim, há também as *fake news* que se voltam ao entendimento de que a pandemia, na verdade, seria uma estratégia política, não existindo na realidade.

Tabela 1–Principais fake news vinculadas nas redes sociais entre março e abril de 2020

<i>Fake news</i>	Total
Métodos caseiros para prevenir o contágio da Covid-19	65%
Métodos caseiros para curar a Covid-19	20%
Golpes bancários	5,7%
Golpes/arrecadações – instituições de pesquisa	5%
A Covid-19 é uma estratégia política	4,3%
Total	100%

Fonte: Reproduzido de Galhardi *et al.* (2020, p. 4205).

Essas notícias são veiculadas sem embasamento científico e induzem a população ao erro. “Num cenário pandêmico, isso é ainda mais perigoso, pois pesquisas mostram que 110 milhões de brasileiros acreditam em notícias falsas sobre a Covid-19” (GALHARDI *et al.*, 2020, p. 4205). Ainda de acordo com esses autores, as falas do presidente Jair Bolsonaro colaboraram para a adoção de comportamentos perigosos em relação à Covid-19, já que foram veiculadas informações distorcidas sobre as formas de prevenção da doença. A população se viu dividida entre uma série de narrativas que podem ter influenciado no aumento do número de óbitos.

Os especialistas em comunicação são unânimes em afirmar que as declarações do presidente da república do Brasil têm contribuído para desinformar e confundir a população sobre os métodos de evitar a transmissão da doença. Logo após criticar a quarentena e o fechamen-

to de escolas e comércio, em pronunciamento na noite de 24 de março, a plataforma de monitoramento digital Torabit identificou milhares de comentários de usuários nas mídias sociais em dúvida se deveriam ou não interromper a quarentena. “A confusão foi grande, porque a fala do presidente foi imediatamente condenada por várias entidades médicas e governadores. Muitas pessoas ficaram sem saber em quem deveriam acreditar”, declarou a publicitária Stephanie Jorge, cofundadora da Torabit, em reportagem da revista Pesquisa Fapesp. De acordo com Stephanie, observou-se naqueles dias, uma explosão de notícias falsas relacionando o novo coronavírus com fatos políticos (GALHARDI *et al.*, 2020, p. 4206).

Conforme defendemos até este momento, a capacidade de disseminação das notícias falsas durante os primeiros meses da deflagração da pandemia de Covid-19 repercutiu em uma série de condutas, lançando dúvidas sobre a própria existência do vírus e sobre os meios de prevenção e tratamento. Devido ao seu grande potencial de disseminação, as notícias falsas “viralizam” rapidamente, chegando a muitas pessoas em um curto espaço de tempo. Tem sido necessário um movimento, principalmente a partir de órgãos oficiais e instituições de saúde, de conscientização da população e esclarecimento das notícias falsas recebidas. Além disso, o estímulo à checagem tem sido fundamental para o combate a esse fenômeno.

Aportes metodológicos

Em título de abordagem metodológica, esclarecemos que a pesquisa em tela busca estabelecer relações entre o direito à personalidade, face à disseminação das *fake news* no contexto da pandemia de Covid-19. As redes sociais têm sido importantes difusores de informações falsas e esses discursos vêm confundido e influenciando a forma como a população responde à doença. Pensando nisso, propomos uma investigação de natureza qualitativa, pautada na Análise dos Conteúdos de três postagens largamente veiculadas em redes sociais como o Facebook, o Instagram e o WhatsApp.

A Análise de Conteúdo de Bardin (2011) nos permite compreender as metanarrativas envolvidas nos discursos que compuseram postagens en-

tendidas como disseminadoras de informações falsas, buscando aprofundar os sentidos envolvidos na combinação entre os recursos textuais e imagéticos. Bardin (2011) define a presente técnica como uma forma de organizar, codificar, categorizar e inferir os dados referentes às postagens analisadas, passando a constituir um aporte para a criação de categorias analíticas. As postagens foram coletadas nas referidas redes sociais e optamos pela seleção de *fake news* relativas às temáticas: uso de receitas caseiras para a prevenção e cura, utilização do remédio Cloroquina e lançamento de dúvidas sobre o potencial de mortalidade da pandemia.

De posse das postagens a serem analisadas, nos ancoramos em autores como Konder (2018), Sanches e Cavalcanti (2018), Guimarães e Silva (2019), Aires e Lima (2022), Galhardi *et al.* (2020) e Borges, Longui e Martins (2021), para debater a forma como pode ocorrer a responsabilização dos sujeitos que compartilham esse tipo de material, face o direito à personalidade, de expressão e anonimato, expressos no Direito Civil brasileiro. Os referidos autores foram adotados devido a sua atualidade e importância no debate a essa temática, frente aos abusos ocorridos no cenário digital, principalmente com a expansão do uso das novas tecnologias que facilitam a disseminação de informações falsas.

***Fake news* e a pandemia: relações entre o direito à personalidade face à expressão e ao anonimato**

Passamos na presente seção a analisar algumas postagens em redes sociais caracterizadas como falsas acerca da situação pandêmica em nosso país, sob a ótica da responsabilidade civil quanto à expressão e ao anonimato. O direito brasileiro garante a identidade pessoal, tendo em vista o processo dialógico que envolve a construção identitária na sociedade. Em vista disso, alguns direitos são constituídos, como, por exemplo, a utilização da imagem de forma descontextualizada, a disseminação das *fake news*, o direito ao esquecimento e a criação de perfis falsos nas redes sociais. Esses temas são tratados em matéria de direito à identidade pessoal, face ao interesse público e autonomia existencial (KONDER, 2018).

De acordo com Konder (2018), com a disseminação das notícias falsas, não são raras as informações sobre determinados posicionamentos pessoais de pessoas e instituições veiculados largamente. Em casos de *fake news*,

as identidades pessoais dos envolvidos são suprimidas para que seja difícil a identificação e responsabilização dos envolvidos. Assim, o direito garante a proteção à identidade, desde que ela não seja suprimida para motivos escusos, conforme aponta o fragmento abaixo:

Assim, o direito à identidade pessoal corresponde, invariavelmente, o direito ao reconhecimento dessa identidade que, quando inexistente ou defeituoso, implica claramente uma lesão à dignidade da pessoa humana. O tema do reconhecimento tornou-se central no debate sobre a tutela jurídica das identidades à medida que se constatou que ela envolve essencialmente a possibilidade de sua livre construção dialógica e, mais do que isso, a aceitação coletiva da pluralidade de identidades (KONDER, 2018, p. 5).

Com a expansão tecnológica, torna-se expansiva a capacidade de exposição das identidades individuais. Essa expansão, com a ampliação da capacidade de exposição identitária nas redes sociais, suscitam medidas para coibir o uso do direito de expressão e identidade para fins condenáveis, como a propagação das notícias falsas ou enganosas (KONDER, 2018). Por esse motivo, o Projeto de Lei nº 2.630/2020 (BRASIL, 2020) foi produzido, tendo em vista a necessidade de acompanhar o ritmo acelerado com o qual as mudanças sociais ocorrem. Assim, medidas de controle e punição quanto aos abusos do direito à expressão passam a se desenvolver. Segundo Aires e Lima (2022), a responsabilidade é um meio de buscar reparações aos possíveis danos causados pela conduta individual, incorrendo em três requisitos básicos: “[...] a conduta, a culpa, o nexo causal e claro o prejuízo causado” (AIRES; LIMA, 2022, p. 43359).

Os danos passíveis de serem causados pela propagação de notícias falsas representou a criação do Projeto de Lei (PL) das *fake news*, que busca coibir a disseminação em massa por robôs, estimula o rastreamento da origem de mensagens em massa, bem como a exclusão imediata de informações que ferem os direitos humanos, no que tange a atos racistas e ameaçam crianças e adolescentes, em título de exemplo. A responsabilidade civil também é indicada no presente PL, face aos danos causados pelos conteúdos veiculados. Em muitos casos, as próprias empresas que administram as redes sociais são responsabilizadas pelos conteúdos que estão presentes em suas redes, sendo obrigadas a retirar esses conteúdos.

Neste sentido, mesmo sendo assegurado, o direito à liberdade de expressão possui limitações relativos ao dano que pode causar:

[...] deve-se atentar para o fato de que liberdade de expressão – como a maioria dos direitos fundamentais – não é absoluta e possui seus limites. Por exemplo, ela esbarra no limite da responsabilidade civil, o que atinge a temática da divulgação de notícias falsas, as chamadas *fake News* (AIRES; LIMA, 2022, p. 43364)

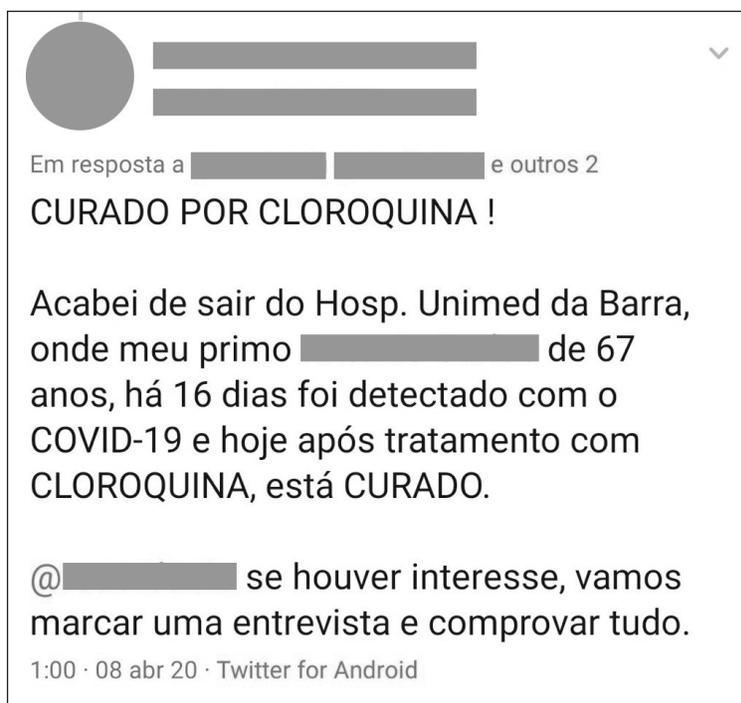
Guimarães e Silva (2019) expressam a capacidade das *fake news* na geração de danos morais, materiais e, sobretudo, sociais, sendo um fenômeno comunicacional que impacta em situações de abuso à liberdade de expressão. De acordo com esses autores, enquanto no passado as informações falsas eram veiculadas em um cenário mais restrito, a partir da reprodução escrita ou oral de determinado fato, atualmente, com as redes sociais, as capacidades comunicativas alcançaram outro patamar, impactando na criação de “[...] polos de informação descentralizados” (GUIMARÃES; SILVA, 2019, p. 103). Por esse motivo, é necessária a atenção de nossos legisladores quanto a esse fenômeno.

Dito isso, passamos a analisar os conteúdos de algumas postagens veiculadas nas redes sociais que disseminam inverdades sobre a pandemia. A figura 1 diz respeito à possibilidade de cura a partir de uma receita com o uso de alho:

O compartilhamento de tais inverdades pode ocorrer, sobretudo, a partir das pessoas mais críticas e politizadas, ninguém está imune a esse mal. Mariani (2018) também destaca que essas mensagens são protegidas por anonimato, como na passagem já salientada, “o velho médico chinês”, não há um pronunciamento, anúncio, pesquisa e tampouco a divulgação do nome desse suposto médico. A massificação desse tipo de mensagem também se inscreve na ampla identificação coletiva de sentidos e opiniões semelhantes em determinados grupos sociais, reiterando “[...] uma aliança, um compartilhamento de sentidos entre sujeitos situados em determinadas formações discursivas” (MARIANI, 2018, p. 5).

A figura 2 expressa um possível caso de cura a partir do uso do medicamento conhecido como Cloroquina.

Figura 2– Postagem sobre o uso da cloroquina para a cura ao vírus



Fonte: Coletado de redes sociais (2022).

Disponível em: <https://twitter.com/luide/status/1248227730145107969>. Acesso em: 07 nov. 2022.

O uso deste medicamento, que não se volta originalmente ao tratamento da Covid-19, suscitou um amplo debate social em diferentes meios comunicativos, com sua intensificação a partir dos esforços do presidente Jair Bolsonaro para que a medicação fizesse parte dos protocolos adotados pelo Ministério da Saúde. Sobre a cloroquina, especificamente, o estudo de Silva e Silva Júnior (2021) destacam a importância das agências de checagem na desmistificação de determinadas crenças acerca do momento pandêmico, favorecendo maior esclarecimento à população. Novamente a descrença na ciência é ressaltada, já que esse tipo de discurso “[...] põe em jogo o saber científico e o posicionamento político, personificado na figura do presidente, o qual propagandeou o uso da medicação, a despeito da ausência de uma instância que o autorizasse a fazê-lo” (SILVA; SILVA JÚNIOR, 2021, p. 63).

Esses autores também salientam a repercussão da descrença gerada em relação às práticas tipicamente científicas, colocando em risco a vida da população. Como é possível ver na figura 2, alguns recursos discursivos são utilizados, como o uso de palavras em caixa alta para chamar a atenção dos leitores e, neste caso, há a divulgação de um nome e idade, para gerar a falsa impressão de verdade sobre o fato comunicado. Porém, não se tem o sobrenome ou maiores informações. A possibilidade de comprovação do fato apenas seria possível com o palco alcançado por uma dada rede de televisão que é marcada na postagem.

Por fim, a figura 3 lança dúvidas sobre o potencial do coronavírus na causa da mortalidade dos cidadãos.

Figura 3–Postagem que lança dúvidas sobre o grau de mortalidade do coronavírus



Fonte: Coletado de redes sociais (2022).

Disponível em: <https://www.ceara.gov.br/2020/05/12/e-falsa-postagem-que-aponta-menos-mortes-por-doencas-respiratorias-em-2020-em-relacao-ao-ano-passado/>. Acesso em: 07 nov. 2022.

Como é possível visualizar na figura 3, alguns dados são compartilhados indicando o número de mortes no ano de 2019 por doenças respiratórias no Ceará e o correspondente em 2020 entre os meses de março a maio. Neste caso, uma fonte é citada “portal da transparência – registro civil”, mas sem o caminho para que a própria população pudesse constatar a veracidade desses dados. Além disso, não se discute que a análise foi lançada sobre os primeiros meses da situação pandêmica em nosso país, situação que se agravou exponencialmente a partir de abril, quando tivemos a primeira onda da doença.

Assim, a referida postagem se apropria de dados tidos como oficiais para lançar inverdades sobre o potencial de mortes que o vírus é capaz de resultar. Muito provavelmente esse tipo de postagem embasa discursos contrários ao distanciamento social, principal medida adotada para a prevenção, já que impactou a queda da produtividade de muitos segmentos empresariais. A frase “com isso só temos duas conclusões: ou ano passado as vidas eram menos importantes que as desse ano, ou estão usando essas mortes como arma política em ano de eleição” relaciona a pandemia e suas medidas de prevenção às estratégias políticas pela manutenção de poder.

Em termos de responsabilização, Abreu e Adeodato (2020) expressam que é difícil para o direito brasileiro conceituar e punir os casos de propagação das *fake news*, principalmente em decorrência de disputas entre o poder Legislativo, Judiciário e atores privados na definição jurídica deste fenômeno. Em princípio, há uma ambiguidade no termo que pode, ao mesmo tempo, ser utilizado para denominar notícias publicadas que se voltam à massificação de inverdades e, por outro lado, favorecer determinado político sobre as possíveis acusações de seus adversários, desacreditando esses discursos em prol da manutenção do poder em determinado grupo ou partido político e seus apoiadores.

Para o Direito Civil Brasileiro, em seu segundo capítulo, “Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória” (SENADO FEDERAL, 2014, p. 47). Por sua vez, nossa Constituição Federal garante a manifestação livre de pensamento, condenando que esta ocorra por meio de instrumentos que levem ao anonimato de quem se manifesta (BRASIL, 1988). Esse dispositivo também garante a liberdade de expressão, logicamente, dentro dos limites que não levem à difamação, principalmente em relação à honra.

Na busca pelo esclarecimento das notícias falsamente veiculadas sobre a Covid-19, em órgãos oficiais e de imprensa manifestaram esclarecimentos sobre algumas *fake news* difundidas no período, com o objetivo de esclarecer os cidadãos. Um exemplo que destacamos na figura 4 é o portal criado pelos estudantes de Medicina Veterinária da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ) em junho de 2020 para o esclarecimento de informações que estavam sendo largamente veiculadas no período.

Figura 4–Exemplo de esclarecimento de fake news



Fonte: UFRRJ (2020).

Disponível em: <https://coronavirus.ufrj.br/residentes-em-medicina-veterinaria-combatem-noticias-falsas-sobre-covid-19/>. Acesso em: 07 nov. 2022.

Como é possível depreender da figura 4, assim como na ação promovida na UFRRJ, diversos outros órgãos utilizaram dos seguintes elementos discursivos: replicação da mensagem em si, conforme estava sendo veiculada, e o uso da tarja: 'Fake News!', destacada em cor vermelha. Acreditamos que esse meio tenha sido acertado, uma vez que proporciona a rápida apreensão dos conteúdos comunicados, com a indicação clara e evidente de que se trata de informações inverídicas. Além disso, o material é compartilhado em formato de imagem compatível com os dispositivos para o disparo em massa, o que pode auxiliar no aumento de pessoas esclarecidas.

O grande mal das *fake news* durante a pandemia é a sua capacidade de tornar inerte à população quanto às medidas para a prevenção, controle e combate a Covid-19. É difícil para o direito encontrar os responsáveis, já que, em muitos casos, não é possível indicar com segurança a origem das postagens que compartilham as notícias falsas. Essa dificuldade levou à criação do

Projeto de Lei nº 2630, de 2020, mais conhecido como o PL das *fake news*, como uma forma de, ao mesmo tempo, assegurar a liberdade de expressão, mas coibir os abusos que podem decorrer dessa liberdade.

De acordo com Borges, Longhi e Martins (2021), o projeto opta pela responsabilização civil das pessoas que disseminam as *fake news* e também das redes por meio das quais essas notícias falsas são veiculadas. Contudo, algumas reformulações devem ocorrer, como, por exemplo, a inclusão de temáticas que devem ser coibidas nas referidas redes, como os discursos de ódio e a divulgação de imagens íntimas sem a devida autorização. Conforme apontam Borges, Longhi e Martins (2021, p. 21): “[...] o ambiente on-line viabiliza diferentes meios de se exercer a cidadania, mormente devido à possibilidade de discussões, reuniões, organizações e outras ações sociais com finalidades predominantemente políticas”. O PL encontra-se em revisão, gerando amplas discussões de adesão e contrárias ao seu conteúdo.

Conclusão

Em título de considerações finais, é certo que a pandemia de Covid-19 apresenta inúmeros desafios impostos a todos os grupos sociais, sobretudo aos mais vulneráveis. Em meio a esse contexto, buscamos compreender quais as relações entre o direito de expressão e anonimato, face ao compartilhamento de *fake news*, que se proliferaram durante o período pandêmico. Nosso percurso de pesquisa demonstra a origem desse termo que se popularizou a partir do viés político de culpabilização de opositores sobre determinada afirmação nas eleições dos Estados Unidos.

Em nosso país, essa finalidade também está presente, mas, no caso em tela, analisamos de forma mais ativa as postagens que buscam veicular informações falsas sobre a Covid-19. Assim, analisamos três postagens que buscavam definir tratamentos ou cura para a enfermidade, como o uso de água fervida com alho e a administração da cloroquina, além da postagem que coloca em dúvida o número de mortes causado pela doença, entendendo a situação como uma manipulação meramente política. Esses três casos nos ajudam a compreender que as *fake news* são compostas por notícias falsas ou com verdades parciais, repercutindo em determinada ideologia e grupo social.

Sob o ponto de vista do Direito, a sociedade tem a prerrogativa da livre manifestação do pensamento, mas essa liberdade é condicionada ao respeito a terceiros. A veiculação de notícias falsas gera a sensação de estabilidade e confunde a população, além de ser potencialmente destrutiva, já que se dissemina rapidamente e tem leitura de fácil compreensão. Contudo, é difícil definir as origens de postagens desta estirpe e, principalmente, culpabilizar os responsáveis pelo compartilhamento. É digno de nota que postagens como as analisadas neste capítulo podem favorecer o aumento de casos e óbitos, já que a população não é devidamente informada a partir de bases científicas sobre como agir com segurança.

Com o PL nº 2.630 de 2020 ainda sem aprovação, torna-se complexa a matéria, cabendo mais investigações sobre a definição de responsabilidades e, sobretudo, da garantia da saúde e da vida dos brasileiros e brasileiras.

Referências

- ABREU, A. E. L.; ADEODATO, J. M. L. Complexidades na conceituação jurídica de fake news. **Revista Em Tempo**, [S. l.], v. 19, n. 1. 2020. Disponível em: <https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/3109>. Acesso em: 12 ago. 2022.
- AIRES, N. de A. G.; LIMA, G. M. M. P. A responsabilidade civil em decorrência das fake news e o projeto de Lei nº 2.630/2020. **Brazilian Journal of Development**, v. 8, n. 6, p. 43353–43366. 2022. Disponível em: <https://brazilianjournals.com/ojs/index.php/BRJD/article/view/48908>. Acesso em: 09 ago. 2022.
- BARDIN, L. **Análise de conteúdo**. São Paulo: Almedina Brasil. 2011.
- BORGES, G. O. A.; LONGHI, J. V. R.; MARTINS, G. M. Comentários acerca de alguns pontos do Projeto de Lei das Fake News sob a ótica da responsabilidade civil. **Revista IBERC**, v. 4, n. 1, p. 35–51, 17 mar. 2021. Disponível em: <https://revistaiber.com.br/iberc/article/view/141>. Acesso em: 09 ago. 2022.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Diário Oficial da União, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 ago. 2022.
- BRASIL. **Projeto de Lei nº 2.630 de 2020**. Institui a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet. Brasília: Senado Federal, 2020. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8110634&t-s=1648639813988&disposition=inline>. Acesso em: 12 ago. 2022.

- GALHARDI, C. P. *et al.* Fato ou Fake? Uma análise da desinformação frente à pandemia da Covid-19 no Brasil. **Ciência & Saúde**, v. 25, supl. 2, p. 4201-4210, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/XnfpYRR45Z4nXskC3PTnp8z/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 09 ago. 2022.
- GUIMARÃES, G. D. P.; SILVA, M. C. Fake news à luz da responsabilidade civil digital: o surgimento de um novo dano social. **Revista Jurídica Da FA7**, v. 16, n. 2, p. 99-114. 2019. Disponível em: <https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/940>. Acesso em: 09 ago. 2022.
- KONDER, C. N. de P. O alcance do direito à identidade pessoal no direito civil brasileiro. **Pensar**, Fortaleza, v. 23, n. 1, p. 1-11. 2018. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/7497/pdf>. Acesso em: 09 ago. 2022.
- MARIANI, B. Discursividades prêt-à-porter, funcionamento de fake news e processos de identificação. **Entremeios: Revista de Estudos do Discurso**, ISSN 2179-3514, v. 17, p. 3-18, jul./dez. 2018. Disponível em: <http://www.entremeios.inf.br/published/675.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2022.
- ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948. Unicef, 1948. *Online*. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em 07 nov. 2022.
- SANCHES, S. H. D. F. N.; CAVALCANTI, A. E. L. W. Direito à Saúde na Sociedade da Informação: A Questão das Fake News e seus Impactos na Vacinação. **Revista Jurídica**, [S. l.], v. 3, n. 52, p. 448-466, set. 2018. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/3227>. Acesso em: 10 ago. 2022.
- SENADO FEDERAL. **Código Civil e normas correlatas**. 5. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições e Técnicas, 2014. Disponível em: www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/558326. Acesso em 07 nov. 2022.
- SILVA F. V. da; SILVA JÚNIOR, J. da. O elixir da cura sob suspeita: uma análise discursiva de fake News sobre a cloroquina checadas pela Agência Lupa. **Revista Práxis**, Novo Hamburgo, a. 18, n. 2. 2021. Disponível em: <https://periodicos.feevale.br/seer/index.php/revistapraxis/article/view/2502/2849>. Acesso em: 12 ago. 2022.
- UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO RIO DE JANEIRO. Projeto de residentes em Medicina Veterinária combate notícias falsas sobre Covid-19. **UFRRJ/Covid-19**, 2020. Disponível em: <https://coronavirus.ufrj.br/residentes-em-medicina-veterinaria-combatem-noticias-falsas-sobre-covid-19/>. Acesso em: 12 ago. 2022.

Notas de fim

1 Mestrando em Cognição e Linguagem (UENF). E-mail: fernandodossantosuenf@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6728790826220966>

2 Mestranda em Cognição e Linguagem (UENF). E-mail: sabrina.o.borges@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0304761027703918>

3 Docente no Programa de Pós-Graduação em Cognição e Linguagem (UENF). E-mail: castromanhaes@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1866461041232723>

11. Direito à laje

Luiz Felipe Barbosa de Souza¹
Adilson Poubel de Castro Júnior²
Carollina Lessa Poubel³
DOI: 10.52695/978-65-5456-016-0.11

“O foco da norma foi o de regulamentar realidade social muito comum nas cidades brasileiras, conferindo, de alguma forma, dignidade à situação de inúmeras famílias carentes que vivem alijadas de uma proteção específica, dando maior concretude ao direito constitucional à moradia”

(STJ, Ac. 4ª T., REsp. 1.478.254/RJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 8.8.17, Dje 4.9.17)

Considerações iniciais

A sociedade brasileira tem grande conhecimento fático dos “puxadinhos”, sendo as construções realizadas em acréscimos, podendo ser inferior ou superior ao imóvel já construído, tido como base, como forma de melhor aproveitar o uso do solo e também como forma viabilizar o direito à moradia, de assento constitucional. Entretanto, este fenômeno social não encontrava devida adequação jurídica, muito embora não portasse irregularidade a luz do Direito, mas a omissão legislativa na regulação deste relevante fato social suscitava insegurança àqueles que se revestiam deste incremento imobiliário.

Felizmente, após longa e silenciosa desídia do legislador, seu despertar fora significativa com a Lei nº 13.465, de 11 de junho de 2017 (BRASIL, 2017), criando o artigo 1510-A, convertido em lei após seu conteúdo carrear Medida Provisória 759, promulgada em dezembro de 2016: “O proprietário de uma construção-base poderá ceder a superfície superior ou inferior de sua construção, a fim de que o titular da laje mantenha unidade distinta daquela

originalmente construída sobre o solo” (BRASIL, 2016). Não se pode deixar de evidenciar que a mencionada lei ainda carrou a grata surpresa de tremular a regularização fundiária que, por ora, aquieta-se, mas certamente inspirará superveniente reflexão penaria.

O Direito de Laje ou Direito de Sobrelevação, de ascendência doutrinária portuguesa, nas singelas e didática palavras de Rodrigo Mazzei (2013, s/p), “seria a possibilidade de construir sobre a edificação alheia, aproveitando-se da sobre do respectivo volume vertical acima do solo”. Na lição de Marco Aurélio Bezerra de Melo (2019, s/p):

É um direito real sobre coisa alheia que permite o desdobramento dos poderes inerentes à propriedade, à medida que uma pessoa, chamada de superficiário ou concessionário, exerce os poderes de uso e fruição no tocante à edificação ou plantação em terreno alheio e ainda a propriedade plena sobre a coisa incorporada em solo de outrem que se chama fundieiro ou concedente.

O Superior Tribunal de Justiça, logo após sua vigência, trouxe devido albrague ao novo instituto, no que tange ao seu fim social.

O foco da norma foi o de regulamentar realidade social muito comum nas cidades brasileiras, conferindo, de alguma forma, dignidade à situação de inúmeras famílias carentes que vivem alijadas de uma proteção específica, dando maior concretude ao direito constitucional à moradia (STJ, Ac. 4ª T., REsp. 1.478.254/RJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 8.8.17, Dje 4.9.17).

Direito de laje em legislações estrangeiras

Vários Estados estrangeiros disciplinam o direito de superfície, mas poucos reconhecem o direito de laje como autônomo, como o Brasil, que além deste reconhecimento, lhe destina normas específicas, não fazendo como o direito português que dispensa a jurisprudência e doutrina sua regulamentação.⁴

Na Itália, por meio do artigo 952, 2ª parte do Código Civil Italiano, é possível a sobrelevação da superfície com a transmissão independente da nova superfície a terceiros, diferente do previsto pelo nosso legislador. Na Espanha,

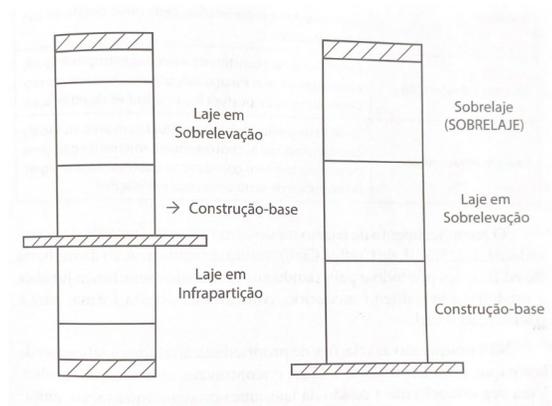
permite-se a construção da superfície por cisão, mas não se permite a sobrelevação. Na Alemanha, que desde 01/01/1900 regulamentou o direito de superfície como instituto autônomo, entende-se cabível a sobrelevação, mas imbuído no direito de superfície, sem vida própria.

A Suíça, com Código Civil em vigor desde 1912, manteve o direito de sobrelevação como servidão do direito de superfície, mesmo com as alterações trazidas pela Lei Federal de 1965. No Peru, há previsão do solo, subsolo e sobresolo pertencerem a pessoas distintas. Em Portugal, no artigo 1521 do Código Civil Português, estabelece-se que quando da constituição de direito de superfície sobre edifício alheio, passam a regular a situação as regras aplicáveis à propriedade horizontal, regulamentada também no Código Português.

Estrutura do direito de laje no Direito brasileiro

O novo instituto nasceu com natureza de direito real no ordenamento cível pátrio. O legislador lhe lançou no rol dos direitos reais elencados no artigo 1225 do Código Civil (CC). O direito de Laje, idealizado na ordem civil, poderá ser constituído de forma ascendente ou de forma descendente em relação ao imóvel base, originário.

Figura 1 – Laje em sobrelevação e laje em infrapartição



Fonte: Faria (2018, p. 29).

Sua regulamentação permite que exista laje da laje, ou seja, sobrelaje, possibilitando ao seu titular, lajeário, a faculdade da cessão de sua laje, parindo um novo direito. Há de se ressaltar que a cessão da laje e da sobrelaje dependerá de aprovação do proprietário do imóvel base.

Sobre o direito de laje, eis as devidas denominações:

- Proprietário: Titular do direito de propriedade da construção base;
- Lajeário: Titular do direito de laje, podendo ser da laje de sobrelevação ou da laje em infrapartição;
- Sobrelaje: É a laje da laje, construída a partir de uma outra laje. O lajeário, autorizado pelos demais lajeários e proprietários, cede novo direito de laje a uma terceira pessoa;
- Laje em sobrelevação: Apresenta-se como o direito de laje construído acima da construção base, respeitando as normas de posturas locais e os limites para edificação;
- Laje em infrapartição: Constitui o direito de laje construída abaixo da construção base, geralmente aproveitando espaços anteriores destinados a garagens ou porões.

Dessa forma, emerge que o Brasil constituiu como direito de laje não apenas a laje superior, mas também a inferior, embora o Código Civil não tenha limitado a laje superior com inequívoca dependência das normas posturais locais que regulamentam a quantidade de andares, mas, de outra sorte, apenas permitiu a uma única laje inferior.

Imperioso ressaltar que o legislador pátrio, através da Lei nº 13.465/2017 (BRASIL, 2017), concretiza norma que protege o direito constitucional de cidadania, pois outorga a incontáveis de pessoas que se encontravam desprotegida pela lei, instrumento hábil a formalização de escritura particular ou pública de seu imóvel, com devido assento no registro imobiliário.

Direito real de laje, segundo legislador brasileiro

O legislador pátrio enveredou pela nomenclatura mais fácil com devida adesão dos juristas, distanciando da terminologia direito de sobrelevação, sen-

do essa opção do Direito português, que inclusive carrega o Direito de implante como outra interessante nomenclatura. Relevante abordar que a nomenclatura pátria, direito real de laje, guarda relação com o princípio da operabilidade, sendo esse diretrizes ou princípios imanentes a aplicação e harmonização dos livros do Código Civil de 2002, devidamente exposto na Exposição de Motivos.

Ainda não se perde de vista expressão de largo alcance social, conjurando-se como tradição, o chamado “puxadinho”, com construções verticais superiores ou inferiores, que pretender concretizar direito de moradia aos cidadãos. Dessa forma, embora exista certa dúvida se o direito real de laje sobressaísse como devida, o direito real à laje, por opção legislativa e doutrinária, prevaleceu, ainda tendo como fundamento o efeito acústico mais agradável, além, evidentemente, da adoção legislativa de melhor deslinde técnico das prerrogativas auferidas ao seu titular.

Espécies

Diploma que precedeu a lei, a Medida Provisória 759/2016 foi demasiadamente tímido nas limitações e alcance social e pragmático da norma (BRASIL, 2016). Entretanto, a Lei nº 13.465/2017 alçou limites mais generosos, em consonância com realidade que permeia a sociedade, como também atado ao devido e real fato social (BRASIL, 2017). Nesta linha, cunhou as possibilidades de nascimento do direito real evidenciado advindos de construções verticais superiores, como também construções inferiores, mas ressaltando que o direito real à laje nasce somente de construções verticais.

A Medida Provisória, importante ressaltar, previa tão somente advindo de construções superiores, “para cima”, tendo por incidência a partir do imóvel base, onde não se possibilita reconhecimento jurídico “para baixo” do imóvel base. A Lei nº 13.465/2017 rumou a outra direção, nos termos das diretrizes sociais já evidenciadas.

Art. 1.510-A. O proprietário de uma construção-base poderá ceder a superfície superior ou inferior de sua construção a fim de que o titular da laje mantenha unidade distinta daquela originalmente construída sobre o solo. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017) (BRASIL, 2017).

Salutar evidenciar que o vocábulo “superfície” fora utilizado como delinear linguístico, tão somente, não guardando referência com o direito real de superfície no ordenamento pátrio, em que os institutos do direito real à laje e direito de superfície possui regramentos autônomos e distintos.

A doutrina carrega as terminologias laje em sobrelevação (laje superior) e laje em infrapartição (laje inferior), pois o legislador não cunhou ou avalizou tais terminologias. A laje superior representa a melhor imagem do instituto, apresentando contexto típico que até se entrelaça ao instituto do direito à laje como doutrina específica de lavra de Rodrigo Mazzei (2007), já acenava a normalização da mesma:

Em outra vertente, a cessão do espaço aéreo poderá se caracterizar no direito de superfície como sobrelevação que, em curtas palavras, seria a possibilidade de construir, sob a modalidade do instituto aqui estudado, sobre edificação alheia, aproveitando-se da sobre o respectivo volume vertical acima do solo (BRASIL, 2002).

Diferente sorte, apresenta a laje inferior ou laje construída infrapartição, pois poderá existir sem que haja edificação estrutura superior, pois não há óbice legislativa que exista laje inferior advinda de estrutura base sem paredes ou acabamento.

Natureza jurídica

Atrelando-se a natureza jurídica à topologia dos livros do Código Civil, revela seu status no ordenamento pátrio, com respectivas consequências jurídicas. Nesse norte, a novel Lei nº 13.645/2017 alçou natureza de direito real ao direito à laje (BRASIL, 2017).

As normas contidas nos artigos 1228 e 1510-A do Código Civil apresentam existência simultânea de diferentes unidades imobiliárias com titulares dispa-riantes. Há o complemento de possuírem matrículas diferentes no respectivo cartório de imóveis, nos termos do parágrafo 3º do artigo 1510-A: “§ 3º Os titulares da laje, unidade imobiliária autônoma constituída em matrícula própria, poderão dela usar, gozar e dispor” (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017).

A taxatividade, imanente a devida tipificação legal do instituto no rol dos direitos reais, afasta qualquer margem de dúvida sobre possível estribo obrigacional, tendo, por conseguinte, a possibilidade de transmissão hereditária, pois imanente as relações patrimoniais, sendo denominado, doutrinariamente, de lajeário, como também pode haver a sua contemplação via testamento. Há de se evidenciar a necessidade do respeito à legítima dos herdeiros necessários, como delimitado na norma do artigo 1845 do Código Civil (BRASIL, 2002).

Em diferente sinergia, juridicamente possível e inevitável a partilha incidente sobre o direito à laje em eventual dissolução do matrimônio, ou da união estável, ou da sociedade de fato. Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça se debruçou, recentemente:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA DE DIREITOS SOBRE CONCESSÃO DE USO DE BEM PÚBLICO. POSSIBILIDADE.

1. Na dissolução de união estável, é possível a partilha dos direitos de concessão de uso para moradia de imóvel público.

2. Os entes governamentais têm-se valido da concessão de uso como meio de concretização da política habitacional e de regularização fundiária, conferindo a posse de imóveis públicos para a moradia da população carente. 3. A concessão de uso de bens para fins de moradia, apesar de, por ela, não se alterar a titularidade do imóvel e ser concedida, em regra, de forma graciosa, possui, de fato, expressão econômica, notadamente por conferir ao particular o direito ao desfrute do valor de uso em situação desigual em relação aos demais particulares. Somado a isso, verifica-se, nos normativos que regulam as referidas concessões, a possibilidade de sua transferência, tanto por ato inter vivos como causa mortis, o que também agrega a possibilidade de ganho patrimonial ao mencionado direito.

4. Na hipótese, concedeu-se ao casal o direito de uso do imóvel.

Consequentemente, ficaram isentos dos ônus da compra da casa própria e dos encargos de aluguéis, o que, indubitavelmente, acarretou ganho patrimonial extremamente relevante.

5. Recurso especial não provido.

(REsp n. 1.494.302/DF, relator Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 13/6/2017, DJe de 15/8/2017).

Considerações finais

Dessa forma, a laje substancia direito real autônomo e independente, com normas específicas carreadas pela Lei nº 13.465/2017, que a distingue dos demais direitos reais que lhe sombreia, como o direito de superfície, imanando acúmulo de posições jurídicas de vantagens compatíveis com a propriedade, também estatuída no rol dos direitos reais do artigo 1228, tendo ainda a marca da eficácia *erga omnes*.

Pretendeu o legislador alinhar-se às demandas sociais imobiliárias com regramento de fenômeno ora conhecido como “puxadinho”, das construções feitas em acréscimos superiores ou inferiores, incidentes sobre imóveis já construídos, alargando o uso do solo, mas essencialmente consubstanciando norma constitucional fundamental do direito à moradia.

O Tribunal da Cidadania já evidenciou o fim teleológico da Lei nº 13.465/2017, dando luz ao exercício da cidadania, direito à moradia e segurança jurídica.

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. PRETENSÃO ESTIMATÓRIA (QUANTI MINORIS). NEGÓCIO JURÍDICO. VÍCIO REDIBITÓRIO. DIREITO DE USO, GOZO E FRUIÇÃO DA ÁREA DE LAJE DA COBERTURA. AUTORIZAÇÃO MUNICIPAL POSTERIOR. SANEAMENTO. AFASTAMENTO DA PRETENSÃO DE ABATIMENTO DO PREÇO. POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS, DECORRENTE DO PERÍODO EM QUE IMPEDIDO DE EXERCER O DIREITO DE USO, GOZO E FRUIÇÃO DA LAJE COBERTURA.

1. O art. 462 do CPC permite, tanto ao Juízo singular como ao Tribunal, a análise de circunstâncias outras que, devido a sua implementação tardia, não eram passíveis de resenha inicial.

2. Tal diretriz deve ser observada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, porquanto o art. 462 não possui aplicação restrita às instâncias ordinárias, conforme precedentes da Casa.

3. Apesar do fato de que o imóvel alienado não apresentava as reais condições da oferta, havendo limitação administrativa impeditiva quanto ao uso, gozo e fruição de sua laje, indiscutível nos autos, que, posteriormente, o autor acabou conseguindo exercer seu direito de construir na cobertura, o que acarretou a sanatória do vício anterior, conforme reconheceu o próprio recorrente.

4. Dispõe o Código Civil que “a coisa recebida em virtude de contrato comutativo pode ser enjeitada por vícios ou defeitos ocultos, que a tornem imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuam o valor” (art. 441) e que “se, na venda de um imóvel, se estipular o preço por medida de extensão, ou se determinar a respectiva área, e esta não corresponder, em qualquer dos casos, às dimensões dadas, o comprador terá o direito de exigir o complemento da área, e, não sendo isso possível, o de reclamar a resolução do contrato ou abatimento proporcional ao preço” (art. 500). 5. No presente caso, apesar de realmente ter-se reconhecido um vício oculto inicial, a coisa acabou por não ficar nem imprópria para o consumo, nem teve o seu valor diminuído, justamente em razão do saneamento posterior, que permitiu a construção do gabarito nos termos em que contratado. Ademais, não houve a venda de área em extensão inferior à prometida, já que o direito de uso de dois pavimentos - inferior e cobertura -, acabou sendo efetivamente cumprido, perdendo fundamento o pedido estimatório inicial, notadamente por não ter a coisa perdido seu valor, já que recebida em sua totalidade.

6. Revelam-se flagrantemente irrisórios os honorários advocatícios do recorrentes adesivos fixados pela sen-

tença e mantidos pela Corte local, tendo-se em conta que a atribuição da verba honorária há de ser feita com base em critérios que guardem correspondência com a responsabilidade assumida pelo advogado, sob pena de violação do princípio da justa remuneração do trabalho profissional, devendo ser majorados.

7. Recurso especial não provido. Recurso adesivo parcialmente provido.

(REsp n. 1.478.254/RJ, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 8/8/2017, DJe de 4/9/2017.)

Referências

BRASIL. **Lei nº 10.406, 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília: Diário Oficial da União, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 01 ago. 2022.

BRASIL. **Medida Provisória 759/2016, de 22 de dezembro de 2016**. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal, institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União, e dá outras providências. Convertida pela Lei nº 13.465, de 2017. Brasília: Diário Oficial da União, 2016. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Mpv/mpv759.htm. Acesso em: 30 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.465, de 11 de junho de 2017.** Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União; altera as Leis nos 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, 13.001, de 20 de junho de 2014, 11.952, de 25 de junho de 2009, 13.340, de 28 de setembro de 2016, 8.666, de 21 de junho de 1993, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 12.512, de 14 de outubro de 2011, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), 11.977, de 7 de julho de 2009, 9.514, de 20 de novembro de 1997, 11.124, de 16 de junho de 2005, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 10.257, de 10 de julho de 2001, 12.651, de 25 de maio de 2012, 13.240, de 30 de dezembro de 2015, 9.636, de 15 de maio de 1998, 8.036, de 11 de maio de 1990, 13.139, de 26 de junho de 2015, 11.483, de 31 de maio de 2007, e a 12.712, de 30 de agosto de 2012, a Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001, e os Decretos-Leis nº 2.398, de 21 de dezembro de 1987, 1.876, de 15 de julho de 1981, 9.760, de 5 de setembro de 1946, e 3.365, de 21 de junho de 1941; revoga dispositivos da Lei Complementar nº 76, de 6 de julho de 1993, e da Lei nº 13.347, de 10 de outubro de 2016; e dá outras providências. Brasília, Diário Oficial da União, 2017. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13465.htm. Acesso em: 30 nov. 2022.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito de Laje.** 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2018.

ITÁLIA. **R.D. 16 março 1942, n. 262.** Approvazione del testo del Codice Civile. Il Codice Civile Italiano. Gazzetta Ufficiale, 1942. Disponível em: http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_Dictum/codciv/Codciv.htm. Acesso em: 05 dez. 2022.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Novo Código Civil.** 2. ed. revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Curso de Direito Civil–Volume V:** Direito das Coisas. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MAGNO DE OLIVEIRA, Patricia Fonseca. Direito de laje: uma análise civil-constitucional do direito de superfície em segundo plano. **Revista de Direito da Defensoria Pública,** Rio de Janeiro, ano 20, n. 22, p. 1-340, 2007. Disponível em: https://www.academia.edu/44169760/Direito_de_Laje_uma_an%C3%A1lise_civil_constitucional_do_direito_de_superf%C3%ADcie_em_segundo_grau. Acesso em: 08 nov. 2022.

MAZZEI, Rodrigo. **Direito de Superfície.** Salvador, Juspodivm, 2013.

PEREIRA, A. R. **O direito de superfície, o direito de laje e o reflexo no direito urbanístico.** 69 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico Forenses). Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014. Disponível em: <https://estudogeral.uc.pt/handle/10316/28587>. Acesso em: 08 nov. 2022.

PORTUGAL. **Decreto-Lei n.º 47344**. Código Civil (CC). Lisboa: Diário do Governo n.º 274/1966. Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1966-34509075>. Acesso em: 05 dez. 2022.

SUIÇA. **Code civil suisse** du 10 décembre 1907, en vigueur depuis le 1er janv. 1912. Fedlex, 1912. Disponível em: https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/24/233_245_233/fr#lvl_0/lvl_E. Acesso em: 05 dez. 2022.

Notas de fim

- 1 Bacharelado do 9º período de Direito, UNIG – campus V.
- 2 Mestrando pela Fundação Universitária Iberoamericana (Funiber); Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Universidade Veiga de Almeida; Professor da Universidade Iguazu, campus V, assistente em Pós-graduação Direito Penal e Processo Penal e Graduação de Direito; Integrante da Banca para Provimento do cargo de Conselheiro Tutelar do Município de Porciúncula, RJ; Assessor Especial de Gabinete Prefeitura de Itaperuna, RJ; Assessor Jurídico da Procuradoria de Itaperuna- RJ. Advogado.
- 3 Estudante de Medicina; estagiária no serviço de cirurgia geral do Hospital São José do Avaí; estagiária no serviço de cirurgia plástica no Hospital São José do Avaí; Membro da Liga Acadêmica de Neurocirurgia UNIG, Liga Acadêmica de Cirurgia Plástica Estética e Reparadora Dr. Clódio Draxler; Monitora na disciplina Farmacologia II.
- 4 PEREIRA, A. R. O direito de superfície, o direito de laje e o reflexo no direito urbanístico. 69 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico Forenses). Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014. Disponível em: <https://estudogeral.uc.pt/handle/10316/28587>. Acesso em: 08 nov. 2022.

12. Doação inoficiosa: (im)prescritibilidade

Bruna Diniz Pereira¹

DOI: 10.52695/978-65-5456-016-0.12

Introdução

Considera-se doação o contrato em que o doador, por ato de liberalidade, transfere ao donatário parte do seu patrimônio, bens ou vantagens, sem receber remuneração. A liberalidade do doador não é plena, pois o legislador estabeleceu certos limites que devem ser respeitados, sob pena de nulidade total ou parcial da doação. Há casos em que, para proteger o doador, veda-se a doação universal, em que se doam todos os bens sem a reserva do mínimo para a sobrevivência.

Protege-se também o interesse de terceiros, como no caso da proteção da legítima, razão pela qual há a vedação a doação inoficiosa. O Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002) prevê que será nulo o que exceder a legítima. No entanto, não há consenso na doutrina a respeito da sujeição a prazos decadenciais e prescricionais.

Analisando a jurisprudência, verifica-se que o Superior Tribunal de Justiça (STJ), que já possuía jurisprudência baseada no Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916), promoveu um debate sobre o tema para analisar se seria adequado atualizar seu entendimento. Por essa razão, analisa-se os entendimentos doutrinários sobre a temática, bem como decisões da Corte Cidadã, para tanto, utilizou-se a metodologia bibliográfica, descritiva e comparativa.

Doação inoficiosa

O Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002) previu, em seu artigo 549, que é nula a doação quanto à parte que exceder a de que o doador, no momento da libera-

lidade, poderia dispor em testamento. Esse dispositivo trata do que a doutrina atribuiu o termo “Doação Inoficiosa”, sendo “aquela que traduz violação da legítima dos herdeiros necessários” (GAGLIANO, 2021, p. 86).

A legítima é a porção da herança reservada por lei aos herdeiros necessários e correspondente à metade dos bens do espólio, o qual o testador não pode dispor em testamento. Desse modo, se houver um herdeiro necessário, o doador não poderá doar a parte reservada à legítima para terceiros ou em excesso para um de seus herdeiros, pois a lei limita sua liberalidade. Entende-se que só pode doar o que pode testar. Por essa razão, Paulo Lôbo afirma:

Ninguém pode dispor, mediante doação, de mais da metade de seu patrimônio, se houver herdeiros necessários. Esse é o limite proporcional adotado pelo direito brasileiro, configurado na chamada parte disponível, ou seja, a parte que o doador pode livremente doar a parentes ou a terceiros. A outra metade, indisponível, constitui a legítima dos futuros herdeiros necessários (descendentes, os ascendentes e o cônjuge), se houver (LÔBO, 2020, p. 347).

Quanto ao herdeiro, só será doação inoficiosa se superar os 50% reservados, pois, segundo o art. 544 do CC/2002 (BRASIL, 2002), as doações de ascendentes a descendentes, ou de um cônjuge a outro, importam em adiantamento do que lhes cabe por herança. O termo, conforme o entendimento de Agostim Alvim, origina-se da violação do ofício de ser pai, que peca contra seu dever, seu ofício de ser pai ao doar em excesso para um dos filhos ou estranho, razão pela qual utiliza-se o prefixo negativo *in* (GAGLIANO, 2021).

A preservação da legítima é objeto de críticas pela doutrina, razão pela qual destaque as críticas tecidas por Pablo Stolze Gagliano:

Poderia, talvez, o legislador resguardar a necessidade da preservação da legítima apenas enquanto os herdeiros fossem menores, ou caso fossem vulneráveis, situações que justificariam a restrição à faculdade de disposição do autor da herança. Mas estender a proteção patrimonial a pessoas maiores e capazes é, no nosso entendimento, a subversão do razoável (GAGLIANO, 2021, p. 90).

O doutrinador defende, ainda, que a limitação afronta o direito constitucional de propriedade impedindo “o de cujus de dispor do seu patrimônio como bem

entendesse” (GAGLIANO, 2021, p.91), entendendo como injustificada a manutenção da reserva da legítima. Além da existência de críticas a respeito da existência da previsão da doação inoficiosa, o assunto causa outras divergências relacionadas à forma em que o herdeiro poderá exercer o direito de invalidar a doação.

Ação declaratória de nulidade

O herdeiro necessário utiliza-se da ação declaratória de nulidade da parte inoficiosa, chamada de ação de redução, para questionar a legalidade da doação. Quanto ao objeto da demanda, o art. 549 do CC/2002 diz que a nulidade alcança somente a parte que exceder a proteção da legítima, conservando o restante do contrato, sendo um reflexo da função social do contrato, preservando, o tanto quanto possível, a autonomia privada (TARTUCE, 2022, p. 1675). Todavia, Lôbo (2020) ressalta que, se a coisa for indivisível, a nulidade alcançará todo o contrato de doação. Em relação ao valor do patrimônio, este será analisado no momento da liberalidade da doação (TEPEDINO; KONDER; BANDEIRA, 2021).

No entanto, Tartuce (2022) ressalta que, em caso de doações sucessivas, a regra deve ser mitigada, sob pena de facilitar a burla à proteção da legítima. “Seguimos a posição de se considerar da última doação até a primeira, reconhecendo-se a invalidade de todas aquelas que extrapolaram a quota dos herdeiros necessários” (TARTUCE, 2022, p. 1677). Nesse sentido, Paulo Lôbo ainda destaca que se soma os valores que se fizeram em todo o tempo em que o doador tinha herdeiros necessários, mas não serão levadas “em conta as doações feitas ao tempo em que o doador não tinha herdeiros necessários” (LÔBO, 2020, p. 347).

Nessa senda, Carlos Roberto Gonçalves (2021) ressalta que se tem decidido que o ainda não nascido não possui direito nem expectativa de direito sobre o patrimônio de seu genitor, não podendo requerer a nulidade da doação já efetuada.

Quanto a legitimidade para propor a ação, Paulo Lôbo (2020, p. 347) afirma que deve ser promovida pelos que potencialmente seriam herdeiros necessários, quais sejam: os descendentes, os ascendentes e o cônjuge. Deve-se incluir no rol o companheiro, pois, conforme Tartuce (2022) observa, após decisão, com Repercussão Geral proferida no Recurso Extraordinário 878694/MG, julgado em maio de 2017, foi garantida equiparação sucessória da união estável ao casamento, tratando-se a ação de uma consequência sucessória.

Em relação à legitimidade do Ministério Público, por outro lado, Paulo Lôbo (2020, p.348) destaca que a “nulidade não é de ordem pública, mas no exclusivo interesse dos herdeiros necessários” (LÔBO, 2020, p. 348). Desse modo, defende que restrição da legitimidade aos herdeiros necessários para propor a ação de redução alcança o Ministério Público, que não pode alegá-la nem o juiz pode decretar de ofício.

O herdeiro não precisa aguardar a abertura da sucessão, pois a ação possui como objeto o contrato entre vivos. Quanto ao prazo para propor a ação, este é objeto de debate e divergência doutrinária. Para analisar a temática, importante fazer uma breve análise sobre a invalidade do negócio jurídico e os fenômenos da prescrição e decadência.

Breve análise acerca da invalidade de negócio jurídico

Todo contrato é um negócio jurídico, portanto, devem observar os elementos constitutivos dos negócios em geral: os planos de existência, de validade e eficácia descritos na famosa Escada Ponteano de Pontes de Miranda (TARTUCE, 2022). Conforme ensinam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2017), o plano de existência relaciona-se aos requisitos mínimos, básicos e essenciais, relativos ao próprio negócio. O plano de validade estudaria a aptidão do negócio jurídico para produzir efeitos. No plano de eficácia, seria analisada a capacidade de produção de efeitos imediatos e as submissões aos elementos acidentais.

O objeto de estudo está inserido no plano de validade, o qual só será observado caso o de existência esteja completo. No plano de existência, há os seguintes pressupostos: agente, vontade, objeto e forma. Presentes, passa-se à análise do plano de validade, os quais qualificam os elementos: o agente deve ser capaz; a vontade livre; o objeto lícito, possível, determinado ou determinável e a forma prescrita ou não defesa em lei (TARTUCE, 2022, p. 555).

O negócio jurídico que não preenche os requisitos de validade sofrerá uma sanção: a invalidade do negócio jurídico. Esta é sanção genérica, que incidirá, na prática, de duas formas: nulidade ou anulabilidade. Neste trabalho, será adotada a classificação apontada por Tartuce (2022), a qual descreve duas espécies de nulidade: absoluta (nulidade em sentido estrito) e relativa (anulabilidade).

Para diferenciar os institutos, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2019, p. 550) afirmam que o ato será nulo (nulidade absoluta) em virtude de interesse público superior, por isso, além das partes, terceiro interessado e Ministério Público podem arguir. A questão é decidida por meio de ação declaratória de nulidade, a qual será proferida sentença de natureza declaratória com efeitos retroativos. Ademais, operam de pleno direito, podendo ser pronunciada de ofício e reconhecida a qualquer tempo pelo magistrado, razão pela qual não se sujeitam a prazo prescricional ou decadencial.

Por outro lado, ao detalharem nulidade relativa, apontam o fato de o ato anulável atingir interesses particulares, assim, apenas legítimos interessados podem alegá-la, não operando de pleno direito, nem será declarada de ofício pelo magistrado. Será combatida por ação anulatória a qual será proferida sentença de natureza desconstitutiva com efeitos retroativos, e somente poderá ser alegada judicialmente se respeitar os prazos decadenciais e prescricionais.

O direito não pode ficar pendente infinitamente no tempo, desse modo, os prazos decadenciais e prescricionais surgem como forma de segurança, certeza e estabilidade das relações. Nesse sentido, Flávio Tartuce destaca a máxima: “o Direito não socorre aqueles que dormem” (TARTUCE, 2022, p.671-672). A distinção dos institutos era difícil no Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916), os prazos de prescrição e decadência estavam concentrados, o que gerava confusão. Por outro lado, no Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), a diferenciação foi facilitada em razão do princípio da operabilidade, pelo qual se busca a simplicidade e a facilitação dos institutos jurídicos privados (TARTUCE, 2022).

A prescrição encontra-se prevista no art. 189 do CC/2002: “Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206” (BRASIL, 2002). Convém destacar o ensinamento de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald: “a prescrição tem de ser compreendida a partir de uma dualidade conceitual, servindo, a um só tempo, para extinguir situações jurídicas (prescrição extintiva) e para consolidar situações que se protraem, perpetuam, no tempo (prescrição aquisitiva)” (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 734). E o de Carlos Roberto Gonçalves: “Em um e outro caso, no entanto, ocorrem os dois fenômenos: alguém ganha e, em consequência, alguém perde” (GONÇALVES, 2021, p. 720).

Farias e Rosenvald (2017) destacam, citando a obra de Agnelo Amorim Filho, que somente direitos subjetivos patrimoniais estão sujeitos aos prazos

prescricionais. Tais direitos conferem ao seu titular uma pretensão de exigir de alguém um determinado comportamento, que, ao não ser realizado, o titular pode exercer a pretensão. Defendem que os direitos extrapatrimoniais são imprescritíveis, mas submetem-se a prazo para que se pretenda uma reparação pecuniária pelo dano sofrido. Portanto, violado o direito, nascerá a pretensão, operando-se a prescrição, ocorrerá a perda da pretensão, atacando a exigibilidade de um direito subjetivo patrimonial, não o direito em si.

Quanto à decadência, também chamada de caducidade, Farias e Rosenvald destacam o conceito “ocorre decadência quando um direito potestativo não é exercido, extrajudicialmente ou judicialmente, dentro do prazo para exercê-lo, o que provoca a decadência desse direito potestativo” (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 770). Desse modo, a decadência faz extinguir o próprio direito potestativo, os quais, conforme os ensinamentos de Farias e Rosenvald (2017, p. 770), são exercidos por mera manifestação do titular, submetendo terceiros, que estão em um estado de sujeição, a sua vontade. Não podem ser violados, desse modo, não há pretensão.

Em virtude do princípio da operabilidade, os prazos de prescrição foram concentrados em dois artigos da parte geral do Código Civil (BRASIL, 2002): o art. 205, com prazo geral de 10 anos e o art. 206 com os prazos especiais, podendo variar de um a cinco anos. Os demais prazos encontrados em outros artigos do Código Civil (BRASIL, 2002) são decadenciais.

Tartuce (2022, p. 672) defende que o Código Civil de 2002 adotou os ensinamentos de Agnelo Amorim Filho, que associou os prazos prescricionais e decadenciais às ações. As ações condenatórias, como cobrança e reparação de danos, sujeitam-se a prescrição. A ação constitutiva positiva ou negativa (anulatória) ao fenômeno da decadência e ação declaratória (como aquelas que buscam a nulidade absoluta de um negócio) não se submetem à decadência e prescrição.

Quanto à doação inoficiosa, o art. 549 dispõe: “Nula é também a doação quanto à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento” (BRASIL, 2002). Logo, em interpretação literal, concluir-se-ia que se trata de ação declaratória, que não se submete a prazos decadenciais e prescricionais.

No entanto, Tartuce (2022) informa que não é pacífico o entendimento a respeito da imprescritibilidade e incaducabilidade das ações declaratórias.

Para exemplificar, separa a doutrina em três correntes, as quais se reproduzem na discussão quanto a prescritibilidade e caducidade das ações de nulidade de doação inoficiosas.

A primeira corrente, defendida pelo próprio Flávio Tartuce, Álvaro Villaça Azevedo, Sílvio de Salvo Venosa, Jones Figueirêdo Alves e Mário Luiz Delgado, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, dentre outros grandes doutrinadores, adota a premissa de que a ação de para pleitear a declaração de nulidade dos negócios jurídicos é imprescritível. Nesse sentido, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2017) defendem a imprescritibilidade baseando-se no disposto no art. 169 do CC/2002: “O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo” (BRASIL, 2002).

Outro não é o entendimento de Carlos Roberto Gonçalves: “portanto, afastadas as dúvidas, não cabe mais nenhuma discussão a respeito desse assunto. Mas, como oportunamente ressaltado, a alegação do direito pode esbarrar na usucapião consumada em favor do terceiro” (GONÇALVES, 2021, p. 638). Paulo Lôbo (2020) entende que a doação inoficiosa trata de nulidade, sendo imprescritível. Nessa mesma linha segue Gonçalves (2021). Outro não é o entendimento de Tartuce (2022), entendendo que não se sujeita a qualquer prazo, seja ele prescricional ou decadencial. Cabe ressaltar que o doutrinador entende, ainda, que o tema merece ser debatido de forma mais aprofundada pelos civilistas.

Tartuce (2022, p. 649) destaca uma segunda corrente: a que entende que os atos nulos estão sujeitos a prescrição, aplicando-se o maior prazo, o geral de dez anos previsto no CC/2002. Aponta como defensores: Maria Celina Bodin de Moraes e Heloísa Helena Barboza, citando Caio Mário da Silva Pereira. Expõe, por fim, a última corrente, a qual sustenta que a ação para declarar o ato nulo é imprescritível, mas aplica-se a prescrição em relação as outras pretensões decorrentes da nulidade, como no caso da reparação civil.

Gustavo Tepedino e Milena Donato Oliva (2020) defendem que os efeitos patrimoniais do negócio jurídico nulo se sujeitam à prescrição, apontando o prazo de dez anos para os herdeiros ingressarem com a demanda judicial. Entendimento seguido por Pablo Stolze Gagliano: “é uma doação nula, com prazo de dez anos para se formular eventual pretensão patrimonial em juízo” (GAGLIANO, 2021, p.102).

O entendimento defendido no Enunciado nº 536, da VI Jornada de Direito Civil, vai ao encontro com a última corrente: “resultando do negócio jurídico

nulo consequências patrimoniais capazes de ensejar pretensões, é possível, quanto a estas, a incidência da prescrição” (BRASIL, 2013).

O tema é bastante controverso na doutrina e, além dos entendimentos já expostos, Pablo Stolze Gagliano (2021) informa que há quem defenda que a doação inoficiosa trata de um negócio jurídico anulável sujeito a prazo decadencial de dois anos. O entendimento é defendido pelo Ministro Moura Ribeiro do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

O STJ é o responsável pela interpretação de lei federal, desse modo, importante analisar o seu entendimento. Para a verificação do tema, é de grande relevância observar a discussão tratada no Recurso Especial (REsp nº 1.755.379), julgado em setembro de 2019, na Terceira Turma. Nas palavras da doutra Ministra Nancy Andrighi, o REsp é de importância ímpar, pois joga novas luzes sobre jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que, na vigência do CC/1916, firmou o entendimento de que haveria um prazo prescricional de vinte anos para o ajuizamento da ação de anulação. Para um estudo mais aprofundado, serão analisados os votos proferidos.

O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça

O Relator do REsp nº 1.755.379, Ministro Moura Ribeiro, com intuito de promover uma discussão na Turma, proferiu um voto de qualidade ímpar, colacionando diversas doutrinas com entendimento diferente do seguido pelo STJ. Após expor os entendimentos diversos, defendeu que a doação inoficiosa está sujeita ao instituto da anulabilidade, e não nulidade absoluta, e somente pode ser oposta pelos que foram prejudicados no seu direito à legítima, uma vez que não impera o direito público.

Baseia-se no fato da doação inoficiosa apresentar características presentes nas situações de anulabilidade, com contornos diferentes ao das demais nulidades previstas na legislação civilista, tais como: o fato de envolver interesses patrimoniais privados, a ausência de legitimidade do Ministério Público, a necessidade de provocação do Poder Judiciário pelo interessado e o fato de a nulidade não atingir todo o ato, mas apenas aquilo que exceder a legítima, o que demanda uma demonstração fática detalhada. Acrescenta, ainda, que há resistência jurisprudencial e doutrinária na declaração de imprescritibilidade de interesses patrimoniais privados.

O ministro alega que o poder de terceiros interessados promoverem a invalidação de atos jurídicos anuláveis são exemplos de direito potestativo, e, portanto, sujeitavam-se ao prazo decadencial. Quanto ao termo de contagem, argumenta que iniciar o prazo da data que o herdeiro tomasse conhecimento, destacando sua indignação em relação ao entendimento de que contam do registro público:

[...] é uma tremenda covardia e fuge totalmente a razoabilidade exigir que o herdeiro necessário, cujo direito à legítima foi violado, consultasse o cartório de registro públicos periodicamente para aferir se sua genitora havia alienado, a qualquer título, o bem imóvel no qual residiu até o seu falecimento. (REsp nº 1.755.379, p. 18)

Defende, ainda, que a legislação aplicável será a da data em que tomou conhecimento. E, uma vez que não há prazo próprio estabelecido em lei, aplica-se o art. 179 do CC/02: “Quando a lei dispuser que determinado ato é anulável, sem estabelecer prazo para pleitear-se a anulação, será este de dois anos, a contar da data da conclusão do ato” (BRASIL, 2002).

Desse modo, defendeu que a doação inoficiosa é ato anulável que se submete a prazo decadencial de dois anos, contados da ciência inequívoca do herdeiro cuja legítima foi desrespeitada. Aponta, ainda, outra solução, a qual entende prematura: a de que se trata de nulidade absoluta, não operando prescrição e decadência.

No mesmo julgamento, a Ministra Nancy Andrighi expõe que concorda que trata de um direito potestativo, pois cabe ao donatário apenas se sujeitar à declaração de nulidade do que exceder a metade do patrimônio disponível do doador. Por outro lado, entende que se trata declaração de nulidade absoluta, pois baseando-se na literalidade do Código Civil, entende que a doação inoficiosa é ato eivado de “nulidade absoluta textual”, razão pela qual, não se aplica o art. 179 do CC/2002, o qual prevê prazo de dois anos apenas sobre situações de nulidades relativas.

Destaca, ainda, que há de se analisar o prazo decadencial apenas se houver prazo expressamente previsto no Código Civil para exercer o respectivo direito potestativo e, em virtude da ausência de regra específica para o exercício do direito de nulificar o ato, não se aplica o prazo decadencial. Conclui que a doação inoficiosa é ato nulo que não se submete a prazo prescricional e decadencial.

No entanto, os Ministros Moura Ribeiro e Nancy Andrighi foram vencidos. Votaram a favor da ocorrência da prescrição os Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva, Paulo de Tarso Sanseverino e Marco Aurélio Bellizze.

O Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva afirma que a matéria não é nova na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e que a corte já se manifestou inúmeras vezes sobre o tema, possuindo uma base sólida; para tanto, colacionou diversos julgados que evidenciavam o alegado. Defende que o STJ, especialmente em razão de sua missão constitucional, deve primar pela estabilidade, integridade e coerência da sua jurisprudência, inexistindo qualquer peculiaridade que demande a adoção de solução diversa daquela alcançada nos precedentes referidos.

Desse modo, apesar da tentativa do Relator de se promover uma nova análise da temática, o Ministro votou pela manutenção da jurisprudência, defendendo que opera o prazo prescricional na ação de nulidade de doação inoficiosa, utilizando os critérios estabelecidos ainda na vigência do antigo Código.

O prazo conta-se a partir do registro do ato jurídico que se pretende anular, em virtude da segurança jurídica, na qual presume-se que, com o registro, o ato ganha publicidade, sendo oponível erga omnes, gerando efeitos a terceiros, sob pena de perpetuar instabilidade jurídica e das relações sociais.

O Ministro Paulo de Tarso Sanseverino acrescenta que, em nome da paz social, o STJ há anos aplica o entendimento a doação inoficiosa. Destaca que a doação inoficiosa apresenta características próprias das anulabilidades, sobretudo porque tem como objetivo preponderante a proteção de interesses patrimoniais privados, que só interessam ao herdeiro prejudicado pela excessiva liberalidade, único legitimado a propor a demanda, além do fato de a nulidade não atingir toda a doação, mas apenas a parte inoficiosa.

Entende que a imprescritibilidade é exceção e não regra. Assim sendo, caso o registro da doação ocorra na vigência do Código Civil de 1916, aplicará o antigo prazo vintenário. Todavia, na constância do Código Civil de 2022, será adotado o prazo de dez anos, como dispõe o art. 205 do CC/2002 (BRASIL, 2002).

Por fim, importante destacar a observação do Ministro Marco Aurélio Bellizze, o qual entende que a questão merece maior reflexão em relação aos casos aplicados na égide do Código Civil atual, uma vez que no caso analisado no REsp foi aplicado o de 1916. Apesar de votar pela prescritebilidade, defende que

se mostra indevida a utilização de critérios adotados pelo Código Civil de 1916 (tais como a distinção entre direitos reais e pessoais, a incidir, nesse último caso, o prazo geral), há muito hostilizados pela doutrina especializada e, por conseguinte, não reproduzidos pelo Código Civil de 2002. Entende que a reflexão pode, inclusive, gerar a alteração de modificação da jurisprudência do STJ.

Não obstante, o entendimento atual é pela manutenção da jurisprudência fixada na vigência do Código Civil de 1916. Assim sendo, o entendimento consolidado da Terceira Turma do STJ é o de que, diante da inexistência de prazo específico, a ação de nulidade de doação inoficiosa se submete ao prazo vintenário, se regida pelo CC/1916, ou decenal, se regida pelo CC/2002, contados do registro público.

Cabe ressaltar que, inclusive os que tiveram seu voto vencido, aplicam o entendimento firmado pela turma quando julgam monocraticamente, como ocorreu com a Ministra Nancy Andrighi no julgamento do REsp 1.933.685-SP:

A jurisprudência desta Corte, em especial desta 3ª Turma, foi consolidada e reafirmada, recentemente, no sentido de que a ação de nulidade de doação inoficiosa se submete a prazo vintenário, se regida pelo CC/1916, ou decenal, se regida pelo CC/2002, razão pela qual descabe a tese de ausência de prazo, prescricional ou decadencial, para que se questione judicialmente a doação inoficiosa. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma. Recurso Especial 1.933.685. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 15/03/2022).

O prazo prescricional inicia-se a partir do registro da doação, todavia o STJ vem entendendo que, caso haja ciência inequívoca do herdeiro em data anterior, esse será o início do prazo, conforme entendimento exposto no REsp 1.933.685-SP, julgado em março de 2022.

A quarta turma também entende pela aplicação da prescrição nos casos da doação inoficiosa:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - AÇÃO ORDINÁRIA - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO. INSURGÊNCIA RECURSAL DA AUTORA. 1. Esta Corte firmou o entendimento no sentido de que no caso de ação em que se busca invalidar doação inoficiosa, o prazo prescricional, na vigência

do Código Civil de 1916 é o vintenário e conta-se a partir do registro do ato jurídico impugnado. Precedentes.

2. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “o prazo para pleitear a anulação de negócios jurídicos praticados com fraude à lei, sob a égide do Código de 1916, era vintenário”. REsp 718.044/RS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 18/11/2014, DJe 19/12/2014). Incidência da Súmula 83 do STJ. 3. Agravo interno desprovido. (grifei. AgInt no AREsp 1872777. QUARTA TURMA. RELATOR Ministro MARCO BUZZI. Data do julgamento 04/04/2022)

Desse modo, apesar de ser objeto de crítica pela doutrina, é inegável que o STJ possui entendimento estável, uma vez que as duas turmas de Direito privado possuem entendimento consolidado acerca da aplicação da prescrição às doações inoficiosas, contando-se, em regra a partir da data do registro.

Conclusão

Apesar do entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no sentido de que se aplica à doação inoficiosa o fenômeno da prescrição, tal entendimento, para muitos doutrinadores, afronta o desejo do legislador, que o optou pela nulidade das doações. Situação mais grave encontra-se no início do prazo prescricional, qual seja: o registro público. Por mais que detenha o caráter de publicidade, não há cabimento exigir que a família fique observado todos os atos de disposição de patrimônio do autor da herança.

No caso do REsp nº 1.755.379, a autora da herança residia na casa doada. Desse modo, qual razão teriam os herdeiros de procurarem o registro de imóvel para consultar se ainda era proprietária? Os herdeiros devem invadir a vida do titular da herança de tal maneira a vigiar cada passo que dará em vida? Devem procurar os registros de imóveis de forma periódica e, até mesmo evasiva? Exigir essas posturas do herdeiro mais se parece com um ato de corvina. Apesar do entendimento basear-se na segurança jurídica, causa o contrário: legitima as fraudes à legítima, que, apesar de ser objeto de críticas, é direito amparado pelo legislador.

Tendo em vista que o STJ optou pela corrente que entende pela prescritebilidade da pretensão, entendo que, baseando-se na boa-fé e na vivência comum das famílias, o termo inicial de contagem deve ser aquele em que teve ciência ou deveria ter (como no caso de abertura de herança), sob pena de condenar o herdeiro a ser um eterno fiscal da liberalidade de quem, um dia, poderá herdar.

Não obstante, defende-se que o ideal seria deixar de aplicar, fundamentando-se na estabilidade da jurisprudência, os parâmetros da época do antigo Código. A temática deve ser levada a uma discussão mais aprofundada durante a vigência do Código Civil de 2002, adotando-se os critérios por ele trazidos.

Referências

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Institui o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil de 1916. Revogado pela Lei nº 10.406, de 2002. Rio de Janeiro: Diário Oficial da União, 1916. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm. Acesso em: 28 mai. 2022.

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

BRASIL. **Enunciado nº 536**. VI Jornada de Direito Civil. Brasília: Conselho Federal de Justiça, 2013. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/147>. Acesso em: 31 mai. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **Recurso Especial nº 1.755.379**. O Superior Tribunal de Justiça há muito firmou entendimento no sentido de que, no caso de ação anulatória de doação inoficiosa, o prazo prescricional é vintenário e conta-se a partir do registro do ato jurídico que se pretende anular. Relatora: Ministro Moura Ribeiro, 24/09/2019. Jurisprudência. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859824233/recurso-especial-resp-1755379-rj-2018-0189785-0/inteiro-teor-859824258?ref=juris-tabs>. Acesso em: 28 mai. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **Recurso Especial nº 1.933.685**. A jurisprudência desta Corte, em especial desta 3ª Turma, foi consolidada e reafirmada, recentemente, no sentido de que a ação de nulidade de doação inoficiosa se submete a prazo vintenário, se regida pelo CC/1916, ou decenal, se regida pelo CC/2002, razão pela qual descabe a tese de ausência de prazo, prescricional ou decadencial, para que se questione judicialmente a doação inoficiosa. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 15/03/2022. Jurisprudência. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1481297359/recurso-especial-resp-1933685-sp-2021-0008578-1>. Acesso em: 28 mai. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.872.777**. Esta Corte firmou o entendimento no sentido de que no caso de ação em que se busca invalidar doação inoficiosa, o prazo prescricional, na vigência do Código Civil de 1916 é o vintenário e conta-se a partir do registro do ato jurídico impugnado. Relatora: Ministro Marco Buzzi, 04/04/2022. Jurisprudência. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1482591711/agravo-interno-no-agravo-em-recurso-especial-agint-no-aresp-1872777-rj-2021-0117478-8>. Acesso em: 28 mai. 2022.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Contratos, Teoria Geral e Contratos em Espécie**. 7. ed., v. 4. Salvador: Juspodivm, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Contrato de doação**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: volume 1: parte geral**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, v. 3, 2021.

LÔBO, Paulo. **Coleção Direito civil**. 6. ed., v. 3. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA Paula Greco. **Fundamentos do direito civil**. 2. ed., v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **Fundamentos do direito civil: Teoria Geral do Direito Civil**. 2. ed., v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

Notas de fim

1 Especialista em Direito Privado pela UCAM.

13. A pandemia de Covid-19 e suas implicações no direito civil: um olhar sobre o acesso à saúde pública

Ana Paula Borges de Souza¹

Gilson Borges de Souza²

Fernanda Castro Manhães³

DOI: 10.52695/978-65-5456-016-0.13

Introdução

A pandemia de Covid-19, causada pelo coronavírus (SARS-CoV-2), foi reconhecida como tal pela Organização Mundial da Saúde (OMS), passando a se caracterizar como uma crise humanitária devido a sua capacidade alta de transmissão e os impactos que causa, sobretudo nos âmbitos sociais e econômico. Os primeiros meses de 2020 foram marcados pela incerteza, contagem exponencial de casos e óbitos e de medidas para a contenção da transmissão, como o distanciamento social. Assim, as atividades consideradas não essenciais foram suspensas como uma medida de prevenção. Ao mesmo tempo, aumentavam os casos atendidos pelos hospitais públicos nacionais, causando dificuldades em seu acesso.

Rizzo e Tomé (2022) nos lembram que a saúde é um direito garantido pela nossa Constituição Federal, devendo o Estado fornecer tratamentos à população por meio do Sistema Único de Saúde (SUS), instituído a partir da Lei nº 8.080/1990 e Lei nº 8.142/1990 (BRASIL, 1990a; 1990b). Contudo, sabe-se que esse acesso historicamente é dificultoso ante à precarização das instituições que fornecem o atendimento à saúde da população, ao que diz respeito à estrutura, materiais e efetivo. Esses autores ainda ressaltam a falta de uma política nacional que realmente melhore a capacidade de funcionamento do sistema.

Diante deste cenário, cabem questionamentos sobre a efetividade da garantia do acesso à saúde pública e a repercussão da pandemia de Covid-19 sobre a asseguarção dos direitos civis de acesso ao SUS. Para Kiss e Gonçalves (2020), a situação resulta na construção de um verdadeiro “minotauro” quando o tema é o acesso aos tratamentos face ao esvaziamento dos leitos, principalmente nos casos de tratamento intensivo (UTI’s). A situação também repercute na sensação de pânico criado em alguns grupos sociais que estão mais vulneráveis à contaminação, bem como aos próprios profissionais da saúde que se encontraram, sobretudo nos primeiros seis meses da pandemia, em plena exaustão física e emocional.

Com base neste entendimento, realizamos uma revisão bibliográfica que busca investigar as principais evidências de portais de divulgação científica acerca da asseguarção do acesso ao SUS, diante do cenário pandêmico. Questionamos: quais as principais evidências dos trabalhos publicados durante esse período (2020-2022) à asseguarção dos direitos civis no atendimento à saúde da população? O fato leva ao aumento de casos de judicialização da saúde, que revela o desrespeito à vida e à saúde humana. Sobre a judicialização, Rizzo e Tomé (2022, p. 25) explicam que ela: “[...] deve existir na dimensão do direito à vida, logo, diante de um conflito de interesses entre o orçamento, manutenção e custeio de uma saúde pública de qualidade e o direito à vida, deve prevalecer o direito vital”. Ainda, de acordo com Neto, Ferreira e Teixeira (2020, p. 269),

A judicialização da saúde pública, caracterizada pela apresentação de demandas em que se pretende, coercitivamente, impor aos entes federativos e/ou suas autarquias e fundações a dispensação de determinadas tecnologias, como medicamentos, insumos, órteses e próteses, tratamentos e cirurgias, revela-se como um tema de amplo debate, quer na seara acadêmica quer na esfera das Cortes de Justiça, inclusive com a fixação de precedentes vinculantes que norteiam e orientam os julgamentos proferidos pelo Poder Judiciário sob a ótica de pleitos por medicamentos de alto custo, de medicamentos sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária e sob a tônica da responsabilidade solidária dos entes federativos na concretização das prestações do Sistema Único de Saúde (SUS).

Iniciamos nossa exposição abordando a pandemia de Covid-19 e os seus impactos na saúde pública em nosso país. Após, explicamos a metodologia uti-

lizada para a realização deste estudo. Em seguida, comentamos os principais resultados divulgados nos trabalhos encontrados em nossa revisão bibliográfica, buscando uma articulação entre os direitos civis e o acesso do cidadão à saúde pública. Para finalizar, tecemos algumas conclusões.

A pandemia de Covid-19 e seus impactos na saúde pública

Nosso SUS foi implementado a partir da publicação da Lei nº 8.080/1990, com base na promoção, proteção e recuperação da saúde e dos dispositivos que se ocupam às garantias de atendimento neste âmbito à população. A implantação do SUS leva em consideração a prerrogativa de nossa Constituição Federal quanto à garantia da saúde como um direito humano fundamental a ser exercido pelo Estado. No artigo 6º desta lei, a vigilância sanitária e epidemiológica são ações que devem ser desenvolvidas pelo sistema de saúde pública no Brasil (BRASIL, 1990a).

Por sua vez, a Lei nº 8.142/1990 determina que a população deve participar de forma ativa da gestão do SUS, com base em instrumentos como as Conferências de Saúde e os Conselhos de Saúde. Além disso, o Fundo Nacional de Saúde (FNS) é criado como uma forma de destinação de recursos para a cobertura da saúde da população. Diferentemente de países como os Estados Unidos, onde a saúde é privada e deve ser acessada apenas por meio de convênios particulares, no Brasil o SUS é custeado pelo Governo Federal e busca assegurar tratamentos de qualidade gratuitamente. Apesar de constituir um avanço, principalmente para as populações carentes, a universalização do SUS envolve muitos problemas, conforme apontam Rizzo e Tomé (2022, p. 19):

Embora o conceito do SUS tenha sido uma enorme evolução em relação à situação anterior, já que abriu a perspectiva de atendimento a parcelas da população inteiramente desassistidas, a realidade tem sido muito mais desafiadora do que a pretensão dos legisladores e a capacidade dos executores públicos. A realidade é que o SUS ainda tem se revelado incapaz de oferecer assistência a todos, levando crescentes camadas da população à demanda da saúde suplementar, por meio dos serviços oferecidos pela iniciativa privada.

A deflagração da pandemia de Covid-19, conforme continuam Rizzo e Tomé (2022) tornou essa realidade ainda mais complexa, principalmente quanto aos protocolos a serem tomados e tratamentos oferecidos por meio desse sistema. Essa realidade abre precedentes, inclusive para que o poder judiciário questione e determine mudanças quanto a esses quesitos, uma vez que não se adotou uma ampla política de combate nacional ao coronavírus. Assim, a judicialização da saúde tem sido utilizada como um meio de garantia da vida, ante às limitações orçamentárias impostas pelos Governos, como, por exemplo a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 55 de 2019, que apenas autoriza a destinação de recursos para a Saúde e Educação após 20 anos de sua publicação.

A situação pandêmica foi declarada pela Organização Mundial da Saúde em 2020. Considerada como uma crise humanitária face às dificuldades no acesso à população à tratamentos de qualidade que garantam a vida como direito humano fundamental, a pandemia de Covid-19 não revela fragilidades apenas no SUS, mas também em diversos setores sociais como a economia e a asseguaração do bem-estar da população. Santos *et al.* (2020) explicam como o distanciamento social foi uma importante medida para a contenção do vírus, mas, ao mesmo tempo, suscitou debates sobre a legitimidade da paralisação de alguns serviços, indicando que as camadas mais pobres de nossa sociedade não seriam beneficiadas com esse direito.

Enquanto o número de casos de infecção e morte pelo vírus aumentam, as defesas quanto à necessidade de continuidade das ações econômicas tomaram os noticiários, principalmente nos primeiros meses de 2020, mesmo sendo o contato no trabalho uma das principais formas de contágio. O Brasil logo se tornou o epicentro da situação pandêmica na América do Sul, constituindo também o segundo maior país em número de casos no mundo, estando atrás apenas dos Estados Unidos. “A chegada da pandemia ao país agravou as desigualdades de uma conjuntura na qual trabalhadoras(es) acumulam perdas relevantes de direitos trabalhistas e previdenciários” (SANTOS *et al.*, 2020, p. 2).

A categoria vulnerabilidade é importante para a construção de nossa pesquisa, já que a pandemia de Covid-19 afeta os grupos sociais considerados mais vulneráveis aos riscos que uma situação como essa pode oferecer. Essa categoria, para Santos *et al.* (2020) está relacionada ao aumento da capacidade de distribuição de casos e óbitos à determinados grupos sociais relativos às variações de “[...] gênero, idade, ocupação, escolaridade [...] precarização do

trabalho [...] que expressam a sobreposição dinâmica de determinantes sociais como raça, gênero e classe social” (SANTOS *et al.*, 2020 p. 4).

Outra categoria que se tornou vulnerável no contexto pandêmico foi a que engloba os trabalhadores de funções consideradas como essenciais com o Decreto nº 10.282/2020. São essenciais os setores considerados indispensáveis para o atendimento da sociedade que, quando não oferecidos, colocam em risco a organização social, a saúde, a sobrevivência e a segurança da população. Sobre a definição das atividades essenciais, que conseqüentemente não poderiam parar ante ao distanciamento social:

Paralelo a esse cenário, ainda estão sob risco os trabalhadores que compõem os serviços essenciais. Esses serviços são aqueles considerados indispensáveis ao atendimento das necessidades da população. Além das(os) trabalhadoras(es) da saúde, pode-se mencionar os serviços de proteção (policiais, agentes penitenciários, bombeiros), ocupações de escritório e apoio administrativo (bancários, correios e mensageiros, representantes de atendimento ao paciente), ocupações de serviços comunitários e sociais (assistentes sociais, conselheiros) e até ocupações de construção e extração (encanadores, instaladores de fossas sépticas, reparo de elevadores). Essas ocupações devem ser contempladas pelas intervenções em saúde pública, já que podem constituir fontes potenciais de exposição ao vírus (SANTOS *et al.*, 2020, p. 5).

Na tabela 1, indicamos os dados atuais de casos e óbitos em nosso país. Ainda é digno de nota que o Brasil já se encontra com 80,5% de sua população vacinada, enquanto o índice global de vacinados é de 62,85. É possível notar uma relação direta entre a grandiosidade territorial e populacional e o aumento nas estatísticas:

Tabela 1 - Casos e óbitos por Covid-19 no Brasil (dados de 15 de agosto de 2022)
(Continua)

Local	Casos	Óbitos
Brasil	34.170.286	681.437
Centro Oeste	3.881.491	64.763

Tabela 1 - Casos e óbitos por Covid-19 no Brasil (dados de 15 de agosto de 2022)
(Conclusão)

Sudeste	13.508.577	326.816
Norte	2.726.090	50.710
Sul	7.248.746	107.828
Nordeste	6.805.382	131.320

Fonte: Coronavírus Brasil (2022).

Kiss e Gonçalves (2020) falam do labirinto que se tornou o acesso à saúde pública no país, principalmente nos períodos de pico da pandemia. De acordo com esses autores, foram intensas as procuras de leitos nas Unidades de Tratamento Intensivo (UTI's) e escassez de profissionais da saúde, medicamentos e equipamentos, mesmo com a criação de diversos hospitais de campanha. Esses fatores geraram não apenas o aumento no número de óbitos, mas também o sofrimento mental intenso de profissionais e pacientes. Outro fator foi a dificuldade da intensificação das ações em áreas estratégicas, em municípios mais populosos. Para Kiss e Gonçalves (2020), a asseguaração da saúde pública e de qualidade vem solapada pelo avanço do setor privado e pelo desinvestimento pelo Ministério da Saúde. “O direito público e a administração pública são tidas como ineptas, ultrapassadas, inflexíveis, impossíveis” (KISS; GONÇALVES, 2020, p. 6).

Quando o Governo Federal deixou à livre escolha dos Estados as formas de combate ao vírus, esse elemento foi desconsiderado. “Conforme dados divulgados pelo IBGE (2019), o país ostenta 5.570 municípios, sendo que metade da população brasileira reside em apenas 324 municípios (5,8%); em 3.670 municípios habitam, em cada um deles, até 20.000 brasileiros” (KISS; GONÇALVES, 2020, p. 7). Assim, foram intensas as notícias sobre o aumento de óbitos, as dificuldades em se abrir novos loteamentos para a realização de enterros em massa e, inclusive, o avanço de mortes pela falta de respiradores e oxigênio, principalmente no Estado de Manaus. Diante do cenário traçado, cabe questionamento sobre a forma como os cidadãos podem cobrar o seu direito à saúde, face a uma situação de ameaça, como a pandemia de Covid-19.

Metodologia de investigação

Anunciamos que a pesquisa em tela é de natureza qualitativa e tem como instrumento principal a revisão bibliográfica. A revisão é uma das principais ações para se conhecer com profundidade as ações tomadas acerca de determinado tema, como o ajuizamento de ações que assegurem a saúde durante o período pandêmico. De acordo com Gil (2002, p. 17), “A pesquisa é requerida quando não se dispõe de informação suficiente para responder ao problema, ou então quando a informação disponível se encontra em tal estado de desordem que não pode ser adequadamente relacionada ao problema”.

Além disso, Fonseca (2002) define que:

[...] a partir do levantamento de referências teóricas já analisadas, e publicadas por meios escritos e eletrônicos, como livros, artigos científicos, páginas de web sites. Qualquer trabalho científico inicia-se com uma pesquisa bibliográfica, que permite ao pesquisador conhecer o que já se estudou sobre o assunto. Existem, porém, pesquisas científicas que se baseiam unicamente na pesquisa bibliográfica, procurando referências teóricas publicadas com o objetivo de recolher informações ou conhecimentos prévios sobre o problema a respeito do qual se procura a resposta (FONSECA, 2002, p. 32).

Para a coleta dos materiais que embasaram nossa investigação, direcionamo-nos às plataformas: Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações (BDTD), portal da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) e Scientific Electronic Library Online (SciELO). Os descritores utilizados para a busca foram: “saúde e pandemia”, “direito à saúde e pandemia”, “judicialização da saúde e Covid-19”. O período selecionado para a busca está relacionado ao início da pandemia e a atualidade (2020-2022). Foram encontradas 15 publicações a partir dos descritores supracitados, dentre as três plataformas indicadas. O quadro 1 sumariza as informações relativas ao nosso corpus de pesquisa, indicando o portal no qual os textos estão publicados, o título de cada trabalho, a autoria, o ano de publicação e a natureza, se dissertação, tese ou artigo.

Quadro 1 - Trabalhos que constituem nossa revisão bibliográfica (Continua)

Portal	Título	Autoria	Natureza
BDTD	Judicialização da política de saúde e a pandemia da Covid-19: uma análise da atuação do Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade em face dos atos do Poder Executivo e Legislativo no ano de 2020	Miranda (2021)	Dissertação
SciELO	“Semente para Luta”: ativismos, direito à saúde e enfrentamentos de pessoas LGBTI na pandemia da covid-19	Kauss <i>et al.</i> (2021)	Artigo
	La tutela del derecho a la salud mental en época de pandemia	Rodriguez, Muñoz e Martinez (2020)	Artigo
	COVID-19 pandemic and the judicialization of health care: an explanatory case study	Carvalho <i>et al.</i> (2020)	Artigo
CAPEs	Repensando o direito à saúde no Brasil: aspectos críticos e desafios postos diante de um cenário de pandemia	Hogemann (2020)	Artigo
	GERDAME do Direito: a tutela penal da saúde pública frente à pandemia do novo Coronavírus	Japiassú e Souza (2020)	Artigo
	O direito à saúde na pandemia do coronavírus e as perspectivas de acesso igualitário nas redes assistenciais públicas e privadas	Pinto (2020)	Artigo
	O direito à saúde na constituição brasileira: ferramentas do SUS para enfrentar a pandemia do SarsCov2	Fibrans e Santos (2021)	Artigo
	Políticas públicas, judicialização da saúde e o período pós-pandemia	Neto, Teixeira e Ferreira (2021)	Artigo
	Judicialização da saúde e pandemia de covid-19: novos desafios para os sistemas de saúde e de justiça	Juliano, Simões e Souza (2021)	Artigo
	A judicialização da saúde no ordenamento jurídico brasileiro no contexto da pandemia Covid-19	Severo e Leão (2021)	Artigo

Quadro 1 - Trabalhos que constituem nossa revisão bibliográfica (Conclusão)

CAPES	Judicialização da pandemia e os guidelines: auto-contenção judicial no exame das escolhas trágicas envolvendo vagas em leitos de UTI realizadas por profissionais da saúde	Siqueira e Santos (2021)	Artigo
	O direito à saúde e o papel do Sistema Único de Saúde em tempos de pandemia no Brasil	Araújo <i>et al.</i> (2021)	Artigo
	O descaso com o direito fundamental à saúde dos povos indígenas no enfrentamento à pandemia de Covid-19: a consolidação de uma necropolítica no Brasil	Veronese e Almeida (2021)	Artigo
	Direito à saúde, judicialização constitucional e estado de emergência constitucional: uma perspectiva crítica da pandemia	Bacha e Silva e Bahia (2021)	Artigo

Fonte: Dados da pesquisa (2022).

Os trabalhos encontrados foram analisados a partir da Análise de Conteúdo de Bardin (1977, p. 42), definida pela autora como:

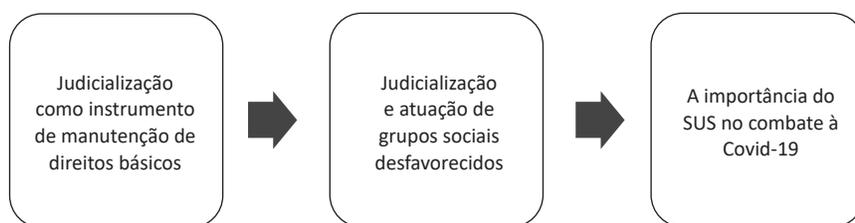
[...] um conjunto de técnicas de análise das comunicações visando obter, por procedimentos sistemáticos e objetivos de descrição do conteúdo das mensagens, indicadores (quantitativos ou não) que permitam a inferência de conhecimentos relativos às condições de produção/recepção (variáveis inferidas) destas mensagens.

Essas técnicas levam em consideração a realização do trabalho analítico em três fases: I) pré-análise; II) exploração do material e III) tratamento dos resultados obtidos e interpretação. Essa última fase é uma das principais destacadas pela autora, já que resulta na criação de categorias capazes de responder às perguntas de pesquisa tratadas anteriormente. A primeira e a segunda fase dizem respeito à forma como o material analisado é selecionado e lido, tendo em vista alcançar a terceira fase que corresponde à interpretação. Na próxima seção, indicamos as evidências levantadas pelos 15 estudos encontrados, categorizando seus enfoques de análise por meio da teoria de Bardin (1977).

Direitos civis e o acesso do cidadão à saúde pública: evidências

Após a leitura e sistematização das bibliografias encontradas em nossa coleta de dados, definimos, com a ajuda de Bardin (1977), três categorias básicas encontradas a partir dos trabalhos analisados. A primeira categoria versa sobre a *Judicialização como instrumento de manutenção de direitos básicos*. A segunda categoria enfoca a *Judicialização e atuação de grupos sociais desfavorecidos*. Por fim, a terceira categoria abrange trabalhos que reforçam a *Importância do SUS no combate à Covid-19*. Destacamos que a primeira categoria é aquela na qual se encontram a maioria dos trabalhos levantados. Na figura 1, resumiremos as categorias criadas:

Figura 1 - Categorias analíticas construídas com base em Bardin (1977)



Fonte: Elaboração própria (2022).

Passamos a comentar cada uma das categorias. Na categoria *Judicialização como instrumento de manutenção de direitos básicos*, temos o trabalho de Miranda (2021), que enfocou em sua dissertação de mestrado, o chamamento ao Poder Judiciário pela precarização no atendimento aos cidadãos à saúde pública, impactando no aumento das demandas recebidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) que mediou, durante todo o ano de 2020, a atuação dos três poderes na preservação da vida. Essa atuação do STF, conforme enfatiza a autora, se deu conforme as prerrogativas de nossa Constituição Federal, direcionando ações de judicialização cada vez mais frequentes. De acordo com a autora:

[...] o Brasil careceu de uma atuação conjunta entre as diferentes instâncias federativas no enfrentamento à pandemia de COVID-19, de tal modo que alguns conflitos, por diversas vezes, acabaram sendo dirimidos pelo

STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade, uma vez que a essa Corte compete o julgamento de demandas relativas às competências federativas. Igualmente, incluiu-se que muitas demandas em matéria de saúde pública foram debatidas pelo STF, demonstrando que a sua participação durante a pandemia da COVID-19 foi de significativa importância para garantia e proteção dos direitos fundamentais (MIRANDA, 2021, p. 113).

Em concordância, Carvalho *et al.* (2020) ressaltam que a judicialização da saúde, durante os momentos de pico da pandemia, buscaram, sobretudo, a garantia da saúde como um direito humano, desvelando como é frágil o nosso sistema de saúde em situações que demandam uma atenção maior. Esses autores ainda reforçam “[...] a incapacidade do Estado de prover os direitos aos cidadãos invisíveis em uma sociedade marcada pela desigualdade e pela enorme concentração de renda” (CARVALHO *et al.*, 2020, p. 8).

Bacha e Silva e Bahia (2021) também compartilham desse entendimento, indicando que a pandemia, apesar de trágica, traz consigo conquistas civilizatórias no ramo do direito. O período requereu um chamamento das instituições para garantir as prerrogativas de nossa Constituição. Por sua vez, Neto, Teixeira e Ferreira (2020) discorrem sobre as demandas de saúde reprimidas pelo período pandêmico, indagando quais serão as medidas tomadas para garantir a saúde da população frente ao aumento de casos e óbitos. Esses autores explicam que, desde a década de 1990, nosso Poder Judiciário tem enfrentado questões referentes à garantia da saúde pública e gratuita. Este também é entendido como de suma importância para o auxílio na reorganização do sistema no pós-pandemia, para evitar novos colapsos nas demandas por tratamentos.

Nessa mesma direção, Juliano, Simões e Souza (2021) reforçam a importância do SUS, principalmente para as camadas mais pobres de nosso país, que não têm acesso a planos de saúde ou mesmo ao custeio integral dos tratamentos resultantes da contaminação por Covid-19. Para além desse objetivo, os autores destacam que, até abril de 2020, cerca de 129 ações foram ajuizadas, tendo como principal foco o acesso à leitos de UTI (55% das ações). Outras ações também destacaram a busca por autorizações de tratamentos com o medicamento cloroquina. Conforme apontam, o aumento do número de ações demanda do Judiciário uma reorganização em relação ao atendimento e, ao

mesmo tempo, é também cobrada das unidades de saúde uma reorganização para o cumprimento das medidas resultantes das ações.

A tabela 2 expressa os motivos pelos quais a população ajuizou ações relacionadas à Covid-19 até o mês de abril de 2020:

Tabela 2 - Objetos demandados em ações judiciais relativas à saúde no contexto da covid-19, Brasil, em abril de 2020

Objeto demandado	Quantidade	Percentual (%)
Leito de UTI	71	55
Vigilância sanitária e epidemiológica	28	21,7
Equipamentos, EPI [equipamentos de proteção individual] e insumos	9	7
Saúde suplementar	5	3,9
Gestão hospitalar	5	3,9
Transporte de pacientes e amostras para Covid-19	3	2,3
Hospital de campanha	1	0,8
Outras causas	7	5,4
Total	129	100

Fonte: Juliano, Simões e Souza (2021, p. 10)

Ainda de acordo com os autores, o Estado do Rio de Janeiro foi o que mais ajuizou processos, respondendo por 72,1% das ações. Por fim, destacamos o artigo de Siqueira e Santos (2021), que ressalta a atuação do Judiciário brasileiro como os atores que detêm o poder sobre a decisão entre a vida e a morte dos brasileiros que ajuízam ações em busca de tratamento. Os autores defendem que o Judiciário não tem instrumentos para decidir sobre as reais necessidades dos pacientes explicando que estes: “não podem substituir-se, assim, aos profissionais da área médica, sob pena de ter-se violado o princípio da igualdade, com conseqüente quebra da lógica de funcionamento da triagem baseada em guideline” (SIQUEIRA; SANTOS, 2021, p. 23). Esses processos devem ser transparentes e pautados na adoção de opiniões embasadas em critérios médicos, face à garantia de igualdade no tratamento para todos.

A situação descortina ainda uma situação que dá origem a nossa segunda categoria: *Judicialização e atuação de grupos sociais desfavorecidos*, que refle-

te sobre quem, em geral, necessita ajuizar ações para garantir a saúde e a vida. No estudo de Kauss *et al.* (2021), a população de lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e intersexuais (LGBTI) é apontada como um grupo de risco, não apenas em relação à crise sanitária, mas também ao estigma social que esse grupo carrega, face à dificuldade de manutenção do emprego e da renda. Há ainda vulnerabilidades quanto à assistência à saúde especializada no vírus da imunodeficiência humana (HIV), por exemplo.

O mesmo é registrado no trabalho de Veronese e Almeida (2021), quanto à garantia da saúde da população indígena, que indica um processo de necropolítica no país. A falta de políticas para atendimentos nas aldeias, mesmo nas regiões mais remotas, provocou o aumento do número de mortes dessa população, assemelhando-se, conforme os autores, às práticas violentas promovidas durante o período colonial. “A falta de reconhecimento das diferenças culturais e identitárias, e a prevalência de uma racionalidade econômica violenta contribuem para o contexto de extermínio desses corpos” (VERONESE; ALMEIDA, 2021, p. 14). É clara uma política que se coloca contrária aos grupos sociais minoritários ou marginalizados, e essa categoria demonstra esse retrocesso.

Inaugurando uma terceira categoria: *A importância do SUS no combate à Covid-19*, Araújo *et al.* (2021) lembram do direito à saúde garantido por nossa Constituição Federal. Contudo, esses autores reforçam como esses direitos têm sido solapados, principalmente durante a pandemia. Haveria, de acordo com Araújo *et al.* (2021), uma crise de financiamento do SUS, fator que leva ao aumento nos casos de óbito pelo vírus, bem como o ajuizamento de ações na busca por tratamentos e leitos. Para eles, “[...] é preciso que diante dessa problemática, os governos, gestores e demais membros da sociedade, possam elaborar propostas para que haja o fortalecimento da gestão pública, para garantir a suficiência de recursos que sejam destinados a saúde” (ARAÚJO *et al.*, 2021, p. 6). De posse de três categorias sobre as quais nossas análises foram estabelecidas, partimos para algumas conclusões.

Conclusão

Chegamos ao fim de nossa reflexão que tratou dos impactos da pandemia de Covid-19 em relação ao acesso da população à saúde pública. Conforme já apontado, tínhamos como principal questão verificar quais as principais

evidências dos trabalhos publicados durante esse período (2020-2022) à asseguaração dos direitos civis no atendimento à saúde da população? A partir da revisão bibliográfica e Análise de Conteúdo, desenvolvida com base em Bardin (1977), definimos três categorias básicas por meio das quais os 15 trabalhos levantados foram classificados: I) Judicialização como instrumento de manutenção de direitos básicos; II) Judicialização e atuação de grupos sociais desfavorecidos e III) A Importância do SUS o combate à Covid-19.

Nossa primeira categoria é também a mais numerosa. Buscamos evidenciar sua complexidade a partir dos trabalhos de Miranda (2021), Carvalho *et al.* (2020), Bacha e Silva e Bahia (2021), Neto, Teixeira e Ferreira (2020), Juliano, Simões e Souza (2021) e Siqueira e Santos (2021). Esses trabalhos indicam que a pandemia de Covid-19 realmente é marcada pelo ajuizamento de ações para o acesso à saúde pública no país. Os trabalhos de Kauss *et al.* (2021) e Veronese e Almeida (2021) demonstram a precariedade no atendimento aos grupos mais vulneráveis, como a população LGBTI e os povos indígenas. Além desses grupos, destacamos ainda as populações com nível de renda mais baixo e a população negra, que já sofrem com o estigma social e a falta de políticas públicas para o atendimento de suas demandas mais básicas. Por fim, o texto de Araújo *et al.* (2021) demonstra a importância e, ao mesmo tempo, a precarização com a qual o SUS é tratado em nosso país.

Nossas evidências demonstram que o nosso SUS já se encontrava em uma situação crítica antes da pandemia de Covid-19, uma vez que já eram ajuizadas ações para o acesso à tratamentos e leitos. Após a deflagração, e mesmo com a criação dos hospitais de campanha, essa busca se intensificou, repercutindo na marginalização dos grupos sociais mais vulneráveis. É preciso, conforme debatemos ao longo deste capítulo, que o nosso sistema judiciário busque soluções, junto aos órgãos de controle e fomento das instituições de saúde para que as filas de processos ajuizados sejam diminuídas e para que a saúde seja, de fato, uma garantia do Estado, face ao cumprimento desta como um direito humano.

Referências

ARAÚJO, J. M. B. G. de. O direito à saúde e o papel do Sistema Único de Saúde em tempos de pandemia no Brasil. **Research, Society and Development**, [s. l.], v. 10, n. 11, e566101118005, 2021. Disponível em: <https://rsdjournal.org/index.php/rsd/article/download/18005/17859/244477>. Acesso em: 08 nov. 2022.

BACHA E SILVA, D.; BAHIA, A. G. M. F. M. Direito à saúde, jurisdição constitucional e estado de emergência constitucional: uma perspectiva crítica da pandemia. **Revista Direito e Práxis**, [s. l.], v. 12, n. 2, p. 830-860. 2021. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/50341>. Acesso em: 15 ago. 2022.

BARBOSA, C. Os desafios ao direito ante uma crise de saúde pública. **Cad. Ibero Am. Direito Sanit**, [s. l.], v. 10, n. 2, p. 307-312, jun. 2021. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/761>. Acesso em: 10 ago. 2022.

BARDIN, L. **Análise de conteúdo**. Lisboa: Edições 70, 1977.

BRASIL. **Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, 1990a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 10 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.142 de 28 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, 1990b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8142.htm. Acesso em: 10 ago. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 10.282 de 20 de março de 2020**. Regulamenta a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais. Brasília: Diário Oficial da União, 2020. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2020/decreto-10282-20-marco-2020-789863-publicacaooriginal-160165-pe.html>. Acesso em: 15 ago. 2022.

CAVALHEIRO, C. da R.; TOALDO, A. M. O direito à saúde em tempos de pandemia: como a judicialização pode ser um entrave para a efetivação da saúde pública, p. 499-506. In.: CENCI, D. R. *et al.* (Org.). **Direitos humanos e democracia: desafios jurídicos em tempos de pandemia: volume II** [recurso eletrônico]. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2020.

CARVALHO, E. C. *et al.* COVID-19 pandemic and the judicialization of health care: an explanatory case study. **Rev. Latino-Am. Enfermagem**, v. 28, e3354, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rlae/a/Z9L5sggXdBpQm5bdcywg9xn/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 15 ago. 2022.

CORONAVÍRUS BRASIL. Covid-19. **Painel Coronavírus**. Versão v2.0. [s. d.]. *Online*. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 15 ago. 2022.

FIBRANS, W. P.; SANTOS, A. P. C. A. dos. O direito à saúde na constituição brasileira: ferramentas do SUS para enfrentar a pandemia do SARS COV2. **Revista de Direito Sociais e Políticas Públicas**, v. 7, n. 1. 2021. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistadsp/article/view/7902>. Acesso em: 8 nov. 2022.

FONSECA, J. J. S. **Metodologia da pesquisa científica**. Fortaleza: UEC, 2002.

GIL, A. C. **Como elaborar projetos de pesquisa**. São Paulo: Atlas, 2002.

HOGEMANN, E. R. Repensando o Direito à Saúde no Brasil: Aspectos Críticos e Desafios postos diante de um Cenário de Pandemia. **Revista Interdisciplinar do Direito**–Faculdade de Direito de Valença, [s. l.], v. 18, n. 1, p. 97–119, 2020. Disponível em: <https://revistas.faa.edu.br/FDV/article/view/843>. Acesso em: 9 nov. 2022.

JAPIASSÚ, C. E. A.; SOUZA, A. de B. G. GENDARME DO DIREITO: a tutela penal da saúde pública frente à pandemia do novo Coronavírus. REI–**Revista Estudos Institucionais**, [s. l.], v. 6, n. 3, p. 904–923, 2020. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/568>. Acesso em: 9 nov. 2022.

JULIANO, I. A.; SIMÕES, A. F. de S.; SOUZA, L. E. P. F. de. Judicialização da saúde e pandemia de covid-19: novos desafios para os sistemas de saúde e de justiça. **Revista De Direito Sanitário**, v. 21, e0027, 2021. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/170717>. Acesso em: 15 ago. 2022.

KAUSS, B. *et al.* “Semente para Luta”: ativismos, direito à saúde e enfrentamentos de pessoas LGBTI na pandemia da covid-19. **Saúde Soc.** São Paulo, v. 30, n. 3, e201026, 2021. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sausoc/a/V7QHJpSZBpdd9TTPXqx-D9xx/>. Acesso em: 15 ago. 2022.

KISS, C.; GONÇALVES, L. A. P. Labirinto da saúde no Brasil: a pandemia e o minotauro. **Physis: Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 30, n. 3, e300305, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/physis/a/H7WDX7pXKJCxLzDtjLZBPLp/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 10 ago. 2022.

MIRANDA, S. B. P. de. **Judicialização da política de saúde e a pandemia da Covid-19**: uma análise da atuação do Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade em face dos atos do Poder Executivo e Legislativo no ano de 2020. 2021. 134 f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito/CCSO)–Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2021.

NETO, H. L.; TEIXEIRA, E. M. de S. F.; FERREIRA, V. E. N. Políticas públicas, judicialização da saúde e o período pós-pandemia. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, v. 9, n. 1. 2021. Disponível em: <https://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/883/pdf>. Acesso em: 10 ago. 2022.

- PINTO, N. R. da S. O direito à saúde na pandemia do coronavírus e as perspectivas de acesso igualitário nas redes assistenciais públicas e privadas. **Index Law Journals** – Revista de Direitos Sociais, Seguridade e Previdência Social, v. 6, n. 1. 2020. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistadssps/article/view/6509>. Acesso em: 08 nov. 2022.
- RIZZO, P. S.; TOMÉ, L. F. de F. Judicialização ao direito à saúde: o papel do Sistema Único de Saúde em tempos de pandemia. In: V Seminário de Pesquisa e Produtividade da FESV e FESVV. v.1, n.5, p.18-26, jun. 2022. **Anais** [...] [s. l.], 2022. Disponível em: <https://estacio.periodicoscientificos.com.br/index.php/ASPPFF/article/view/1287>. Acesso em: 08 nov. 2022.
- RODRIGUEZ, F. L.; MUÑOZ, C. F. M.; MARTÍNEZ, E. G. A proteção do direito à saúde mental em tempos de pandemia. **Parecer Jurídico**, v. 19, não. 40, pág. 369-392. 2020. Disponível em: <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/3337>. Acesso em: 9 nov. 2022.
- SANTOS, K. O. B. *et al.* Trabalho, saúde e vulnerabilidade na pandemia de COVID-19. **Cad. Saúde Pública**, v. 36, n. 12, e00178320, 2020. Disponível em: <https://www.scielosp.org/pdf/csp/2020.v36n12/e00178320/pt>. Acesso em: 10 ago. 2022.
- SEVERO, S. L.; LEÃO, S. D. A Judicialização da Saúde no Ordenamento Jurídico Brasileiro no Contexto da Pandemia COVID-19. **Revista Internacional CONSINTER de Direito**, ano VII, n. XIII, 2021. Disponível em: <https://revistaconsinter.com/revistas/ano-vii-numero-xiii/capitulo-01-direitos-difusos-coletivos-e-individuais-homogeneos/a-judicializacao-da-saude-no-ordenamento-juridico-brasileiro-no-contexto-da-pandemia-covid-19/>. Acesso em: 9 nov. 2022.
- SIQUEIRA, D. P.; SANTOS, M. F. dos. Judicialização da pandemia e os guidelines: autocontenção judicial no exame das escolhas trágicas envolvendo vagas em leitos de UTI realizadas por profissionais da saúde. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 17, n. 2, p. e4553, 2021. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/4553>. Acesso em: 15 ago. 2022.
- VERONESE, O.; ALMEIDA, J. R. de. O descaso com o direito fundamental à saúde dos povos indígenas no enfrentamento da pandemia de Covid-19: a consolidação de uma necropolítica no Brasil. **Pensar**, Fortaleza, v. 26, n. 3, p. 1-17. 2021. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/11838/pdf>. Acesso em: 15 ago. 2022.

Notas de fim

1 Mestranda em Cognição e Linguagem (UENF). E-mail: anapaulabs197278@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1020489706601437>

2 Mestrando em Cognição e Linguagem (UENF). E-mail: gilsonborgesdesouzaenf@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3725741567818389>

3 Docente no Programa de Pós-Graduação em Cognição e Linguagem (UENF). E-mail: castromanhaes@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1866461041232723>

14. Formas alternativas de resolução de conflitos: o dever de cooperação na constitucionalização do direito civil e processual civil

Nilo Lima de Azevedo¹
Bruna Marcelle Bastos Dias Marinho²
DOI: 10.52695/978-65-5456-016-0.14

Introdução

A promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 representou o principal momento da transição do Regime Militar, autoritário, intolerante e, muitas vezes, violento para um Estado Democrático de Direito (BARROSO, 2005). A Carta Constitucional de 1988, portanto, colabora em muito para legitimar o mais longo período de estabilidade institucional da história republicana do país (CAMBI, 2011), trazendo importantes avanços na ampliação dos espaços de participação política, bem como na maior presença de instituições de justiça (SINHORETTO, 2011).

Essas mudanças de paradigma jurídico e político tiveram efeito também no desenho da normatividade do ordenamento jurídico brasileiro, se até a transição em meados dos anos de 1980, o estalão do Direito brasileiro se encontrava nos institutos civis e penais, após esse momento a supremacia vertical da jurisdição constitucional passaram a ter influência e determinaram os contornos e conteúdo das demais áreas do Direito pátrio. Nesse sentido é que se coloca que houve um renascimento do Direito Constitucional brasileiro, que trouxe consigo um “sentimento constitucional” ao país (BARROSO, 2005, p. 4).

O Direito Civil e o Processual passam a ser encarados como instrumentos que tem como escopo alcançar os fins sociais jurídicos e políticos (CAMARA, 2010). Além disso, com tais garantias trazidas pela constitucionalização, o Direito Civil e o Processo Civil vêm tornando-se mais humano, ouvindo mais os

litigantes e buscando, em primeiro lugar, que as próprias partes entrem em um acordo, decidindo o que é o melhor para si mediante a conciliação/mediação.

Apesar das mudanças do paradigma jurídico terem seu início com a Constituição da República promulgada em 1988, apenas nos últimos anos a vontade de buscar novas formas de resolução dos crescentes conflitos por meio da conciliação e mediação — em que as partes por si próprias, ou através do auxílio de um facilitador, realizam um processo de construção da verdade — teve uma atenção maior por parte dos Poderes Legislativo e Judiciário, que começaram a editar normas para a sua regulamentação.

A conciliação pode ser definida como um processo autocompositivo breve no qual as partes ou os interessados são auxiliados por um terceiro, neutro ao conflito, ou por um painel de pessoas sem interesse na causa, para assisti-las, por meio de técnicas adequadas, a chegar a uma solução ou a um acordo (SOUZA, *et al.*, 2016, p. 20). Já a mediação pode ser definida como uma negociação facilitada ou catalisada por um terceiro. Alguns autores preferem definições mais completas, sugerindo que a mediação é um processo autocompositivo segundo o qual as partes em disputa são auxiliadas por uma terceira parte neutra.

Contudo, nesse trabalho, utilizaremos os conceitos de conciliação, mediação, negociação, solução consensual de conflitos de interesse como sinônimos, significando uma forma alternativa de resolução de conflitos, em que as partes processuais, com o auxílio de um terceiro facilitador, cuja função é aproximá-las e orientá-las para que cheguem a um consenso, resolvendo o seu conflito de forma harmoniosa, alcançando um acordo.

Nos últimos anos começaram a surgir diversas leis que trazem uma nova política pública de solução consensual de conflitos de interesse, como, por exemplo, a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) de 2010, o Novo Código de Processo Civil (CPC) de 2015 (BRASIL, 2015a), a Lei de Mediação — Lei nº 13.140, de 2015 (BRASIL, 2015b). Mas, importante também foi o Código Civil de 2002, que trouxe como princípio um direito mais dialógico, capaz de levar em conta a complexidade da sociedade e necessidade dos atores envolvidos nas interações sociais serem protagonistas das soluções dos problemas e desafios nos quais se encontram. Tal processo gera legitimidade e a justificação de um direito o qual a população passa a sentir um pertencimento ao sistema e ordenamento jurídico do qual faz parte.

Essas normas mudam os procedimentos de um processo judicial, determinando que em todas as demandas haja uma audiência de conciliação prévia que, em regra, deverá ser realizada no centro de conciliação do respectivo tribunal. Ainda, passa a ser uma exigência de todos os envolvidos no processo encontrar uma solução para aquele caso específico antes que o magistrado, que também tem esse dever, o decida segundo as suas próprias convicções.

Faz-se indispensável dizer que o Código Civil de 2002 previa, em seu bojo, que o acordo faria parte do direito cível e que poderia fazer-se valer entre as partes, nesse sentido, o presente capítulo busca informar as legislações que se seguiram para solidificar tal entendimento, qual seja, de um novo olhar para a resolução dos conflitos

Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça

Em primeiro lugar, estudaremos a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, porque, além de ser a primeira na ordem cronológica da legislação, possui um papel ímpar nas renovações institucionais, materiais e processuais do movimento de efetivação da política alternativa de resoluções de conflito no Brasil.

Ao redigir a Resolução 125, o Conselho Nacional de Justiça tomou o cuidado de justificar o porquê do órgão estar tomando a iniciativa de promover uma política pública de tal complexidade e que envolveria todos os Tribunais de Justiça do país. Assim, antes de iniciar o texto legislativo, faz-se necessárias algumas considerações, que demonstram o seu objetivo no plano judiciário que é de instituir e consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento das formas de solução consensual do conflito, tomando por justificativa a relevância e a necessidade de organização e uniformização desses serviços, evitando distinções das orientações e práticas, bem como assegurando a boa execução da política pública, respeitadas as especificidades de cada segmento da Justiça.

Dentre as formas de solução consensual de conflito, a resolução cita a conciliação e a mediação que, segundo a sua sexta consideração, são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças, conforme se verifica através de programas já implementados no país.

A mediação vem sendo utilizada em conflitos subjetivos, contínuos, que perduram no tempo, que não tem simplesmente um fim, como, por exemplo, conflitos a respeito de contratos. Já a conciliação é utilizada em conflitos mais objetivos em que não existe um relacionamento duradouro entre as partes envolvidas.

Ou seja, o que ela pretende é a implementação de uma política pública que visa a instauração de métodos consensuais de conflitos em todo o território nacional, de forma que haja uma uniformização na sua implementação, evitando disparidades que poderiam ocorrer em um país com dimensões territoriais, culturas e organizações judiciárias tão grandes e distintas.

Essa política deu-se após a compreensão de que a solução negocial não é apenas eficaz e econômica, mas, sobretudo, é um importante instrumento de desenvolvimento da cidadania, uma vez que as próprias partes passam a ser protagonistas da construção da solução que irá regular aquele litígio (DIDIER JR, 2013). Mais importante ainda é o forte caráter democrático que a participação popular no exercício do poder de solução dos litígios possui (DIDIER JR, 2013).

Já em seu primeiro artigo, a Resolução nº 125 cria a política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesse feitos para assegurar o direito a todas as pessoas à solução das lides por meios adequados, de forma a atender a peculiaridade de cada caso.

Foi dado aos órgãos judiciários a incumbência de oferecer outros mecanismos de solução de conflitos, em especial os meios consensuais, ficando o Conselho Nacional de Justiça responsável por auxiliar tais órgãos nessa incumbência. Os tribunais ainda tiveram o encargo de criar os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (artigo 7º), cujo objetivo primordial é instalar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e planejar de forma centralizada a implementação da política pública de resolução consensual dos conflitos de interesse do tribunal. Estes centros são compostos por magistrados ainda atuantes ou aposentados e servidores que terão por responsabilidade estimular programas de mediação comunitária.

Aos tribunais, ainda foi dada a incumbência da criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Centros ou Cejuscs) — sendo a sua implementação obrigatória aonde existam mais de dois juízos — como unidades do próprio Poder Judiciário, que serão responsáveis, de maneira preferencial, pelas audiências de conciliação em que já há processo

instaurado e, de forma exclusiva, às audiências pré-processuais. Sua principal finalidade é a concentração das audiências de conciliação e mediação do tribunal (SOUZA *et al.*, 2016).

Outra inovação é o Cadastro Nacional de Mediadores Judiciais e Conciliadores e os cadastros dos conciliadores e mediadores dos respectivos Tribunais de Justiça, trazidos pela Emenda 2 de 2016 que foi editada com fim de adequar a resolução às Leis nº 13.140 e nº 13.105 de 2016, nos quais constarão os servidores inscritos que já participaram dos cursos fornecidos pelos Tribunais ou pelo CNJ, e que já estão aptos a realizarem as audiências nos Núcleos e nos Centros. Também constarão nesses cadastros informações acerca da avaliação realizada pelas próprias partes — segundo parâmetros do Comitê Gestor da Conciliação.

Portanto, somente podem exercer sua função aqueles conciliadores e mediadores que tiverem inscritos no cadastro. E, para a inscrição, é necessário que já tenha participado dos cursos de capacitação, que estejam de acordo com as diretrizes curriculares estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça e compostos do estágio supervisionado (art. 12, parágrafo 3º).

Por fim, destaca-se que o artigo 8º, parágrafo 6º determina que “Os tribunais poderão, excepcionalmente, estender os serviços do Centro a unidades ou órgãos situados em outros prédios” (BRASIL, 2010), o que é intrigante, pois, como conclui Baptista, Mello, Filpo e Borzino (BAPTISTA *et al.*, 2016) no estudo de caso feito na Argentina e no Brasil, as mediações realizadas fora do ambiente do Poder Judiciário tem colaborado com uma informalidade que tem o condão de deixar as partes o mais à vontade possível, sem ter a sensação de que estão sendo julgadas e, assim, se sentirem mais confortáveis para exporem suas vontades e também para abrirem mão de sua própria verdade em favor de uma verdade conjunta, suprimindo o sentimento de derrota processual (visto que lá, muitas vezes, o processo ainda nem se iniciou).

Por outro lado, estando dentro de um Tribunal de Justiça, perante um órgão do Poder Judiciário, a parte se sente em frente ao próprio juiz, inibindo, em grande parte dos casos, a possibilidade da construção social da verdade que poderia levar ao fim do processo sem que para isso precisasse de uma sentença.

Mesmo diante de uma resolução avançada e inovadora para o Direito brasileiro, continuou a cargo dos órgãos judiciários a incumbência de oferecer novas formas de solução consensual dos conflitos, mais uma vez, o judiciário

chama para si a incumbência de solução dos conflitos, reforçando a ideia de que apenas o juiz pode administrá-los (FILPO, 2016), mas até pela experiência de outros países, como a Argentina, pôde-se constatar que outras instituições poderiam assumir essa responsabilidade e desempenhar de maneira mais ágil e eficaz que os tribunais que já se encontram abarrotados de processos.

Encerrando essa seção, nos resta esclarecer que Resolução nº 125 do CNJ trouxe consigo um imenso desafio, não só para sua implementação, já que se trata de uma mudança de paradigma, mas também para que os próprios magistrados encaminhem para os Centros os processos que são passíveis de conciliação. É uma cultura que precisa de tempo para ser arraigada na sociedade brasileira.

Código Civil de 2002 e Código de Processo Civil de 2015

Diante de toda evolução da sociedade e, conseqüentemente, do Direito nos últimos 30 anos, viu-se a necessidade de se conceber um novo Código Civil e, por conseguinte, um Novo Código de Processo Civil. Demoraram para sair do papel e começarem a fazer parte do mundo jurídico.

Não é um processo fácil modificar um Código que rege toda uma vertente do Direito, ainda mais uma tão grande e importante, como o Direito e o Processo Civil. A primeira tentativa de reforma do Código Civil de 1916 ocorreu no ano de 1940 e tinha o intuito de criar um Código de Obrigações. Todavia, não passou de uma tentativa frustrada. Assim, com a defasagem das normas do Código Civil, foram sendo criadas novas leis especiais que revogavam as normas do Código.

No ano de 1969, foi criada uma Comissão para a reforma do Código Civil, que apresentou um anteprojeto no ano de 1973 e em 1975 transformou-se em projeto (Projeto de Lei 634), cuja redação final foi publicada somente em 1984. O Projeto de Lei 634-B somente foi levado em votação no ano de 2001, quando teve reformas na Câmara e no Senado antes da sanção presidencial.

Em relação ao Processo Civil, o primeiro projeto de reforma ao Código de 1973 foi apresentado em 2010, tendo sua aprovação definitiva pelo Senado apenas em 17 de dezembro de 2014. O novo CPC foi publicado em 16 de março de 2015, contudo, passou a vigorar somente em março de 2016.

É impreterível que o Direito Civil e o Direito Processual Civil são interligados, uma vez que o primeiro cuida da matéria que o segundo regulamentava as formas e as etapas do processo. Ou seja, não há um sem o outro. Contudo, com o passar dos anos e com as mudanças na sociedade e no direito, inclusive nos dois ramos estudados nesse capítulo, houve ainda a necessidade de constitucionalizar esses direitos, ou seja, estudá-los com base no Direito e nos princípios constitucionais, que significa tratar a todos com igualdade e isonomia, promover as políticas públicas, que superar o paradigma da validade meramente formal, isto é, o pensamento de que, para cumprir o dever legislativo, basta apenas a lei, dentre muitas outras inovações. Isso vem trazendo a humanização para dentro do direito e do processo civil, uma vez que tem o intuito de fazer com que as partes decidam por si o que é o melhor para o caso colocado em questão.

Nesse sentido, o novo CPC já nasceu com objetivo de promover a solução consensual dos conflitos, diferentemente do Código de Processo Civil de 1973, que tinha como fim a entrega da tutela jurisdicional pelo juiz através da sentença. A seção V do título IV, que traz os conciliadores e mediadores como auxiliares da justiça, tratam da competência, obrigações e deveres que eles têm perante a atividade que desempenham.

O artigo 165 do Código determina a criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos, que serão os responsáveis pela realização das audiências de conciliação e mediação e terão por competência o desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição (BRASIL, 2015a). Observa-se que esse assunto já foi tratado na Resolução 125 do CNJ, contudo, a obrigatoriedade da criação dos Centros surgiu com CPC. A Resolução 125 do CNJ não dispunha dessas instituições, que foi adicionada ao seu texto com a Emenda 2, de fevereiro de 2016, que atualizou o texto da Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça.

A conciliação e a mediação regem-se pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada. Ainda, pela livre autonomia dos interessados, que podem inclusive modificar as regras dos procedimentos. A política pública de atendimento gratuito da justiça estende-se também às Câmaras de Conciliação, como demonstra o artigo 169, parágrafo 2º, que determina que os tribunais deverão informar quantas audiências não remuneradas poderão suportar.

O artigo 174 do Código de Processo Civil determinou que fossem criadas câmaras de conciliação e mediação no âmbito da Administração Pública para fins de resolução de conflitos consensuais (BRASIL, 2015a). Frisa-se que, mais uma vez, a lei tratou da Administração Pública, dizendo que a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal criarão um órgão para tratar das lides administrativas.

Portanto, pode-se verificar que tanto a Resolução 125 do CNJ quanto o Código de Processo Civil fizeram previsão de solução consensual de conflito no âmbito da Administração Pública.

Contudo, o novo CPC não terminou por aí a sua previsão acerca desse método de solução dos conflitos de interesse, o assunto retorna no artigo 334. Esse artigo trata da audiência de conciliação e determina que, havendo conciliador ou mediador na comarca, deverá atuar necessariamente nessa audiência, que somente não será realizada se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual, o autor por meio da petição inicial e o réu por petição apresentada em até dez dias de antecedência da realização da audiência, ou quando não se admitir a autocomposição.

O parágrafo oitavo desse artigo ainda diz que o não comparecimento das partes na audiência de conciliação será considerado ato atentatório à dignidade da justiça e terá por sanção uma multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, que será revertida em favor da União ou do Estado. Determina, ainda, que as partes devam estar acompanhadas de um patrono, seja advogado ou defensor público. Após a audiência, com a autocomposição obtida, essa será reduzida a termo e homologada por sentença. Destaca-se ainda que a conciliação pode ser buscada a qualquer tempo, mesmo se já houver tentativa anterior.

Mais uma inovação trazida por esse Código refere-se à possibilidade da audiência de conciliação ou de mediação ser realizada por meio eletrônico, nos termos da lei. O Código de Processo Civil previu que a audiência de conciliação, durante o curso do processo é uma etapa obrigatória, definindo uma multa para o caso das partes que não comparecerem.

Nesse sentido, o Manual de Conciliação (SOUZA, *et al.*, 2016) diz que o estímulo à política de pacificação de conflitos foi tão enfático no novo CPC que determinou que somente não haveria realização da audiência de conciliação se ambas as partes expressassem o seu desinteresse.

Esse Manual trata a resolução consensual de litígio como autocomposição, e a resolução judicial do litígio como heterocomposição, dizendo que ambas precisam de leis e procedimentos distintos para que cumpra o seu dever de resolver o conflito. Afirma que o Código de Processo Civil cumpriu bem a sua tarefa de editar toda essa normativa a respeito de conciliação e mediação e, para fazer a diferença entre ambas as formas de solução de litígios, traz o seguinte quadro para mostrar de forma mais clara e didática essas distinções (SOUZA, *et al.*, 2016, p. 30):

Quadro 1 - Processos Autocompositivos versus Processos Heterocompositivos

PROCESSOS AUTOCOMPOSITIVOS	PROCESSOS HETEROCOMPOSITIVOS
Prospectivos	Retrospectivos
Foco em soluções	Foco em culpa
Disputa deve ser resolvida	Disputa deve ser vencida
Enfoque pluralista	Enfoque monista
Uso pragmático do Direito	Uso dogmático do Direito
Formalismo definido pelo usuário	Formalismo definido pelo prestador
Linguagem e regras simplificadas	Linguagem e regras tradicionais
Participação ativa das partes	Participação ativa dos operadores do Direito
Advogados direcionados a contribuir com soluções negociadas	Advogados direcionados a atuar no processo para vencer
Foco em interesses	Foco em direitos e fatos
Processo humanizado	Processo positivado

Fonte: Manual de Mediação Judicial.

Através da Tabela 1, podemos entender que os processos heterocompositivos, que ainda são a regra, tem como enfoque a culpa, em que os advogados das partes se preocupam em acusar a outra parte para provar a qualquer custo que seu cliente está certo, com objetivo de vencer, utilizando, para esse fim, todo o seu conhecimento legal e jurisprudencial, demonstrando toda a sua habilidade e erudição. Há aqui o individualismo, cada um dos litigantes pretende demonstrar que o Direito está do seu lado, que merece ganhar, sem se preocupar com o interesse do outro.

Diferentemente, os processos autocompositivos, que são aqueles cuja resolução se dá por meio de consenso entre as partes, seja na conciliação ou na mediação, tem como foco a solução do conflito, vislumbrando o interesse de todos os envolvidos. Vemos que nesses processos o papel do advogado tende a modificar, passando de defensor e acusador para pacificador, envolvendo mais os litigantes, utilizando uma linguagem menos formal de modo que todos possam entender o que estão acordando e participar como iguais.

Portanto, a Lei nº 13.105 de 2015 veio para reforçar ainda mais a política pública de apoio a autocomposição, optando por deixar bem claro que todo o sistema judiciário e as partes do processo tem o dever de cooperar para que todos sejam ouvidos, haja a barganha e tenham como foco soluções, como sanar as questões e qual a melhor forma de atender a todos os interessados (SOUZA *et al.*, 2016).

Lei da Mediação (Lei nº 13.140, de 2015)

A Lei nº 13.140 de 2015, também conhecida como Lei da Mediação, foi publicada um pouco depois do Código de Processo Civil e dedicou-se prioritariamente às regras de atuação dos mediadores. Anteriormente, já tratamos da Resolução 125 do CNJ e do novo CPC, e, em grande parte, essa lei veio reiterar o que já foi dito, como os princípios, objetivos, deveres, impedimentos, dentre outros assuntos. Aqui serão destacados os pontos mais importantes que ampliam ou complementam o escopo e alcance do CNJ e do novo CPC, em relação a Fazenda Pública.

Para os fins dessa Lei, a função do mediador é conduzir a comunicação entre as partes, facilitando o entendimento, o consenso e a resolução de conflitos (artigo 4º), o que poderá ser feito em conjunto ou separadamente e, até mesmo, através de solicitações que achar necessárias para o desenvolvimento da mediação (artigo 19). O acordo será reduzido a termo e se tornará um título executivo extrajudicial ou judicial, se homologado pelo juiz, podendo ser executado, caso uma das partes não cumpra o que foi acordado.

Em relação aos entes públicos, a lei determina que a União, os Estados o Distrito Federal e os Municípios deverão criar as suas próprias Câmaras de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos, que terão por competência: I - dirimir conflitos entre órgãos e entidades da Administração Pública;

II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público; III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

A lei ainda diz que, para o caso da Administração Pública, poderão ser tratados nas câmaras qualquer assunto cujo objeto seja passível de barganha e que não seja de competência legislativa, inclusive matérias referentes a prevenção e a resolução de conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela Administração com particulares, e ainda instaurar procedimento de mediação coletiva relacionada a prestação de serviços públicos.

Destaca que, enquanto não criadas as câmaras administrativas, os conflitos que envolvam Administração Pública podem ser tratados nos Centros de Conciliação dos tribunais, havendo acordo entre os entes da Administração Pública, deverá ser reduzido a termo e será título executivo extrajudicial.

Outra vez, destaca-se que a Administração Pública pode e deve participar de conciliação e mediação, e isso vem sendo confirmado por todas as leis que estamos estudando. Assim, a Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro tem a permissão legal de optar pela solução consensual dos conflitos de interesse em que o Estado for parte.

O dever de cooperação

O princípio da cooperação, decorrente dos princípios do devido processo legal, da boa-fé processual e do *contradictorium* começa então a fazer parte do mundo jurídico brasileiro. O artigo 6º do Código de Processo Civil trouxe em seu texto a contemplação desse princípio, determinando que todas as partes do processo devem cooperar entre si para que se obtenha a tutela jurisdicional o mais justa, efetiva e razoável (BRASIL, 2015a).

Nessa perspectiva, o juiz passa a ser um dos sujeitos do processo e não apenas um expectador, a condução do processo deixa de ser guiada apenas pela vontade das partes, mas também não é dirigida inquisitorialmente pelo magistrado. Para, portanto, de ser uma relação vertical e começa a ser horizontal, em que todas as partes têm o direito e o dever de participar do desenvolvimento processual e da resolução do conflito.

Fredie Didier Jr. afirma que o modelo cooperativo parece ser o mais adequado para um Estado Democrático (DIDIER JR, 2013), explica isso ao dizer que, como técnica de construção em um processo democrático, que se baseia na constituição, deve ser policêntrico e sem qualquer tipo de protagonismo. Sadek (2002) afirma que a delimitação do sistema de justiça, que tenha por escopo o desenvolvimento de um parâmetro de organização de uma vasta produção na ciência social sobre o funcionamento da justiça estatal, poderá, através de uma linha de análise, aferir a qualidade da democracia através do desempenho judicial.

Frederico Normanha Ribeiro de Almeida (2010), em sua tese de doutoramento em Ciência Política, busca avançar na compreensão de que o Direito e a política possuem uma intrínseca ligação (ALMEIDA, 2010), adverte que a judicialização da política tende a valorizar a relação lateral entre a política e o Direito, afirmando que a separação de poderes é fundamental para que esse grau de interação ocorra de forma horizontal, equilibrada e harmoniosa. Contudo, muitas vezes os poderes não são capazes de observar que o Direito e a política se constroem um ao outro através da separação de poderes, do processo decisório constitucional e das relações políticas e de governo.

É preciso ter em mente que o sistema judiciário não abrange apenas o Poder Judiciário, mas os advogados, o Ministério Público, Defensoria Pública, dentre outros. Quer dizer, abrange todo um conjunto de instituições estatais e profissionais que tem por função a entrega de serviços de justiça pelo Estado. A Cooperação, portanto, requer que o juiz assuma uma posição paritária, com diálogo e equilíbrio durante todo o curso do processo, mas assimétrico no momento da decisão, trata-se de função exclusiva (DIDIER JR, 2013). A decisão do juiz é fruto da atividade da cooperação, é resultado de toda discussão que tiveram durante o processo, portanto, decorre do próprio processo cooperativo. É, ainda, o direito do *contraditorium* sendo concretizado, pois assegura às partes o dever de influenciar na resolução do conflito.

Nas formas consensuais de solução das controvérsias, o princípio da cooperação é fundamental para alcançar o fim desejado, que é o acordo entre as partes. Isso só irá acontecer se as partes estiverem aptas a falarem e ouvirem, a abrirem mão de sua verdade para dar fim àquela lide, fazendo com que com que outra verdade seja construída, não somente por si própria, mas também pela outra parte. Já o facilitador ajuda na comunicação das partes, no diálogo, tentando entender a razão do conflito e como encerrá-lo.

Torna-se de suma importância esse dever, que não somente tem o condão de facilitar o bom andamento do processo, mas principalmente na busca pela democratização do sistema judiciário.

Conclusão

Diante de tudo o que foi dito, pode-se dizer que a evolução do direito tem trazido para o ordenamento pátrio formas alternativas de resolução de conflitos. Antes, os Direitos Civil e Processual Civil brasileiros tinham como objetivo uma sentença que decidisse e colocasse fim à lide trazida pelas partes. Com as reformas dos Códigos, em conjunto com a constitucionalização do direito, vem tornando a estrutura processual, que até então era hierárquica e desigual, em uma linha reta de igualdade de direitos e obrigações.

A constitucionalização trouxe a humanização para dentro do direito e possibilitou a discussão entre as partes para que possam chegar por si próprias a uma resolução para o seu caso em concreto. Não que antes não houvesse acordos, havia. Acontece que as audiências de conciliação ocorriam apenas para cumprir um protocolo processual, não para que todos pudessem falar e serem ouvidos. Hoje, a conciliação não fica adstrita a uma audiência, mas em todos os momentos processuais o magistrado deve procurar o consenso entre as partes.

Assim, podemos ver que, após 20 anos de promulgação do Código Civil e quase 40 anos do primeiro texto do projeto de lei, o ramo Cível do Direito passou por muitas mudanças e alterações, e que uma das que mais transformaram os rumos das lides apresentadas aos Tribunais foi a constitucionalização e a consequente resolução consensual dos conflitos, uma vez que leva as partes a resolverem por si a resolução de seus problemas.

Referências

ALMEIDA, Frederico Normanha Ribeiro de. **A nobreza togada**: as elites jurídicas e a política da Justiça no Brasil. 2010. 329 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-08102010-143600/pt-br.php>. Acesso em: 09 nov. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, p. 1-42, 2005. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>. Acesso em: 09 nov. 2022.

BAPTISTA, Bárbara Lupetti *et al.* Fronteiras entre Judicialidade e não Judicialidade: percepções e contrastes entre a mediação no Rio de Janeiro e em Buenos Aires. **Revista de Estudos Jurídicos Sobre as Américas**, v. 10, p. 1-24, 2016. Disponível em: <http://periodicos.unb.br/index.php/repam/issue/view/1356/showToc>. Acesso em: 16 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília: Diário Oficial da União, 1973. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-5869-11-janeiro-1973-357991-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 09 nov. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Diário Oficial da União, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 09 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília: Diário Oficial da União, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 09 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. *Código de Processo Civil*. Brasília: Diário Oficial da União, 2015a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 09 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Brasília: Diário Oficial da União, 2015b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 16 nov. 2022.

CAMARA, Alexandre. **Lições de Direito Processual Civil**. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Jurídico**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília: CNJ, 2010. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/Resolucao_n_125-GP.pdf. Acesso em: 16 nov. 2022.

DIDIER JR, Fredie. Capítulo V – Mediação e Conciliação. In: DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: volume 1. 15. ed. São Paulo: JusPodivm, 2013. p. 217–223.

FILPO, Klever Paulo Leal. **Mediação Judicial**: Discursos e Práticas. 1. ed. Rio de Janeiro: MAUAD; FAPERJ, 2016.

SADEK, Maria Tereza. Estudos sobre o sistema de justiça. In: SADEK, Maria Tereza. **O que ler na ciência social brasileira**. São Paulo: ANPOCS/Editora Sumaré/CAPES, 2002. p, 233-265. Disponível em: https://repositorio.usp.br/single.php?_id=001277789. Acesso em: 09 nov. 2022.

SINHORETTO, Jacqueline. **A Justiça Perto do Povo**. São Paulo: Alameda, 2011.

SOUZA, Aiston Henrique de *et al.* **Manual de Mediação Judicial**: volume 1. 6. ed. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016.

Notas de fim

1 Professor da Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro. Laboratório de Gestão e Políticas Públicas. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8653582069551294>. E-mail: azevedo.nilo@uenf.br

2 Doutoranda e Mestra em Sociologia Política. Advogada. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6511235808052033>. E-mail: brunamarcelle@gmail.com

15. A *time-sharing* no Brasil

Elias José de Almeida¹

DOI: 10.52695/978-65-5456-016-0.15

Todos os multiproprietários terão direito a uma mesma quantidade mínima de dias seguidos durante o ano, podendo haver a aquisição de frações maiores que a mínima, com o correspondente direito ao uso por períodos também maiores.

(GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2020, p.1165).

Considerações iniciais

A multipropriedade, pela própria nomenclatura, representa uma forma de compartilhamento da propriedade por vários sujeitos e um único objeto. Tal objeto pode se tratar de coisa móvel ou imóvel, onde várias pessoas possuem a coisa com exclusividade em razão de frações do tempo. Apesar de não haver previsão legal de sua instituição para bens móveis, foi no ramo da propriedade imobiliária que desencantou na prática, até por servir de incentivo à aquisição com custos reduzidos, já que pode haver 2 ou até 52 proprietários compartilhando o mesmo imóvel.

A multipropriedade ou *time-sharing* como é conhecida no direito norte-americano, pode ser instituída por ato *inter vivos* (contrato) ou, até mesmo, por ato *causa mortis* (testamento). Sua estrutura prevê regras de compartilhamento da propriedade, em que cada multiproprietário irá usar e fruir da coisa durante um tempo pré-determinado. Além do custo da propriedade, as despesas de custeio também são rateadas por todos os multiproprietários, tornando o instituto muito interessante, mormente para aquele que deseja ou necessita da coisa, mas não pelo tempo integral.

Nesse aspecto, o instituto pode ser de grande valia para aqueles que desejam adquirir uma fração de tempo de um imóvel para lazer ou para desenvolver o seu trabalho. No Brasil, o instituto foi regulamentado em 2018 pela Lei nº 13.777, que introduziu os artigos 1.358-B a 1.358-M, além de alterar a Lei nº 6.015/73 — Lei de Registros Públicos (BRASIL, 1973).

Nessa balada, o capítulo objetiva demonstrar a natureza jurídica da multipropriedade e sua regulamentação no Brasil, tecendo as principais características desse novo fenômeno jurídico que busca o compartilhamento da propriedade, onde cada proprietário utiliza a coisa por certo tempo.

Origem histórica

Há controvérsias quanto ao surgimento da multipropriedade, eis que, para Farias e Rosenvald (2022), o instituto surgiu na década de 1970 no mercado norte-americano com o nome de *time sharing contract*, abrangendo uma grande variedade de construções legais de compartilhamento de direitos. Para esses autores, seu surgimento se deu mormente para distribuição e otimização de custos de acordo com o uso de determinado ativo, em que, na prática, a maior parte desses empreendimentos envolve lazer (casa de praia ou de campo).

Tepedino (2015) esclarece que o instituto surgiu na França, no final da década de 60 do século passado, e foi amplamente difundido na Europa e nos Estados Unidos, onde a multipropriedade conquistou um espaço muito significativo no mercado imobiliário, exatamente por permitir a divisão da utilização dos imóveis em temporadas anuais, de modo que pudessem beneficiar diversos titulares e, conseqüentemente, ampliando o público adquirente de uma casa de campo ou de praia.

Obviamente que a economia viu com bons olhos a possibilidade de diversas famílias que pretendiam adquirir um bem para lazer, uma vez que a utilização serviria para alguma parte do ano, principalmente nas férias. Com isso, ampliou-se consideravelmente o público alvo dos empreendedores para investimento desse nicho, sobretudo por conta da redução considerável do custo de aquisição e manutenção.

Conceito e natureza jurídica

Conceito

Farias e Rosenvald (2022) explicam que o termo multipropriedade, genericamente, representa uma relação jurídica de aproveitamento econômico de uma coisa móvel ou imóvel, dividida em unidades fixas de tempo. A multipropriedade ou *time-sharing* — também assim conhecida — na concepção de Maria Helena Diniz, uma espécie de condomínio relativa a locais de lazer, pela qual há um aproveitamento econômico de bem imóvel (casa, chalé, apartamento), repartido em unidades fixas de tempo. Já para Tepedino (2015), multipropriedade (ou *time-sharing*, na terminologia norte-americana) designa-se o fracionamento no tempo da titularidade do imóvel em frações semanais, em que cada multiproprietário adquire a casa de campo ou de praia em determinado período do ano.

Medina e Araújo (2020) preferem anunciar as diversas nomenclaturas que deram ao fenômeno jurídico: multipropriedade, pluripropriedade, copropriedade temporária, propriedade espaço-temporal, propriedade sazonal, propriedade compartilhada em tempo parcial. Mesmo demonstrando várias denominações, os autores comungam do mesmo entendimento, inclusive repetindo a ideia de Tepedino (2015), ressaltando, porém, dois pontos essenciais e não contraditórios: 1) o proprietário exerce o direito de propriedade por meio da titularidade de uma fração, sobre bem móvel ou imóvel, de modo exclusivo e perpétuo; 2) ao mesmo tempo, de modo temporário.

Como uma convergência de ideias, pode-se afirmar que o instituto representa uma propriedade compartilhada em fração de tempo, no qual cada um dos multiproprietários adquire sua parte com exclusividade dentro do prazo avençado. Trata-se de um facilitador para aqueles que não querem ou não podem investir em um bem imóvel sozinho, compartilhando o custo de aquisição e de manutenção, proporcionando a possibilidade para mais pessoas a condição de obter uma casa de campo ou de veraneio.

A Lei 1.358-C do Código Civil, introduzido em 2018 pela Lei nº 13.777, agora prevê um conceito de multipropriedade como sendo o regime de condomínio em que cada um dos proprietários de um mesmo imóvel é titular de uma fração de tempo, a qual corresponde a faculdade de uso e

gozo com exclusividade da totalidade do imóvel, a ser exercida pelos proprietários de forma alternada.

Natureza jurídica

Observa-se que a doutrina pouco tem se debruçado na discussão da natureza jurídica da *time-sharing*, percebendo, porém, por alguns, o reconhecendo do instituto como um direito real, enquanto outros o classificam no mundo das obrigações. Em verdade, a natureza jurídica passou por certo amadurecimento para entender esta nova figura jurídica, pois, em um primeiro momento, muitos a tratavam no âmbito dos direitos pessoais.

Tepedino (2015) assevera que, dentre os civilistas brasileiros, alguns optaram por configurar uma figura híbrida, com características obrigacionais, preenchida pela possibilidade dos contratos atípicos, contrariando a ideia da tipicidade dos direitos reais. Na percepção de Orlando Gomes (2015 apud TEPEDINO, 2015), o fenômeno representa um verdadeiro direito real atípico, exatamente por não obedecer ao princípio do *numerus clausus* dos direitos reais. Ressalta-se a visão de Tepedino:

O fenômeno, que se procurou alhures qualificar como propriedade temporária, ou propriedade cíclica, ou propriedade dividida no tempo, acabou sendo absorvido, na prática imobiliária, como modalidade condominial, preservando-se assim a tipicidade do direito de copropriedade, e como tal reconhecida pelo ordenamento (TEPEDINO, 2015, p. 514-515).

Medina e Araújo (2020) passam pelo entendimento de que se trata de um fenômeno complexo e constitui um meio de compartilhamento do direito de propriedade que permite a combinação do uso com a exploração econômica. Nesse diapasão, seria considerado um direito real, pois seguiram o fundamento do Código Civil, que, pelo art. 1.358-C, considera como um regime de condomínio. Ora pois, há um reconhecimento geral do instituto como uma forma de condomínio, isto é, uma forma de propriedade compartilhada, na qual a mesma representa o principal direito real extraído no rol do art. 1.225 do mesmo Código (BRASIL, 2002).

A multipropriedade no Brasil

Farias e Rosenvald (2006) relatam que a multipropriedade no Brasil foi introduzida como uma espécie de condomínio em propriedade espaço-temporal, apesar da abertura do instituto para a propriedade móvel, isso porque haveria segurança jurídica por conta da possibilidade de registro no Registro Geral de Imóveis. Nos últimos anos, a multipropriedade dava-se através da concessão de uso, muito utilizada no ramo hoteleiro, mediante transferência de propriedade por um período predeterminado. Então, lavrava-se um contrato de cessão de uso, levando-o a registro, garantia-se ao consumidor a possibilidade de utilização da propriedade em período preestabelecido.

Alguns preferiam outra via de aquisição, através do condomínio voluntário, opção que não atendia o instituto devida às suas peculiaridades de uso. O instituto já era consagrado pela doutrina e jurisprudência, verificada na decisão da Terceira Turma do STJ, a qual reconheceu, por maioria, a multipropriedade como instituto de direito real, reafirmando em caso de penhora, a legitimidade do coproprietário para manejar embargos de terceiro para proteger sua fração ideal (REsp. 1.546.165, em 21/09/2016).

A multipropriedade foi enfim regulamentada através da Lei nº 13.777/2018, inserindo o instituto no capítulo das normas condominiais, incluindo os artigos 1.358-B a 1.358-U do Código Civil, além de alterar a Lei dos Registros Públicos (Lei 6.015/77), ampliando os §§ 10, 11 e 12 no artigo 176. As primeiras impressões que o instituto apresentou para os civilistas no Brasil provocou uma certa insegurança pelo fato de ora trazer características de direito obrigacional e ora de direito real.

Tepedino (2015) (apud AZEVEDO; MELO - 2014) esclarece que, *a priori*, aquilo que confrontaria com o sentido do princípio da tipicidade dos direitos reais, com o passar do tempo, a maioria acabou por absorver o instituto como espécie de condomínio e, conseqüentemente, preservando o tipo do direito de copropriedade, assim reconhecida no ordenamento. Assim, muito bem descrevem o autores:

Tais considerações conduzem a conclusão de que, na multipropriedade, o tempo não é objeto de apropriação, mas elemento de individuação do bem apropriado. Configura-se assim, no empreendimento em multipropriedade,

conjunto de bens jurídicos de utilização durante turnos anuais pré-estabelecidos, remetendo o intérprete para o sistema de unidades autônomas em regime de condomínio edilício, no qual prevalece regime misto, com a propriedade individual da unidade autônoma, constituída por fração espaço-temporal do imóvel, ao lado da propriedade coletiva sobre as partes comuns, esta a assegurar, por exemplo, a legitimidade dos multiproprietários para intentar ações possessórias e petições a qualquer época do ano (TEPEDINO apud AZEVEDO; MELO, 2014, p. 516-517).

No Brasil, a recepção da multipropriedade foi reconhecida também sobre coisa móvel, nesse sentido, na razão de um contrato atípico, porém, foi na propriedade imobiliária que encontrou sua principal fonte. Farias e Rosenvald (2022) traduzem a multipropriedade como uma relação jurídica de aproveitamento econômico de uma coisa móvel ou imóvel, coisa essa repartida em unidades fixas de tempo, de modo a permitir que vários titulares utilizem a coisa.

Segundo os autores, é na esfera da multipropriedade imobiliária, como uma espécie de condomínio em propriedade espaço-temporal, a maneira que o ordenamento brasileiro assim a regulamentou.

***Time-sharing* no Brasil**

A multipropriedade foi regulamentada no Brasil somente como copropriedade de imóveis, assim disciplinada pelos artigos 1.358-B a 1.358-U do Código Civil brasileiro, introduzidos pela Lei nº 13.777/2018. Nesse aspecto, o artigo 1.358-C define a multipropriedade como um regime de condomínio no qual os proprietários dividem a coisa por fracionamento do tempo, em regime de compartilhamento e comunhão.

Tepedino (2015) afirma que esta Lei 13.777/2018 nasceu para trazer segurança jurídica pelo fato de resolver muitas incertezas, como, por exemplo, sobre o reconhecimento de cada unidade oferecida no regime. Afirma o autor que o STJ, em decisão por maioria da 4ª Turma, reconheceu a natureza típica de direito real da multipropriedade, quando rejeitou a penhora do imóvel por dívida de um dos condôminos, de modo a preservar a fração ideal dos demais multiproprietários (REsp 1.546.165/SP).

Conforme já comentado, a *time-sharing* no Brasil regulamentou o imóvel como seu objeto de propriedade, sendo então indivisível a coisa, incluindo suas instalações, equipamentos e o mobiliário destinado ao uso e gozo, constando esta norma no art. 1.358-D do Código Civil brasileiro (BRASIL, 2002). Segundo consta no art. 1.358-F do Código Civil, a multipropriedade pode ser instituída por ato entre vivos ou por testamento.

Define o artigo anterior (1.358-E) a forma da divisão, o período correspondente a cada coproprietário, definindo a quantidade mínima e máxima de condôminos correspondentes.

Quanto à forma, a norma traz três possibilidades de divisão da coisa em razão do tempo: o período poderá ser fixo, flutuante ou misto, isto é, um período fixo e predeterminado pelas partes no instrumento contratual, podendo variar tais períodos ou não, conforme a vontade das contraentes.

O mesmo artigo 1.358-E ainda afirma que cada fração deverá ser no mínimo de sete dias, seguidos ou intercalados. Através desta disciplina, em uma simples operação aritmética, pode-se chegar à conclusão de que haverá no mínimo duas pessoas para se configurar a multiplicidade de sujeitos, e ainda, podendo-se alcançar o número máximo de 52 coproprietários em um único imóvel, já que este é o limite de semanas durante um ano.

Farias, Braga Netto e Rosenthal (2022) nos esclarecem que, na multipropriedade, incide uma pluralidade de direitos de igual conteúdo sobre um mesmo imóvel. A periodicidade é a essencial deste instituto, limitando o seu aproveitamento a intervalos regulares e descontínuos, com início e fim predeterminados. Cada proprietário terá um registro de sua fração ideal do imóvel, podendo utilizá-la somente no período preestabelecido, em que a mesma Lei 13.777/18 também inseriu o §10 no art. 167 da Lei 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos), dispondo que, além da matrícula do imóvel, haverá uma matrícula para cada fração de tempo.

O Código Civil brasileiro também não se omitiu ao regular a responsabilidade de cada multiproprietário, assim como estabeleceu a possibilidade de aplicação de penalidades em caso de descumprimento do devedor de copropriedade. Gonçalves (2016) pondera, no entanto, que, conforme preceitua o §1º do art. 1.358-J, tais penalidades devem ter previsão na convenção de condomínio exigida pelo art. 1.358-G. O mesmo art. 1.358-J também prevê o rateio das despesas referentes aos reparos no imóvel, bem como em suas instalações e

móveis, por todos os coproprietários. Obviamente que, em se tratando das despesas ordinárias, isto é, pelo uso normal da coisa, ou pelo desgaste natural.

Medina e Araújo (2020) ressaltam que o direito de propriedade é exclusivo quanto à fruição, cabendo ao administrador o dever de conservar e zelar pelo imóvel, decorrentes dos deveres do síndico no condomínio edilício. Aliás, as regras do condomínio edilício também devem ser aplicadas ao condomínio em multipropriedade, é o que denota o disposto no Enunciado 89 da I Jornada de Direito Civil:

O disposto nos arts. 1.331 a 1.358 do novo Código Civil aplica-se, no que couber, aos condomínios assemelhados, tais como loteamentos fechados, multipropriedade imobiliária e clubes de campo (CJF, 2002).

Talvez o rateio das despesas pelo uso e conservação da coisa seja a principal razão que incentiva o instituto, além do preço de aquisição tornar-se extremamente mais acessível, uma vez que tudo isso é dividido pelos multiproprietários. Certamente, o uso anormal, pela razão de direito, gerará responsabilidade civil para aquele que causou o dano, sem prejuízo de multa ou outra penalidade estabelecida na referida convenção de condomínio.

Segundo Farias, Braga Netto e Rosenvald (2022), a única despesa que constará em cada unidade autônoma, isto é, se cada condômino possui uma matrícula conforme afirmado alhures, obviamente que haverá a incidência de IPTU para cada multiproprietário, porém não haverá responsabilidade por dívidas de outro condômino. Os autores alegam ter extraído este entendimento por conta do art. 1.358-L do CC, que determina que a transferência do direito de multipropriedade não dependerá da anuência ou cientificação dos demais multiproprietários, exceto se estiver previsto na instituição ou convenção de condomínio.

A *time-sharing* pode ser uma grande oportunidade para aqueles que desejam adquirir determinado imóvel, porém com o intuito de utilizar apenas por uma fração de tempo, investindo valores proporcionais a sua utilidade, inclusive quanto aos custos de sua manutenção. Mandou bem o legislador ao regular a multipropriedade imobiliária, pena que não tenha aproveitado o ensejo para fazer o mesmo com a propriedade de coisa móvel, talvez por sua pouca utilidade prática.

Considerações finais

Com o estudo da multipropriedade, o que pode ser observado é que se trata de um instituto que pode ser tornar muito interessante para aquele que necessita de um imóvel, mas não por todos os dias do ano. Imaginem a situação de um médico ou um advogado que necessita de suas respectivas salas em grandes centros urbanos, local de alta valorização econômica, podendo partilhar esta propriedade em razão de sua utilização por frações de tempo? Ainda no mesmo raciocínio, podendo todas as despesas pela utilização da coisa serem devidamente rateadas por todos os multiproprietários.

Essas vantagens certamente servirão de incentivos para que mais pessoas utilizem a time-sharing, seja para trabalho ou até mesmo para lazer, podendo adquirir sua casa na praia ou no campo. Farias, Braga Netto e Rosenvald (2022) afirmam que a multipropriedade representa uma espécie de titularidade restrita, comprimida em seu tempo, porém presentes todos os atributos desse direito real.

Contudo, não se trata de um condomínio tradicional nem do condomínio edilício, mas de uma forma distinta de utilização da propriedade em razão da fração de tempo. Trata-se de uma pluralidade de proprietários com direitos iguais sobre um mesmo imóvel, podendo cada coproprietário usar e fruir da coisa de forma exclusiva dentro de seu prazo de utilização. E ainda, cada multiproprietário terá sua escritura registrada com matrícula independente, sendo que se quiser alienar sua parte não necessitará de dar preferência aos demais condôminos, uma vez que se trata de unidade autônoma.

Pode-se afirmar que se trata de um condomínio *sui generis*, contendo características semelhantes das outras formas de condomínio, porém com regras específicas. Não restou dúvidas que a doutrina acertou ao reconhecer a time-sharing como instituto de direito real, eis que sendo uma forma de condomínio em multipropriedade, conforme consta no próprio título do capítulo VII-A dentro do estudo da propriedade, direito real por excelência.

Para início de conversa, consta no primeiro artigo que a regulamenta (art. 1.358-B) do Código Civil brasileiro, mandando aplicar, de forma subsidiária e supletiva, as regras da Lei 4.591/1964, que trata exatamente sobre condomínio em edificações. A bem da verdade que a multipropriedade ainda não emplacou no Brasil, apesar das várias vantagens ora citadas, mas fica a esperança de ser

um instrumento de fomento para a economia brasileira, aquecendo o mercado imobiliário e contribuindo para o desenvolvimento do país, já que propicia muito mais pessoas a adquirir suas propriedades.

Referências

AZEVEDO, Fábio de Oliveira; MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito Imobiliário**. São Paulo: Atlas, 2014.

BRASIL. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm. Acesso em: 13 mai. 2022.

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

BRASIL. **Lei nº 13.777, 20 de dezembro de 2018**. Dispõe sobre o regime jurídico da multipropriedade e seu registro. Brasília: Diário Oficial da União, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13777.htm. Acesso em: 12 nov. 2022.

CJF. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado 89**. O disposto nos arts. 1.331 a 1.358 do novo Código Civil aplica-se, no que couber, aos condomínios assemelhados, tais como loteamentos fechados, multipropriedade imobiliária e clubes de campo. Brasília: I Jornada de Direito Civil, 2002. Disponível em <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/717>. Acesso em: 21 ago. 2022.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas**. São Paulo: Saraiva, 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: Teoria Geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil: Volume único**. São Paulo: Juspodivm, 2022.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direitos Reais**. São Paulo: Saraiva, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Esquematizado: Contratos em Espécie e Direitos Reais**. São Paulo: Saraiva, 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. **Código Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Método, 2021.

TEPEDINO, Gustavo. **Aspectos atuais da multipropriedade imobiliária**. São Paulo: Atlas, 2015.

SCHEREIBER, Anderson. **Manual de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2020.

STJ. Supremo Tribunal Federal. REsp. 1.546.165 – SP, 3ª Turma, rel. Min. Villas Boas Cueva. Decisão de 21 de setembro de 2016. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2016/2016-09-21_09-41_Terceira-Turma-reconhece-multipropriedade-como-direito-real-e-afasta-penhora.aspx. Acesso em: 12 nov. 2022.

Notas de fim

1 Mestre em Planejamento Regional e Gestão de Cidades (UCAM). Especialista em Direito Civil e Processual Civil (FDC). Professor de Direito Civil e Direito Empresarial (UNIG).

16. A monetização da imagem infantil na era digital e o ônus de sustentar os próprios pais

Gabrielle da Silva Oliveira Machado¹
Hideliza Lacerda Tinoco Boechat Cabral²
DOI: 10.52695/978-65-5456-016-0.16

“A personalidade é, portanto, não um direito, mas um valor (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessante mutável exigência de tutela.”

(PERLINGIERI, 2007, p. 155)

Considerações iniciais

As redes sociais digitais têm ocupado um tempo cada vez maior na vida do brasileiro e de toda a população mundial. As inovações têm influenciado os modos de vida das pessoas, de forma que surgem novas oportunidades de promoção social por meio das descobertas de certos talentos que passam a influenciar e a obter grande número de seguidores no Instagram, por exemplo. Nesse contexto, despontam, então, pequenos heróis, crianças que por suas qualidades *sui generis* despertam a curiosidade e a simpatia de um grande número de pessoas. Seus pais, que em algum momento se viram em situações-limite, com poucos recursos para suprirem as necessidades da família, passam a vislumbrar nessa situação uma ótima oportunidade para monetizarem a imagem do filho e obterem vantagem econômica à custa do infante.

O presente capítulo visa analisar a midiatização e a exploração da imagem da criança pelos próprios pais, monetizando-a como forma de auferir renda e, em muitos casos, eles passam a ser sustentados pelo sucesso dos próprios filhos. O objetivo da presente pesquisa é demonstrar que essa prática promove a violação dos direitos existenciais da criança (exposição da

imagem em especial), além de concorrer para a prática de outros delitos previstos pela Constituição Federal (CF), Código Civil (CC), Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e, inclusive, Código Penal (CP).

Justifica-se o estudo deste tema em razão de inúmeros casos de pais que “vendem” a imagem dos próprios filhos a fim de auferir dinheiro fácil, retirando deles a oportunidade de serem crianças, os momentos de lazer e as atividades próprias da idade para investir tempo em vídeos e congêneres que, com o tempo, tornam-se um compromisso enfadonho e que exploram a criança, submetendo-a a desgastes, que podem evoluir de tristeza à depressão.

Sharenting: a exposição da criança nas redes sociais e o direito existencial à imagem

É cada vez mais comum se ter um perfil em rede social, uma prática que tem alcançado pessoas de todas as idades, inclusive idosas e crianças, de modo que as pessoas que não estão inseridas nesse contexto passam a ser consideradas a margem da evolução. A internet flexibilizou e facilitou muita coisa, hoje, através dela, é possível ter acesso a notícias e até mesmo realizar transações comerciais, contudo, além de uma evolução tecnológica, vivencia-se também questões jurídicas que implicam nessa forma de inter-relacionamento (VASCONCELOS, 2007).

Uma matéria publicada em setembro de 2021 no Estado de Minas constatou que 70,3% da população brasileira faz uso de redes sociais. A forma de uso desses perfis é das mais variadas: há quem use como ferramenta de trabalho, como recurso para se manter atualizado com informações e há também quem as utiliza com mero intuito de compartilhar, através de posts, sua própria vida, seu cotidiano, rotina e lazer. Nesse sentido, as publicações de cunho pessoal acabam envolvendo a família e, em alguns casos, as crianças são introduzidas no meio digital cada vez mais cedo, visto que são parte da vida de quem publica (ESTADO DE MINAS, 2021).

De forma habitual, vê-se inclusive pais que criam perfil para o filho antes mesmo do nascimento e os *posts* inicialmente consistem em fotos, vídeos e conteúdo dos pais, da gestação, da ultrassonografia e as mais diversas publicações do período gestacional. Contudo, após o nascimento, a criança se torna o principal “objeto” dessas publicações, e a exposição que

antes era tão somente dos pais, passa a ser do filho. Seguindo essa linha, exemplifica Eberlin (2017, p. 258) com

[...] o caso da mãe que, ainda grávida, cria uma conta em uma rede social para o bebê que irá nascer. Tal rede social será alimentada com fotografias, recordações sobre aniversários, primeiros passos, primeiros dias na escola, amigos, animais de estimação, relacionamento com familiares e várias outras informações.

A esse fenômeno, atribui-se o nome de *sharenting*, uma expressão de origem inglesa composta pela junção da palavra *share*, que significa compartilhar, com a palavra *parenting* que vem a ser pais/responsáveis – conforme define a própria palavra, o fenômeno consiste em pais que compartilham fotos e vídeos dos filhos em redes sociais. A ideia do *sharenting* também abrange pais que fazem gestão dos filhos em redes sociais criando um perfil para a criança, destinado a postagens contínuas sobre sua rotina (EBERLIN, 2017).

Ocorre que a exposição configura clara violação de diferentes direitos existenciais, aqueles inerentes à personalidade humana, conforme conceitua Schreiber (2013, p. 5-7): “os direitos da personalidade consistem em atributos essenciais da pessoa humana”, por isso, a dignidade da pessoa humana deve ser sempre preservada. O Código Civil de 2002, na visão de Schreiber (2013), foi de uma admirável evolução se comparado ao revogado, de 1916. Contudo, os direitos existenciais são tratados de forma visivelmente rígida e estrutural, não se adequando às necessidades da realidade, reflexos do remoto tempo da entrada em vigor daquele código, quando o direito à imagem, por exemplo, não era concebido em sua amplo importância, tal como hoje se apresenta (SCHREIBER, 2013).

A imagem pode ser conceituada como a “própria individualização figurativa de uma pessoa” (NETTO, 2004, s/p), por isso, entende-se a imagem como bem jurídico que deve ser alvo de toda proteção. Schreiber (2013, p. 24) complementa que o uso indevido da imagem, por si só, caracteriza violação do direito à imagem, razão pela qual o Código Civil contém mecanismos de defesa contra o uso indevido e sem autorização, já estabelecido na Constituição Federal de 1988: “Art. 5º [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...]” (BRASIL, 1988). Analisando esse dispositivo constitucional, não há que se contestar a proteção do direito à imagem,

reafirmado pelo art. 20 do Código Civil: “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 [...]” (BRASIL, 2002).

Apesar de os citados dispositivos legais não serem direcionados de forma exclusiva à criança, que se constitui objeto do presente capítulo, é atributo da pessoa, relacionando a dignidade e o respeito como elementos caracterizadores de mau uso da imagem (BITTENCOURT, 2019). Com as crianças não seria diferente, visto que os infantes necessitam de uma proteção ainda maior por serem pessoas em desenvolvimento. Além disso, a responsabilidade atribuída aos pais é maior, pois eles têm o papel de garantir a dignidade dos filhos, inclusive, ante o Estatuto da Criança e do Adolescente, que preza pela proteção integral da criança, encontra-se a reafirmação do direito já expresso no texto constitucional e no Código Civil.

Nesse sentido, o art. 17 do ECA preconiza o seguinte: “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, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais” (BRASIL, 1990b). Schreiber (2013, p. 106-107) explica que, mesmo na “sociedade caracterizada pela presença constante da mídia e pelo anseio de exposição pública, a necessidade de consentimento inequívoco do retratado deve continuar a ser visto como regra, nunca como exceção”.

Acerca da temática exposta, entende-se que infração jurídica do *sharenting* se dá através da exposição de dados pessoais da criança publicados e inseridos na internet, que perduram e podem ser acessados muito tempo depois por qualquer pessoa, seja a publicação positiva ou negativa, não há mecanismos que apaguem por completo as informações que uma vez foram divulgadas, o que deixa a privacidade dos infantes ainda mais vulnerável (EBERLIN, 2017).

Ao contrário dos outros direitos que tangem a personalidade, o direito à privacidade foi demarcado por uma evolução recente, e o marco histórico pontual para esse direito é o artigo *The Right to Privacy*, publicado em 1980, no qual Warren e Louis tratam a privacidade como o “direito de ser deixado só” (*right to be let alone*), podendo ser comparado ao direito à propriedade, visto inicialmente como um direito à intimidade. Observa-se ainda que se visto como um direito à propriedade acabava por ser desigual, pois, à época da publicação do referido artigo, a propriedade era reputada somente à classe burguesa, não

sendo conferida às demais classes o direito à preservação de sua intimidade, reconhecido pela CF, art. 5º, X (SCHREIBER, 2013).

O Código Civil de 2002 tratou o direito à privacidade de forma genérica, somente reafirmando a inviolabilidade conhecida anteriormente no âmbito do texto constitucional: Art. 21: “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma” (BRASIL, 2002).

Com o progresso da sociedade e o crescente avanço da tecnologia, o direito à privacidade passou por mudanças significativas até ser considerado de forma mais ampla, a incluir a proteção de dados pessoais e não somente a vida íntima. Segundo Schreiber (2013, p.137) “hoje em dia o direito à privacidade é mais amplo que o simples direito à intimidade”. No mesmo sentido, complementa Darcy Arruda Miranda que o direito à privacidade engloba “não só os fatos da vida íntima, como todos aqueles em que seja nenhum o interesse da sociedade de que faz parte” (MIRANDA apud MARQUES, 2010, s/p).

Em resumo, pode-se dizer que o direito à privacidade tem o intuito de proteger e resguardar todo e qualquer dado particular que não seja de interesse de seu titular tornar público, devendo, de igual forma, ser aplicado às crianças, tendo em vista que tal garantia influi diretamente na dignidade da pessoa humana. No que tange às crianças, é dever preliminar dos pais garantirem a privacidade dos filhos enquanto criança, conforme preceitua o caput do art. 227 da CF (BRASIL, 1988). Apesar de o texto constitucional não identificar de forma clara a palavra privacidade, entende-se esse conceito implícito no conteúdo semântico das palavras respeito e liberdade, já que, em situações nas quais há ausência dos referidos substantivos, pode-se considerar a existência de uma lesão à dignidade da pessoa humana.

Cabe aos pais garantir e assegurar a privacidade dos filhos, contudo, com tamanha exposição nas redes sociais, nota-se que, de forma crescente, o direito à privacidade tem sido desconsiderado, principalmente pelos próprios pais, que, em tese, deveriam ser as primeiras pessoas a lutarem pela inviolabilidade desses direitos. A proteção é de suma importância, tanto que lesionar esse direito motiva a aplicação de medida de proteção estatuída no Estatuto da Criança e do Adolescente:

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: (BRASIL, 2009)

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, 2009)

Com o intuito de frisar a importância da privacidade das crianças, vale ressaltar que as medidas de proteção devem ser aplicadas em caso de ação ou omissão dos pais, abrangendo até a ameaça de lesão a direito. É de suma importância que se preserve os pequenos para assegurar-lhes um desenvolvimento sadio e seguro, qualidades que se veem cada vez menos na internet, na qual tece comentários sem pouco importar com quem está por trás da tela e muito se importa com o número de *likes* e *views* de um *post*.

O *sharenting* acarreta várias implicações nos direitos existenciais, visto que o fenômeno consiste em publicações com informações dos filhos através de imagens/vídeos em rede social. Os direitos existenciais devem ser sempre priorizados e tutelados com o intuito de assegurar a dignidade da pessoa humana. Exatamente por este motivo, encontra-se regulamentado na Constituição Federal, como cláusula pétrea, ou seja, direitos fundamentais.

As funções dos direitos da personalidade se dividem da seguinte forma: (a) identificar ameaças que esses atributos podem sofrer, facilitando a prevenção do dano (função preventiva); (b) facular, por meio de instrumentos específicos, a máxima reparação das lesões experimentadas (função reparatória); (c) estabelecer parâmetros para a ponderação em hipóteses de colisão entre direitos fundamentais (função pacificadora); (d) estimular o desenvolvimento desses atributos por meio de políticas públicas e iniciativas sociais adequadas (função promocional) (SCHREIBER, 2013). Ao elencar essas funções, vê-se com mais clareza a importância da tutela dos direitos existenciais, que, violados, impactam diretamente a pessoa e não o patrimônio, conforme ocorre com outras instâncias do Direito Civil.

A monetização da imagem e a violação dos direitos existenciais da criança

O princípio da proteção integral e do melhor interesse da criança, antes do ECA, já eram assegurados no texto constitucional, por dicção dos arts. 227 e 229 (BRASIL, 1988), direitos específicos voltados à proteção dos pequenos. Ao analisar as crianças à luz da vulnerabilidade, no contexto da exposição no meio digital, e após considerar seus impactos no âmbito dos direitos existenciais, faz-se necessário destacar também considerações à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente, que tem por objetivo garantir a efetiva proteção, já estabelecida na CF/88 conforme se demonstra nos artigos 227 e 229.

Dessa forma, compreende-se, com a redação do art.1º do ECA, que “Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”, o reconhecimento pelo Estatuto dos direitos especiais e específicos inerentes à criança e ao adolescente com o intuito de proteger sua integridade, quer física, quer mental, quer espiritual, quer social, assim reafirma o art. 17 do ECA, já destacado anteriormente nesta pesquisa (BRASIL, 1990b).

Esclarece-se que o mencionado artigo destaca ainda a preservação da imagem da criança, ponto crucial pelo qual se pauta esta pesquisa, proteger a imagem da criança é uma forma de garantir sua integridade e desenvolvimento diante do atual cenário da era digital, e de preservar a privacidade que as crianças possuem enquanto seres detentores de direitos, reafirma-se a importância da integridade no art. 100, V, sendo esta violação motivo para aplicação de medidas de reparação de danos: “Art. 100. 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; (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)” (BRASIL, 1990b).

O princípio do melhor interesse institui como prioridade absoluta a previsão do art. 227 da CF/88, dessa forma, o princípio determina que as crianças e adolescentes sejam de fato tratados como prioridade não somente pelos pais e a sociedade, mas também pelo poder público, que deve investir em políticas públicas e ações governamentais. Em resumo, o princípio da proteção integral busca efetivar a prioridade proposta pela CF/88 e petrificar os direitos fundamentais aos infantes (ISHIDA, 2015).

Além do princípio da proteção integral, o princípio do melhor interesse da criança é de máxima importância, sendo ambos a base para todo o Estatuto, este, por sua vez, está contido no art. 3.1 da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989:

[...] todas as ações relativas à criança, sejam elas levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de assistência social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar primordialmente o melhor interesse da criança (BRASIL, 1990a)

Entende-se o princípio do melhor interesse da criança, assim como o princípio da dignidade humana, porém com atenção voltada à criança e ao adolescente. Nesse contexto, destaca-se 4 vieses do princípio do melhor interesse: a orientação do Estado-legislador; a orientação ao Estado-juiz; a orientação do Estado-administrador; a orientação à família: seja ela natural ou extensa, os pais devem sempre zelar, ouvir os interesses da criança e do adolescente (MONACO,2005).

A partir desses quesitos, é possível observar que a proteção integral e o melhor interesse são basilares e precisam sempre estar presentes em discussões que envolvam a criança e o adolescente, sendo, de acordo com o art. 229 da CF/88, dever dos pais, primordialmente, garantir essa proteção e respeitar seus interesses para que elas gozem não somente de saúde, alimentação e educação, mas também de outras esferas que possam vir a influenciar em seu intelecto e desenvolvimento moral (BRASIL, 1988).

Vale ressaltar que o descumprimento da preservação da privacidade da criança, em possibilidade de divulgação de dados e imagens, pode implicar em consequências no âmbito penal, com base no art. 247, parágrafo 1º, do ECA:

Art. 247. Divulgar, total ou parcialmente, sem autorização devida, por qualquer meio de comunicação, nome, ato ou documento de procedimento policial, administrativo ou judicial relativo a criança ou adolescente a que se atribua ato infracional:

Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.

§ 1º Incorre na mesma pena quem exhibe, total ou parcialmente, fotografia de criança ou adolescente envolvido em ato infracional, ou qualquer ilustração que lhe diga respeito ou se refira a atos que lhe sejam atribuídos, de forma a permitir sua identificação, direta ou indiretamente [...] (BRASIL, 1990b).

Ante esses fatos, há de se concluir que a exposição da criança por seus pais nas redes sociais, tema deste capítulo, não leva em consideração esses dois princípios, haja vista que tamanha exibição pode gerar uma posição de vulnerabilidade, considerando a divulgação de dados que muitas vezes ocorrem nesses casos, exposição de momentos de privacidade que deveriam ser vivenciados em família, e não expostos ao público. Tal conduta é tão grave no que tange à possibilidade de exposição em momentos de vulnerabilidade e situações vexatórias que o ECA prevê pena de detenção de seis meses a dois anos, no art. 232 (BRASIL, 1990b).

Atualmente, conforme já abordado, nota-se uma midiaticização crescente, sendo cada vez mais comuns perfis infantis em redes sociais: as crianças nascem no mundo virtual ao mesmo tempo que na vida real. Pode-se constatar com uma simples olhada no *feed* do Instagram, por exemplo, o frequente compartilhamento de dados e imagens de crianças sobre seu dia a dia gerenciadas pelos pais. Acerca desses casos, Eberlin (2017, p. 258) adverte: “os pais não estão tão somente administrando as suas próprias vidas digitais, mas também criando redes paralelas em nome de seus filhos”.

Como resultado dessa midiaticização, algumas profissões vêm sendo rebuscadas através das redes sociais digitais, principalmente no ramo publicitário. O influenciador digital se tornou uma verdadeira máquina publicitária no meio digital, com ótima rentabilidade para os adultos e não sendo diferente em relação às crianças. A psicopedagoga Paloma Garcia faz a seguinte crítica: “os influenciadores digitais se tornam iscas para vender de tudo, uma máquina de produzir desejos para as crianças, que não têm, por exemplo, as habilidades cognitivas de controle de emoções, impulsos e pensamentos” (GARCIA, 2018, s/p apud SAYURI, 2018, s/p). A comercialização da imagem das crianças em rede social traz diversas consequências jurídicas, as quais foram temas deste capítulo, sendo destaque seus efeitos e impactos sobre os direitos existenciais da criança e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Mesmo que no início o compartilhamento dessas imagens seja feito com “boas intenções”, sem ao menos ponderar os possíveis impactos que podem causar aos filhos, tal atitude, cumulada com os *likes*, acaba servindo ainda mais de estímulo para os pais continuarem alimentando as redes com informações de seus filhos, tornando-as públicas, ilustrando de forma clara a afirmativa “é nas imagens de maior interesse privado que se verifica a busca pela aceitação do outro” (BRANCO, 2017).

Conforme pontuado no parágrafo anterior, as exposições podem até ser feitas sem intenção de obter lucro através dos filhos, contudo, em face de uma proposta financeira interessante, mudam-se os rumos, a rede social que antes servia somente para divulgar imagens e vídeos da criança de forma inocente passa a fazê-lo por motivo financeiro, levando a criança a se tornar mero objeto para obtenção de lucro.

Para a psicóloga Ana Flavia Fernandes, “a criança entra num personagem a fim de atender a expectativa da família e os *likes* dos amigos e, no fim, corresponder a padrões de corpo, comportamento, consumo. Isso pode prejudicar o desenvolvimento da identidade” (FERNANDES, 2017, s/p apud SAYURI, 2018, s/p), ou seja, viola-se, além da imagem e privacidade da criança, a vontade, o respeito e a liberdade, uma vez que as mesmas se moldam para se encaixarem em expectativas vazias imposta pela internet comprometendo seu desenvolvimento.

Além das violações de direitos, vale destacar os aspectos psicológicos, uma vez que, ante o reflexo dessa exposição, a Organização Mundial da Saúde explica que na última década o índice de crianças com transtornos psicológicos aumentou de 4,5% para 8% (SAYURI, 2018). A proteção da criança oferecida pelos pais é tida como um direito natural, visa a proteção da prole, acompanhando o processo de amadurecimento e auxiliando na formação de sua personalidade (MADALENO, 2013). Apesar dessa afirmativa, tal proteção tem sido comercializada, pois, juntamente com o dever de proteção, é violada a proteção à imagem da criança, que deveria ser preservada para garantia de segurança e preservação de seu desenvolvimento pelos seus próprios pais enquanto representantes legais.

Atribui-se a violação de direitos caráter de seriedade, após crescida a criança alvo dessas exposições, pode ajuizar uma ação requerendo o direito ao esquecimento, por ficar constrangida frente às exposições ou ainda

como forma de reparação dos danos causados diante da exposição feita (SCARABELLI, 2001). Viola-se constantemente os princípios da proteção integral da criança e do melhor interesse, vez que as crianças passam a ser vistas como um meio de subsistência, passando esses princípios, quando presentes, a ocuparem segundo plano.

Casos concretos de exploração da imagem dos filhos infantes

Bel para meninas

Atualmente, o canal da plataforma YouTube *Bel para meninas* conta com 7,46 milhões de inscritos. O canal foi criado em 2013 e teve alta repercussão em 2020 quando a *#SalveBelparaMeninas* chegou aos assuntos mais comentados de uma determinada rede social: nela, as pessoas chamavam à atenção para a forma como Francinete, mãe de Bel, 13 anos, expunha a filha à condição vexatória e ao constrangimento.

Um dos vídeos em que mais se percebe essa condição, a mãe de Bel faz uma mistura de bacalhau e leite e obriga a filha a tomar mesmo contra sua vontade e, avisando que passaria mal, a menina vomitou depois disso e a mãe, rindo, jogou o restante do líquido em sua cabeça.³

Em outro, a mãe faz uma enquete para que os inscritos escolham qual mochila ela deve usar, sendo aparente o desconforto de Bel por não poder escolher sua mochila. Além dos exemplos dos vídeos citados, a menina era exposta em seus momentos de maior fragilidade, vídeos nos quais Bel se encontrava chorando eram bem comuns no canal.

Nota-se, por estes vídeos, que o bem-estar de Bel não foi priorizado, Bel teve sua privacidade violada, sendo exposta de forma tão invasiva por sua própria mãe, que deveria ser a garantidora dos direitos da filha, não havendo qualquer indício que a proteção e o melhor interesse da criança sejam levados em consideração neste caso. Assim, a menina é exposta a situações constrangedoras e vexatórias por conta de likes e views. O que choca ainda mais é que o público-alvo do canal são crianças, que, mesmo estando do outro lado da tela, podem ser atingidas com tais práticas (Twitter, 2020). Como consequência, a família foi investigada pelo Ministério Público e o conselho tutelar de Maricá

foi acionado. Logo após, a mãe de Bel retirou os vídeos do ar naquela plataforma, porém, como consequência do *sharenting*, uma vez na rede, não impede que seja compartilhado em outras plataformas.

Alice

Sendo este um caso mais recente, Alice, com apenas dois anos de idade, viralizou no TikTok em 2021 após a mãe postar vídeos da menina falando palavras difíceis. Apesar de a pequena não possuir uma conta própria, são várias as publicações através do perfil da mãe, Morgana, chegando a pequena a 3 milhões de seguidores. Assim, a pequena foi convidada para estrelar um comercial para o Itaú Unibanco ao lado da atriz Fernanda Montenegro, batendo recorde de visualização e compartilhamento. Ocorre que, posterior ao comercial, foram criados diversos memes com a imagem da criança. Em seu perfil, Morgana, mãe da criança, solicitou que parassem de associar a imagem da filha a condições vexatórias, argumentando que “não deu autorização para nenhum deles e a gente não concorda em associar a imagem da Alice com fins políticos ou religiosos, por exemplo” (GUIMARÃES, 2022).

A partir desse caso, pode-se constatar as proporções alcançadas pelo *sharenting* e como podem influenciar na vida de uma criança de apenas dois anos que nem ao menos escolheu se expor, e que mesmo que tomasse essa decisão, enquanto ser em desenvolvimento, deveria ser preservada, devendo os pais zelar por sua privacidade com respeito, ao invés de proporcionar tal exposição que poderá, futuramente, causar danos à pequena Alice.

Considerações finais

O intuito do presente capítulo foi investigar a prática de monetização da criança na era digital, como consequência, demonstrar o quanto a midiaticização e inserção das crianças de forma tão precoce em mídias digitais pode ser prejudicial e afetar o seu desenvolvimento. A fim de destacar a importância das crianças serem vistas como sujeitos de direito, muito importante se tornou mencionar a Constituição Federal juntamente com o Código Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente.

No segundo tópico, foram trabalhados os impactos direcionados ao direito existencial, no âmbito da privacidade e vida íntima da criança com enfoque no direito de imagem. Observa-se que constantemente é atingido o direito natural da criança, penalizando sua infância e prejudicando seu desenvolvimento. O respeito, o espaço, a vontade da criança devem ser respeitados, isso interfere de forma direta na sua concepção moral. Abordou-se ainda os reflexos de tal exposição à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente com base no princípio da proteção integral e o melhor interesse da criança, que devem sempre nortear quaisquer decisões nas quais haja envolvimento de infantes.

O desenvolvimento e segurança da criança passam a tomar segundo plano à medida que se aumenta o número de *likes e views*, enquanto deveria ser prioridade seu bem-estar. Presencia-se, na prática do fenômeno *sharenting*, que os pais deveriam exercer papel de garantidor da proteção, trocando essa função para gerenciar os filhos e obter lucro através deles, deixando de lado a missão de oferecer proteção aos filhos e garantirem sua segurança.

Observa-se ainda que, inicialmente, os compartilhamentos não têm o intuito de violar direitos, ocorrem sem más intenções, contudo os pais acabam se empolgando de acordo os “resultados” decorrentes dessas publicações. Mesmo que tais exposições não configurem situações vexatórias, há que se questionar quanto ao consentimento da criança para ser exposta nas mais diversas situações.

Demonstra-se, ao longo do presente capítulo, que as crianças e adolescentes são considerados absolutamente incapazes de acordo com a legislação vigente, sendo responsabilidade inicialmente dos pais resguardá-los e fornecer proteção, de forma que não sejam privados do exercício de sua vontade e sejam respeitados, como reflexo do fenômeno *sharenting*, é preciso considerar o desenvolvimento de problemas na vida adulta dessa criança decorrentes da vontade não respeitada.

Apesar de as redes sociais serem um ótimo mecanismo para aproximar as pessoas e trocar experiências, o *sharenting* pode trazer danos desastrosos para a criança, não só no presente como também no futuro. Para que não haja dúvidas da violação dos direitos existenciais em rede sociais diante das exposições realizadas pelos pais ou familiares, o aconselhável é que simplesmente não o faça, dessa forma não se atenta contra a direitos que interferem diretamente na dignidade humana.

Referências

- BERTI, Luiza G.; FACCHIN, Zulmar A. Sharenting: violação do direito de imagem das crianças e adolescentes pelos próprios genitores na era digital. **Revista de Direito de Família e Sucessão**, v. 7, n. 1, 2021. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/direitofamilia/article/view/7784>. Acesso em: 29 ago. 2022
- BITTENCOURT, Sávio. A preservação da imagem da criança institucionalizada e o direito à visibilidade. **IBDFAM**, 14 jan. 2019. *Online*. Disponível em <https://www.ibdfam.org.br/artigos/1312/A+preserva%C3%A7%C3%A3o+da+imagem+da+crian%C3%A7a+institucionalizada+e+o+direito+%C3%A0+invisibilidade>. Acesso em: 07 set. 2022.
- BRANCO, Sérgio. **Memória e esquecimento na internet**. Série: Pautas em Direito. Porto Alegre: Arquipélago, 2017. Edição do Kindle.
- BRASIL. Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009. Dispõe adoção. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm Acesso em: 26 out. 2022
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Diário Oficial da União, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 nov. 2022.
- BRASIL. **Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Brasília: Diário Oficial da União, 1990a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm#:~:text=DECRETO%20No%2099.710%2C%20DE,sobre%20os%20Direitos%20da%20Crian%C3%A7a. Acesso em: 29 ago. 2022.
- 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: Diário Oficial da União, 1990b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 22 nov. 2022.
- BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília: Diário Oficial da União, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 17 nov. 2022.
- CARVALHO, Bruno Wesley Cruz de. A preservação e utilização da imagem de criança e adolescente em processo judicial. **Empório do direito**, 17 mar. 2020. *Online*. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/a-preservacao-e-utilizacao-da-imagem-de-crianca-e-adolescente-em-processo-judicial>. Acesso em: 08 set. 2022

- CATRACA LIVRE. Bel para meninas volta às redes e se manifesta sobre polêmica. **Catracalivre**, São Paulo, 25 ago. 2020. *Online*. Disponível em: <https://catracalivre.com.br/entretenimento/bel-para-meninas-volta-as-redes-e-se-manifesta-sobre-a-polêmica/>. Acesso em: 26 out. 2022
- CRUZ, Elisa Costa. O direito dos filhos à privacidade e sua opunibilidade à autoridade parental. **Jusbrasil**, 2011. *Online*. Disponível em: <https://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/3019663/artigo-o-direito-dos-filhos-a-privacidade-e-sua-opunibilidade-a-autoridade-parental-por-elisa-costa-cruz-> Acesso em: 13 set. 2022
- EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. Sharenting, liberdade de expressão e privacidade de crianças no ambiente digital: o papel dos provedores de aplicação no cenário jurídico brasileiro. **Revista Brasileira de Políticas Públicas. UNICEUB**. v. 7, n. 3, p. 256-273, 2017. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/4821/xml>. Acesso em: 07 set. 2022
- ESTADO DE MINAS. Brasil é o terceiro país do mundo que mais usa redes sociais. **Estado de Minas**, 28 set. 2021. *Online*. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/tecnologia/2021/09/28/interna_tecnologia,1309670/brasil-e-o-terceiro-pais-do-mundo-que-mais-usa-rede-sociais-diz-pesquisa.shtml–Acesso em: 07 set. 2022
- FREITAS, Duda. Conheça Alice, a menina de 2 anos que fala palavras difíceis e conquistou famosos. **Gshow**, São Paulo, 07 jul. 2021. *Online*. Disponível em: <https://gshow.globo.com/tudo-mais/viralizou/noticia/conheca-alice-a-menina-de-2-anos-que-fala-palavras-dificéis-e-conquistou-famosos.ghtml>. Acesso em: 26 out. 2022
- GUIMARÃES, Cleo. Comercial com Fernanda Montenegro e bebê Alice faz Itaú bater recorde. **Veja**, 16 dez. 2021. *Online*. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/coluna/veja-gente/comercial-com-fernanda-montenegro-e-bebe-alice-faz-itaubater-recorde/>. Acesso em: 26 out. 2022
- GUIMARÃES, Cleo. 'Não autorizo', diz mãe de bebê Alice sobre memes com a imagem da filha. **Veja**, 06 jan. 2022. *Online*. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/coluna/veja-gente/bebe-alice-meme-bolsonalo-nao-autorizo-mae/>. Acesso em: 26 out. 2022.
- ISHIDA, Válder Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente**: doutrina e jurisprudência. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2015
- JORNAL JURÍDICO. O que é sharenting? *Jornal Jurid.*, 07 jun. 2022. *Online*. Disponível em: <https://www.jornaljurid.com.br/blog/auxilium/o-que-e-o-sharenting>. Acesso em: 29 ago. 2022

- JUNQUEIRA, Gabriela. Bel para Meninas: entenda o caso e o porquê da remoção de vídeos do canal. **CAPRICO**, abr. 2020. Disponível em: <https://capricho.abril.com.br/comportamento/bel-para-meninas-entenda-o-caso-e-o-porque-da-remocao-de-videos-do-canal/>. Acesso em: 26 out. 2022
- MACIEL, Larissa Almeida. Do princípio da proteção integral no Brasil. **Jusbrasil**, 28 set. 2020. *Online*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/85690/do-principio-da-protecao-integral-no-brasil>. Acesso em: 24 out. 2022.
- MADALENO, R. **Curso de direito de família**. 5ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- MARQUES, Andrea Neves Gonzaga. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Direito à Privacidade e Intimidade. **TJDFT**, 2010. *Online*. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2010/direito-a-intimidade-e-privacidade-andrea-neves-gonzaga-marques>. Acesso em: 14 set. 2022.
- MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **A proteção da criança no cenário internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- NETTO, Domingos Franciulli. A proteção ao Direito à Imagem e a Constituição Federal. **Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva**, v. 16, n. 1, p. 1-74, jan./jul. 2004. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/informativo/article/view/442/400>. Acesso em: 08 set. 2021.
- PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil** – Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2007.
- SAYURI, Juliana. Pequenas crianças, grandes negócios. **Revista Trip**, 25 jul. 2018. *Online*. Disponível em: <https://revistatrip.uol.com.br/trip/mini-influenciadores-digitais-como-tanto-protagonismo-afeta-o-desenvolvimento-da-crianca>. Acesso em: 26 out. 2022
- SCARABELLI, Camila Ceroni. **A responsabilidade civil dos pais**. **B. Cient. ESMPU**, Brasília, a. I, n. 1, p. 33-40, out./dez. 2001. Disponível em <https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim-boletim-cientifico-n-1-outubro-dezembro-de-2001/responsabilidade-civil-dos-pais>. Acesso em 10 nov. 2022.
- SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- SILVA, Ana Luisa Ponce. SAVIOLI, Júlia Cristina; CÂMARA FILHO, Marcos Antônio. As implicações jurídicas do fenômeno do sharenting. **Consultor Jurídico**, 24 jan. 2021. *Online*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jan-24/opinio-implicacoes-juridicas-fenomeno-sharenting>. Acesso em: 18 ago. 2022

TUPINAMBÁ, Roberta. O cuidado como princípio jurídico nas relações familiares. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme (Coord.) **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 357-379.

UNICEF. Convenção sobre os direitos da criança. **Unicef**, 1989. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em: 24 out. 2022.

VASCONCELOS, Fernando Antônio de. **Internet: Responsabilidade do provedor pelos danos praticados**. 5. tir. Curitiba: Juruá, 2007. 248p

WANDERLEY, Ed. MP é acionado após público denunciar mãe youtuber do canal Bel para meninas. **Correio Brasiliense**, 21 mai. 2020. *Online*. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2020/05/21/interna-brasil,856784/mp-e-acionado-apos-publico-denunciar-mae-youtuber-do-canal-bel-para-me.shtml>. Acesso em: 26 out. 2022 Disponível em: www.twitter.com/escoladepress1/status/1009971735754629121. Acesso em: 26 out. 2022.

YOUTUBE. Bel para meninas. **Canal Youtube**, c2022. Disponível em: <https://www.youtube.com/@Belparameninas>. Acesso em 26 out. 2022

Notas de fim

1 Bacharel em Direito. E-mail: gabisioiver@gmail.com

2 Doutora e Mestre em Cognição e Linguagem (Uenf). Estágio Pós-doutoral em Direito Civil e Processual Civil (Ufes). Membro da Sociedade Brasileira de Bioética (SBB). Membro da Asociación de Bioética Jurídica de La Universidad Nacional de La Plata (Argentina). Membro do Instituto Brasileiro de Estudos em Responsabilidade Civil (IBERC). Coordenadora do GEPBIDH (Grupo de Estudos e Pesquisa em Bioética e Dignidade Humana). Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Membro do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (BRASILCON). Professora dos Cursos de Direito e Medicina. E-mail: hildeboechat@gmail.com Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3000681744460902> Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9871-8867>

3 (YouTube, 2020, os vídeos citados como exemplo foram retirados da plataforma pela mãe ad infante).

17. Abandono material e a ostentação do devedor de alimentos em redes sociais

Sandy Oliveira Campos¹
Hideliza Lacerda Tinoco Boechat Cabral²
DOI: 10.52695/978-65-5456-016-0.17

“Amar é faculdade, cuidar é dever”.

(Nanci Andrichi, 2012, online).

Considerações iniciais

O abandono material é crime contra a assistência familiar disposto no caput do art. 244 do Código Penal Brasileiro de 1940, sendo a conduta criminosa consistente em “Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho” (BRASIL, 1940). O referido artigo dispõe que, para o crime de abandono material, aplica-se a pena de detenção de 1 a 4 anos e multa, de 1 a 10 vezes o salário mínimo vigente no País (BRASIL, 1940).

Não obstante, o abandono material recai também sobre o ascendente inválido ou maior de 60 anos, a conduta atípica consiste em não prover os recursos necessários, não realizar o adimplemento da pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada e, ainda, sem justa causa, deixar de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo (BRASIL, 1940). Além do mais, a Lei nº 10.406/2002, o Código Civil Brasileiro (doravante CC) dispõe, no art. 1.566, os deveres dos cônjuges para com os filhos, mais precisamente no inciso IV “o dever do sustento, guarda e educação dos filhos” (BRASIL, 2002).

Aos pais, incumbe o dever do sustento da prole, como consequência do poder familiar que lhes é outorgado, conforme dispõe a Carta Magna de 1988, em seu 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” (BRASIL, 1988). Nesse sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe sobre o dever dos pais, veja-se: “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, 1990).

Portanto, até que o filho menor complete maioridade ou seja emancipado, os pais detêm o dever de sustento, haja vista ser a única forma de o filho ter supridas as suas necessidades. Nota-se que o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, através da ementa colacionada a seguir, expõe diretamente sobre o dever de sustento a ambos os pais:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ALIMENTOS. CAPACIDADE FINANCEIRA DO PAI ALIMENTANTE. NECESSIDADE PRESUMIDA DA MENOR ALIMENTANDA. BINÔMIO POSSIBILIDADE X NECESSIDADE. PROPORCIONALIDADE INCONTROVERSA NA FIXAÇÃO DO QUANTUM A SER PAGO. DEVER DE SUSTENTO. AMBOS OS PAIS. MAJORAÇÃO. INDEVIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. É dever dos pais assistir, educar e criar os filhos menores, conforme dispõe o art. 229 da CF/88, regulamentado pelo Código Civil, que impõe a ambos os genitores o dever de sustentar, guardar e educar os filhos menores (art. 1.566, IV), bem como define ser obrigação do pai e da mãe arcar com a manutenção dos filhos na proporção da capacidade financeira de cada um (art. 1.703). 2. Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada, de modo a não onerar demasiadamente quem os presta e a garantir efetivo auxílio material ao necessitado (§ 1º do art. 1.694 do CC). 3. Demonstrado que a majoração do percentual fixado na instância de origem, de 15% (quinze) por cento sobre o salário-mínimo, poderá comprometer sobrevivência do alimentante apelado, que possui mais três filhas, imperiosa a manutenção da sentença, sobretudo porque o dever de sustentar os filhos é obrigação de ambos os pais, decorrente do exercício do poder familiar (art. 1.634, CC). 4. Apelação conhecida e desprovida. Honorários majorados (TJ-DF 07084071220198070003 - Segredo de Justiça 0708407-12.2019.8.07.0003, Relator: DIVA LUCY DE FARIA PEREIRA, Data de Julgamento:

28/10/2020, 1ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no PJe: 12/11/2020. Pág.: Sem Página Cadastrada).

Segundo Pereira (2021), o descumprimento pode acarretar a destituição do poder familiar e a caracterização de crime de abandono previsto no art. 244 do Código Penal, entretanto a destituição do poder familiar não exige o genitor de prover o sustento. Nesse sentido, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais julgou procedente a ação da destituição do poder familiar, abandono material e ainda afetivo, uma vez que deve prevalecer o melhor interesse do menor, veja-se:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR - ABANDONO MATERIAL, AFETIVO E MORAL DOS FILHOS POR PARTE DOS PAIS - ARTIGO 1.638 DO CC - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO - DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR - SITUAÇÃO EXCEPCIONAL - ÔNUS DA PROVA - SENTENÇA MANTIDA. 1. Deve ser permitido à criança e ao adolescente viver junto de sua família de origem, ambiente em regra cercado de amor e cuidados, essenciais ao desenvolvimento físico, mental e social da pessoa em formação, devendo o Estado, não obstante, a fim de garantir o melhor interesse do menor, intervir em situações excepcionais, que comprometam este desenvolvimento adequado, ofendendo o sistema jurídico protetivo consagrado pelo ECA. 2. Assim, podem os genitores ser destituídos do poder familiar nas hipóteses previstas no artigo 1.638 do CC, não podendo o Poder Judiciário compactuar com o extremo desinteresse e descuido dos pais na criação e formação da prole que, por sua vez, não pode se sujeitar à inconstância de uma vida familiar desregrada, não bastando o amor dos genitores à manutenção do poder familiar. 3. Restando exaustivamente demonstrada nos autos a sujeição dos filhos dos requeridos a abandono material, afetivo e moral, além da prática, pelos pais, de atos contrários à moral e aos bons costumes, deve ser mantida a sentença que julgou procedente o pedido, de modo a resguardar o interesse das crianças, ainda que a destituição do poder familiar se trate de medida drástica. 4. Recurso não provido.

(TJ-MG - AC: 10508180015192001 Piranga, Relator: Teresa Cristina da Cunha Peixoto, Data de Julgamento: 19/11/2021, Câmaras Cíveis/ 8ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 09/12/2021).

Por fim, cumpre salientar que o dever de sustento decorre do poder familiar e a obrigação alimentar do parentesco (PEREIRA, 2021), e que o abandono material da criança e adolescente é cometido pelos genitores ou por quem tenha a guarda dessas crianças e adolescentes sendo responsável por sustentá-los materialmente; o crime de ab'º Código Penal, necessidade³ pressupostos, quais sejam:

O objetivo, que é a omissão/negligência de sustento de dependente do agente; o subjetivo, ou seja, o dolo movido pela intenção de negligenciar o sustento; e, por fim, o normativo, que é a ausência de justa causa sobre a ação contrária ao ordenamento jurídico (PEREIRA, 2021, p. 667).

A tipicidade pode ser afastada se provada a concreta impossibilidade econômica de contribuir para o sustento da vítima. Na esfera cível, o não pagamento de pensão alimentícia fixada judicialmente pode incidir em prisão civil pelo período de até 90 dias (PEREIRA, 2021). Na esfera penal, deve ficar demonstrada a intenção de negligenciar a prestação alimentar sem justa causa, ou seja, a vontade livre e egoísta de deixar de prover a subsistência de seus dependentes, pois o mero inadimplemento da verba alimentar, sem demonstração desses pressupostos, não configura o tipo, outrora, para o genitor revel, poderá haver condenação (PEREIRA, 2021).

O dever de cuidado deve acompanhar o ser humano desde a sua vulnerabilidade de recém-nascido até ao extremo oposto, da vulnerabilidade do idoso, e esse dever de cuidar é um direito fundamental assegurado pela Constituição Federal de 1988, abrangendo os cuidados aos cônjuges, aos filhos, aos pais, aos irmãos, aos adolescentes e, também, aos idosos (BRASIL, 1988).

Assevera a Carta Magna que o dever de cuidado é um dever da família e da sociedade, bem como do Estado, garantindo 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 garantir que sejam salvos da negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

O cuidado do dia a dia e a convivência não é um direito, mas uma obrigação, a falta de vínculo entre pais e filhos gera sequelas de larga escala e atrapalham no desenvolvimento dos filhos (DIAS, 1999). Além do mais, os laços entre pais e

filhos é algo muito além de apenas desejar o bem ou ter algum sentimento, mas se trata de pontes criadas sobre abismos emocionais, o afeto é a chave que cria laços dentro das relações familiares, sendo certo que não estão atreladas apenas ao contexto jurídico, mas psicológico (FARIAS; ROSENVALD, 2008). Todas as relações familiares, sejam formais ou informais, complexas ou não, buscam por afeto, perdão, solidariedade, paciência e qualquer outro sentimento que envolva a vida compartilhada. Em suma, pode-se dizer que as relações familiares dependem da capacidade de dar e receber afeto (VILLELA, 1994).

É importante destacar que o afeto no contexto deste trabalho não se refere apenas ao amor de um pai para com o filho, mas do cuidado diário, a busca por atender as necessidades básicas da criança e o trabalho na construção do relacionamento familiar. Os trabalhos diários na construção de um ambiente familiar saudável causam um impacto positivo na sociedade, pois, se as pessoas encontram refúgio dentro de seus lares, estes se tornam alvo de implementação de projetos de felicidade pessoal (FARIAS, 2007).

Não obstante, o dever de alcançar outras legislações que demonstram o quão importante é zelar pelos direitos fundamentais da criança e do adolescente, direitos esses que decorrem da obrigação dos genitores. Assim, o art. 1.634, inciso I do CC determina: “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” (BRASIL, 2002). Imperioso ressaltar que a legislação especial regulamentada pela Lei nº 8.069/1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, acerca do referido tema, dispõe que:

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 (BRASIL, 1990).

O dever de cuidado decorre diretamente do poder familiar, sendo atribuído aos pais o dever do cuidado, zelo, e da assistência para com os filhos (MEIRELLES, 2009). A extinção do poder familiar ocorre através da perda ou da destituição, bem como a sua suspensão, constituem sanção aplicada aos responsáveis por infração a esse dever de cuidado (GONÇALVES, 2010).

Então, em face da extinção do poder familiar, a configuração do descumprimento do dever de cuidado deverá ser observada através do art. 1.638 do Código Civil de 2002, ocorre quando é acometido por castigo imoderado, abandono do filho, prática de atos contrários à moral e aos bons costumes, e, ainda, quando incidir em faltas (BRASIL, 2002).

Ademais, o ECA também se refere ao descumprimento do dever de cuidado, através do art. 249 da Lei 8.069/90, “Descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao pátrio poder familiar ou decorrente de tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar” (BRASIL, 1990), ou seja, expõe o direito da criação e da educação do menor no ambiente da família, com a conseqüente convivência familiar e comunitária, garantindo seu pleno desenvolvimento.

Ostentação do devedor de alimentos nas redes sociais e os sinais exteriores da riqueza

Para melhor compreensão, insta esclarecer que o termo ostentação é o ato de, com muito excesso e orgulho, exibir realizações, posses ou habilidades de si próprio, fazendo isso com vaidade, expondo bens pessoais, normalmente fazendo referência à necessidade de mostrar luxos ou sua riqueza. Geralmente, os atos de ostentação ocorrem nas redes sociais, principalmente no Instagram, Twitter e TikTok, mostrando, através de vídeos e fotos, viagens, festas, bens que transmitem uma sensação de riqueza (JURÍDICA, 2021).

A ostentação nas redes sociais, bem como as aparições extravagantes no Instagram e demais meios de comunicação, são meios de provas que podem ser usadas contra o devedor de alimentos. Portanto, neste tópico, será desenvolvido a ostentação do devedor de alimentos nas redes sociais, a teoria da aparência, bem como os reflexos exteriores da riqueza.

A privacidade é um direito fundamental assegurada pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso X, que prevê como 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” (BRASIL, 1988). O Código Civil de 2002 também dispõe sobre a privacidade através do art. 21, veja-se: “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requere-

rimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma” (BRASIL, 2002). Acerca do assunto, o autor Danilo Doneda (2008) assevera:

A privacidade é um componente essencial da formação da pessoa. A sutil definição do que é exposto ou não sobre alguém, do que se quer tornar público ou o que se quer esconder, ou a quem se deseja revelar algo, mais do que meramente uma preferência ou capricho, define propriamente o que é um indivíduo – quais suas fronteiras com os demais, qual seu grau de interação e comunicação com seus conhecidos, seus familiares e todos os outros (DONEDA, 2008, s/p.)

Tratando-se da privacidade na era digital, todas as informações sobre todos nunca estiveram tão facilmente acessíveis (PALFREY; GASSER, 2011). Nesse sentido, os autores Palfrey e Gasser dispõem:

Os jovens que estão vivendo mediados pelas tecnologias digitais vão pagar um alto preço, em algum momento da sua trajetória de vida, devido à maneira como a privacidade é tratada neste ambiente convergente e híbrido. É muito provável que os jovens deixem atrás de si no espaço cibernético algo que poderá se tornar muito parecido com uma tatuagem – algo conectado a eles do qual não conseguirão se livrar mais tarde, mesmo que queiram, sem uma enorme dificuldade (PALFREY; GASSER, 2011, p. 66).

Entretanto, muitas pessoas demonstram não se importarem em ter a vida exposta na era digital, pois muitos usuários renunciam à privacidade em troca de curtidas e seguidores, exibindo sua rotina diária desde o amanhecer até o anoitecer, expõem o que comem, o que bebem, os locais que frequentam, as conquistas materiais, assim, ostentam para as demais pessoas sua vida privada, o que pode acarretar consequências indesejadas, como, por exemplo, a queda da privacidade e a utilização das postagens como meio de prova documental em processos como pensão alimentícia.

Conforme já mencionado anteriormente, a ostentação nas redes sociais decorre do ato de mostrar, de forma extravagante, seu estilo de vida através de viagens, carros, roupas caras, festas, bens móveis e imóveis, desse modo provan-

do as reais condições financeiras, e tratando-se do devedor de alimentos, são provas contra si mesmo a publicação de um estilo de vida que se alega não ter.

A obrigação de prestar alimentos possui ampla proteção do estado, desse modo, foram estabelecidas normas jurídicas para garantir que tal obrigação seja cumprida. O Código Civil de 2002, por exemplo, possui um capítulo exclusivo para sua proteção. De acordo como art. 1.696 do Código Civil, os alimentos deverão ser prestados de forma recíproca, ou seja, pais e filhos deverão auxiliar uns aos outros nos momentos de necessidade. Insta salientar que, para o cumprimento da obrigação de alimentar, deverão ser preenchidos o trinômio da necessidade, disponibilidade e da possibilidade (BRASIL, 2002).

De acordo com a Constituição Federal, os pais devem prestar alimentos aos filhos enquanto estes estiverem perante o poder familiar, sob a lógica do dever do sustento (DIAS, 2021). Nesse sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 22, dispõe: “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, 1990).

O dever dos genitores de alimentar os filhos é prioridade enquanto o filho for menor incapaz, portanto, em caso de divórcio, os cônjuges separados contribuirão na mesma proporção para a manutenção dos filhos, com o sustento e qualidade de vida dentro dos parâmetros financeiros dos genitores (BRASIL, 2002).

Sobre o tema, alude Carlos Roberto Gonçalves:

É o mais importante de todos. Incumbe aos pais velar não só pelo sustento dos filhos, como pela sua formação, a fim de torná-los úteis a si, à família e à sociedade. O encargo envolve, pois, além do zelo material, para que o filho fisicamente sobreviva, também o moral, para que, por meio da educação, forme seu espírito e seu caráter (GONÇALVES, 2010p. 372).

Insta salientar que a Carta Magna dispõe, expressamente, no art. 227, sobre o dever da família e o direito exclusivo de todas as garantias dignas, como: integridade à vida, à saúde, à educação, ao lazer, à alimentação, à profissionalização e à cultura (BRASIL, 1988). Assim, o Ordenamento Pátrio Brasileiro, através do Código Civil, da Constituição Federal e o do Estatuto da Criança e do Adolescente, vem garantindo e preservando os direitos da prole. Tratando-se do devedor de alimentos, o maior problema da ostentação nas redes sociais

ocorre quando o sujeito devedor expõe na internet, por meio de postagens totalmente incompatível com quem possui dívidas, uma vida cheia de luxos, contudo afirma não poder arcar com o dever do sustento dos filhos.

Nos processos de alimentos, a parte exequente, como modo de comprovação de condições financeiras do executado, utiliza cópias de fotos e vídeos das redes sociais para comprovar a legítima situação financeira do executado, e o judiciário vem considerando como provas as manifestações nas redes sociais, nos processos de alimentos, por exemplo, o devedor alega estar passando por dificuldades financeiras, mas são flagrados, nesses novos meios de comunicação, em situações probatórias de riqueza, como fotos de viagens, festas e carros de luxo.

A utilização desse meio de provas já tem sido reconhecida por muitos tribunais brasileiros, ganhando grande relevância. Nesse sentido, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais se manifestou aplicando a teoria da aparência, observa-se na ementa colacionada a seguir:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - DIREITO DE FAMÍLIA - TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA - AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL, GUARDA E ALIMENTOS - FIXAÇÃO DE ALIMENTOS PROVISÓRIOS - PRELIMINAR - NULIDADE DA DECISÃO - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO - NÃO OCORRÊNCIA - MÉRITO - FILHA MENOR - NECESSIDADE PRESUMIDA - CAPACIDADE DO GENITOR - MAJORAÇÃO DO VALOR - TEORIA DA APARÊNCIA - ADEQUAÇÃO AO TRINÔMIO “NECESSIDADE-POSSIBILIDADE-PROPORCIONALIDADE” 1. Fundamentos sucintos não se confundem com ausência de fundamentação. Se, da leitura da decisão agravada, é possível depreender as razões em que se baseou o julgador para deferir a antecipação da tutela, não há de se falar em nulidade do decisum. Preliminar rejeitada. 2. Os alimentos provisórios devem ser fixados com observância ao princípio da proporcionalidade, levando em consideração as necessidades do alimentando e as possibilidades do alimentante. 3. Diante da controvérsia a respeito dos reais rendimentos do genitor, impõe-se a aplicação da Teoria da Aparência, que autoriza ao julgador utilizar como parâmetro para a estipulação (revisão) do encargo alimentar quaisquer sinais exteriores que denotam a capacidade financeira do alimentante. 4. Majoração dos

alimentos provisórios, a fim de adequá-los ao trinômio “necessidade-possibilidade-proporcionalidade”, para o patamar de 80% (oitenta por cento) do salário mínimo, considerando os sinais da capacidade econômica do genitor - a princípio, incompatíveis com o que alega auferir - e a necessidade presumida da filha menor. 5. Recurso parcialmente provido. (TJ-MG - AI: 10000211809322001 MG, Relator: Áurea Brasil, Data de Julgamento: 27/01/2022, Câmaras Cíveis/5ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 28/01/2022).

Outrossim, nota-se mais um posicionamento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE ALIMENTOS - ENCARGO PROVISÓRIO - ADEQUAÇÃO -- BINÔMIO NECESSIDADE E POSSIBILIDADE - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Nos termos dos art. 1.694 e 1.695 do Código Civil, a verba alimentar deve ser fixada na proporção da necessidade do destinatário do encargo em conjunto com a possibilidade financeira do alimentante. 2. O arbitramento dos alimentos provisórios resulta de um juízo de cognição sumária e incompleta, embasado na necessidade urgente do alimentando e na aparente possibilidade do alimentante. 3. Deve ser reduzido o encargo alimentar fixado, a fim de não se configurar o desequilíbrio do binômio necessidade x possibilidade, ante a existência de prova de capacidade financeira reduzida por parte do genitor e respeitadas as peculiaridades do caso concreto. (TJ-MG - AI: 10000212307193001 MG, Relator: Afrânio Vilela, Data de Julgamento: 08/03/2022, Câmaras Cíveis / 2ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 09/03/2022).

Ora, é importante salientar que cada caso concreto deve ser analisado minuciosamente, o referido Recurso Agravo de Instrumento 2307201-64.2021.8.13.0000/MG fora interposto pelas filhas menores, representadas pela sua genitora, uma vez que o juiz proferiu a decisão, fixando os alimentos provisórios no importe de 60% do salário mínimo, é certo que o importe equivalente a 60% do salário mínimo vai muito além das necessidades dos menores, visto que os agravantes aduzem que o agravado goza de boas condições financeiras, reside com a mãe, não tendo gastos com mo-

radia; esclarecem também que o genitor é dentista e possui clínica própria, possuindo alto padrão de vida.

Assim, o agravo de instrumento foi recebido no duplo efeito, majorando a pensão alimentícia para o importe de 2,5 salários mínimos, o agravado em contraminuta alega não possuir condições financeiras, que realiza atendimento na clínica de terceiros, auferindo somente R\$ 23.000,00 anuais; contudo, as fotografias juntadas como meio de provas que foram postadas nas redes sociais do agravado demonstram o oposto, que o mesmo possui um consultório odontológico próprio, auferindo a renda anual de R\$ 62.627,00, comprovado através da declaração de imposto de renda juntada nos autos do processo, demonstrando assim, que o agravado omite os ganhos reais.

Devido à dificuldade de averiguação da real capacidade do alimentante, a teoria da aparência tem ganhado relevância no direito de família, autorizando o juiz a levar em consideração, para o arbitramento dos alimentos, quaisquer elementos que indiquem situação econômica do genitor, tais como sinais exteriores de riqueza e ostentação em redes sociais; neste caso concreto, por exemplo, fora admitido a aplicação da teoria da aparência.

A teoria da aparência é um princípio aliado a boa-fé objetiva, que tem como objetivo reprimir a litigância de má-fé do indivíduo que oculta as reais condições financeiras. No direito de família, o referido princípio é reconhecido nos processos de alimentos, mais precisamente na fase da fixação dos alimentos (FIGUEIRA; CABRAL; SOUZA, 2018). Frisa-se que a parte autora aproveita da ostentação nas redes sociais e utiliza a seu favor como meio de provas no processo de pensão alimentícia e, até mesmo, nos processos de divórcio, dissolução de união estável.

A Lei de Alimentos nº 5.478/68 (BRASIL, 1968), bem como o Código Civil de 2002, institui, no art. 1694, quem pode pedir alimentos a quem: “Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação” (BRASIL, 2002).

O parágrafo^{1º} do referido artigo refere-se à necessidade-possibilidade: “Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada” (BRASIL, 2002). O direito dos alimentos não é perpétuo, pois está condicionado ao binômio necessidade-possibilidade, sendo a necessidade de quem pleiteia e a possibilidade do requerido, de acordo

com Paulo Nader (2016): “Seria um contrassenso a imposição do dever de alimentos a quem não dispõe de recursos, além dos estritamente necessários à subsistência pessoal da família” (NADER, 2016, p. 710).

Sendo assim, por determinação legal, impõe-se a conjugação do binômio necessidade da criança e a possibilidade de ambos os genitores, que têm responsabilidade no custeio e sustento dos filhos; desse modo, se ambos possuem renda, ambos devem contribuir com as despesas do menor, a condição econômica do genitor não influencia na exoneração da obrigação, mesmo que o filho tenha atingido a maioridade e esteja apto para o trabalho em face da legislação específica (MADALENO, 2020).

O princípio da proporcionalidade é reconhecido e aplicado no dever de alimentar, pois o referido princípio norteia o binômio necessidade versus possibilidade, portanto, é notável a possibilidade de se propor ação revisional de alimentos quando sofrer alterações na capacidade de quem paga ou a necessidade de quem recebe no decorrer do lapso temporal (FIGUEIRA; CABRAL; SOUZA., 2018).

Em casos em que haja a remuneração registrada pelo empregador pró-labore ou outro indicador que demonstre a riqueza do alimentante, não há grandes problemas na fixação. Outrora, há situações em que o alimentante tem a possibilidade de se esquivar quando não possui emprego fixo ou renda oficialmente declarada.

Assim, é possível a fixação baseada nos sinais exteriores da riqueza, que apontam a capacidade financeira do alimentante, demonstrando o patrimônio e o modo de vida que revelam o verdadeiro poder aquisitivo. Sobre o tema, Maria Berenice Dias salienta:

Como o dever alimentar se prolonga no tempo, são comuns as ações revisionais, sob a alegação de ter havido, ou aumento ou redução, quer das possibilidades do alimentante, quer das necessidades do alimentando (DIAS, 2021, p. 906).

Portanto, quando o devedor sofre uma demissão ou falência e não possui condições de manter com a quantia estabelecida anteriormente, é necessário ingressar com a ação revisional e há casos em que o devedor obtém vantagens financeiras e deixa de majorar a quantia ao alimentado, contudo, a regra é cla-

ra, no direito alimentar assegura manter o alimentando no mesmo padrão de vida do alimentante (DIAS, 2021).

Considerações finais

Os tribunais têm valorado quaisquer provas colhidas pela parte autora, inclusive das redes sociais, nas quais o devedor se expõe com carros de luxo, viagens caras, entre outros atributos que transparecem riqueza, com o intuito de revelar sua real condição econômica para que se alcance uma decisão equânime (FIGUEIRA; CABRAL; SOUZA., 2018).

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, através da Apelação Cível AC 70080938467/RS, julgou improcedente o pedido de redução dos alimentos, uma vez que o alimentante ostenta sinais exteriores de riqueza, tais como carro de luxo e atividades de lazer incompatíveis com a renda demonstrada nas movimentações contábeis da atividade empresarial, veja-se:

APELAÇÃO CÍVEL. REVISIONAL DE ALIMENTOS. MINORAÇÃO. MUDANÇA NO BINÔMIO ALIMENTAR. REDUÇÃO DA CAPACIDADE FINANCEIRA DO ALIMENTANTE. AUSÊNCIA DE PROVA. SINAIS EXTERIORES DE RIQUEZA E COMPORTAMENTO PROCESSUAL DO ALIMENTANTE. Caso em que as informações de movimentação financeira da empresa do alimentante não fornecem segurança de que realmente houve redução nas possibilidades econômicas do genitor. Isso porque o alimentante ostenta sinais exteriores de riqueza, tais como carro de luxo e atividades de lazer incompatíveis com a renda demonstrada nas movimentações contábeis da atividade empresarial. Por outro lado, o comportamento processual do alimentante que, em meio ao processo, consentiu pagar alimentos em valor superior ao dobro da oferta, bem como não recorreu da sentença que redimensionou o quantum praticamente ao triplo do valor requerido; também mostra que sequer a redução operada na sentença encontra lastro no contexto probatório global do processo. Via de consequência, de rigor a improcedência do pedido de redução dos alimentos. DERAM PROVIMENTO. (Apelação Cível, Nº 70080938467, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova,

Julgado em: 30-05-2019). (TJ-RS - AC: 70080938467 RS, Relator: Rui Portanova, Data de Julgamento: 30/05/2019, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: 04/07/2019).

Notoriamente, os sinais exteriores de riqueza foram demonstrados e a teoria da aparência foi aplicada pelo autor em face do réu. Insta salientar que, quando o alimentante for omissor com relação à atualização do valor da verba alimentar, a prova deverá ser produzida com elementos que demonstrem o padrão de vida, eventuais viagens, frequência em restaurantes caros ou declarações em redes sociais, demonstração da capacidade alimentar através de sinais exteriores de riqueza.

Referências

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro: Diário Oficial da União, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 14 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968**. Dispõe sobre ação de alimentos e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, 1968. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15478.htm. Acesso em: 22 nov. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Diário Oficial da União, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 set. 2022.

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: Diário Oficial da União, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm. Acesso em: 14 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília: Diário Oficial da União, 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em 14 set. 2022.

BRASIL. TJMG. Apelação Cível: **AC 0015192-37.2018.8.13.0508**. Julgamento: 19 de novembro de 2021. Relator: Desembargadora Teresa Cristina da Cunha Peixoto. Minas Gerais: Tribunal de Justiça, 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-mg/1337032525>, acesso em: 14 de setembro de 2022.

BRASIL. TJDF. Apelação Cível: **AC 0701526-50.2018.8.07.0004**. Segredo de Justiça 0701526-50.2018.8.07.0004. Julgamento: 15 de setembro de 2021. Relator: Diva Lucy De Faria Pereira. Distrito Federal: Tribunal de Justiça, 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-df/1289782147>, acesso em: 14 de setembro de 2022.

BRASIL. TJMG. Agravo de Instrumento - Cv: **AI 1809330-02.2021.8.13.0000**. Julgamento: 27 de janeiro de 2022. Relator: Áurea Brasil. Minas Gerais: Tribunal de Justiça, 2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-mg/1363160157>, acesso em: 22 de outubro de 2022.

BRASIL. TJMG. Agravo de Instrumento -Cv: **AI 2028989-13.2021.8.13.0000**. Julgamento: 05 de abril de 2022. Relator: Afrânio Vilela. Minas Gerais: Tribunal de Justiça, 2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-mg/1452267390>, acesso em: 22 de outubro de 2022.

BRASIL. TJRS. Apelação Cível: **AC 70080938467** Julgamento: 30 de maio de 2022. Relator: Rui Portanova. Rio Grande do Sul: Tribunal de Justiça, 2022. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rs/784006951>, acesso em: 22 de outubro de 2022.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2016.

DIAS, Maria Berenice. Efeitos patrimoniais das relações de afeto. In: I Congresso Brasileiro de Direito de Família, Porto Alegre, 1999. Coordenador: Rodrigo da Cunha Pereira. **Anais [...]** Porto Alegre, 1999. p. 53-58. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/57.pdf#page=53>. Acesso em 07 nov. 2022.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 14. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2021.

DONEDA, Danilo. Privacidade, vida privada e intimidade no ordenamento jurídico brasileiro. Da emergência de uma revisão conceitual e da tutela de dados pessoais. **Âmbito jurídico**, 2008. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/privacidade-vida-privada-e-intimidade-no-ordenamento-juridico-brasileiro-da-emergencia-de-uma-revisao-conceitual-e-da-tutela-de-dados-pessoais/>. Acesso em: 21 nov. 2022.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Escritos de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil**: teoria geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

- FIGUEIRA, Saulo Frágoso; CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat; SOUZA, Carlos Henrique Medeiros de. Alimentos: majoração com base nas redes sociais: a teoria da aparência no direito das famílias. **Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual**, n. 232, 2018. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/6353>. Acesso em 22 out. 2022.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Direito de família. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – vol. 6**. Direito de família. São Paulo: Saraiva Educação, 2015.
- JURÍDICA, Academia. Ostentação dos advogados nas redes sociais e as novas regulamentações da OAB. **EasyJur**, 13 mai. 2021. Online. Disponível em: <https://easyjur.com/blog/ostentacao-dos-advogados-nas-redes-sociais-e-as-novas-regulamentacoes-da-oab/#:~:text=No%20que%20se%20refere%20ao,mostrar%20luxos%20ou%20sua%20riqueza>. Acesso em: 22 out. 2022.
- MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- MEIRELLES, Jussara. Ambiente propício a perturbações mentais: o valor jurídico do cuidado ante a vulnerabilidade social. In: OLIVEIRA, Guilherme de; PEREIRA, Tânia da Silva. (Org.). **Cuidado e vulnerabilidade**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 62-65.
- PALFREY, John; GASSER, Urs. **Nascidos na era digital**: entendendo a primeira geração de nativos digitais. Traduzido por Magda França Lopes e revisado por Paulo Gileno Cysneiros. Porto Alegre: Artmed, 2011.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. Prefácio: Edson Fachin. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- PORTO, Sérgio Gilberto. **Doutrina e prática dos alimentos**: de acordo com a nova Constituição e com o Estatuto da Criança e do adolescente. Rio de Janeiro: Aide, 1991.
- VILLELA, João Baptista. As novas relações de família. In: *XV Conferência Nacional da OAB*, Foz do Iguaçu, set. 1994. **Anais** [...] Foz do Iguaçu, 1994. p. 645.

Notas de fim

1 Bacharel em Direito. E-mail: sandyoliveiracampos1@gmail.com

2 Doutora e Mestre em Cognição e Linguagem (Uenf). Estágio Pós-doutoral em Direito Civil e Processual Civil (Ufes). Membro da Sociedade Brasileira de Bioética (SBB). Membro da Asociación de Bioética Jurídica de La Universidad Nacional de La Plata (Argentina). Membro do Instituto Brasileiro de Estudos em Responsabilidade Civil (IBERC). Coordenadora do GEPBIDH (Grupo de Estudos e Pesquisa em Bioética e Dignidade Humana). Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Membro do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (BRASILCON). Professora dos Cursos de Direito e Medicina. E-mail: hildeboechat@gmail.com Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3000681744460902> Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9871-8867>

Copyright © 2022 Encontrografia Editora. Todos os direitos reservados.

É proibida a reprodução parcial ou total desta obra sem a expressa
autorização dos autores e/ou organizadores.

Desde o advento da Carta Magna de 1988, mudara a concepção individualista do Direito Civil clássico, ponderava Carlos Alberto Bittar. A Constituição de 1988, no âmbito das relações entre particulares, mostrou-se coerente com a evolução processada no Direito Privado, tanto ao nível doutrinário quanto jurisprudencial. Acolheu soluções que têm sido adotadas no Direito interno e no Direito dos países mais desenvolvidos, à luz da realidade fática. [...] A ênfase nos aspectos morais produz consequências no âmbito dos direitos obrigacionais, na teoria dos contratos, na teoria da responsabilidade civil, no relacionamento familiar — este influenciado pelas noções de igualdade entre homem e mulher e paridade entre os filhos, dentre outros posicionamentos específicos — no plano dos direitos intelectuais e em outros campos da vida privada:

Os artigos reunidos nesta coletânea se harmonizam com a moderna e sistêmica concepção do Direito Civil. Sua leitura é instrutiva e atualizadora, após duas décadas de vigência do Código Civil Brasileiro de 2002.

Rogério Medeiros Garcia de Lima

Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais; presidente do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais (2019-2020); doutor em Direito Administrativo pela UFMG; professor, palestrante e escritor



encontrografia

encontrografia.com
www.facebook.com/Encontrografia-Editora
www.instagram.com/encontrografiaeditora
www.twitter.com/encontrografia