

INTERDISCIPLINARIDADE E DIREITO PRIVADO

CONSELHO EDITORIAL SELO ÁGORA21

PRESIDÊNCIA	Felipe Dutra Asensi Marcio Caldas de Oliveira
CONSELHEIROS	Adriano Rosa (USU, Rio de Janeiro) Alfredo Freitas (AMBRA, Estados Unidos) André Guasti (TJES, Vitória) Arthur Bezerra Junior (UNINOVE, São Paulo) Bruno Zanotti (PCES, Vitória) Camila Jacobs (AMBRA, Estados Unidos) Camilo Zufelato (USP, São Paulo) Carolina Cyrillo (UFRJ, Rio de Janeiro) Claudia Pereira (UEA, Manaus) Claudia Nunes (UVA, Rio de Janeiro) Daniel Giotti de Paula (Intejur, Juiz de Fora) Eduardo Val (UFF, Niterói) Fernanda Fernandes (PCRJ, Rio de Janeiro) Gláucia Ribeiro (UEA, Manaus) Jeverson Quinteiro (TJMT, Cuiabá) José Maria Gomes (UERJ, Rio de Janeiro) Luiz Alberto Pereira Filho (FBT-INEJE, Porto Alegre) Paula Arevalo Mutiz (FULL, Colômbia) Paulo Ferreira da Cunha (UP, Portugal) Pedro Ivo de Sousa (UFES, Vitória) Raúl Gustavo Ferreyra (UBA, Argentina) Ramiro Santanna (DPDFT, Brasília) Raphael Carvalho de Vasconcelos (UERJ, Rio de Janeiro) Rogério Borba (UCAM, Rio de Janeiro) Santiago Polop (UNRC, Argentina) Siddharta Legale (UFRJ, Rio de Janeiro) Tatyane Oliveira (UFPB, João Pessoa) Tereza Cristina Pinto (CGE, Manaus) Thiago Pereira (UCP, Petrópolis) Vanessa Velasco Brito Reis (PGM, Petrópolis) Vania Marinho (UEA, Manaus) Victor Bartres (Guatemala) Yolanda Tito Puca (UNMSM, Peru)

REVISADO PELA COORDENAÇÃO DO SELO ÁGORA21

ORGANIZADORES
FELIPE ASENSI
ROSE DAYANNE DE BRITO
VINICIUS MARQUES

INTERDISCIPLINARIDADE E DIREITO PRIVADO



GRUPO MULTIFOCO

Rio de Janeiro, 2018

Copyright © 2018 Felipe Asensi, Rose Dayanne de Brito e Vinicius Marques (org.).

DIREÇÃO EDITORIAL Felipe Dutra Asensi e Marcio Caldas de Oliveira

EDIÇÃO E PREPARAÇÃO Thiago França

REVISÃO Coordenação Selo Ágora 21

PROJETO GRÁFICO E CAPA Carolinne de Oliveira

IMPRESSÃO E ACABAMENTO Gráfica Multifoco

DIREITOS RESERVADOS A

GRUPO MULTIFOCO

Av. Mem de Sá, 126 - Centro

20230-152 / Rio de Janeiro, RJ

Tel.: (21) 2222-3034

contato@editoramultifoco.com.br

www.editoramultifoco.com.br

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS.

Nenhuma parte deste livro pode ser utilizada ou reproduzida sob quaisquer meios existentes sem autorização por escrito dos editores e autores.

Interdisciplinaridade e Direito Privado

ASENSI, Felipe

BRITO, Rose Dayanne de

MARQUES, Vinicius

1ª Edição

Agosto de 2018

ISBN: 978-85-8273-508-4

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

161

Interdisciplinaridade e direito privado /
organizadores Felipe Asensi, Rose Dayanne de Brito,
Vinicius Marques. – Rio de Janeiro: Ágora, 2018.
210 p. ; 21 cm.

Inclui bibliografia.
ISBN 978-85-8273-508-4

1. Direito privado. I. Asensi, Felipe. II. Brito,
Rose Dayanne de. III. Marques, Vinicius. IV. Título.

CDD 342

Sumário

Conselho científico do CAED-JUS	7
Sobre o CAED-JUS	9

Súmula nº 381 do Superior Tribunal de Justiça – necessidade de reforma ou revogação?	11
---	----

Igor Labre de Oliveira Barros e Vinicius Pinheiro Marques

Alienação parental: Violência Psicológica e a possibilidade de criminalização do ato	33
---	----

*Sátina P. Marcondes Pimenta, Fabiana Campos Franco e
Solange Rosário Silva*

“Eu quero o divórcio... e o cachorro!”: uma análise acerca do tratamento jurídico contemporâneo atribuído aos animais de estimação no contexto de dissolução da união estável	51
--	----

Catharine Black Lipp João

“O instituto da posse e sua natureza jurídica controversa: breves apontamentos	71
---	----

Priscylla Gomes de Lima e Marília Rodrigues Mazzola

Wrongful conception e wrongful birth:
Indenização pela concepção e nascimento de
filhos indesejados nos tribunais estrangeiros 91

Débora Karina Gonçalves Vaserino

A socialização da Teoria Contratual e os
padrões leais de conduta no Direito Privado
Contemporâneo 109

Felipe Martins Antunes

Os impactos do novo Código de Processo Civil
no âmbito do Direito Empresarial129

Samantha Caroline Ferreira Moreira e Geraldo da Silva Vieira

Responsabilidade civil do Estado por infecção
hospitalar: uma análise jurisprudencial do
Superior Tribunal de Justiça157

Gustavo Oliveira Donato Fernandes e Iago Gabriel Silva Martins

Responsabilidade civil: uma análise sobre o
extravio de bagagens no transporte terrestre175

Jorge Amancio Castro Pimentel e Flávia Soares Couto

Direitos da personalidade em tempos de Google:
o direito ao esquecimento nos tribunais193

Simone Alvarez Lima e Camila Mello e Silva Fortuna Rodrigues

Conselho científico do **CAED-JUS**

Adriano Rosa (USU)

Alexandre Bahia (UFOP)

Alfredo Freitas (AMBRA, Estados Unidos)

Antonio Santoro (UFRJ/IBMEC/UCP)

Bruno Zanotti (PCES)

Claudia Nunes (UVA)

Daniel Giotti de Paula (PFN)

Denise Salles (UCP)

Edgar Contreras (Universidad Jorge Tadeo Lozano, Colômbia)

Eduardo Val (UFF/UNESA)

Felipe Asensi (UERJ/UCP/USU/Ambra)

Fernando Bentes (UFRRJ)

Glaucia Ribeiro (UEA)

Gunter Frankenberg (Johann Wolfgang Goethe-Universität -
Frankfurt am Main, Alemanha)

João Mendes (Universidade de Coimbra, Portugal)

Jose Buzanello (UNIRIO)

Klever Filpo (UCP)

Luciana Souza (FMC)

Marcello Mello (UFF)

Nikolas Rose (King's College London, Reino Unido)

Oton Vasconcelos (UPE/ALBCJ)

Paula Arévalo Mutiz (Fundación Universitaria Los Libertadores,
Colômbia)

Pedro Ivo Sousa (UFES)

Santiago Polop (Universidad Nacional de Río Cuarto, Argentina)

Siddharta Legale (UFRJ)

Saul Tourinho Leal (UNICEUB/IDP)

Sergio Salles (UCP)

Susanna Pozzolo ([Università degli Studi di Brescia](#), Itália)

Thiago Pereira (UNILASSALE)

Tiago Gagliano (PUC-PR)

Sobre o **CAED-JUS**

O **Conselho de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus)** é iniciativa de uma rede de acadêmicos brasileiros e internacionais para o desenvolvimento de pesquisas jurídicas e reflexões de alta qualidade.

O **CAED-Jus** desenvolve-se exclusivamente de maneira virtual, sendo a tecnologia parte importante para o sucesso das discussões e para a interação entre os participantes através de diversos recursos multimídia. Desde a sua criação, o **CAED-Jus** tornou-se um dos principais congressos do mundo com os seguintes diferenciais:

- Democratização da divulgação e produção científica
- Publicação dos artigos em livro impresso, cujo pdf é enviado aos participantes
- Galeria com os premiados de cada edição
- Interação efetiva entre os participantes através de ferramentas online
- Diversidade de eventos acadêmicos no **CAED-Jus**

- Exposição permanente do trabalho e do vídeo do autor no site para os participantes
- Coordenadores de GTs são organizadores dos livros publicados

O Conselho Científico do **CAED-Jus** é composto por acadêmicos de alta qualidade no campo do direito em nível nacional e internacional, tendo membros do Brasil, Estados Unidos, Colômbia, Argentina, Portugal, Reino Unido, Itália e Alemanha.

Em 2018, o evento ocorreu entre os dias 20 a 22 de junho de 2018 e contou com 12 Grupos de Trabalho e mais de 400 participantes. A seleção dos coordenadores de GTs e dos trabalhos apresentados ocorreu através do processo de *peer review*, o que resultou na publicação dos oito livros do evento. Os coordenadores de GTs foram convertidos em organizadores dos respectivos livros e, ao passo que os trabalhos apresentados em GTs que não formaram 10 artigos foram realocados noutro GT, conforme previsto em edital.

Os coordenadores de GTs indicaram trabalhos para concorrerem ao Prêmio CAED-Jus 2018. A Comissão Avaliadora foi composta pelos professores Thiago Rodrigues Pereira (UNILASALLE-RJ), Glaucia Maria de Araújo Ribeiro (Universidade do Estado do Amazonas) e Paula Lucia Arévalo Mutiz (Fundación Universitaria Los Libertadores, Colômbia). O trabalho premiado foi de autoria de Marconi do Ó Catão sob o título “A cidade em busca de uma gestão ambientalmente adequada para o destino final do lixo eletrônico”.

Súmula nº 381 do Superior Tribunal de Justiça – necessidade de reforma ou revogação?

Igor Labre de Oliveira Barros e Vinicius Pinheiro Marques

Introdução

Desde a Constituição Federal de 1988 as relações processuais buscam se nortear em princípios democráticos. Dentre esses princípios democráticos se destaca a função social dos contratos. Em que em qualquer relação contratual as partes devem observar a função social e como meio fiscalizador se este princípio esta integralmente cumprido se tem o juiz, desembargadores e ministros que tem o contato do como representantes do Estado com o processo.

Ocorre que devido ao grande numero de conflitos envolvendo a rede bancaria, o Superior Tribunal de Justiça com o desejo de resolver essas questões formou súmulas que são entendimentos que vem para sanar divergências em

repercussão nas relações processuais, tais súmulas tem também função de mostrar aos participantes do ciclo processual o entendimento sobre o assunto.

Desta forma em 2009, após o julgamento de um Recurso Especial do Estado do Rio Grande do Sul, o STJ firmou a súmula n° 381 em que foi firmado o entendimento que em contratos de cunho bancário os juízes não podem agir de ofício em abusividade das cláusulas contratuais.

Tal súmula desde a sua entrada em vigor é ponto de diversos questionamentos inclusive por ministros do STJ, em alguns julgados os ministros desde 2009 fazem alusão que é necessário se reformular a súmula n° 381. Tal entendimento de reformulação ganhou força com a entrada do Código de Processo Civil de 2015, em que em seus primeiros artigos expôs bases para o processo civil brasileiro, dentre os quais autorizam o juiz agir de ofício desde que consulte as partes litigantes.

Desta forma em março de 2018 em um Recurso Especial julgado pelo STJ, a corte superior decidiu pela desafetação do recurso repetitivo formado pela súmula n° 381, e mais uma vez os ministros do STJ ponderam que é necessário reformular a súmula. Tal súmula de acordo com o estudo levando afronta princípios democráticos, ou seja, constitucionais, enfraquecem o poder judiciário como fiscal do bom emprego do direito e não condiz com os princípios do Código de Processo Civil de 2015, assim como já entendido por alguns ministros do STJ, é necessário a reforma ou revogação desta súmula, durante o trabalho exposto de fomentará mais ainda o porque o STJ tem que rever essa súmula.

1. O princípio da função social do contrato

Um dos assuntos culminantes do Código Civil de 2002 está em seu Art. 421, segundo o qual “a liberdade de contratar

será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Um dos pretextos peremptórios desse mandamento deriva da Constituição de 1988, a qual, nos incisos XXII e XXIII do Art. 5º, preserva o direito de propriedade que “atenderá a sua função social”. Conforme Gonçalves (2017, p. 64) “a realização da função social da propriedade somente se dará se igual princípio for estendido aos contratos, cuja conclusão e exercício não interessam somente às partes contratantes”.

Este emprego das avenças em uma superfície do sujeito, leva doutrinadores a temer que possa ocorrer reduções de segurança para os que subscrevem contratos fundamentados na convicção de que os direitos e deveres neles combinados serão reverenciados por ambas as partes. Esse temor, no entanto, é superado por maioria dos doutrinadores, devido o Código Civil não conflitar com o princípio de que o compactado deve ser adimplido. Segundo Diniz (2017, p. 163) “a idéia tradicional, de fonte romanista, de que *“pacta sunt servanda”* continua a ser o fundamento primeiro das obrigações contratuais”.

O que o cogente da função social do contrato estatui é que este não pode ser modificado em um aparelho para celeridades abusivas, acarretando dano à parte contrária ou a terceiros. A ação de contratar satisfaz a importância da livre iniciativa, arquitetada pela Constituição de 1988 a um dos embasamentos do Estado Democrático do Direito. Deste modo, é correspondente que se comine ao contrato uma função social, a fim de que ele seja completado em benefício dos contratantes sem desordem com o interesse público.

A pertinência da função social ao contrato não evita que as pessoas naturais ou jurídicas livremente o completem, o que se estabelece é o ajuste de vontades não se verifique em detrimento da coletividade, mas represente um dos seus meios primordiais de afirmação e desenvolvimento. Deste modo, o valor social do contrato implicaria o esquecimento

do papel da boa-fé, afirma Wald (2016, p. 59) “impede que o juiz, ao analisá-los, indague se neles não houve o propósito de contornar ou fraudar a aplicação de obrigações previstas na Constituição e na Lei Civil”.

O contrato teve e tem uma acuidade muito ampla na sociedade, pois o homem contrata distintas vezes durante o seu dia, assim, o contrato se contorna um estimado elemento de estudo, em todos os seus aspectos. É imperativa a advertência dos princípios comuns dos contratos, neste sentido a função social do contrato, que, como todo princípio, tem um amplo campo de explanação e, portanto vários modos de aproveitamento. O contrato tem uma papel na sociedade, cumprindo os seus desígnios entre os contratantes e aglomerados ao seu redor, beneficiários ou não deste contrato.

A função social do contrato evidencia que há bens maiores que necessitam ser advertido ao se desempenhar um contrato, sob pena de este ser invalidado ou nulo. Bens que a coletividade resguarda como o meio ambiente, a vida, o labor, a segurança, bem como todos os direitos e garantias individuais garantidos pela Constituição. São estas orientações que o princípio da função social do contrato deve tomar a benfeitoria das partes contratantes e da sociedade, resguardando valores que esta seguiu e aceitará em seu desenvolvimento, caminhando o direito contratual em equivalência com o direito social.

O contrato é uma convenção de vontades, entre partes capazes, com objeto, em que se cria obrigações a ambos ou apenas a um dos contratantes. O contrato é o contorno mais ordinário de concepção de obrigações, em pretexto da precisão do ser humano de se pautar com pessoas, adquirindo ou equiparando produtos e serviços, dentre outras obrigações da existência habitual. Conforme Carlos Roberto Gonçalves o contrato “[...] é a mais comum e a mais importante fonte de obrigação,

devido às suas múltiplas formas e inúmeras repercussões no mundo jurídico. [...]” (GONÇALVES, 2017, p.34).

Há do mesmo modo determinados condições formais, que, em alguns casos, se não desempenhadas as solenidades estabelecidas por lei, o contrato não é válido. Contrato é um ajuste de vontades, lícito, com o objetivo de contrair, transformar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial. Maria Helena Diniz, neste sentido, compreende o contrato, “O contrato constituiu negócio jurídico, de natureza bilateral ou plurilateral, por ser ato regulamentador de interesses particulares, reconhecida pela ordem jurídica, que lhe dá força criativa. (DINIZ, 2017,p.48)”

A Constituição vigorante no país demarcou princípios que necessitam ser ressaltados em todas as partes do direito, no artigo 1º constituiu como baseamentos do Estado Democrático de Direito a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político. Carece-se assim, observar os alicerces por quais solidificam a base do Estado, ainda no artigo 5º existem múltiplos direitos e garantias particulares, que também devem ser reverenciados nos contratos, e que, inclusive fundamentam alguns como a propriedade, que deve acatará a sua função social.

Já o Código Civil é a fundamental fonte de direito contratual no país, tanto de normas gerais, até a tipificação de contratos, o Código Civil de 2002 inovou em afinidade ao Código antecedente em alguns temas e institutos no direito civil brasileiro. Os contratos são conduzidos por vários princípios, sejam constitucionais e as disciplinadas no Código Civil de 2002, princípios como a autonomia da vontade, obrigatoriedade dos contratos, supremacia da ordem pública, probidade e boa fé, e função social do contrato.

Nos contratos não pode consentir de ressaltar os interesses da coletividade, entendendo assim a coletividade como

um todo, o interesse público, devem se sobressaltar aos interesses individuais, desta forma se tem o princípio da supremacia da ordem pública, Washington de Barros Monteiro (MONTEIRO, 2018 p. 24) diz que “O natural limite, que fixa o campo da atividade individual é estabelecido pelo segundo princípio, da supremacia da ordem pública, que proíbe estipulações contrárias à moral, à ordem pública e aos bons costumes, que não podem ser derogadas pelas partes”. Do mesmo caráter, Gonçalves (2017, p. 56) afirma que

O princípio da autonomia da vontade, como vimos, não é absoluto. É limitado pelo princípio da supremacia da ordem pública que resultou da constatação, feito no início do século passado e em face da crescente industrialização, de que a ampla liberdade de contratar provocava desequilíbrios e a exploração do economicamente mais fraco. Compreendeu-se que, se a ordem jurídica prometia a igualdade política, não estava assegurando a igualdade econômica. Em alguns setores fazia-se mister a intervenção do Estado, para reestabelecer e assegurar a igualdade dos contratantes.

Compete assim ao juiz a cada caso concreto a advertir se a ordem pública, qualquer que ela seja, está sendo infringido, para com isso, aplicar o princípio da supremacia da ordem pública. O próprio princípio da função social do contrato tem estrita trama com a ordem pública, porém, é mais amplo, ao analisar que o contrato deve além de não violar a ordem pública, exercer uma função na sociedade.

Os contratantes também devem agir honestamente, com transparência, lealdade, probidade com o outro contratante, que se estabelece do homem comum, reverenciados as peculiaridades, fundamentos que determinam o princípio da boa-fé

presente no art. 422 do Código Civil de 2002, com o texto: “[...] Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. [...]”. A esse sentido alude Maria Helena Diniz (2017, p. 63) esclarece que a boa-fé objetiva está

[...] intimamente ligado não só à interpretação do contrato – pois, segundo ele, o sentido literal da linguagem não deverá prevalecer sobre a intenção inferida da declaração de vontade das partes – mas também ao interesse social de segurança das relações jurídicas, uma vez que as partes deverão agir com lealdade, honestidade e confiança recíprocas, isto é, proceder com boa fé, esclarecendo os fatos e o conteúdo das cláusulas, procurando o equilíbrio nas prestações, evitando o enriquecimento indevido, não divulgando informações sigilosas etc.

Boa-fé, deste modo, é o preceito de conduta das partes, como as partes devem operar. A boa fé tanto pode ser subjetiva ou objetiva. A boa-fé subjetiva é a compreensão psicológica da boa-fé, incide em ignorância do estado real dos fatos, tem a ver com o acordo da parte. A sua comprovação será feita pelo juiz no caso concreto, consistindo que a boa-fé deve ser presumida e a má-fé que carece ser provada. Gonçalves (GONÇALVES, 2017, p. 55) doutrina que: “[...] Diz respeito ao conhecimento ou à ignorância da pessoa relativamente a certos fatos, sendo levada em consideração pelo direito, para os fins específicos da situação regulada. [...]”

A boa-fé objetiva é o entendimento da ética da boa-fé, é norma de conduta, como as partes devem agir, ou não agir, composto um modelo que necessita ser seguido, com parâmetros como honestidade, fidúcia, assistência, confiden-

cialidade entre outros. A boa-fé objetiva atribui obrigações adicionais aos contratantes, normas de como agir. Para Nery Junior e Nery (2016, p. 367) a boa-fé objetiva

É cláusula geral (v.coments. Prelim. CC1°), ao mesmo tempo em que se consubstancia em fonte do direito e de obrigações, isto é, fonte jurídica assim como a lei e outras fontes. É fonte jurídica porque impõe comportamento aos contratantes, de agir com correção segundo os usos e costumes. Com isso a norma do CC 422 classifica-se, também, como regra de conduta (Martins-Costa, Boa-fé, p. 412), seguindo, nesse passo, o direito italiano (CC ital. 1175 e 1337). Deixou de ser princípio geral de direito porque incluída expressamente no texto do direito positivo brasileiro.

A integridade avigora a boa-fé objetiva. De ajuste com Gonçalves (GONÇALVES, 2017, p. 62) a proibidade: “[...] nada mais é senão um dos aspectos objetivos do princípio da boa-fé, podendo ser entendida como honestidade de cumprir todos os deveres, que são atribuídos ou acometidos à pessoa. [...]”.

Em alusão à socialização do direito e dos preceitos, o princípio contratual também muito admirável é a função social do contrato. A função social do contrato determinou-se à partir do período que o Estado deixou de ser totalmente liberal, e lidando a interferir nas afinidades entre os particulares para o bom emprego de normas e preceitos fundamentais e de veemência pública. Em Teoria Geral do Estado, Maluf (2016, p. 323) faz referência a esta passagem,

O mundo após-guerra, convulsionado pelas violentas reivindicações das massas obreiras insufladas pelo socialismo marxista, já não podia comportar aquela idéia de liberdade inconsistente, fictícia, abs-

trata, de conteúdo metafísico. O operariado, teoricamente livre, tornou-se realmente escravizado. Em tal situação, sentiram as democracias liberais o peso da verdade imperativa que ressaltava das máximas socialistas como a de Luiz Blanc: a liberdade não consiste apenas no direito, mas no poder de ser livre.

Após a transição do Estado Liberal para o Estado Social o Brasil seguiu alguns princípios sociais como princípio a função social da propriedade. Este princípio foi um ampla base da função social do contrato, é o entendimento de Gonçalves (GONÇALVES, 2017, p. 31) “Considerando que o direito de propriedade, proclamada na Constituição Federal, se viabiliza por meio dos contratos, o novo Código estabelece que a liberdade contratual não possa afastar-se daquela função”.

Do mesmo caráter que a propriedade atende a função social, o contrato também deve, seja desempenhando uma função entre os contratantes, ou uma função pública, para a sociedade. A função social do contrato se sintetiza no obstáculo contratual em que as partes necessitam observar as normas gerais de direito, as normas morais e éticas da sociedade, bem como os empenhos coletivos e sociais, traduzido no bem comum. Sinteticamente, o contrato deve exercer sua função social que dele se acredita. Define Pablo Stolze Gagliano (GAGLIANO, 2018, p. 87) “Para nós, a função social do contrato é, antes de tudo, um princípio jurídico de conteúdo indeterminado, que se compreende na medida em que lhe reconhecemos o precípuo efeito de impor limites à liberdade de contratar, em prol do bem comum”.

O princípio da função social do contrato é cláusula universal, necessitando ser ressaltada por todos, em todos os contratos. É, além disso, norma aberta, em razão do alcance ilimitada do seu conceito, carecendo em cada caso se advertir

se há aplicação ou não do princípio, pois o bem comum, o interesse social, se dá por inúmeras atitudes. Função social do contrato é um princípio que motiva que os contratos precisam ser criados e executados desempenhando uma função social, seja esta função individual, entre as partes contratantes e os seus interesses oportunos, ou uma função pública, a todas as demais pessoas, a sociedade, a veemência dela sobre o contrato. Gonçalves (2017, p. 32) fazer referência a estes aspectos da função social do contrato,

É possível afirmar que o atendimento à função social pode ser focado sob dois aspectos: um individual, relativo aos contratantes, que se valem do contrato para satisfazer seus interesses próprios, e outro, público, que é o interesse da coletividade sobre o contrato. Nesta medida, a função social do contrato somente estará cumprida quando a sua finalidade – distribuição de riquezas – for atingida de forma justa, ou seja, quando o contrato representar uma fonte de equilíbrio social.

Portando a função social, primeiro consente os interesses individuais das partes contratantes, e segundo aos empenhos da coletividade. Neste sentido, após o Código Civil de 2002, o contrato passou a ter um caráter social, ou seja, mais do que uma papel entre as partes, precisa ter uma função na sociedade. Monteiro (MONTEIRO, 2018, p. 29) assim inclui: “[...] O contrato não é mais visto pelo prisma individualista de utilidade para os contratantes, mas no sentido social de utilidade para a comunidade; assim, pode ser vedado o contrato que não busca esse fim. [...]”. Maria Helena Diniz (DINIZ, 2017, p. 45), sobre o princípio estável no artigo 421, diz: “O art. 421 instituiu a função social do contrato, para atender aos interesses sociais, limitando o arbítrio dos contratantes, facilitando o reajuste das prestações e até mesma sua resolução”.

Há também vários modos de se aplicar este princípio, desde a constituição do contrato, até a sua amortização e também a sua análise perante os tribunais, até mesmo com edição de súmulas. A não observação da função social do contrato pode ocasionar até a nulidade do contrato, deste modo, o contrato que infringir a lei imperativa é nulo, de acordo com o art. 166 do Código Civil,

Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;

II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;

III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;

IV - não revestir a forma prescrita em lei;

V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;

VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa;

VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção. (Código Civil, on line, 2002)

Bem como, é anulável o negócio jurídico por culpa resultante de lesão e estado de perigo, conforme o art. 171, II do CC. Estes institutos têm embasamento não só na assistência da vontade das partes, mas também na proteção social do negócio jurídico, profundamente unido à função social do contrato. O princípio da função social do contrato, como cláusula geral, é preceito de ordem pública, portanto, pode e carece o juiz agir *ex officio*, autônomo de pedido das partes.

Em cada caso concreto é que se decidirá se houve violação ao princípio, e se restar qualificado, poderá o juiz alegar nula cláusula contratual, ou até mesmo nula o próprio contrato, bem como condenar à ressarcimento a parte que o contraveio.

Outra estima formidável é da legitimidade do Ministério Público para agenciar ações judiciais com o intuito de atacar contratos que violem o princípio da função social do contrato, pois, dentre as atribuições que lhe foram conferidas, está a proteção aos interesses sociais, conforme o art. 127 da Constituição Federal: “[...] Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado {...}, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.[...]”. Bem como percebe do mesmo caráter Gagliano (2018, p. 74)

Vê-se, portanto, que tal regra possibilita, inclusive, que ganhe novos contornos até mesmo a legitimidade para requerer judicialmente a invalidação, pois o próprio Ministério Público poderá, desde que o interesse público assim o justifique, pretender a nulidade do contrato, nos termos acima apontados, como já lhe era reconhecido quanto às relações de consumo, facultando-se-lhe, inclusive, lançar mão da disregard doctrine (doutrina de desconsideração da pessoa jurídica), consagrada pelo art. 50 do Código Civil, para efeito de concretização do comando sentencial. (GAGLIANO, 2018, p. 74)

Toda a notoriedade comprova que o princípio da função social do contrato não se concretiza apenas em base teórica, pois hoje há muito aproveitamento de tal princípio nas relações fático-jurídicas, a fim de conservar a função social do contrato.

2. A súmula nº 381 do STJ – sua origem e apontamentos do recurso repetitivo desde 2009

O sistema financeiro e as entidades federativas são seguimento que atestam o Judiciário de ações. Deste modo têm sido emitidos múltiplos diplomas legislativos tendo em vista apressar a prestação jurisdicional. O recurso repetitivo é uma inovação que objetiva liberar o STJ da abissal massa de recursos interpostos com acostamento em idênticos assuntos de direito, além de desenvolver a segurança jurídica, na medida em que é mais um aparelho, ao lado com as súmulas, de união da interpretação da lei federal, fatores úteis à paz social, posto permitirem ao cidadão saber previamente os limites e consequências de seus atos, abrandando a insegurança suscitada por decisões judiciais conflitantes.

No recurso repetitivo advêm quando é verificada a existência de grande número de recursos com fundamento em análoga questão de direito, é o caso do Recurso Especial 1.061.530/RS, DJe 10/03/2009, o julgamento resultou na expedição de três novas súmulas, dentre elas a súmula 381, em que ficou vedado aos juízes de primeiro e segundo grau de jurisdição julgar, com fundamento no art. 51 do CDC, sem pedido expresso, a abusividade de cláusulas nos contratos bancários. A revisão de ofício suscitou dois votos vencidos no STJ. As sínteses dos votos vencedores,

Não cabe ao juiz distanciar-se de sua neutralidade na condução do processo; não deve ele advogar no sentido de defender interesse algum no processo...”; “como o juiz poderá saber se há abusividade ou não diante do caso concreto se a própria parte

não a alegou?...”; “...como admitir possa o juiz, de ofício, promover o decote dos encargos financeiros pactuados sem que seja oferecida à outra parte...” a oportunidade de provar que, no caso concreto, a taxa pactuada fora fixada tendo em conta as condições imperantes no mercado...não caracterizando, portanto abusividade?; “...a ação segue conforme a prestação jurisdicional que é solicitada; dizer que o contrato é abusivo, não dá direito a que o juiz saia lendo o contrato e fazendo uma interpretação subjetiva do que ele pensa ser ou não abusivo. E o grau de subjetivismo, hoje é extraordinário...”; “...a estrita observância ao pedido inicial, nesse ponto, há de prosperar. (STJ – Resp: 1.061.530, Relatora: Ministra Nancy Andrighi , Data de Publicação: DJ 10\03\2009)

Ao vetar as determinações de ofício somente aos contratos bancários, várias sentenças contraditórias ativeram em conjecturas semelhantes. Assim forçando as Cortes Superiores a se debruçar sobre o tema ante a sua repercussão geral, sobrepondo os contextos pró e contras. Mediante a este princípio contratual e ate mesmo constitucional, com o decorrer das lides e controvérsias foram formando-se diversos posicionamentos que envolvem o princípio da função social do contrato e jurisprudências, como é o caso da súmula nº 381 do Superior Tribunal de Justiça “Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas.”

Os pretextos que induziram o Superior Tribunal de Justiça a assim proceder, asseverando que, na ocasião, foram vencidos a Ministra Nancy Andrighi (relatora) e o Ministro Luiz Felipe Salomão. São suas palavras:

A hipótese decidida pelo STJ referia-se à ação revisional de contrato bancário, na qual o TJ-RS, apreciando recurso de apelação interposto apenas pela instituição financeira, reformou a sentença de ofício para declarar a nulidade de cláusulas abusivas, que não haviam sido afastadas pelo juiz de primeiro grau. A instituição financeira argumentou em grau recursal que, assim procedendo, o tribunal gaúcho teria julgado recurso reformando-o para piorar a situação do banco recorrente. A Segunda Seção do STJ julgou a matéria com fundamento no art. 515 *do* CPC, acolhendo a tese de não admitir que o tribunal estadual modifique o comando da sentença para favorecer o consumidor, sem que haja interposto recurso. (...). (STJ – Resp: 1.061.530, Ministro Luiz Felipe Salomão, Data de Publicação: DJ 10\03\2009)

Sobre esse posicionamento do STJ, vale enfatizar as severas críticas feitas pela Ministra Nancy Andriighi, amparando que

Vedar o conhecimento de ofício, pelas mesmas instâncias originárias (juízes e tribunais) de nulidades que são reputadas pelo CDC *como absolutas, notadamente quando se trata de matéria pacificada na jurisprudência pelo STJ, órgão uniformizador da jurisprudência, é privilegiar demasiadamente os aspectos formais do processo, em detrimento do direito material*. (STJ – Resp: 1.061.530, Relatora: Ministra Nancy Andriighi, Data de Publicação: DJ 10\03\2009)

Transposto a análise do regime do direito comum, e com base na teoria do diálogo das fontes, é admissível constatar que o Código Civil, ao tratar dos negócios jurídicos, enu-

merou no art. 104 requisitos cogentes à sua validade, a saber, agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei. No Capítulo V, que versa da invalidade do negócio jurídico, estatuiu no art. 166, inciso VII, ser nulo o negócio jurídico quando a lei taxativamente assim o afirmar, ou proibir-lhe o exercício, sem cominar sanção. Diz, além disso, no art. 168, *in verbis*,

Art. 168 As nulidades dos artigos antecedentes podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir.

Parágrafo único. As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes (grifos meus)

No aparelho supra transcrito extrai-se que a arguição das nulidades pelos interessados ou pelo Ministério Público é uma faculdade, evidenciada na declaração, podem. Ainda no parágrafo único diz que a pronúncia de nulidades pelo juiz, ao contrário, é um dever que lhe é objetivamente atribuído. Isto é, o juiz deve pronunciar as nulidades.

No sistema consumerista, o controle das declarações contratuais abusivas seria até mesmo um dever objetivamente cominado ao Ministério Público, não fosse o veto presidencial do § 3º do art. 51 e do § 5º do art. 54, ambos do Código do Consumidor. Isto aludiu na ampliação dos poderes do juiz ao ponderar os contratos de consumo submetidos à sua apreciação, poder esse que o STJ veio, quase irremediavelmente, a amortecer com a súmula nº 381. Mas existe uma questão a se analisar nesta súmula, impetra, o que é reprimido pela lei é,

logicamente, ilícito e o negócio jurídico, pra ser válido, solicita objeto lícito, nos marcos da lei civil. Dessa forma, um contrato bancário contendo cláusulas abusivas é um contrato contaminado, e contrário à cláusula geral de boa-fé que deve orientar as relações jurídicas de consumo.

O juiz ao analisar um contrato bancário, pode imaginar no mesmo alguma abusividade que não conjuntura expressamente presumida no texto legal. Nos ares constitucionais (SILVA, p. 251) registra que “a Constituição *foi tímida no dispor sobre a proteção dos consumidores. Estabeleceu que o Estado prove-rá, na forma da lei, a defesa do consumidor (art. 5º, XXXII)*”. Com vista na ponderação do constitucionalista, a medida legítima de intervenção estatal cogente a assegurar a proteção dos contratantes está no dever do magistrado de professar, ex officio, a abusividade de cláusulas contratuais em contratos bancários.

Apesar de que limitado aos perímetros de eventual lide a sua apreciação, ao juiz é adjudicado o dever de intervenção principal nas relações jurídicas, de forma a abonar o equilíbrio entre as partes litigantes. Este é o dirigismo estatal, consoante o qual se rege o juiz justo e afinado com a realidade social.

No contemporâneo conjunto social, a magistratura brasileira tem se compelido em intervir concretamente nas afinidades em que estão em jogo direitos adjudicados a segmentos sociais vulneráveis, como é o caso dos consumidores, com o fim de alcançar efetivamente a justiça social, desempenhando às diretrizes traçadas pelo Estado Democrático de Direito, em réplica ao individualismo que reprimiu o pensamento de séculos passados.

Assim o desempenho do juiz como gerenciador das tensões sociais, emerge de forma disjunta. Sabe-se que o fim precípua do Estado é a consequimento do bem comum, e é com vistas nele que a atividade jurisdicional deve se nortear, em concordância com o que está estampado no art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)

“Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Assim, tão formidável quanto ao avanço legislativo, é o adequado progresso dos magistrados brasileiros, que têm a obrigação de abonar à eficácia da lei em presença a realidade social que propende tutelar. Dessa forma, a lei se nobilita, caso contrário torna-se encurtada e ineficaz. Com vistas nos embasamentos alinhados o STJ caminhou incômodo ao editar a súmula nº 381, pois determinou norma que amortece os poderes do magistrado que se encontrar com um contrato bancário abusivo.

Numa interpretação teleológica dos institutos contratualistas, a súmula em questão é contra *legem*, e padece de inconstitucionalidade, pois firma juízo flagrantemente incompatível com o texto constitucional e com o texto legal. Deste modo desde 2009 quando foi editada a súmula, geraram no mundo jurídico diversas controvérsias sobre que os juízes devam continuar com liberdade para deliberar de forma justa, isto é, com poderes para admitir, *ex officio*, de eventuais abusividades nos contratos bancários.

3. Os novas veredas da súmula nº 381: decisão do STJ por desafetação

No Recurso Especial 1465832/RS Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 06/06/2017, DJe 27-06-2017 que embora mantendo a súmula 381, o ministro fez ponderação no sentido da revisão da orientação jurisprudencial firmada em sede de recurso repetitivo o REsp 1.061.530/RS, DJe 10/03/2009 e transformada na Súmula n.º 381/STJ.

Desta forma em 22 de março de 2018, perante o Recurso Especial 1.465.832 o STJ decidiu pela desafetação como recurso repetitivo das questões sobre a probabilidade de o juiz

ou o tribunal conhecer de ofício a abusividade de cláusulas contratuais nas relações de consumo. Por maioria de votos, os ministros da 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiram continuar avaliando a controvérsia caso a caso ao invés de estabelecer uma tese a ser seguida pelo Judiciário.

A partir do recurso, o relator do fato o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, instigou a discussão para revisão da Súmula 381 do tribunal. Segundo o Ministro a Corte designou uma regra específica para contratos bancários, o que tem provocado questionamentos quanto à legalidade e constitucionalidade da orientação. Apontou o relator que a existência do proferido súmular não impede que a matéria permaneça a ser submetida ao STJ por meio de recursos especiais. A revisão do enunciado, conforme Sanseverino será necessária por causa do artigo 10 do novo Código de Processo Civil (CPC), segundo o esse o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Assim, tendo em vista a multiplicidade de recursos que ascendem a esta Corte com fundamento em idêntica controvérsia, afeto à SEGUNDA SEÇÃO o julgamento do presente recurso para, nos termos do art. 543-C do Código de Processo Civil, consolidar o entendimento sobre as seguintes questões jurídicas: “Possibilidade de o juiz ou o Tribunal reconhecer de ofício a abusividade de cláusulas contratuais”. Em face das reformas processuais previstas no novo Código de Processo Civil, que deverá entrar em vigor em março de 2016, será sugerida a alteração da redação do enunciado súmular para os seguintes termos: “Na declaração de nulidade de

cláusula abusiva, prevista no art. 51 do CDC, deverão ser respeitados o contraditório e a ampla defesa, não podendo ser reconhecida de ofício em segundo grau de jurisdição”. (STJ – Resp: 1.465.832 - RS, Relator: MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO: DJ 15/09/2015)

A sugestão do relator é induzir a súmula para conjecturar que: “Na declaração de nulidade de cláusula abusiva, deverão ser respeitados o contraditório e a ampla defesa, não podendo ser reconhecida de ofício em segundo grau de jurisdição”. A sugestão de desafetação do repetitivo veio do ministro Ricardo Cueva. Para ele, a questão referente ao novo CPC não foi devidamente discutida nas turmas. Na perspectiva de impetrar um desfecho para a matéria, Sanseverino puxou um voto de 80 laudas para a sessão. Que não chegou a ser pronunciado. Diante do debate, os advogados que ponderariam pelas partes, a postos para tomar a tribuna, também não existiram a oportunidade de se pronunciar.

Conclusão

O princípio da função social do contrato é uma importante base para as relações cíveis, desde modo possui também seus embasamentos constitucionais. No meio jurídico as lides geram demasiadas contestações sobre sua aplicação, dentre as inúmeras controvérsias se teve a criticada súmula nº 381 do Superior Tribunal de Justiça, em que declara que nos contratos bancários firmados não podem ter ponderações de ofício por parte do magistrado que analisa a lide.

Desde sua incidência em 2009, diversos tribunais ordinários divergem sobre o tema, incluindo o próprio STJ, divergências que levam o Superior Tribunal de Justiça em

2018 a declara a desafetação do recurso repetitivo sobre o tema que aborda o magistrado agir de ofício em caso de ilegalidade contratual.

Os ministros em análise do recurso ponderaram que é necessário analisar caso a caso, pois o tema possui bases na Constituição Federal e o Código de Processo Civil de 2015, ao entrar em vigor, em seus primeiros artigos impôs princípios que orienta o processo civil brasileiro, dentre eles o poder de o juiz agir em ofício, mas consultando as partes.

É necessário que as Cortes Superiores analisem o tema e repense o posicionamento firmado na súmula n° 381, quando eu não permito que o juiz tenha ações que coíbam fraudes nas relações positivadas da coletividade eu enfraqueço o Estado Democrático de Direito e fortaleço a ilegalidade, de certos pontos tal súmula se torna inconstitucional por enfraquecer o poder de quem exerce o poder jurisdicional.

Referências bibliográficas

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 abr. 2018.

BRASIL. **Lei n° 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 27. abr 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, volume 7: teoria das obrigações contratuais e extra-contratuais. 24 edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil.**
Volume 6. São Paulo: Saraiva, 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro,**
volume 6: contratos e atos unilaterais. 11^o edição. São
Paulo: Saraiva, 2017.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado.** 32 ed. São Pau-
lo: Saraiva, 2016.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito
civil,** 5: direito das obrigações, 2^a parte. São Paulo:
Saraiva, 2018.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andra-
de. **Código Civil Anotado e Legislação Extra-
vagante,** 8. Ed. Ver. E ampl. São Paulo: Revista dos
Tribunais, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas consti-
tucionais.** 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Resp nº
1.465.832.** Relator Min. Paulo de Tarso sanseverino.
DJ 15/09/2015.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Resp nº
1.061.530.** Relatora Min. Nancy Andrighi. DJ
10\03\2009.

WALD, Arnaldo. **Obrigações e Contratos.** 19 ed. São
Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

Alienação parental: Violência Psicológica e a possibilidade de criminalização do ato

Sátina P. Marcondes Pimenta¹, Fabiana Campos Franco e Solange Rosário Silva

Introdução

Não é difícil se ouvir falar de pais que se divorciam e que após a separação projetam em seus filhos ações que denigrem a imagem do outro genitor ou dificultam a convivência com ele. Estamos neste ponto falando de uma confusão entre os papéis de conjugabilidade e parentalidade, que levam a efeitos psicológicos devastadores em certas crianças e adolescentes; tais de depreciação ou equiparadas são chamadas de Alienação Parental.

A primeira definição de Alienação Parental foi dada em 1985 pelo médico e Professor de psiquiatria, Richard Gardner, que a denominou como a situação em que a mãe ou o

1. Trabalho realizado com auxílio financeiro da Faculdade Estácio através do Programa de Produtividade.

pai de uma criança a treina para romper os laços afetivos com o outro cônjuge, criando fortes sentimentos de ansiedade e temor em relação ao outro genitor.

A consequência da prática da alienação parental é a Síndrome da Alienação Parental (SAP), em que a criança ou adolescente influenciados pelo genitor alienador acabam acreditando nas falsas memórias por ele emitidas e como consequência do ato da alienação acaba por gerar comportamentos de negação em relação ao genitor alinonado.

No dia 26 de Agosto do ano de 2010, foi sancionada a Lei nº. 12.318, onde reconhece a conduta alienadora, e tem o condão de proteger a criança e o adolescente. A lei vem aprimorar o que já dispunha o Estatuto da Criança e do Adolescente (Doutrina da Proteção Integral) foi sancionado no dia 13 de julho de 1990 e obviamente a Constituição Federal de 1988.

Para Peres (*apud* DIAS, 2010), a aprovação da referida lei, ocorre em contexto de demanda social por maior equilíbrio na participação de pais e mães na formação de seus filhos. A família deixa de ser considerada como mera unidade de produção e procriação para se tornar lugar de plena realização de seus integrantes, distinguindo-se claramente os papéis de conjugalidade e parentalidade.

No ano de 2017 é promulgada a lei 13.431 que versa sobre o tema indicando agora que a alienação parental não trata-se apenas de uma ato realizado por alguém, mas sim de um ato de violência psicológica. Tal lei abre então o questionamento quanto a possibilidade de criminalizado do referido ato e consequente punição no âmbito penal haja visto que a lei anterior só trazia em seu bojo sanções civis sendo inclusive propicia, para alguns doutrinadores, a aplicação das medidas de proteção da Lei Maria da Penha.

O presente artigo então tem como finalidade apresentar as posições doutrinárias sobre a possibilidade de aplicação

das medidas de proteção da Lei Maria da Penha nos casos da averiguação de Alienação Parental.

O artigo utiliza-se de fontes primárias de cunho doutrinário devido ao seu objetivo e ainda pela escassez de julgados sobre o tema pois a referida lei possui pouco tempo em vigor.

O trabalho justifica-se pois trata-se de tema de grande importância no direito das Famílias e ainda por refletir sobre como os especialistas na área se posicionam sobre a intervenção do Estado de maneira penalista no âmbito familiar.

A conclusão encontrada é que para a maioria dos doutrinadores apesar da inexistência de tipificação penal e consequentemente de pena é possível a aplicação de tais medidas uma vez que as mesmas serão garantidoras da proteção integral referente a doutrina ensejada pela Constituição Federal de 1988 assim como no Estatuto da Criança e do Adolescente, porem é necessário se ter ressalvas com a análise do caso em concreto para que ao invés de se evitar uma situação de violência se desestruture ainda mais as relações afetivas.

1. Conceito de Alienação Parental na doutrina e no direito brasileiro

O Professor de psiquiatria, Richard Gardner (apud GUAZZELLI, 2011), em 1985 foi a primeira pessoa a apresentar a definição de Alienação Parental onde afirmou que os pais, um ou ambos, realizam ações que visam romper os laços afetivos com o outro cônjuge, criando fortes sentimentos na criança de ansiedade e temor em relação ao outro genitor.

No Brasil a primeira definição legal de alienação parental ocorre com a promulgação da Lei 12.318/2010, onde legislador a aponta como:

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 (BRASIL, 2010).

O legislador inclusive apresenta a possibilidade de se ter não só os genitores como autores do ato de alienação, mas também outros responsáveis como os avós, que tenham a criança ou o adolescente sob a sua custódia.

A alienação então configura-se em ato que visam este afastamento, sendo que a referida lei trás um quadro exemplificativo de tipos de atos que podem ser vistos como alienadores. Assim segue *in verbis*:

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:

I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

- II - dificultar o exercício da autoridade parental;
- III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;
- IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;
- V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;
- VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;
- VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós. (BRASIL, 2010)

A maioria das ações são fomentadas a partir da Implantação de Falsas Memórias onde o genitor alienador, inicia o processo de apresentações de histórias e imagens fictícias fazendo uma verdadeira “lavagem cerebral”, com a finalidade de denegrir a imagem do outro – alienado-, e, pior ainda, usa a narrativa do infante acrescentando maliciosamente fatos não exatamente como estes se sucederam, e ele aos poucos vai se “convencendo” da versão que lhe foi “implantada”.

Fato é que eventualmente a criança vai internalizar tudo e perderá a admiração e o respeito pelo pai, desenvolvendo temor e mesmo raiva do genitor. Mais, com o tempo, a criança não conseguirá discernir realidade e fantasia e manipulação e acabará acreditando em tudo e, consciente ou inconscientemente, passará

a colaborar com essa finalidade, situação altamente destrutiva para ela e, talvez, neste caso específico de rejeição, ainda maior para o pai. Em outros casos, nem sempre a mãe distingue mais a verdade da mentira e sua verdade passa a ser “realidade” para o filho, que vive com personagens fantasiosos de uma existência aleivosa, implantando-se, assim, falsas memórias, daí a nomenclatura de Teoria da implantação de falsas memórias (PINHO, 2010).

O fato é que o alienador utiliza a criança ou adolescente como objeto para atingir o outro genitor e a realização de tal ação fere obviamente o direito a um crescimento sadio da infante em questão. O artigo 3 da lei da alienação parental inclusive entende o ato como um abuso moral, *in verbis*:

Art. 3º A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda (BRASIL, 2010).

Contudo a alienação parental passa a ter uma outra significação, que não a de abuso moral, pela Lei 13.431/2017, quando passa a ser entendida como violência psicológica. Tal perspectiva segundo Maria Berenice Dias (2017) com a modificação do conceito de moral para psicológico e do ato para violência muitas outras medidas poderão ser adotadas para a proteção integral das crianças e do adolescente, principalmente medidas penais.

2. Conceito de Síndrome da Alienação Parental

A Síndrome da Alienação Parental – SAP, segundo Fonseca (2010, p.6) “é a consequência da prática da alienação parental, que exsurge do apego excessivo e exclusivo do menor com relação a um dos genitores e do afastamento total do outro”.

De acordo com Fonseca (2010) a SAP e a alienação não se confundem, onde aquela é decorrente desta, ou seja, trata-se de uma consequência do ato de alienação. De acordo com o autor a síndrome “diz respeito às sequelas emocionais e comportamentais de que vem a padecer a criança vítima daquele alijamento. Assim, enquanto a síndrome refere-se a conduta do filho que se recusa terminantemente e obstinadamente a ter contato com um dos progenitores” (FONSECA, 2010, p.7).

O psiquiatra norte-americano Richard A. Garner (1985, apud SILVA, p. 144), apresentou o seguinte conceito para a SAP:

A síndrome de alienação parental (SAP) é uma disfunção que surge primeiro no contexto das disputas de guarda. Sua primeira manifestação é a campanha que se faz para denegrir um dos pais, uma campanha sem nenhuma justificativa. É resultante da combinação de doutrinações programadas de um dos pais (lavagem cerebral) e as próprias contribuições da criança para a vilificação do pai alvo.

Mônica Guazzelli (20011, p.40) destaca, que tal síndrome – também denominada de Síndrome do Afastamento Parental – poderia se limitar a esse tipo de conduta, gerando o afastamento do progenitor não guardião da prole.

A Síndrome de Alienação Parental é um transtorno

psicológico que se caracteriza por um conjunto de sintomas pelos quais um genitor, denominado cônjuge alienador, transforma a consciência de seus filhos, mediante diferentes formas e estratégias de atuação, com o objetivo de impedir, obstaculizar ou destruir seus vínculos com o outro genitor, denominado cônjuge alienado, sem que existam motivos reais que justifiquem essa condição [...]. Dessa maneira, podemos dizer que o alienador “educa” os filhos no ódio contra o outro genitor, seu pai ou sua mãe, até conseguir que eles, de modo próprio, levam a cabo esse rechaço. As estratégias de alienação parental são múltiplas e tão variadas quanto à mente humana pode conceber, mas a síndrome possui um denominador comum que se organiza em torno de avaliações prejudiciais, negativas, desqualificadoras e injuriosas em relação ao outro genitor (TRINDADE, 2010, p.102).

Denise M. Perissini da Silva (2012), destaca que a SAP deixa claro que há uma problemática psicopatológica com o alienador que não se furta de utilizar os meios que achar necessário para conseguir atingir o outro genitor e ainda a consequência da sua atitude violenta, onde fechasse um ciclo de influencia emocional onde a criança modifica o seu comportamento e suas opiniões sobre o alienado.

O comportamento de um alienador pode ser muito criativo, sendo praticamente impossível oferecer uma lista contendo o rol de todas as possíveis condutas. Contudo o legislador tenta trazer um quadro exemplificativo nos incisos presentes do artigo 2 da Lei de Alienação Parental: Veja-se:

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos ge-

nitores, 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:

I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

II - dificultar o exercício da autoridade parental;

III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós. (BRASIL, 2010)

Fonseca (2013) ainda diz que em grande parte dos casos, a alienação parental não afeta apenas a pessoa do genitor alienado, “mas também de todos aqueles que o cercam: familiares, amigos, serviços etc., privando a criança do necessário

e salutar convívio com todo um núcleo familiar e afetivo do qual faz parte e no qual deveria permanecer integrada”.

Silva (2012, p.151) destaca que em curto prazo, para sobreviver, “a criança aprende a manipular, tornando-se prematuramente esperta para decifrar o ambiente emocional, falar apenas uma parte da verdade e, por fim, enredar-se em mentiras, discursos e comportamentos repetitivos, exprimindo emoções falsas”.

Uma vez identificada a prática da alienação parental, é importante que o Poder Judiciário aborte o seu desenvolvimento, impedindo dessa forma, que a síndrome venha a se instalar. Fonseca (2010, p.14) é imperioso que os juízes se deem conta dos elementos identificadores da alienação parental, determinando, nestes casos, rigorosa perícia psicossocial, para aí então, ordenar as medidas necessárias para a proteção do infante.

3. Das sanções previstas quando da alienação parental: da lei 12318/2010 a lei 13431/2017

A alienação parental é um fato para o Judiciário e para o Legislativo, haja visto que gradativamente ambos tem apresentado formas de evitá-la ou pela previsão e a ampliação da guarda compartilhada ou ainda pelas sanções civis (lei antiga-12318/10) e agora com as possibilidades penais (lei 13431/17).

A lei da Alienação Parental descreve em seu artigo 6 as sanções civis que podem ser aplicadas no caso do ato em si:

Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de

instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;

II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;

III - estipular multa ao alienador;

IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;

V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;

VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;

VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

Parágrafo único. Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar. (BRASIL, 2010)

Todavia, tais sanções são compreendidas por doutrinadores como Maria Berenice Dias (2015) e Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2016) como ineficazes e ainda mantenedora de uma relação desgastante, onde a criança ou adolescente ficariam constantemente vinculadas a processos desgastantes com a judicialização das relações afetivas e ao final os comportamentos do alienante não se modificaria pois sequer ter a risco de perder o Poder familiar o mesmo corre.

Assim, em 05 de abril de 2018 entrou em vigor a lei de

nº 13.431, de 4 de abril de 2017 no intuito aplicar o artigo art. 227 da Constituição Federal, da Convenção sobre os Direitos da Criança e seus protocolos adicionais, da Resolução no 20/2005 do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, esta lei visa precipuamente, dentre outros, criar mecanismos para prevenir e coibir a violência e estabelecer medidas de assistência e proteção à criança e ao adolescente em situação de violência.

O artigo 2º, parágrafo único da lei retromencionada reitera que os entes políticos devem promover medidas para garantir os direitos humanos da criança e do adolescente nas relações domésticas, familiares e sociais, para protegê-las de todas as formas de negligência, discriminação, exploração, violência, abuso, crueldade e opressão.

De acordo com o artigo 3.º da lei de nº 13.431/17 para sua aplicação e a interpretação serão considerados os fins sociais a que ela se destina, principalmente as condições da criança e do adolescente em desenvolvimento, às quais o Estado, a família e a sociedade devem assegurar a fruição dos direitos fundamentais com absoluta prioridade.

Mas o que é de extrema relevância neste trabalho está previsto no artigo 4º da respectiva lei, pois é este artigo que classifica as formas de violência contra a criança e o adolescente, especificamente, referente a violência psicológica decorrente de alienação parental enunciado pelo inciso II, alínea b. Vejamos:

Art. 4o Para os efeitos desta Lei, sem prejuízo da tipificação das condutas criminosas, são formas de violência:

[...]

II - violência psicológica:

[...]

b) o ato de alienação parental, assim entendido como a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente, promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou por quem os tenha sob sua autoridade, guarda ou vigilância, que leve ao repúdio de genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculo com este (BRASIL, 2017)

Desde a promulgação desta lei, principalmente após sua publicação, muitos juristas têm o entendimento que por conta do artigo 4º a alienação parental passou a ser configurada como crime, uma delas, Maria Berenice Dias (2017), opina que mencionada lei trata de um grande avanço, ela disserta que em virtude de o artigo 6º dispor que “a criança e o adolescente vítima ou testemunha de violência têm direito a pleitear, por meio de seu representante legal, medidas protetivas contra o autor da violência”, complementada pelo parágrafo único, por prever “os casos omissos nesta Lei serão interpretados à luz do disposto na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), na Lei no 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), e em normas conexas.”

Por tais razões entende que os atos de alienação parental, por deixar de atender o melhor interesse dos filhos ensejam a penalização de tais atos. No entanto, é visível uma situação curiosa, vez que o título que versa sobre crime, apenas dispõe acerca da violação do sigilo processual, não inserindo neste tópico a violência prevista no artigo 4º.

Tudo indica que a lei de nº 13.431/17 não tipificou a violência prevista no artigo 4.º, inciso II, b, por isso, não poderia ser considerado crime, mantendo desta forma as sanções previstas na Lei 12.318, de 26 de agosto de 2010 no artigo 6º

e incisos, como a advertência, a estipulação de multa, acompanhamento psicológico, alteração da guarda compartilhada ou inversão, fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente, indo até a perda do poder familiar.

Regina Beatriz Tavares da Silva e Venceslau Tavares Costa Filho (2018), defendem que legislação tem o objetivo de preservar o melhor interesse da criança e do adolescente e que prisão de um genitor, diante de atos de alienação parental, não atende os melhores interesse dos filhos, por isso, permitir que a prisão pela prática de alienação não coaduna com nosso sistema constitucional e interpretar que a alienação parental tem natureza de crime seria um entendimento equivocado, vez que ocorreria a interpretação extensiva e a utilização de analogia, hermenêutica não permitida no direito penal, ferindo, portanto, no inciso XXXIX do artigo 5º da Constituição Federal.

Sob este mesmo enfoque, os criminalistas Douglas Lima Goular e Rinaldo Pignatari Lagonegro (2018), reconhecem que as razões que motivam a repressão da alienação parental, no entanto, entendem que não é possível considerar crime porque não configura fato típico, antijurídico e culpável.

Conclusão

A alienação parental é uma realidade da sociedade e o direito brasileiro tem buscado cada vez mais instrumentos legais e jurídicos que a eliminem ou diminuam a sua incidência.

Assim sendo os legisladores criam leis que a regularizem e que indiquem claramente o que podem ser os atos de alienação parental como a Lei 12318/2010. Contudo apenas indicar o que é e o que não é a alienação e a síndrome da alienação parental (SAP) não estava surtindo efeito para a erradicação dos atos por sujeitos alienadores, assim sendo em 2017 a lei 13431

passa a determinar que tais atos constituem-se violência.

Neste ensejo passasse a se discutir se sendo violência, não seria correto ofertar a criança e ao adolescente que vivem a alienação medidas protetivas da Lei Maria da Penha e obviamente ao ator alienador as penas da lei.

O trabalho visa apresentar as posições doutrinárias sobre a possibilidade de aplicação das medidas de proteção da Lei Maria da Penha nos casos da averiguação de Alienação Parental.

A conclusão encontrada é que para a maioria dos doutrinadores apesar da inexistência de tipificação penal e consequentemente de pena é possível a aplicação de tais medidas uma vez que as mesmas serão garantidoras da proteção integral referente a doutrina ensinada pela Constituição Federal de 1988 assim como no Estatuto da Criança e do Adolescente, porem é necessário se ter ressalvas com a análise do caso em concreto para que ao invés de se evitar uma situação de violência se desestruture ainda mais as relações afetivas.

Referências

BRASIL. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015 (Vigência a partir de 17.3.2016). “Código de Processo Civil.”** Brasília, DF: Presidência da República. Casa Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acessado em 20 de outubro de 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República. Casa Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em 20 de outubro de 2015

www.priscilafonseca.com.br/?id=59&artigo=6.
Acesso em: 13 Jun 2015.

GARDNER, R. A. The Parental Alienação Syndrome (= A Síndrome de Alienação Parental), Segunda Edição, Cresskill, NJ: Creative Therapeutics.**Inc.1988**. Disponível em: <http://www.rgardner.com>). Acesso em: 10 out. 2015

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil. Saraiva, 2016.

GUZZELLI, Mônica. “A Falsa Denúncia de Abuso Sexual”. In: DIAS, M. B. (Coord.) *Icesto e alienação Parental: realidades que a Justiça insiste em não ver*. 2. Ed. Campinas: Autores Associados, 2011.

GOULAR, Douglas Lima; LAGONEGRO, Rinaldo Pignatari. **Alienação Parental não permite prisão preventiva**. Disponível em: <https://www.lima-goulart-lagonegro.com.br/single-post/2018/04/11/ALIENA%C3%87%C3%83O-PARENTAL-N%C3%83O-PERMITE-PRIS%C3%83O-PREVENTIVA>. Acesso em: 03 maio 2018

PEREZ, Elizio Luiz. Breves Comentários acerca da Lei da Alienação Parental (Lei 12.318/2010). In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Icesto e Alienação Parental. Realidades que a justiça insiste em não ver*. 2. Ed. São Paulo: RT

PINHO, Marco Antonio Garcia. A pratica da alienação parental exige mais estudo. 2010. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2010-jan-23/coibir-alienacao-parental-preciso-empenho-especialistas>. Acesso em 30 maio 2018.

SILVA, Denise Maria Perissini da. **Psicologia Jurídica no Processo Civil Brasileiro**. A interface da Psicologia com o Direito nas Questões de Família e Infância. Rio de Janeiro: Forense, 2012,

SILVA, Regina Beatriz Tavares da; COSTA FILHO, Ven-ceslau Tavares. Alienação parental não passou a ser crime, pois inexistente tipificação. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-17/opiniao-alienacao-parental-nao-passou-crime>. Acesso em: 3 maio 2017.

TRINDADE, Jorge. Manual de Psicologia Jurídica para operadores de direito. Porto Alegre. LEXML. 2010.

“Eu quero o divórcio... e o cachorro!”: uma análise acerca do tratamento jurídico contemporâneo atribuído aos animais de estimação no contexto de dissolução da união estável e do casamento

Catharine Black Lipp João

Introdução

Embora em tempos anteriores sequer fosse cogitada a possibilidade de conferir tratamento familiar a um animal, percebe-se que atualmente há, sim, uma mudança nesse paradigma, cabendo ao Direito acompanhá-la ou freá-la. Desde já se mostra importante asseverar que o presente artigo não tem a pretensão de analisar as causas, em termos psicológicos, mé-

dicos, filosóficos ou sociológicos, que levaram a interação do homem com os animais a se tornar tão próxima afetivamente da relação do homem com os seus semelhantes, inclusive no contexto da relação de pais e filhos. O fato é: atualmente o espaço dos animais no contexto familiar já é uma realidade.

De início, examinar-se-á o tratamento jurídico dado aos animais de estimação como objetos de propriedade humana, a partir do enquadramento à previsão legal, a serem partilhados conforme o regime de bens do casal, para então analisar o entendimento dos julgadores a seu respeito, apresentando distintas concepções, como as que a) concordam com o tratamento legal e o aplicam, b) não concordam com o tratamento legal, mas o aplicam e c) não concordam com o tratamento e não o aplicam, utilizando “analogicamente” outras hipóteses.

Para tanto, a abordagem será feita a partir do método indutivo, com o objetivo explicativo e os procedimentos bibliográfico, documental (com base na legislação) e estudo de casos (a partir de decisões judiciais norte-americanas, que já possuem tradição no enfrentamento da questão, e brasileiras, as quais recentemente passaram a deliberar sobre o tema).

1. “Eu quero o divórcio... e o cachorro é meu!”

Tradicionalmente, a lei e as decisões consideram os animais domésticos como objetos da apropriação humana. Eis que “um cachorro, apesar de toda as suas admiráveis e únicas qualidades, não é um ser humano e não é tratado na lei como tal. Um cachorro é propriedade pessoal, propriedade a qual é reconhecida perante a lei” (COURT OF APPEALS OF IOWA, 1984).

Nos termos da legislação vigente brasileira especificamente, os animais são tratados pelo Código Civil como bens móveis, ou semoventes, dos seus proprietários, ou, ainda, não os

tendo, como *res nullius* (coisa de ninguém). De acordo com o artigo 82 do diploma civil, bens móveis são aqueles “suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social”.

Pois bem, dada a consideração legal do animal enquanto bem móvel integrante do patrimônio do seu proprietário, observa-se que, diante da separação do casal, a depender do regime de bens, este será objeto da partilha. Como se sabe, um animal doméstico não poderia fisicamente ser repartido para que cada metade dele ficasse com um dos cônjuges. Pela previsão do Código Civil, no artigo 1.651, diante da impossibilidade de que o direito a meação da propriedade do animal seja exercido por um dos cônjuges, caberá ao outro “alienar os bens móveis comuns”. Todavia, essa solução legal dificilmente resolveria os anseios de ambas as partes que disputam ficar com o animal.

Dessa maneira, diante da pretensão de ambas as partes ficarem com o animal doméstico em uma disputa judicial de divórcio ou dissolução de união estável, alguns tribunais vêm resolvendo o conflito através da analogia com o instituto da guarda unilateral ou compartilhada das crianças. Ocorre que isso não é compatível com a caracterização dada ao animal enquanto propriedade. Isso porque –considerando um dos princípios mais relevantes que fundamenta a guarda familiar das crianças e adolescentes, qual seja, o melhor interesse do menor– a análise do *melhor interesse do cachorro* se mostra oposta à consideração deste como *bem móvel* –que não tem interesses, mas se sujeita aos interesses do seu proprietário através de uma relação jurídica de direitos reais.

Da impossibilidade de determinar os melhores interesses do objeto de tutela decorre o lógico descabimento do instituto da guarda. Corroborando com o entendimento de que seria impraticável medir e avaliar os interesses do animal de estima-

ção diante da lide perante o Poder Judiciário, o Tribunal de Apelação do estado norte-americano de Iowa já se manifestara em 1984: “um cachorro é propriedade pessoal e mesmo que os tribunais não devessem colocar um animal de estimação da família na posição de ser abusado ou não ser cuidado, nós não temos como determinar os melhores interesses de um animal doméstico”(COURT OF APPEALS OF IOWA, 1984).

Por essa razão, no ano de 2017, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal publicou o informativo de jurisprudência n. 349, estabelecendo que “não existe plausibilidade jurídica no pedido de aplicação de instituto do direito de família à posse de animais de estimação” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL, 2017).

A Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul compreendeu, em sede de ação de dissolução de união estável, que “descabe estabelecer a guarda e visitação dos animais de estimação neste feito, pois não constitui matéria afeta ao direito de família, devendo tal questão ser resolvida em ação própria” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2014).

Nesse sentido, em 2015, a Quarta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo manteve a decisão do magistrado de primeiro grau relativa à partilha dos animais de estimação adquiridos na constância da união estável “para o fim de partilhar os direitos possessórios de propriedade dos animais descritos na inicial, concedendo ao autor a posse e propriedade plena do animal da raça Boxer, ficando a ré com o animal da raça Golden” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2015):

Visualizando os documentos carreados aos autos, constata-se que os cães foram adquiridos na constância da união estável. Desta forma, é inegável que

também devem ser partilhados. Não se nega que um animal é diferenciado de um automóvel ou um imóvel, mas mesmo assim é um bem passível de valoração. Trata-se de um semovente, o que não exclui a partilha. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2015)

Recentemente, em abril de 2018, sobre o tratamento do animal durante o casamento ou união estável das partes, a depender do regime de bens escolhido por elas ou determinado por lei, entendeu a 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo ser “forçoso reconhecer que os autores mantinham condomínio sobre esse animal, pois adquirido já na constância do casamento” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2018).

No Tribunal de Justiça de Santa Catarina, à Primeira Câmara Cível sobreveio recurso de apelação, interposto pela apelante para o fim “reforma da sentença quanto ao quinhão dos únicos bens levados à partilha pelas partes. Tratam-se de duas cachorras, adquiridas na constância da união estável”, tendo em vista que a sentença determinara a posse dos cães em favor do ex-companheiro com o ressarcimento do valor de mercado correspondente, nos autos nos autos da ação de reconhecimento e dissolução de união estável cumulada com partilha”. A decisão compreendeu, conforme sustentara a apelante, que “sendo dois os semoventes, comportam cômoda divisão do patrimônio comum, na proporção de 50%”. Diante disso, decidiu que, “nada obstante a questão revelar as mazelas da crise da contemporaneidade, resulta cabível pela letra da lei a entrega de um animal de estimação para cada litigante, como forma de partilhar os semoventes”, claramente tratando as duas cachorras na acepção patrimonial como objetos da partilha (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA, 2015).

Igualmente merece destaque recente decisão em que facilmente se constata o caráter de direito real atribuído à relação dos demandantes com o seu animal doméstico. Explica-se: em 2017, ao Tribunal sobreveio conflito negativo de competência, tendo em vista que, nos autos da “ação de posse compartilhada de animal de estimação” distribuída inicialmente perante a vara de família, fora declinada a competência do juízo da vara especializada para a vara cível, ao considerar que as partes já estavam divorciadas e quando da averbação do divórcio não fizeram menção acerca da partilha de bens, diante do que o julgador da vara cível suscitou o conflito em questão dada “a existência e a disputa acerca da posse do animal decorre do relacionamento havido entre as partes”. No entanto, ao decidir, o Tribunal julgou improcedente o conflito, notadamente conferindo status aos animais domésticos enquanto objetos de direito real, fundamentando que “na ação de posse inexistente discussão que recaia sobre o Direito de Família. A lide trata de matéria cível, de cunho declaratório, envolvendo bem móvel onde busca a autora a guarda compartilhada de animal de estimação” Portanto, o Tribunal julgou o animal de estimação como um bem móvel das partes e entendeu que, por conseguinte, o conflito entre elas deveria ser resolvido por ação exclusivamente sobre a posse do animal, já que, no caso, porque estavam divorciadas, não cabia partilha. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2017a)

Isto posto, verifica-se, sintetizando-se o que se demonstrou até agora, que os animais domésticos são tratados juridicamente enquanto bens semoventes, objetos do direito das coisas, e, em caso de divórcio ou dissolução de união estável, objetos da partilha do patrimônio do casal. Em vista disso, não há porque considerar quaisquer interesses do animal no momento da divisão dos bens.

2. Insuficiência do enfoque do animal enquanto propriedade?

Qualquer pessoa que tenha animal de estimação no seu lar pode concordar que “Animal não é coisa. Coisa não tem sentimento; animal tem” (RODRIGUES; LEITE; OLIVEIRA; SILVA, 2017, 1.115 p.).

Sobre a realidade que efetivamente se observa na sociedade moderna, importa ressaltar que “não há dúvida de que alguns donos animais de estimação se tornaram tão ligados aos bichos da família que os animais são considerados membros da família” (NEW YORK STATE SUPREME COURT, 2001). Inclusive, o confronto com a prática visivelmente mostra que “de fato, para muitas pessoas, os animais de estimação são os únicos membros da família que elas têm” (COURT OF APPEALS OF TEXAS, 1994).

Diante disso, há quem entenda que as disposições legais e as decisões que percebem os animais domésticos como bens móveis semoventes vão de encontro às relações que vem se estabelecendo na prática, nas quais se observa a consideração dos animais como seres sencientes e membros da família, razão pela qual defendem serem cabíveis a concessão da guarda familiar e o estabelecimento do regime de visitação, institutos originalmente atribuídos aos filhos menores pelo direito de família.

Sobre isso, “percebe-se claramente que o Código Civil brasileiro não se mostra coerente no tratamento dos animais de estimação. No mínimo, é lacunoso.” (RODRIGUES; LEITE; OLIVEIRA; SILVA, 2017, 1.115 p). Nesse contexto, “o silogismo ‘animais como propriedade’ [...] ignora o fato de que a relação entre um humano e o seu animal doméstico não é mais baseada em economia do que em qualquer outra relação familiar” (WISE, 1998, 93 p.).

É oportuno relatar a decisão de um caso ocorrido no estado norte-americano de Indiana em que o Tribunal, já em 1944, embora considerando o animal como parte do patrimônio do casal, teceu alguns comentários inusitados para a época. Trata-se de recurso apresentado pelo ex-marido em decorrência do fato de que, no julgamento em que havia sido decretado o divórcio das partes, não houve referência a quem ficaria com o cachorro do casal, razão pela qual a ex-mulher, que ficou na posse do domicílio na separação, naturalmente também ficou com o animal. O Tribunal de Apelação entendeu por manter a decisão anterior, tendo em vista que, pela análise dos autos, foi possível verificar que o cachorro “fora primeiramente dado ao Apelante e que ele, por sua vez, o deu para a Apelada. Isso é suficiente para confirmar a decisão, e, como não há razão comprovando o porquê a propriedade não poderia acompanhar o proprietário, tal decisão não é contrária a lei” (APPELLATE COURT OF INDIANA, 1944). O que se pretende destacar é que, ainda que no sentido de manter a decisão anterior, os julgadores expressaram, curiosamente, que “o fato, no entanto, de que podemos ter mais confiança na sabedoria de Salomão do que no tribunal de primeira instância dificilmente nos justifica a perturbar seu julgamento”, o que indica a opção do Tribunal por não analisar o melhor interesse do cachorro, ainda que, ressalta-se, *ao indicar o feito de Salomão, estivesse reconhecendo que isso seria o mais sábio a fazer.* (APPELLATE COURT OF INDIANA, 1944)

Chama a atenção a renúncia do Tribunal em se desviar da previsão legal e analisar o melhor interesse do canino *-mesmo considerando que isso fosse sábio-*, em prol de seguir as decisões anteriores. Diante dessa posição dos tribunais, consoante Steven James Bartlett, “o precedente histórico tem apoiado o compromisso inquestionável deles para a dominância humana e para o uso exploratório dos animais como bens móveis”

(BARTLETT, 2002, 5 p.). Nesse contexto, o Tribunal norte-americano do estado de Ohio, em face do pedido de distinção entre os objetos de propriedade e os animais domésticos em causa, refletiu que: “os demandantes sustentam que deveríamos ‘fazer a coisa certa’ [...] Tal mudança no direito pode vir a acontecer um dia, mas esse não é o caso adequado para arar novo terreno. Além disso, ainda que a situação fosse outra, teríamos dificuldade de nos desviarmos da legislação vigente” (COURT OF APPEALS OF OHIO, 2003).

É possível notar em muitas decisões que os magistrados, mesmo decidindo nos termos da lei, expressam a sua insatisfação com a sua aplicação e com os seus resultados, porquanto não consideram adequada a previsão dos animais domésticos como meros objetos da propriedade do homem:

Desde o princípio, notamos que estamos desconfortáveis com a fria caracterização da lei sobre um cachorro, tal qual Dakota, como mera ‘propriedade’. Rotular a ‘propriedade’ canina falha em descrever o valor que os seres humanos atribuem ao companheirismo que eles desfrutam com um cão. Um cão de companhia não é um item fungível, equivalente a outros itens dos bens pessoais. Um cão de companhia não é um sofá da sala de estar ou a mobília da sala de jantar. Esse termo inadequadamente e imprecisamente descreve a relação entre um homem e um cachorro. (WISCONSIN SUPREME COURT, 2001)

Sustentam que “a lei deveria refletir o reconhecimento da sociedade que animais são seres sencientes e emotivos que são capazes de oferecer companhia aos humanos com quem eles vivem” (COURT OF APPEALS OF TEXAS, 1994). Assim, uma vez que isso fosse feito, “os tribunais não deveriam

hesitar em reconhecer que um grande número de pessoas hoje nesse país trata os seus animais domésticos como membros da família” (COURT OF APPEALS OF TEXAS, 1994)

Nesse contexto, ainda que extremamente discreta, vem sendo observada certa mudança, tanto no cenário internacional, quanto especificamente no brasileiro, ao serem estabelecidas medidas como a consideração dos interesses dos envolvidos, a guarda e o regime de visitas.

Excepcionalmente se encontram decisões que avaliam o melhor para o animal. A esse respeito, cabe referir a decisão da Suprema Corte do Estado de Nova York, que, ao definir a guarda de um gato diante da disputa entre colegas de quarto, decidiu, embora não tenha usado expressamente esses termos, atender principalmente ao que seria considerado melhor para os interesses do animal diante de sua elevada idade:

Consciente o apreciado status concedido aos animais de estimação na nossa sociedade, as fortes emoções geradas por disputas dessa natureza, a limitada capacidade dos tribunais para resolvê-las satisfatoriamente no histórico deste caso, nós acreditamos ser melhor para todos os interessados que, dada a sua limitada expectativa de vida, Lovey, que agora está com quase dez anos de idade, permaneça onde ele sempre viveu, prosperou, amou e foi amado pelos últimos quatro anos. (NEW YORK SUPREME COURT, 1999)

Pablo Lerner, professor da Academic Center of Law & Business em Israel, explica o caso Ploni v. Ploni (RAMAT GAN FAMILY COURT, 2004), não publicado em razão de segredo de justiça, referente à disputa judicial de dois animais de estimação de um casal unido estavelmente. O que chama atenção no caso é que para decidir que os animais de

estimação continuariam a viver com o demandado, o Tribunal apreciou a questão incluindo o laudo do professor Joseph Tirkel, da Universidade de Tel-Aviv, perito em comportamento animal, para determinar “o bem dos animais” (LERNER, 2010, 107 p.). No entanto, ainda que a decisão tenha sido de vanguarda ao considerar o interesse dos animais para a concessão da sua guarda e ao referir que “os animais deveriam ser considerados ‘criaturas com uma alma’ (LERNER, 2010, 109 p.), ela também não abandona completamente a visão antropocêntrica, na medida em que o julgador, ainda assim, refere que “esses direitos que abordo são [direitos] cuja fonte é a humana e são conferidos sobre os animais porque essa é a aspiração humana” (LERNER, 2010, 111 p.),

No contexto brasileiro, em 2016, nos autos da ação de regulamentação de visitas de animal de estimação, a Quinta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu que, no Código Civil, “há uma lacuna legislativa, pois a lei não prevê como resolver conflitos entre pessoas em relação a um animal adquirido com a função de proporcionar afeto, não riqueza patrimonial” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2016). Em razão dessa omissão legislativa sobre a relação afetiva entre as pessoas e os animais de estimação, foi permitida a aplicação analógica do instituto da guarda de menores – ainda que com base no interesse das partes:

na disputa por um animal de estimação entre duas pessoas após o término de um casamento e de uma união estável há uma semelhança com o conflito de guarda e visitas de uma criança ou de um adolescente, *mostra-se possível a aplicação analógica dos arts. 1.583 a 1.590 do Código Civil*, ressaltando-se que a guarda e as visitas devem ser estabelecidas no interesse das

partes, não do animal, pois o afeto tutelado é o das pessoas. [grifou-se] (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2016)

No Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, igualmente foi proferida decisão, em sede de recurso de apelação (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO, 2015), diante do fato de que, nos autos da ação de dissolução de união estável cumulada com a partilha de bens, o magistrado sentenciara “determinando ao final a devolução do cão de estimação da raça Coker Spaniel à autora, sob o fundamento de que esta comprovou ser a sua proprietária”, ao que o réu apelou unicamente em relação à posse do animal. Ao tratar da matéria, o desembargador relator asseverou que “não custa dizer que há animais que compõem afetivamente a família dos seus donos”, e, assim, criticou o tratamento legal atribuído insatisfatoriamente aos animais de estimação como bens semoventes a serem partilhados pelo casal quando do rompimento da relação:

considerando ser comum que as pessoas tratem seus animais de estimação sob a consagrada expressão “parte da família”, é que não nos parece satisfatória e consentânea com os modernos vetores do direito de família, que à luz e à vista da partilha de bens, os aludidos semoventes sejam visto sob a restrita qualificação de bens-semoventes que, em eventual partilha, devem ser destinados a somente um dos cônjuges. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO, 2015)

Diante disso, ao considerar que a “demanda versa em suas 160 páginas, sobre o cachorrinho Dully, ressaltando-se o papel que ele representava para a entidade conjugal” e que “o animal

em questão, até por sua idade (avançada), demanda cuidados que recomendam a divisão de tarefas”, o relator decidiu por não considerar que a propriedade formalmente reconhecida do animal era da apelada e permitir ao apelante a “posse provisória” do animal, em fins de semana alternados (das 08:00h de sábado às 17:00h do domingo), “devendo tal direito ser exercido no seu interesse e em atenção às necessidades do animal”. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO, 2015)

Também se nota que na Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul já foi realizada a homologação de cláusula que estipula o regime de visitação dos animais de estimação do casal firmada no bojo do acordo de dissolução de união estável. Na decisão esclareceu-se que “o objeto da cláusula questionada, em que pese não ser usual, não é ilícito” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2017b).

Considerações finais

Os animais de estimação são claramente identificados no conceito legal de bens semoventes, objetos de direitos reais, que serão partilhados quando do rompimento da relação afetiva entre as partes humanas, a depender do regime de bens entre estas.

É claro que na sociedade de hoje muitos animais de estimação vivem como partes da família. Assim, há quem entenda inadequado o referido tratamento jurídico concedido, na medida em que desconsidera a senciência dos animais domésticos e as relações afetivas que efetivamente são estabelecidas entre estes e os homens.

Nesse contexto, já se verificam decisões judiciais que entendem pela aplicação de institutos do direito de família para resolver as controvérsias que surgem a respeito de quem ficará com o animal quando do fim da relação entre o casal. O

que se observa é que o fundamento de tais decisões é normalmente baseado apenas nos interesses daquelas partes que litigam, as quais não querem abrir mão do convívio com o bichinho pelo qual nutrem amor e carinho. Assim, em que pese a inovação representada pela aplicação analógica dos institutos da guarda e da visitação, de maneira contraditória, não se abandona completamente a visão de propriedade humana sobre os animais domésticos.

Diante dessa mistura de tratamentos jurídicos distintos, pode-se dizer que o animal doméstico acaba sendo tratado como uma figura *suis generis*, sendo que “não é apenas uma coisa, mas ocupa um lugar especial em algum lugar entre a pessoa e o bem de propriedade pessoal”.

Ocorre que a partir da aproximação do tratamento do animal de estimação com a ideia de este ser juridicamente uma pessoa, enquanto sujeito de interesses a serem protegidos pelo ordenamento jurídico –como, por exemplo, os de não sentir dor ou os de sentir o máximo possível de prazer ou bem-estar (SINGER, 2003) –, passa-se a adentrar em um terreno ainda nebuloso para o Direito. Mostra-se inadequada a consideração de interesses dos animais pelos magistrados, sem que haja uma opção, após um debate sério sobre os contornos do tema, do legislador no sentido de refutar a aceção da propriedade dos animais domésticos como atualmente prevista em lei e lhes conferir certa personalidade jurídica.

Não obstante, ainda que a própria possibilidade de aplicação dos referidos institutos do Direito de Família sejam exclusivamente determinadas em prol dos interesses humanos, questiona-se em que medida isso não seria também um primeiro passo em prol da aplicação analógica de outros institutos deste ramo do direito, tal como o casamento interespécies –o que igualmente poderia se legitimar pelo argumento do

“interesse humano”. Tal exemplo parece chocante, todavia é longe de ser fruto da imaginação, porquanto já existem posições teóricas daqueles que defendem a consideração dos animais como sujeitos de direitos nesse sentido.

Concorda-se que a concepção dos animais domésticos, como meros objetos de propriedade sem interesses próprios a serem considerados, mostra-se insuficiente em face da realidade social que se observa, mas, por outro lado, importa considerar que são arriscadas as posições no âmbito das decisões judiciais que os tratam de maneira diversa da prevista pelo legislador, por conta da abertura que poderá servir como elemento para legitimar futuras implicações que não são as pretendidas ao fazê-lo. Portanto, caso venham a ocorrer mudanças sobre o tratamento jurídico da questão, importa que isso não ocorra através da criação de direitos contraditórios ao status conferido pela lei, por decisões judiciais fundadas principalmente em sentimento.

Referências

- BARTLETT, Steven James. Roots of human resistance to animal rights: psychological and conceptual blocks. **Animal Law Review**, Portland, v. 08. 2002. Disponível em <<http://www.humiliationstudies.org/documents/BartlettResistanceAnimalRights.pdf>>. Acesso: 11 maio 2018
- BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Informativo de Jurisprudência n. 349**, 2017. Disponível em <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/jurisprudencia/informativos/2017/informativo-de-jurisprudencia-n-349/guarda-compartilhada-de-animal-de-estimacao-impossibilidade-juridica>>. Acesso: 13 maio 2018

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, Primeira Câmara de Direito Civil. **Apelação Cível n. 2014.045256-3**. Apelante: K. E. R. Apelado: R.G.M. Relator: Gerson Cherem II. 15 de junho de 2015.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Primeira Câmara de Direito Privado. **Apelação: 1021127-42.2015.8.26.0554**. Apelante/apelado: Marcelo Costa Velho Mendes de Azevedo. Apelada/apelante Karime Grenzi. Relator: Francisco Loureiro. 12 de abril de 2018.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Quarta Câmara de Direito Privado. **Apelação Cível n. 0003428-28.2011.8.26.0091**. Apelante: Flavia Aparecida Costa. Apelado: Demetrius Costa Pinheiro. Relator: Fábio Quadros. 27 de agosto de 2015.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Quinta Câmara de Direito Privado. **Apelação Cível nº 1000398-81.2015.8.26.0008**. Apelante: Vinicius Mendroni Aggio. Apelada: Luciana Michele Borba. Relator: J.L. Mônaco da Silva. 20 de abril de 2016.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Vigésima Segunda Câmara Cível. **Apelação Cível n. 0019757-79.2013.8.19.0208**. Relator: Marcelo Lima Buhatem. 04 de fevereiro de 2015.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Décima Nona Câmara Cível. **Conflito de Competência n. 70074572579**. Suscitante: juiz de direito 1 vara cível comarca Porto Alegre. Suscitado: juiz de direito 8 vara de família comarca Porto Alegre. Relator: Eduardo João Lima Costa. 12 de setembro de 2017a.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Sétima Câmara Cível. **Apelação Cível nº 70058338724**. Apelante/Recorrido Adesivo: S.S. Recorrente Adesivo/Apelado: M.N.B. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. 02 de julho de 2014.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Sétima Câmara Cível. **Apelação Cível: 70072568892**. Apelante: G.G.A. Apelado: A.J. Relator: Sandra Brisolara Medeiros. 26 de julho de 2017b.

ESTADOS UNIDOS, Appellate Court of Indiana. **Apelação n. 114 Ind.App. 660**. Apelante: John W. Akers. Apelado: Stella Sellers. Julgador: Chief Judge Crum-packer. 15 de maio de 1944. Disponível em <<https://www.animallaw.info/case/akers-v-sellers>>. Acesso: 11 maio 2018.

ESTADOS UNIDOS, Civil Court of the City of New York, County of Queens. **Decisão 415 N.Y.S.2d** Requerente: Corso. Requerido: Crawford Dog and Cat Hospital, Inc. Julgador: Seymour Friedman. 22 de abril de 1979. Disponível em <<https://www.animallaw.info/case/corso-v-crawford-dog-and-cat-hospital-inc>>. Acesso: 27 maio 2018.

ESTADOS UNIDOS, Court of Appeals of Iowa. **Apelação n. 356 N.W.2d 611**. Apelante: Joan Kaye Wilson. Apelado: Jay E. Stewart. Julgador: Juiz Sackett. 6 de setembro de 1984. Disponível em <<https://www.animallaw.info/case/re-marriage-stewart>>. Acesso: 11 maio 2018.

ESTADOS UNIDOS, Court of Appeals of Ohio, Second District, Greene County. **Apelação n. 151 Ohio**

App.3d 741. Apelantes: Sean e Melissa Oberschlake. Apelado: Veterinary Associates Animal Hospital. Julgadores: Fain e Frederick N. Young. 28 de fevereiro de 2003. Disponível em <<https://www.leagle.com/decision/2003892151ohioapp3d7411817>>. Acesso: 11 maio 2018.

ESTADOS UNIDOS, Court of Appeals of Texas. **Apelação n. 886 S.W.2d 368.** Apelante: Carl Bueckner. Apelados: Anthony Hamel and Kathy Collins. Julgadores: Duggan, Hedges e Andell. 31 de setembro de 1994. Disponível em <<https://www.courtlistener.com/opinion/1529479/bueckner-v-hamel/>>. Acesso: 12 maio 2018.

ESTADOS UNIDOS, New York State Supreme Court. **Decisão n. 723 N.Y.S.2d 627.** Recorrente: Robert P. Johnson e outros. Recorrido: Cecille F. Douglas. Julgador: Zelda Jonas. 12 de março de 2001. Disponível em <<https://www.leagle.com/decision/2001696187misc2d5091631>>. Acesso: 12 maio 2018.

ESTADOS UNIDOS, Supreme Court, Appellate Division, First Department, New York. **Recurso n. 695 N.Y.S.2d 308.** Recorrente: Susan Raymond. Recorrida: Suzanne Lachmann. Julgadores: P.J. Wallach e Andrias Ellerin Tom. 19 de agosto de 1999. Disponível em <<https://www.animallaw.info/case/raymond-v-lachmann>>. Acesso: 12 maio 2018.

ESTADOS UNIDOS, Wisconsin Supreme Court. **Decisão n. 627 N.W.2d 795.** Recorrente: Julie Rabideau. Recorrido: City of Racine. Julgador: Bablitch. 12 de junho de 2001. Disponível em <<https://www.animal->

law.info/case/rabideau-v-city-racine>. Acesso em: 11 de maio de 2018.

LERNER, Pablo. With whom will the dog remain? On the meaning of 110 the “good of the animal” in israeli family custodial disputes. **Journal of Animal Law**, East Lansing, v. 6, 2010. Disponível em <<https://www.animallaw.info/sites/default/files/Journal%20of%20Animal%20Law%20Vol%206.pdf>>. Acesso: 12 maio 2018.

ISRAEL, Ramat Gan Family Court. **Decisão n. 32405/0**. Demandante Ploni. Demandado Plonit. Julgador: Shochet. 18 de março de 2004.

RODRIGUES, Susana Gabriella Prudente; LEITE, Martha Franco; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva; SILVA, Tagore Trajano de Almeida. O rompimento de relações pessoais e o destino do animal de estimação: divisão de bens ou guarda? **Revista Jurídica Luso Brasileira**, Lisboa, n. 3, 2017. Disponível em <https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2017/3/2017_03_1105_1133.pdf>. Acesso: 13 maio 2018

SINGER, Peter. Ética prática. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

WISE, Steven M. Recovery of common law damages for emotional distress, loss of society, and loss of companionship for the wrongful death of a companion animal. **Animal Law Review**, Portland v. 4, 1997-1998. Disponível em <http://www.nabranimallaw.org/wp-content/uploads/2014/08/Wise_RecoveryOf-CLDdamages1998.pdf>.

O instituto da posse e sua natureza jurídica controversa: breves apontamentos

Priscylla Gomes de Lima e Marília Rodrigues Mazzola

Introdução

É incerto quando surgiu a noção de posse, que em sua concepção primitiva é um vínculo estabelecido entre um indivíduo ou um grupo e um determinado bem da vida. Este vínculo pode ter um caráter exclusivamente individual, através do qual um indivíduo se reconhece com senhoria sobre um bem, ou pode apresentar institucionalização, vale dizer, reconhecimento por terceiros. Mas pode-se afirmar que a posse, assim como a propriedade, está presente desde as mais primitivas formas de organização humana, e existe em constante relação com o homem.

Mas a posse possui especial importância já que é fato natural que gera efeitos no mundo jurídico, enquanto que a propriedade surge através da lei, é sua criação.

A origem da posse é questão controvertida, mas admite-se que em Roma tenha ocorrido o seu desenvolvimento, razão pela qual é deste tempo histórico que a doutrina inicia seu estudo.

A influência do Direito Romano para a compreensão do instituto é tão grande que Savigny e Ihering desenvolveram suas teorias, posteriormente chamadas de subjetiva e objetiva (respectivamente) com base no que absorveram do direito romano; e tais teorias ainda influenciam os ensinamentos da posse, conforme se verificará no desenvolvimento deste trabalho.

Mas a disciplina da posse no mundo moderno não se apresenta exclusivamente no Direito Romano. Ela sofreu, também, influência maior ou menor, do instituto correspondente no Direito Germânico medieval - a *Gewere* - e do conceito de posse plasmado, embora com base nos textos romanos, pelos canonistas. Resultou, portanto, da combinação dos elementos históricos heterogêneos, que se mesclaram por motivos de ordem étnica (costumes dos povos bárbaros que invadiram o Império Romano do Ocidente), religiosa (a influência do direito canônico sobre o direito laico) e cultural (a recepção do direito romano na Europa, no período compreendido entre os séculos XIII e XV).

A posse ainda continua sendo tema altamente discutido e controvertido. De acordo com Lafaille (apud GONÇALVES, 2010, p. 44):

Diversas causas têm contribuído para que a posse seja um dos setores mais árduos e mais complicados do Direito Civil. Os problemas que ela coloca são de si difíceis, tanto no que se refere ao distingui-la de outras figuras, como no que respeita ao regulamentá-la e no organizar a sua defesa [...].

Complementa Moreira Alves, dizendo que “[...] poucas matérias há, em direito, que tenham dado margem a tantas controvérsias como a posse. Sua bibliografia é amplíssima, e constante a afirmação dos embaraços de seu estudo” (ALVES, 1991, p. 1).

Por fim, a colocação da posse dentro do mundo jurídico também é ponto a ser explorado, posto que, conforme será visto, traz implicações práticas para o âmbito jurídico.

Este trabalho busca analisar o instituto da posse para delimitar sua natureza jurídica, e para tanto explora a entidade nos mais diversos períodos históricos, que definitivamente influenciaram para a delimitação do instituto que se apresenta na pós modernidade.

1. Conceito

A posse é um estado de fato que se assemelha ao exercício da propriedade. É uma relação de fato entre a pessoa e a coisa.

Quando se fala de posse, se deve ter em mente que o referido instituto correlaciona-se com duas situações diferentes: a posse *per si* e a posse como direito. Assim que “o nosso direito protege não só a posse correspondente ao direito de propriedade e a outros direitos reais como também a posse como figura autônoma e independente da existência de um título” (GONÇALVES, 2010, p. 45).

Assim é que:

no *jus possidendi* (posse casual) se perquire o direito, ou qual fato em que se estriba o direito que se argui; e no *jus possessionis* (posse formal) não se atende senão à posse; somente essa situação de fato é que se considera, para que logre os efeitos jurídicos que a lei lhe confere. Não se indaga então da correspondência da expressão externa com a substância, isto é, com a existência do direito. A lei socorre a posse enquanto o direito do proprietário não desfizer esse estado de coisas e se sobreleve como dominante. O *jus possessionis* persevera até que o *jus possidendi* o extingua (GONÇALVES, 2010, p. 47).

De acordo com Caio Mario da Silva Pereira (2001, p. 17), “[...] em todas as escolas está sempre em foco a ideia de uma situação de fato, em que uma pessoa, independentemente de ser ou não proprietária, exerce sobre uma coisa poderes ostensivos, conservando-a e defendendo-a”.

Já para Sílvio de Salvo Venosa “a posse trata de estado de aparência juridicamente relevante, ou seja, estado de fato protegido pelo direito” (VENOSA, 2011, p. 28).

Nela, o possuidor tem um comportamento comparável ao de quem exerce poder peculiar ao domínio, qual seja, “mantem determinada coisa sob sua guarda e para seu uso ou gozo, tendo ou não a intenção de considerá-la como sendo de sua propriedade” (WALD, 1995, p. 39).

Na mesma linha, o renomado doutrinador ainda dita que “a situação de fato que tem consequências jurídica é denominada posse. Aquela que é juridicamente irrelevante, limitando-se a constituir simples fato material, sem repercussão no mundo do direito, é a detenção” (WALD, 1995, p. 39).

Por fim, R. Limongi de França explica que a posse “é o conjunto dos atos, não defesos em lei (posse justa), exercidos sobre a coisa pelo sujeito, ou por terceiro em seu nome (fâmulos da posse), tal como se dela fosse o proprietário, ou titular de algum respectivo direito real (quasi-posse)” (FRANÇA, 1964, p. 13).

No Direito brasileiro, o conceito de posse vem explicito no art. 1196 do Código Civil, que define a figura do possuidor como aquele que tem de fato exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.

É possível perceber que o Código Civil de 2002 adotou a teoria objetiva da posse.

Segundo Caio Mário Pereira da Silva (2004, p. 22):

A posse, em nosso direito positivo, não exige, portanto, a intenção do dono, e nem reclama o poder físico sobre a coisa. É relação de fato entre a pessoa e a coisa, tendo em vista a utilização econômica desta. É a exteriorização da conduta de quem procede como normalmente age o dono. É a visibilidade do domínio.

Assim, o conceito de posse pode ser definido sob diferentes perspectivas, de modo que surgiram várias teorias para explicá-lo. As teorias mais expressivas foram a de Rudolf von Ihering e a de Friederich von Carl Savigny, conforme será analisado a seguir.

2. Teorias da posse

Tanto Savigny como Ihering estudaram a posse segundo os ensinamentos do Direito Romano.

Savigny definiu a posse a partir de dois elementos: o *corpus* e o *animus*. O *corpus*, elemento material da coisa, define-se como a detenção da coisa, é o poder físico da pessoa sobre a coisa.

Já por *animus* entende-se a intenção, a vontade de exercer sobre a coisa o direito de propriedade, de ter a coisa como sua. Segundo Washington de Barros Monteiro e Carlos Dabus Maluf, “para ser possuidor não basta deter a coisa, requer-se ainda vontade de detê-la, *animus domini* ou *animus rem sibi habendi*, isto é, como proprietário ou com a vontade de possuí-la para si” (MONTEIRO, 2011, p. 29). Em razão da existência de um elemento de vontade, a teoria de Savigny foi chamada de teoria subjetiva da posse.

Já Rudolf von Ihering entendeu que a posse não dependia de *animus*, razão pela qual sua teoria foi chamada de objetiva. Segundo Ihering, para constituir a posse era necessário

somente o *corpus*, relação exterior que há normalmente entre o proprietário e a coisa, e “constitui o único elemento visível e suscetível de comprovação, encontrando-se inseparavelmente vinculado ao *animus*, do qual é manifestação externa [...]” (MONTEIRO, 2011, p. 30).

Os ensinamentos dos dois doutrinadores influenciaram e ainda influenciam a compreensão e conceituação da posse, de modo que os Códigos Civis existentes pelo mundo adotam sua concepção de posse baseados nos entendimentos ou de um ou de outro dos doutrinadores.

3. Direito romano

Partindo da premissa de que a posse surgiu primitivamente em Roma, necessário conhecer, ao menos em linhas gerais, o desenvolvimento histórico da propriedade desde os seus primórdios até o tempo de Justiniano. Isto porque a história do Direito Romano compreende um intervalo de 12 séculos, durante os quais profundas transformações de ordem econômica e social ocorreram.

Importante ressaltar, entretanto, que o estudo do direito da posse no Direito Romano demonstram a existência de interpolações que dificultaram uma perfeita delimitação do instituto nesta civilização.

Assim que, Caio Mário da Silva Pereira dita que “uma das causas da inconciliável polêmica reside, certamente, no fato de haver a codificação justinianéia reunido textos de períodos vários (primeiros monumentos, república, época pré-clássica e clássica) [...]” (2004, p. 17).

Deste modo, ensina Washington de Barros Monteiro (2011, p. 32) que o surgimento do instituto em Roma pode ser explicado por duas teorias, que atribuem as primeiras colocações sobre o tema:

[...] Classificam-se em dois grupos as várias teorias propostas para a solução do problema. Para o primeiro, a posse tornou-se conhecida em direito antes dos interditos e para o segundo, ela constitui mera consequência do processo reivindicatório.

A criação da posse está intimamente ligada com a evolução da cidade de Roma. As modificações que ali se deram, ampliando a atuação e direito dos plebeus possibilitou o nascimento da posse, em razão do surgimento da figura do pretor.

A primeira menção à posse no Direito Romano remete à Lei das XII Tábuas, com o *usus*, que segundo Cuq “era o fato de alguém se servir de uma coisa conforme à sua destinação” (apud ALVES, 1991, p. 15).

Já no direito pré-clássico surge o instituto da *possessio*, que corresponde à senhoria de fato, mas que não implicava necessariamente o uso da coisa. Assim, foi em razão dos movimentos de conquista de terras pelos romanos que a *possessio* foi se delimitando.

A *possessio* foi aplicada primeiramente em três casos: o do precarista, o do sequester e do credor pignoratício no campo do direito privado, em razão das extensões possibilitadas pelo pretor:

A *possessio*, originalmente, tinha por objeto apenas o *ager publicus*, e era tutelada pela controvérsia de loco; posteriormente estendeu-se aos imóveis privados, o que possivelmente decorreu da extensão, feita pelo pretor, dos interditos por ele criados para proteger a *possessio* sobre o *ager publicus* à senhoria de fato sobre imóveis privados que se encontravam em condições semelhantes à daquele. (ALVES, 1991, p. 17).

Deixando Roma de ser um pequeno centro e tornando-se uma cidade comercial, foi necessária a intervenção do pretor, já na República, com interditos para defender as necessidades sociais e agrárias, o que contribuirá para a usucapião. Explica Moreira Alves que:

Os estrangeiros, ao adquirirem *res Mancipi* – especialmente escravos – por meio de compra e venda consensual, não se tornavam proprietários *ex iure Quiritium*, motivo por que o pretor peregrino lhes concedia, para sua proteção, interditos. A mesma orientação foi adotada pelo pretor urbano em negócios jurídicos semelhantes celebrados entre cidadãos romanos. [...] A partir do momento em que o pretor urbano, na linha do pretor peregrino, concedeu interditos aos que, por adquirirem as *res Mancipi* mediante simples *traditio* (tradição), não se tornam proprietários dela, permanecendo o domínio com o transmitente, a *possessio* passa a conduzir à usucapião (ALVES, 1991, p. 18).

Nesta fase, a *possessio* já não se distingue da detenção de modo que era permitida a posse violenta e clandestina.

No período clássico houve nítida distinção entre posse, propriedade e detenção. A detenção era conhecida como *possessio naturalis*. A posse tinha como elementos a *possessio corpore* (elemento objetivo) e o *animus possidendi* (elemento subjetivo).

Surge nesse tempo a distinção da *possessio*, entre honorária e civil. A *possessio civilis* nasce da causa reconhecida como idônea para a aquisição do domínio e por isso tem dentro de si um elemento jurídico, fundamental para a produção de consequências tais como usucapião, aquisição de frutos etc.

A *possessio ad interdicta* (ou vulga *possessio*) somente possui o elemento objetivo (detenção) e subjetivo (*animus possidendi*,

vontade de ter a coisa para si livre e exclusivamente), e é defendida pelos interditos possessórios no âmbito do *ius honorarium*, por isso é entendida como posse honorária.

No período clássico houve extensão dos interditos possessórios, protegendo o exercício do direito do usufruto, uso, habitação e algumas modalidades de servidão predial.

No tempo pós-clássico posse e propriedade se confundem, assim como também ocorre com os direitos reais limitados.

Na fase de Justiniano, posse e propriedade voltam a se distinguir novamente, como ensina Moreira Alves:

Com Justiniano, volta-se à distinção precisa entre posse e propriedade, mas, com relação à posse, se processam modificações substanciais, em virtude de várias causas, como o desaparecimento da dicotomia *ius civile-ius honorarium*, a importância dada, em geral, ao *animus* no campo do direito e a desaparecimento da diferença entre interditos e ações (ALVES, 1991, p. 33).

Neste período permanecem somente a *possessio civilis* (*possessio* idônea para a aquisição do domínio) e a *possessio naturalis* (que abarca a detenção e a *possessio ad interdicta* clássica).

Outra mudança apresentada na época é o surgimento da figura do *possessio iuris*, que influenciará, Segundo Alves (1991, p. 38), “na concepção moderna da posse: a de que o exercício de fato de qualquer direito duradouro, sendo o gênero de que resulta as espécies *possessio rei* (posse do direito de propriedade) e *possessio iuris* (posse de outro direito, que não a propriedade)”.

É em razão deste alargamento da posse que o Direito Canônico se baseará para definir o instituto e garantir o apogeu e riqueza da Igreja.

4. A Gewere

A Gewere foi um instituto do Direito Germânico que também influenciou o entendimento da posse no direito moderno. Ela foi a gênese justificadora da posse do herdeiro (CC, art. 178), havendo passado pelo direito medieval francês (*droit de saisine*) e pelo sistema brasileiro anterior (CC/16, art. 1572). É uma das formas de aquisição da posse no direito vigente brasileiro (CC/02, art. 1784), que não depende da intenção de possuir e tampouco da apreensão física da coisa.

A Gewere, ao mesmo tempo que é parecida com a *possessio* do direito romano, distingue-se desta ao desconhecer, por exemplo, a distinção entre posse e detenção. Ela significa a investidura justa que se fazia de alguém na posse da coisa, independente de apreensão física (*corpus*) ou da intenção de possuir (*animus*), fazendo com que se criasse uma aparência (presunção) de que o investido fosse realmente possuidor (princípio da publicidade).

Como conta Moreira Alves, a Gewere “primitivamente designava o ato pelo qual se transferia juridicamente um imóvel, e no qual a pessoa que até então exercera a senhoria sobre ele declarava que a renunciava” (1991, p. 77).

Posteriormente, a Gewere passou a designar a relação de senhoria entre pessoa e coisa, sendo esta móvel ou imóvel, adquirida originária ou derivadamente.

Os elementos constitutivos da Gewere em muito se assemelham ao *corpus* e *animus* da *possessio* romana, já que são a senhoria de fato sobre a coisa e a afirmação de que essa senhoria corresponde a um direito real.

Por isso que dentre as correntes que surgiram para definir o instituto germânico, prevaleceu a definição de Huber, que a entende como “uma posição jurídica autônoma que dá forma aos direitos reais, [...] o conteúdo econômico do direito real” (apud ALVES, 1991, p. 84).

5. Direito canônico

O Direito Canônico também influenciou no instituto da posse moderna, já que se preocupou em encontrar soluções para atender aos fatos sociais de sua época.

Segundo Arnaldo Wald (1995, p. 53), nessa época concedeu-se “os interditos aos prelados para lhes garantir a continuidade do exercício as suas funções, o que se explica por ser a autoridade eclesiástica vinculada, na Idade Média, ao exercício do direito real sobre determinada região [...]”.

Demonstra-se, assim, que o Direito Canônico e a Igreja buscaram um modo de proteger seus direitos, em vista de resultados práticos que influenciavam nas ações possessórias.

Assim que, neste período, o conceito de posse sofreu profundo alargamento, abrangendo direitos pessoais e direitos em geral, de modo que a posse nesta época estende-se “a todos os direitos de exercício duradouro submetidos à jurisdição eclesiástica” (ALVES, 1991, p. 111).

6. Direito moderno

Após a inércia pela qual passou na Idade Média, o surgimento de ideais iluministas fez com que o instituto da posse passasse por transformações, adaptando-se entre as definições que adquiriu no Direito Romano e no Direito Canônico.

Explica Arnaldo Wald:

O individualismo econômico e político do século XIX apresentam, na sua estrutura e nas suas aspirações, certas analogias com o mundo romano. Os institutos jurídicos, libertando-se das restrições medievais, afirmam a vontade das partes contratantes e reencontram os esquemas do direito romano. A auto-

nomia da vontade, manifestada nos contratos, a unidade e a exclusividade do direito de propriedade são princípios romanos que o século XIX restabeleceu.

Com relação à posse, a doutrina escolheu um caminho eclético entre o direito romano clássico, que reduzira o campo da proteção possessória aos direitos reais, e o direito intermediário, que o estendera a todas as espécies de situações.

Entendeu-se que devia haver proteção possessória sempre que alguém exercesse poderes inerentes ao domínio, pouco importando se tivesse ou não algum título e se este fosse um direito real ou um direito obrigacional (1995, p. 54).

Foi na Idade Moderna que Savigny e Ihering escreveram suas obras, influenciando toda a doutrina sobre a posse.

7. Natureza jurídica da posse

É profunda e antiga a divergência sobre a natureza jurídica da posse, existindo desde o Direito Romano.

Primeiramente, importante definir se a posse é um fato ou é um direito. Tal delimitação é importante em razão de suas consequências práticas, já que gerará reflexos no “âmbito do direito processual, precipuamente na determinação da competência, da legitimação ativa e passiva *ad causam* e do litisconsórcio” (GONÇALVES, 2010. p. 74).

Resume Arnoldo Wald:

Tem sido objeto de divergências doutrinárias a natureza jurídica da posse. Tratando-se de uma situação de fato com repercussão no mundo jurídico e criado-

ra de um dever de abstenção e respeito para todos os membros de coletividade, uma corrente doutrinária quis reconhecer na posse um direito real com todas as suas características legais, enquanto outros autores preferiam admitir apenas, no caso, um simples fato com repercussões jurídicas (1995, p. 55).

Apesar da discussão sobre a natureza jurídica da posse existir desde os tempos de Roma, o entrave persiste até hoje, sendo que três correntes se apresentam para solucionar o problema.

A primeira corrente entende que a posse é um direito. Dentre seus defensores encontram-se Ihering, Orlando Gomes e Caio Mário da Silva Pereira, dentre outros.

Apoiando-se na definição de direito da posse, Ihering dita que os direitos são os interesses juridicamente protegidos, e “Assim, a posse consiste em um interesse juridicamente protegido. Ela constitui condição da econômica utilização da propriedade e por isso o direito a protege. É relação jurídica, tendo por causa determinante um fato” (GONÇALVES, 2010, p. 73).

Sobre a posição sustentada pelo autor germânico, relata Astolpho Rezende (1937, p. 280):

Sempre que existe um acção, diz Ihering (210) existe um direito, e por isso a posse é incontestavelmente um direito. O facto da detenção é a base do direito de posse, da mesma maneira que a existencia physica é a base do direito de personalidade.

Aqui como ali, o direito cessa com o facto, porém os direitos, produzidos pela violação, continuam existindo. As acções possessórias são os meios de defesa da propriedade, sua exterioridade. A posse é uma relação juridica sobre a coisa, independente e ao lado da propriedade.

Já na segunda corrente, defendida por Windscheid, Bonfante e outros, a posse não passa de um fato, “uma vez que não tem autonomia, não tem valor jurídico próprio. O fato possessório não está subordinado aos princípios que regulam a relação jurídica no seu nascimento, transferência e extinção” (GONÇALVES, 2010, p. 73).

Por fim, tem-se a terceira corrente, dita eclética, que defende que a posse seja tanto um fato como um direito. Tal é o posicionamento de Savigny e Lafayette, bem como de outros doutrinadores.

Para Savigny, a posse é, ao mesmo tempo, um fato e um direito. Isto porque se “considerada em si mesma, é um fato. Considerada nos efeitos que produz - a usucapião e os interditos - é um direito” (apud GONÇALVES, 2010, p. 73).

Concorda com essa teoria Astolpho Rezende dizendo que a “posse é um facto que produz direitos em larga escala. Confere o uso da coisa, o seu gozo pela percepção e consummação dos fructos, e até o dominio, pelo usucapião. Não é, portanto, um simples facto material, indiferente ao direito” (1937, p; 281/282).

Com relação ao ordenamento civilista brasileiro, segundo Washington de Barros Monteiro a posse é entendida como um direito real, já que a jurisprudência exige “outorga uxória para ajuizamento de interditos relacionados com bens imóveis” (2011, p. 32).

Também é ponto de divergência a colocação da posse dentro do Código Civil.

Savigny entende que a posse deve ser colocada dentro dos direitos pessoais ou obrigacionais, e para Ihering, deve figurar dentro dos direitos reais, já que a “pretensão de classificá-la como direito pessoal esbarra na própria definição deste: relação ou vínculo jurídico que confere ao credor o direito de exigir do devedor o cumprimento da prestação” (GONÇALVES, 2011, p. 75).

Par melhor compreensão de sua classificação, mister verificar os princípios que regulam tanto os direitos reais quanto os direitos pessoais.

Os direitos reais são absolutos, posto que são exercidos perante e contra todos, surgindo daí “o direito de sequela ou *jus perseguendi*, isto é, de perseguir a coisa e de reivindicá-la em poder de quem quer que esteja” (GONÇALVES, 2010, p. 74). Já os direitos pessoais têm caráter relativo, já que se impõem somente às pessoas contratantes.

Os direitos reais são taxativos, encontrando-se suas hipóteses na lei, enquanto que os direitos obrigacionais, em razão do princípio da autonomia da vontade, dá as partes ampla liberdade para contratar, razão pela qual são ilimitados os tipos de contrato.

Complementa ainda as diferenças o mestre Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 75):

Há diferenças substanciais, ainda, entre os sujeitos e o objeto dos direitos reais e dos direitos pessoais. O objeto do direito real há de ser, necessariamente, uma coisa determinada, enquanto a prestação do devedor, objeto da obrigação que contraiu, pode ter por objeto coisa genérica, bastando que seja determinável. O objeto dos direitos reais é sempre a coisa corpórea, tangível e suscetível de apropriação, ao passo que o objeto dos direitos pessoais é sempre uma prestação.

Por outro lado, o direito real só encontra um sujeito passivo concreto no momento em que é violado, pois, enquanto não há violação, dirige-se contra todos, em geral, e contra ninguém, em particular, enquanto o direito pessoal dirige-se, desde o seu nascimento, contra uma pessoa determinada, e somente contra ela.

Assim, para muitos autores, a posse não se encaixa em qualquer das classificações de direito acima exploradas, razão pela qual a entendem como instituto *sui generis*.

Neste sentido é a conclusão de Hernandez Gil (apud GONÇALVES, 2010, p. 77):

[...] a posse é uma estrutura que não se transformou totalmente numa instituição jurídica, uma vez que a efetividade jurídica continua se apoiando na realidade social, o que a faz infensa a sistematizações rígidas. E ser uma estrutura que não se transformou totalmente numa instituição jurídica é o que explica as singularidades da posse, que, desde o direito romano, ora é disciplinada como estado de fato real, ora é regulada com abstração, mais ou menos intensa, desse aspecto, como se fora um instituto jurídico perfeito à semelhança do direito subjetivo.

Também essa é a opinião de Joel Dias Figueira Júnior (1994, p. 127):

[...] significa enquadrá-la, equivocadamente, na categoria jurídica dos direitos reais, quando na verdade é pertencente a uma categoria especial, típica e autônoma, cuja base é ato, a *potestade*, a ingerência socioeconômica do sujeito sobre um determinado bem da vida destinado à satisfação de suas necessidades, e não o direito.

O ordenamento jurídico brasileiro, desde o Código de 1916, entende por colocar a posse dentro do Livro do Direito das Coisas, precedendo ao direito de propriedade e os direitos reais.

Em conclusão, sendo a posse um fato que possui consequências no mundo jurídico, a mesma deve ser entendida como um direito, dando margem a direitos subjetivos.

8. Proposta de mudança no Código Civil

O Projeto de Lei nº 6.960/2002, oriundo da Câmara dos Deputados, buscava alterar a redação do artigo 1196² do Código Civil de 2002, que passaria a ter a seguinte disposição:

Art. 1196: Considera-se possuidor todo aquele que tem poder fático de ingerência socioeconômica, absoluto ou relativo, direto ou indireto, sobre determinado bem de vida, que se manifesta através do exercício ou possibilidade de exercício inerente à propriedade ou outro direito real suscetível de posse.

Segundo o ilustre doutrinador Silvio de Salvo Venosa:

Percebe-se claramente nessa dicção de profunda técnica a preocupação em açambarcar o conceito de posse, num sentido unitário. O bem de vida mencionado poderá ser material ou imaterial. Não será posse, e não merecerá proteção do ordenamento, aquela relação entre o ser humano e a coisa que não apresenta utilidade e operosidade social. Ainda quem a possibilidade de exercício desse poder de fato seja meramente potencial, ele deve existir para que seja reconhecido o *ius possessionis*. Ao mencionar-se que a posse se debruça sobre bem de vida, engloba-se aí,

2. Art. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.

como defendemos, qualquer bem econômica e individualmente aproveitável, seja material ou imaterial (VENOSA, 2011, p. 33).

Porém, o referido Projeto de Lei foi arquivado no ano de 2007, pelo que permanece o Art. 1196 com a mesma redação.

Já na V Jornada de Direito Civil, ocorrida maio de 2012, inúmeras proposições de enunciados foram feitas relacionadas ao tema, seja para entendimentos da posse sob a perspectiva da função social, bem como sua diferenciação da propriedade.

Na ocasião foi aprovado o enunciado nº 492, que assim dispõe: “A posse constitui direito autônomo em relação à propriedade e deve expressar o aproveitamento dos bens para alcance de interesses existenciais, econômicos e sociais merecedores de tutela”.

Tal redação vai de encontro com os dois institutos mencionados no início do enunciado, já que deixa explícito que posse e propriedade não são os mesmos institutos (já que a posse é estado de fato, com implicações jurídicas e que expressa o efetivo aproveitamento econômico dos bens) e que a posse, assim como a propriedade, deve sempre buscar o alcance de interesses existenciais e sociais merecedores de tutela.

Conclusão

A posse é um estado de fato que acompanha a Humanidade desde seus primórdios, e gera efeitos e conseqüências jurídicas.

A evolução do instituto, suas características, interditos possessórios e conceituações foram das mais variadas, desde o Direito Romano, passando por inúmeras transformações em diferentes períodos históricos, que certamente influenciaram suas delimitações no direito pós-moderno.

Ao se constatar a possibilidade de formas variadas do exercício da posse, diversas também serão as características de cada uma dessas manifestações, restando clara a razão da dificuldade encontrada pelos juristas em classificar e identificar a natureza jurídica do instituto de modo singular, em uma única categoria jurídica.

Não há, em verdade, uma possibilidade de restringir todas as formas de manifestação da posse (bem como seus efeitos) em apenas uma categoria jurídica. Melhor seria afirmar que a delimitação ou definição de sua natureza jurídica seja influenciada ou orientada pela situação fática que se apresenta.

Entretanto, e diante das inúmeras desigualdades existentes na sociedade moderna, por óbvio que seu conceito novamente passará por transformações, buscando sempre alcançar um bem maior: a dignidade humana.

Por esta razão, a semântica da posse passa a ser mais bem compreendida por meio dos sentidos de permanência, habitação, produção econômica sustentável. Essa interpretação do instituto da posse permite visualizá-la além da materialização de um bem de uso atual, sem qualquer garantia.

Enfim, hodiernamente a posse desperta para seus fins sociais, como exigência humana integradora, e não apenas de dominação e estratificação a serviço do direito de propriedade. Isso significa harmonizar o instituto da posse com as necessidades de nossa sociedade complexa e pluralista do séc. XXI, marcada por grandes diferenças sociais.

Referências bibliográficas

ALVES, Moreira. Posse: volumes I e II - 2ª edição - Rio de Janeiro: Editora Forense, 1991.

FRANÇA, R. Limonge. A posse no Código Civil. São Paulo: Editora José Bushatsky, 1964.

FIGUEIREDO JÚNIOR, Joel Dias. Posse e ações possessórias. Curitiba: Editora Juruá, 1994.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 5: Direito das coisas - 5ª edição - São Paulo: Saraiva, 2010.

MONTEIRO, Washinton de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. Curso de Direito Civil, volume 3: Direito das Coisas - 41ª edição - São Paulo, Editora Saraiva, 2011.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil Comentado - 4ª ed. rev. amp. atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil, volume IV - 18ª edição - Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

REZENDE, Astolpho. A posse e sua proteção, volume I. São Paulo: Editora Livraria Acadêmica, 1937.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Direitos Reais - 11ª edição - São Paulo: Editora Atlas, 2011.

WALD, Arnoldo. Direito das coisas - 10ª edição - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

Wrongful conception e wrongful birth: Indenização pela concepção e nascimento de filhos indesejados nos tribunais estrangeiros

Débora Karina Gonçalves Vaserino

Introdução

O século XX foi marcado por descobertas e inovações científicas sem precedentes na história, especialmente na área da saúde e tecnologia, elevando a ciência a uma esfera de interesse cada vez mais presente e decisiva na vida quotidiana. Hoje, é possível constatar a extensão e a relevância dos benefícios alcançados, seja em relação a fármacos mais eficazes, diversas terapias, aparelhos e procedimentos médicos disponíveis, como também ao mapeamento do genoma humano e ao aprimoramento da chamada terapia gênica.

Relativamente nova na história, as questões relacionadas à bioética ganharam espaço na sociedade nos últimos anos, ultrapassando as barreiras dos laboratórios. No Brasil, inclusive, tivemos uma telenovela produzida e exibida pela Rede Globo nos anos de 2001 e 2002, *O Clone*, que foi responsável por inserir no contexto social questões éticas e morais decorrentes do avanço da ciência no estudo da genética humana.

Não demorou muito para que estas questões chegassem até os tribunais, especialmente no que tange a relação médico-paciente e a responsabilidade civil pelo aconselhamento genético.

O aconselhamento genético, segundo a American Society of Human Genetics (EPSTEIN, 1975 *apud* BRUNONI, 2002)

[...] trata-se do processo de comunicação que lida com problemas humanos associados com a ocorrência, ou risco de ocorrência, de uma doença genética em uma família, envolvendo a participação de uma ou mais pessoas treinadas para ajudar o indivíduo ou sua família a: 1) compreender os fatos médicos, incluindo o diagnóstico, provável curso da doença e as condutas disponíveis; 2) apreciar o modo como a hereditariedade contribui para a doença e o risco de recorrência para parentes específicos; 3) entender as alternativas para lidar com o risco de recorrência; 4) escolher o curso de ação que pareça apropriado em virtude do seu risco, objetivos familiares, padrões éticos e religiosos, atuando de acordo com essa decisão; 5) ajustar-se, da melhor maneira possível, à situação imposta pela ocorrência do distúrbio na família, bem como à perspectiva de recorrência do mesmo.

Esta ação de saúde pode ser realizada por qualquer profissional especializado em genética (biólogo, médico, farma-

cêutico). Interessa-nos, no âmbito do presente trabalho, o aconselhamento genético realizado por médicos e a responsabilidade civil decorrente desta atividade.

A responsabilidade civil surge com a obrigação de reparar, decorrente de uma ação ou omissão deste profissional liberal no exercício de sua profissão. Logo, o aconselhamento genético defeituoso, caracterizado como erro médico, pode ocasionar algum tipo de dano, problema que será tutelado pelo direito no âmbito da responsabilidade civil.

Ao tratar do tema da responsabilidade civil de forma geral, Caio Mário leciona:

Tentando na necessária evolução do pensamento, entendemos que a ordem jurídica deverá fixar dois tipos de responsabilidade civil: a) a primeira fundada na *culpa*, caracterizada esta como um erro de conduta ou transgressão de uma regra predeterminada, seja de natureza contratual, seja extracontratual; b) a segunda, com a abstração da ideia de culpa, estabelecendo *ex lege* a obrigação de reparar o dano, desde que fique positivada a autoria de um comportamento, sem necessidade de se indagar se ou não foi contrário a predeterminação da norma. Uma vez apurada a existência do fato danoso, caberá indenização por parte do ofensor ou de seu preponente; mas, como se não cuida aqui da imputabilidade da conduta, somente há de ser cabida naqueles casos *expressamente previstos* em lei [...]. (PEREIRA, 2009, p. 491)

Neste ponto, cabe a discussão se a obrigação do médico é de meio ou resultado, uma vez que a apuração da responsabilidade civil depende essencialmente desta conclusão, para necessidade (ou não) da aferição de culpa e assim concluir se a responsabilidade é subjetiva ou objetiva.

Em relação às obrigações de resultado, para Caio Mário “[...] a execução considera-se atingida quando o devedor cumpre o objetivo final”. Já em relação às obrigações de meio, “a inexecução caracteriza-se pelo desvio de certa conduta ou omissão de certas precauções, a quem alguém se comprometeu sem se cogitar do resultado final.” (PEREIRA, 2012, p. 47)

Faz parte do senso comum que o médico não pode assegurar a cura do paciente, pelas limitações naturais da técnica científica médica. Logo, cabe ao médico empreender todos os esforços necessários para o exercício da profissão e, assim, entendemos que sua obrigação é de meio, não de resultado.

Contudo, em relação ao aconselhamento genético, entendemos que se trata de situação especial, que foge à regra da obrigação de meio tradicional da área médica. Dada a especificidade deste procedimento e, principalmente, ao dever de informar corretamente, corolário do princípio do consentimento livre e esclarecido, a tendência é de que a obrigação neste caso seja considerada de resultado. Desta forma, independe no caso a apuração da culpa na conduta médica para que haja responsabilização do profissional quando há falha no resultado, ou seja, quando há erro médico no aconselhamento genético.

Ressalte-se que nesta área nenhuma posição extremada pode ser adotada, uma vez que as condições do caso concreto influenciarão sobremaneira na resposta jurídica devida. O que se discute é a tendência de considerar-se obrigação de resultado o aconselhamento genético e, assim, havendo dano, não há sequer que provar a culpa do profissional liberal médico que prestou o serviço.

No Brasil, os tribunais ainda têm se mantido tímidos em relação ao assunto. Os maiores exemplos ao tratarmos do tema vêm de tribunais estrangeiros, especialmente dos Estados Unidos e da Europa. Temas como *wrongful conception*

e *wrongful birth* são cada vez mais frequentes e decorrem de falha médica durante o aconselhamento genético.

O *wrongful conception* diz respeito aos casos de casais que escolheram lançar mão de métodos contraceptivos convencionais e preconizados pela comunidade clínica, tais como a pílula anticoncepcional, o DIU (Dispositivo Intrauterino), a vasectomia, para evitar o nascimento de crianças e, por falha médica, acabaram concebendo uma criança não planejada.

O *wrongful birth* ganhou destaque com o aperfeiçoamento dos testes genéticos e a consequente possibilidade de os pais terem conhecimento das possíveis deficiências físicas e psicológicas de seus futuros filhos ainda durante a gestação. A espécie de responsabilidade civil denominada de *wrongful birth* envolve gravidez planejada e falha médica no período pré-natal ou falha em testes genéticos e o posterior nascimento de uma criança deficiente, resultando na perda da oportunidade dos pais realizarem um aborto.

a) *McFarlane vs. Conselho de Saúde de Tayside (wrongful conception)*

O Sr. McFarlane foi submetido a uma operação de vasectomia em 16 de outubro de 1989. Em 23 de março de 1990, ele foi informado, por carta, de que sua contagem de espermatozoides era negativa. Sendo assim, retomou relações sem medidas contraceptivas com sua esposa.

O casal escocês, que já possuía quatro filhos, mudou-se para uma casa maior e a Sra. McFarlane voltou ao trabalho para ajudar nas despesas domésticas. Contudo, em setembro de 1991, essa engravidou de seu quinto filho, uma menina. Catherine, saudável, nasceu em 6 de maio de 1992.

Em decorrência da gravidez, a esposa precisou afastar-se do trabalho. Além disso, as despesas aumentaram para ma-

nutrição da casa e dos cinco filhos. O casal, portanto, propôs ação indenizatória em face do Conselho de Saúde de Tayside, ao argumento de que, devido à negligência do réu, a Sra. McFarlane sofreu dor e angústia durante a gravidez, por esta ser indesejada, e pelos custos na criação de Catherine. A reivindicação da mãe foi em 10.000,00 (dez mil) libras e dos pais em 100.000,00 (cem mil) libras pelo custo de manter a criança.

Em 1997 houve a decisão em primeira instância, na qual os pedidos foram julgados totalmente improcedentes. A rejeição de ambas as reivindicações foi ao argumento de que, por uma questão de princípio, a gravidez e o parto não seriam eventos danosos e, portanto, não há indenização sem dano.

O magistrado de primeiro grau considerou que a gravidez não poderia ser equiparada a uma lesão física e que a existência da criança e a felicidade da mãe pela Catherine superavam a dor e o desconforto da gestação não planejada. Sendo assim, não seria devida indenização para mãe.

Em relação à indenização dos pais, assim considerou Lorde Gill:

Eu sou da opinião de que este caso deve ser decidido com base no princípio de que o privilégio de ser pai é imensurável em termos monetários; que os benefícios da paternidade transcendem qualquer perda patrimonial, se assim for possível, que os pais possam incorrer em consequência da existência da criança e que, portanto, os autores de um caso como este não podem ser colocados em uma posição geral de perda. (GILL, MacFarlane and another v. Tayside Health Board, 1997) (tradução nossa)³

3. "I am of the opinion that this case should be decided on the principle that the privilege of being a parent is immeasurable in money terms;

Sendo assim, concluiu que os danos não eram compensáveis, uma vez que o benefício de serem pais exclui a reivindicação pelos custos da educação da criança. Não satisfeitos com o resultado, o casal McFarlane recorreu da decisão à Casa dos Lords, na Inglaterra.

Em grau de recurso, o Lord McCluskey entendeu ser devida a indenização à mãe, pelas consequências físicas e pecuniárias decorrentes da gravidez e do parto, e não porque a criança seria “prejudicial” aos pais. Em relação à dor e angústia experimentadas pela mãe, estas não deveriam ser consideradas “sofrimento”, mas não se podia negar o fato de serem consideradas pela lei evento danoso e indesejado e, portanto, passível de indenização.

Além disso, os pais tinham o direito de decidir não ter um filho. A decisão de manter a criança em vez de providenciar um aborto ou uma adoção não quebrava a cadeia de causalidade do caso. A alegria de ter um filho não poderia substituir a reivindicação monetária decorrente da perda de um direito, digna de compensação, diga-se de passagem. Segundo Lord McCluskey:

‘Damnum’ no contexto de nossa lei de reparação significa uma perda no sentido de um prejuízo material a um interesse que a lei reconhece como um interesse legal. Quando há culpa e *damnum* a pessoa cujo direito legal foi violado, ele tem o direito à reparação em dinheiro por essa perda causada pelo infrator. [...] Em minha opinião, é suficiente

that the benefits of parenthood transcend any patrimonial loss, if it may be so regarded, that the parents may incur in consequence of the child’s existence and that therefore the pursuers in a case such as this cannot be said to be in an overall position of loss.” (GILL, MacFarlane and another v. Tayside Health Board, 1997)

dizer que uma mulher que engravida, apesar de sua escolha deliberada de não engravidar, sofre danos e perdas na forma de consequências significativas para sua condição física, sendo consequências que ela não desejava. [...] Não conheço nenhum princípio da lei escocesa que autorize o infrator a dizer às vítimas que elas devem olhar para sua perspectiva e ganhos impalpáveis para equilibrar o que realmente perderam. Concluo que os benefícios para os pais de ter uma criança viva e saudável não podem ser levados em conta sob qualquer princípio conhecido pela lei escocesa. (HOUSE OF LORDS, MacFarlane and another v. Tayside Health Board, 1999) (tradução nossa)⁴

A sessão de julgamento também contou com o Lord Allanbridge, que entendeu que no caso houve culpa e dano. Uma vez que o marido foi informado após a vasectomia que a contagem de seu espermatozoide era negativa e que ele poderia dispensar as precauções contraceptivas, o dano ocorreu

4. “Damnum’ in the context of our law of reparation means a loss in the sense of a material prejudice to an interest that the law recognises as a legal interest. When there is a concurrence of injuria and damnum the person whose legal right has been invaded with a resultant loss to him has a right to recover money reparation for that loss for the wrongdoer. [...] In my view it is sufficient to say that a woman who becomes pregnant despite her deliberate choice not to become pregnant suffers damnum and loss in the form of significant consequences for her physical condition, being consequences which she did not desire. [...] I know of no principle of Scots law that entitles the wrongdoer to say to the victims of his wrongdoing that they must look to their perspective and impalpable gains on the roundabouts to balance what they actually lose on the swings. I conclude that the benefits to the parents of having a live healthy child cannot be taken into account under any principle known to Scots law.” (HOUSE OF LORDS, MacFarlane and another v. Tayside Health Board, 1999)

quando sua esposa engravidou-se. Desta forma, a pretensão à indenização surgiu antes mesmo do nascimento da criança.

Com estas considerações, a decisão de primeira instância foi modificada para que fosse concedida indenização à mãe, pela perda de rendimento e demais danos patrimoniais associados à gravidez e ao parto.

Entretanto, em relação à indenização pelos custos de se manter a criança, a decisão de primeiro grau foi mantida, ou seja, declararam a impossibilidade de indenizar os pais por este motivo. Isto porque seria desproporcional ao ilícito cometido pelo médico ou à clínica a imposição de uma indenização como forma de compensar os custos do sustento de uma criança saudável. Ainda que os pais não desejassem ter mais filhos, o benefício trazido à família pelo nascimento de uma menina saudável era maior.

Permitir a indenização por esta razão seria moralmente inaceitável, entendeu o tribunal. Os benefícios de uma criança são incalculáveis e seria subversivo aproveitar as bênçãos desta e, ao mesmo tempo, transferir a responsabilidade de seu sustento para outros. A Câmara dos Lords concluiu que o médico ou clínica são responsáveis pela prevenção da gravidez e que, desta forma, deve haver indenização quando não há o cumprimento desta obrigação. Contudo, esta responsabilidade encontra limites e não inclui o dever de arcar com os custos para manutenção de uma criança nascida e aceita na família.

Nota-se que a quebra da cadeia de causalidade que determina os limites da responsabilidade civil deu-se pelo fato da criança ser saudável e aceita pela família. Interessante esta decisão neste aspecto, pois, apesar de ser considerada precedente e citada em várias decisões posteriores, traz ainda à discussão o *wrongful birth*. E no caso da criança não planejada não ser saudável? Ou então, mesmo saudável, ser rejeitada pela família, uma vez que indesejada sua concepção? Há a

pretensão à indenização nestas hipóteses? Neste momento, propomos estas questões apenas como questionamentos.

Entendemos que a principal contribuição do caso em questão foi a fixação de indenização na hipótese de uma concepção não desejada pelos pais, decorrente de negligência médica nos métodos contraceptivos, porque o nascimento de um filho não planejado gera perdas patrimoniais para os genitores.

b) *Alberto M. D e Rosalinde B. L. vs. María Luisa O.M. e Instituto de Nacional Saúde e Ministério da Saúde (wrongful birth)*

Neste caso, o litígio ocorreu na Espanha, na década de 90 e envolveu o nascimento de uma criança com múltiplas anomalias congênicas. Os autores, pais da referida criança, interpu- seram ação contra a médica que atendeu a autora durante sua gravidez e o *Instituto de Nacional Saúde e Ministério da Saúde*, pleiteando indenização pelos danos sofridos por eles e por sua filha.

A senhora Rosalinde B. L. procurou o Hospital de Bé- jar, em Salamanca, quando estava grávida, a fim de que sua gravidez fosse acompanhada – o que equivale ao “pré-natal” no Brasil. Foi atendida pela Dra. María Luisa O. M. periodicamente, sendo que o acompanhamento era condizente com uma gestação dita normal: fazia “testes necessários para controlar o peso, a pressão arterial, semanas de gestação, altura uterina, etc.” (CASABONA *et al.*, 2006, p. 219-220) (tradução nossa). Contudo, apesar das avaliações ecográficas normais dos exames realizados, a Autora deu à luz a uma menina deficiente, portadora de múltiplas anomalias congênicas.

Os pais alegaram negligência médica, pois se tivesse sido realizado um ultrassom mais preciso, a má formação teria sido detectada. Diante da informação recebida, teriam tido o direito de optar por interromper a gravidez no prazo legal, evitando, assim, danos à criança e a eles mesmos. Desta for-

ma, pleitearam indenização pela privação da possibilidade de exercer seus direitos diante de negligência médica.

Em 23 de fevereiro de 1994 houve uma decisão em primeira instância, concedendo indenização no valor de R\$ 75.000.000 (setenta e cinco milhões) de pesetas (SOUZA, 2014, p. 66) e condenando apenas o *Instituto de Nacional Saúde e Ministério da Saúde*. O magistrado entendeu que a médica não deveria ser incluída na condenação por falta de nexo causal entre sua conduta e o dano, eis que as provas periciais comprovaram que não havia como ela saber que se tratava de gravidez de alto risco. Os autores omitiram a informação de que tinham morado perto da central nuclear de Almaraz e que o pai trabalhava no terreno da Empresa Nacional de Urânio S.A. em Salamanca.

Os autores interpuseram recurso desta decisão e o Tribunal Supremo, em 04 de fevereiro de 1999, negou o pedido indenizatório dos autores tanto em relação ao *Instituto de Nacional Saúde e Ministério da Saúde*, quanto à médica, ao argumento de que “nem todo dano é indenizável” (EMALDI-CIRIÓN, 2004, pg. 107 apud SOUZA, 2014, p. 67).

O Tribunal entendeu que, por mais que o dano tenha sido extremamente grave, não ficou provado o nexo de causalidade entre a intervenção médica e esse. A médica havia realizado no caso todos os exames necessários exigidos pelo protocolo estabelecido quanto à gravidez classificada como normal de baixo risco. Por não ter sido informada sobre a condição especial da gestante, que poderia desenvolver uma gravidez de risco, não foi considerado erro ou negligência médica sua conduta.

Este caso é relevante para a jurisprudência do *wrongful birth*, pois, embora a demanda tenha sido rejeitada, o Tribunal fez considerações importantes a respeito do tema, estabelecendo entendimentos que são utilizados até hoje na resolução de casos semelhantes.

As razões [do recurso] devem também ser rejeitadas, em primeiro lugar, porque os fatos comprovados, em ambas instâncias, declararam expressamente que a ação médica está completamente de acordo ao *lex artis ad hoc*, isto é, a conduta é a exigível de um médico nas circunstâncias clínicas e técnicas do Centro onde houve a prestação dos serviços; segundo, porque não ficou demonstrada a relação de causa e efeito entre a intervenção médica e o fato do nascimento de uma menina tão tristemente afetada por malformações e deformidades. A genética está além da possibilidade de que o médico possa evitar o resultado. Além disso, trata-se de uma simples hipótese de que, se a mãe grávida fosse informada, ela teria tomado a difícil decisão de interromper a gravidez. E terceiro, a doutrina dominante rejeita [o entendimento de] que o nascimento nestas circunstâncias é um dano “per se”, e aqueles que defendem que o dano é a privação do direito de escolher, não fazem nada mais do que sustentar de uma maneira mais ou menos indireta que o dano é o nascimento. (*In DE VERDA; CHAPARRO*, 2013, p.282) (tradução nossa)⁵

5. “El motivo también debe ser desestimado; primero, porque los hechos probados, de ambas sentencias de instancia, declaran expresamente que la actuación médica se adaptó completamente a la ‘*lex artis ad hoc*’, esto es, a la conducta exigible a un médico en las circunstancias clínicas y técnicas del Centro donde se prestó sus servicios; segundo, porque no se ha demostrado la relación de causa a efecto entre la actuación médica y el hecho del nacimiento de una niña tan tristemente afectada por malformaciones y deformidades. La genética está fuera de las posibilidades de que la doctora evitara el resultado. Además, es una simple hipótesis decir que en caso de ser informada la madre gestante, habría tomado la difícil decisión de interrumpir el embarazo. Y en tercer lugar, la doctrina dominante rechaza que el nacimiento en estas circunstancias sea un daño ‘per se’, y los que de-

Desta forma, estabeleceu o entendimento de que só é possível qualquer pedido de indenização nestas hipóteses diante da prova da negligência médica na detecção de má-formação congênita. Além disso, deve ser provado que a mãe teria optado pelo aborto se soubesse que seu filho nasceria com malformações.

Estamos de acordo com o entendimento do Tribunal, de que o nascimento por si só de uma criança com deficiências, não detectadas no pré-natal, não é dano considerado suficiente para que haja indenização. A compensação só será devida no caso de negligência médica que tenha causado ou agravado tais deficiências, o que não ocorreu no presente caso.

Contudo, não concordamos plenamente com a última afirmação, de que “não há dano quando há privação do direito de escolha”. Entendemos ser devida a indenização na hipótese do nascimento de uma criança com deficiências não detectadas, no caso de negligência médica. Apesar do caso em análise não se enquadrar nesta hipótese, não podemos excluir toda restituição no caso do nascimento de uma criança deficiente por erro médico e, como consequência, a retirada dos pais do direito de optar pelo aborto legal.

A privação do direito de optar pelo aborto é um dano moral indenizável, na hipótese em que o prejuízo gerado for decorrente de falta de diligência médica no período do pré-natal. Quando a falta de comunicação decorrente de negligência médica retira dos pais a opção de realizar o aborto, deve haver indenização pelos danos causados aos pais. Frise-se que não é o nascimento de uma criança deficiente que deve ser indenizado, mas sim a violação do direito de se realizar um aborto legal, caso a informação não tivesse sido

fienden que el daño es la privación del derecho a optar, no hacen más que sostener de modo más o menos indirecto, que el daño es el nacimiento.”.

omitida. Referimo-nos ao poder de decisão dos pais de levar adiante uma gestação de uma criança deficiente, quando é legalmente permitido que se interrompa a gravidez.

Conclusões

Em relação à ação de *wrongful conception*, notamos que a responsabilidade civil decorre de um ato médico errôneo que gera uma concepção indesejada, uma vez que os pais buscaram o meio anticonceptivo. A negligência médica gerou gravidez não desejada e, ainda como consequência, o nascimento de um filho não planejado, que acabou por gerar perdas patrimoniais para os genitores.

Desta forma, concluímos pela procedência da indenização aos pais, como compensação pecuniária pelos danos materiais decorrentes da concepção indesejada e seus desdobramentos. Concluímos, também, que a indenização não é pelo filho em si, mas pela falha médica no procedimento contraceptivo, contrariando a vontade dos genitores. O dano não é a criança, nem seu nascimento, mas sim a violação da autodeterminação dos pais no planejamento familiar.

No que tange ao *wrongful birth*, a primeira conclusão a que chegamos é a de que os sujeitos ativos da demanda de indenização são os genitores; o filho não tem legitimidade para ajuizar a ação. Isto se deve ao fato de que a conduta médica negligente gerou dano aos pais e são estes os sujeitos que podem buscar a responsabilização civil do profissional da medicina.

Em segundo lugar, diante da análise do caso – apesar da demanda ter sido julgada improcedente, concluímos que a pretensão à indenização nos casos de nascimento indevido tem como fundamento o equívoco do médico ao formular um diagnóstico antes do nascimento da criança. Desta negligência,

ocorre o dano, caracterizado pela privação dos pais de decidirem de forma livre e informada se desejam manter a gravidez.

Novamente, frisamos que o direito à reparação não é pelo nascimento de uma criança deficiente ou enferma, mas sim por retirar o direito dos genitores de optar pela interrupção da gravidez, permitida pelo ordenamento jurídico. O fundamento da demanda é a falha no aconselhamento genético e o consequente dano aos pais por ter lhes sido retirado o direito de decidir.

Tanto no caso de *wrongful conception*, quanto no *wrongful birth*, percebemos que a questão envolve não só os princípios da responsabilidade civil, mas também valores éticos, morais, religiosos, o que torna a discussão ainda mais complexa. Em relação ao ordenamento pátrio, entendemos que é possível a admissão de ação de responsabilidade civil pela concepção indevida, quando a falha médica diz respeito às medidas contraceptivas, pelos fundamentos já expostos. Em relação ao nascimento indevido, entendemos que há pretensão a indenização somente nas hipóteses permitidas pela lei para que se realize o aborto. No caso de falha médica que prive os genitores de pleitear a interrupção da gravidez nas hipóteses legais é que há direito a reparação.

Referências

- BERTOLLO, Eny Maria Goloni; CASTRO, Rodrigo; CINTRAS, Mariangela Torreglosa Ruiz; PAVARINO, Érika Cristina. *O processo de aconselhamento genético*. Arq. Ciênc. Saúde, jan-mar, p. 30-36. 2013.
- CASABONA, Carlos María Romeo; CIRIÓN, Aitziber Emaldi; EPIFANIO, Leire Escadejo San; JIMÉNEZ, Pilar Nicolás; MALANDA, Sergio Romeo; MORA, Asier Urruela. *La ética y el derecho ante la biomedicina del*

- futuro*. Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA – Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano. Bilbao: Universidad de Deusto, 2006, 356p.
- DAVID, Caroline Ferreira; SILVA, Cláudio Carlos da; RIBEIRO, Cristiano Luiz; MELO, Nelcivone Soares de; PINTO, Gustavo Silva; CUNHA, Damiana Miriam da Cruz e; SILVA, Daniela de Melo e. *A materialização do aconselhamento genético num relato de caso*. Estudos, Goiânia, v. 37, n. 11/12, p. 787-797, nov./dez. 2010.
- DEVERDA, José Ramón; CHAPARRO, Pedro. *Responsabilidad civil médica por privación de la facultad de optar por el aborto*. Rev. Bol. Der. N.17, Santa Cruz de la Sierra, 2014.
- EPSTEIN, C. J. 1975. *Genetic counseling: statement of the American Society of Human Genetics ad hoc Committee of Genetic Counseling*. American Journal of Human Genetics. Pg 241-242 apud DÉCIO, *Aconselhamento Genético*. Ciência saúde coletiva, Rio de Janeiro, v. 7, n. 1, jan. 2002.
- GUEDES, Cristiano; DINIZ, Débora. *A Ética na História do Aconselhamento Genético: um Desafio à Educação Médica*. Rev. bras. educ. med., p. 247-252, 2009.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro, Editora Forense, v. 3, 13ª ed., 2009, 530p.
- _____. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro, Editora Forense, v. 2, 25ª ed., 2012, 429p.
- PESSINI, Leocir; SIQUEIRA, José Eduardo de; HOSSNE, William Saad. *Bioética em tempo de incertezas*. São Paulo: Centro Universitário São Camilo; Loyola, 2010. 456p.

REINO UNIDO. House of Lords. *MacFarlane and another v. Tayside Health Board (Scotland)*. Reino Unido, 25 nov. 1999. Disponível em: <<https://publications.parliament.uk/pa/ld199900/ldjudgmt/jd991125/macfar-1.htm>>. Acesso em 29 abr. 2018.

SOUZA, Iara Antunes de. *Aconselhamento genético e responsabilidade civil: as ações por concepção indevida (wrongful conception), nascimento indevido (wrongful birth) e vida indevida (wrongful life)*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014. 164p.

A socialização da Teoria Contratual e os padrões leais de conduta no Direito Privado Contemporâneo

Felipe Martins Antunes

Introdução

O Direito Civil brasileiro, após o advento da Constituição da República de 1988, rompendo com as bases jurídico-filosóficas do Liberalismo, experimentou uma considerável modificação dogmática, que o retirou da posição de *Constituição do homem comum*.

Influenciado, principalmente, pela doutrina alemã, o Direito Civil contemporâneo passou a caminhar de mãos dadas com a legalidade constitucional. Aliás, é nesta nova perspectiva do direito obrigacional que será estruturado o presente trabalho.

Buscar-se-á, aqui, demonstrar como foram traçados, ao direito obrigacional contemporâneo, contornos diferentes daqueles consolidados pela doutrina civilista tradicional, de

culho extremamente positivista, revelando a nova feição da relação jurídico-obrigacional, mais dinâmica.

Com a adoção da concepção de obrigação como processo — onde a cooperação apresenta-se como peça fundamental, norteadada pelo princípio da boa-fé objetiva — surgiram vários modos de proceder no curso da relação obrigacional, afastando, assim, a falta de dinamismo traçado pelo legalismo estrito.

Verificar-se-á que com as sensíveis mutações estruturais das relações obrigacionais, o estudo dos chamados deveres de conduta, assim como o da dita *cláusula geral de ilicitude*, que associa o estudo do abuso de direito à boa-fé objetiva, passaram a avocar especial atenção da doutrina e da jurisprudência brasileira, dada a evidente importância prática e de desenvolvimento teórico dos institutos.

Neste contexto, o presente trabalho abordará, primariamente, a mudança de paradigma ocorrida no âmbito das obrigações e contratos; secundariamente, a evolução da boa-fé em sua vertente objetiva, analisando, sem a pretensão de esgotar o tema, seus principais desdobramentos; para, no fim, abordar as consequências da sua violação, pontuando as formas atípicas de inadimplemento obrigacional.

1. Mudanças de paradigmas e principiologia contratual: do liberal ao social

O contrato é um dos institutos mais antigos do Direito Privado. No dia-a-dia de cada indivíduo são celebrados diversos contratos, dos mais simples aos mais complexos. Sendo um instrumento de operações econômicas, tal instrumento desempenha fortemente sua função precípua, qual seja, a circulação de riquezas.

Pela própria essência da ciência do Direito, o contrato sofreu diversas alterações ao longo do tempo, sempre em consonância com a realidade social.

Classicamente, a teoria contratual, amparada no liberalismo do século XIX, se desenvolveu sobre os alicerces da autonomia da vontade. Nesta ocasião, havia um bloqueio intransponível entre as relações privadas e o poder público, que limitava-se em criar normas individuais delimitando a função econômica do contrato (FARIAS; ROSENVALD, 2012).

As bases desta política liberal são oriundas da Revolução Francesa, concebida como um contraponto ao Estado Absolutista, i.e, trata-se de um espectro negativo do absolutismo, acabando por avocar uma abstenção excessiva do Estado.

Sob a égide do liberalismo econômico, a concepção de contrato foi alçada como acordo de vontades, pelo qual se constitui um vínculo jurídico inviolável; cuida-se, em linhas gerais, de um forte pilar da ideologia individualista dominante naquele sistema e da consolidação do regime capitalista de produção (GOMES, 2009).

A ideologia central da política liberal, isto é, a igualdade formal entre as relações pessoais e mercantis, alçou o contrato como o maior instrumento jurídico de efetivação das transações econômicas da sociedade.

Nesta toada, na principiologia contratual clássica, era possível verificar os seguintes princípios: autonomia da vontade, força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*) e a relatividade dos contratos (*res inter alios acta*). (RODRIGUES, 2003) Tais princípios, cuja gênese é o Direito romano, embora tenham se desenvolvido sob a égide da doutrina liberal e iluminista do século XIX, nortearam as codificações civis posteriores ao *Code Civil* francês de 1804.

A autonomia da vontade, princípio vetor da ideologia liberal, é o reflexo do voluntarismo que guiou durante séculos o Direito Privado, pois o vínculo contratual nada mais era do que mera fusão entre manifestações de vontade. (FARIAS; ROSENVALD, 2012).

Nas lições de Clóvis do Couto e Silva (2012, p. 24) “a autonomia da vontade se constituía em direito supra-estatal, e não seja assim, faculdade delegada”. Sublinhe-se. A liberdade contratual, dentro dos limites da lei, era considerada um direito supra-estatal das partes contratantes. Trata-se da absorção do princípio da igualdade em sua aceção formal. A manifestação de vontade livre, sem vícios, era objeto de proteção do Estado (através da não intervenção). Aliás, nestes termos foi traçada a base da Justiça do Estado Liberal.

De outro lado, pelo princípio da obrigatoriedade dos contratos (*pacta sunt servanda*), o contrato é dotado de força vinculante, visto que decorre da vontade soberana das partes contratantes. A confiança na palavra empenhada – e a presunção de equilíbrio e justiça – impede que um dos contratantes se exima de suas obrigações, exceto com a concordância da contraparte. (FARIAS; ROSENVALD, 2012). O *pacta sunt servada*, por lógico, é um dos corolários mais fortes do princípio da autonomia da vontade.

Já a relatividade dos contratos (*res inter alios acta*) é um princípio direcionado aos efeitos produzidos pelo contrato. Tal princípio, portanto, é “pautado pela noção de vinculatividade do pacto, restrita às partes, sem afetar terceiros, cuja vontade é um elemento estranho à formação do negócio jurídico”. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 142)

No período clássico, *sub examine*, o contrato só produzia efeito internamente, entre as partes contratantes. Era incogitável a possibilidade de o contrato afetar terceiros (seja beneficiando ou prejudicando) não participantes do vínculo inicial, isto é, que não tiveram a oportunidade de manifestar qualquer indício de vontade.

No entanto, esse arcabouço traçado pelo individualismo oitocentista, passa a ser redefinido gradualmente no início do século XX, na Europa, com o *welfare state* (Estado Social).

A neutralidade do Estado Liberal, conciliando sua autoridade com a ampla autonomia individual, olvidava as desigualdades econômicas e aplicava a todos, fortes ou fracos, o regime de igualdade perante a lei (igualdade em sua acepção formal). O resultado dessa forma de operar foi a prevalência da vontade do mais forte, que passou a dominar e a oprimir, criando-se um regime de privilégio dos fortes. (RAMOS, 1998).

Assim sendo, a concentração de poder aos economicamente mais fortes e o crescente desnível social causado pelo liberalismo econômico demonstrou uma enorme rachadura em um sistema que teve por culto a liberdade individual.

Após a Primeira Guerra Mundial, já no século XX, há o rompimento com o Estado Liberal. É o momento do nascimento do “constitucionalismo social, consagrador de normas de proteção ao trabalhador, emblematicamente representado pelas Constituição mexicana, de 1917, e pela Constituição alemã de Weimar, de 1919”. (BARROSO, 2012, p. 88) Retorna a ideia de Estado intervencionista, mas com função social aguçada.

A mudança de paradigma do Estado Liberal para o Social gerou o deslocamento no núcleo de atuação do Estado, passando a prevalecer o interesse público de uma sociedade que já ansiava por prestações estatais. (GONTIJO, 2009).

Neste diapasão, “o Estado Social introduziu uma ampla gama de normas de ordem pública cujo objeto era frear a autonomia da vontade em relações jurídicas marcadas pela assimetria. Os códigos perdem o papel monopolista, passando a concorrer com a legislação emergencial”. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 33).

Esse novo paradigma ganha, ainda, maior relevo ao término da Segunda Guerra Mundial, ocasião em que, dada as atrocidades ocorridas em tal período, houve uma grande reflexão jurídica sobre os sistemas e normas legais, afetando, inclusive, o Direito Privado.

A ideologia social, traduzida em valores de justiça social ou distributiva, passou a dominar o cenário constitucional **à época, chegando ao Brasil a partir da década de 30 através de variados fenômenos, tais como a intervenção estatal na economia e a limitação da autonomia da vontade (LÔBO, 1999).**

Nesse contexto, nos contratos, surge o chamado dirigismo contratual, que nada mais é do que a intervenção do Estado nas relações contratuais. É de nítida percepção a sensível modificação experimentada pela teoria contratual clássica. O contrato que outrora foi objeto de abstenção estatal por ser matéria tipicamente privada passa a ser alvo de controle.

Há uma *socialização* da teoria contratual. O Estado Social, portanto, abriu a possibilidade de o Estado interferir na esfera eminentemente privada para equilibrar o contrato. Assim, o modelo contratual deixa de ser voluntarista, passando a dever obediência aos princípios sociais.

O contrato passa a ser uma forma de tutelar a confiança dos agentes econômicos e de garantir segurança aos negócios jurídicos, sendo do interesse da sociedade tutelar a situação criada pelo contrato em virtude de suas consequências econômicas e sociais. Com base nessa nova perspectiva, o princípio da autonomia da vontade, antes soberano, abre espaço para a boa-fé, verdadeiro pilar das relações *inter privatus*. (NORONHA, 1994).

Nesse ensejo, no Brasil, o advento da Constituição da República de 1988 foi o marco pleno da inserção da concepção social ao texto constitucional, contemplando, além do mais, o fenômeno conhecido como *Constitucionalização do Direito Civil*, sujeitando às normas e institutos próprios do direito civil à legalidade constitucional.

No âmbito das codificações, o Código Civil Brasileiro de 1916, nascido sob a égide do liberalismo, era contemplado em

uma perspectiva patrimonialista e individualista. Como vimos, tal concepção restou superada, abrindo espaço para um novo Código Civil, instituidor de referenciais mais próximos dos valores veiculados pela Constituição da República, prestigiando, em especial, os direitos e garantias fundamentais. Em outras palavras, experimentamos o pós-positivismo jurídico, exaltando a *tábua* axiológica da Constituição da República e o término do legalismo estrito. (TEPEDINO, 2004).

O referido processo histórico culminou na construção da codificação de 2002 que nasceu fincada em diretrizes fundamentais bem definidas, marcando a nova maneira de se pensar o Direito Civil, em especial, com a inserção de uma nova principiologia, baseada na *eticidade*, *socialidade* e *operabilidade*. (REALE, 2003).

Portanto, a liberdade contratual – assim como os três princípios básicos da teoria contratual clássica – passou a dever obediência aos princípios solidaristas, tais como a função social da propriedade, a defesa do consumidor, do meio ambiente e a redução das desigualdades sociais. (REALE, 2003).

Nesse sentido, além dos princípios clássicos, o advento do Estado Social trouxe outros três: boa-fé objetiva (art. 422), função social do contrato (art. 421) e o equilíbrio econômico do contrato (art. 157, 478 e 480).

“O princípio do equilíbrio contratual pressupõe uma igualdade entre as partes, não aquela igualdade formal do Estado Liberal, mas uma igualdade real”. (GONTIJO, 2009, p. 16). Vislumbra-se a Consagração da igualdade material (art. 3º, da Constituição da República de 1988).

No que toca a função social do contrato, tal princípio é visualizado com fulcro na inteligência de que a relação jurídica não afeta apenas as partes contratantes, mas toda a sociedade. O direito, portanto, preocupa-se também com as repercussões externas do contrato.

Quanto ao princípio da boa-fé objetiva, este é tratado como uma regra de conduta nas codificações modernas. Materializa valores constitucionais como a igualdade (material) e a solidariedade. É a *lealdade juridicizada* no ordenamento jurídico pátrio.

Não obstante a importância dos princípios informadores das relações contratuais, o presente trabalho avançará especificamente sobre o princípio da boa-fé objetiva, abordando o seu desdobramento evolutivo no Direito Brasileiro.

2. A boa-fé objetiva nas relações jurídicas negociais

No Brasil, a primeira aparição da boa-fé objetiva é atribuída ao Código Comercial de 1850, que, no seu art. 131, estabelecia (NUNES, 2014):

Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sob as seguintes bases: a inteligência simples e adequada, que for mais conforme a boa-fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer a rigorosa e restrita significação das palavras.

Avançando, o Código Civil brasileiro de 1916, de forte viés liberal, absorveu uma clara influência do Código Francês de 1804, assentando a boa-fé apenas em sua perspectiva subjetiva.

Com o advento da Constituição da República de 1988, no contexto do artigo 170, que incluiu a defesa do consumidor como um dos princípios da ordem econômica, o cenário civilístico pátrio começou a sofrer uma perceptível mudança.

Em 1990, foi editada a Lei nº 8.078/90, que de maneira inovadora em relação ao restante do mundo estabeleceu

normas em um microsistema sobre as relações de consumo. Não obstante isso, o Código de Defesa do Consumidor, também, atentou-se para a necessidade de se positivar princípios gerais de direito.

Cerca de 10 (dez) anos após a promulgação do referido diploma consumerista, nasceu o novo Código Civil, em 2002, albergando a boa-fé objetiva em seu art. 422.

Somado a isso, a ascensão da chamada *Constitucionalização do Direito Privado* contribuiu para a elevação da boa-fé objetiva ao patamar de alicerce do convívio social, descortinando conceitos como os da confiança, lealdade e cooperação. E, em razão da citada figura, houve uma considerável transformação do conceito de sistema e da própria teoria tradicional das fontes dos direitos subjetivos e dos deveres. (CAETANO; SILVA, 1980). Nesse sentido, contemporaneamente, a boa-fé objetiva assumiu o papel de preceito objetivo determinante de deveres, além daqueles que a convenção explicitamente constitui, endereçado a todos os partícipes do vínculo, podendo, inclusive, criar deveres para o credor, o qual, tradicionalmente, era considerado, tão-somente, titular de direitos. (SILVA, 2012).

Perscrutando acerca da natureza jurídica do princípio em referência, Nelson Nery Júnior afirma que a função que será desempenhada pela boa-fé objetiva pode ter, basicamente, quatro naturezas diferentes. Segundo o autor, a boa-fé objetiva pode ter natureza de princípio geral do direito, princípio de direito privado, cláusula geral ou conceito legal indeterminado. O que determinará a incidência de uma delas são as peculiaridades do caso concreto. (NERY JÚNIOR, 2003).

Deste modo, pode-se dizer, p. ex., que, sob a égide do Código de 1916, a boa-fé objetiva ostentou status de princípio geral do direito, uma vez que não esteve positivada no ordenamento jurídico pátrio.

Por outra banda, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, de 1990, no contexto dos artigos 4.º e 51, IV, a boa-fé passou a figurar como conceito legal indeterminado e cláusula geral, respectivamente.

Desse modo, o microssistema consumerista serviu como mola propulsora para a inserção prospectiva do sistema aberto no Código Civil de 2002, sendo o diploma normativo responsável pela introdução da boa-fé objetiva como cláusula geral, constituindo legislação de vanguarda, que somente veio a ser inserida no Código Civil em 2002, nos artigos 113, 187 e 422. (NERY JÚNIOR, 2003).

Em resumo, a importância das denominadas cláusulas gerais exsurgiu como forma de buscar a efetividade do princípio da boa-fé objetiva.

2.1 As funções da boa-fé objetiva

Por oportuno, ultrapassando a breve análise sobre os sistemas abertos, se faz necessário destacar que a doutrina tenta sistematizar o estudo da boa-fé objetiva, dividindo-a em três setores operativos distintos, quais sejam, função interpretativa, integrativa e de controle. (NORONHA, 1994).

De forma sintética, a função interpretativa serviria para clarear estipulações contratuais, ao passo que a função integrativa apresentaria explicações para os deveres de comportamento do credor e devedor, ainda que não previstos no contrato ou na lei. Por fim, a função de controle teria a finalidade de impedir o exercício abusivo de direitos subjetivos e potestativos nas relações obrigacionais. (NORONHA, 1994).

As funções da boa-fé serão trabalhadas de forma apartada nos subitens a seguir.

2.1.1 Dos Deveres de Conduta e a Obrigação como Processo

Primariamente, quanto à função integrativa da boa-fé objetiva, destacam-se dois pontos: os deveres de conduta e as consequências decorrentes da sua violação. É o que passa a ser analisado.

A obrigação, em sua concepção clássica, revelava um modelo estático de relação jurídica, onde se abarcava o direito do credor em face do devedor, objetivando o fiel cumprimento da obrigação principal, contratualmente estabelecida, refletindo o arraigado postulado do *pacta sunt servanda*. As partes, portanto, ficavam vinculadas, tão-somente, pela vontade, sendo livre a estipulação das cláusulas contratuais. Tinha-se, assim, uma visão extremamente positivista da relação jurídica, alheia as mutações havidas no curso da existência do vínculo obrigacional. (NORONHA, 1994).

A superação desse modelo principiou com Heinrich Siber, na Alemanha, defendendo e divulgando a concepção de obrigação complexa. (CORDEIRO, 2007). Vale aditar que o citado autor, utilizando a expressão empregada por Friedrich Carl von Savigny, defendeu o vínculo obrigacional como um *organismo*, isto é, “a obrigação abrangeria uma multiplicidade de pretensões, presentes ou possíveis, para o futuro, estando o todo unificado em função do conjunto orgânico formado pela relação global”. (CORDEIRO, 2007, p. 526-555).

Aderindo as lições de Menezes Cordeiro, o termo *organismo*, aplicado às obrigações, transmitia, equivocadamente, uma tendência positivista. Assim, procurando encontrar uma melhor expressão, sem alterar o sentido supramencionado, Herholtz (na obra *Das Schuldverhältnis als konstant Rahmen-*

beziehung) utilizou o vocábulo “*relação-quadro*” e Larenz, no seu SchuldR, “*estrutura*” e “*processo*”. (CORDEIRO, 2007).

O segundo autor, cujas terminologias parecem ser as mais adequadas, pretendeu com a expressão “*estrutura*” conduzir a ideia de que a relação obrigacional complexa não sobejaria na mera adição dos elementos que a compõem, tendo antes um sentido global que os transcendem. Ao passo que a expressão “*processo*” permitiria enfocar as obrigações em seu sentido final, as quais, com ênfase na finalidade, vão sofrendo mutações ao longo do tempo, sem prejuízo da identidade de base. (CORDEIRO, 2007).

No Brasil, com inspiração no direito alemão, é festejada a inserção da exposta concepção, capitaneada por Clóvis do Couto e Silva, em sua obra a *Obrigação como Processo*.

Dessarte, nesse contexto, a obrigação deve ser vista como um “processo dinâmico que se desenrola com o fim único: o adimplemento da obrigação principal. Mas esse processo caracteriza-se por contar com uma sucessão de situações jurídicas de direito/poder/dever/ônus/sujeição, etc.” (DIDIER JÚNIOR, 2010, p. 79).

Como corolário, passam a coexistir os deveres principais (dar, fazer ou não fazer) e os deveres secundários (decorrentes da boa-fé objetiva). Os deveres principais correspondentes às próprias prestações contratadas pelas partes e, ao lado deles, os deveres secundários, decorrentes da boa-fé objetiva, que devem ser cumpridos paralelamente aos primeiros.

Tais deveres de conduta são classificados por Menezes Cordeiro em três grupos: (a) Deveres de Proteção; (b) Deveres de Esclarecimento; e (c) Deveres de Lealdade. (CORDEIRO, 2007).

Assim, como se pode notar, credor e devedor não mais assumem uma posição antagônica na relação obrigacional, pelo contrário, a influência de conceitos como o da proteção,

informação e cooperação, de imperiosa observância pelas partes na busca da consecução do fim almejado, o adimplemento, tornou a relação jurídica obrigacional mais dinâmica e sincronizada com os valores da civilística moderna.

Desse modo, “para além da perspectiva tradicional de subordinação do devedor ao credor, existe o bem comum da relação obrigacional, voltada ao adimplemento, da forma mais satisfatória ao credor e menos onerosa ao devedor”. (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 41).

2.1.2 A boa-fé objetiva como limite ao exercício de direitos subjetivos

Secundariamente, quanto à função de controle (ou de limite) da boa-fé objetiva, destaca-se a figura do abuso do direito. A teoria do abuso de direito foi positivada em nosso ordenamento jurídico, precisamente no art. 187, do Código Civil, que diz cometer ato ilícito aquele que, ao exercer o seu direito, excede manifestamente os limites impostos pela boa-fé, albergando verdadeira cláusula geral de ilicitude.

É de bom tom consignar que o critério para configuração do abuso de direito não reside no plano psicológico da culpabilidade, mas no desvio do direito de sua finalidade, razão pela qual a doutrina indicará a acolhida da teoria objetiva finalista. (FARIAS; ROSENVALD, 2012).

Desta forma, boa-fé e abuso do direito complementam-se, operando aquele como parâmetro de valoração do comportamento dos contratantes: o exercício do direito será irregular e, nesta medida, abusivo se consubstanciar quebra de confiança e frustração de legítimas expectativas. (NEGREIROS, 2006).

A fim de tentar sistematizar as hipóteses típicas do exercício abusivo dos direitos subjetivos, desenvolvidas pela doutrina e pela jurisprudência, evocamos a classificação trazida

por Fernando Noronha, segundo a qual haveria uma divisão em três categorias essenciais, denominadas: *desleal exercício de direitos*, *desleal não exercício de direitos* e a *desleal constituição de direitos*. (NORONHA, 1994).

Na primeira (*desleal exercício de direitos*), o titular do direito subjetivo o exerce de maneira contrária à legítima confiança depositada na contraparte. A segunda (*desleal não exercício de direitos*), manifesta os casos em que o titular não efetiva o seu direito e culmina por criar a outra parte uma confiança justificada na estabilidade da situação existente. Por fim, a terceira categoria (*desleal constituição de direitos*), agrega situações em que uma pessoa defrauda a confiança de outra e, assim, acaba adquirindo contra ela um direito. (FARIAS; ROSENVALD, 2012).

Inseridas nas referidas categorias, diversas teorias surgiram, entre as quais se destacam a teoria do adimplemento substancial (*desleal exercício de direitos*), a proibição do comportamento contraditório, o *supressio* e a *surrectio* (*desleal não exercício de direitos*), o *tu quoque* e o *duty to mitigate the loss* (*desleal constituição de direitos*).

3. Consequências da violação da boa-fé objetiva

3.1 Considerações iniciais

Por derradeiro, considerando que a boa-fé objetiva está inserida nas relações contratuais não como um mero aconselhamento, mas como item a ser observado pelos pactuantes. Surge, assim, novas formas de inadimplemento contratual, principalmente em virtude da violação de deveres secundários. Fala-se em violação positiva do contrato e de responsabilidade pré e pós-contratual, como formas *atípicas* de rompimento do vínculo contratual.

3.2 Violação positiva do contrato

Na nova perspectiva alcançada pelo Direito das obrigações brasileiro, ganha crucial importância a chamada *violação positiva do contrato*, que, de forma genérica, trata-se da inobservância dos deveres anexos decorrentes da boa-fé objetiva.

Entre nós, o modelo de obrigações estampado pelo Código Civil de 2002 ainda foi baseado em paradigmas da metade do século XX, por isso não houve a oportunidade de positivizar a teoria da violação positiva do contrato, cuja base científica é inequívoca. (FARIAS; ROSENVALD, 2012).

Apesar disso, “a correta hermenêutica da função integrativa da boa-fé objetiva remete à aceitação da violação positiva do contrato pela janela da cláusula geral do art. 422 do Código Civil” (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 182), a qual estabelece que os contratantes ficam obrigados a guardar, tanto na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé.

Percebe-se, portanto, uma tendência de vinculação dos direitos da personalidade à órbita dos direitos obrigacionais. A primazia da dignidade da pessoa humana “incidente nas relações patrimoniais faz com que em tempo próximo, os deveres de informação e cooperação elevem-se ao próprio status de prestação principal do devedor, e não a meros deveres anexos”. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 183).

3.3 Responsabilidade pré-contratual e pós-contratual

Além da consolidação da teoria da violação positiva do contrato, a concepção de obrigação como processo aguç

a obrigatoriedade de se observar os deveres acessórios em todas as fases do contrato.

A responsabilidade pré-contratual é aquela que pode surgir durante a fase de formação do contrato, correspondendo à obrigação de indenizar surgida anteriormente à conclusão do negócio jurídico. Trata-se de hipótese de violação dos deveres de proteção, informação ou lealdade no âmbito das tratativas.

Da mesma forma, há responsabilidade pré-contratual quando ocorre a “ruptura arbitrária e intempestiva das negociações contrariando o consentimento dado na sua elaboração, de tal modo que a outra parte se soubesse que ocorria o risco de uma retirada repentina, não teria tomado as medidas que adotou”. (CHAVES, 1997, p. 208).

Com efeito, em razão do nexu teleológico entre essa relação *ex lege* e a relação contratual, “no caso da violação de deveres acessórios, por qualquer das partes, será possível a aplicação das normas próprias de responsabilidade contratual”. (CHAVES, 1997, p. 208).

Cumpra observar que apesar do Código Civil de 2002 não agasalhar norma específica sobre o tema, doutrina moderna enxerga o instituto como verdadeira cláusula geral emanada do art. 422, do Código Civil. (SANTOS, 2009).

Sendo assim, é lícito afirmar que, da mesma maneira que a boa-fé é aplicável anteriormente à formação do contrato, também há de ser no momento posterior a execução/extinção do contrato, sendo uma inafastável fonte de deveres de conduta a serem observados pelos contratantes. (SANTOS, 2009).

Neste diapasão, “entende-se que, não obstante estejam cumpridas as obrigações principais, os contratantes devem abster-se de condutas que possam colocar em risco ou prejudicar o fim do contrato” (SANTOS, 2009, p. 257), assim como praticar atos necessários, e que dependam dele, para que a prestação se mantenha útil à contraparte.

Em certas hipóteses, a boa-fé objetiva, mesmo diante da conclusão do contrato, busca preservar alguns valores, que, de uma maneira ou de outra, possa ocasionar danos para alguém.

Considerações finais

Em linha de conclusão, a *Constitucionalização do Direito Privado* estabeleceu novos horizontes a serem alçados pelo legislador e pelo julgador, maximizando a *eticidade, socialidade, operabilidade*, além da dignidade da pessoa humana, fazendo, assim, emergir um direito obrigacional pautado na boa-fé e na lealdade.

Sublinhou-se que, na atual dogmática, não há mais como conceber situações nas quais, no curso de uma relação jurídico obrigacional, uma das partes, sob o pretexto de agir de acordo com o exercício regular de um direito subjetivo, pratica uma conduta com o fim de causar prejuízo à contraparte ou lucrar com o inadimplemento. Pelo contrário, a referida conduta deve ser reprimida pelo direito, seja por via do abuso do direito ou da construção dos deveres anexos, violadores da boa-fé objetiva.

A fim de formar um panorama preciso sobre a boa-fé objetiva, buscou-se explanar, brevemente, a sua evolução histórica, enfrentando, preliminarmente, o contexto principiológico que sofreu a teoria contratual.

Em seguida, procurou-se apresentar a boa-fé objetiva e suas funções, com especial enfoque para as chamadas função integrativa (criadora de deveres anexos) e de controle, ressaltando a concepção de obrigação como um processo complexo e dinâmico.

Por fim, buscou-se averiguar as consequências da violação da boa-fé objetiva, abordando a teoria da violação positiva do contrato, assim como as responsabilidades pré e pós-contratuais.

A concepção de obrigação como um processo dinâmico, admitindo a existência de deveres de conduta, vem sendo

festejada pela doutrina moderna, pois se revela uma concepção capaz de afastar o exercício desleal e abusivo do direito, enquadrando as relações patrimoniais aos valores axiológicos emanados pela Constituição da República.

Neste diapasão, o presente artigo teve por objetivo demonstrar a importância da boa-fé objetiva (e suas funções) no direito contratual contemporâneo, impondo deveres secundários aos contratantes independentemente de sua vontade, reduzindo a esfera de atuação privada.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: *Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CHAVES, Antônio. *Responsabilidade pré-contratual*. 2.ed. São Paulo: Lejus, 1997.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes. *Da boa fé no direito civil*: Dissertação de doutoramento em ciências jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Almedina, 2007.

DIDIER JUNIOR, Fredie Souza; BRAGA, Paula Sarno. A obrigação como processo e a responsabilidade patrimonial. *Juris Plenum*, Porto Alegre, v. 6, n. 32, p.69-81, mar. 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Direito das Obrigações*. 3. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008.

_____. *Curso de Direito Civil: Contratos*. 2. ed. Salvador: *JUS-PODIVM*, 2012.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GONTIJO, Maisa Conceição Gomes; *Análise do princípio da boa-fé objetiva estatuído no artigo 422 do código civil brasileiro*. Belo Horizonte: PUC/MG (Dissertação de mestrado), 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 36, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999.

NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NERY JÚNIOR, Nelson. Contratos no Código Civil: apontamentos gerais. In: *Franciulli Netto*, Domingos et al. (Orgs.). *O novo Código Civil: homenagem ao professor Miguel Reale*. São Paulo: Livraria dos Tribunais, 2003.

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994.

NUNES, Gustavo Henrique Schneider. *O princípio da boa-fé objetiva*. Disponível em <www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Gustavo_Boafe.doc>. Acesso em: 24 de jun. 2014.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do Direito Privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do Direito Civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 3-29.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*. 29.ed. rev. v. 03. São Paulo: Saraiva, 2003.

REALE, Miguel. Exposição de motivos do anteprojeto do Código Civil. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil anotado*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SANTOS, Murilo Rezende dos. As funções da boa-fé objetiva na relação obrigacional. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 10, n. 38, p. 204-263, abr. 2009.

SILVA, Clovis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2012.

_____. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: CAETANO, Marcelo; ALVES, José Carlos Moreira; SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *Jornada luso-brasileira de direito civil: estudos de direito civil brasileiro e português*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980. 43-72 p.

TEPEDINO, G. J. M. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: *Temas de direito civil*. 3.ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. 03-23 p.

Os impactos do novo Código de Processo Civil no âmbito do Direito Empresarial

Samantha Caroline Ferreira Moreira e Geraldo da Silva Vieira

Introdução

Os processualistas⁶ sempre se preocuparam com um valor fundamental ínsito à tutela dos direitos, qual seja: a impres-

6. É difícil precisar em que momento iniciaram e em que fase atualmente encontram-se as reformas do processo civil brasileiro. Algumas correntes sustentam que o marco inicial foi no ano de 1985 com a introdução ao sistema de diversos instrumentos destinados a tutelar direitos de natureza coletiva (ZAVANSCKI, 1997, p. 173-178), outras afirmam que as reformas somente tiveram início no ano de 1992, a partir da promulgação da Lei 8.455 que alterou os dispositivos referentes à prova pericial (WAMBIER, 2015). Independente de ser a primeira ou a segunda fase das reformas deste cenário, ao final do ano de 1994 por meio das Leis 8.950, 8.951, 8.952 e 8.953 e, novamente, no ano de 1995 com as Leis 9.099, 9.139 e 9.245 apresentam-se no país as primeiras alterações com o objetivo de aperfeiçoar e ampliar os mecanismos até então existentes no sistema processual vigente (ZAVANSCKI, 1997).

cindibilidade da efetividade do processo como instrumento de realização da justiça⁷.

Denota-se algumas inovações que buscam o aprimoramento e celeridade nos atos processuais, tais como as expressas no art. 4º, determinação de que as partes têm o direito da solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa; art. 9º, estabelecimento do reforço das garantias ao contraditório; e art. 12, possibilidade de previsão preferencial da ordem cronológica para se proferir sentença ou acórdão (BRASIL, 2015).

A efetividade e celeridade no Novo Código de Processo Civil restam sedimentadas, conforme enfatizado no texto de apresentação do Projeto do Novo Código de Processo Civil: “É que; aqui e alhures não se calam as vozes contra a morosidade da justiça. O vaticínio tornou-se imediato: “justiça retardada é justiça denegada” e com esse estigma arrastou-se o Poder Judiciário, conduzindo o seu desprestígio a índices alarmantes de insatisfação aos olhos do povo. Esse o desafio da comissão: resgatar a crença no judiciário e tornar realidade a promessa constitucional de uma justiça pronta e célere” (BRASIL, 2010).

O art. 3º do CPC/2015 reproduz, com pequena distinção redacional, o teor do art. 5º, inc. XXXV, da CF/88, asento legal do denominado direito fundamental à jurisdição, e assim dispõe:

Art. 3º. Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1o É permitida a arbitragem⁸, na forma da lei.

7. Nas palavras do presidente da comissão de juristas encarregada da elaboração do Anteprojeto do CPC (Ministro Luiz Fux): “O Brasil clama por um processo mais ágil, capaz de dotar o país de um instrumento que possa enfrentar de forma célere, sensível e efetiva, as misérias e as aberrações que passam pela Ponte da Justiça” (BRASIL, 2010).

8. Acerca dos tribunais arbitrais, vide Lei nº 9.307/96.

§ 2o O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3o A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. (BRASIL, 2015)

No que concerne a empresa, insta registrar que é reconhecida como um dos mais importantes fenômenos sociais do mundo contemporâneo; ao mesmo tempo que ocupa posição central na teoria econômica e jurídica, constitui um fenômeno altamente complexo, dotado de diversos significados. A denominação de empresário encontra-se no art. 966 do Código Civil (CC/2002), no qual se lê: “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços” (BRASIL, 2002). Deste enunciado normativo a doutrina extrai os elementos caracterizadores de empresário.

O conceito jurídico de empresário⁹ busca refletir os elementos contidos no conceito econômico neoclássico de empresa. Por isso, se diz que o empresário é aquele que (a) organiza um conjunto de fatores de produção, (b) para o exercício profissional (c) de uma atividade (d) econômica e (e) organizada, (f) para a produção ou circulação de bens ou serviços (CAVALLI, 2007, p. 33).

Assim, pretende-se no presente artigo demonstrar, sem esgotar o tema, as alterações estabelecidas no Código de Processo Civil no âmbito do direito empresarial, especialmente os procedimentos do incidente da desconsideração da personalidade jurídica.

9. O conceito de empresário foi flexibilizado para abranger a microempresa, inclusive as que utilizam um ambiente virtual (WALD, 2012, p. 71).

1. O código de processo civil e seus impactos no âmbito do Direito Empresarial

A empresa cumpre sua função social na medida em que gera crescimento e desenvolvimento econômico. A otimização de seus lucros e o aumento de sua rentabilidade garantem empregos e circulação de renda. Ademais, tem a responsabilidade de assegurar os direitos da sociedade. Sendo assim, é imprescindível, sem esgotar o tema, apresentar algumas regras processuais que afetam a empresa.

Inicialmente, destaca-se o teor do art. 246, § 1º, do CPC/2015 que determina às empresas de médio e grande porte a criação de endereço eletrônico exclusivo para receber intimações e citações. Essa previsão está em consonância com a disseminação dos processos pelo rito eletrônico.

O art. 861 do CPC/2015 consagra a possibilidade de penhora das quotas sociais tituladas por sócio devedor de terceiro, assim como das ações de sociedade anônima fechada, delimitando um prazo para que a sociedade realize o procedimento de apuração de haveres do sócio executado e o depósito do valor respectivo.

Diversamente do previsto no art. 33 do CPC/1973, a norma inserida no art. 95 do CPC/2015, que afasta do autor da demanda o custeio exclusivo de prova pericial determinada pelo juiz ou requerida por ambas as partes, constitui medida que poderá causar grande impacto nas empresas, especificamente em relação ao aspecto econômico.

Já a proposta do artigo 248, parágrafo 2º é de positivação de algo já consagrado pela prática empresarial, a aceitação de que um vigia ou porteiro de uma empresa, mesmo não tendo poderes de representação, possa receber validamente citações e intimações – a Teoria da Aparência.

Acredita-se, porém, que a redação do dispositivo acabará por não confirmar o efeito dos atos processuais em relação à empresa, já que menciona a necessidade de que o funcionário seja o responsável pelo recebimento de correspondências. Portanto, abre a oportunidade de discussão sobre o fato do funcionário atender ou não a esta condição.

1.1 Considerações sobre as alterações da dissolução total e parcial do Código de Processo Civil/2015

A dissolução parcial judicial passa a ter procedimento especial no NCCPC, estabelecido nos arts. 599 a 609.

Inicialmente, destaca-se que o CPC/15 traz a expressão “dissolução parcial de sociedade”, diversamente do CC/02, que nominou o instituto de “resolução da sociedade em relação a um sócio”.

O art. 599 do CPC/15 trata do objeto do procedimento especial de dissolução parcial, delimitando-o, em princípio, à resolução da sociedade em relação a um sócio e/ou a apuração de haveres.

Segundo o CPC/2015, a ação de dissolução parcial de sociedade pode ter por objeto: I - a resolução da sociedade empresária contratual ou simples em relação ao sócio falecido, excluído ou que exerceu o direito de retirada ou recesso; e II - a apuração dos haveres do sócio falecido, excluído ou que exerceu o direito de retirada ou recesso; ou III - somente a resolução ou a apuração de haveres

Nota-se que o CPC/2015 permite que a ação possa ter como objeto a dissolução cumulada com a apuração ou mesmo apenas a dissolução ou só a apuração de haveres, haja vista que são objetivos distintos, mas que podem vir cumulados em uma mesma ação.

Cumprir registrar que o objeto da dissolução é o de excluir o sócio ou mesmo pleitear sua retirada, ou, ainda, impedir que herdeiros ingressem nos quadros sociais, ao passo que a apuração de haveres é o procedimento por meio do qual se chegará, de forma judicial, ao montante devido àquele que sai da sociedade. Há situações em que a lide não versa sobre a exclusão, por exemplo, mas tão somente sobre o montante devido a quem será excluído.

Assim, de acordo com o CPC/2015, é permitido ajuizar ação de apuração de haveres, cujo objetivo é, de acordo com o rito preceituado pelo CPC e, também, art. 1031 do CC, quantificar o devido para o sócio que deixa a sociedade. Contudo, o mais comum é ajuizar a Dissolução Parcial e cumulá-la com a apuração de haveres, sendo certo que para a propositura destas demandas, é necessária juntar o contrato social consolidado.

A despeito de o inciso I do art. 599 do CPC/15 falar em resolução parcial de sociedade contratual seu parágrafo segundo admite que a “ação de dissolução parcial de sociedade tenha também por objeto a sociedade anônima de capital fechado quando demonstrado, por acionista ou acionistas que representem cinco por cento ou mais do capital social, que não pode preencher o seu fim”.

Já a legitimidade para propor as ações de dissolução parcial de sociedade e apuração de haveres é tratada no art. 600 do CPC/15, sendo que nos incisos I a III do art. 600 do CPC/15 estão os legitimados ativos na hipótese de morte de sócio.

O dispositivo possibilita a apuração de haveres sem que tenha havido dissolução parcial e legítima terceiro não sócio e não sucessor de sócio. Não se trata de situação análoga à morte de sócio, em que se opera dissolução parcial e consequente apuração de haveres, nos interesses do espólio.

Nesse contexto, entende-se que o texto afronta o art. 1.027 do CC, segundo o qual os “herdeiros do cônjuge de

sócio, ou o cônjuge do que se separou judicialmente, não podem exigir desde logo a parte que lhes couber na quota social, mas concorrer à divisão periódica dos lucros, até que se liquide a sociedade”.

O ex-cônjuge de sócio não é sócio, assim como não o são os sucessores do cônjuge falecido. Não tendo havido falecimento do próprio sócio, o Legislador Civil (art. 1.027 CC) preferiu garantir o direito dos interessados por meio da colheita dos frutos das cotas (dividendos) e a futura apropriação dos valores que tocarão o sócio em caso de liquidação da sociedade ou apenas de suas cotas, em evento futuro e certo (certo ao menos quanto ao óbito do próprio sócio).

Nota-se dois interesses confrontados: de um lado, o do cônjuge (ou seus herdeiros) do sócio no caso de extinção do casamento; e de outro, o da sociedade e dos demais sócios, de ver preservada a sociedade, blindada em relação as relações conjugais de sócio. Inicialmente, preservou o segundo interesse (art. 1.027 CC). Agora, preserva o primeiro (parágrafo único do art. 600 do NCPC).

Questiona-se então como fica o art. 1.027 do CC. Entende-se que há uma revogação tácita do mesmo, contudo, o novo dispositivo depende de interpretação extensiva, uma vez que trata apenas do interesse do ex-cônjuge de sócio em caso de extinção da relação, mas não dos herdeiros de tal cônjuge quando da sua morte. Sendo idênticos os interesses, não se admitem tratamentos diversos.

Quanto a legitimidade passiva para os processos de dissolução parcial e apuração de haveres cabe aos sócios e à sociedade.

1.2 Considerações sobre as alterações do Código de Processo Civil/2015 sobre o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica.

A expressão personalidade jurídica da empresa é, necessariamente, relacionada à segurança. Oportuno se faz lembrar, nesse aspecto, que o Código Civil Brasileiro adotou a teoria institucional, pela qual se considera a pessoa jurídica uma organização social para atingir determinados fins.

Diante de tal contexto, a personalidade jurídica pode ser definida como sendo a aptidão genérica para a que a pessoa jurídica contraia direitos e obrigações.

A aquisição da personalidade jurídica por sociedade, seja de pessoas ou empresária, ou pela Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI) se dá com o registro do ato constitutivo pelos sócios (no caso da EIRELI, empresário), depois de atendidos todos os requisitos para sua formação.

A desconsideração da personalidade jurídica é instituto previsto no Código de Defesa do Consumidor (CDC) (Lei nº 8.078/90, art. 28) e no Código Civil (Lei nº 10.406/02, art. 50), que autoriza imputar ao patrimônio particular dos sócios obrigações assumidas pela sociedade, quando – e se – a pessoa jurídica houver sido utilizada abusivamente (desvio de finalidade, confusão patrimonial, liquidação irregular, dentre outros) (MACEDO; MIGLIAVACCA, 2015, p. 144).

Insta assinalar que não se trata de incidente processado em autos próprios (apartados), pois o CPC/2015 abdicou da técnica, comum no CPC/1973, suprimindo-a em hipóteses clássicas como a do incidente de falsidade documental (art. 430), por exemplo. Em princípio, portanto, “o debate dar-se-á no ventre do processo em que debatida a questão principal, mas como o objetivo é a simplificação (marca do CPC/2015), nada obsta que, no caso concreto, possa o juiz deliberar pela autuação apartada, se assim recomendar a organização do incidente ou se houver justificativa para que o processo prossiga no trato das questões principais, sobretudo-

do se existirem outros pedidos, eventualmente cumulados, que não se relacionem com o tema incidental” (MACE-DO; MIGLIAVACCA, 2015, p. 143).

O instituto contempla, também, a chamada desconsideração inversa, em que se imputa ao patrimônio da sociedade o cumprimento de obrigações pessoais do sócio.

O ordenamento jurídico permite distinguir o patrimônio de indivíduos interessados em explorar atividades econômicas por meio da constituição de uma pessoa jurídica, com escopo de estimular a atividade econômica. É imperiosa a concepção de que as pessoas estão dispostas a explorar certas atividades cujos riscos sejam previamente e possivelmente calculáveis.

É sabido que o ordenamento jurídico pátrio permite a formação das pessoas jurídicas de responsabilidade limitada ou sociedade por ações justamente para conceder um respaldo a esses casos.

Nesse sentido, adotar o princípio da autonomia do patrimônio da pessoa jurídica juntamente com o conceito da limitação da responsabilidade do sócio, conforme previsto nas duas formas societárias mais usuais – Sociedades Limitadas e Sociedades por Ações –, mostra-se uma forma de se buscar e contribuir para o pleno desenvolvimento empresarial (SCHNEIDER, 2015, p. 10).

De pronto, cumpre distinguir tais pessoas jurídicas com o exercício da atividade empresária pelo empresário individual: enquanto este se utiliza da personalidade de pessoa natural para exercício da atividade empresarial, respondendo com o seu patrimônio pessoal, as sociedades personificadas terão como garantia apenas o capital investido.

Ricardo Negrão destaca que a aquisição da personalidade jurídica para o exercício da atividade empresarial traz as seguintes conseqüências úteis: “a) titularidade negocial e processual; b) individualidade própria, não se confundindo

os sócios com a sociedade; c) responsabilidade patrimonial” (NEGRÃO, 2013, p. 270-271).

Os efeitos elencados denotam, claramente, o quanto o instituto da personalidade jurídica beneficia as relações empresariais, amortizando expressivamente os riscos inerentes à atividade empresarial.

No entanto, nenhum instituto oferecido pelo ordenamento jurídico pode servir como instrumento de atividade abusiva ou ilícita. Consoante Suzy Elizabeth Cavalcante Koury, “todo instituto jurídico corre o risco de ter sua função desviada, ou seja, utilizada contrariamente às suas finalidades” (KOURY, 1993, p. 67). É exatamente nesse panorama que nasce a teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

A desconsideração da personalidade jurídica do empregador consiste no ato de contornar a pessoa jurídica, sem o propósito de questionar a sua existência ou regularidade, objetivando, especialmente, alcançar o patrimônio dos sócios desta, a fim de satisfazer uma obrigação descumprida.

Consoante Ludmilla Ferreira Mendes de Souza (2016), “tal teoria foi desenvolvida para evitar que os sócios, protegidos pelo instituto da pessoa jurídica, cometam abusos, fraudes ou irregularidades, sem que seus próprios patrimônios sejam atingidos”.

A Teoria Maior da Desconsideração, adotada pelo Código Civil Brasileiro, é aquela segundo a qual deve ser provado o motivo para a decretação da desconsideração, não bastando à simples insuficiência patrimonial da pessoa jurídica. Consoante Fábio Ulhoa Coelho há, no direito brasileiro, duas teorias da desconsideração, a maior e a menor.

A primeira é a teoria mais elaborada, de maior consistência e abstração, que condiciona o afastamento episódico da autonomia patrimonial das pessoas jurí-

dicas à caracterização da manipulação fraudulenta ou abusiva do instituto, denominada de Teoria Maior.

A segunda, de outro lado, se refere à desconsideração em toda e qualquer hipótese de execução do patrimônio do sócio por obrigação social, cuja tendência é condicionar o afastamento do princípio da autonomia à simples insatisfação de crédito perante a sociedade. É a Teoria Menor, que se contenta com a demonstração pelo credor da inexistência de bens sociais e da insolvência de qualquer dos sócios, para atribuir a este a obrigação da pessoa jurídica (COE-LHO, 2009, p.50).

Segundo a teoria maior, adotada pelo art. 50, do CC, para efeito de desconsideração, exige-se o requisito específico do abuso da personalidade, caracterizado pelo desvio de finalidade ou confusão patrimonial, bem como provocação da parte ou do MP, inexistindo hipótese de desconsideração de ofício. Confira-se o teor do dispositivo, *in verbis*:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica (BRASIL, 2002).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) revela o entendimento de que a teoria maior é a regra geral no sistema jurídico brasileiro, porém a aplicação da teoria

menor é acolhida por nosso ordenamento jurídico no âmbito das relações de consumo e em matéria ambiental. De maneira mais recente, apenas para exemplificar a regra da teoria maior, o segue o seguinte julgado do STJ:

CIVIL. DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DO ABUSO DA PERSONALIDADE. ART. ANALISADO: 50, CC/02. 1. Ação de prestação de contas distribuída em 2006, da qual foi extraído o presente recurso especial, concluso ao Gabinete em 05/07/2013. 2. Discute-se se o encerramento irregular da sociedade empresária, que não deixou bens suscetíveis de penhora, por si só, constitui fundamento para a desconsideração da personalidade jurídica. 3. A criação de uma sociedade de responsabilidade limitada visa, sobretudo, à limitação para os sócios dos riscos da atividade econômica, cujo exercício, por sua vez, a todos interessa, na medida em que incentiva a produção de riquezas, aumenta a arrecadação de tributos, cria empregos e gera renda, contribuindo, portanto, com o desenvolvimento socioeconômico do País. 4. No entanto, o desvirtuamento da atividade empresarial, porque constitui verdadeiro abuso de direito dos sócios e/ou administradores, é punido pelo ordenamento jurídico com a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, medida excepcional para permitir que, momentaneamente, sejam atingidos os bens da pessoa natural, de modo a privilegiar a boa-fé nas relações privadas. 5. A dissolução irregular da sociedade não pode ser fundamento isolado para o pedido de

desconsideração da personalidade jurídica, mas, aliada a fatos concretos que permitam deduzir ter sido o esvaziamento do patrimônio societário ardilosamente provocado de modo a impedir a satisfação dos credores em benefício de terceiros, é circunstância que autoriza induzir existente o abuso de direito, consubstanciado, a depender da situação fática delineada, no desvio de finalidade e/ou na confusão patrimonial. 6. No particular, tendo a instância ordinária concluído pela inexistência de indícios do abuso da personalidade jurídica pelos sócios, incabível a adoção da medida extrema prevista no art. 50 do CC/02. 7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido. (STJ - REsp: 1395288 SP 2013/0151854-8, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 11/02/2014, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/06/2014)

A teoria menor, a seu turno, é ampla e mais fácil de ser aplicada, pois não exige a demonstração do fraude ou abuso de personalidade (Confira: REsp. 279273 SP).

Assim, diferentemente do Código Civil, que, em seu artigo 50, abraça a teoria maior da desconsideração, adotou o CDC a teoria menor da *disregard doctrine*, ao dispor, no art. 28, § 5º, que “o juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores” (BRASIL, 1990).

A teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica empresária diferencia-se da maior, portanto, pelo fato de minimizar a complexidade de sua incidência, bastando para tanto, a inadimplência da sociedade, seja por insolvência, seja por falência.

1.3 Os procedimentos do Incidente da Desconsideração da Personalidade Jurídica no CPC/2015.

O instituto da desconsideração da personalidade jurídica não é inovação, pois já estava previsto no CPC/1973, contudo existem novos procedimentos para sua utilização, tais como o disposto no Capítulo IV, Título III do CPC/2015,¹⁰ denominado de incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

Pode-se deduzir três grandes princípios norteadores para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, sendo eles: utilização abusiva da pessoa jurídica no sentido de que a mesma sirva de meio, intencionalmente, para esquivar-se da obrigação legal ou contratual, ou mesmo fraudar terceiros; necessidade de se impedir violação de normas e direitos societários; evidência de que a sociedade é apenas um disfarce de comerciante em nome individual, ou, seja, pessoa física que age em proveito por meio da pessoa jurídica.

Importante ressaltar alguns elementos do CPC/2015: (1) o pedido de desconsideração pode ser feito em qualquer momento no processo; (2) a desconsideração da personalidade jurídica não se trata de ato arbitrário do juiz, posto que devem ser observadas as formalidades legais para seu correto emprego; e (3) os sócios devem ser ouvidos e cabe agravo interno contra a decisão.

Gladston Mamede, com pertinência ao tema, afirma que:

O manejo doloso da personalidade jurídica de certas entidades, bem como o seu uso com imprudência ou negligência, assim como seu exercício em moldes que excedem manifestadamente os limites im-

10.

postos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, constituem ato ilícito. E se há uso ilícito da personalidade jurídica de sociedade, associação ou fundação, daí decorrendo danos a terceiros, é preciso responsabilizar civilmente aquele(s) que deu(ram) causa eficaz a tais prejuízos. Esse parâmetro é válido para os sócios, administradores e, até, terceiros que, embora não estejam formalmente vinculados à pessoa jurídica, usam-na ilicitamente, ainda que por intermédio de terceiros (laranjas, na linguagem coloquial). (MAMEDE, 2010, p. 35).

A desconsideração da personalidade jurídica¹¹ aparece no sistema jurídico como forma de afastamento dos benefícios da personificação, notadamente a limitação de responsabilidade.

O art. 134, caput e § 2º, do CPC/2015, admite o pedido de desconsideração da personalidade jurídica¹² a qualquer

11. Compete mencionar que há uma divisão sobre a desconsideração da personalidade jurídica: teoria maior e teoria menor. Fábio Ulhoa Coelho sucintamente resume ambas teorias como “a maior, pela qual o juiz é autorizado a ignorar a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, como forma de coibir fraudes e abusos praticados através dela, e a menor, em que o simples prejuízo do credor já possibilita afastar a autonomia patrimonial” (COELHO, 2009, p.23). Conforme Adriana de Paiva Corrêa: “Para a teoria maior a desconsideração é possível se houver fraude e abusos praticados pelos sócios ou administradores. Já para a teoria menor, basta apenas a insolvência da empresa para que haja a desconsideração. Não é necessário que exista desvio de finalidade ou confusão patrimonial. O simples prejuízo já autoriza a desconsideração, mesmo que os sócios ou administrados não tenham realizado qualquer ato ilícito. Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado por terceiros.”(CORRÊA, 2014, p. 16).

12. “Quando a desconsideração de personalidade advier de ato que configure fraude à execução, ainda assim a via para a pronúncia da fraude e ineficácia do desvio patrimonial depende da propositura do incidente (art.

tempo, sendo que alguns autores, como Marcia Carla Pereira Ribeiro, defendem que:

[...] o objetivo da referida norma é de dotar de celeridade os processos que envolvam pessoas jurídicas nos quais exista a pretensão de responsabilização de sócios ou de administradores, o que acaba por afastar o requisito de exaurimento do patrimônio da pessoa jurídica. (RIBEIRO, 2015).

A suspensão do processo prevista no art. 134, § 3º, faz sentido para a generalidade dos casos, que ocorrem ao tempo da penhora na execução/cumprimento de sentença para cobrança de valor pecuniário, quando se revela a falta de patrimônio penhorável. A decisão do tema incidental se torna, aí, condição para o ato seguinte do processo – a penhora –, com o que não há como prosseguir a execução, que fatalmente ficará suspensa. Entretanto, a desconsideração não se limita àquelas hipóteses.

Por isso, e porque a lógica do CPC/2015 prestigia a celeridade com menos destaque à formalidade, parece que a melhor exegese do § 3º do art. 134 deva ser a de que o processo em que tem curso a questão principal só se suspende em vista

792, § 3º) que, não observado, suscitará embargos de terceiro (art. 674, § 2º, III). A pessoa jurídica ou o sócio são citados com todas as formalidades e consequências próprias do ato citatório (art. 238 a 259), procedendo-se ao registro na distribuição (art. 134, § 1º) e, dependendo do objeto do debate incidental, o registro, por extensão, da existência do incidente na forma do art. 828 (desconsideração em execução pecuniária) ou do art. 167, I, n. 21, da Lei 6.216/75 (desconsideração em demandas de natureza real ou reipersecutória). Tais registros, quando cabíveis, têm por objetivo garantir o requerente contra a alienação de patrimônio pelo terceiro, conforme art. 137. O provimento do incidente converterá o sócio (ou a pessoa jurídica), em parte no processo, na condição de litisconsorte, inclusive no processo de execução” (MACEDO; MIGLIAVACCA, 2015, p. 146).

do incidente se o tema incidental constituir condição para o prosseguimento. Fora disso, não. E tudo remete à possibilidade de autuação apartada, a fim de se garantir celeridade e melhor organização procedimental (MACEDO; MIGLIAVACCA, 2015, p. 144).

Imperioso apontar que a possibilidade de se atingir o patrimônio da empresa de forma imediata acaba por contrariar as normas protetivas das sociedades empresárias, especificamente no que concerne à preservação do patrimônio da pessoa física.

A preservação da separação patrimonial entre a sociedade, seus sócios e administradores é essencial ao sucesso de qualquer investimento de menor ou maior porte. Contudo, é importante asseverar que a limitação da responsabilidade incentiva a diversificação dos investimentos, pois o principal acionista pode comprometer apenas parte de seu patrimônio em cada uma das decisões de investimento. Imagine se ele comprometesse seu patrimônio toda vez que adquirisse uma ação de uma companhia. O acionista que adquirisse dez ações de dez companhias diferentes, por exemplo, comprometeria seu patrimônio dez vezes. A limitação da responsabilidade permite a ele que diversifique suas opções de investimento, compensando-se a perda em um deles com o ganho em outros.

A desconsideração da personalidade jurídica emerge no sistema jurídico como forma de afastamento dos benefícios da personificação, notadamente, a limitação de responsabilidade dos empresários.

Conforme já demonstrado o Novo Código de Processo Civil não regula as hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica, que continuam sendo disciplinadas materialmente pelo Código de Defesa do Consumidor e Código Civil Brasileiro. A nova lei pretendeu, apenas, instituir o procedimento a que o pedido de desconsideração da personalidade jurídica deverá, obrigatoriamente, deve ser submetido.

É cediço que, atualmente, tem-se um quadro desalentador em relação à aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, sobretudo, porque não são raras as ocasiões, em que se observa, na jurisprudência, o afastamento da personalidade jurídica sem a oitiva dos sócios responsabilizados por eventuais obrigações. Nesse caso, o contraditório era diferido e o juiz, em primeiro plano, determina a penhora dos bens dos sócios e, apenas posteriormente, se dá de tal *decisum*, restando o manejo dos Embargos de terceiros.

Considerando que o contexto narrado viola o princípio do contraditório, preceituado no inciso LV do 5º art. 5º, da Constituição da República de 1988, o Novo CPC pretendeu sanar tal problema, trazendo em um de seus capítulos o denominado incidente de desconsideração da personalidade jurídica - Capítulo IV, Título III do NCPC¹³.

Nota-se que, com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, algumas discussões que permeavam a aplicação do instituto por nossos Tribunais ficaram completamente superadas.

Em primeiro plano, observa-se que, nos termos do art. 133 do NCPC, o incidente de desconsideração da personalidade será instaurado a pedido da parte, sendo certo que o Ministério Público também terá legitimidade de agir, como parte ou como custos legis.

A nova legislação determina, ainda, no art. 134 NCPC, que “o incidente da desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de senten-

13. Importante ressaltar alguns elementos do NCPC: (1) o pedido de desconsideração pode ser feito em qualquer momento no processo; (2) a desconsideração da personalidade jurídica não se trata de ato arbitrário do juiz, posto que devem ser observadas as formalidades legais para seu correto emprego; e (3) os sócios devem ser ouvidos e cabe agravo interno contra a decisão.

ça e na execução fundada em título executivo extrajudicial” (BRASIL, 2015). Ademais, consta no §2º que “dispensa-se a instauração do incidente se a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica” (BRASIL, 2015).

O referido dispositivo elide a ideia de que o procedimento da desconsideração sempre se dará em ação autônoma, haja vista o próprio legislador mencionar que não haverá incidente se, na peça inaugural, a parte tiver pleiteado a incidência do instituto.

Em evidente homenagem ao princípio do contraditório, o NCPC dá ao sócio/pessoa jurídica o prazo de 15 (quinze) dias para se manifestar acerca do incidente, bem como requerer produção probatória.

Há de se salientar que, para instauração do referido incidente, necessário se faz a comprovação dos pressupostos materiais da teoria maior ou menor da desconsideração da personalidade jurídica.

Outra inovação do NCPC que merece destaque é impossibilidade da desconsideração ocorrer por iniciativa própria do juiz. O diploma legal prescreve, de forma clara e categórica, que a desconsideração somente pode ocorrer mediante requerimento da parte, ou do Ministério Público, quando lhe couber, devendo, ainda, somente ser decidida após a citação do sócio ou da pessoa jurídica (no caso de desconsideração inversa), a quem será reservado o direito de se manifestar acerca do pedido e requerer a produção de provas, no prazo de 15 dias.

Por fim, o NCPC define que a decisão que defere ou indefere o pedido de desconsideração é uma decisão interlocutória, recorrível, por meio de agravo de instrumento no prazo de 15 dias.

Considerações finais

A empresa é reconhecida como um dos mais importantes fenômenos sociais, haja vista que sua atividade proporciona a circulação de bens ou serviços, sendo certo que a função social da empresa estará cumprida se seus bens de produção tiverem destinação compatível com os interesses da coletividade, realizando a produção e distribuindo estes bens à comunidade, fazendo circular riquezas e gerando empregos.

Demonstrou-se, por meio deste estudo, que o CPC/2015, impõe consideráveis mudanças no âmbito do direito empresarial. Foram muitas as alterações impostas pela lei 13.105 de 16 de março de 2015, no entanto, elegem-se algumas como principais.

Implementou-se procedimento especial no NCPC, estabelecido nos arts. 599 a 609, concernente a dissolução da sociedade, onde resta permitido que ação possa ter como objeto a dissolução cumulada com a apuração ou mesmo apenas a dissolução ou só a apuração de haveres, haja vista que são objetivos distintos, mas que podem vir cumulados em uma mesma ação.

Ainda, no contexto da dissolução da sociedade, entende-se que houve revogação tácita do art. 1.027 do CC, uma vez que sendo idênticos os interesses, não se admitem tratamentos diversos.

O legislador preocupou-se em indicar o processamento da demanda, com duas fases, a saber: a primeira, a fase de dissolução, com típico procedimento especial, de modo simplificado, com o objetivo específico de apenas dissolver parcialmente a sociedade. Já, a segunda, a fase de apuração dos haveres, como consequência da primeira, busca-se apurar os valores devidos ao sócio falecido, excluído ou retirante.

Merece destaque a inovação no que concerne aos procedimentos para instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

Conforme já demonstrado o Novo Código de Processo Civil não regula as hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica, que continuam sendo disciplinadas materialmente pelo Código de Defesa do Consumidor e Código Civil Brasileiro. A nova lei pretendeu, apenas, instituir o procedimento a que o pedido de desconsideração da personalidade jurídica deverá, obrigatoriamente, deve ser submetido.

Nota-se ainda, a preocupação do legislador com a celeridade, ante a desnecessidade de se ajuizar ação autônoma para se efetivar o pedido de desconsideração da pessoa jurídica, se a mesma for requerida na petição inicial.

Percebe-se, então, que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, além de outorgar à jurisdição a possibilidade de proteger os direitos dos credores prejudicados pela utilização desvirtuada da sociedade empresária, confere empresário maior condição de exercer o contraditório e a ampla defesa.

Por todo exposto, denota-se que merecem atenção e acompanhamento prático as inovações estabelecidas pelo NCPC/2015 já que são impactantes para os empresários e a sociedade como um todo.

Referências bibliográficas

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário**. 11 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Código de Processo Civil**: anteprojeto. Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 3 abr. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diá-**

- rio Oficial da União**, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 3 abr. 2018.
- BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 3 abr. 2018.
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 3 abr. 2018.
- BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 3 abr. 2018.
- BRYCH, Fabio. O ideal de justiça em Aristóteles. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, IX, n. 36, jan. 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1613>. Acesso em: 3 abr. 2018.
- CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Poderes do Juiz no Novo CPC. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 2012, v. 208, p. 275-293, jun. 2012.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CATEB, Alexandre Bueno. **Desporto profissional e direito de empresa: de acordo com o código civil de 2002**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

CLAUS, Ben-Hur Silveira. **O incidente de descondição da personalidade jurídica previsto no CPC 2015 e o Direito Processual do Trabalho**. Disponível em http://www.enamat.jus.br/?page_id=1803. Acesso em 3 abr. 2018.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Tempo e processo: análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual, civil e penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

DIAS, Ronaldo Bretas de Carvalho. **Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional**. Del Rey. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 9 Ed. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; MARQUES, Leonardo Albuquerque. Novo CPC deve mudar cultura de litigância excessiva. **Conjur**, 16 jul. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jul-16/codigo-processo-civil-mudar-cultura-litigancia-excessiva>>. Acesso em: 3 abr. 2018.

FREITAS, Gabriela Oliveira. **A uniformização de jurisprudência no Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. v. 4.

GORGA, Érica Cristina Rocha. **Direito Societário Brasileiro e Desenvolvimento do Mercado de Capitais**: Uma Perspectiva de Direito e Economia. 59 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2005.

HANSMANN, Henry. The Current State of Law and Economics Scholarship. **Journal of Legal Education**, v. 33, p. 218, 1983.

HARDIN, Garrett. The Tragedy of the Commons. **Science**, v. 162, n. 3859, Dec. 13th 1968.

MAMEDE, Gladston. Direito Societário: Sociedades Simples e Empresariais. In: _____. **Direito Empresarial Brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**. 28 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC**: crítica e propostas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEDINA, José Miguel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Dan de. SANDRI, Gabriel de Araújo. Depersonificação inversa da pessoa jurídica na justiça do trabalho. **Revista Eletrônica de Iniciação Científica**. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNI-

VALI. v. 4, n.4, p. 232-249, 4º Trimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/ricc - ISSN 2236-5044.

NALINI, José Renato. Incapaz de resolver conflitos, brasileiro alimenta cultura do processo. **UOL Notícias**, 19 fev. 2015. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/opiniao/coluna/2015/02/19/incapaz-de-resolver-conflitos-brasileiro-alimenta-cultura-do-processo.htm>>. Acesso em: 5 nov. 2015.

NERY JUNIOR, Nelson. Comentários ao Código de Processo Civil – Novo CPC – Lei 13.015/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NETO, João Francisco. A Tragédia dos Comuns. **Blog do ARF**, 2015. Disponível em: <<http://blogdoarf.com/articulas/joao-francisco-neto/a-tragedia-dos-comuns>>. Acesso em: 6 jan. 2016.

PAIVA, Danúbia Patrícia de. **Responsabilidade civil do Estado por ato lícito na hipótese de dano grave emergente da função jurisdicional**: perspectiva a partir da morosidade processual e do ativismo judicial. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Universidade Fumec, Belo Horizonte, 2015.

RAMOS, Carlos Henrique. **Processo Civil e o princípio da duração razoável do processo**. Curitiba: Juruá, 2008.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Novo Código de Processo Civil impacta diretamente no Direito Comercial. **Conjur**, 23 de março de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-23/direito-ci>>

vil-atual-codigo-processo-civil-impacta-direito-comercial>. Acesso em: 7 nov. 2015.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O direito constitucional à jurisdição. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **As garantias do cidadão na Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 31-51.

SANTOS, Paulo Márcio Reis. **Direito econômico processual**: uma abordagem pela Análise Econômica do Direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SANTOS, Paulo Márcio Reis; MOREIRA, Samantha Caroline Ferreira. A eficiente solução de litígios: uma proposta a partir da análise econômica do direito e dos meios alternativos de solução de conflitos. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 24., Aracaju/SE. **Anais...** Aracaju/SE: CONPEDI, 3 a 6 de junho de 2015. p. 86-106. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/619jk46k/Wjh-892jI24G6VsA1.pdf>>. Acesso em: 3 abr. 2018.

SANTOS, Paulo Márcio Reis; MOREIRA, Samantha Caroline Ferreira. (In)Efetividade da tutela jurisdicional e tempo econômico: um estudo com base na Análise Econômica do Direito. In: CONPEDI, 23, 2014, João Pessoa/PB. **Anais... João Pessoa/PB: CONPEDI**, 5 a 8 de novembro de 2014. p. 25-49. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=-02f83d35779d1914>>. 3 abr. 2018.

SCHNEIDER, Fernando Zanotti. Aspectos teóricos sobre a função social da pessoa jurídica e o incidente da desconsideração da Personalidade Jurídica previsto no Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015).

ABE Advogados, out. 2015. Disponível em: <<http://www.abe.adv.br/wp-content/uploads/2015/10/Abe-Advogados-Artigo-Desconsidera%C3%A7%C3%A3o-da-Personalidade-Jur%C3%ADdica-FZ-...1.pdf>>. Acesso em: 7 de Jan. 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais. **Academia Brasileira de Processo Civil**, jun. 2004. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo51.htm>>. Acesso em: 15 fev. 2016.

TORRES, Artur. Anotações aos artigos 1º a 12. In: MACEDO, Elaine Harzheim; MIGLIAVACCA, Carolina Moraes (Coords.). **Novo Código de Processo Civil Anotado**. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Porto Alegre: OAB RS, 2015. p. 22-33.

Responsabilidade civil do Estado por infecção hospitalar: uma análise jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça

Gustavo Oliveira Donato Fernandes e Iago Gabriel Silva Martins

Introdução

Dentro das evoluções e transformações ocorridas na sociedade através da Constituição Federal de 1988, uma das de maior magnitude foi a garantia do direito à saúde para todos os cidadãos, fundamentando dessa vez na Lei Maior, a segurança da prestação de uma saúde plena e eficaz a todos os cidadãos.

No entanto, quando o Estado, ente responsável por garantir aos cidadãos uma saúde de qualidade, falhar nessa tarefa e, por meio de uma ação ou omissão, provocar danos a terceiros, há que se falar em responsabilidade civil estatal.

O objetivo central deste artigo é apresentar uma discussão jurídica sobre a responsabilidade civil do estado na

ocorrência de infecção hospitalar. Focando nos recentes entendimentos do Superior Tribunal de Justiça, proferidos nos anos de 2015 e 2016, escolhidos para esse artigo pelas suas recentes datas e pertinência temática.

O artigo focará na garantia do direito à saúde pelo Estado, na teoria geral da responsabilidade civil, nos questionamentos que se faz à responsabilidade civil estatal e nos entendimentos proferidos no Poder Judiciário sobre o assunto.

Este trabalho foi elaborado com base em autores, estudos bibliográficos, revistas jurídicas, publicações eletrônicas, artigos científicos e legislação nacional, sendo estas de fundamental importância para a sua construção. As análises de um Recurso Especial e de um Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial, proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça, completam a metodologia do estudo.

Esse estudo se justifica após a percepção dos crescentes casos judiciais envolvendo o Estado e a má prestação da saúde, prejudicando os cidadãos. O mesmo vai apresentar ao público uma discussão precisa e ampla sobre a temática.

1. Responsabilidade civil do Estado

Um dos temas mais discutidos e questionados no Direito Civil Brasileiro é a Responsabilidade Civil do Estado. Inserida no campo do Direito Público, a responsabilidade recai diretamente sobre o dever do Estado de ressarcir ou indenizar os danos causados por seus agentes a terceiros.

A responsabilidade do Estado, também denominada de responsabilidade da Administração Pública, encontra-se inserida entre os casos de responsabilidade objetiva na legislação pátria. Esta responsabilidade prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade. Esta teoria, dita objetiva ou do risco, tem como postulado que todo dano é indenizável

e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente de culpa (MELLO, 2011).

O Estado é pessoa jurídica de direito público, ou seja, só atua mediante seus agentes ou delegados. Dessa forma, a obrigação de reparar os danos recai sobre esses entes.

O parágrafo 6º, do artigo 37 da Constituição Federal, disciplina a responsabilidade civil do estado ao dizer que todas as pessoas jurídicas de direito público e privado responderão pelos danos que causarem a terceiros (BRASIL, 2015). O artigo 43 do Código Civil diz que a responsabilidade do ente público se configura objetiva.

A legislação brasileira adotou a Teoria do Risco Administrativo, que diz respeito à responsabilidade do ente público, objetivamente, pelos danos que seus agentes causem a terceiro, admitindo a isenção da responsabilidade em determinadas situações em que haja a exclusão de algum dos elementos desta responsabilidade. Nos casos de acidentes ambientais e nucleares, a Teoria do Risco não se aplica (DI PIETRO, 2013).

Existe também no Direito Brasileiro a responsabilidade subjetiva do Estado. Esta é chamada, também, de teoria da responsabilidade com culpa; teoria intermediária; teoria mista ou teoria civilista, tendo surgido como forma de tentar explicar o dever de ressarcir os prejudicados em razão da prestação do serviço público.

De acordo com Haide Maria Hupffer (HUPFFER, 2012, p.113):

Para configurar a responsabilidade civil do Estado é necessário que se demonstre o nexo de causalidade entre os danos causados e a conduta tanto das pessoas jurídicas de direito público quanto das de direito privado prestadoras de serviço público, sendo desnecessária a prova de culpa – ou seja, o ato não precisa ser

ilícito, basta a comprovação do dano e o nexo causal entre a atividade estatal e o resultado danoso.

Outro pilar trata-se sobre a omissão estatal, ou seja, quando a não realização de alguma atividade provoca danos a terceiros. Tal conduta, também enseja responsabilidade civil, configurando assim a responsabilidade subjetiva, no qual não basta apenas comprovar o nexo causal, mas também, a existência de dolo ou culpa, comprovando que o Estado tinha o dever de agir e não o fez.

Conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro (DI PIETRO, 2013), para que se caracterize a responsabilidade do Estado, é necessário que: (a) o ato lesivo tenha sido praticado por agente de pessoa jurídica de direito público, ou pessoa jurídica de direito privado que preste serviço público; (b) o dano seja causado a terceiro, sendo irrelevante a sua condição de usuário ou não do serviço público – bastando que o dano seja consequência da prestação do serviço e; (c) ao causar o dano, o agente deve estar nessa qualidade, isto é, ele deve estar agindo no exercício de suas funções.

Além disso, quando o Estado não der causa aos fatos que gerarem danos a terceiros, ou não serem a única causa para tal fato, aplica-se as excludentes de responsabilidade, que são: culpa exclusiva da vítima; culpa de terceiros; força maior e o devido exercício do dever legal por parte dos agentes (CAVALIERI FILHO, 2015).

A Responsabilidade Civil do Estado gera efeitos nas esferas civil e constitucional, garantindo a reparação dos danos causados pela ação ou omissão dos agentes estatais a terceiros.

2. Responsabilidade civil do Estado por infecção de pacientes em hospitais públicos

A Constituição Federal de 1988 trouxe aos cidadãos brasileiros diversas garantias e direitos fundamentais para a promoção e efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, como moradia, educação e saúde.

De acordo com o artigo 196 da Constituição, “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (BRASIL, 2015, p. 63-64).

O Estado deverá se comportar mediante ações de proteção e efetivação, como por exemplo, a criação de medidas sociais, programas de prevenção e vacinação, medidas de proteção dentro das unidades básicas de saúde, maiores cuidados com determinadas doenças e investimentos nas áreas mais afetadas por epidemias.

A real situação do direito a saúde no país é bem diferente da idealizada no texto constitucional, conforme Luís Roberto Barroso (BARROSO, 2009). A falta de efetivação do Poder Público nas medidas para garantir a plena realização dos direitos relativos à saúde previstos no texto constitucional gera diversas interferências do Poder Judiciário, obrigando o Poder Executivo a cumprir com sua tarefa.

O direito a saúde como previsto na Carta Maior de 88, segundo Ingo Sarlet, garantiria atendimentos justos e eficazes por parte do Poder Público, diminuindo a interferência do Judiciário nesses atos. Inclusive o Sistema Único de Saúde, tão contestado atualmente, seria completamente satisfatório (SARLET, 2007).

Cabe ao Estado, mais especificamente à atividade administrativa, prover as devidas medidas para garantir a todos os cidadãos o pleno direito de terem uma saúde de qualidade, gratuita e de total acesso.

No que se refere à responsabilização do Estado pela infecção contraídas no amago do hospital, quando este é regido pelo erário público, Jurandir Sebastião (SEBASTIÃO, 2012, p. 155-156), esclarece que a responsabilidade é objetiva para as empresas fornecedoras de produtos e/ou serviços. Sendo a responsabilidade subjetiva, ou pessoal, atribuída às prestações de serviços dos profissionais liberais.

Não escapando a esta regra os hospitais, imbuídas nesta: as casas de saúde; clínicas médicas; maternidades; etc. Entendidas como uma estrutura física com todas as suas substancias inerentes a ela – aparelhos hospitalares, dentre tantos outros – tem-se empresas fornecedoras de serviços de saúde e de produtos afins. Desta forma, como abordado, o hospital e entidades prestadoras de serviços públicos ou de natureza pública seriam vistos como empresas, tratando-se, pois, de responsabilidade objetiva, nesta ótica acrescenta o referido autor (SEBASTIÃO, 2012, p. 156):

A nosso ver, a responsabilidade hospitalar é objetiva (com o efeito de presunção de culpa) por duas razões principais: a uma, porque o paciente está inferiorizado em relação ao hospital, tanto em dificuldade de fazer prova, como, principalmente, pela impossibilidade de se defender por antecipação, porque a subordinação à terapia e aos comandos da organização médico/hospitalar é a regra; a duas, porque a prestação de serviços envolve obrigação dinâmica, impossível de previsão fixa e imutável. Assume o hospital o dever de adequar os serviços às necessidades de terapia que se impuserem, independentemente da prévia contratação. Mas essa obrigação não é infinita. Quando escapa das possibilidades de atendimento, às vezes a solução é a remoção

do paciente para hospital especializado e de maior complexidade técnica. Por tudo isso, somado, a responsabilidade objetiva é relativa.

Neste aspecto, se evidencia que: por sua condição de vulnerabilidade física quanto psicológica, o paciente se ver em estado de fragilidade. Sendo que para tanto seria mais fácil para o hospital o ônus da prova e dos cuidados devidos. O que trás à baila que, uma vez o paciente *in casu* seja submetido a um tratamento médico hospitalar, mesmo não havendo contratação entre as partes, deverá fornecer ao paciente toda a estrutura adequada à sua boa recuperação.

Contudo, por não tratar-se de obrigação fim, mas sim de uma obrigação meio, quando escapa da especialidade do hospital o problema, ou o seu agravamento exigir uma maior proficiência, o paciente poderá ser removido para um instituto especializado por tratar-se de maior complexidade factual na saúde do individuo, mostrando por isso tudo o porquê da responsabilidade objetiva ser relativa.

E por trazer a preocupação de uma prestação de serviço público de qualidade que o jurista Almeida¹⁴ explicita o motivo de não possuímos um sistema uno e autônomo do ordenamento do Direito Médico (ALMEIDA, s.d., p.2):

É certo que ainda não se pode falar em autonomização científica do Direito da Saúde, ou Direito Médico, como muitos preferem, até porque a saúde faz parte de uma extensa lista de bens simultaneamente passíveis de disciplina tanto no quadro do Direito Público, quanto no Privado, o que impede uma sistematização

14. Juiz de Direito/TJ RJ. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade de Lisboa.

assente nessa clássica bipartição do ordenamento jurídico, mas que não exclui, em absoluto, a necessidade e a importância de seu estudo, notadamente ante ao crescente número de ações de indenização decorrentes da responsabilidade médica e hospitalar.

Contudo, se não pode, ainda, se falar em uma ciência autônoma jurídica da saúde, devido sua complexidade, não pode também preterir a importância da responsabilização conquanto ao erro que venha a ser cometido. Sendo latente a percepção de um número crescente de ações indenizatórias decorrentes de erros médicos ou hospitalares. Mas qual seria a decorrência de tais acontecimentos que tem aumentado os números de demandas contra o sistema público de saúde? O jurista Almeida cita Sérgio Cavalieri Filho, para exemplificar uma dentre as muitas causas (CAVALIERI FILHO *apud* ALMEIDA, s.d., p.2-3).

Muitas são as causas de tal fenômeno. Sérgio Cavalieri Filho, por exemplo, aponta como causa desta litigiosidade a “má qualidade do ensino de um modo geral, e dos péssimos serviços prestados, principalmente pelos hospitais públicos”, bem como o aumento da demanda na procura desses serviços e, também, “por ter hoje o cidadão uma maior consciência dos seus direitos e encontrar mais facilidade de acesso à justiça”.

Demonstra-se, assim, as consequências da má formação profissional no país, o que leva a um aumento na incidência de erros humanos, isso tudo somado com a má estrutura dos hospitais públicos do país, aponta também para um maior acesso as pessoas ao judiciário devido a maior consciência de

seus direitos. Mas e no que se refere às infecções hospitalares qual a medida da culpa estatal nestes casos?

Primeiramente antes de se adentrar na temática nuclear, torna-se precípuo conceituar o que seja *infecção hospitalar*, bem como diferenciá-lo de: *complicação na terapia*; *intercorrência médica*. Em primazia, segue-se o ensinamento de Milca Severino Pereira e Tokico Murawaka Morya, citado por Almeida, para conceituar o que seja infecção hospitalar (MURAKAWA e SEVERINO *apud* ALMEIDA, s.d., p.9).

“[...] emprega-se a expressão Infecção Hospitalar de forma genérica e convencional, para designar infecções adquiridas, após a admissão do paciente no hospital e que se manifesta durante a internação ou após a alta, se puder ser correlacionada com a hospitalização”. E mais: “essa expressão não implica, necessariamente, que o microorganismo responsável seja de origem hospitalar, mas identifica o hospital como o lugar onde se contraiu a infecção”.

No que tange as diferenças supramencionadas, Jurandir Sebastião (SEBASTIÃO, 2012, p.160) salienta que, a infecção hospitalar que na justiça, seria o dano advindo de um serviço médico/hospitalar questionável em sua ação ou omissão. A complicação na terapia seria a reação acidental, contudo natural de um organismo vivo prejudicial, não sendo óbice à correta terapia empregada. E por fim, a intercorrência médica, que trata-se da aparência de uma nova doença, decorrente de alguma modificação, evolução da patologia anterior, sendo imprevisível, ou caso seja previsível, tem-se o autor como inevitável.

Em contraponto ao autor, no que concerne à infecção, Álvaro Henrique Teixeira de Almeida, argui sobre o dever de indenizar, pois, ainda que seja inexistente na literatura

médica hospitalar um “grau zero” de infecções, não torna impossível a redução de tal incidência, não apresentando tal moléstia contraída no interior do centro de saúde como um fato imprevisível nem tampouco equiparado às hipóteses de caso fortuito e força maior (ALMEIDA, s.d., p.10).

A infecção, entretanto pode ser evitada, com bem salienta Álvaro Almeida (ALMEIDA, s.d., p.9), vez que a contaminação pode ter como seu ápice germinativo a falta de zelo fulcral de higiene daqueles que mantêm contato físico ou proximidade com o paciente – exemplo, médicos, enfermeiros, etc. – ou na negligencia de providencias assépticas adequadas no transcorrer da cirurgia ou a falta deste zelo para com os materiais a serem empregados e/ou nas dependências do estabelecimento. Sendo, a infecção, assim contraída, um agente exógeno, e por ser previsível torna-se também evitável.

Partindo dessa lógica de previsibilidade é que se atribui ao hospital uma responsabilização objetiva, portanto todo nosocômio (hospital) deverá ter a Comissão de Controle de Infecção Hospitalar, que dispendera ações com vista à minimizar a incidência de infecções hospitalares (ALMEIDA, s.d.).

Possuindo a Portaria nº 930, de 04/09/1992, do Ministério da Saúde, a autoridade para regular sobre o assunto, por conter normas para controle de infecções, tendo obrigatoriedade tal observância infecciosa por parte dos hospitais (ALMEIDA, s.d.). O mesmo autor acrescenta que o simples fato de o hospital possuir tal Comissão não o exime de responsabilidade (ALMEIDA, s.d., p.11).

Por outro lado, o simples fato de o hospital manter aludida Comissão de Controle, não o exime da responsabilidade, embora deva ser levado em consideração pelo julgador, posto que, por estar à ocorrência de infecção hospitalar estritamente ligada à atividade

do próprio nosocômio, sua responsabilidade só pode ser excluída quando a causa da moléstia possa ser atribuída a evento específico e determinado. Assim, não se apresenta responsável o hospital se a infecção foi adquirida em fase anterior ao ingresso do paciente, ainda que a mesma venha se desenvolver quando já internado. (ALMEIDA, s.d., p.11).

Devido a tal previsibilidade é que os tribunais pátrios tem tido decisões reiteradas conquanto à responsabilização dos hospitais públicos devido à contração de infecção hospitalar, divergindo, contudo em razão de suas fundamentações.

Contudo muitos são os julgadores que seguem ao parâmetro legal – que é o correto a se fazer – asseverando ser presumida a culpa do hospital, visto tratar-se de responsabilidade contratual, cabendo ao autor, ou a quem o represente, apenas, comprovar tal desajuste contratual. Ficando ao estabelecimento de saúde, a responsabilidade de comprovar que tomou todas as diligências devidas, tentado eximir sua culpa pela ação correta prestada durante o serviço (ALMEIDA, s.d.).

Portanto, cabe ao hospital, a responsabilidade conquanto ao adquirente, ou sua família, de infecção contraída no interior do nosocômio, devido à falta de diligencia necessária para a prestação adequada do serviço de saúde, tratando-se, pois, de responsabilidade objetiva, cabendo ao hospital o ônus da prova, devido à fragilidade em que se encontra o paciente com relação ao órgão.

3. As discussões sobre responsabilização estatal por contaminação em hospital público no STJ

O excelso Tribunal de Justiça é o órgão competente no Brasil para dar a palavra final sobre matérias infraconstitucionais.

Em sequência, analisar-se-á dois dos mais recentes julgados sobre a responsabilidade civil do estado por infecção hospitalar.

O estudo desses casos foi feito com base nos ensinamentos dados por Virgílio Afonso da Silva (SILVA, 2015) sobre o funcionamento do STJ. As discussões sobre a relatoria dos recursos, os votos proferidos pelos ministros do colegiado e como essas decisões impactam o Judiciário no todo.

O primeiro acórdão é um Recurso Especial¹⁵, oriundo do Estado do Rio de Janeiro, com a relatoria do Ministro Humberto Martins, julgado em março de 2015. Segue parte da ementa analisada:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. CONTAMINAÇÃO DE HEMOFÍLICOS COM O VÍRUS HIV (AIDS) E HCV (HEPATITE C). OMISSÃO ESTATAL NO CONTROLE DO SANGUE. DANO MORAL. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO E DO ESTADO. DECISÃO *EXTRA PETITA*. LEI 4.701/65. [...] 6. Responsabilidade objetiva do Estado, com base na teoria do risco administrativo, por contaminação com o vírus HIV e HCV (hepatite C), em decorrência de transfusão de sangue. Dano e nexos causal reconhecidos pelo Tribunal de Origem. Não se observa excludente de culpabilidade no caso em análise. Reconhece-se a conduta danosa da Administração Pública ao não tomar

15. Recurso Especial Nº 1.299.900, de relatoria do Ministro Humberto Martins, tendo como recorrentes o Estado do Rio de Janeiro e a União e recorridos Celso de Oliveira Joe e outro e Marcos Alexandre Gomes da Silva e outro. Recurso parcialmente provido.

as medidas cabíveis para o controle da pandemia. No início da década de 80, já era notícia no mundo científico de que a AIDS poderia ser transmitida pelas transfusões de sangue. O desconhecimento acerca do vírus transmissor (HIV) não exonera o Poder Público de adotar medidas para mitigar os efeitos de uma pandemia ou epidemia. Princípio da Precaução no âmbito do Direito Administrativo. (STJ - RECURSO ESPECIAL Nº 1.299.900 – RJ 2011/0302811-8. Relator: Ministro Humberto Martins. Data de Julgamento: 03/03/2015.)

O caso analisado é de uma contaminação de dois hemofílicos – pessoas que necessitam constantemente de transfusões de sangue – pelo vírus HIV e o vírus HCV, em 1987. Alegam os recorridos que era dever do Estado o zelo pela qualidade do sangue. Por outro lado, os recorrentes, o estado do Rio de Janeiro e a União, argumentam que não tinham como saber da pandemia de AIDS à época.

O objeto da discussão é sobre a ocorrência de uma cláusula de excludente de responsabilidade, mais especificamente a força maior. Os ministros decidiram que não cabe excludente de responsabilidade, analisando o fato de que a pandemia era real e conhecida de todos na década de 80. Além disso, quase a totalidade dos hemofílicos da época foi infectada.

O julgado analisado reafirma a aplicabilidade da Teoria do Risco Administrativo. Conforme o acórdão, houve o reconhecimento do dano e do nexo causal, já que é incontestável a condição de enfermos dos recorridos e a expressa contaminação das doenças pelas transfusões de sangue.

O entendimento manifestado no acórdão é o de que o Estado também provoca danos a terceiros por uma simples omissão. Como visto, garantir o direito a saúde e efetivar as

medidas para a plena efetivação dos cuidados é de dever do Poder Público, previsto na Constituição Federal.

Conforme Cavalieri, “os nossos tribunais têm reconhecido a omissão específica do Estado quando a inércia administrativa é a causa direta e imediata do não impedimento do evento” (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 339).

A análise desse julgado reafirma que a omissão do Estado também enseja responsabilidade civil. O Poder Público deve agir quando solicitado, visto que, caso contrário, poderá causar danos a terceiros. Outro acórdão de relevância temática¹⁶, julgado em 12/04/2016, reafirma a teoria da responsabilidade objetiva. Um adolescente morreu dentro de uma unidade de saúde, administrada pelo município do Rio de Janeiro. Segue a ementa:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INFECÇÃO HOSPITALAR. MORTE DO PACIENTE. JUROS DE MORA. INDEVIDA INOVAÇÃO RECURSAL. OMISSÕES NO ACÓRDÃO. INEXISTÊNCIA. DEVER DE INDENIZAR. **QUANTUM** INDENIZATÓRIO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. (STJ - RECURSO ESPECIAL Nº 701.624 – RJ 2015/0886270-0. Ministro: Sérgio Kukina. Data de Julgamento: 12/04/2016).

Apesar da discussão do acórdão ser predominantemente de cunho processual, é importante verificar o entendimen-

16. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial Nº 701.624 – RJ, tendo como relatoria o ministro Sérgio Kukina, agravante o município do Rio de Janeiro e agravado SG DA S – por si e representado e J P G D A (Menor). Recurso não provido.

to atual do tribunal acerca da responsabilização do estado. Segundo o ministro Sérgio Kukina, basta a incidência denexo causal e dano para que o ente estatal se enquadre nas definições do artigo 37 da CF.

A partir das análises desses julgados do Superior Tribunal de Justiça, reafirma-se a ideia de que o Estado é o principal responsável pela prestação efetiva da saúde aos cidadãos.

Considerações finais

Com advento da Constituição Federal de 1988, a saúde ganhou um patamar de direito fundamental, garantindo assim que esse direito chegasse a todos os cidadãos, dando ao Estado o dever desta tarefa. No entanto, o Estado peca em alguns momentos por não entregar uma saúde de qualidade, capaz de evitar o surgimento de doenças infecciosas.

Conforme o que foi estudado, a responsabilidade civil do estado por infecções hospitalares é um tema recorrente dentro dos tribunais pelo país. A responsabilização por danos provocados a terceiros, oriundos de ações ou omissões por parte do Poder Público, recai diretamente sobre o ente estatal.

No Brasil, muito pela falta de recursos e investimentos na área, todo o sistema de saúde pública é duramente criticado pelos estudiosos e pela população em geral, cobrando maiores resultados no que se refere à boa prestação da saúde.

Além disso, os julgados analisados serviram para entender como o Superior Tribunal de Justiça se comporta hoje nas ações sobre o referido assunto. O Estado é responsabilizado diretamente por suas ações e omissões que provoquem danos a quem recorre aos tratamentos e instituições mantidos pelo Poder Público.

Dessa forma, entende-se que a oferta de saúde tem de ser tratada com acuidade. Primando desta forma pela a exce-

lência do serviço oferecido. Pois uma vez que a qualidade e/ou diligencia são preteridas, surge para o Estado o dever de reparar o dano que provocara a seus administrados, uma vez tratar-se de responsabilidade objetiva.

Referências

- ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; CORREA, Iose Luciane Machado; HUPFFER, Haide Maria; NAIME, Roberto. Responsabilidade civil do estado por omissão estatal. *Revista Direito GV*. São Paulo, 2012.
- ALMEIDA, Álvaro Henrique Teixeira de. **Responsabilidade Civil dos Hospitais e Clínicas**. Disponível em: <<http://www.noar-cms.com/UserFiles/52/File/Artigo2.pdf>>. Acesso em 02/11/2016.
- BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista Jurisprudência Mineira – TJMG**. Belo Horizonte, vol. 60, nº 188, p. 29-60, jan/mar 2009. Disponível em: <<http://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/516/1/D3v1882009>>. Acesso em: 01 nov 2016.
- BRASIL. **Código Civil**, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *VadeMecum Compacto*, 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, Promulgada em 05 de outubro de 1988. *VadeMecum Compacto*, 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RECURSO ESPECIAL Nº 1.299.900** – RJ 2011/0302811-8. Rela-

tor: Ministro Humberto Martins. Data de Julgamento: 03/03/2015. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1386818&tipo=0&nreg=201103028118&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20150313&formato=PDF&salvar=fal>>. Acesso em: 25 out 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 701.624** – RJ 2015/0886270-0. Ministro: Sérgio Kukina. Data de Julgamento: 12/04/2016. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1503025&tipo=0&nreg=201500862700&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20160419&formato=PDF&salvar=fal>>. Acesso em: 25 out 2016.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 12. Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda.: 1998. *In*: ALMEIDA, Álvaro Henrique Teixeira de. *Responsabilidade Civil dos Hospitais e Clínicas*.

CICLO DE PALESTRAS SOBRE O NOVO CÓDIGO CIVIL, 2003. **Teoria geral da responsabilidade “civil” e obrigações contratuais do empregador perante o novo código civil**. Jorge Pinheiro Castello. Escola de Magistratura da Justiça do Trabalho da 15ª Região. São Paulo.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 26 Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. 18^a. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28 Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

PEREIRA, Milca Severino e MORIYA, TokicoMurakawa. **Infecção Hospitalar – Estrutura Básica de Vigilância e Controle**. 2^a Ed. Goiânia, AB Editora, 1995. In: ALMEIDA, Álvaro Henrique Teixeira de. Responsabilidade Civil dos Hospitais e Clínicas.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado**. Salvador, vol. 11, setembro/outubro/novembro 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 20 de set de 2016.

SEBASTIÃO, Jurandir. **Fundamentos da responsabilidade civil e criminal e a aplicação do direito**. Uberaba: W/S Editora e Gráfica, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. **“Um Voto Qualquer”?** O Papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. In: *Revista Estudos Institucionais*, v.1, n. 1, pp. 180-200, 2015.

Responsabilidade civil: uma análise sobre o extravio de bagagens no transporte terrestre

Jorge Amancio Castro Pimentel e Flávia Soares Couto

Introdução

O presente artigo examina o instituto da Responsabilidade Civil do Transportador, em especial, a questão do extravio de bagagens, que de certa forma é um óbice nas relações contratuais entre os pactuantes.

Atualmente, o extravio de bagagens enseja uma enorme preocupação, pois as coisas ou encomendas dizem respeito a um aspecto econômico e social de determinada pessoa, que pode produzir transtornos de ordem moral, financeira, material a serem ressarcidos com base no princípio da reparação integral.

Quando houver o descumprimento da obrigação principal, advém à sucessiva, frisando sempre na questão da responsabilidade daquele que assumiu o dever inicial, de entregar

a coisa da mesma forma que recebeu, destacando, ainda, os casos em que não há culpa, onde o valor da coisa perdida não é tão relevante, contando nesse contexto a questão do dano moral, colocando o legislador a decidir a determinado caso.

Nesses termos será aqui analisada a questão da condição do consumidor, no que tange à recuperação do bem, juntamente com os preceitos da punibilidade de quem ficou com a guarda do bem, e a satisfação de recuperar o produto extraviado da vítima.

Sendo assim com a abordagem poderá evidenciar um melhor entendimento a cerca do extravio de bagagens terrestres.

1. Responsabilidade civil do transportador no transporte terrestre

A Responsabilidade Civil do Transportador é uma forma de contrato pelo qual alguém a receber determinado bem com o intuito de guardá-lo e entregar a seu destinatário final nas mesmas condições em que lhe fora entregue, tendo como requisito de entrega o endereço fornecido pelo depositante, caso a referida entrega não obedeça o acordo, esta certamente será declarada extraviada, pois não foi entregue a seu correspondente corretamente.

A obrigação assumida pelo transportador é objetiva e de resultado, não há exigência sobre o passageiro provar sobre quem recai a culpa do efeito danoso, basta que seja evidenciado pela vítima o contrato de transporte o dano e o nexo de causalidade. Respondendo o transportador pelos danos causados ao passageiro durante o percurso contratado. Trata-se de contrato de adesão, em que ao passageiro só é facultado, no momento do embarque, aderir às cláusulas previamente estipulada pelo transportador.

Nesse sentido Nader (2010, p. 449-450) preleciona que:

O contrato de transportes é consensual, bilateral, oneroso, cumulativo, de resultado, não formal e [...] de adesão [...] nos transportes coletivos urbanos [...] basta à pessoa dar entrada no coletivo para que se definam as obrigações [...] A responsabilidade do transportador pode ser analisada sob quatro enfoques: a) quanto aos empregados; b) em relação a terceiros; c) em face de passageiros; d) quanto ao transporte de mercadorias.

Nesses termos deve ser frisado que há diversos requisitos para a realização do contrato de transporte, analisando assim a relação hierárquica do empregador com empregado em face do cliente que utiliza o serviço de transporte, pois se não houver uma junção entre a ação de ambas será impossível findar o que se propôs inicialmente é a que a mercadoria seja entregue a seu destino pretendido.

A responsabilidade pode ser contratual ou extracontratual, sendo que esta se configura quando o causador do dano é um terceiro, permanecendo a obrigação de indenizar do transportador, contudo ele detém de um direito, a ação regressiva contra o causador do dano, sendo assim o STF na súmula 187 fala que: “A responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva” (BRASIL, 2015).

A Súmula 187 demonstra que independente da culpa de outrem o transportador irá responder perante aquele que pactuou consigo, mesmo que o referido posteriormente em uma ação oportuna possa ser ressarcido pelos danos sofridos, além dos gastos com os passageiros ou coisas, ou seja, não há transferência da responsabilidade no caso do referido não ser responsável pelo ato.

Nesses termos a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), dispõe em seu artigo 37, § 6º que:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Conforme exposto, independente da culpa do transportador, a obrigação de indenizar dos concessionários de serviços públicos é obrigatória, vez que há um contrato a quebra dele gerará a ¹⁷responsabilidade em desfavor deste, levando a crer no possível desvio da prática de determinada atividade por parte do funcionário da prestadora de serviços.

Um dos elementos importantes do contrato é a cláusula de incolumidade, a obrigação assumida pelo transportador de finalizar com o passageiro de conduzi-lo ao lugar de destino bastado para este ser indenizado, que a incolumidade foi assegurada. Deve-se destacar, especialmente que as cláusulas excludentes da obrigação de indenizar são o caso fortuito, a força maior e a culpa exclusiva da vítima.³

17.³A Resolução nº 1432/06 da ANTT (Agência Nacional dos Transportes Terrestres) (BRASIL, 2006), regulamenta que:

Art. 8º A transportadora responde pela indenização de bagagem regularmente despachada, na forma desta Resolução, até o valor de 3.000 (três mil) vezes o coeficiente tarifário, no caso de danos, e 10.000 (dez mil) vezes o coeficiente tarifário, no caso de extravio. § 4º A transportadora indenizará o proprietário da bagagem danificada ou extraviada no prazo de até 30 (trinta) dias, contados da data da reclamação, devendo constar, obrigatoriamente em destaque, no formulário a ser preenchido pelo passageiro, orientação para que o mesmo acione a fiscalização caso a empresa não o indenize no prazo indicado.

Esses direitos são previstos pela Agência Nacional de Transportes Terrestres, na ocorrência do descumprimento por parte das transportadoras, se houvesse o cumprimento da resolução certamente não recairiam perante o Poder Judiciário demandas de vítimas requerendo indenizações de cunho moral quanto social evitando assim transtornos e gastos (BRASIL, 2014).

O artigo 730 do Código Civil diz: “pelo contrato de transporte alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar, de um lugar para outro, pessoas ou coisas” (BRASIL, 2002). Sendo assim, após assumida a responsabilidade fica impedido a sua irrecorribilidade no que se refere a desistência do depositário em fazer a entrega. Por exemplo: João posta em determinada agência uma mala postal ela não pode desistir de fazer a entrega após pactuar com João, vez que ali já foi findado um contrato entre ambos.

Regulamenta o Código Civil de 2002 em seu artigo 734 que “O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade” (BRASIL, 2002), ou seja, independendo de culpa há o transportador irá ser responsabilizado perante seus clientes, mesmo que posteriormente possa usar do direito de regresso, é uma forma que o legislador propôs para evitar abuso das empresas, até mesmo para que haja uma maior preocupação em relação aos serviços prestados.

Salienta ainda o legislador que se o motivo do extravio for um caso de força maior o transportador não será responsabilizado, colocando no órgão jurisdicional o poder de decidir se determinado caso concreto pode ou não seguir os requisitos do artigo 734 do Código Civil de 2002, pois quem perdeu seu bem pode dizer que houve desídia por parte do depositário.

Diante disso RIZZARDO, (2013, p. 451) destaca que:

[...] aquele que assume a obrigação de fazer transportar a mercadoria, não o fazendo pessoalmente, mas através de outras pessoas. Em geral vem a ser a ‘empresa de expedição’, ou a ‘agência de viagens. [...] O destinatário é apenas uma pessoa a quem se envia o bem. Não participa, portanto, do contrato, mas pode assumir obrigações perante o transportador, fato comum na eventualidade dele próprio se responsabilizar pela obrigação de pagar o frete.

Seguindo o passo, nem sempre quem assume a obrigação de transportar irá fazê-la pessoalmente, necessitando assim dos encarregados para atenderem as demandas em que lhes são atribuídas. Em muitos casos o depositante faz a remessa do bem, porém há a obrigação do destinatário arguir de forma onerosa com o frete, fator este previamente pactuado entre os envolvidos, sendo que o frete só será devidamente pago se entregue no destino correto e aponta para a importância social e econômica dos profissionais que atuam nessa área.

2. O extravio de bagagens e o Código de Defesa do Consumidor

O estudo da responsabilidade contratual começou a se tornar desenvolvida com o início do transporte de passageiros, como diz Cavalieri (2012, p. 328) “começa literalmente no tempo da “Maria-Fumaça”, no tempo das locomotivas a vapor, que foram os primeiros meios de transporte coletivo”.

Hodiernamente, os principais veículos que estão hábeis a realizar o transporte terrestre são os, automóveis, motocicletas, ônibus, micro-ônibus caminhões, trens e metrô, para configurar o extravio de bagagens basta que a vítima com-

prove dois requisitos para ensejar o inadimplemento contratual. São eles: o fato do transporte e o dano.

Contudo Cavalieri (2012. p. 327) retrata que:

O bilhete ou passagem não é indispensável para a celebração do contrato, por se tratar de contrato não formal. Pode apenas servir como meio de prova da sua existência. Nem mesmo o pagamento da passagem é elemento necessário para a consumação do contrato. Casos existem em que isso só é feito no curso ou mesmo na final da viagem, podendo-se daí concluir que 'pagamento da passagem já é fase da execução do contrato, e não da celebração.

No momento em que o passageiro se locomove em um meio de transporte, o contrato envolve a obrigação do transporte de bagagem do passageiro se este a possuir, seja no compartimento em que o passageiro irá viajar, ou em local apropriado para o devido despacho da bagagem, devendo o transportador fornecer uma nota, etiqueta ou comprovante, para que ao chegar a seu destino o passageiro possa retirá-la.

A etiqueta anexada pelo transportador na bagagem do passageiro no início do contrato serve também para que não haja confusão entre bagagens, de modo que outro passageiro não a pegue de forma enganosa, evitando assim o extravio e que permita a identificação da bagagem quando está for interceptada por alguma autoridade por suspeita de transportar em seu interior objeto ilícito.

O Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990), em seu artigo 14 relata que:

O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos

à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos que os fornecedores de serviços.

Nesses termos há uma relação jurídica, onde o transportador é um fornecedor de serviços, existindo um ciclo no bem de consumo, onde o objeto é o transporte do passageiro e sua bagagem de um ponto a outro. Quando este contrato é violado, com o extravio da bagagem, ou qualquer outro problema, ocorre um inadimplemento contratual por parte da empresa, que vai causar danos patrimoniais e morais ao consumidor, independentemente de culpa parte autora.

A responsabilidade civil consiste no dever de reparar tal dano sofrido de forma satisfatória, auferindo responsabilidade do transportador quando do extravio de bagagens, por se tratar de prestação de serviços, a relação contratual se submete, ao regramento específico do Código de Defesa do Consumidor.

Categoricamente Cavalieri (2012, p. 332) argumenta que:

Em qualquer caso, entretanto, é irrelevante que o defeito seja ou não imprevisível. O fornecedor do serviço terá que indenizar desde que demonstrada à relação de causa e efeito entre o defeito do serviço e o acidente de consumo, chamado pelo Código de fato do serviço. O Código Civil, como não poderia deixar de ser, consolidou toda essa evolução jurídica no texto do seu ano 734, que diz: “O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade”.

Ficando determinado que independente de culpa seja responsabilizado o transportador, pela indenização aos da-

nos acarretados pelo fornecedor, com base na prevalência dos princípios estabelecidos no Código Civil. Na solução desses conflitos entre o Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor, deve prevalecer o CDC, pois se tratar de uma matéria específica das relações de consumo.

Nesses termos Cavalieri (2012, p. 360) demonstra a aplicabilidade do instituto:

Quando se cuida de extravio da bagagem, alega-se que o limite de indenização somente não incide quando o passageiro faz a declaração dos valores da bagagem. Hoje, porém, na perspectiva da legislação sobre o consumo, há de se entender que a exoneração da companhia de transporte – responsável, em princípio – ocorre quando ela exige do passageiro a declaração do valor, a lhe permitir a verificação do declarado. Se a companhia deixa de tomar essa providência, não pode invocar o privilégio.

Sem o dano não há que se falar em Responsabilidade Civil, pois, o dano é o prejuízo resultante da lesão a um bem ou direito, é a perda ou redução do patrimônio material ou moral do lesado em decorrência da conduta do agente, gerando para o lesado o direito de ser ressarcido para que haja o retorno de sua situação ao estado em que se encontrava antes do dano para que seja compensado.

3. O problema do dano moral

Identifica-se, o dano moral com a dor, em seu sentido mais amplo, não apenas a dor física, mas também os sentimentos negativos, como a tristeza, a angústia, a amargura, a humilhação, ou seja, é algo que vai além da perda do bem

material. Assim, o dano moral e a dor (constrangimento) acabam por ser vistos como um só fenômeno.

O dano moral é uma lesão que atinge o ofendido em seu íntimo, afetando seu estado de espírito, a indenização de uma lesão desse tipo, não cabe falar em reparação por equivalência, como ocorre no dano material, uma vez que os bens afetados pelo dano moral, por se tratarem de sentimentos e estados subjetivos, não são passíveis de quantificação correspondente à perda. Tentar-se buscar um valor que sirva ao que alcance uma medida para aliviar o sofrimento da perda do lesado, bem como punir o causador do dano por seu ato ou omissão (CAVALIERI, 2012).

Afinal “a indenização do dano material medir-se-á pela diferença entre a situação patrimonial anterior do lesado e a atual. A do dano moral será arbitrada judicialmente, em montante que possa compensar a dor e o sofrimento do lesado” (GONÇALVES, 2011, p. 387), sendo assim deve ser frisado que há situações onde as perdas, dinheiro algum restitui o valor que determinado bem tem, ficando a cargo do juízo atribuir determinada indenização a um extravio em que o valor sentimental é superior ao patrimonial.

Contudo Costa et al (2008, p. 08) aborda sobre a desubjetivação dizendo o seguinte:

Infelizmente, não temos ainda projeto legislativo que altere substancialmente, apesar dos avanços citados na luta pela desubjetivação do dano moral. Ainda estamos reféns de um sistema em que a participação das partes na construção da decisão jurisdicional dá-se de forma retórica, tentando simplesmente convencer o julgador de que o seu argumento é o melhor.

Ademais, conforme prelecionado acima há uma crítica em relação a não consideração da dor do dano moral como

um sentimento, para que este não seja individualizado de acordo com a personalidade de cada um, mas que siga um critério uniforme a todos. Logo há a possibilidade de proporcionar uma igualdade nas demandas julgadas, para que a condição financeira de cada um não influencie na vida útil do processo, sendo assim as transportadoras devem ser mais cautelosas, objetivando então um maior comprometimento com o patrimônio do depositante.

No dano imaterial, o vínculo entre o lesado e a coisa é tão forte que acaba por ser irreparável, não havendo valor em dinheiro que pague, mesmo assim esse prejuízo é analisado com os devidos cuidados, como se houvesse uma balança para se manter um equilíbrio, refletindo um limite razoável, sensato, moderado para se chegar a determinada quantia, pretendendo uma valorização e reparação do bem.

A perda ou extravio de bagagem acarretam prejuízos sejam eles de ordem material ou moral, ficando estabelecido reparação pelo transportador. O dano moral, em razão de sua natureza *in re ipsa*, afasta a exigência de sua comprovação, bastando à demonstração do fato, cujos efeitos são capazes de violar a dignidade, a privacidade, a imagem ou a moral da pessoa ou de produzir abalo psicológico relevante. Não se deve fazer pouco caso desse elemento, pois o extravio de bagagem enseja violação aos direitos da personalidade do consumidor, trazendo-os transtornos e aborrecimentos indevidos, mediante situação.

Preconiza Cavalieri (2012, p. 90) que:

Com efeito, o ressarcimento do dano moral não tende à restituição *in integrum* do dano causado, tendo mais uma genérica função satisfatória, com a qual se procura um bem que recompense, de certo modo, o sofrimento ou a humilhação sofrida. Substitui-se o conceito de equivalência, próprio do dano material,

pelo de compensação, que se obtém atenuando, de maneira indireta, as consequências do sofrimento. Em suma, a composição do dano moral realiza-se através desse conceito – compensação –, que, além de diverso do de ressarcimento, baseia-se naquilo que Ripert chamava “substituição do prazer; que desaparece, por um novo”. Por outro lado, não se pode ignorar a necessidade de se impor uma pena ao causador do dano moral, para não passar impune a infração e, assim, estimular novas agressões. A indenização funciona também como uma espécie de pena privada em benefício da vítima.

Logo o dano moral é uma lesão aos valores da pessoa humana, pode ser compreendido como a lesão causada a um bem personalíssimo de determinada pessoa, em que o prejuízo não adentre a esfera material, e sim, atinja o seu caráter subjetivo, trazendo consequências negativas para a vítima, pois seu bem-estar social e pessoal será abalado.

A questão da fixação do quantum indenizatório é um tema que provoca uma série de dúvidas, em virtude da dificuldade de se calcular o valor da indenização para a reparação do dano, pois diferentemente do dano patrimonial que é possível avaliar o valor exato do dano, no imaterial fica quase impossível calcular o valor exato da lesão provocada.

4. Posicionamento do STF e do STJ em relação ao extravio de bagagens no transporte terrestre

Abarcar a questão do posicionamento doutrinário é de suma importância, pois através deste, há a possibilidade de assim demonstrar a efetividade do instituto, levando em consideração a fundamentação do legislador frente a perda e extravio

de bagagens no transporte terrestre, ou seja, seu entendimento é necessário para que haja novos embasamentos jurídicos, que por sua vez influênciam de forma relevante em nosso cotidiano.

Como baixo índice de julgados publicados no STJ/STF, demonstra assim que há uma resolução dos conflitos no início da ação, proporcionando assim uma maior efetividade as demandas pleiteadas, perante os órgãos julgadores, possibilitando uma adequação ao pedido requerido em juízo.

Nesses termos o julgado abaixo trata-se do Agravo de Instrumento nº 18.921- São Paulo, sendo julgado em 16/08/1957, acordão esse que foi o primeiro a chegar ao STF relacionado ao tema do extravio de bagagens no transporte terrestre.

O Ministro Lafayette de Andrada decidiu em desfavor do agravante Expresso brasileiro viação Ltda que o mesmo é responsável pela perda ou extravio das bagagens de seus passageiros conduzidas em compartimento separado do passageiro, pois somente os empregados da transportadora tem acesso à chave, visto que o agravado Almy de Figueiredo Galvão teve o prejuízo em sua bagagem no valor equivalente a R\$ 3.930,00 (três mil novecentos e trinta cruzeiros), quando se deslocava do Rio de Janeiro sentido capital. Logo negou provimento ao recurso, a qual teve a concordância dos demais ali presentes, obtendo assim a unânimidade dos votos.

Empresas de transportes rodoviários - Interpretação aceitável de lei não dá margem ao apelo extremo-Recurso não provido. (AI 18921, Relator (a): Min. LAFAYETTE DE ANDRADA, Segunda Turma, julgado em 16/08/1957, DJ 11-10-1957 PP-13090 EMENT VOL-00317-01 PP-00138) (Grifo Acrescido).

Outro julgado importante foi o último proferido pelo STJ, no que se refere ao transporte terrestre, em que o recorrente Gleison Junio Ferreira pleiteou o recurso especial

nº 1.580.570-MG (2016/0023380-3), contra a recorrida Viação Itapeminim S.A, alegando que a empresa em questão deveria indenizá-lo, pois perdeu seu notebook no interior do ônibus que trafegava de São Paulo a Ipatinga.

O Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva negou provimento ao recurso, alegando que cabe ao usuário zelar pela segurança dos pertences pessoais que transporta consigo. Restou comprovado no decurso do processo que houve culpa da vítima na perda de seu notebook, sendo assim a referida decisão é uma exceção, em regra as transportadoras respondem pelo extravio de bagagens de seus usuários independentemente se estiver no interior ou em compartimento separado do veículo.

APELAÇÃO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MATERIAIS E MORAIS – EXTRAVIO DE BAGAGEM DE MÃO - FURTO NO INTERIOR DE ÔNIBUS COLETIVO – TRANSPORTE INTERMUNICIPAL DE PASSAGEIRO - LEGISLAÇÃO PRÓPRIA – RESPONSABILIDADE DO PASSAGEIRO - EXCLUDENTE DE NEXO CAUSAL. Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva. Quinta Turma. Julgado em: 08/06/2016. Recurso especial nº 1.580.570-MG (2016/0023380-3) (Grifo Acrescido).

Contudo deve ser frisado da abrangência do extravio de bagagens, afinal qualquer ente da sociedade pode passar pelo constrangimento de ter um bem extraviado, independentemente assim do cunho financeiro de cada um, de forma direta ou indireta todos utilizam e necessitam dos meios de transportes para compromissos do dia-a-dia, ou seja, há uma dependência e compromisso muito grande em face daqueles que prestam o serviço de transporte, perante seus consumidores.

Considerações finais

O presente trabalho buscou apresentar os principais apontamentos do extravio de bagagens em relação ao transporte terrestre, instituído este regulamentando pelo Código Civil de 2002, além de legislações que o auxilia, considerando que qualquer pessoa pode direta ou indiretamente ser afetada com o extravio de algum pertence depositado em uma empresa de transporte.

A Responsabilidade Civil do transportador no dia a dia solucionar possíveis e futuras necessidades que possam advir do descumprimento contratual por parte dos contratantes, evitando assim que haja desídia entre os pactuantes.

No contrato de transporte há um contrato e entre transportador e transportado, no qual desse vínculo se almeja um resultado. Trata-se do contrato utilizado diariamente pela população como um todo, em especial, nos grandes centros urbanos é o de transportes e o descumprimento dessa obrigação enseja uma reparação, pois se relaciona a um dano para outrem, seja ele de forma material ou moral, devendo haver restituição pelas perdas sofridas, com a coisa extraviada.

Referências

BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres

- **ANTT** Resolução nº 1432 de 26/04/2006. Disponível em: <<https://www.diariodasleis.com.br/busca/exibelinke.php?numlink=1-8-34-2006-04-26-1432>> acesso em: 31/10/2016.

_____. **ANTT atualiza cartilha com direitos dos passageiros do transporte rodoviário**. Ministério dos transportes, Portos e Aviação Civil. Disponível em:

< <http://www.transportes.gov.br/ultimas-noticias/2871-antt-atualiza-cartilha-com-direitos-dos-passageiros-do-transporte-2.html>> acesso em: 02/11/2016.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

_____. *Código Civil. Lei 10. 406, de 10 de Janeiro de 2002*. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Código de Defesa do Consumidor. Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990*. São Paulo, Saraiva, 17ª edição, 2014.

_____. Superior Tribunal Federal. Segunda Turma. **Agravo de Instrumento nº 18.921-São Paulo**. Relator: Lafayette de Andrada. Julgado em: 16/08/1957. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=6000>>, acesso em: [30/10/2016](http://www.stf.jus.br).

_____. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. **Recurso Especial nº 1.580.570-MG (2016/0023380-3)**. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em: 08 de setembro de 2016. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=DTX-T&livre=@docn=%27004939093%27>>, acesso em: [31/10/2016](http://www.stj.jus.br).

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 187 do STF**. São Paulo, Saraiva, 14ª edição, 2015.

CAVALIERI, Filho Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo, Atlas, 10ª edição, 2012.

COSTA, Silva da Álisson et al. **Por uma Desubjetivação do Dano Moral**. Disponível em: <<http://www.fmd>.

pucminas.br/Virtuajus/1_2009/Discentes/Por%20uma%20Desubjetivacao%20do%20Dano%20Moral.pdf, acesso em: 02/11/2016.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson e NETTO, Braga Peixoto Nelson. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. Salvador, Juspodivm, 3º edição, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações**. São Paulo, Saraiva, 8º edição, 2011.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro, Forense, 3º edição, 2010.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro, Forense, 6º edição, 2013.

Direitos da personalidade em tempos de Google: o direito ao esquecimento nos tribunais

Simone Alvarez Lima e Camila Mello e Silva Fortuna Rodrigues

Introdução

A dignidade da pessoa humana é um princípio a ser flexibilidade conforme o caso e seu conteúdo se transforma com o avançar dos anos. A tecnologia, especialmente a partir dos anos 90, avançou, o que pode ser verificado através da quantidade de redes sociais advindas. O computador deixou de ser um instrumento de trabalho para ser uma forma de conhecer pessoas e estreitar relações, desde um network até um relacionamento afetivo.

A sociedade deixou de ser um meio de convivência para se transformar na sociedade de informação. Notícias são publicadas em tempo quase real e se algo acontece, logo alguém está fotografando e compartilhando, algo que nem sempre agrada

quem está sendo exposto e como o direito caminha junto com as necessidades sociais, surgiu o direito ao esquecimento.

O presente artigo abordará o conceito de esquecimento, sua relação com os demais direitos da personalidade e como o direito de ser esquecido tem sido recepcionado nos Tribunais de Justiça brasileiro, especialmente no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e no Superior Tribunal de Justiça (no Supremo Tribunal Federal ainda não há nenhum acórdão referente ao direito ao esquecimento). Ao final será feita uma crítica pelo fato do direito ao esquecimento, em alguns julgamentos, ter ficado em demérito quando em conflito com o direito à informação.

Trata-se de uma pesquisa doutrinária e jurisprudencial, realizada sob o método positivista, tendo em vista o enfoque no Código Civil, na Constituição Federal e nas jurisprudências, com o objetivo de esclarecer o direito ao esquecimento no ordenamento jurídico pátrio, que se justifica por interessar a todos, afinal, todos são passíveis de ter seus nomes lançados no site de busca Google.

1. Do conceito contemporâneo de “esquecimento”

O direito ao esquecimento é um novo direito advindo com o avanço das tecnologias da era da informática e reforçado pelo marco civil da internet positivado pela Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, reconhecido internacionalmente e no âmbito nacional, como inerente à dignidade humana. Não apenas informações falsas ou verdadeiras negativas podem refletir na dignidade e nos direitos da personalidade de alguém, afinal, até mesmo informações positivas, como um ato de caridade, podem causar prejuízo a alguém devido à exposição.

A digitalização e informatização da sociedade levou a uma interdependência globalizada, interativa e em rede.

Conforme PINHEIRO (2009, p. XXXV), “uma simples página gratuita na Internet já nasce global, com responsabilidades e obrigações dentro de um cenário complexo de normas. Somos reflexo não do “penso, logo existo”, mas de nossa expressão, do “comunico-me, logo existo.” Além do amplo alcance, se verifica no mundo digital uma rapidez extrema e CURY e PORTELLA (2017, p. 229) reconhecem que a internet, ao contrário de outras “inovações que demandam um período mais longo de tempo para a absorção pelo público, (...) o acesso ao ambiente virtual imprimiu velocidade jamais vista, estudada ou prevista.”

O conceito de direito ao esquecimento é tratado por diversos autores e na definição de ROCHA, trata-se do “direito que uma pessoa possui de não permitir que um fato, ainda que verídico, ocorrido em determinado momento de sua vida, seja exposto ao público em geral, causando-lhe sofrimento ou transtornos.”

O conceito de direito ao esquecimento também foi tratado em sede jurisprudencial. De acordo com a Desembargadora Geórgia de Carvalho Lima, no julgamento da Apelação Cível nº 0015318-51.20158.19.0209, o direito ao esquecimento é a “prerrogativa que o indivíduo possui de não permitir a exposição de um fato pretérito ao público em geral, causando-lhe sofrimento ou transtornos, haja vista que a internet tem o poder de eternizar as notícias e informações sobre determinada pessoa. “

Na doutrina, SOLOVE (2007, posição 384) tem o entendimento semelhante ao da jurisprudência supramencionada, pois compreende que “com o Google, uma mera foca pode tornar-se uma mácula reputacional permanente, aquela que nunca desaparece, estando disponível ao redor do mundo, em menos de um segundo.”

Na VI Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho de Justiça Federal, foram aprovados diversos enunciados, e, pela primeira vez o direito ao esquecimento foi mencionado em um destes, qual seja, o de número 531, *in fine*:

A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Artigo: 11 do Código Civil Justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações. criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.

O direito ao esquecimento se refere à proteção contra à exposição de todos os bens jurídicos que fazem parte da personalidade de uma pessoa, pois, quando se dificulta o acesso à informações que podem violar à honra, o nome, e imagem de alguém através da desvinculação de link de website em sites de busca, protege-se imediatamente esses bens jurídicos e por isso, GONÇALVES (2016, p. 24) entende que é possível “considerar o direito ao esquecimento na era digital como parte da proteção do direito geral de personalidade em suas várias manifestações”.

Na Europa, o direito ao esquecimento foi sancionado pela Corte Europeia em 13 de maio de 2014, que considerou que links com informações desatualizadas ou irrelevantes serão passíveis de serem removidas e por este motivo, a Google na

Europa foi obrigada a prestar o serviço de formulário a fim de que possa ser solicitada a reescrita de algo que foi publicado sem autorização prévia. Nos Estados Unidos é chamado de *right to be forgotten* ou *right to let alone* e, em países de língua espanhola, é conhecido como *derecho al olvido*. (ROCHA, 2018)

Conceituado o direito ao esquecimento, partir-se-á para a análise dos direitos de personalidade envolvidos neste, quais sejam, intimidade, privacidade, honra e nome.

2. Direitos da personalidade envolvidos no esquecimento

Quando se demanda juridicamente com base no direito ao esquecimento, sempre haverá citação a outros direitos da personalidade em geral, especialmente o direito à privacidade, que se relaciona com o desejo de revelar-se seletivamente para o mundo

Para BORGES (2007, p. 163), quando o direito à privacidade foi reconhecido como direito à personalidade, significou que o ordenamento jurídico reconheceu a necessidade de proteger a esfera privada dos aborrecimentos advindos da intromissão, curiosidade e bisbilhotice alheia e de evitar a divulgação de informações que foram obtidas através da intromissão indevida ou divulgada sem autorização. O direito à privacidade é considerado violado quando, por exemplo:

- a) Há intromissão não consentida em relação à vida privada de alguém; b) o acesso às informações da vida privada de uma pessoa for por esta autorizado, mas a divulgação dessas informações a terceiros não foi consentida; c) a intromissão não foi consentida e, além disso, houve divulgação

das informações obtidas ilicitamente. (BORGES, 2007, p. 163)

De acordo com o art. 21 do Código Civil vigente, a vida privada da pessoa natural é inviolável (proteção à privacidade), pois seguiu a mesma linha da Constituição Federal, que, em seu art. 5º, X estabeleceu a inviolabilidade da vida privada, tendo em vista o direito da pessoa ser deixada em paz sobre alguma informação referente a ela.

Intimidade e privacidade não se confundem, pois o direito à primeira visa proteger a intimidade “da intromissão alheia em um âmbito ainda mais restrito de sua vida do que sua privacidade”. (BORGES, 2007, p. 167) Neste sentido, GONÇALVES (2016, p. 23) distingue o prejuízo causado pelo serviço prestado pelo buscador e o originado pela publicação da notícia em si, pois “esta última pode afetar bens jurídicos diversos, como honra, nome, imagem, etc.; a depender do seu conteúdo. Já a associação feita pelo buscador pode violar o direito à privacidade da pessoa.”

Para SOUSA (1995, p. 200), a personalidade humana não é apenas uma relação individual entre a pessoa e ela mesma e abrange a relação com as demais pessoas, e por este motivo, quando honra, privacidade, nome e imagem são violados, macula-se a personalidade e, logo imediatamente, a dignidade humana.

A honra subdivide-se em honra subjetiva e honra objetiva. Pela primeira, trata-se da autoestima, do sentimento da própria dignidade, da consciência do seu próprio valor moral e social. Pela segunda, a honra trata do conceito que o indivíduo desfruta perante a sociedade. É a reputação que ostenta. (GODOY, 2008, p. 28). A honra é um direito que precisa ser respeitado e deve haver cuidado por parte dos julgadores a avaliar processos cujo pedido tenham como base o direito

à honra, pois, segundo DE CUPIS (2004, p. 122) ressalta a importância da boa fama para uma pessoa, explicando que esta “constitui pressuposto indispensável para que ela possa progredir no meio social e conquistar um lugar adequado, e, por sua vez, o sentimento da própria dignidade pessoal representa uma fonte de elevada satisfação espiritual”.

O art. 17 do Código Civil vigente é claro ao estabelecer que “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.” Este artigo tem relação estreita com o direito ao esquecimento, pois quando se busca alguém no Google, isto é feito através da digitação do nome completo ou parte dele e é exatamente através do nome que informações indesejadas chegam aos olhos de quem o titular da informação não gostaria que as vissem.

No caso de pessoa jurídica, a qual no que couber é titular de direitos da personalidade segundo o art. 52 do Código Civil, o direito ao esquecimento se relaciona com o direito de desvinculação, ao qual tem direito caso a empresa tenha comprovado a absolvição em um processo ou se inexistiu processo judicial. GONÇALVES (2016, p. 23) alerta que no caso do site Reclame Aqui, não caberia o pedido de desvinculação pois o direito de resposta resolveria qualquer problema relacionado com a vinculação da informação negativa. Reforça-se essa proteção, em conjunto com os direitos da personalidade, os direitos positivados na mencionada Lei nº 12.965/2014, que, em seu art. 3º estabelece que a disciplina do uso da internet no Brasil tem dentre seus princípios a proteção da privacidade e dos dados pessoais; e em seu art. 7º, que aos usuários de internet terão assegurados diversos direitos, dentre os quais a inviolabilidade da intimidade e da vida privada; a inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet (respectivamente, incisos I e II).

Segundo GONÇALVES (2016, p. 27), “ao poder violar o direito de personalidade, a associação da URL à busca com o nome da pessoa seria ilícita, e, para proteger o seu direito geral de personalidade, a pessoa pode pedir a sua desvinculação”. Pelo fato de serem os direitos à privacidade, à honra e à informação também constitucionais, por vezes eles entram em choque. A vida social das pessoas é disciplinada pelas “normas oriundas do direito objetivo, por isso, frequentemente normas são violadas em nome de determinado direito, ocorrendo, como consequência, um atentado contra o direito de personalidade”. (SZANIAWSKI, 2009, p. 268). Assim, é necessário verificar como o direito ao esquecimento tem sido julgado quando em conflito com outros direitos e, assim, este artigo será finalizado com uma análise de alguns julgamentos de processos propostos contra a Google.

3. Processos contra o Google nos Tribunais de Justiça

O avanço social e outros problemas que podem ocorrer na vida de qualquer pessoa fazem com que nem tudo o que é postado na internet seja benéfico para alguém. No mínimo, pode-se dizer que há informações que não são convenientes ser de tão fácil acesso, como, por exemplo, aquele transgênero que não deseja ver fotos de quando pertencia ao sexo oposto, a pessoa que saiu da prisão há anos, mas que pode ter alguma notícia vinculada ao crime cometido, aquele que obteve uma nota ruim em um concurso, ou, até mesmo, fotos íntimas e relacionamentos escondidos. De acordo com GONÇALVES:

Quem nunca pesquisou sobre si mesmo ou sobre outra pessoa na web utilizando um buscador digital? Hoje em dia nada é mais comum do que empresas

pesquisarem o nome de candidatos a emprego e as pessoas em geral pesquisarem umas sobre as outras, buscando informações sobre questões particulares, como no caso de novos amigos ou pretendentes a namorado. (GONÇALVES, 2016, p.)

Leia-se que neste artigo o foco não são as pessoas públicas ou notórias, mas pessoas comuns, que levam sua vida cotidiana com pouca exposição e que são alvos de pesquisa de empresas e de outras pessoas comuns que jogam nos buscadores de internet como o Google seus respectivos nomes a fim de obter maiores informações. COSTA ANDRADE (1996, p. 262) alerta que algumas situações justificam a devassa na vida destas pessoas, como catástrofes naturais, perseguição social ou racial, grandes acidentes, elas serem vítimas de doenças raras ou novas, mas ainda neste caso, de acordo com GODOY (2008, p. 75), “a restrição a direitos da personalidade dessas pessoas se coloca apenas com relação àqueles fatos que as tornaram notórias. Não se autoriza sua equiparação às pessoas que são públicas em virtude de sua própria condição.”

No Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, o direito ao esquecimento foi mencionado 111 vezes desde 1980 (antes deste ano a tecnologia não estava suficientemente avançada para justificar a construção deste direito) e a primeira vez que ele foi mencionado foi em 2013.

No processo nº 0342013-79.2013.8.19.0001, a autora logrou êxito ao provar que, após ser ofendida em um blog a um fato ocorrido na Operação Lei Seca, ela procurou o servidor de busca a fim da retirada do link que levava ao conteúdo ofensivo e não obteve resposta.

Apesar de não se exigir controle prévio do conteúdo publicado pelos usuários, o provedor, após ser notifi-

cado, tem o dever de retirar do ar o conteúdo ofensivo veiculado. Falha na prestação do serviço configurada eis que o autor logrou êxito em comprovar o conteúdo ofensivo à sua honra constante no blog mencionado e ter entrado em contato com a ré solicitando a retirada imediata do conteúdo ofensivo da internet, sem que a providência fosse tomada. (Apelação Cível 0342013-79.2013.8.19.0001)

Percebe-se que a defesa comum que os buscadores de busca utilizam é a falta de interesse de agir e ilegitimidade passiva ad causam. Contudo, o TJRJ reconheceu que haviam versões iniciais disponíveis, sem manifestação da autora em nenhuma nota ou link que se garanta o conhecimento da versão apurada. Como o conteúdo veiculado não corresponde à realidade que se verificou e por isso manteve o dano moral no valor de R\$ 50.000,00.

De acordo com o julgamento do Recurso Especial nº 1.335.153/RJ proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, o Poder Judiciário se tornou o responsável para solucionar conflitos entre os direitos da personalidade e o acesso à informação:

Neste campo, o Judiciário foi instado a resolver os conflitos por demais recorrentes entre a liberdade de informação e de expressão e os direitos inerentes à personalidade, ambos de estatura constitucional. Na verdade, o mencionado conflito é mesmo imane à própria opção constitucional pela proteção de valores quase sempre antagônicos, os quais, em última análise, representam, de um lado, o legítimo interesse de “querer ocultar-se” e, de outro, o não menos legítimo interesse de se “fazer revelar” (**Resp**

1.335.153/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA).

Em 2018, o direito ao esquecimento foi expressamente mencionado no Recurso Especial nº 1.664.418/SP em um processo contra a Google Brasil Internet Ltda. Neste processo, ficou fixado que quanto à supressão de qualquer resultado com o nome do autor, os provedores de busca “não podem ser responsabilizados pela retirada de todo e qualquer resultado referente a determinada busca de usuário” devido a impossibilidade de provedores como o Google, exercer um controle prévio sobre as pesquisas. No caso, o autor não queria que sites que informassem um crime anteriormente praticado através de assuntos relacionados ao processo ficassem disponibilizados ao público. Ressalta-se que ele havia sido absolvido pelo Tribunal Regional Federal.

Em março de 2018, o direito ao esquecimento não foi acolhido pelo TJRJ na apelação nº 0221798-40.2014.8.19.0001, referente à uma ação de obrigação de fazer cumulada com indenização proposta por uma mulher que foi condenada a 21 anos de reclusão pela prática de crime de latrocínio e que queria ver o processo retirado do provedor de busca do réu. A desembargadora Maria Luiza de Freitas Carvalho entende que o “direito ao esquecimento não atribui a ninguém o direito de apagar os fatos ou reescrever a própria história, mas apenas discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos.” No entendimento da desembargadora, não houve exploração midiática ou comercial do fato ocorrido, mas apenas sua memória histórica devido à vítima do crime ter sido uma personalidade da sociedade paulistana. O pedido foi julgado improcedente e em outros julgados ficou reiterado que o direito ao esquecimento não pode ser invocado para apagar os fatos históricos.

Na apelação nº 0002133-98.2016.8.19.0050, o direito ao esquecimento perdeu lugar para o direito da coletividade à informação, pois a Desembargadora Andrea Fortuna Teixeira entendeu que retirar do buscador fotos que mostram que a autora já foi modelo fotográfico reprimiria o direito à informação e manteve a sentença de improcedência.

O Google já se manifestou a respeito das decisões proferidas contra ele em sentenças referentes ao direito ao esquecimento da seguinte forma:

Nós trabalhamos pesado para cumprir com o direito ao esquecimento, mas nós tomamos cuidado para não remover resultados de busca que estão dentro do interesse público e defendemos o direito público ao acesso à informação. Nós estamos contentes que a corte reconheceu nossos esforços nesta área e nós iremos respeitar os julgamentos que eles têm proferido. (GRIERSON; QUINN, 2018)

Jurisprudencialmente, não há ainda discussão a respeito do direito ao esquecimento no âmbito do Supremo Tribunal Federal, mesmo que as decisões acima mencionadas tenham violado o art. 5º, X da Constituição Federal. Ainda que o direito à informação também tenha tratamento constitucional no art. 5º, XIV, este não é absoluto e merece o mesmo respeito que o direito à intimidade, à vida privada, à honra e imagem. Ao ver de BARRETO (2013, p.73), “em cada pessoa reside a humanidade, que se constitui no objeto de respeito a ser exigido de todos os outros homens.” Na mesma linha, SANDEL (2014, p. 135), ao abordar o utilitarismo, conclui “se todos os seres humanos são merecedores de respeito, não importa quem sejam ou onde vivam, então é errado trata-los como meros instrumentos da felicidade coletiva.” A pessoa

pertence a si mesma, não aos outros e com base nisso, jamais deve ser tratada como se estivesse à disposição da sociedade como um todo, tal como fica em tempos de Google.

Conclusão

Quando a sociedade evolui, o Direito precisa acompanhar esta evolução sob pena de se tornar inócuo. Desde que a sociedade se desenvolveu para o patamar trazido pela era da informática, novos conflitos surgiram o que levou ao desenvolvimento do Direito Digital.

Quem utiliza a internet são seres humanos portadores de dignidade e com tamanha evolução, a dignidade começou a sofrer atentados pela via virtual e na seara dos direitos da personalidade é que a dignidade possui maior relevância, afinal, nesses direitos estão incorporados o nome, a honra, a privacidade, a intimidade.

A internet tem o poder de eternizar os mais diversos momentos, sejam bons e ruins. É ingenuidade acreditar que uma pessoa é julgada apenas pelo que ela é, afinal, reputação também conta na construção de um conceito que fazemos sobre alguém e, exatamente por isso, é que muitas pessoas se pegam digitando o nome de alguém em buscadores como o Google, o qual, rapidamente, traz todas as páginas em que o nome da pessoa está vinculado.

Para evitar que o Google destrua uma reputação ou apenas em nome de sua privacidade, pessoas ingressam no Poder Judiciário para requerer que o Google desvincule determinada página de seu nome com base no direito ao esquecimento, porém, nem sempre o Tribunal de Justiça acolhe pretensões deste gênero e quando não acolhe, no caso do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro é em nome do respeito ao direito à informação das massas e do fato de que fatos históricos se sobrepõem

ao direito ao esquecimento. Isso é merecedor de críticas, pois os direitos da personalidade não são disponíveis, logo, não deveriam jamais ficar em segundo plano em prol da coletividade. A intimidade e a vida privada têm proteção constitucional e, apesar de nenhuma discussão em acórdão a respeito do direito ao esquecimento ter chegado ao Supremo Tribunal Federal, acredita-se que isso não demorará a acontecer, pois já no Superior Tribunal de Justiça, em sede de direitos da personalidade, o direito ao esquecimento tem sido respeitado.

No Supremo Tribunal Federal, o máximo ocorrido foi uma audiência pública e Recurso Extraordinário nº 1010606 ainda não foi julgado. Ressalta-se que neste processo, o réu não é o Google, mas uma emissora de TV que relembrou um crime em um programa, expondo uma família. Nesta audiência, representantes de instituições, associações e empresas debateram suas ideias e mencionaram que o direito ao esquecimento poderia trazer consequências como o aumento de demandas com pedido de remoção de conteúdo na internet em anos eleitorais. De acordo com o que contam Gaio, Marco e Rocha:

Para o representante do Google Brasil, a medida seria uma espécie de “superdireito”, fazendo com que o debate jurídico sobre o assunto fosse evitado e criasse uma proteção desproporcional que poderia ser utilizada como pretexto para qualquer remoção de conteúdo online. Outro ponto controverso citado foi que as aplicações práticas do chamado “direito ao esquecimento” poderia ser uma outra forma de realizar censura de conteúdo lícito e verdadeiro. (GAIO, MARCO, ROCHA, 2017)

Os direitos da personalidade são irrenunciáveis e deve-se ponderar até que ponto a informação ao público é relevante,

saber a respeito do gênero anterior de alguém, se alguém já foi preso ou se uma mulher foi modelo ou não é algo que não interessa a uma coletividade, mas apenas aos mais próximos, os quais têm interesse legítimo de saber, como um futuro cônjuge ou um provável chefe. Essas pessoas não estão desprotegidas pelo ordenamento jurídico brasileiro, pois a descoberta posterior pode ser remediada com a anulação do casamento ou com a demissão, mas a mancha à reputação e a dor moral que uma informação tão grave e tão acessível pode causar deveria ser melhor apreciada pelo Poder Judiciário. O direito ao esquecimento precisa caminhar muito ainda para alcançar a sua égide.

Bibliografia

- BARRETO, Vicente de Paulo. *O Fetiche dos Direitos Humanos e Outros Temas*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- COSTA ANDRADE, Manuel da. *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- CURY, Ieda Tatiana; PORTELLA, Roberta. *E-commerce no Mercado Internacional: universalização e integração*. In: LIMA, Simone Alvarez; VAL, Eduardo Manuel. *Temas contemporâneos de Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Campinas: Romana Jurídica, 2004.
- GAIO, Pedro; MARCO, Victória de; ROCHA, Rodrigo. *Encerrada no STF audiência pública sobre o direito ao esque-*

- cimento. Disponível em: <http://centrodireitointernacional.com.br/encerrada-no-stf-audiencia-publica-sobre-o-direito-ao-esquecimento/>. Acesso em 08 de maio de 2018
- GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- GONÇALVES, Luciana Helena. *O direito ao esquecimento na era digital: desafios da regulação da desvinculação de URLs prejudiciais a pessoas naturais nos índices de pesquisa dos buscadores horizontais*. Dissertação de Mestrado em Direito e Desenvolvimento apresentada na Fundação Getúlio Vargas - 2016. 144 f.
- GRIERSON, Jamie; QUINN, Bem. *Google loses landmark “right to be forgotten” case*. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2018/apr/13/Google-loses-right-to-be-forgotten-case>. Acesso em 07 de maio de 2018.
- PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito Digital*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ROCHA, Rafael. *Direito ao esquecimento*. Disponível em: <https://rbispo77.jusbrasil.com.br/artigos/527186274/direito-ao-esquecimento>. Acesso em 08 de maio de 2018
- SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa?* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.
- SANTOS, Tassiana Bezerra dos; TOSCANO, Stéfano Gonçalves Regis. O Enquadramento Jurisdicional do Esquecimento e o Direito à Memória. *Revista Direitos Humanos e Democracia*. Unijuí. Ano 6. Nº 11. Jan/jun. 2018.

SOLOVE, Daniel. *The future of reputation: gossip, rumor and privacy on the internet*. London: Yale University Press, 2007. Kindle Edition.

SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. *O Direito geral de personalidade*. Lisboa: Coimbra, 1995.

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

1ª EDIÇÃO *Agosto de 2018*
FORMATO *14x21cm*
MIOLO *Papel Offset 75 g/m²*
CAPA *Papel Supremo 250 g/m²*
TIPOGRAFIA *Bergamo Std*
IMPRESSÃO *Gráfica Multifoco*