

DIREITO PRIVADO: TEORIA E PRÁTICA

PEMBROKE COLLINS

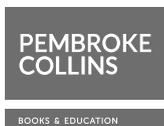
CONSELHO EDITORIAL

PRESIDÊNCIA Felipe Dutra Asensi

CONSELHEIROS Adolfo Mamoru Nishiyama (UNIP, São Paulo)
Adriano Moura da Fonseca Pinto (UNESA, Rio de Janeiro)
Adriano Rosa (USU, Rio de Janeiro)
Alessandra T. Bentes Vivas (DPRJ, Rio de Janeiro)
Arthur Bezerra de Souza Junior (UNINOVE, São Paulo)
Aura Helena Peñas Felizzola (Universidad de Santo Tomás, Colômbia)
Carlos Mourão (PGM, São Paulo)
Claudio Joel B. Lossio (Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal)
Coriolano de Almeida Camargo (UPM, São Paulo)
Daniel Giotti de Paula (INTEJUR, Juiz de Fora)
Danielle Medeiro da Silva de Araújo (UFSB, Porto Seguro)
Denise Mercedes N. N. Lopes Salles (UNILASSALE, Niterói)
Diogo de Castro Ferreira (IDT, Juiz de Fora)
Douglas Castro (Foundation for Law and International Affairs, Estados Unidos)
Elaine Teixeira Rabello (UERJ, Rio de Janeiro)
Glaucia Ribeiro (UEA, Manaus)
Isabelle Dias Carneiro Santos (UFMS, Campo Grande)
Jonathan Regis (UNIVALI, Itajaí)
Julian Mora Aliseda (Universidad de Extremadura, Espanha)
Leila Aparecida Chevchuk de Oliveira (TRT 2ª Região, São Paulo)
Luciano Nascimento (UEPB, João Pessoa)
Luiz Renato Telles Otaviano (UFMS, Três Lagoas)
Marcelo Pereira de Almeida (UFF, Niterói)
Marcia Cavalcanti (USU, Rio de Janeiro)
Marcio de Oliveira Caldas (FBT, Porto Alegre)
Matheus Marapodi dos Passos (Universidade de Coimbra, Portugal)
Omar Toledo Toribio (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Peru)
Ricardo Medeiros Pimenta (IBICT, Rio de Janeiro)
Rogério Borba (UVA, Rio de Janeiro)
Rosângela Tremel (UNISUL, Florianópolis)
Roseni Pinheiro (UERJ, Rio de Janeiro)
Sergio de Souza Salles (UCP, Petrópolis)
Telson Pires (Faculdade Lusófona, Brasil)
Thiago Rodrigues Pereira (Novo Liceu, Portugal)
Vanessa Velasco Brito Reis (UCP, Petrópolis)
Vania Siciliano Aieta (UERJ, Rio de Janeiro)

ORGANIZADORES:
FELIPE DUTRA ASENSI, JOSANNE CRISTINA RIBEIRO FERREIRA FAÇANHA E
TANISE ZAGO THOMASI

DIREITO PRIVADO: TEORIA E PRÁTICA



PEMBROKE COLLINS
Rio de Janeiro, 2020

Copyright © 2020 Felipe Dutra Asensi, Josanne Cristina Ribeiro Ferreira Façanha e Tanise Zago Thomasi (orgs.)

DIREÇÃO EDITORIAL: Felipe Asensi
EDIÇÃO E EDITORAÇÃO: Felipe Asensi
REVISÃO: Coordenação Editorial Pembroke Collins
PROJETO GRÁFICO E CAPA: Diniz Gomes
DIAGRAMAÇÃO: Diniz Gomes

DIREITOS RESERVADOS A

PEMBROKE COLLINS

Rua Pedro Primeiro, 07/606
20060-050 / Rio de Janeiro, RJ
info@pembrokecollins.com
www.pembrokecollins.com

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS

Nenhuma parte deste livro pode ser utilizada ou reproduzida sob quaisquer meios existentes sem autorização por escrito da Editora.

FINANCIAMENTO

Este livro foi financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro, pelo Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus), pelo Conselho Internacional de Altos Estudos em Educação (CAEduca) e pela Pembroke Collins.

Todas as obras são submetidas ao processo de peer view em formato double blind pela Editora e, no caso de Coletânea, também pelos Organizadores.

D598

Direito privado: teoria e prática / Felipe Dutra Asensi, Josanne Cristina Ribeiro Ferreira Façanha e Tanise Zago Thomasi (organizadores). – Rio de Janeiro: Pembroke Collins, 2020.

272 p.

ISBN 978-65-87489-20-9

1. Direito privado. 2. Interesse privado. 3. Direito. I. Asensi, Felipe Dutra (org.). II. Façanha, Josanne Cristina Ribeiro Ferreira (org.). III. Thomasi, Tanise Zago (org.).

CDD 346

Biblioteca: Aneli Beloni CRB7 075/19.

SUMÁRIO

ARTIGOS.....	13
CONDOMÍNIO URBANO SIMPLES: APLICAÇÃO DA NOVA MODALIDADE DE CONDOMÍNIO PARA FINS DE IMPLANTAÇÃO DE EMPREENHIMENTOS IMOBILIÁRIOS.....	15
<i>João Rafael de Faveri Leacina</i>	
PESSOAS PÚBLICAS, NOTORIEDADE E PRIVACIDADE: ALGUNS ASPECTOS TEÓRICOS E EMPÍRICOS.....	33
<i>Luiz Augusto Castello Branco de Lacerda Marca da Rocha</i> <i>Klever Paulo Leal Filpo</i>	
LIMITAÇÕES DE CARÁTER PÚBLICO E PRIVADO SOBRE O DIREITO À PROPRIEDADE.....	49
<i>Jorge Luiz Rodrigues Campanharo</i>	
O INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL EM <i>ATTACK ON TITAN</i> (<i>SHINGEKI NO KYOJIN</i>).....	62
<i>Laiane Maiara Guerreiro Pardino</i>	
A TUTELA EXECUTIVA E O INSTITUTO DO BEM DE FAMÍLIA: PREMISSAS CRÍTICAS ENTRE O DIREITO SOCIAL À MORADIA E A PROTEÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA, EM COLISÃO COM A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL.....	76
<i>Jackelline Fraga Pessanha</i> <i>Marcelo Sant'Anna Vieira Gomes</i>	

O DIREITO DO CONSUMIDOR E O AGRAVAMENTO DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR MIGRANTE: ANÁLISE DE CASO DO POVO ROHINGYA.....	95
<i>Gabriel Rodrigo de Sousa</i>	
AGRONEGÓCIO: RELEVÂNCIA, SUSCETIBILIDADES E MEIOS DE PROTEÇÃO CAMBIAL.....	112
<i>Maria Cecília Ladeira de Almeida</i>	
<i>Luiza Nagib</i>	
<i>Thaís Cíntia Cárnio</i>	
IMPACTOS DO COVID-19 NAS RELAÇÕES DE CONSUMO: A (IM) POSSIBILIDADE DE RESCISÃO DOS CONTRATOS E A TEORIA DA IMPREVISÃO.....	124
<i>Isabella Fernandes Batista</i>	
A EMPRESA RURAL NAS FASES DO DIREITO EMPRESARIAL: HISTÓRICO E CARACTERIZAÇÃO.....	136
<i>Franco Pereira Silva</i>	
BENS DIGITAIS E SUAS SUCESSÕES LEGÍTIMAS: UM DESAFIO PARA O DIREITO BRASILEIRO.....	153
<i>Lúcia Silva costa Nascimento</i>	
O VALOR DO PACTO ANTENUPCIAL ÀS PESSOAS IDOSAS QUE SÃO OBRIGADAS A CASAR PELO REGIME LEGAL OBRIGATÓRIO.....	168
<i>Emerson Carlos Rodrigues</i>	
EM BUSCA DO REEQUILÍBRIO DA EQUAÇÃO ECONÔMICA-FINANCEIRA DOS CONTRATOS NA PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS.....	185
<i>Jordano Soares Azevedo</i>	
A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE AO DIREITO SUCESSÓRIO: O ABANDONO AFETIVO COMO FORMA DE EXCLUSÃO NA SUCESSÃO.....	200
<i>Antônia Raynara Frutuoso Rodrigues</i>	
<i>Nycole Maia Pereira</i>	

A PROIBIÇÃO DO DIREITO DE AMAR - A TUTELA DA ALIENAÇÃO PARENTAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	217
---	-----

Suelen Augusta da Cunha

Luis Henrique Gonçalves de Azevedo Pinto

A VIOLÊNCIA CONTRA A CRIANÇA E O ADOLESCENTE NO CONTEXTO FAMILIAR: O EXERCÍCIO ABUSIVO DA AUTORIDADE PARENTAL ENQUANTO ÓBICE À CIDADANIA E DIGNIDADE INFANTOJUVENIL.....	230
--	-----

Alisson Rodrigo de Araújo Oliveira

RESUMOS.....	243
---------------------	------------

A RELEVÂNCIA DO PACTO ANTENUPCIAL ÀS PESSOAS IDOSAS QUE SÃO OBRIGADAS A CASAR PELO REGIME DA SEPARAÇÃO LEGAL DE BENS	245
--	-----

Emerson Carlos Rodrigues

A IMPLEMENTAÇÃO LEGISLATIVA PARA A REALIZAÇÃO DE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO EM SERVIÇOS DE NOTAS E REGISTROS E SUAS DIFICULDADES	251
--	-----

Matheus Cerazi Sartori

LEI ANTICORRUPÇÃO (LEI Nº 12.846/2013) - A MELHORA DAS INSTITUIÇÕES BRASILEIRAS DE PREVENÇÃO E COMBATE À CORRUPÇÃO.....	257
---	-----

Bruno Fediuk de Castro

Gilberto Bomfim

DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL BRASILEIRA: BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS IMPACTOS DO COVID-19 NO INSTITUTO.....	262
--	-----

Amanda Lima

PROPRIEDADE PRIVADA VERSUS OS LIMITES DA RESPONSABILIDADE SOCIAL EMPRESARIAL.....	266
---	-----

Frederico Slomp Neto

CONSELHO CIENTÍFICO DO CAED-JUS

Adriano Rosa	Universidade Santa Úrsula, Brasil
Alexandre Bahia	Universidade Federal de Ouro Preto, Brasil
Alfredo Freitas	Ambra College, Estados Unidos
Antonio Santoro	Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil
Bruno Zanotti	PCES, Brasil
Claudia Nunes	Universidade Veiga de Almeida, Brasil
Daniel Giotti de Paula	PFN, Brasil
Denise Salles	Universidade Católica de Petrópolis, Brasil
Edgar Contreras	Universidad Jorge Tadeo Lozano, Colômbia
Eduardo Val	Universidade Federal Fluminense, Brasil
Felipe Asensi	Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil
Fernando Bentes	Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil
Glauca Ribeiro	Universidade do Estado do Amazonas, Brasil
Gunter Frankenberg	Johann Wolfgang Goethe-Universität - Frankfurt am Main, Alemanha
João Mendes	Universidade de Coimbra, Portugal
Jose Buzanello	Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Brasil
Klever Filpo	Universidade Católica de Petrópolis, Brasil
Luciana Souza	Faculdade Milton Campos, Brasil
Marcello Mello	Universidade Federal Fluminense, Brasil

Nikolas Rose	King's College London, Reino Unido
Oton Vasconcelos	Universidade de Pernambuco, Brasil
Paula Arévalo Mutiz	Fundación Universitaria Los Libertadores, Colômbia
Pedro Ivo Sousa	Universidade Federal do Espírito Santo, Brasil
Santiago Polop	Universidad Nacional de Río Cuarto, Argentina
Siddharta Legale	Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil
Saul Tourinho Leal	Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasil
Sergio Salles	Universidade Católica de Petrópolis, Brasil
Susanna Pozzolo	Università degli Studi di Brescia, Itália
Thiago Pereira	Centro Universitário Lassale, Brasil
Tiago Gagliano	Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Brasil

SOBRE O CAED-Jus

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

O **CAED-Jus** desenvolve-se via internet, sendo a tecnologia parte importante para o sucesso das discussões e para a interação entre os participantes através de diversos recursos multimídia. O evento é um dos principais congressos acadêmicos do mundo e conta com os seguintes diferenciais:

- Abertura a uma visão multidisciplinar e multiprofissional sobre o direito, sendo bem-vindos os trabalhos de acadêmicos de diversas formações
- Democratização da divulgação e produção científica;
- Publicação dos artigos em livro impresso no Brasil (com ISBN), com envio da versão ebook aos participantes;
- Galeria com os selecionados do Prêmio **CAED-Jus** de cada edição;
- Interação efetiva entre os participantes através de ferramentas via internet;
- 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 2020, o **CAED-Jus** organizou o seu tradicional **Congresso Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus 2020)**, que ocorreu entre os dias 22 a 24 de abril de 2020 e contou com 12 Grupos de Trabalho e mais de 500 artigos e resumos expandidos de 48 universidades e 26 programas de pós-graduação stricto sensu. A seleção dos trabalhos apresentados ocorreu através do processo de peer review com double blind, o que resultou na publicação dos 12 livros do evento: Dimensões dos direitos humanos e fundamentais (Vols. 1, 2 e 3), Direito Público em perspectiva, Direito privado: teoria e prática, Conflitos e formas de solução, Crimes e sociedade em debate, Atualidades do trabalho e da seguridade social, Diálogos sobre tecnologia e direito, Justiça e sociedade, Direito: passado, presente e futuro (Vols. 1 e 2).

Os coordenadores de GTs foram convertidos em organizadores dos respectivos livros e, ao passo que os trabalhos apresentados em GTs que não formaram 18 trabalhos foram realocados noutra GT, conforme previsto em edital. Vale também mencionar que o GT que teve mais trabalhos (Direitos humanos e fundamentais) obteve a aprovação para a publicação de 3 livros e o segundo com mais trabalhos (Temas contemporâneos) obteve a aprovação para a publicação de 2 livros.

Os coordenadores de GTs indicaram artigos para concorrerem ao Prêmio CAED-Jus 2020. A Comissão Avaliadora foi composta pelos professores Daniel Giotti e Paula (PFN), Klever Filpo (UCP/UFRRJ) e Paula Lucia Arévalo Mutiz (Fundación Universitaria Los Libertadores, Colômbia). O trabalho premiado foi de autoria de Sara Santos Moraes e Ícaro Argolo Ferreira sob o título “Subnotificação e Lei Maria da Penha: o registro como instrumento para o enfrentamento dos casos de violência doméstica contra mulher considerando o Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2019)”.

Esta publicação é financiada por recursos da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (FAPERJ), do Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus), do Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAEduca) e da Editora Pembroke Collins e cumpre os diversos critérios de avaliação de livros com excelência acadêmica nacionais e internacionais.

ARTIGOS

CONDOMÍNIO URBANO SIMPLES: APLICAÇÃO DA NOVA MODALIDADE DE CONDOMÍNIO PARA FINS DE IMPLANTAÇÃO DE EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS

João Rafael de Faveri Leacina

1 INTRODUÇÃO

O condomínio urbano simples é uma nova forma de condomínio instituída pela Lei n. 13.465/17, a Lei da Regularização Fundiária, e se propõe a ser um novo instrumento para regularização de imóveis urbanos por todo o país. No entanto, questiona-se, será possível a utilização do condomínio urbano simples para fins de implantação de empreendimentos imobiliários? Existe a possibilidade de grandes empreiteiras começarem a ver este novo instituto como uma nova forma de expansão do mercado imobiliário?

Para se responder as questões acima, se faz necessário a verificação da existência de dispositivos legais que vedam a utilização do condomínio urbano simples para a construção de empreendimentos imobiliários e o que a doutrina civilista tem a contribuir para a discussão. De outro ângulo, não se pode esquecer da utilização social, para o qual o instituto jurídico foi criado, com o objetivo de reparar as injustiças sociais com relação ao direito constitucional de moradia, procurando estabelecer uma moradia digna, regular e segura para todos os brasileiros.

Sendo assim, o objeto geral desta pesquisa é analisar as consequências âmbito do direito, da justiça e da sociedade em geral da promulgação da Lei nº 13.465/17, em especial no que se refere ao condomínio urbano simples, sendo os objetivos específicos: discorrer sobre o que são empreendimentos imobiliários e de que forma os empreendedores se utilizam da especulação imobiliária para acumular capital; discorrer sobre os conceitos doutrinários e legais pertinentes ao tema em estudo; discutir acerca das possíveis consequências às cidades caso houver a possibilidade de se utilizar a modalidade de condomínio urbano simples para fins de empreendimentos imobiliários; e relacionar o condomínio urbano simples com os demais institutos semelhantes do direito civil.

Quanto aos procedimentos metodológicos necessários na pesquisa consistem no monográfico, que é referente à uma preocupação com o aprofundamento, e no comparativo, que advém da necessidade de comparações entre leis, normas e doutrinas.

O método de abordagem que se aplicou na pesquisa é o do tipo dedutivo e quanto ao seu objetivo, será a do tipo exploratória, envolvendo levantamento bibliográfico. Já em relação aos procedimentos na coleta de dados, serão aplicadas as pesquisas dos tipos bibliográfica e documental, sendo, portanto, a base do objeto de estudo.

A pesquisa que se desenvolveu foi a do tipo instrumental, pois diz respeito à preocupação prática e as pesquisas bibliográfica e documental definem-se como instrumentais, podendo ser divididas em doutrinárias, legal ou jurisprudencial.

Nesse sentido, o presente trabalho está estruturado de uma maneira que seja seguido uma linha de raciocínio lógica para que na conclusão possa se chegar a um resultado com embasamento teórico suficiente e harmônico. Para isso, de início, conceituou-se os dois grandes temas que são objetos da discussão proposta, que são os empreendimentos imobiliários, abordando a sua conceituação e as principais características, os métodos de trabalho empregados pelos grandes empreendedores da área imobiliária, a forma mais comum de acumulação de capital utilizada por meio desse ramo comercial e as suas consequências sociais com enfoque em um retrato histórico.

O segundo grande tema relaciona-se ao instituto jurídico dos condomínios, tema muito instigante do direito privado, em especial

do direito civil, e retrata as inúmeras formas de compartilhamento de propriedade dispostas no ordenamento jurídico nacional, será abordado cada modalidade de condomínio, desde o tradicional e o edifício previstos desde da edição do novo Código Civil de 2002, e as novas modalidades, inovações trazidas pela Lei de Regularização Fundiária (n. 13.465/17), o condomínio de lotes e o condomínio urbano simples.

Em decorrência do debate proposto, no capítulo 3 (três) que aborda os condomínios, o enfoque maior será no condomínio urbano simples, e haverá o cuidado de diferenciar a nova modalidade das demais, além de apontar a diferença com outros institutos do direito que são semelhantes.

Por fim, no capítulo 4 (quatro) será abordado o ápice do estudo, onde se encontrará o resultado da pesquisa e a conclusão do presente trabalho, dispondo sobre a utilização dos condomínios urbanos simples como forma de auferir lucro através de grandes empreendimentos imobiliários.

2 EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS

Empreendimento é o ato de quem a assume a tarefa ou a responsabilidade de realizar um projeto, também tem o seu significado relacionado a organizações montados com o objetivo de realizar um certo negócio. (HOUAISS, 2011, p. 340). Assim, empreendimentos imobiliários podem ser definidos como uma organização que tem por objetivo a construção de projetos de construção de imóveis, assumindo a responsabilidade pela obra e nos casos dos condomínios pela sua instituição.

Os empreendimentos imobiliários estão espalhados por todo o país realizando enormes obras habitacionais, seja em favor do lucro de particulares ou em benefício de políticas públicas de iniciativa do poder público. São caracterizados pelas construções de loteamentos e condomínios, sempre construindo imóveis em grandes quantidades.

Os referidos empreendedores não lucram somente com a venda direta de seus imóveis, o lucro é auferindo também como resultado da valorização dos imóveis não vendidos, que tem o seu valor aumentado em decorrência da especulação imobiliária.

Para entender o fenômeno da especulação imobiliária é necessário compreender que no sistema de produção capitalista a terra é uma espécie de capital que está sempre se valorizando, e é ao mesmo tempo um falso capital, pois o seu valor de valorização não tem origem na atividade produtiva, já que se investe capital na aquisição da terra e aguarda-se a sua valorização. (RODRIGUES, 1994, p. 17).

Para o mesmo autor (1994, p. 17), a terra também é um equivalente de mercadoria já que é um produto que pode ser comercializado desde a Lei de Terras de 1850.

Conforme ensina Oliveira (1978), especulação imobiliária pode ser conceituada como o processo de acumulação e ampliação de capital através da apropriação fundiária, e deste processo surgem algumas distorções que já eram apontadas por Engels (2009) no Século XIX:

o resultado é que os operários vão sendo empurrados do centro das cidades para os arredores, que as habitações operárias e as habitações pequenas em geral se vão tornando raras e caras e muitas vezes é mesmo impossível encontrá-las, pois nestas condições a indústria da construção, à qual as habitações mais caras oferecem um campo de especulação muito melhor, só excepcionalmente construirá habitações operárias.

No Brasil, os mecanismos mais utilizados na especulação imobiliária dizem respeito a retenção deliberada de lotes, onde inicialmente vende-se lotes em piores localizações, para após a medida que o loteamento vai sendo ocupado, coloca-los à venda, pois, a simples ocupação de alguns, já faz aumentar o valor dos demais lotes.

3 CONDOMÍNIOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Condomínio é a espécie de propriedade onde duas ou mais pessoas são proprietárias de um bem indivisível, podendo cada uma delas exercer cada um dos poderes inerentes a propriedade, ou seja, cada um dos condôminos pode gozar do bem, reivindicar se for o caso, usar da

maneira que quiser e dispor do bem se lhe for conveniente. (TARTUCE, 2018, p. 1.014-1.015).

Farias, Netto e Rosenvald (2018, p. 1.423-1.424; p. 1.555-1556) conceituam condomínio no ponto de vista de quem defende a diferença jurídica entre domínio e propriedade, sendo propriedade a relação jurídica e o domínio a relação material, explicando então que o condomínio seria a situação jurídica em que duas ou mais pessoas simultaneamente detêm direitos e deveres iguais sobre o mesmo imóvel, detendo propriedade igual, mas sendo o domínio diferente entre os condôminos.

O condomínio em relação a sua divisibilidade pode ser classificado em *pro diviso* e *pro indiviso*, sendo este o condomínio indivisível sem partes certas e determinadas e aquele o oposto, apesar de indivisível tem cada qual de suas partes certas e determinadas.

Em relação a sua duração o condomínio pode ser classificado em transitório, ou seja de caráter provisório ou com duração de apenas um certo período, ou perene que seria justamente o contrário, sendo um condomínio de caráter perpétuo.

Já em relação a sua instituição, o condomínio pode ser classificado entre voluntário ou legal, sendo o primeiro resultado da vontade das partes e o segundo de uma imposição da própria lei, sendo este último ainda classificado em forçado, que seria o resultado de uma imposição jurídica como os muros e as cercas, ou fortuito, que seria resultado de uma partilha sucessória.

No ordenamento jurídico brasileiro, existem algumas espécies de condomínios de propriedade, sendo eles o condomínio tradicional e as 03 (três) modalidades especiais, o condomínio edilício, o condomínio de lotes e o condomínio urbano simples.

3.1 CONDOMÍNIO EDILÍCIO

O condomínio edilício é uma forma especial de condomínio muito comum nos centros urbanos brasileiro, sendo possível a sua disposição de forma horizontal, ao modelo das casas geminadas por exemplo, ou na vertical, este mais comum sendo retratado pelos edifícios de andares.

O condomínio edilício se diferencia do condomínio tradicional por dispor o proprietário de partes exclusivas e partes comuns, além é claro da fração ideal do terreno, sobre o tema leciona Tartuce (2018, p. 1.022):

A respeito da estrutura interna do condomínio edilício, preconiza o art. 1.331 do CC que pode haver, em edificações, duas modalidades de partes:

- Partes que são propriedade exclusiva (áreas autônomas ou exclusivas) [...] com as respectivas frações ideais no solo e nas outras partes comuns. Como componentes da propriedade exclusiva, havendo uma fração real, podem ser alienadas e gravadas livremente por seus proprietários, não havendo direito de preferência a favor dos outros condôminos. [...]

- Partes que são propriedade comum dos condôminos (áreas comuns), [...] não podem ser alienados separadamente, ou divididos. Em relação a tais áreas, a cada unidade imobiliária caberá, como parte inseparável, uma fração ideal no solo e nas outras partes comuns, que será identificada em forma decimal ou ordinária no instrumento de instituição do condomínio.

Para a criação de um condomínio edilício é necessário a confecção de 03 (três) elementos, conhecidos como elementos constitutivos, sendo o primeiro deles o elemento de instituição, ato preliminar, conforme art. 1.332 do Código Civil Brasileiro:

Art. 1.332. Institui-se o condomínio edilício por ato entre vivos ou testamento, registrado no Cartório de Registro de Imóveis, devendo constar daquele ato, além do disposto em lei especial:

I - a discriminação e individualização das unidades de propriedade exclusiva, estremadas uma das outras e das partes comuns;

II - a determinação da fração ideal atribuída a cada unidade, relativamente ao terreno e partes comuns;

III - o fim a que as unidades se destinam. (BRASIL, 2002).

Conforme dispõe o dispositivo legal acima elencado, a instituição do condomínio edilício é feita mediante ato *inter vivos* ou mediante instrumento testamentário, e tem por objetivo inicial discriminar e individualizar os imóveis, determinar as frações ideias e por fim dar a destinação finais para o imóvel.

Após o procedimento de instituição se faz necessário confeccionar a convenção do condomínio que serve como se fosse uma ‘constituição’ do condomínio edilício e traz as regras gerais para os condôminos, de outro turno, cabe ressaltar a necessidade do registro da convenção no Cartório de Registro de Imóveis, sendo registrado no Livro nº 3 – Registro Auxiliar.

O último elemento constitutivo do condomínio edilício é o regimento interno, que serve como um manual de orientações de condutas dos condôminos, não sendo obrigatório o seu registro, no entanto caso seja a vontade dos condôminos o seu registro será efetuado no Cartório de Registro de Títulos e Documentos.

A administração do condomínio edilício é feita pelo síndico e as decisões tomadas nas assembleias gerais, ordinárias e extraordinárias, o condomínio edilício também pode contar com um conselho fiscal que faça a fiscalização e o controle das contas da coletividade condominial.

Por fim, o condomínio edilício pode ser extinto por meio de sua ruína ou ameaça de ruína, e por meio de sua destruição, sendo a decisão tomada por meio de assembleia geral, também há possibilidade de desapropriação do condomínio por parte do Estado.

3.2 CONDOMÍNIO DE LOTES

O Condomínio de lotes é uma nova modalidade de condomínio incluída no Código Civil de 2002 pela Lei de n. 13.465/17, a Lei da Regularização Fundiária, e positivou a existência de condomínios onde os lotes ou terrenos seriam de propriedades de partes exclusivas, tal como nos condomínios edilícios, enquanto que os parques e infraestrutura, que será implantada pelo empreendedor imobiliário, do condomínio seriam as partes de uso comum, tal como dispõe o art. 1.358-A do Código Civil:

Art. 1.358-A. Pode haver, em terrenos, partes designadas de lotes que são propriedade exclusiva e partes que são propriedade comum dos condôminos.

§ 1º A fração ideal de cada condômino poderá ser proporcional à área do solo de cada unidade autônoma, ao respectivo potencial construtivo ou a outros critérios indicados no ato de instituição.

§ 2º Aplica-se, no que couber, ao condomínio de lotes o disposto sobre condomínio edilício neste Capítulo, respeitada a legislação urbanística.

§ 3º Para fins de incorporação imobiliária, a implantação de toda a infraestrutura ficará a cargo do empreendedor. (BRASIL, 2002).

O diploma legal também salienta a utilização das regras dispostas ao condomínio edilício como utilizáveis aos condomínios de lotes, desde que respeitados as normas urbanísticas locais.

Dentro dos condomínios de lotes há modalidade do Loteamento de Acesso Controlado disposta na Lei n. 6.766/76, sendo incluída nesta pela Lei n. 13.465/17, que se trata de um condomínio cujo o controle de acesso será regulamentado por ato do poder municipal, onde será vedado o acesso de pedestres e veículos não residentes ou devidamente cadastrados.

3.3 CONDOMÍNIO URBANO SIMPLES

Resta falar do condomínio, nosso objeto de estudo, uma das inovações da Lei n. 13.465/17, que é o condomínio urbano simples. Trata-se de situação onde, em um mesmo imóvel urbano, há construções de casas ou cômodos que constituem unidades imobiliárias separadas com titulares diferentes, sendo então uma forma de condomínio simplificada, onde não existe a necessidade de aplicação de toda burocracia que há para a instituição das demais modalidades de condomínios.

A modalidade inovadora de condomínio surge do reconhecimento do Estado da existência de construções que são compartilhadas,

havendo uma única casa com cômodos utilizados por determinadas famílias, inúmeras casas no mesmo terreno ou ambas as situações no mesmo imóvel. (PEDROSO, 2018, p. 189).

Todas as situações são muito comuns, tanto nas periferias brasileira quanto nos bairros de classe média, e decorrem normalmente de situações onde o pai cede ao seu filho o espaço atrás de sua residência, ou mesmo parte de sua construção, para o estabelecimento de uma nova unidade familiar iniciada por sua prole.

Segundo Oliveira (2017), o condomínio urbano simples nada mais é do que uma nova espécie de condomínio edilício que dispensa algumas formalidades, como por exemplo a necessidade de confecção de uma convenção de condomínio, sendo as suas formas de instituição as seguintes:

Em suma, o condomínio urbano simples poderá ser instituído em duas situações: (1) quando o terreno contiver várias edificações, como sucede com a vulga “casa dos fundos”; ou (2) quando o terreno contiver uma edificação na qual haja mais de um cômodo com acesso autônomo. Não se pode admitir o condomínio urbano simples para cômodos que estejam funcional e espacialmente conectadas, como no caso de quartos de um mesmo apartamento. É preciso haver autonomia funcional e de acesso no cômodo para ele constituir uma unidade autônoma de condomínio urbano simples. (OLIVEIRA, 2017).

Na sua instituição serão discriminados a parte do terreno ocupada pelas edificações, dividindo as partes de utilização exclusiva, que poderão ser cômodos ou construções separadas, e as áreas que constituem passagem para as vias públicas ou para as unidades entre si.

Em relação ao seu registro no Registro de Imóveis, o art. 62 da Lei n. 13.465/17 é categórico ao afirmar que “A instituição do condomínio urbano simples será registrada na matrícula do respectivo imóvel” (BRASIL, 2017), sendo abertas matrículas próprias para cada uma das unidades, a qual caberá, como parte que não poderá ser separada, uma fração ideal do solo e de outras partes comuns (PEDROSO, 2018, p. 190). A unidade imobiliária poderá ser alienada e gravada livremente

pelos seus titulares, conforme texto da Lei de Regularização Fundiária, e não terá privado o seu direito de acesso ao logradouro público.

Inclusive sobre a Regularização Fundiária Urbana, na sua modalidade REURB-S as averbações poderão ser feitas mediante mera notícia a Serventia Registral Imobiliária, não havendo necessidade de apresentação de outros documentos como habite-se ou certidões negativas de tributos ou contribuições previdenciárias.

Alerta Pedroso (2018, p. 190) que não há qualquer vedação legal para a constituição de condomínio urbano simples para propósito diferente da regularização fundiária urbana. As regras dispostas nos artigos 1.331 a 1.358 do Código Civil de 2002 regerão essa nova modalidade e serão aplicadas no que couber ao condomínio urbano simples.

3.3.1 Diferenças com o Condomínio Edifício

O condomínio urbano simples se diferencia do condomínio edifício em alguns pontos, a começar pela simplificação daquela frente a esta em relação a sua instituição.

Sobre a instituição, deve-se levar em conta que a modalidade de instituição do condomínio urbano simples mediante REURB-S não há a necessidade de documentos, havendo apenas a entrega de mero requerimento ao Cartório de Registro Imobiliário, coisa impossível no procedimento de instituição de condomínio edifício.

De outro turno, também não são necessários a confecção de convenção de condomínio ou de regimento interno, no entanto se feitas não há obrigação de seu registro, entretanto caso for do interesse dos condôminos a obrigação de terceiros perante as normas da convenção, o seu registro será necessário, sendo registrado então no Livro nº 3 – Registro Auxiliar do Cartório de Registro de Imóveis onde for localizado o imóvel, conforme art. 178, III, da Lei de Registros Públicos.

Uma diferença importante entre as modalidades está em relação ao acesso obrigatório que cada unidade deve ter no condomínio urbano simples, sendo esta passagem independente e de acesso à via pública ou para as unidades em si.

3.3.2 Diferenças com o Condomínio de Lotes

Como no caso do condomínio edilício, a primeira diferença a ser apontada entre o condomínio de lotes e condomínio urbano simples é referente a simplicidade de instituição. O condomínio de lotes tem procedimento idêntico ao condomínio edilício por conta de previsão expressa no art. 1.358-A, § 2º, do Código Civil, enquanto que na modalidade de condomínio urbano simples se tem procedimento próprio que é mais simplificado.

Em seguida, o condomínio de lotes tem nos terrenos a parte exclusiva de cada condômino enquanto que no condomínio urbano simples as partes exclusivas são as construções apartadas em um mesmo imóvel ou cômodos com acesso independente dentro de uma construção já existente.

3.3.3 Diferenças com o Desdobro

O desdobro de lotes é uma forma de parcelamento de solo, sendo a divisão de lotes para a formação de novos lotes, que devem atender as exigências mínimas de acordo com a legislação urbanística municipal e deve ter aprovação do Município para ocorrer a cessão. (SILVA, p. 340-341).

A princípio a maior diferença entre os institutos é que o desdobro se trata de uma forma de parcelamento do solo, enquanto que o condomínio urbano simples é uma nova modalidade de condomínio instituída pela Lei de Regularização Fundiária.

De outro turno, se diferencia também do condomínio urbano simples por ser apenas uma divisão de lote, ou seja, no campo objetiva haverá apenas a divisão do terreno, enquanto que no condomínio urbano simples há a formação de um condomínio onde será instituído dois imóveis autônomos que compartilham com a construção como parte exclusiva e as áreas que constituem passagem para via de rolamento que será de uso comum.

3.3.4 Diferenças com o Direito real de Laje

O direito real de laje é uma nova forma de direito real introduzida no Código Civil pela Lei de Regularização Fundiária, que permite a

cessão da laje concretada superior ou inferior dos imóveis, seja ela uma cessão gratuita ou onerosa, para terceiros construírem uma nova unidade autônoma imobiliária.

Se diferencia do condomínio urbano simples pelo conceito, já que o direito de laje se trata de um direito real previsto no Código Civil de 2002, enquanto que o outro é uma nova modalidade de condomínio.

No aspecto pratico se diferencia do condomínio urbano simples por haver uma autonomia com limitações inerentes ao instituto, enquanto que na nova modalidade de condomínio as unidades imobiliárias continuam interligadas e mais dependentes, apesar haver algumas liberalidades inerentes a natureza jurídica dos condomínios.

Existe diferença também no tocante as partes de uso comum, enquanto que na laje não há partes comuns, e sim partes que servem ao todo, que seriam os itens dispostos no art. 1.510-C, § 1º, do Código Civil de 2002:

Art. 1.510-C. Sem prejuízo, no que couber, das normas aplicáveis aos condomínios edilícios, para fins do direito real de laje, as despesas necessárias à conservação e fruição das partes que sirvam a todo o edifício e ao pagamento de serviços de interesse comum serão partilhadas entre o proprietário da construção-base e o titular da laje, na proporção que venha a ser estipulada em contrato.

§ 1º São partes que servem a todo o edifício:

I - os alicerces, colunas, pilares, paredes-mestras e todas as partes restantes que constituam a estrutura do prédio;

II - o telhado ou os terraços de cobertura, ainda que destinados ao uso exclusivo do titular da laje;

III - as instalações gerais de água, esgoto, eletricidade, aquecimento, ar condicionado, gás, comunicações e semelhantes que sirvam a todo o edifício; e

IV - em geral, as coisas que sejam afetadas ao uso de todo o edifício. (BRASIL, 2002).

Enquanto que no condomínio urbano simples existe as partes de uso exclusivo, as partes de uso comum ao nível do solo ou as internas da construção e as áreas que constituem passagem para as vias públicas e as unidades em si.

Lecionam Farias, El Debs e Dias (2019, p. 46) que o direito de laje só se caracterizará em construções verticais, podendo ser ascendentes ou descendentes, dito isso, em se tratando de construções horizontais, não será o caso de direito real de laje, podendo-se cogitar então a instituição de um condomínio urbano simples.

4 A APLICABILIDADE DOS CONDOMÍNIOS URBANO SIMPLES EM EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS

Inicialmente, cabe salientar que o condomínio urbano simples não foi previsto na MPV 759/16 e sendo uma inovação do Congresso Nacional por meio da Lei n 13.465/17. Portanto, o condomínio urbano simples surge como uma forma de aprimorar a Lei de Regularização Fundiária, em especial a Regularização Fundiária Urbana.

A Lei de Regularização Fundiária traz mecanismo para regularização de imóveis urbanos e rurais, trazendo um novo procedimento administrativo para dar uma moradia legal aos brasileiros moradores de regiões irregulares, em especial aos brasileiros periféricos, e em conjunto com o novo procedimento foram trazidas inovações que permitiriam a regularização de todos os imóveis, como o Direito real de laje, o direito real e o condomínio de lotes, ambos inseridos no Código Civil.

Apesar do objetivo idêntico aos institutos elencados acima, o condomínio urbano simples foi mantido somente na Lei de Regularização Fundiária e não foi inserido na Lei Maior Civil, sendo deduzido por muitos doutrinadores que tal situação ocorreu por atécnica dos legisladores, entretanto, se formos comparar a situação do condomínio urbano simples com o condomínio de lotes, este tem uma utilização para grandes empreendimentos imobiliários, enquanto aquele tem sua utilização muito menos comercial, sendo a sua utilização comum nos arranjos familiares e situações de proximidade, talvez, no entendimento deste autor, o motivo da não colocação dessa nova modalidade tenha a ver com a sua finalidade, não sendo abrangente a todos os negócios

imobiliários, sendo a sua utilização vinculada a vínculos entre pessoas físicas e não havendo a possibilidade de utilização para grandes empreendimentos imobiliários.

Em relação a laje, o condomínio urbano simples muito se assemelha, e sobre a laje existe um entendimento consolidado no Código de Normas Extrajudiciais da Corregedoria Geral de Justiça que veda a abertura de matrículas de lajes autônomas para fins de empreendimentos imobiliários:

446. É vedada a abertura de matrícula correspondente a direito de laje para fins de implantação de empreendimentos imobiliários ou edificações de um ou mais pavimentos, em que haja divisão do terreno da construção-base, ou de partes comuns, em frações ideais, hipótese em que será aplicada a legislação específica de incorporações imobiliárias e de condomínios edilícios. (CGJ-SP, 1989).

Tal artigo foi redigido após a entrada em vigor da Lei de Regularização Fundiária por meio do Provimento da Corregedoria de Justiça do Estado de São Paulo de n. 51/2017, e esta vedação foi erigida somente para o direito real de laje, de forma impropria na opinião deste autor, pois a possibilidade de se auferir lucro em cima de prédios com cômodos autônomos é deveras preocupante para o desenvolvimento urbanísticos das cidades, se erguerão novos cortiços com cômodos minúsculos que serão vendidos como unidade autônomas e que tornarão o preço da moradia muito maior do que já está por meio da especulação imobiliária.

Imagine a situação de uma família sem condições de comprar uma moradia digna, regular e segura, e encontra locais de habitação minúsculos por um preço acessível e em uma situação de necessidade compra-se ou aluga-se esse imóvel como alternativa à morar na rua ou de favor, submete-se uma unidade familiar, por conta da necessidade, a morar em um cômodo que não traz as características de uma moradia digna por conta do espaço apertado, e que eventualmente também não será segura em decorrência do números desproporcional de pessoas morando em um mesmo prédio com pouco espaço físico de utilização

exclusiva, o que restará somente a regularidade do imóvel, o que não será o suficiente para o estabelecimento de uma sociedade onde todos tenham acesso a uma habitação em conformidade com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, Pedroso (2018, p. 191) afirma que nada impede a exploração da nova modalidade de condomínio de uma forma mais abrangente, explicando que a Lei não se indis põe sobre a utilização somente em caráter de Regularização Fundiária Urbana, afirmando que poderia ser utilizando inclusive nestes casos.

Entretanto, a utilização dos condomínio urbano simples entre pessoas naturais nada se assemelha a utilização para fins de empreendimentos imobiliários, a primeira situação se dispõe na dinâmica entre famílias ou grupos comunitários como forma de dar moradia para uma pessoa ou família próxima sem habitação, e na segunda estamos falando da possibilidade de se aferir lucro com a nova modalidade condominial, o que trará enorme distorções as cidades e condenará a estrutura urbanísticas das cidades ao caos ao momento em que se reduzirá as moradias à cômodos.

Outra distorção que ocorrerá com esta possibilidade será, na medida em que vão sendo vendidos unidades de condomínios urbanos simples por empreiteiras, a utilização dos mecanismos oriundos da especulação imobiliária, como a retenção deliberada de lotes, ao ponto em que muitos dos cômodos apartados serão vendidos com o propósito de se aumentar o preço da morada por metro quadrado, tornando o mercado imobiliário mais brutal do que se encontra atualmente.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do conhecimento obtido na pesquisa, é possível afirmar que todas as modalidades de institutos de direito civil criadas com a Lei de Regularização Fundiária tem como objetivo atingir com eficiência a regularização fundiária, podendo ou não serem utilizadas com propósitos lucrativos ou não.

O direito real de laje e o condomínio urbano simples são institutos que merecem atenção em relação a este ponto, pois foram criados para

regularizar imóveis das periferias brasileiras, sendo que seu uso, em especial do condomínio urbano simples, para fins de implementação de empreendimentos imobiliários distorce o objetivo do legislador e pode distorcer as relações urbanísticas nas cidades do país.

Se o condomínio urbano simples for realmente utilizado para fins de se auferir lucro, por meio de empreendimentos imobiliários, a especulação imobiliária irá tencionar as desigualdades já existentes, tanto por meio da distorção da qualidade das moradias, quanto por meio da elevação dos valores das residências.

Portanto, é possível concluir que se deve haver a possibilidade de utilização do condomínio urbano simples para fins de implantação de empreendimentos imobiliários, pois existe a possibilidade de isto trazer grandes problemas urbanísticos para as cidades, entretanto não se viu na prática o interesse de grandes empreiteiras começarem a ver este novo instituto como uma nova forma de expansão do mercado imobiliário.

Verificou-se inclusive, que não há dispositivos legais que vedem a utilização do condomínio urbano simples para a construção de empreendimentos imobiliários, podendo haver no futuro construções de prédios com essa finalidade, lembrando inclusive que não foi com este objetivo que a modalidade foi criada, sendo que a sua utilização social prevalece sobre a sua utilização privada.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 03 mar. 2019.

_____. Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017. **Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União; altera as Leis nos 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, 13.001, de 20 de junho de 2014, 11.952, de 25 de junho de 2009, 13.340,**

de 28 de setembro de 2016, 8.666, de 21 de junho de 1993, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 12.512, de 14 de outubro de 2011, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), 11.977, de 7 de julho de 2009, 9.514, de 20 de novembro de 1997, 11.124, de 16 de junho de 2005, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 10.257, de 10 de julho de 2001, 12.651, de 25 de maio de 2012, 13.240, de 30 de dezembro de 2015, 9.636, de 15 de maio de 1998, 8.036, de 11 de maio de 1990, 13.139, de 26 de junho de 2015, 11.483, de 31 de maio de 2007, e a 12.712, de 30 de agosto de 2012, a Medida Provisória no 2.220, de 4 de setembro de 2001, e os Decretos-Leis nos 2.398, de 21 de dezembro de 1987, 1.876, de 15 de julho de 1981, 9.760, de 5 de setembro de 1946, e 3.365, de 21 de junho de 1941; revoga dispositivos da Lei Complementar no 76, de 6 de julho de 1993, e da Lei no 13.347, de 10 de outubro de 2016; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113465.htm> Acesso em: 03 mar. 2019.

ENGELS, Friedrich. Marxist, 2009. Livro '**Para a Questão da Habitação**' traduzido do alemão por João Pedro Gomes e disponibilizado em HTML por Fernando A. S. Araújo em janeiro de 2009. Disponível em: <<https://www.marxists.org/portugues/marx/1873/habita/index.htm#tn254>>. Acesso em: 22 de jul. 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves; DEBS, Martha El; DIAS, Wagner Inácio. **Direito de Laje:** do puxadinho à moradia digna. 3. ed., rev. e atual. Salvador: Ed. Juspodvim, 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil:** Volume Único. 3. ed., Salvador: Ed. Juspodvim, 2018.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss Conciso.** Rio de Janeiro: Moderna, 2011.

OLIVEIRA, Ariovaldo Umbelino de. A lógica da Especulação Imobiliária. **Boletim Paulista de Geografia**, São Paulo, v. 1, n. 55, p. 75-92, nov. 1978. Disponível em: <<http://www.agb.org.br/publicacoes/index.php/boletim-paulista/issue/view/93>>. Acesso em: 22 de jul. 2019.

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. **Novidades da Lei nº 13.465/17**: o condomínio de lotes, o condomínio urbano simples e o loteamento de acesso controlado. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/478658357/novidades-da-lei-n-13465-2017-o-condominio-de-lotes-o-condominio-urbano-simples-e-o-loteamento-de-acesso-controlado>>. Acesso em: 22 de jul. 2019.

PEDROSO, Alberto Gentil de Almeida. **Regularização Fundiária**: lei 13.465/2017. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

RODRIGUES, Arlete Moysés. **Moradia nas cidades brasileiras**. 5. ed., São Paulo: Contexto, 1994.

SÃO PAULO. CORREGEDORIA GERAL DE JUSTIÇA. Provisamento n. 58, 28 de nov. 1989. **Normas de Serviço de Cartórios Extrajudiciais**. Disponível em: <<https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=112823>> Acesso em: 22 jul. 2019.

SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 6. ed., ver. e at., São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: Volume Único. 8. ed., São Paulo: Forense; Método, 2018.

PESSOAS PÚBLICAS, NOTORIEDADE E PRIVACIDADE: ALGUNS ASPECTOS TEÓRICOS E EMPÍRICOS

Luíz Augusto Castello Branco de Lacerda Marca da Rocha

Klever Paulo Leal Filpo

Introdução

O direito à privacidade tem sido objeto de inúmeras reflexões doutrinárias e jurisprudenciais que visaram e visam conferir-lhe proteção e adaptá-lo aos desafios constantemente impostos pelas exigências sociais e pelas inovações tecnológicas. Paradoxalmente, quanto mais se fragiliza a tutela concreta da *privacy*, maior a importância de discuti-la.

O objeto deste trabalho é a tutela da privacidade de pessoas que, por distintas razões, tornam-se conhecidas do grande público. Essa condição, se por um lado lhes proporciona benefícios e *status*, por outro ângulo pode sujeitá-las a intensas intromissões em suas vidas pessoais. A pesquisa desenvolvida pretende investigar em que medida o ordenamento brasileiro tutela a vida privada das assim chamadas *celebridades*, examinando alguns casos de aplicação concreta dessa tutela em decisões judiciais.

Inicialmente, faz-se uma abordagem histórica que busca compreender como o conceito de vida privada tem variado historicamente, de um direito de exclusão ao direito de controlar os dados e informações que dizem respeito a seu titular. Posteriormente, é apreciada

a cultura de *hiperexposição* como um dos elementos característicos dos tempos atuais, representando uma supervalorização da fama e notoriedade, e apontando mudanças comportamentais que produzem inúmeros efeitos socioculturais e perplexidades a serem enfrentadas pelos juristas.

A seguir, busca-se promover uma análise crítica do posicionamento de doutrina e jurisprudência brasileiras a respeito do tratamento dispensado à privacidade das pessoas notórias. Percebem-se com clareza a adoção de critérios que justificariam uma menor proteção de tais indivíduos, sob argumentos que variam de um suposto “preço da fama” até a capacidade de tais pessoas em influenciar comportamentos coletivos.

Pretende-se colocar em discussão que tais abordagens podem ser insuficientes, ou mesmo inadequadas, por considerarem apenas um dos aspectos envolvidos na questão, ou por implicarem em tratamento diferenciado entre pessoas igualmente tuteladas, sem uma sólida base justificante.

2. Privacidade: um conceito e variações históricas

Sob o prisma jurídico, o marco inicial da tutela da privacidade como direito autônomo e desvinculado de outros interesses juridicamente relevantes surge nos Estados Unidos da América, em estudo publicado por Samuel Warren e Louis Brandeis a fins do século XIX na *Harvard Law's Review*, intitulado *The Right to Privacy* (ETZIONI, 1999, p. 189). O trabalho, multireferenciado em estudos sobre o tema, compreende o direito à privacidade como um “direito a ser deixado só”, a ser exercido especialmente face às inovações tecnológicas que, já naquela virada de século, se mostravam potencialmente invasivas, bem como a devassa nas vidas individuais provocada por uma postura excessivamente intrusiva da imprensa (PINHO; ROCHA, 2017, p. 282). Tal percepção demonstrava caráter francamente liberal-burguês, tendo como epicentro o domicílio do indivíduo, sendo, portanto, fortemente associada ao direito de propriedade (KONDER, 2013, p. 357).

Por longo tempo, esta concepção de privacidade consolidou-se na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, se encontrando presente em diversos julgados, dentre os quais destacam-se *Griswold*

vs. Connecticut (1965), *Katz v. United States* (1967), *Eisenstadt vs Baird* (1972) e *Roe vs. Wade* (1973) (cf. DONEDA, 2006, p. 289). Em *Katz*, em particular, a privacidade passa a ser mais claramente associada às pessoas, e não aos locais em que se encontrem. Contudo, a decisão, ao estabelecer a fórmula da “expectativa razoável de privacidade” como critério ponderativo, manteve o grau de distinção entre os espaços público e privado, conferindo a este último um maior nível de proteção, na medida em que no *locus* privado residiria seu mais elevado nível de proteção (apud ETZIONI, 2015, p.3).

Esta definição clássica, contudo, vem mostrar-se depois insuficiente diante da “virtualização da vida”, traço característico de uma “sociedade em rede”, fortemente conectada através daquilo que se convencionou denominar rede mundial de computadores. O “*cyberespaço*” redefiniu as bases dos relacionamentos humanos, produzindo toda uma ordem de relações econômicas, jurídicas e sociais, pautadas por uma desterritorialização, fluidez e fugacidade. As bases físicas da “casa-fortaleza” (cf. MORAES, 2010, p. 140) do pensamento burguês de outrora, sobre as quais foi alicerçada a noção de privacidade, não mais se mostram suficientes para assegurar sua sobrevivência enquanto direito fundamental, impondo uma redefinição que se ajuste a estes novos paradigmas (sobre o assunto, sugerimos SIBILLIA, 2016, p. 115).

Desta maneira, a noção de privacidade migra de um direito ao isolamento para o denominado direito à autodeterminação informativa (SCHREIBER, 2008, p. 258), consistente no controle das informações pessoais (DONEDA, 2006, p. 144-145), em especial àquelas que possam referir-se aquilo que se passou a denominar “dados sensíveis: aqueles capazes de gerar potenciais discriminações e comprometimento da cidadania de seu titular” (RODOTÀ, 2008).

Dentro desta perspectiva, o pertencimento de dados e informações atinentes à própria personalidade compõem um perfil identitário de seu titular, imprescindível ao livre desenvolvimento da personalidade da pessoa humana. Contudo, um componente em particular, a constituir traço peculiar dos tempos atuais, impõe uma análise mais detida, a saber, a existência de uma cultura de *hiperexposição*, a debilitar a própria existência de um discurso jurídico de suporte à vida privada.

3. A cultura de hiperexposição como um traço característico da pós modernidade

Muito embora inexistia consenso quanto à extensão e definição daquilo que alguns autores convencionaram chamar de pós modernidade, é possível encontrar, dentre aqueles que têm estudado o fenômeno, alguns traços característicos, como: 1) a *destradiconalização* das instituições; 2) a *hipertecnização*, o *hiperconsumo* – o que, conforme Bauman (2008, p. 20), não apenas representa um novo ideal de vida e de valoração individual, como ainda conduz à própria transformação das pessoas em mercadorias; 3) a “*presentificação*” do mundo, com a erosão do papel da História e o foco das atenções no tempo presente e uma despreocupação com o futuro (BAUMAN, *op. cit.* p. 46); e 4) pela excessiva individualização deste. Esse panorama representou e representa substanciais desafios para o jurista, decorrentes de toda uma profunda reestruturação do pensamento e do comportamento humanos.

No aspecto relevante para este estudo, nota-se a viragem de uma valorização da privacidade e do recato como ideais burgueses (essencialmente realizáveis no interior do domicílio, em especial no quarto privado) para uma cultura de *hiperexposição*, pautada na construção de personalidades “*alterdirigidas*” (SIBILLIA, 2016, p. 48), em que a própria noção de intimidade se converte em “*extimidade*” (idem, p. 114-115). Este fenômeno decorre da crescente erosão entre os marcos divisórios dos espaços público e privado, até então bem definidos na estrutura social do Estado liberal-burguês. O até então valorizado recato dá lugar a um narcisismo cada vez mais acentuado na onipresença da vida em rede. Ocorre uma verdadeira inversão dos comportamentos outrora desejáveis, produzindo novos padrões, nos quais “cada vez mais, é preciso *aparecer para ser*” (SIBILLIA, Paula. *op. cit.*, p. 151). Dentro desse contexto, percebe-se um processo de glamourização, em que uma verdadeira “cultura de celebridades” se ergue como padrão.

Nesta sociedade *espetacularizada*, “o que aparece é bom, e o que é bom aparece” (DEBORD, 2017, p. 40), e a invisibilidade significa a morte social e a exclusão da marginalização (BAUMAN, 2008, p. 9). A percepção de certas pessoas como referencial a ser seguido funcio-

nam como aspirações de vida e como meio de inserção e pertencimento a determinados grupos (PORTO, 2014, p. 375).

Este culto à celebridade, fortemente inserido em nossa sociedade, produz duas consequências claramente perceptíveis: a exposição crescente e espontânea de aspectos do cotidiano e da vida privada – especialmente através das redes sociais – e uma insaciável curiosidade a respeito de fatos pertinentes à vida alheia, conduzindo à violação de seus direitos fundamentais – a privacidade mais diretamente – por meio de uma invasividade por vezes intolerável, potencialmente agravada pela facilidade em difundir informações e imagens – verdadeiras ou não – proporcionada pelas tecnologias de compartilhamento de informações, aplicativos e redes sociais.

A combinação destes fatores, em uma sociedade em que todos somos “vigilantes e vigiados” (ROCHA e FILPO, 2018, p. 6), conduz a certas perplexidades: é cada vez maior o número de pessoas que se expõem em busca da fama, ainda que fugidia e etérea – sejam os cada vez mais populares *youtubers*, sejam aqueles que se aventuram em participações em *realities shows*, sobre os mais variados assuntos e formatos. Por outro lado, desportistas, políticos e artistas, de diferentes segmentos se utilizam do artifício da exposição de suas vidas privadas como forma de estimular sua interação com o público, potencializando a divulgação de seus trabalhos e cativando uma maior atenção de seus admiradores. Contudo, ao fazê-lo, transformam a si próprios em mercadorias, confundindo-se com a atividade que exercem, mesclando-se a suas obras e, por vezes, tornando-se maiores que elas, que ficam em segundo plano quando comparadas à personalidade que constroem e divulgam (SIBILLIA, 2016, p. 206).

Neste panorama, há muitas questões inquietantes: a busca voluntária pela notoriedade e reconhecimento sujeitaria determinadas pessoas a uma menor tutela de sua esfera privada? Haveriam limites diferenciados entre a tutela jurídica da privacidade da pessoa anônima e daqueles de quem se diz serem “pessoas públicas”, conferindo uma maior densidade ao direito dos primeiros em detrimento destes? De que modo as novas tecnologias e a naturalização deste processo de exposição interferem (se é que deveriam fazê-lo) na percepção do direito à privacidade?

Para uma reflexão mais aguçada, será feita logo a seguir uma breve análise do posicionamento doutrinário e jurisprudencial brasileiros acerca do tema.

4. O tratamento dispensado à privacidade de pessoas famosas em doutrina e jurisprudência brasileiras

Tradicionalmente, a doutrina e jurisprudência brasileiras têm se posicionado por uma maior tolerância a atos invasivos da privacidade de pessoas famosas, por entender ser este verdadeiro “preço da fama” por elas buscada, a demandar uma maior flexibilização, decorrente “da necessidade de autoexposição, de promoção pessoal ou do interesse público na transparência de determinadas condutas”. Delineia-se, contudo, uma separação entre os fatos relacionados à sua profissão/ofício e aqueles ligados à sua vida pessoal, a demandar consideração por sua privacidade (BARROSO, 2018, p. 289).

De fato, como mencionado *supra*, a autoexposição voluntária é considerada nos dias atuais, como ferramenta de *marketing* pessoal necessária ao êxito profissional em certos segmentos, sendo mesmo almejada e naturalizada. Parte da doutrina sustenta que, uma vez que a divulgação dos fatos concernentes à privacidade tenha sido espontânea, não haveria como reter a propagação de tais informações (MENDES, 2017, p. 286). Parece que a razão está com aqueles que sustentam haver diferenciação entre a “publicização”, “exposição” e “utilização” da privacidade (e outros direitos da personalidade), não sendo verossímil supor que uma autorização tácita ou expressa para a publicização de referidos direitos implique em total perda de controle sobre os mesmos (SCHREIBER, 2014, p. 122). Ocorre que, frequentemente, seus efeitos são imprevisíveis, indesejados e irreversíveis, acarretando graves lesões ao patrimônio jurídico de seu titular.

Ademais, a insaciável curiosidade do público tende a estimular toda uma “indústria da intrusão”, expondo as “celebridades” (RODRIGUES JUNIOR, 2013, p. 113-114) a toda sorte de invasividade. Seria aceitável que o rótulo de “pessoa pública”, tão frequentemente apontado como parâmetro ponderativo a justificar uma debilitação da tutela da privacidade, possa continuar sendo aplicado indiscriminada-

mente? Não seria uma visão distorcida dos direitos da personalidade e de seu âmbito de proteção (cf. SCHREIBER, 2014, p. 146)? É plausível pensar que o *modus vivendi* de uma pessoa não implica em autorização tácita para que sua vida seja completamente devassada, sob quaisquer circunstâncias, porque isso representaria efetiva renúncia a direitos sabidamente irrenunciáveis.

Outro argumento frequentemente invocado em relação às pessoas famosas seria a existência de um suposto “interesse público” acerca de fatos concernentes à sua vida e trajetória. Tal noção estaria ligada a um aspecto de relevância (MENDES, 2017, p. 285), não se confundindo com um mero “interesse do público”, este pouco mais que mera curiosidade, despida de densidade jurídica. O que se depreende desta vertente teórica é o estabelecimento de outro parâmetro ponderativo. Não é a opção propriamente dita por uma carreira (artística, política, desportiva) ou por um modo de viver que sujeitaria a uma maior invasividade, mas o fato deste modo implicar num envolvimento com eventos que afetam a coletividade. O fator justificante do interesse informativo residiria justamente nesta capacidade de influenciar o comportamento coletivo, e nas eventuais *contradições* entre o discurso público de uma pessoa (e a percepção pública acerca de seu autor) e sua conduta privada, bem como os aspectos de sua vida privada determinantes para a formação de seu perfil mais ostensivo.

Em outra passagem, contudo, é possível verificar na Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pensamento oposto no sentido de que, muito embora novamente adotando o critério da “relevância pública da divulgação”, analisa-a sob a ótica do receptor, apontando ainda como parâmetro para a indenizabilidade (possibilidade de indenizar) ou não dos danos a sua veracidade, de modo a conferir maior peso à tutela da vida privada quando exposta de forma sensacionalista e especulativa, caracterizando “excesso” no exercício da liberdade de expressão¹. Segundo entendeu o STJ no RESP 1.582.069 - RJ

1 “A liberdade de imprensa encontra freios na veracidade da notícia veiculada e na relevância pública da divulgação, essa que deve ser analisada sob a ótica do receptor. Assim, acaso exposta A liberdade de imprensa encontra freios na veracidade da notícia veiculada e na relevância pública da divulgação, essa que deve ser analisada sob a ótica do receptor” REsp. 1.582.069 - RJ (2013/0229868-0). Disponível em: <http://www.stj.jus>.

A liberdade de imprensa encontra freios na veracidade da notícia veiculada e na relevância pública da divulgação, essa que deve ser analisada sob a ótica do receptor. Assim, acaso exposta A liberdade de imprensa encontra freios na veracidade da notícia veiculada e na relevância pública da divulgação, essa que deve ser analisada sob a ótica do receptor. (Proc. 2013/0229868-0). Julgado Disponível em: http://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2017_246_2.pdf. Acesso em: 08.12.2018.

Rodrigues Júnior (2002, p. 122), com base em sua divisão das celebridades em dois grupos, e considerando levantamento de decisões dos Tribunais Superiores, elabora fórmula pela qual “(1) É ampla a liberdade de imprensa para divulgar fatos e imagens, inclusive ligados à intimidade de políticos e de celebridades em sentido estrito. (2) Essa liberdade pode ser restringida se a exposição implicar danos econômicos irrazoáveis em relação às celebridades em sentido estrito e, no que se refere aos políticos, se a divulgação da intimidade não se relacionar com o interesse público”.

O critério de “danos econômicos irrazoáveis” é polêmico, uma vez que considera sob uma ótica estritamente patrimonial – o impacto financeiro da divulgação do fato íntimo sobre a esfera daquele a cujos fatos divulgados se referem – direito cujo *core* é existencial. Tal raciocínio faria supor que eventual recomposição dos prejuízos mediante reparação cível representaria suficiente tutela aos interesses violados. Este “cálculo econômico” poderia, ao revés do que se pretende, servir de estímulo a condutas violadoras, sempre que o ganho a ser auferido por estas fosse maior que o dano a ser recomposto.

5. Estudo de um Caso

Além da revisão bibliográfica já referida, a pesquisa também tratou de fazer o levantamento de algumas decisões judiciais emblemáticas,

[br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2017_246_2.pdf](http://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2017_246_2.pdf). Acesso em: 08.12.2018.

dentre elas aquelas oriundas do STJ, já citadas acima. Considerando que a pesquisa está sediada no Rio de Janeiro, foi feito um levantamento exploratório por meio do repertório de jurisprudência do Tribunal de Justiça desse estado. Utilizou-se o sistema de busca livre de julgados, com as palavras de busca “privacidade” e “celebridade”, restringindo-se a pesquisa ao período compreendido entre os anos de 2010 e 2020.

Utilizando esse método de busca, foram encontradas três decisões, todas colegiadas, sendo duas proferidas em sede de apelações cíveis e uma proferida em embargos infringentes. Por se tratar de processos eletrônicos, foi possível examinar os autos dos processos em primeira e segunda instâncias. Dentre esses casos, foi selecionado para ser analisado neste artigo o acórdão proferido nos autos da Apelação Cível processada sob o número 0088167-63.2015.8.19.0001, julgada pela Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por enfocar a problemática central aqui enfrentada.

A ação, de natureza indenizatória, foi ajuizada no ano de 2015, observando o rito sumário ainda vigente à época, sob a égide do Código de Processo Civil de 1973. A autora, estudante, relatou que a ré teria divulgado seu site matéria jornalística versando fatos inverídicos que tiveram ampla divulgação midiática, causando danos de natureza moral. Que, segundo foi divulgado, teria sido expulsa de uma festa promovida na Barra da Tijuca por um renomado jogador de futebol, seu ex-namorado, por conta do atleta já ter uma outra namorada. Alegou a autora que os fatos não ocorreram daquela forma e que saiu da festa normalmente, por vontade própria.

Disse ainda que, após a publicação da notícia, passou a receber diversas mensagens através das redes sociais, de amigos e conhecidos, indagando acerca da suposta expulsão e do constrangimento que a ela se seguiria. Essa teria sido a forma como tomou conhecimento do ocorrido, por meio de mensagens e *posts* recebidos pelo Whatsapp e Facebook.

A ré, por sua vez, ofertou defesa na modalidade de contestação apontando aspectos formais e materiais. No mérito, naquilo que é pertinente a este artigo, a ré sustentou que a liberdade de imprensa assegurada na forma do artigo 220 da Constituição Federal tem natureza de direito fundamental, embora se encontre protegida, em regra, apartada

do comando do artigo 5º da CF. Por outro lado, a própria Constituição determina os casos pontuais e específicos em que mencionada liberdade pode ser suspensa. Alegou que há previsão de cerceamento da liberdade de imprensa apenas em situações muito específicas, tais como na vigência do estado de sítio ou em razão de comoção grave de repercussão nacional, ou ocorrência de certos fatos muito graves, não sendo este o caso dos autos.

Concluiu sua defesa informando que, ainda que amparada pela lei de imprensa e liberdade de manifestação do pensamento, não houve de sua parte conduta ilícita que pudesse dar guarida ao pleito da autora. Isso porque os fatos eram verdadeiros e foram amplamente divulgados por outros veículos de comunicação, não havendo ato ilícito que pudesse ser sancionado pela ordem jurídica.

Depois dos devidos trâmites processuais, sobreveio sentença em que o juízo de primeira instância julgou procedentes os pedidos autorais. A sentença fundamentou-se no fato de que a Constituição Federal consagra a livre expressão de comunicação em diversos dispositivos; que a liberdade de imprensa não seria absoluta, encontrando restrições nos outros direitos fundamentais; que haveria viabilidade de propositura de ações visando à responsabilização por danos decorrentes de notícias difamantes, injuriosas que possam causar danos materiais ou à imagem; que as informações e notícias veiculadas pelos meios sociais de comunicação deveriam ser analisadas mediante uma prévia investigação própria, para que não se cometam injustiças e ofensas por fatos distorcidos ou pela não pertinência da sua publicação; e que caberia aos meios de comunicação a tarefa de divulgar os fatos tal como ocorreram, noticiando ou criticando, sem distorcê-los.

Na ótica do sentenciante, teria ocorrido distorção dos fatos pela ré, revestindo de abusividade o exercício do direito à liberdade de expressão, que veio a colidir com as liberdades individuais, maculando a honra/imagem da autora. Que a parte ré não teria impugnado a veiculação da matéria nos moldes narrados na inicial, limitando-se a afirmar que não haveria que se falar em danos morais na hipótese; e que não teria logrado êxito em atestar que investigara previamente acerca da ocorrência do episódio que publicou em seu sítio eletrônico. Finalmente, entendeu que a ré não teria comprovado a veracidade da aludi-

da informação, atribuindo a terceiro atos que não teriam sido por ele praticados, gerando dano à honra e imagem da autora.

Por tudo isso, em primeira instância, a ré foi condenada para “retirar do ar” todas as matérias referentes à suposta expulsão da autora da festa já referida e para indenizar a autora no valor de R\$10.000,00, a título de danos morais.

Inconformado com a decisão, o veículo de comunicação apelou da decisão, sendo o recurso distribuído para a 5ª Câmara Cível do TJERJ. A apelação foi julgada de forma colegiada, sendo a ementa redigida nos termos seguintes:

Apelação Cível. Direito de informação versus direito de imagem. Responsabilidade civil que exige prova do fato defeituoso ou culposo do qual decorre o prejuízo. Pedido de indenização por danos morais. Publicação de matéria jornalística em sítios na internet sobre situação social pública envolvendo a autora em festa promovida por jogador de futebol. Alegação de ilegitimidade passiva bem afastada. Empresas com o mesmo nome/signo que integram o mesmo grupo econômico. Teoria da aparência. Inteligência dos arts. 5º, V e X e 220 da CF/88. Reportagem jornalística de cunho informativo sem qualquer caráter depreciativo ou difamatório, ausente ofensa à honra ou dignidade da autora. Inexistência de violação à intimidade ou privacidade. Celebidades que notoriamente se beneficiam de notícias sobre suas vidas na imprensa. Inexistência de elementos que demonstrem abuso do direito de informar capaz de dar ensejo à obrigação compensatória por dano moral. Ponderação de valores. Mero aborrecimento. Dano moral não configurado. Precedentes jurisprudenciais. Recurso provido para julgar improcedente o pedido. (Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, apelação cível nr. 0088167-63.2015.8.19.0001. Relatora Des. Cristina Tereza Gaulia)

Na fundamentação do acórdão, acolhendo integralmente o voto da Relatora, muitos argumentos contidos nos autos foram sopesados. Mas a decisão de segunda instância trilhou caminho oposto àquele se-

guido pela sentença de primeiro grau. No que mais interessa a este artigo, chamam atenção os seguintes trechos do acórdão:

A controvérsia está portanto em avaliar, preliminarmente a legitimidade ad causam da ré e, no mérito, se a matéria jornalística em questão teria tido o condão de violar a privacidade ou a intimidade da autora, difamando a ou lesando sua imagem e, em caso positivo, aferir, se merece a mesma indenização a título de danos morais. (...)

O fato (publicação da matéria em sítio internáutico) foi provado, porém a matéria não foi publicada com vício, nem tampouco com abuso do direito de informar, tão somente noticiando situação que realmente ocorreu, e que a autora, não logrou descharacterizar, como uma inverdade.

Fato ocorrido, uso regular de palavras de utilização corrente no idioma pátrio, nota breve e que já constava de outra mídia jornalística, nada havendo de defeituoso ou culposos que caracterizasse o dano moral alegado pela autora.

E, mais ainda, em destaque:

Ao contrário, as celebridades, mais ou menos famosas, costumam se beneficiar das mídias de notícias rápidas. A nota em questão, inclusive aponta para a brevidade da fama (e da notícia na consciência dos leitores!) pois se refere a “Famosidades”, ratificando a ideia notícia de rápida e fugaz sobre igualmente fugazes famosos. A manutenção da notícia, em debate, aliás, somente se deu, porque os diálogos foram alimentados pela própria autora. Como exsurge da experiência comum¹, atores, apresentadores, músicos, jogadores de futebol etc., são consideradas personalidades públicas, especialmente num mundo cada vez mais ávido de fama. E sendo assim, tais personas são objeto da curiosidade do público que os acompanha, copia e aplaude, o que acarreta indubitavelmente, um menor nível de privacidade.

A decisão acima transitou em julgado, pois não foi desafiada por nenhum recurso. Logo, tal como apontado no item anterior, alguns julgados vêm dando guarida e alimentando o entendimento de que, quando se trata de pessoa pública, uma celebridade, a curiosidade do público relativamente ao seu estilo de vida estaria apta a justificar “um menor nível de privacidade”, isto é, uma certa mitigação do direito à privacidade.

Em considerações finais, contudo, será feita uma ponderação acerca dessa que parece ser uma tendência dos julgados mais recentes sobre o tema em comento.

Considerações Finais

A análise da doutrina e jurisprudência realizadas neste artigo, ainda que de forma restrita, revela um esforço no sentido de estabelecer critérios racionais que equilibrem a preservação da privacidade das chamadas “pessoas públicas” com o interesse do público por suas vidas, bem como com outros direitos fundamentais, em especial a liberdade de expressão.

O que se depreende da pesquisa realizada é que, em um primeiro momento, as pessoas consideradas notórias (em virtude de suas atividades profissionais, posições ou cargos políticos, ou mesmo por fatos eventuais de grande repercussão) têm a tutela de sua privacidade fragilizada, em virtude da influência que seu modo de vida exerce sobre a coletividade. Esta redução apriorística da tutela de sua personalidade não se afigura razoável, uma vez que aludir a um suposto “preço da fama” implicaria em concordar com a ideia de uma renunciabilidade – ao menos tácita – da própria personalidade, decorrente de uma opção pelas benesses proporcionadas pela admiração do público.

Se é verdade que os direitos da personalidade comportam uma disponibilidade relativa, ela se dá sempre de modo temporário, revogável, e para finalidades específicas (o mesmo em FARIAS, 2018, p. 197). A privacidade da pessoa célebre é tão merecedora de proteção quanto a do anônimo. O que ocorre é uma equivocada associação entre o direito da personalidade e os efeitos externos da projeção desta,

estes sim, capazes de exercer influência sobre o comportamento do público, ou gozar de relevância histórica ou cultural, a justificar sua publicidade e divulgação.

Ainda que se dissociem a projeção do exercício da personalidade com o direito à privacidade em si, os parâmetros ponderativos verificados, tais como a “veracidade dos fatos expostos”, “possibilidade de influenciar o comportamento ou os rumos da coletividade”, ou “dano econômico” parecem padecer de algumas fragilidades. Ademais, todos os critérios verificados se destinam a circunstâncias nas quais ocorre um ato *externo*, realizado por terceiro, violador da privacidade. Pouco se diz, entretanto, de atos de exposição voluntária praticados pelo próprio titular do direito que culminam por tomar dimensões não desejadas, resultando em danos por vezes irreparáveis.

A título de contribuição, se sugere atentar para o fato de que toda restrição à *privacy* (e aos direitos da personalidade em geral) somente se tem por legitimada quando plenamente justificada por um interesse público relevante que somente se tenha por realizado mediante a restrição ao direito individual, e ainda assim em aspectos diretamente pertinentes ao interesse a realizar, e sem comprometimento do núcleo do direito em si.

Deste modo, pode ser rechaçado o argumento do “preço da fama”, bem como a análise dos impactos econômicos para a vítima. Por outro lado, é legítimo exigir um benefício consistente para o bem-comum, ideia que, segundo sustenta Etzioni (2015), compreende as preocupações compartilhadas de uma dada sociedade, em um dado tempo, acerca de assuntos de interesse global, ou, ao menos, de amplo alcance.

Referências

BAUMAN, Zygmunt. *Vida Para Consumo: A transformação das pessoas em mercadoria*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BRANDEIS, Louis D.; WARREN, Samuel D. *The right to privacy*. Harvard Law Review, Cambridge, v. IV, n. 5, 15 dec. 1890. Disponível em: <http://readingnewengland.org/app/books/righttoprivacy/?l=righttoprivacy>. Acesso em: 25.06.2018.

- DEBORD, Guy. *A Sociedade do Espetáculo*. Trad. Estela dos Santos Abreu. 2ª ed. Rio de Janeiro: Contraponto, 2017.
- DONEDA, Danilo. *Da Privacidade à Proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2006.
- ETZIONI, Amitai. *The Limits of Privacy*. Nova York: Basic Books, 1999.
- ETZIONI, Amitai. *Privacy in a Cyber Age*. Nova York: Palgrave Macmillan, 2015.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB*. 16ª ed. Salvador: PODIUM, 2018.
- JÚNIOR, Otávio Luiz Rodrigues. *Do Príncipe Bismarck à princesa Carolina de Mônaco: vida de pessoas célebres e as liberdades comunicativas no Código Civil*. In: CASSETARI, Christiano, et. all., *10 anos de Vigência do Código Civil Brasileiro de 2002*. São Paulo: SARAIVA, 2013.
- KONDER, Carlos Nelson. *Privacidade e corpo: convergências possíveis*. Pensar (UNIFOR), v. 18, p. 352-398, 2013, disponível em <http://ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/view/2696/pdf>. Acesso em: 25.06.2018.
- LIPOVETSKY, Gilles. *A Felicidade Paradoxal: Ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo*. Trad. Patrícia Xavier. Lisboa: Edições 70, 2017.
- LIPOVETSKY, Gilles; SERROY, Jean. *A Cultura-mundo. Resposta a uma sociedade desorientada*. Trad. Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª ed. São Paulo: SARAIVA, 2017.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na Medida da Pessoa Humana - Estudos de direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2010.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ROCHA, Luiz Augusto Castello Branco de Lacerda Marca da. *Possibilidades e Limites Para a Tutela da Intimidade e da Privacidade Enquanto Direitos Meta-Individuais*. In: REVISTA ELETRÔNICA DE DIREITO PROCES-SUAL VOLUME 18 NÚMERO 1 (2017). Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/index>. Acesso em: 25.06.2018.

REVISTA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, volume 246, tomo 2 ano 29 abril/maio/junho 2017. Disponível em: http://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2017_246_2.pdf. Acesso em: 08.12.2018.

ROCHA, Luiz Augusto Castello Branco de Lacerda Marca da; FILPO, Klever Paulo Leal. *Proteção do direito à vida privada na sociedade da hiperexposição: paradoxos e limitações empíricas*. In: REVISTA CIVILÍSTICA.COM, a.7. n.1.2018.

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância* (org. Maria Celina Bodin de Moraes). Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PORTO, Renato. *Pequenos navegantes: a influência da mídia nos hábitos de consumo do público infante-juvenil*. In: MARTINS, Guilherme Magalhães et. all. *Direito Privado e Internet*. São Paulo: ATLAS, 2014.

SCHREIBER, Anderson. *Os Direitos da Personalidade e o Código Civil de 2002*". In: TEPEDINO, Gustavo, FACHIN, Luiz Edson, *Diálogos Sobre Direito Civil*. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2008.

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

SIBILLIA, Paula. *O show do eu: a intimidade como espetáculo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Contraponto, 2016.

LIMITAÇÕES DE CARÁTER PÚBLICO E PRIVADO SOBRE O DIREITO À PROPRIEDADE

Jorge Luiz Rodrigues Campanharo

1. INTRODUÇÃO

Para apontamentos propedêuticos a respeito da propriedade e o direito à propriedade privada, dada a impossibilidade de se extrair da doutrina brasileira um conteúdo uníssono e absoluto de sua evolução, faz-se necessário um recorte político, econômico, social e histórico acerca da construção do discurso de propriedade, a fim de possibilitar ao leitor melhor entendimento a respeito do tema. Tais recordes, conforme doutrina, se dividem em quatro momentos, a Antiguidade Clássica; o Período Feudal; a Revolução Francesa e a Contemporaneidade. Contudo, no presente trabalho, para maior clareza e objetividade da discussão, optou-se por separar os momentos em dois: i) Estado Liberal e ii) Estado Social e Democrático de Direito.

Acerca do Estado Liberal, constata-se que houve uma grande preocupação com a liberdade individual do sujeito para preservar os interesses morais e econômicos do indivíduo, sendo reflexo de uma sociedade anterior, a sociedade feudal. Na sociedade feudal o indivíduo era submetido à exploração, à subordinação e à violência do senhor feudal, pois era uma relação de servidão e poder hierárquico pessoal e real do senhor feudal sob o vassalo, caracterizava pela concessão de terra para a subsistência do vassalo, devendo este prestar

serviços ao dono da terra, o senhor feudal (CORTIANO JÚNIOR, 2002, p. 24 e 43).

Nesse contexto de Estado Liberal, a propriedade era tomada por valores individualistas, com “[...] um significado histórico de destruição dos institutos feudais que a imobilizavam em de construção de um sentido de livre acesso e livre circulação da propriedade” (CORTIANO JÚNIOR, 2002, p. 93). Construiu-se um Estado que garantisse ao proprietário o livre exercício de seu direito à propriedade, com exclusividade e sem interferências de terceiros, até mesmo do Estado, não mais havendo laços pessoais de subordinações como haviam na sociedade feudal (CORTIANO JÚNIOR, 2002, p. 95).

Entretanto, nesse contexto em se pregava o discurso de liberdade e igualdade formal entre os sujeitos, mesmo com relações sociais formadas, inexoravelmente, por pessoas e classes sociais distintas e com necessidades e aspirações completamente diferentes, nasce a ideia de “[...] quem pode ter (a propriedade) é sujeito de direito, mas somente será sujeito na medida em que a tenha. É a propriedade que qualifica o sujeito” (CORTIANO JÚNIOR, 2002, p. 121).

O direito à propriedade era marcado a partir de “[...] seu caráter unitário, ilimitado, exclusivista e absoluto” (CORTIANO JÚNIOR, 2002, p. 103). A propriedade, no Estado Liberal, era absoluta e excludente porque impedia a partição de outros sujeitos que não fosse o proprietário, garantindo àquele o direito de reavê-la de terceiro que, ilegalmente, ameaçasse ou impedisse de exercer seus poderes sob a propriedade. Era ilimitado e exclusivo porque era o proprietário, ou quem detinha a posse da coisa, quem manifestava suas faculdades proprietárias em relação ao bem, a qual somente sofria limitações impostas pela lei (FIDELES, 2014, p.39).

Tem-se, assim, sujeitos de direitos, formalmente, livres e iguais a todos os demais “[...] para contratar, adquirir, portar e transferir direitos, forma-se a sociedade de massas e de consumo, constituída por portadores de direitos sobre bens transformados em mercadorias” (FIDELES, 2014, p. 41).

Contudo, o viés individualista e egoístico da funcionalidade da propriedade e a gritante desigualdade material entre os sujeitos fez com que Estado Liberal cedesse seu lugar ao novo modelo estatal.

Desta forma, foi a migração do Estado Liberal para o Estado Social que proporcionou a busca de uma igualdade material entre os indivíduos para a construção de uma sociedade mais justa com a introdução de direitos sociais, culturais e econômicos. Assim, neste contexto, se no Estado Liberal o absentismo estatal era a regra, no Estado Social o intervencionismo é a nova regra, pois a efetiva igualdade material exige a atuação estatal, até mesmo nas relações privadas (FREITAS FILHO; CAMARGOS PEREIRA, 2016, p.44).

Nessa nova conjuntura, em que ordenamento jurídico brasileiro consagra a função social na Constituição Federal de 1988, assim como na legislação infraconstitucional, o individualismo cede para interesse coletivo, pois não “ [...] há como referir-se ao direito de propriedade sem pressupor que ele atende a uma função social a ser respeitada em seu exercício” (FREITAS FILHO; CAMARGOS PEREIRA, 2016, p.44). Em outras palavras, a função social está intrinsecamente ligada a propriedade, alterando, portanto, aspectos pertinentes ao seu exercício (FACHIN, 1987, p.16 a 39).

Verifica-se, após breve apresentação, que em cada contexto histórico a propriedade vestiu-se de contornos diversos, de acordo com as relações sociais e econômicas de cada momento. O nível de complexidade atualmente demandado pelo instituto da propriedade é resultado do nível de complexidade das relações sociais atuais (FACHIN, 1987, p.16 a 39).

Por fim, antes de adentrar a discussão acerca do tema proposto, cumpre ressaltar que não constitui finalidade deste trabalho esgotar a problemática relativo à limitação do direito à propriedade privada, e sim propor uma discussão e apontamentos quanto da compatibilidade do exercício do direito à propriedade ao interesse coletivo.

2. PROPRIEDADE

O direito de propriedade é regulado pelo Código Civil, porém, o art. 1.228, a qual trata sobre propriedade, não a conceitua, limitando-se a indicar quais os poderes do proprietário, que são “usar, gozar e dispor da coisa, e reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha” (GONÇALVES, 2014, p.31).

Assevera Gonçalves (2014, p.229) que “[...] difícil e árdua se mostra a tarefa de conceituar a propriedade” e complementa:

A própria origem do vocábulo é obscura, entendendo alguns que vem do latim *proprietas*, derivado de *proprius*, designando o que pertence a uma pessoa. Assim, a propriedade indicaria toda relação jurídica de apropriação de um certo bem corpóreo ou incorpóreo.

Nessa mesma linha, por sua vez, Maria Helena Diniz (1999, p. 105) define que a propriedade é “[...]o direito que a pessoa física ou jurídica tem, dentro dos limites normativos, de usar, gozar, dispor de um bem corpóreo ou incorpóreo, bem como reivindicá-lo de quem injustamente o detenha”.

Diante das colocações citadas, faz-se necessário destacar os apontamentos do Flávio Tartuce e do José Simão em que, haja vista que todo o ordenamento jurídico deve estar em consonância com os valores constitucionais, fala-se aqui da função social da propriedade, também encontrada no § 1o do art. 1.228 do Código Civil, conceitua a propriedade como:

[...] o direito que alguém possui em relação a um bem determinado. Trata-se de um direito fundamental, protegido no art. 5º, inc. XXII, da Constituição Federal, mas que deve sempre atender a uma função social, em prol de toda a coletividade. A propriedade é preenchida a partir dos atributos que constam do Código Civil de 2002 (art. 1.228), sem perder de vista outros direitos, sobretudo aqueles com substrato constitucional (TARTUCE; SIMÃO, 2013, p.102).

Desta forma, verifica-se que o direito de propriedade não possui uma definição universal. Contudo, possui um entendimento comum quanto sua essência, sendo uma relação jurídica de titularidade ou de poder sobre bem corpóreo ou incorpóreo, bem como quanto a uso dessa relação jurídica em conformidade o interesse coletivo. Em outras palavras “[...] os bens devem ser dirigidos para a produção da riqueza,

visando atender harmonicamente as necessidades do titular do direito de propriedade e o interesse da coletividade” (CHALUB, 2003, p.305).

Após tais considerações introdutórias, é importante frisar que dentre os elementos constitutivos do domínio, a propriedade é o direito real mais completo, sendo a plenitude de direito sobre a coisa, conferindo ao seu titular, como já colocado acima, os poderes de “[...] usar gozar, dispor e reivindicar a coisa de quem quer que injustamente a possua ou detenha” (DINIZ, 1999, p.103 a 106).

Outrossim, ressalta-se, par fins didáticos, que a propriedade, a posse e a detenção são institutos jurídicos que não se confundem. Isto porque, possuem regimes jurídicos distintos na medida em que recebem do ordenamento jurídico tutelas distintas. Para melhor compreensão, passamos para a diferenciação da posse e detenção em relação a propriedade, não analisando a propriedade isoladamente para não tornar esse trabalho redundante, uma vez que tal estudo já fora realizado.

A posse é, “[...] o exercício de fato de um dos poderes inerentes ao domínio ao à propriedade” (RIZZARDO,2014, p.17). Portanto, “Não se exige o exercício de todos os direitos inerentes à propriedade, pois, na hipótese, confundir-se-ia pose com propriedade” (RIZZARDO,2014, p.17).

A posse, a título de esclarecimentos, pode ser classificada em posse justa e posse injusta. “Posse justa, destarte, é aquela isenta de vícios, aquela que não repugna ao direito, por ter sido adquirida por algum dos modos previstos na lei, ou, segundo a técnica romana, a posse adquirida legitimamente, sem vício jurídico externo” (GOLÇALVES, 2014, p.85). Já a posse injusta “[...] portanto, por oposição, é a posse que foi adquirida viciosamente, por violência ou clandestinidade ou por abuso do precário” (GOLÇALVES, 2014, p.86).

Ainda, coloca a doutrina a clássica divisão entre posse de boa-fé e a de má-fé, a primeira trata-se da “[...] crença do possuidor de se encontrar em uma situação legítima” (GOLÇALVES, 2014, p. 94). Assim, “Concebe a boa-fé de modo negativo, como ignorância, não como convicção” (GOLÇALVES, 2014, p.95). “Se o possuidor tem consciência do vício que impede a aquisição da coisa e, não obstante, a adquire, torna-se possuidor de má-fé (GOLÇALVES, 2014, p.95).

Por fim, enquanto “[...] O possuidor exerce o poder de fato em razão de um interesse próprio; o detentor, no interesse de outrem. É o caso típico dos caseiros e de todos aqueles que zelam por propriedades em nome do dono” (GOLÇALVES, 2014, p.62). Assim, “[...] o que sobleva é a falta de independência da vontade do detentor, que age como lhe determina o possuidor. Há uma relação de ordem, obediência e autoridade (GOLÇALVES, 2014, p.62).

3. INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE

Atualmente a Constituição Federal determina que a propriedade atenderá a sua função social, expressamente prevista no art. 5º, XXIII, se manifestando, também, “[...] em inúmeros dispositivos constitucionais e em vários institutos jurídicos ” (FILHO, 2006, p. 410). Assim, conforme Cármen Lúcia (20014, p. 89):

A inclusão da propriedade privada vertida para o atendimento de função social configura um direito de propriedade de natureza diferenciada daquela antes considerada como direito individual subjetivo e inatingível ao interesse de terceiro que não o proprietário. Não é mais o interesse deste que se faz proteger juridicamente, mas o da sociedade; é a função social, que, cumprida, põe sob tutela estatal o direito desempenhado pelo particular em benefício de todos, não do indivíduo. Não é a função individual da propriedade que demarca o quanto estabelecido como direito do indivíduo, antes, é a função social que assinala o conteúdo constitucionalmente provido no direito da propriedade, incluído aí a particular.

Desta forma, com vista a garantir o devido atendimento da propriedade privada a função social, devendo respeitar a dignidade da pessoa humana, contribuindo para o desenvolvimento nacional, diminuição da pobreza e das desigualdades sociais, nas palavras do Hely Lopes Meirelles (2009, p. 602):

Para o uso e gozo dos bens e riquezas particulares o Poder Público pode intervir na propriedade privada. Para atender os relevantes interesses da coletividade, o ordenamento jurídico possibilitou que o Estado interviesse na propriedade sempre que esta não estivesse amoldada ao pressuposto exigido na Constituição.

Ainda com Hely Lopes Meirelles (2009 p. 603):

Os fundamentos da intervenção na propriedade e atuação no domínio econômico repousam na necessidade de proteção do Estado aos interesses da comunidade. Os interesses coletivos representam o direito do maior número e, por isso mesmo, quando em conflito com os interesses individuais, estes cedem àqueles, em atenção ao direito da maioria [...].

Desta forma, é forçoso concluir que o princípio da função social “[...] não nega o direito exclusivo do dono sobre a coisa, exige, porém, que o seu uso seja condicionado ao bem-estar social (NOHARA)

A intervenção Estatal ocorre “[...] por meio do poder de polícia, que constitui instrumento pelo qual é assegurado o bem-estar da coletividade, mediante a restrição dos direitos individuais que com ele conflitem” (DI PIETRO, 2009, p. 125). “A intervenção na propriedade particular pode ter fundamento necessidade ou utilidade pública, ou no interesse social, mas esse fundamento há de vir expresso em lei para autorizar o ato interventivo” (MEIRELLES, 2009, p. 607).

Para finalizar, os institutos do direito administrativo que intervêm na propriedade privada são, “(a) a limitação administrativa à propriedade; (b) servidão administrativa; (c) o tombamento; (d) a ocupação temporária; (e) o parcelamento, a edificação ou utilização compulsórios; (f) a desapropriação; (g) a requisição de bens” (FILHO, 2006, p.412)

4. LIMITAÇÕES AO USO DA PROPRIEDADE PELO DIRETO DA VIZINHANÇA.

O direito de propriedade, assim como discorrido ao longo deste trabalho, sofre inúmeras restrições na esfera pública e privada, quanto

esta última tem-se o direito de vizinhança, regulada pelo Código Civil, para “[...] evitar conflitos de interesses entre proprietários de prédios contíguos” (GOLÇALVES, 20014, p.351). Em outras palavras, trata-se de limitações normativas impostas pela garantia de boa convivência social entre os vizinhos.

Nessa mesma linha de raciocínio, coloca o professor Paulo Lôbo (2014, p. 61) que:

Os direitos de vizinhança compreendem o conjunto de normas de convivência entre os titulares de direito de propriedade ou de posse de imóveis localizados próximos uns aos outros. Para efeitos legais, vizinhos não são necessariamente os contíguos, mas todos os que possam ser afetados pelo uso do imóvel. As normas de regência dos direitos de vizinhança são preferentemente cogentes, porque os conflitos nessa matéria tendem ao litígio e ao aguçamento de ânimos. Na dimensão positiva, vizinhos são os devem viver harmonicamente no mesmo espaço, respeitando reciprocamente os direitos e os deveres comuns. Vizinhos são não apenas os que estão ao lado, mas os que habitam imóveis acima ou abaixo, daí porque as normas dos direitos de vizinhança aplicam-se conjugadamente com as do condomínio edilício.

Ainda, a título de fortalecimento quanto a imposição legal de limitação do direito à propriedade para garantir convívio harmônico entre vizinhos, bem como a preservação e proteção socioambiental, expõe Hely Lopes Meirelles (2000, p.13) que:

Ao tratar dos direitos de vizinhança, a que está subordinado o direito de construir, o Código Civil veda, expressamente, o uso nocivo da propriedade, consignando que o proprietário ou inquilino de um prédio tem o direito de impedir que o mau uso da propriedade possa prejudicar a segurança, o sossego e a saúde dos que o habitam (art. 554). Este dispositivo acolhe e consagra no nosso direito positivo o princípio da relatividade do direito de propriedade, ou mais adequadamente,

o da normalidade de seu exercício. O que a lei está a dizer é que ao proprietário ou possuidor só é lícito o uso regular do imóvel, sem abuso ou excesso na fruição de seus direitos. Toda utilização que exceder a normalidade, vale dizer, os padrões comuns de uso da propriedade, segundo a destinação e localização do imóvel, erige-se em mau uso, e como tal pode ser impedido pelo vizinho, por anormal.

Ocorre, portando, “[...] a necessidade de conciliar o exercício do direito de propriedade com as relações de vizinhança, uma vez que sempre é possível o advento de conflitos entre os confinantes” (GOLÇALVES, 2014, p. 351).

É importante sublinhar que, conforme ensina Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2001, p. 539):

[...] a expressão propriedade vizinha não se aplica restritamente aos prédios confinantes, mas engloba todos os prédios que puderem sofrer repercussão de atos propagados de prédios próximos. A possibilidade de sofrer interferências oriundas de atos praticados em outros prédios é suficiente para delimitar o território do conflito de vizinhança.

Os direitos de vizinhança, trata-se de institutos que “[...] constituem as mais antigas limitações ao direito de propriedade individual, no mundo luso-brasileiro. As limitações são de natureza majoritariamente negativa e preventiva” (LÔBO, 2014, p. 62). Porém, há, também, “[...] limitações positivas, das quais emergem deveres positivos aos que se qualificam juridicamente como vizinhos (LÔBO, 2014, p. 62).

Frisa-se que não se confundem “[...] as limitações impostas às propriedades contíguas com as servidões propriamente ditas. Estas resultam da vontade das partes e só excepcionalmente da usucapião, ao passo que os direitos de vizinhança emanam da lei” (GOLÇALVES, 2014, p. 351). Ou seja, a servidão resulta de negócio jurídico, caracterizado pela anuência das partes envolvidas, salvo em caso de desacordo, diferente dos direitos de vizinhança que surge independente

da voluntariedade das partes, limitando o domínio da propriedade, “[...] estabelecendo uma variedade de direitos e deveres recíprocos entre proprietários de prédios contíguos” (GOLÇAVES, 2014, p. 351).

Destaca-se que os direitos de vizinhança “[...] são obrigações *propter rem*; vinculam-se ao prédio, assumindo-os quem quer que esteja em sua posse” (FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 540), ou seja, vinculando-se ao imóvel e responsabilizando quem detenha sua titularidade.

Podemos distinguir, entre as limitações impostas para regulamentação da vizinhança, as regras que “[...] impõe uma invasão na órbita dominial do vizinho, para a sobrevivência do outro [...]” (FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 542), situação que “A propriedade de uma pessoa passa a servir aos interesses de outra, que dela poderá extrair necessidades” (FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 542) das que criam o “[...] dever de se abster de prejudicar a saúde, a segurança e o sossego do vizinho” (CAMBLER, 2017, p. 8).

Por fim, constituem mecanismos dos direitos da vizinhança que limitam o exercício do direito à propriedade, (a) o uso anormal da propriedade; (b) a passagem forçada; (c) passagem de cabos e tubulações; (d) das águas; (e) direito de construir; (f) árvores limítrofes; (g) limites entre prédios e (h) direito de cercar ou murar.

5. CONCLUSÃO

Conforme breves exposições realizadas acima, observa-se que o direito à propriedade não é absoluto, não servindo apenas para atingir os interesses do proprietário ou possuidor, devendo estar em harmonia com os interesses da coletividade.

Verificou-se, ainda, que as limitações dos poderes sobre a propriedade decorrem de duas esferas, do direito público e do direito privado. O primeiro justifica-se pela necessidade pública ou utilidade pública e, por fim, no interesse social, em que o uso da propriedade deve respeitar a dignidade da pessoa humana, contribuindo para o desenvolvimento nacional, diminuição da pobreza e das desigualdades sociais. Já o último decorre dos direitos da vizinhança, sendo limitações normativas impostas a fim de garantir uma boa convivência social entre os vizinhos. E, em ambas as restrições, observa-se a função social da propriedade.

Conclui-se que as limitações ao direito de propriedade se fazem necessárias com o propósito de conciliar o exercício do proprietário ou/e possuidor com o interesse e bem-estar da coletividade, uma vez que a ausência de limitações resultaria no uso egoísta e arbitrário da propriedade pelo seu dominador sobre o interesse da coletividade, ocorrendo uma colisão de interesses e conseqüente uma série de conflitos danosos ao proprietário ou possuidor e a sociedade.

Tratam-se, por fim, de limitações impostas pelo legislador constituinte e ordinário a fim de garantir não só a coletividade, mas também o proprietário e ao possuir, um uso adequado do instituto jurídico da propriedade, sem ocasionar danos a terceiros em razão de um uso irresponsável.

Referências:

CAMBLER, Everaldo Augusto; LUPU, Andrea. O ilícito e a interferência prejudicial: possibilidade de sobreposição e não necessidade de coexistência para configuração do uso anormal da propriedade. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 6, n. 1, 2017. Disponível em: <http://civilistica.com/o-ilicito-e-a-interferencia-prejudicial/>. Acesso: 05 jan. 2020.

CHALUB, Melhim Namem. Função Social da Propriedade. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 24, 2003. Disponível em http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista24/revista24_305.pdf. Acesso: 05 jan. 2020.

CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas: uma análise do ensino do direito de propriedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22^a. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DINIZ, Maria Helena, **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas**, 14^o ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

- FACHIN, Luiz Edson, Da propriedade como conceito jurídico, **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 76 n 621 p. 16-39 jul. 1987.
- FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Direitos Reais**. 11^a ed. Revista, ampliada e atualizada. Salvador: JusPodvim, 2011.
- FIDELES, Junior Divino. **A justa indenização nas desapropriações agrárias e como se formam as superindenizações**. 2014. 117 f. Dissertação - Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2014, p. 39. Disponível em: <https://repositorio.bc.ufg.br/tede/bitstream/tede/4155/5/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20-%20Junior%20Divino%20Fidelis%20-%202014.pdf>. Acesso: 15 jan. 2020.
- FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. 2^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- FREITAS FILHO, Roberto; PEREIRA, Flora Regina Camargos. A eficácia da função social na propriedade pública. **Universitas JUS**, v. 27, n. 2, p. 43-56, 2016. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=foh&AN=121026587&lang=pt-br&site=ehost-live>. Acesso: 10 jan. 2020.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: Direito das coisas**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- LÔBO, Paulo. Direito no Direito de Vizinhança. Law and neighborhood conflicts. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 1, jul/set p. 61- 87, 2014. Disponível em: <https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume1/rbdcivil-volume-1.pdf> Acesso: 07 fev. 2020.
- MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito Administrativo Brasileiro**. 35 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de Construir**. 8. ed. atualizada. São Paulo: Malheiros Editora, 2000.

NOHARA, Irene Patrícia, **Limitação da Propriedade**. Disponível em: <https://direitoadm.com.br/tag/limitacao-da-propriedade/>. Acesso: 07 fev. 2020.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das coisas**. 7^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio constitucional da função social da propriedade. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Coord.). **Direito administrativo contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: Direito das Coisas**. 4.ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2013.

O INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL EM *ATTACK ON TITAN (SHINGEKI NO KYOJIN)*

Laiane Maiara Guerreiro Pardinho

INTRODUÇÃO

O estudo do Direito e suas ramificações permite verificar a postulação de atos do cotidiano que se tornam legitimados. Relações humanas fáticas estão, em sua maioria, consagrados na legislação.

Como ramo do Direito Privado, os institutos do Direito Civil estão regulamentados pelo atual Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), e o *codex* trata das relações jurídicas entre privados, dos direitos da personalidade, dos direitos das coisas, do direito de família, dentre muitos outros.

Os atos da vida civil se representam naqueles que possuem relevância jurídica. Contudo, o Direito não se restringe apenas nestes casos explicitamente legitimados, pois é possível analisar a aplicação de Direito na Arte.

A Arte é consumida e produzida constantemente, seja na música, no teatro, nas artes visuais, o entretenimento se baseia em manifestações artísticas. E dentro destas formas, é observável os institutos jurídicos. Afinal, a arte é produto do homem, e o homem cataloga seus atos, seus direitos e seus deveres na lei.

Como escolha de uma manifestação artística que retratasse possíveis conceitos jurídicos, a produção audiovisual que o presente estudo analisa é de origem japonesa, mas que é consumida no mundo todo. O anime *Attack on Titan*, é uma animação da terra do sol nascente e possui grande aceitação no Brasil.

Nesta senda, o objetivo geral se encontra em enquadrar o instituto da responsabilidade civil na obra de *Attack on Titan*, verificando as principais características dos conceitos jurídicos e quais seriam seus efeitos se fossem aplicados no âmbito do Direito Civil Brasileiro. A metodologia utilizada foi por meio de doutrinas e análise tanto da Constituição Federal, quanto do Código Civil, além de alguns julgados de tribunais superiores.

O presente trabalho foi dividido em quatro tópicos. O primeiro lida com um breve relato dos acontecimentos iniciais da trama japonesa, demonstrando os personagens relevantes e em qual realidade a história se passa. O segundo tópico conceitua os elementos da responsabilidade civil, como conduta, dano, culpa e nexa causal. O terceiro ponto explana sobre responsabilidade objetiva e seus desdobramentos, importante para compreender o instituto elencado. Finalizando, o quarto item consta da relação, de fato, entre a produção japonesa e o Direito, a partir da responsabilidade civil.

Dito isso, como se relaciona o mencionado instituto com o anime *Attack on Titan*?

1. SÍNTESE DA PRODUÇÃO ARTÍSTICA

A animação japonesa (denominada “anime” ou até mesmo “animê”) de título *Shingeki no Kyojin*, também chamada de *Attack on Titan*, ou simplesmente Ataque dos Titãs, é produzida atualmente pelo estúdio *Wit Studio*, e conta com três temporadas. A previsão de término é neste ano de 2020, com sua quarta e última temporada.

O conteúdo original é do mangá - histórias em quadrinhos japonesa - escrito por Hajime Isayama, ainda em andamento no Japão, e atualmente no volume 29 pela Panini Comics, no Brasil.

A premissa inicial da obra é apresentar uma população que vive cercada por três grandes muralhas (Maria, Rose e Sina) com intuito de

se protegerem de temíveis criaturas humanóides intituladas de titãs. Os titãs, em sua maioria irracionais, devoram os humanos, razão pela qual se escondem atrás das muralhas.

Logo no primeiro episódio, o protagonista Eren Yeager presencia a morte de sua mãe, Carla Yeager, sedo brutalmente devorada por um dos titãs que conseguem invadir a área protegida pela muralha Maria. O titã racional, conhecido como Colossal e o titã Encouraçado, foram os responsáveis pela abertura na muralha, o que gerou centenas de mortes e a imediata evacuação de total a população sobrevivente daquele distrito afetado.

Movidos por um sentimento de ódio e vingança, Eren, juntamente com sua irmã de consideração chamada Mikasa Ackerman, e seu melhor amigo, Armin Arlert, prometem exterminar todos os titãs. Para realizarem tal feito, o trio se alistam na tropa, que defendem a humanidade.

A tropa é composta pela Polícia militar, pela Guarda Estacionária e pela Legião de Escotismo (ou também chamada de Exploração, ou de Reconhecimento), sendo na Tropa de Exploração, dedicada em fazer suas missões além dos limites das muralhas, a escolha que os destemidos personagens realizam para completarem seus objetivos.

Nos estudos e treinamentos, aprendem a como lidar com os equipamentos necessários e as técnicas para abater titãs. Enfrentam diversas batalhas contra titãs de pequeno e médio porte e acumulam esforços para reestabelecer a muralha caída.

Em uma batalha de vida ou morte contra um titã que encurrala Eren e Armin, Eren desperta um poder oculto, e se transforma em titã racional (com uma altura de um pouco mais de 15 metros), e com isso, consegue lutar facilmente com os demais titãs, de igual para igual.

Descobrem que há mais titãs racionais com as mesmas condições anormais do personagem principal, como os companheiros de tropa Bertholdt Fubar (que possui a habilidade de se transformar no titã conhecido como Colossal, de uma assustadora altura em cerca de 60 metros), bem como o até então amigo do trio, Reiner Braun (que se transforma no titã Encouraçado, possuindo uma pele extremamente resistente e com aproximadamente 15 metros).

Mesmo com tantas reviravoltas, Eren pretende retornar para sua antiga casa e acessar seu porão, onde supostamente se esconde toda a verdade sobre a origem dos titãs, segundo o que o seu pai, Grisha Yeager, relatou antes de morrer.

Dito as principais características da obra, trataremos a seguir das principais considerações dos conceitos jurídicos que serão correlacionados ao anime.

2. ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Trata-se neste momento, do instituto que versa sobre a responsabilidade civil no dever de indenizar. A responsabilização consiste na premissa de quem causa dano a outrem, estará incumbido no dever de indenizar, tanto materialmente, quanto moralmente.

Para isso, é importante iniciar com a apresentação dos elementos que são necessários para configurar um dever de indenização.

De acordo com Tartuce (2018, p. 363), “(...) pode ser apontada a existência de quatro pressupostos do dever de indenizar (...): a) conduta humana; b) culpa genérica ou lato sensu; c) nexos de causalidade; d) dano ou prejuízo.”

O elemento da conduta humana trata de dano causado por uma ação ou omissão do agente.

Assim sendo, a conduta humana pode ser causada por uma ação (conduta positiva) ou omissão (conduta negativa) voluntária ou por negligência, imprudência ou imperícia, modelos jurídicos que caracterizam o dolo e a culpa, respectivamente. Pela presença do elemento volitivo, trata-se de um fato jurígeno. (TARTUCE, 2018, p. 364)

Com relação à ação, o fato ocorre por uma conduta positiva, movimento corpóreo que gera um resultado. Já na omissão, é a falta de agir do agente que faz com que sua negligência cause dano, pois se tivesse feito algo, não haveria consequências negativas.

A culpa pode ser em sentido amplo ou lato sensu, que é a culpa genérica caracterizando-se por comportamento seja ele intencional ou

não, existindo a possibilidade de se dividir em dolo ou em culpa em sentido estrito. (TARTUCE, 2018, p. 367)

No dolo, há a intenção de prejudicar outrem, sendo equiparado à culpa grave para fins de indenização. Já na culpa em sentido estrito, haverá a desobediência a um dever preexistente, porém não necessariamente há intenção de violar o dever jurídico. Isso se caracteriza por meio da imprudência, negligência ou imperícia.

O nexo de causalidade é o elemento imaterial que deve ser provado existir entre conduta e dano, para saber se a ação ou omissão do agente foi o elemento causador do dano ou risco gerado e justificar a indenização pretendida. Como relata Rodrigues (2017, p. 459), o terceiro requisito, o nexo, irá unificar os dois primeiros (conduta e dano), para dar relação de causa e efeito, determinando-os.

O dano é a lesão que a vítima sofre gerando uma diminuição no seu patrimônio, que serve para determinar a forma com que será realizado o ressarcimento à vítima, para que esta possa voltar ao estado anterior ao que sofreu o dano. Se resumem em danos morais e danos materiais.

Quanto ao dano material, há 2 tipos de lesão ao patrimônio, sendo que os danos emergentes são aqueles que foram perdidos devido à ocorrência de lesão levando à perda do patrimônio da vítima; e os lucros cessantes são aqueles que a vítima do dano deixou de ganhar, pois ficou impossibilitado de trabalhar ou até mesmo faleceu. (TARTUCE, p. 403, 2018)

Os lucros cessantes são comumente aferidos à família de pessoa responsável (arrimo de família) pelo sustento desta, em que é vítima de homicídio (art. 948, CC), ou pessoa que perdeu algum membro impossibilitando-a de trabalhar (art. 949, CC), gerando dever indenizatório, calculado com base na expectativa de vida que a vítima teria.

A indenização será calculada com base no salário que a vítima ganhava, equivalente a 2/3 deste, acrescido de FGTS, 13º, e férias até o dia que a vítima completaria 75 anos de idade se estivesse vivo. Nesses casos, é direito potestativo da família escolher se recebe todo o valor antecipado, ou uma renda mensal vitalícia. (TARTUCE, p. 406, 2018)

Se a vítima for filho menor que não trabalha, a súmula 491 do STF permite a indenização por lucros cessantes neste caso, mesmo que o

menor ainda não possa exercer trabalho remunerado, sendo um dano presumido porque só pode começar a trabalhar a partir dos 14, presumindo o dano até os 25 anos de idade. Porém, se a vítima for filho menor que trabalha, aplica-se o mesmo critério adotado para o arrimo de família e até 25 anos na proporção de 2/3. (TARTUCE, 2018, p. 410)

3. A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA

Antes de adentrar sobre a responsabilidade objetiva, é de suma importância mencionar a existência da responsabilidade civil subjetiva. Esta responsabilidade é aquela em que a vítima precisa provar a culpa do agente, para que possa receber a indenização a que tem direito, que inclui o dolo e a culpa em sentido estrito.

A subjetiva está firmada no Código Civil, nos artigos 186, ao dispor sobre “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” Necessária a sua combinação ainda com o *caput* do artigo 927, ao dizer “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

Agora, para se analisar a responsabilidade objetiva, é válido mencionar que ela se encontra no mesmo artigo que versa sobre a subjetiva, contudo, está localizada no parágrafo único.

É dito que “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

Neste caso não há necessidade de provar o dolo ou a culpa em sentido estrito, será dever de indenizar objetivamente nos casos previstos em lei ou quando a atividade que o autor desempenha implica na criação de uma situação de risco

A situação de risco é explicada por meio da chamada teoria do risco, onde algumas atividades são propensas a causarem algum tipo de dano, devido sua própria natureza.

A teoria do risco presume, então, que uma atividade arriscada possibilita o ressarcimento das perdas que possam surgir a outrem, substi-

tuindo a responsabilidade com culpa, que restringiria a ressalva cabível por absorver o caso fortuito. (GONÇALVES, 2018, p. 90)

O ressarcimento de um dano se dá com uma indenização. Para se indenizar de forma objetiva, basta a conduta se encaixar em uma das modalidades da Teoria do Risco, como por exemplo o risco administrativo, o risco profissional e o risco criado.

O risco administrativo (disposto no artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal de 1988) é aquele em que o Poder Público assume a partir do momento que possui a titularidade da prestação de um serviço de forma contínua, podendo, porém a entidade pública entrar com ação de regresso em face do causador do dano para reaver o que o Estado pagou à vítima.

Já no risco profissional (que estaria dentro também do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002) o empregado exerce uma atividade profissional que gera uma situação de risco para ele próprio.

E para o risco criado (presente no artigo 938 do Código Civil) o agente se coloca em situação de risco ao exercer a atividade desenvolvida pela empresa e a função exercida pelo profissional, bastando a exposição ao dano para surgir o dever indenizar.

Importante consignar que, em relação ao acidente de trabalho, será responsabilidade objetiva em casos em que há um contrato de trabalho, e ocorre um evento que viole as cláusulas de proteção no contrato e prejudique o trabalhador (art. 927, parágrafo único, CC). Devido à Emenda Constitucional 45 de 2004, os julgados trabalhistas direcionam para este tipo de responsabilidade, quando presenciados as situações de risco (TARTUCE, 2018, p. 515).

Geram-se duas responsabilidades: a responsabilidade trabalhista entre empregado e empregador; e a responsabilidade do Seguro Social do Poder Público em face do segurado da Previdência Social caso venha a sofrer acidente de trabalho e devido a isso, tem redução da capacidade laborativa provocando lesão corporal, perturbação funcional ou morte. Vejamos um julgado do TRT 14ª região:

“Acidente de trabalho – Responsabilidade subjetiva e/ou objetiva do empregador – Teoria do risco criado. Estando a responsabilidade subjetiva ligada à ideia de culpa, seu princi-

pal pressuposto, o novo Código Civil a manteve como regra geral em seu art. 186. Já a responsabilidade objetiva, estando assentada, como na melhor doutrina, na equação binária do dano e autoria do evento danoso, não se cogita de investigação quanto a antijuridicidade do fato, se o que importa para assegurar o ressarcimento é verificar se ocorreu o evento com prejuízos, imputando-se ao autor do fato causador do dano a responsabilidade. Teoria do Risco Criado que melhor se adapta às condições de vida social, já que o risco da atividade empresarial corre por conta do empregador” (TRT da 14.^a Região, Processo TRT 00288.2005.092.14.00-71, Relatora: Juíza Vania Maria da Rocha Abensur, Revisor: Juiz Shikou Sadahiro, j. 07.07.2006).

O acidente pode ocorrer no local e hora de trabalho, sendo causado por agressão de terceiro, ou até mesmo ato de negligência, imprudência ou imperícia de terceiro ou companheiro de trabalho.

Admite-se também na hipótese de ocorrência de acidente de trabalho fora da hora e local de trabalho, quando o empregado, ao executar ordem, serviço ou viagem à serviço por ordem do patrão se acidenta, ou se machuca no percurso entre residência e local de trabalho, bastando que haja o nexo causal entre os fatos.

4. A RELAÇÃO ENTRE A RESPONSABILIDADE CIVIL E O ANIME

Diante do instituto apresentado e a manifestação artística elencada, é possível observar uma relação entre ambos.

A história retrata diversos danos causados pelas criaturas, considerando o que é revelado no decorrer da história, pois os titãs irracionais eram na realidade pessoas comuns, com condições genéticas próprias, e que foram transformadas em titãs, por outros personagens que queriam punir ações de rebeldes.

Por isso, para os titãs que eram inicialmente humanos e foram transformadas por espontânea vontade (como por exemplo o Colossal e o Encouraçado, que destruíram a muralha Maria), e inclusive para os

personagens responsáveis que foram a força motriz das transformações involuntárias, lhes incumbem o dever de indenizar.

Dentre milhares dos danos causados pelos titãs e os prejuízos decorrentes, temos como exemplo a destruição de casas, igrejas, estabelecimentos comerciais, propriedades rurais, morte de inúmeros integrantes de família.

Está caracterizado a presença de dolo, principalmente por parte dos “criadores dos titãs” (que injetaram uma substância capaz de realizar a transformação) e o nexo de causalidade entre a existência destes seres e a destruição dos distritos e de homicídio de seus moradores, causados pela conduta humana que desejaram estes resultados. Os indivíduos que injetaram a substância e provocaram as transformações, assim, responderiam de acordo com o artigo 949 do Código Civil.

O artigo 949 diz que “No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.”

Para no caso onde a vítima do dano vem a óbito, claramente que seus parentes que seriam indenizados. Nesse sentido, “(...) os parentes da vítima, assim como seu cônjuge ou companheiro, sofrem danos de natureza moral e material.” (DONIZETE; QUINTELLA, 2019, p. 453)

O artigo que cuida justamente da indenização por homicídio, é o 948, *ipsis litteris*:

Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:

I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;

II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

A família, desta forma, possui direito de receber a indenização, principalmente porque os filhos menores e os cônjuges do falecido, eram dependentes econômicos presumidos, não necessitando de prova; diferentemente dos maiores, dos pais e dos irmãos do falecido, que

necessitam comprovar a dependência. (DONIZETE; QUINTELLA, 2019, p. 453).

Em se tratando de união estável, é possível a pensão se esta sociedade de fato for comprovada, o que na visão de DONIZETE e QUINTELLA (2019, p. 453), possui equiparação ao casamento, o que ensejaria presunção de dependência.

Enquanto isso, o Estado, que abarcaria a área das três muralhas, por autorizar que os seus soldados lutem com os titãs, o resultado destas lutas em meio aos lares de outras pessoas que foram prejudicadas nesta atuação, obrigariam a indenizar pais e mães dos mortos de que eram os arrimos de família.

A indenização se estende até o dia que as vítimas completariam 75 anos de idade se estivessem vivas, no valor equivalente a 2/3 do salário que estas pessoas ganhavam, acrescido de FGTS. No 13º salário também pode incidir, pois “(...) a jurisprudência do STJ é no sentido de que depende da comprovação de que a vítima exercia atividade laboral na época em que faleceu.” (DONIZETE; QUINTELLA, 2019, p. 453)

Quanto aos filhos menores, DONIZETE e QUINTELLA (2019, p. 454), muito bem lecionam sobre os alimentos que estariam privados de receber, valendo consignar que da data do julgado, ainda era considerado a idade até 65 anos, diferentemente de 75 anos, como é atualmente:

(...) a jurisprudência do STJ é no sentido de que devem ser fixados em 2/3 do salário mínimo, dos 14 até os 25 anos de idade da vítima, reduzindo-se, posteriormente, para 1/3, até a data em que o falecido completaria 65 anos (STJ, REsp 1.279.173-SP, 3ª Turma, relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, data do julgamento: 4/4/2013, data da publicação: 9/4/2013).

Além das tragédias já mencionadas, vale destacar os inúmeros cadetes que morreram tentando proteger os demais moradores, bem como as lesões e incapacidades laborativas que obtiveram na execução de suas missões. Por se tratar de empregados do Estado (tropas de exploração/reconhecimento), poderíamos mencionar a questão de

acidente de trabalho. Vejamos o artigo 950, sobre o prejuízo do exercício laboral:

Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

Parágrafo único. O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez

Como escolheram uma profissão demasiadamente arriscada, principalmente a tropa de exploração, que possui o brasão de asas da liberdade, onde exploram além dos limites das muralhas, e assim, se submetem aos riscos, falaríamos pois da modalidade de risco profissional que gera uma situação de risco para ele próprio, estando suscetível a sofrer lesões, perda de membros do corpo e principalmente morte que é o mais comum de acontecer neste emprego, sendo responsabilidade do Estado (empregador) de indenizar estes soldados pelos serviços que aquele exigiu que fossem cumpridos.

O Estado, responsável pelos distritos localizados dentro de cada uma das muralhas, representa o risco administrativo, de prestar um serviço público de segurança para com os moradores, pois os riscos derivados da atividade de proteção que os soldados realizam, atingem todos os cidadãos causando mortes e destruição das moradias da população.

Sabe-se do direito de regresso do Estado contra quem causou o dano, e por isso, o Estado se voltaria posteriormente contra os humanos responsáveis pela transformação dos titãs irracionais, que pagariam pelos prejuízos.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, percebe-se que o anime *Shingeki no Kyojin* possui diversos pontos em seu enredo que podem se enquadrar dentro

do Direito Civil Brasileiro, no tocante à responsabilização por danos materiais.

No quesito da responsabilidade subjetiva, estão presentes: os danos causados pelos titãs irracionais (destruição de casas, comércios, igrejas, plantações, muralha, entre muitos outros); a conduta ilícita dos indivíduos que injetaram a substância transformadora; o dolo dos responsáveis pelas transformações e o nexo causal entre os danos e a conduta (pois se assim não agissem, os titãs irracionais não existiriam e não causariam danos), configurando a obrigação de indenizar diante do art. 927 *caput*, combinado com o art. 186, ambos do Código Civil.

Justifica-se a devida reparação dos danos causados não somente pelos titãs irracionais (responsabilizando, contudo, os indivíduos que injetaram a substância transformadora), mas como também os racionais, onde a culpa recai diretamente sobre eles, uma vez que possuíam consciência de seus atos.

Todos eles se obrigam à indenizar, no mínimo materialmente, os cidadãos de cada distrito atingido. Foram causados diversos danos nos estabelecimentos e moradias (danos emergentes), mortes ocasionadas (art. 948, CC), bem como as lesões (art. 949 e 950 do Código Civil) principalmente aos lucros cessantes que esses moradores deixariam de auferir.

Já na questão da responsabilidade objetiva (que independe de culpa), temos o Estado como responsável, diante das missões dos cadetes em combate contra os titãs que se deram em meio aos moradores.

O parágrafo único do art. 927 estabelece que a responsabilidade objetiva será uma exceção para alguns casos previstos em lei, como também em relação às atividades de risco, tendo sido mencionado a Teoria do Risco e suas variantes.

Assim, o Estado obriga diante do risco administrativo (artigo 37, parágrafo 6º, da CRFB/88) quanto às ações dos soldados dentro dos limites dos distritos, já que é uma prestação de serviço contínua, mas sendo garantido o direito de regresso contra os transformadores dos titãs irracionais.

Poderia ser considerado também o acidente de trabalho em relação aos personagens que compõem as tropas, pois diversos deles perderam membros e até suas vidas, decorrentes do serviço de proteção que

exerciam, estando configurado o Risco Criado (em consonância com julgado do TRT 14ª região, anteriormente citado).

E por fim, é comum a indenização para as vítimas sobreviventes, o ressarcimento nos casos de óbito para seus familiares, cônjuges, filhos menores ou maiores, nos limites que a lei estabelece (artigos 948 e 949 do CC) à respeito de pensões e demais custos decorrentes de funeral, tanto para estes casos de responsabilidade objetiva, como na subjetiva acima citada.

Neste sentido, a questão norteadora do presente trabalho é respondida diante da separação dos quatro tópicos elencados, que abordam a trama, os elementos da responsabilidade, aos artigos que preceituam o dever de indenizar, e a correlação entre os direitos estudados e as ações cometidas na produção artística audiovisual.

Infere-se que o anime apresentado possui diversos quesitos diretamente estudados no Direito Civil, no tocante à indenização por perdas e danos decorrente das ações dos personagens, num eventual âmbito jurídico que se encontrariam.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 01 abr. 2020.
- DONIZETE, Elpídio, QUINTELLA, Felipe. **Curso Didático de Direito Civil**, 8ª edição. São Paulo: Editora Atlas LTDA., 2019. 9788597019513. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597019513/>. Acesso em: 02 abr. 2020
- GONÇALVES, Roberto, Carlos. **Direito civil brasileiro**, volume 4: responsabilidade civil. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. 9788547229283. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547229283/>. Acesso em: 02 abr. 2020

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Direito Ambiental Esquemático**®, 4th edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547220655/cfi/461!/4/4@0.00:0.00>>. Acesso em: 06 out. 2018.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil - Vol. 2 - **Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**, 13ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense LTDA., 2018. 9788530978174. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530978174/>. Acesso em: 02 abr. 2020

TRT-14.^a Região. **RECURSO ORDINÁRIO**. Processo TRT 00288.2005.092.14.00-71. Origem: 2.^a Vara do Trabalho de Ji-Paraná/RO. Relatora: Juíza Vania Maria da Rocha Abensur. Revisor: Juiz Shikou Sadahiro, j. 07.07.2006).

A TUTELA EXECUTIVA E O INSTITUTO DO BEM DE FAMÍLIA: PREMISSAS CRÍTICAS ENTRE O DIREITO SOCIAL À MORADIA E A PROTEÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA, EM COLISÃO COM A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL

Jackelline Fraga Pessanha

Marcelo Sant'Anna Vieira Gomes

INTRODUÇÃO

O bem de família tem origem pela doutrina norte americana, quando se percebeu a necessidade de que a pequena propriedade rural no Texas ficasse devidamente protegida de futuras penhoras/dívidas, uma vez que era a única residência do devedor. Por isso, o instituto do bem de família foi evoluindo até chegar aos dias atuais, alicerçados no princípio da dignidade da pessoa humana descrito na Constituição Federal de 1988, bem como nas diretrizes do Código Civil de 2002 e da Lei nº 8.009/90.

O fundamento para a impenhorabilidade do bem de família é encontrado no princípio da dignidade da pessoa humana, descrito no art. 1º, III, da Constituição Federal, que em linhas gerais, estabelece os valores essenciais para que se busque uma vida digna, desde

o nascimento até a morte pautado no respeito como valor intrínseco de cada pessoa.

Ocorre que, réus condenados por ato de improbidade administrativa adquirem bens com valores exorbitantes e os usufruem, firmando características de “bens de família”, porém, luxuosos, que acabam se tornando um obstáculo à penhora e execução destes.

Dessa forma, precisa-se entender o que seria Improbidade Administrativa e quais as sanções aplicadas aos condenados por improbidade. Conceituando-o, entende-se que é um instituto do direito administrativo, que pretende a reparação por atos ilícitos cometidos por agentes políticos e servidores públicos em geral, de acordo com sua especificidade.

Assim, a presente pesquisa questiona: formado o título executivo judicial por ato de improbidade administrativa, há a possibilidade de alegação de impenhorabilidade em “bens de família luxuosos”?

A pesquisa versa sobre um tema atual e relevante para a sociedade, pois em tempos de população indo para as ruas reivindicar direitos, em tempos de corrupção, obras superfaturadas, é que se busca estudar e entender o porquê de algumas pessoas se utilizarem de um instituto jurídico que foi fincado no pilar da dignidade da pessoa humana, para praticar ilegalidades, desnaturando-o.

O deslumbramento pelo tema é proveniente da busca pelos direitos fundamentais que a Constituição Federal propõe a todos os cidadãos, como uma vida digna a todos, mas sem frustrar a aplicação da justiça. Justiça essa, não somente no significado de Justo, mas sim pautada no respeito à dignidade humana de todos os brasileiros, com a efetivação da execução de sentença por ato de improbidade administrativa. Não se esquivando de que é de grande importância social e jurídica.

A partir do método dialético, é preciso articular os procedimentos técnicos para a execução da pesquisa almejada, para isso serão utilizados vários recursos, tais como: legislação, jurisprudências e, principalmente, material bibliográfico. Trata-se de um estudo apoiado em embasamento teórico, a partir de pesquisa bibliográfica e documental.

Portanto, a presente pesquisa pretende verificar a (im)possibilidade de utilização de “bem de família luxuoso” para garantir a dignidade da pessoa humana dos condenados por atos de improbidade administrativa.

1 O INSTITUTO DO BEM DE FAMÍLIA

A proteção ao bem de família, em uma perspectiva histórica, iniciou-se com o direito alemão, uma vez que era necessária a proteção da família caso o chefe falecesse. Em seguida, os governos da Confederação Imperial elaboraram um projeto de proteção da propriedade agrícola e dos bens necessários a subsistência familiar, totalmente limitado a propriedade rural (ANTONIUK e UTIME, 2003, p. 41).

A proteção do bem de família, de acordo com Álvaro Villaça Azevedo (1999, p. 93), foi criada no direito americano com a finalidade de proteger de qualquer penhora a pequena propriedade, numa porção de até 50 (cinquenta) hectares e nunca superior a 500 (quinhentos) dólares.

Percebe-se que sua finalidade era conferir isenção de penhora sobre pequenos imóveis rurais, que, após, passou a ser diluído em imóveis urbanos, para que os devedores no momento de quitarem suas dívidas não pagassem com a única habitação que lhe garantia proteção à moradia sua e de sua família.

Ultrapassadas as fronteiras dos estados americanos, o Estado Brasileiro assegura a proteção especial ao Bem de Família, ancorado no art. 226, da Constituição Federal, pois “o direito a moradia é considerado um dos direitos de personalidade inerentes à pessoa humana, quer como pressuposto do direito à integridade física, quer como elemento de integridade moral do indivíduo” (FRONZA, 2014, p. 03).

Na essência constitucional, o conceito de família vem sofrendo diversas mutações ao não estabelecer padrões fixos de formação. O referido art. 226 busca aumentar o alcance e sentido das formações familiares, para não resumir família e casamento, como sinônimos.

Inicialmente, a família era formada pela união entre um homem e uma mulher, sendo a única formação protegida pelo Estado. Com o passar dos anos e a emancipação da mulher em sociedade e os avanços nas formações sociais, constata-se que não há necessidade de existir a instituição do casamento para se afirmar a existência de família. Isso porque, a família foi evoluindo e modificando seus paradigmas:

A família deve ser entendida como espaço de realização da efetividade humana, tendo a efetividade como elemento essencial

de suporte, pois é resultado da comunhão plena de vida entre as pessoas que desejam a convivência familiar, e isso pode ser verificado nos novos arranjos familiares (PESSANHA, 2013, 278).

Com isso, foram estabelecidas várias formas de instituições familiares, como as monoparentais, as socioafetivas, as homoafetivas, as pluriafetivas, entre outras. Os diversos tipos fizeram com que o instituto do bem de família também evoluísse, com o intuito de proteção dessas modificações.

O sentido e o alcance da norma vêm se modificando paulatinamente, em grande parte por obra da jurisprudência, que percebeu a mudança da finalidade da lei ao deparar com casos que refletiam grandes injustiças, como o de pessoas viúvas, separadas e mesmo solteiras que perdiam sua única moradia porque, tecnicamente, não poderiam ser equiparadas a família (DIAS, 2013, p. 628).

Veja que o bem de família encontra respaldo constitucional alicerçado no direito fundamental a moradia e à dignidade da pessoa humana, haja vista que busca uma nova análise alicerçada no preceito da socialidade, colocando o indivíduo no centro do sistema civil.

Isso se justifica, uma vez que “a pessoa humana é o fim almejado pela tutela jurídica e não o meio” (FARIAS e ROSENVALD, 2014, p. 828), as regras jurídicas devem estabelecer em suas diretrizes o primado básico constitucional da dignidade da pessoa humana, devendo ultrapassar as fronteiras do direito de personalidade e proteger os direitos patrimoniais da família.

O instituto do bem de família pode ser conceituado como “o imóvel residencial, urbano ou rural, próprio do casal ou da entidade familiar, e/ou imóveis da residência, impenhoráveis por determinação legal” (AZEVEDO, 2002, p. 167). Percebe-se, então, que o conceito de bem de família é o de buscar dar proteção ao imóvel utilizado como residência da entidade familiar.

Pode-se, então, “compreender o bem de família como o bem jurídico cuja titularidade se protege em benefício do devedor – por si ou como integrante de um núcleo existencial –, visando à preserva-

ção do mínimo patrimonial para uma vida digna” (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2012, p. 396). Ora, a proteção é o elemento essencial para que o devedor não arque com todo o seu patrimônio, para o cumprimento de uma obrigação e deixe a si e sua família, desguarnecidos.

De acordo com os ensinamentos de Yone Frediani (2007, p. 08) “considerando, pois, que, no ordenamento legal vigente, coexistem dois diplomas legais a tratar da instituição do bem de família, quais sejam, as disposições insertas no Código Civil brasileiro (arts. 1.711 a 1.722) e as decorrentes da Lei nº 8.009/1990”. Por isso, inicialmente é necessário a descrição das diretrizes previstas no Código Civil vigente, para em seguida, trabalhar com a lei específica.

Nessa duplicidade legal, a doutrina consolidou o entendimento de que há no ordenamento jurídico brasileiro a constituição do bem de família de forma convencional ou voluntário, através das diretrizes e primados do Código Civil, e o bem de família de forma legal, que é alicerçado na legislação ordinária.

2 DO BEM DE FAMÍLIA CONVENCIONAL OU VOLUNTÁRIO

O bem de família convencional ou voluntário é instituído por atos de vontade das partes, seja do próprio casal ou da entidade familiar envolvida, mediante registro no órgão competente. É regulamentado pelas diretrizes do Código Civil brasileiro e busca a proteção da moradia da família, em relação ao bem que optaram por dar uma proteção maior.

O artigo 1711, estabelece a reserva de parte do patrimônio individual para que seja afetada à impenhorabilidade, através escritura pública ou testamento, por livre escolha do declarante, mas ressalva-se que o valor do bem não pode ultrapassar um terço do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição.

Já o parágrafo único do referido artigo, prevê a possibilidade de terceiro instituir o bem de família, seja por testamento ou doação, desde que haja a aceitação expressa de ambos os cônjuges beneficiados ou da entidade familiar beneficiada, “essa aceitação pode ocorrer no

mesmo instrumento de doação ou posteriormente, mormente quando se tratar de instituição por testamento. O terceiro não está sujeito ao limite de um terço do patrimônio” (VENOSA, 2013, p. 427).

Dessa forma, o bem de família deve ser instituído pelo registro de seu título no Registro de Imóveis (art. 1.714, Código Civil), por isso, o procedimento deve ser realizado pelo:

oficial do registro imobiliário providenciará a publicação de editais para eventual impugnação em 30 dias; inexistindo a impugnação, a escritura de instituição será averbada; caso contrário, o assento será suspenso, facultando-se aos instituidores requerer ao magistrado competente que ordene a averbação da escritura de instituição, decisão irrecorrível, de acordo com art. 264, § 3º, da Lei nº 6.015/1973 (FREDIANI, 2007, p. 09).

A administração do bem de família compete a ambos os cônjuges e no caso de ausência de ambos passará para o filho mais velho. Por isso, a dissolução da sociedade conjugal não dissolve o vínculo do bem de família, mas pode ser extinto a pedido do cônjuge sobrevivente, se for o único imóvel da família (FREDIANI, 2007, p. 10).

O bem de família é imune à execução por dívidas posteriores à sua instituição, exceto, para dívidas tributárias relativas ao prédio ou despesas de condomínio que envolvem o próprio bem (art. 1.715, Código Civil). Referida imunidade existirá enquanto viver um dos cônjuges ou até os filhos completarem a maioria civil, em respeito ao previsto no art. 1.716, do referido código.

Já o art. 1.717, do diploma civil, estabelece a inalienabilidade do bem de família, como regra geral, aceitando a exceção de que somente com o consentimento dos interessados, bem como de seus representantes, ouvido o Ministério Público, dará a possibilidade de alienação do bem detentor de proteção (TARTUCE, 2019).

Assim, é inalienável o domicílio exclusivo da família e sustento familiar, pois isso causaria um empecilho à fruição da moradia aos seus membros. Por esse motivo, a alienação do bem detentor de proteção merece uma análise mais aprofundada de sua venda, tendo que ouvir o representante do Ministério Público para tanto.

Por sua vez, o bem de família convencional pode ser extinto com a morte de ambos os cônjuges e a maioria civil dos filhos, uma vez que:

o art. 1.719, CC-02, muito mais atento à dignidade da pessoa humana do que amarrado a regras formalísticas, autoriza a extinção ou sub-rogação do bem instituído por outro se, a requerimento do interessado, o juiz concluir que tal medida é necessária à manutenção da família (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2012, p. 401).

Ora, os efeitos do bem de família existem enquanto os cônjuges viverem, mas não pode esquecer-se da interpretação a ser feita no caso de companheiro sobrevivente, equiparando-se as diversas entidades familiares existentes, pois havendo filhos menores a proteção do bem de família deve continuar para dar sustentabilidade ao desenvolvimento das crianças.

Portanto, além da impenhorabilidade do patrimônio registrado como bem de família no cartório de registro de imóveis, aqui também se fala em inalienabilidade do bem, pois busca uma proteção maior para aqueles que, por ato de vontade, quiseram a instituição do bem de família devidamente protegido.

3 DO BEM DE FAMÍLIA LEGAL

Por meio da medida provisória nº 143/1990, foi promulgada a Lei nº 8.009/1990, que prevê a impenhorabilidade do bem de família, com o nítido caráter protetivo familiar. Isso porque “o Estado chama para si o dever de proteção que antes era deixado ao arbítrio do chefe de família, a quem incumbia a constituição voluntária do bem de família” (DIAS, 2013, p. 633).

A impenhorabilidade do bem de família está previsto no art. 1º da Lei, como o imóvel residencial próprio da entidade familiar, que não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos membros da família que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas na própria lei.

O referido instituto é firmado em lei, ampliando o bem de família tradicional para a imunidade à penhora do imóvel residencial que serve de moradia à entidade familiar, pois:

Trata-se de norma pública com a finalidade de proteger o patrimônio da família do devedor – evitando causar prejuízos irreparáveis –, que, em decorrência de dívidas, muitas vezes impagáveis, via a perda de seus bens e principalmente do imóvel residencial (BREITMAN, 2012, p. 121).

Aqui, no bem de família legal, não se aplica a inalienabilidade, a proteção é, somente, à impenhorabilidade do bem em que habita a família, necessário à sua subsistência e sobrevivência. Isso porque, as regras esposadas na Lei nº 8.009/90 são de ordem pública e cogentes, devendo ser respeitadas por todos.

Em regra geral, a impenhorabilidade somente pode ser reconhecida se o imóvel utilizado para residência ou moradia permanente da entidade familiar – art. 5º, da Lei 8.009/1990:

Art. 5º Para os efeitos de impenhorabilidade, de que trata esta lei, considera-se residência um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente.

Parágrafo único. Na hipótese de o casal, ou entidade familiar, ser possuidor de vários imóveis utilizados como residência, a impenhorabilidade recairá sobre o de menor valor, salvo se outro tiver sido registrado, para esse fim, no Registro de Imóveis e na forma do art. 70 do Código Civil.

Excluem-se da impenhorabilidade os veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos – art. 2º, da referida lei. Importante que, em caso de imóvel locado, os bens que guarnecem a residência da entidade familiar é que terá a proteção da impenhorabilidade, bem como todos aqueles bens que são de propriedade do locatário.

Percebe-se que são penhoráveis os bens móveis, como automóveis, mas não é penhorável aqueles bens que guarnecem a residência da família, uma vez que necessário a manutenção da qualidade de vida familiar.

Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:

I - REVOGADO

II - pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato;

III - pelo credor da pensão alimentícia, resguardados os direitos, sobre o bem, do seu coproprietário que, com o devedor, integre união estável ou conjugal, observadas as hipóteses em que ambos responderão pela dívida;

IV - para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar;

V - para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar;

VI - por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens;

VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação. (BRASIL, 2002).

Assim, as disposições da Lei não visam beneficiar o insolvente que, sabendo da sua condição, adquire de má-fé imóvel mais valioso para transferir sua residência e adquirir a proteção contra a penhora.

Portanto, considerando as premissas acima delineadas, com o objetivo de melhor adaptar a legislação a uma lógica constitucional voltada a proteção da moradia e da dignidade da pessoa humana, bem como a evitar possíveis interpretações dúbias acerca da impenhorabilidade do bem de família, é que deve se ter em mente a teleologia do instituto, para que não interfira nos reais motivos de sua criação.

4 DO BEM DE FAMÍLIA E DA POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DOS BENS LUXUOSOS QUE VENHAM A SER REGISTRADOS NESSA CONDIÇÃO

A Carta Constitucional de 1988, estabelece em seu art. 1º, dentre os fundamentos do Estado Democrático de Direito e da República Federativa do Brasil, em seu inciso III, a garantia da dignidade da pessoa humana. O que se pretende afirmar ao fazer essa alusão, é que nas atividades do Estado, para com o particular, assim como nas relações privadas, é necessário que sempre haja a observância do preceito.

Isso quer dizer, basicamente, que nas relações cotidianas, cabe ao Estado garantir que o indivíduo possa viver e sociedade, sendo-lhe garantido o mínimo para sua subsistência, com acesso aos direitos a ele garantidos pelo Estado Brasileiro. O problema é que, a despeito dessa manutenção, várias são as hipóteses em que o cidadão utiliza de artifícios para tirar vantagem da disposição legislativa.

A Lei 8.009, de 29 de março de 1990, estabelece em seu art. 1º, a seguinte redação:

Art. 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.

Evidencia-se, com a redação que o legislador, amparado nos ditames estatuídos pela Carta da República, buscou que o indivíduo pudesse, ao menos, ter um local para residir de forma a garantir sua subsistência e viver com dignidade. No entanto, é aí que surge o artifício.

Esse artifício surge da forma como se interpreta a norma. De acordo com Antônio Chaves (2008, p 34), a conceituação de bem de família seria:

um patrimônio separado, constituído por bem imóvel isento de execução, por dívida posterior à sua situação pelos cônjuges, por

um deles ou por terceiros, vedada a sua alienação ou alteração de seu destino, que é o de garantir, obedecidos os requisitos, limites e formalidades da lei, a estabilidade e o centro do lar, durante a vida de cada um daqueles e dos seus filhos, enquanto menores.

A doutrina, então, separa os bens em: bem de família voluntário e involuntário, como observado nos tópicos anteriores. Tanto é assim que de acordo com Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2007, p. 376), com o instituto jurídico “protege-se o bem que abriga a família com o escopo de garantir a sua sobrevivência digna, reconhecida a necessidade de um mínimo existencial de patrimônio, para a realização da justiça social”.

Aí, talvez, surja o primeiro grande entrave, tendo em vista que, a parte pode convencionar, que seja o bem de maior monta, ou de maior valor econômico, como sendo o bem de família. Sendo este registrado desta forma, percebe-se a necessidade que se tem em questionar o instituto jurídico, em decorrência de ele ser o grande precursor da legitimação de fraudes.

A doutrina contrária a essa tese, defende que não há qualquer desrespeito à ordem constitucional o estabelecimento destes bens de família, pois se trata de norma de cunho social, na medida em que:

São patentes o cunho social da lei e os objetivos humanitários a que ela se destina. Seu conteúdo passa a ser tão controvertido porque faz prevalecer a

um direito social sobre um direito de crédito, limitando a responsabilidade patrimonial dos devedores e, a pretexto de garantir um mínimo material para

sobrevida condigna da família, preenche também os objetivos constitucionais de construir uma sociedade justa (art. 3º, I da Constituição), erradicar a marginalização e garantir a não submissão a tratamento degradante (arts. 3º, III, e 5º da Carta) (CZAJKOWSKI,1993, p. 21).

A regra, neste íterim, estaria em perfeita convergência com o que a Constituição vigente estabelece como fundamental à manu-

tenção da dignidade do indivíduo. Mais que isso, no caso do bem de família, tem-se que os bens que guarnecem a residência, também são atingidos pela impenhorabilidade, na medida em que o parágrafo único, do art. 1º, da Lei 8009/1990, enuncia que “a impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados”.

Ocorre que, muitas são as hipóteses em que o agente público, adquire bens, que, inclusive, podem ser fruto do ato ímprobo praticado e não podem ser penhorados. Bens estes, inclusive, suntuosos ou luxuosos e que acabam sendo impedidos de serem utilizados com a finalidade de garantir a execução.

Para tanto, é necessário perceber que há uma completa incompatibilidade no sistema, quando o legislador impede, em nome do interesse público, que o Estado possa ressarcir seus cofres, em decorrência da alegação de bem de família. As regras da tutela executiva, foram criadas com o objetivo de garantir a efetiva tutela jurisdicional, na medida em que

o direito fundamental à tutela executiva exige um sistema de tutela jurisdicional *capaz de proporcionar pronta e integral a satisfação a qualquer direito merecedor de tutela executiva*. Mais concretamente, significa: a) A interpretação das normas que regulamentam a tutela executiva tem de ser feita no sentido de extrair a maior efetividade possível; b) o juiz tem o poder-dever de deixar de aplicar a norma que imponha restrição a um meio executivo, sempre que essa restrição não justificar à luz da proporcionalidade, como forma de proteção a outro direito fundamental; c) o juiz tem o poder-dever de adotar os meios executivos que se revelem necessários à prestação integral da tutela executiva. (GUERRA, 2003, p. 47)

Por esse motivo, nas ações de improbidade administrativa, a grande problemática surge quando se ingressa contra agente público ímprobo, que consegue ocultar seu patrimônio dentro do bem de família. Considerando que os bens que compõem o imóvel, também se enquadram

na condição de bem de família, a restrição limita direito fundamental do exequente à satisfação de seu crédito.

Há que se ter em mente que, por exemplo, uma televisão de 42 polegadas, um vestido de um valor excessivamente alto, joias, entre outras coisas, se levados à análise sob o ponto de vista da legislação, estarão enquadrados como bem de família, insuscetíveis de alienação e/ou penhora.

Assim, a proposta que o Judiciário vem adotando, apresenta um completo dissenso, pois não há uma unicidade de pensamento:

O Judiciário deve buscar uma harmonia entre o direito do credor e o direito à moradia do devedor. Frisa-se que o direito do devedor seria à moradia e não à propriedade do bem. Pelo exposto, entende-se possível a penhora de um bem de família quando o seu valor for muito superior ao da dívida (TOALDO e SAUTIER, 2014, p. 26).

Há uma tendência em se tentar estabelecer algumas balizas para evitar que toda e qualquer situação seja enquadrada em bem de família, favorecendo a legitimidade de fraudes. Considerando que o sistema brasileiro é pautado em respeito ao princípio da boa-fé das relações essa regra seria importante, mas, na prática, ela estabelece limitações à tutela executiva e de vários instrumentos criados foram capazes de garantir.

Portanto, importante mencionar que algumas medidas merecem ser observadas, com o intuito de garantir a mitigação dessa *impenhorabilidade*. Algumas soluções são adotadas e merece destaque o fato de que

Na jurisprudência, tem havido intensa controvérsia na definição de quais são os bens móveis e adornos que estariam excluídos da impenhorabilidade. O critério que reiteradamente se tem procurado é o da essencialidade dos bens *a regular utilização de uma casa*. (WAMBIER, ALMEIDA E TALAMINI, 2004, p. 133)

Sendo assim, seja nas hipóteses de ação de improbidade, seja nas hipóteses executivas de uma forma geral, a regra da impenhorabilidade

deve ser mitigada em prol da garantia da tutela executiva, conforme defendido por Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Thais Boia Marçal

Não dispondo o executado de outros bens imóveis que sejam capazes de garantir a execução e possuindo seu imóvel residencial valor elevado, que ultrapasse significativamente o médio padrão de vida, deve o magistrado permitir a penhora e a expropriação desse bem, cabendo-lhe entregar ao executado, sob cláusula de impenhorabilidade absoluta, uma parcela do produto desta alienação capaz de proporcionar ao executado a aquisição de outro imóvel, no qual também consiga residir de forma digna. (GAMA e MARÇAL, 2014, p. 43)

Em suma, diante de tudo até aqui esposado, chega-se à conclusão que, na ponderação entre os princípios da menor onerosidade possível na execução, corroborado com o princípio da dignidade da pessoa humana em oposição à regra da efetividade da tutela jurisdicional e do princípio do interesse público sobre o particular, tem-se que a regra da impenhorabilidade do bem de família deve ser analisado em cada caso concreto.

Isso porque, no caso dos bens luxuosos, ou vultosos, bem como os adornos que compõem o bem, devem ser utilizados como parâmetro para a impenhorabilidade dois fatores: 1) verificar os adornos que compõem a casa, que sejam essenciais à sua utilização; 2) garantir a penhorabilidade de bens que ultrapassem em muito o valor da dívida, sendo enquadrados como luxuosos e, com a alienação do bem, ser destinada parcela da alienação ao executado, para que adquira outro imóvel, que possa manter sua dignidade.

Mais que isso, é no caso das ações de improbidade administrativo, em que o interesse público se baseia no interesse da coletividade, nas ações de improbidade administrativa deve ser garantida a penhorabilidade do bem de família e sua alienação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Analisando as considerações trazidas durante todo o presente trabalho, constata-se que o tema é “espinhoso” e merece um grande destaque por parte dos operadores do Direito.

Nesse sentido, talvez o instituto do bem de família se mostre, até certo ponto, um empecilho à concretização de direitos fundamentais do exequente. Isso porque, a doutrina estabelece que a norma que enuncia a possibilidade de registro de bem de família, estaria em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, ou seja, plenamente constitucional.

Não se discorda que a regra de direito privado que estabelece a possibilidade de existência de bens de família seja constitucional. Até porque, se for considerado que se está diante de uma sociedade livre, justa e solidária, nada mais coerente que serem respeitados direitos mínimos aos indivíduos.

A despeito disso, sabendo-se da existência do princípio da menor onerosidade ao executado, ele deve ser observado.

As várias reformas processuais existentes, dão conta de que o exequente deve ter seus direitos respeitados. De nada adiantaria que o legislador a todo tempo alterasse a norma para estabelecer critérios garantidores do direito do credor, se, na prática, não tivesse ele direito a ter sua pretensão satisfeita.

Diga-se mais, de nada adiantaria o provimento jurisdicional a favor de qualquer das partes se, ao final, o legislador quisesse que o vencedor ficasse apenas na expectativa de reaver os valores a que faz jus. Essa, com toda a certeza, não foi a ótica que se teve ao buscar métodos executivos mais eficazes.

No caso da Administração Pública nem se fala. Considerando que os ditames estabelecidos por ela visam atingir um fim maior, qual seja, a busca da supremacia do interesse público sobre o particular, tem-se que a ela também devem ser garantidos meios de buscar a reparação diante da prática de atos contrários à toda sistemática por ela estabelecida.

Em outras palavras, quando o agente desvirtua quaisquer dos ditames administrativos basilares e, enriquece ilicitamente, lesa o erário ou

desrespeita princípios, tem a Administração o poder-dever de buscar a satisfação de seus interesses, que, por consequência, são os interesses da coletividade.

Considerando que o interesse público é indisponível, qualquer agente público que saia da linha da normalidade de atuação com suas funções, deve ser sancionado com todas as disposições que a ele forem aplicáveis. Por isso, talvez a Lei de Improbidade Administrativo tenha uma importante função para reparar o Estado por condutas praticadas por seus agentes.

O problema maior exsurge quando não existem bens para satisfazerem a execução. Nessas hipóteses, a execução fica sobrestada até que eles venham a surgir. Ou então, até existem, mas com a instituição do ônus gravado no registro, como bem de família, prejudica em muito a execução daquele bem imóvel.

Ainda assim, na aplicação da legislação ao caso concreto, deve o intérprete buscar, ao máximo atingir a finalidade da norma e, ao mesmo tempo, buscar fazer justiça no caso concreto. Se o imóvel que está registrado como bem de família se mostra como bastante valorizado em relação ao valor da dívida, há que se ponderar se ele não poderia ser penhorado.

É plenamente possível, como solução mais adequada, desde que o imóvel vá a hasta pública e parte do valor seja entregue ao executado, de modo que possa ele adquirir outro imóvel que lhe garanta viver com dignidade. Essa seria a lógica mais apropriada ao atual sistema normativo brasileiro.

Mais adequado, exatamente, por não ser o “vilão” das fraudes, em que os indivíduos deixam de adimplir com a obrigação à qual foram condenados, por alegarem que só possuem um imóvel que é bem de família. Isso é inconsistente.

Considerando que os interesses coletivos estão em jogo e que, nessas hipóteses está devidamente configurado que o agente agiu com ato de improbidade, não há como esse fato ficar sem um sustento pela legislação. Quando é flagrante a prática de se utilizar do bem de família para não satisfazer a execução, deve o magistrado utilizar-se dos meios a ele garantidos, para coibir essa prática.

Assim sendo, é facilmente defensável a tese de que, na hipótese de condenação à reparação à Administração decorrente de condenação por ato de improbidade administrativa, o bem imóvel e os bens que a ele guarnecem, podem ser penhorados, desde que sejam mantido os bens móveis que servem à utilidade do bem e que, com relação ao imóvel, seja garantido ao executado que possa adquirir um imóvel capaz de manter sua dignidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANTONIUK, Elisete. *UTIME*, Marly Célia. A proteção do bem de família. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. Bem de família: com comentários à Lei 8.009/90. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. Bem de Família. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 03/04/2020.
- _____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 03/04/2020.
- _____. Lei nº 8.009/1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18009.htm>. Acesso em 03/04/2020.
- BREITMAN, Nei. Algumas considerações sobre a (im)penhorabilidade do bem de família: evolução do instituto. In Revista IOB de Direito de Família. n. 74. São Paulo: IOB, 2012.
- CHAVES, Antonio. Direito das famílias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CZAJKOWSKI, Rainer. A impenhorabilidade do bem de família. 1^a ed., Curitiba: Juruá, 1993.

- DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil. v. 6. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.
- FREDIANI, Yone. Bem de família. In Revista IOB de Direito de Família. n. 44. São Paulo: IOB, 2007.
- FRONZA, Márcia Musialowski. A Impenhorabilidade do Bem de Família: aspectos processuais. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Marcia%20Fronza.pdf>>. Acesso em: 03/04/2020.
- GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de Direito Civil. v. 6. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; MARÇAL, Thais Boia. Aspectos polêmicos da “Usucapião Conjugal: questões afetas ao art. 1240-A do Código Civil Brasileiro”. Revista Síntese Direito de Família, São Paulo, v. 15, n. 84, p.30-45, jul. 2014.
- GUERRA, Marcelo Lima. Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil. São Paulo Revista dos Tribunais, 2003.
- PESSANHA, Jackelline Fraga. A família homoafetiva e o princípio da proteção integral: uma análise dos direitos e garantias fundamentais das crianças e dos adolescentes. In IHJ, MACHADO, F. D. A.; BARROS, F. M. (orgs.). Anais do 5º Congresso de Constituição e Processo: Hermenêutica e jurisdição constitucional. Belo Horizonte: Initia Via, 2013.
- TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: volume único. 10. ed. São Paulo: Método, 2019.
- TOALDO, Adriane Medianeira; SAUTHIER, Bibiana Lorenzoni. Penhoralidade do bem de família suntuoso: garantia do direito à moradia x satisfação do direito do credor. Revista Síntese Direito de Família, São Paulo, v. 15, n. 84, p.9-29, jul. 2014.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Direito de família. 13. ed.
São Paulo: Atlas, 2013.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. ALMEIDA, Flávio Renato Correia de;
TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil. 6. ed.
São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 2004.

O DIREITO DO CONSUMIDOR E O AGRAVAMENTO DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR MIGRANTE: ANÁLISE DE CASO DO POVO ROHINGYA

Gabriel Rodrigo de Sousa

1-Introdução

Na contemporaneidade, é cediço o entendimento que a era pós-moderna alterou substancialmente as relações sociais e a maneira como os indivíduos se relacionam, tanto em relação a seus familiares quanto na fixação das suas relações mais básicas de consumo. Os indivíduos, a partir de então, passaram por um processo de agravamento das desigualdades sociais e regionais, culminando em um processo constante de agravamento da situação de vulnerabilidade.

A vulnerabilidade, em especial nas relações de consumo, pode ser assim definida:

Nesse sentido, a vulnerabilidade diz respeito precisamente à qualidade de determinados **indivíduos ou grupos** que, em razão de **condições específicas, sofrem preconceito, discriminação ou têm seus direitos negados ou violados por particulares ou pelo próprio Estado**. A proteção dos

vulneráveis pelo Direito tem sua origem na identificação de diversos **novos sujeitos** merecedores de proteção especial por se encontrarem em situação de desigualdade, construindo-se, a partir daí um sistema de normas e subprincípios para o reconhecimento e efetivação de seus direitos. Todos os consumidores são **presumidamente vulneráveis**, sendo este, inclusive, o entendimento legal sobre o tema, posto que o consumidor é a **parte frágil nas mais diversas e variadas relações jurídicas estabelecidas no mercado de consumo**. O que se busca, portanto, com a proteção do consumidor, é a garantia da observância do princípio da **igualdade**, objetivando a compensação da disparidade que naturalmente existe nas relações de consumo, a qual é crescente na medida em que o capitalismo se fortalece em nossa sociedade. (SQUEFF, GARBINI, SANTOS, 2018, p.3)

A Teoria do Direito, diante desses fatos não acompanha na mesma velocidade as inúmeras mudanças que a sociedade capitalista passou, tais como o desenvolvimento tecnológico e o enfraquecimento das fronteiras nacionais. Esse fenômeno ocorre com ênfase no território de Myanmar, país do sul asiático, de maioria budista. Contudo, coexistem no território do país a minoria rohingya, de vertente muçulmana.

A vida dessa minoria representa na atualidade um dos maiores casos em que o desenvolvimento da sociedade pós-moderna apenas agravou a vulnerabilidade que esse grupo já apresenta, situação retratada na música da banda irlandesa U2, Walk On. Esta música foi escrita em homenagem a líder pela redemocratização de Myanmar, Aung San Suu Kyi, filha do líder da independência daquele país, Aung San.

Voltando ao país em 1988, ela envolve no movimento pró democracia daquela época, sendo presa no ano seguinte, fato que perdurou até o ano de 2010. No início do movimento democrático, funda um novo partido, a Liga Nacional pela Democracia, LND. Em 1991, a referida líder ganha o Nobel da Paz, em virtude da sua luta pelo respeito aos Direitos Humanos e torna-se até os dias atuais líder política de Myanmar.

Contudo, no ano de 2017 uma mancha suja a história da líder política do país asiático. O exército do país ataca o Estado de Rakhine que concentra a maior parte dos e uma das etnias mais perseguidas do mundo. Desde a Independência em 1948, os diversos governos (tanto ditatoriais e o atual democrático) não reconhecem esse grupo como cidadãos, pois acreditam que as etnias na verdade nasceram em Bangladesh e não em Myanmar.

O povo Rohingya continuamente sofreu violações de seus direitos humanos pelo governo birmanês e seu regime político, que nega a concessão de nacionalidade ao povo, apesar de grande parte dele estar vivendo em Mianmar há mais de três gerações (HEAD, 2009).

Os Rohingya não podem viajar sem permissão oficial, não podem ser proprietários de terra e devem assinar um compromisso de não ter mais do que dois filhos (HEAD, 2009). Desde julho de 2012, o governo de Mianmar não incluiu o povo – classificado desde 1982 como muçulmanos bengaleses, sem estado vindos de Bangladesh – na lista oficial de mais de 130 etnias, e, portanto, o governo afirma que, por isso, eles não têm direito de reclamar a nacionalidade birmanesa.

O apoio da etnia a Inglaterra na Segunda Guerra Mundial, em oposição a maioria do país também pode ser considerado como uma das causas de tanto preconceitos, além das questões religiosas.

No âmbito Internacional, a situação se agrava, pois, Bangladesh não é signatário da Convenção dos Refugiados, de 1951, nem de seu Protocolo, de 1967, e não há leis específicas, no ordenamento local, que abordem sobre refugiado. Contudo, há uma obrigação internacional em acolher, com respeito e dignidade esses grupos migratórios, é que veremos o Direito Internacional público como paradigma do respeito ao que existe de mais íntimo ao ser humano, a sua dignidade.

A Escola Sociológica, que determina que a pessoa humana é importante sujeito do Direito Internacional e como tal, a questão de respeito aos Direitos Humanos não fica adstrita ao Estados. O povo Rohingya, diante disso, tem todo o direito de exigir o reconhecimento de sua cidadania dentro de Myanmar, pois a Constituição daquele país veda a discriminação por religião, raça ou diferenças políticas, além de ser signatários de alguns mecanismos internacionais protetores do indivíduo enquanto pessoa, na sua singularidade e capacidade.

A partir do exposto, num Estado, quem não é nacional, passa a ser automaticamente estrangeiro, os quais podem ter uma nacionalidade estrangeira definida ou serem apátridas. Em tese, o estrangeiro goza, no Estado que o recebe, dos mesmos direitos reconhecidos aos nacionais. Porém, a situação se agrava quando é pensado que essas pessoas não têm acesso aos insumos básicos de consumo. Logo, o problema dessa pesquisa se encontra no sentido de que além de acolher esses grupos de refugiados, os Estados nacionais possuem a obrigação de incluir esses indivíduos na sociedade.

Infelizmente, uma importante líder democrática daquele país, que sacrificou anos de sua liberdade para o bem da maioria da população, despreze a situação humanitária que vivem importante grupo étnico do seu país, não honrando o prêmio que antes recebeu e que deveria honrar

Para tanto, será feita uma abordagem teórica desde a compilação e revisão de diversos materiais bibliográficos, de autores de diversas áreas do conhecimento jurídico, em especial do Direito Constitucional. Diante desse quadro, é mister que a presente pesquisa adote a transdisciplinaridade como norte, pois não é possível construir a temática aqui presente sem o auxílio de outras áreas do conhecimento, especialmente a História, para conhecer o desenvolvimento do instituto do mandado de injunção no ordenamento jurídico brasileiro.

Além disso, o critério de uma análise crítica da realidade jurídica-histórica do momento analisado, visando que o Direito influencie de forma positiva a realidade será adotado. A criticidade no direito, pode ser assim definida:

(...) um processo de intervenção sobre o saber acumulado, que proporciona a informação necessária para desenvolver um conhecimento analítico capaz de superar as barreiras do nível alcançado pelas ciências sociais(...) O discurso crítico não pode ser nenhuma pretensão de completude, nem pode pretender falar alternativamente em nome de nenhuma unidade ou harmonia, já que está em processo permanente de elaboração(...) realiza análises fragmentadas e transformáveis, próprias de um processo de produção de um novo conhecimento científico. (WARAT,1988,p.35)

Quanto à metodologia, o trabalho em mãos faz a opção pelo método indutivo e histórico. Essa opção se justifica porque o método indutivo permite que analiso o tema a partir de quadros específicos (a dificuldade brasileira em se construir uma identidade constitucional forte, em que o Estado Democrático de Direito seja de fato pensado como premissa básica de organização social, na contemporaneidade, para depois partir para a situação mais global, que no caso é a realidade como um todo, com o intuito de compreender o estado de coisas que o constitucionalismo brasileiro apresenta em relação a situação dos refugiados. Aqui, portanto, inicialmente será feita uma análise das individualidades, comparando e descrevendo as relações entre elas, permitindo que se compreenda em um quadro maior, quais os desafios para a construção da sua efetividade constitucional e, portanto, da sua democracia.

2-A sociedade pós-moderna e a hipervulnerabilidade do povo rohingya

A professora Cláudia Lima Marques define que a sociedade de consumo ou pós-moderna, marcada pelo consumismo exacerbado e individualismo, trazem desafios enormes a ciência jurídica, cujas respostas não conseguem acompanhar a velocidade que as novas demandas de novos sujeitos que antes não eram objetos de estudos do Direito do Consumidor.

Esse é o entendimento:

Se desejamos verificar se o consumidor, se este sujeito de direitos “novo”, possui as qualidades de um sujeito de direitos pós-moderno, e estaria adaptado ao atual pluralismo de sujeitos e de leis, mister analisar a crise da pós-modernidade e seus reflexos no direito. Para conduzir esta análise iremos nos basear na teoria de Erik Jayme sobre os reflexos da cultura pós-moderna no direito atual. Como afirmamos anteriormente, o pós-modernismo é uma crise de desconstrução, de desdogmatização do Direito, para outros, é um fenômeno de pluralismo e relativismo cultural arrebatador a influenciar o Direito, que

aumenta a liberdade dos indivíduos, mas diminui o poder da crítica, da evolução histórica e da verdade no Direito, fenômeno contemporâneo à globalização e à perda da individualidade moderna, mas que assegura novos Direitos individuais à diferença e aumenta o radicalismo das linhas tradicionais. (MARQUES, 2000, p. 88)

A teoria dos diálogos das fontes tem origem no Direito Internacional Privado, contudo, devido ao seu caráter emancipatório, pode ser aplicado a outros ramos do direito. Aplica-se ao caso em testilha devido a possibilidade da utilização de diversos instrumentos legais, tanto de ordem interna quanto da seara do Direito Internacional.

O trecho a seguir sedimenta esse entendimento:

Mas a hipótese de trabalho de Jayme, qual seja de que o direito, como expressão cultural de um povo, sofre reflexos maiores ou menores das mudanças valorativas, económicas, históricas, éticas e mesmo religiosas de seu tempo, é válida também para outros ramos do direito. Assim, em um tempo conhecido como pós-industrial, com uma filosofia pós estruturalista e discursiva, uma era do vazio e de caos, de desregulamentação, de privatizações, de forte exclusão social, da “euforia do individualismo e do mercado”, era de globalização, de radicalismo tribal, de convivência e intolerância, de antinomias tão fortes que já se prevê o fim da história, a morte da ciência, o fim dos valores e outras catastróficas previsões para a nova era, em resumo, em uma época de crise pós-moderna também o direito, como ciência próxima da realidade social e voltada para a sociedade, estaria em crise e deve evoluir. Uma crise de mudança, uma crise de crescimento (MARQUES, 2003, p. 57).

Não adianta, portanto, existir um ordenamento jurídico e Carta Magna garantidores de vários direitos fundamentais com ramos em vários Estatutos e leis esparsas se aqueles que recebem os direitos e deveres não agem a tornar efetivo esses direitos. Cláudia Lima Marques, com a teoria dos diálogos das fontes, possui como escopo principal de

tornar concreto as garantias fundamentais, um diálogo entre a Constituição, o Código Civil e de Processo Civil.

Aos migrantes, devem ser adotados os direitos básicos reconhecidos a qualquer cidadão nacional, como forma de expressão do patrimônio mínimo e da dignidade da pessoa humana.

Vejamos trecho que sedimenta essa técnica hermenêutica dos direitos fundamentais:

Ainda segunda a grande mestra da UFRGS, tal diálogo visa evitar a incompatibilidade total (conflitos de normas ou conflitos entre normas de duas leis, conflitos reais ou aparentes), que leve a retirada de uma lei do sistema, a qual levaria a não coerência do sistema plural brasileiro, que deixaria desprotegidos os sujeitos mais fracos, que a Constituição Federal de 1988 visou proteger de forma especial (MAZZUOLI, 2008, p. 176).

O Estado não se movimenta somente a partir de leis codificadas, pelo contrário, é a partir de normas extra codificadas que o legislador evidencia a necessidade e as demandas que a população carece como forma de reequilibrar o quadro social. Com isso, é possível compreender a perda de exclusividade do Código Civil no que tange a normatização das relações patrimoniais privadas. Logo, a supressão dessa unidade sistêmica antes inabalável, concede espaço para o viés interpretativo:

Diante de lacunas do legislador especial, o intérprete deverá aplicar tanto a *analogia legis* (o recurso à norma que regule a situação análoga, com identidade de *ratio* em relação à situação não prevista) como a *analogia iuris* (o recurso aos princípios gerais de direito) no âmbito das normas do próprio estatuto, esgotando no assim chamado microsistema a atividade interpretativa. (TEPEDINO, 2006, p. 45)

Deste modo, nas bases históricas do princípio analisado observa-se que um indivíduo agrega valor superior ao da propriedade e não está adstrito a circunstâncias alheias a si, como coloca Ingo Wolfgang Sarlet.:

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida (SARLET, 1988, p.53).

Por seu valor intrínseco, a personalidade deve ser primordialmente protegida e para o efetivo desenvolvimento da personalidade, logo, os requisitos para tanto, as necessidades subsidiárias, devem ser vislumbradas no contorno da defesa deste direito, como coloca Carlos Alberto Bittar:

Os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos (BITTAR, 1995, p.01)

Para Edson Fachin, a teoria do patrimônio mínimo passa a defender no estado atual do Direito Civil, uma condição inviolável e inalienável da condição humana. Logo, existe uma parcela do patrimônio do indivíduo que não pode, em nenhuma circunstância ser tolhida da sua propriedade. Dentro desse contexto, é necessário observar que a atuação do Estado deve ser no sentido de promover a dignidade humana, consagrada no texto constitucional e no novo Código de Direito Civil. Esse é o entendimento do supracitado autor:

Em certa medida, a elevação protetiva conferida pela Constituição à propriedade privada pode, também, comportar tutela do patrimônio mínimo, vale dizer, sendo regra de base desse sistema a garantia ao direito de propriedade não é incoerente, pois, que

nele se garanta um mínimo patrimonial. Sob o estatuto da propriedade agasalha-se, também, a defesa dos bens indispensáveis à subsistência. Sendo a opção eleita assegurá-lo, a congruência sistemática não permite abolir os meios que, na titularidade, podem garantir a subsistência. (FACHIN,2006, p. 232).

Diante do exposto, é crível crer que a situação específica do povo rohingya é crítica. Isso se dá, devido ao fato de que o consumidor standard, por si só, se encontra em estado de vulnerabilidade, podendo diante das inúmeras estratégias do mercado ter os seus direitos vulnerados. Os migrantes, de maneira geral, estão em situação agravada em relação a sua vulnerabilidade, devido ao fato de que é constante a fuga de seus países de origem por guerras, perseguições religiosas e violações massivas dos Direitos Humanos.

Não obstante a tudo isso, ao chegarem nos outros países, questões complicadas agravam ainda mais a situação, entres as quais temos o desconhecimento da língua majoritárias dos países de chegada, a falta de alimentos e condições financeiras de adquirir os seus insumos básicos, a xenofobia sofrida por esses contingentes populacionais e a falta de estrutura de muitos desses países em acolher esses novos grupos, em verdadeira condição jurídica de hipervulnerabilidade.

Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem assim definem o conceito de hipervulnerabilidade:

[...] seria a situação fática e objetiva de agravamento da vulnerabilidade da pessoa física consumidora, por circunstâncias pessoas aparentes ou conhecidas do fornecedor, como sua idade reduzida (assim, o caso da comida para bebês ou da publicidade para crianças) ou idade alentada (assim, os cuidados especiais com os idosos, tanto no Código em diálogo com o Estatuto do Idoso e da publicidade de crédito para idosos) ou sua situação de doente (assim caso de Glúten e sobre informações na bula de remédios)(MARQUES,MIRAGEM,2014, p. 201)

Esse entendimento é encampado pela jurisprudência majoritária do Superior Tribunal de Justiça, cujo acórdão de lavra do ministro Herman Benjamin, assim define:

Ao Estado Social importam não apenas os vulneráveis, mas sobretudo os hipervulneráveis, pois são esses que, exatamente por serem minoritários e amiúde discriminados ou ignorados, mais sofrem com a massificação do consumo e a “pasteurização” das diferenças que caracterizam e enriquecem a sociedade moderna. Ser diferente ou minoria, por doença ou qualquer outra razão, não é ser menos consumidor, nem menos cidadão, tampouco merecer direitos de segunda classe ou proteção apenas retórica do legislador. O fornecedor tem o dever de informar que o produto ou serviço pode causar malefícios a um grupo de pessoas, embora não seja prejudicial à generalidade da população, pois o que o ordenamento pretende resguardar não é somente a vida de muitos, mas também a vida de poucos. (BENJAMIN, MARQUES, BESSA, 2008, p.35)

Evidente, portanto, conforme também defendido pelo professor Antônio Junqueira de Azevedo, a garantia do patrimônio mínimo:

No campo contratual, o respeito às condições mínimas de vida também tem aplicação. Segundo a teoria alemã dos “limites do sacrifício” os contratos não precisam ser cumpridos quando sua execução leva a gastos excessivos não previstos, o que terá maior razão de ser quando o adimplemento puder dificultar a sobrevivência. Também, ao que nos informa Nobre Filho (“O Direito Brasileiro e...”, p. 16), com base em Ernesto Benda, no campo administrativo, o Tribunal Constitucional alemão ordena o respeito às condições de sobrevivência: “Assim, de acordo com tal preceito, afigura-se inadmissível que o administrado seja despojado de seus recursos indispensáveis à sua existência digna, de sorte que a intervenção estatal na propriedade, pela via fiscal ou não, não deverá alcançar patamares capazes de privá-lo dos meios mais elementares de subsistência. De modo igual, o citado art. 1.1 traduz, em detrimento dos poderes públicos, a obrigação adicional de prover ao cidadão um mínimo existencial (AZEVEDO, 2002, p.120)

Em tempos recentes, com a pandemia do novo coronavírus, essa situação começa a apresentar contornos de ordem catastróficas. Os paí-

ses que recebem o povo rohingya, em especial Bangladesh, não possuem condições de resguardar nem mesmo os seus cidadãos nativos, diante da falta de estrutura de saúde ali presente. Diante desse quadro, pelo fato que na sociedade atual ser impossível um ser humano conviver em sociedade sem acesso a produtos básicos enquanto consumidor, retirar de alguém essa condição é o mesmo que retirar as suas condições de viver com e em dignidade.

3 Aplicação do Direito Internacional para a efetivação dos direitos dos consumidores refugiados

A tese do diálogo das fontes permite a integração em normas que possam ensejar variadas interpretações e posições frente as concretudes dos fatos diariamente vistos em nosso meio social. A sua possibilidade de aplicação corrobora para a coexistência entre os axiomas e as leis na formulação de normas, para que, ao sopesar princípios, um não dilacere o outro.

Os ditames da teoria importada, adaptada e aprimorada por Cláudia Lima Marques e formulada, inicialmente, por Erik James, propõem três modelos de aplicação eficientes e ordenados, são estes: a coerência, a complementariedade e a cooperação.

O primeiro campo é nomeado como a coerência, momento em que os conceitos fundantes dos modelos normativos são postos em âmbito comum, provocando a coerência entre os textos legais, seja constitucional ou infraconstitucional, logo, a capacidade de antinomias e contraposições de leis são reduzidas, entretantes, possíveis. O ponto comum está em o cerne conjuntural voltar-se ao indivíduo, a vítima, a pessoa humana para que não haja invalidade de normas nas provocações contrárias entre si, por fim, permitisse a convivência mútua de cartas legais.

O diálogo da complementariedade corrobora com a colocação de que há, em certas ocasiões, a insuficiência principiológica em uma Carta Constitucional, possibilitando a complementação por outra, sendo, pois, um tratado de direitos humanos com gama maior de proteção ao desamparado que a lei interna.

Enfim, depõem-se o diálogo coordenativo e de adaptação de sistema com a troca de conhecimentos e experiência jurisprudenciais e dogmáticas, com o intuito de afundar-se na tutela humana, sendo de relevância para a concretude da dignidade. Como coloca Martins; Ferreira (2018, p.8) “Justifica-se nesse ponto a Constituição aberta tão importante para a concretude da dignidade”

Ao primado da pessoa humana como norte das relações jurídicas, o autor Cançado Trindade possui importantes estudos sobre a temáticas:

No presente domínio de proteção a primazia é da norma mais favorável às vítimas, seja ela norma de direito internacional ou de direito interno. Este e aqueles interagem em benefício dos seres protegidos. É a solução expressamente consagrada em diversos tratados de direitos humanos, da maior relevância por suas implicações práticas (TRINDADE,1996, p.34).

Fernando Rodrigues Martins e Keila Pacheco Ferreira, ao trabalharem sobre a primazia da pessoa humana sob a ótica das pessoas com deficiência, trazem importante complemento aos estudos de Cançado Trindade, pois demonstram que a pessoa humana e a interpretação mais favorável a ela, ou seja, *pro homine*, deve ser sempre considerada pelo julgador na aplicação do caso concreto. Isto faz parte de um processo de constante aprimoramento de uma hermenêutica emancipatória dos direitos humanos.

Examino:

No Brasil tem-se exemplo importante: o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei federal 13.146/15) ao retirar a incapacidade das pessoas com deficiência emancipando-as, não trouxe regras de promoção à situação patrimonial dos emancipados. Entretanto, a Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência mantém salvaguardas essenciais à proteção econômica da pessoa tutelada e, nesse caso, deve ser aplicada diretamente pelo juiz no caso concreto, até porque a interpretação a ser feita é *pro homine* (MARTINS; FERREIRA; 2018; p.8).

Diante disso, independentemente de que países como Myanmar ou Bangladesh sejam signatários de tratados específicos ou suas respectivas Constituições garantam os mesmos direitos aos refugiados de que gozam os seus nacionais, existem normas peremptórias de Direito Internacional que limitam a soberania estatal, pois não permitem que seres humanos sejam tratados de maneira a ferir alguns Direitos humanos mais básicos, tais como a vida e a liberdade. Vejamos:

As regras imperativas de direito internacional, normalmente referidas como normas *jus cogens* ou regras peremptórias, são preceitos jurídicos inalienáveis, e que, portanto, não podem ser suspensos em nenhum momento, nem mesmo em situações extremas, por serem entendidas como mandamentos decorrentes do Direito Natural e que formam a base fundamental do sistema normativo do plano internacional (BROWNLIE, 2003, p. 488; JANIS, 2003, p. 65). Isso porque, as normas *jus cogens* tem como propósito a criação de uma contrapartida ao direito que o Estado possui em positivar/determinar as suas próprias normas e condutas (RAGAZZI, 1997, p. 57), sendo tipicamente de ordem pública (BASSIOUNI, 1999, p. 213). Em outras linhas, as regras cogentes são normas que impõem uma restrição à soberania da nação na realização de suas atividades, imprimindo um limite ao voluntarismo estatal, seja em âmbito interno ou externo (SQUEFF, 2016, p.170)

O discurso jurídico e as ações estatais, portanto, devem se ater a promover políticas sociais capazes de diminuir a situação de descaso dessas pessoas, em especial aqui o combate ao preconceito religioso e repressão estatal de Myanmar promovidos contra a minoria muçulmana daquele país:

[...] ideia social e politicamente militante de que a dogmática jurídica e aqueles que a cultivam devem estar comprometidos com objetivos de política social [...]", muito em razão da forte percepção das desigualdades sociais e de cidadania, que deixam "[...] claro que o livre jogo das forças sociais estabelecidas não

conseguirá corresponder à demanda social de justiça[...] (HESPANHA,2013, p.15).

Existem documentos de ordem internacional que expressamente preveem o dever dos Estados em cumprir e consignar dentro dos seus territórios o respeito aos direitos dos refugiados, dentre os quais se destacam a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados (1951) e os Pactos Dos Direitos Civis e Políticos de Nova York (1966).

Novamente relacionando ao conceito de jus cogens, a Declaração Universal dos Direitos Humanos representa na ordem jurídica internacional verdadeiro vetor de hermenêutica emancipatória do homem, com fins de preservação da dignidade da pessoa humana, em um caráter universalista:

Vislumbra-se o surgimento de um novo direito, distinto do direito público internacional, baseado na cooperação entre Estados soberanos, de acordo com um interesse geral, que transcende seus interesses peculiares e consagra a cidadania universal, com direitos que transcendem aos interesses dos Estados soberanos, que devem coexistir em cooperação internacional, a fim de que os seres humanos possam exercer seus direitos em qualquer lugar do mundo, isso porque a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 é um documento de interesse geral, que tem natureza jurídica de jus cogens gerando efeitos erga omnes.(LOUREIRO,BUCCI,2019,p.137)

Os desafios, portanto, para a construção de uma ordem jurídica internacional que consiga plenamente garantir os direitos dos nacionais e estrangeiros refugiados são gritantes. A fome, a corrupção, a xenofobia, as diferenças sociais e culturais, o desemprego pesa sobre as costas de milhares de cidadãos que padecem muitas vezes sobre o descaso e a falta de eficácia dos Tratados Internacionais dos Direitos Humanos. O caso brasileiro pouca se distancia dessa dançante realidade e hoje é o maior desafio para a constituição de um Direito do Consumidor e Internacional público verdadeiramente

coeso com o Direito Interno, com fins a dar concretude aos Direitos Humanos de todos.

4-Considerações Finais

Portanto, é possível afirmar que na sociedade pós-moderna, notadamente marcada pela massificação do consumo e a existência de má produção e propaganda, que é impossível ao qualquer ser humano não consumir, ainda que o básico para a subsistência. Negar esse fato a alguém é o mesmo que negar acesso ao Direitos humanos mais básicos, dentre os quais a vida e a igualdade.

O consumidor refugiado, conforme assentado, é hipervulnerável e é própria desta sociedade massificada. Esses novos sujeitos passam a demandar pela observância estrita aos seus Direitos, muito embora a realidade mundial mostra que os desafios são enormes. Em relação ao povo rohingya, a vulnerabilidade é dada por diversos aspectos inerentes a condições religiosas, culturais e sociais, pois os países que majoritariamente recebem esses grupos, como Bangladesh, apresentam elevados índices de pobreza interna, o que inviabiliza receber o respaldo social adequado.

O mundo jurídico está em crise em razão da mudança de paradigmas de observação do fenômeno jurídico, pois não é mais aceitável um direito fundado somente em parâmetros estatais. Ao considerarmos somente esses parâmetros no plano interno, vê-se a incapacidade, cada vez mais patente, de o chamado de Estado de Bem-Estar suprir os problemas gerados a partir da não aplicação efetiva dos direitos fundamentais, vistos a toda hora em nossos dias. Existe a lei, mas não se lhe aplica em tempo razoável, postergando seus efeitos na área cível e penal.

No plano externo, percebe-se uma tentativa de imposição de modelos econômicos que objetivando o rompimento com a noção de território e de mercado, modificando consideravelmente a vida jurídico-política do Estado e da sociedade civil.

É necessário, diante desse quadro, alterar a proteção dado ao consumidor standard, pois é insuficiente diante desses novos sujeitos. É de vital importância, pela teoria dos diálogos das fontes e pela adoção de uma teoria hermenêutica emancipatória, que as vontades estatais

sejam mitigadas pelo dever dos Estados Nacionais em garantirem em seus territórios direitos mínimos, com fins a garantir a vigência das normas de *jus cogens*.

5 Referências bibliográficas

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995. apud OLIVEIRA, Flavio Henrique Franco.

FACHIN, Luís Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 9, n. 35, jul. /set. 2008.

HESPANHA, António Manuel. **As culturas jurídicas dos mundos emergentes: o caso brasileiro**. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 2, n. 4, out.-dez./2013

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, A. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 97, p. 107-125, 1 jan. 2002.

LOUREIRO, Cláudia. A Declaração Universal de Direitos Humanos: 70 anos entre a esperança e a realidade. **Revista Internacional Academia Paulista de Direito**, São Paulo, v. 1, n. 4, p.131-152, 2019.

MARQUES, Claudia Lima. MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 16.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 2, 2012.

MARTINS, Fernando Rodrigues; FERREIRA, Keila Pacheco. Diálogo de fontes e governança global: hermenêutica e cidadania mundial na concretude dos Direitos Humanos. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 117/2018. p. 443 – 467. 2018.

- MAZZUOLI, V. **Rumo às novas relações entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno: da exclusão à coexistência, da intransigência ao diálogo das fontes.** Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul/ Faculdade de Direito.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 7^a. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 53.
- SQUEFF, Tatiana de Almeida Freitas Rodrigues Cardoso. A violação do jus cogens pelo estado em casos de terrorismo: uma análise do caso Jean Charles de Menezes. **Direitos Humanos em Perspectiva**, Porto Alegre, v. 1, n. 2, p.170-191, jun. 2016.
- SQUEFF, Tatiana de Almeida Freitas Rodrigues Cardoso. **A VULNERABILIDADE AGRAVADA DOS REFUGIADOS NA SOCIEDADE DE CONSUMO.** *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 119, n. 1, p.1-26, 2018.
- TEPEDINO, Gustavo. **Premissas Metodológicas a Constitucionalização do Direito Civil.** *RDE – Revista de Direito do Estado*. 2006.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direito internacional e direito interno: sua interpretação na proteção dos direitos humanos. Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos.** São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 1996. p. 34.
- WARAT, Luís Alberto. **O sentido comum teórico dos juristas.** In: FARIA, José Eduardo (Org.). *A crise do Direito numa sociedade em mudança.* Brasília: Ed. Universidade Brasília, 1988, p.35

AGRONEGÓCIO: RELEVÂNCIA, SUSCETIBILIDADES E MEIOS DE PROTEÇÃO CAMBIAL

Maria Cecília Ladeira de Almeida

Luíza Nagib

Tháís Cíntia Cárnio

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa demonstrar a evolução e a relevância atual do agronegócio no cenário econômico nacional, o qual pode ser considerado como ramo autônomo do direito, com princípios e legislação específicos.

Considerando que o agronegócio engloba (i) os fornecedores de bens e serviços à agricultura (denominado “antes da porteira”), (ii) os produtores agrícolas (“dentro da porteira”) e (iii) os processadores, transformadores e distribuidores na cadeia do agronegócio (“depois da porteira”), foi analisada detalhadamente cada uma dessas etapas. Sendo fundamental, na sequência, uma abordagem explicativa dos princípios informadores dessa matéria, quais sejam: (i) função social, (ii) princípio do desenvolvimento agro empresarial sustentável; (iii) princípio da proteção da cadeia do agronegócio e (iv) princípio da integração das atividades econômicas da cadeia agroindustrial.

O agronegócio enfrenta não só desafios na economia nacional, mas também na esfera internacional, tal como, o risco trazido pela variação cambial decorrente de fatores internacionais. Nesse sentido o

presente trabalho abordou, detalhadamente, algumas alternativas que possibilitem diminuir os efeitos prejudiciais da variação cambial, tais como: (i) contrato de *hedge*; (ii) contrato atípico, sinalagmático, oneroso e aleatório, em que se transfere parte do risco para o contratante mediante pagamento; (iii) Fundo de Investimento; (iv) Fundo Cambial e (v) o Adiantamento do Contrato de Câmbio (ACC) celebrado entre o mutuário e uma instituição financeira.

1 Relevância do agronegócio

Falar sobre o agronegócio implica em falar de direito agrário, ramo do direito que passou a ter autonomia constitucional desde a Emenda Constitucional n.º 10, de 9 de novembro de 1964. A emenda determinou a competência exclusiva da União para legislar sobre a matéria e assim o Congresso pode aprovar o projeto de lei que se consagrou como o Estatuto da Terra, Lei n.º 4.504, 30 de novembro de 1964. A partir daí se construiu todo um arcabouço legal visando a disciplina jurídica da vida na zona rural: a atividade agrária, a propriedade e sua função social, o crédito, o seguro, a utilização de imóveis públicos, os diversos tipos de regularização fundiária, os tributos etc.

O objeto material do direito agrário é a atividade agrária, objeto único, pois é impossível ter objetos diferentes de acordo com as diferentes normas legais. Porém o conteúdo do direito agrário vai sendo ampliado, na medida em se constroem novos institutos e, dentre eles, a atividade agrária.

Atividade agrária em todas as suas vertentes: realizada no fundo rústico, por meio do trabalho rural, no cumprimento da função social, mediante contratos de arrendamento e parceria, realizada pelo empresário e/ou pela empresa rural, na propriedade familiar, em projeto de assentamento para fins de reforma agrária ou projeto de desenvolvimento sustentável, em razão de colonização etc.

No pontificado de Antonio Carrozza (1975) é atividade agrária a atividade produtiva dentro do ciclo agrobiológico, ligado direta ou indiretamente **ao desfrute das forças e dos recursos naturais** e cujos resultados são destinados ao consumo direto ou transformado. É a teoria da agrariedade. Quando o homem sofre os riscos correlatos da

natureza no exercício de sua atividade produtiva, há atividade agrária. No Brasil, a atividade extrativa quando é fonte de renda da comunidade que a exerce também é considerada atividade agrária, conforme Giselda Hironaka (1997).

Conceituada a atividade agrária, pode-se então concluir que o direito agrário é o conjunto de normas de direito público e privado que visa disciplinar o exercício da **atividade agrária** com base na função social da terra, no pontificado de Fernando Pereira Sodero (1982).

No Brasil a doutrina se debate entre considerar a atividade do agronegócio como integrante do direito agrário ou como um ramo próprio do direito: Direito do Agronegócio.

Se por um lado a atividade agrária tem especificidade que exige o estudo do agronegócio vinculado ao direito agrário, pois no agronegócio a atividade agrária é o centro de sua dinâmica; por outro lado há doutrinadores que entendem que o agronegócio integra um ramo próprio do direito ou, ainda, um ramo do direito comercial. Veja-se o projeto do Código Comercial que normatizava agronegócio e que o Senador/Relator Pedro Chaves suprimiu pois entendeu que “a generalidade exigida para um Código desaconselha uma disciplina minuciosa de uma atividade empresarial específica”. Aqui não é a sede para posicionar sobre essas três posições, que podem ser analisadas em outro momento.

Assim, considerando que o direito do agronegócio pode ser visto como um ramo autônomo, urge encontrar uma solução, construindo princípios para esse novo ramo do direito, que é o direito do agronegócio.

Para Juan Jose Sanz Jarque (1975) princípios são critérios de categoria universal que informam o conteúdo e caráter de sua normativa, de modo que resultam como inerentes ao objetivo e a natureza da mesma, nos ordenamentos jurídicos, instituições ou direito positivo dos diversos países. Ou ainda, “... constituem as idéias centrais de um determinado sistema jurídico”, na lição de Carlos Ary Sundfeld (1992).

Mas o que é agronegócio?

A teoria do “agribusiness” foi criada pelos pesquisadores John Davis e Ray Goldberg que atribuíram ao “business” o sentido de “ocupação” e não de “negócio” propriamente dito. Na versão para

a língua pátria dentre os diversos termos atribuídos consolidou AGRONEGÓCIO.

De fato, na década de 50 os professores Ray Goldberg e John Davis da Universidade de Harvard constataram que “as atividades rurais e aquelas ligadas a elas não poderiam viver isoladas”. Com base na teoria econômica sobre as cadeias integradas, construíram uma metodologia para estudo da cadeia agroalimentar e cunharam o termo *agribusiness*.

Agronegócio, portanto, é soma das operações de produção e distribuição de suprimentos agrícolas, das operações de produção nas unidades agrícolas, do armazenamento, processamento e comercialização dos produtos agrícolas e itens produzidos a partir deles. Envolve desde a pesquisa científica até a comercialização de alimentos, fibras e energia. Também participam os agentes que afetam e coordenam o fluxo dos produtos, tais como o governo, os mercados, as entidades comerciais, financeiras e de serviços.

1.1 Segmentos do agronegócio

O agronegócio engloba: 1. os fornecedores de bens e serviços à agricultura, 2. os produtores agrícolas, 3. os processadores, transformadores e distribuidores envolvidos na geração e no fluxo dos produtos agrícolas até o consumidor final.

O agronegócio incorpora em seu conceito os agentes que imprimem dinâmica a cada elo da cadeia que sai do mercado de insumos e fatores de produção (**antes da porteira**), passa pela unidade agrícola produtiva (**dentro da porteira**) e vai até o processamento, marketing, transformação e distribuição (**depois da porteira**). Portanto extrapola o conceito agroalimentar.

Antes da porteira é o segmento que investe em tecnologia e pesquisa para aumentar competitividade. Poucas empresas multinacionais dominam o setor. Outra característica deste segmento são as fusões, acordos de cessão de tecnologia e compras de empresas. Aqui ainda estão incluídas o setor de insumos agrícolas, a preparação de sementes, as pesquisas realizadas pelas empresas visando dar maior produtividade no campo, a política de crédito disponibilizada pelo Governo para financiar a produção agropecuária, a fabricação de máquinas e implementos agrícolas para facilitar o trabalho no campo, entre outros.

Dentro da porteira refere-se ao segmento da produção agropecuária, que são agricultores e pecuaristas que trabalham dentro de suas propriedades plantando e colhendo alimentos “in-natura”. A produção rural está em fase de processo de concentração produtiva e aumento de eficiência e de produtividade que tem como efeitos o abandono dos imóveis rurais, em todo o mundo; a concentração da oferta de matérias-primas por poucas propriedades que são gerenciadas com eficiência, altamente produtivas e integradas eficazmente com o sistema que vem depois da porteira e a rápida e forte mudança no perfil tecnológico da produção rural. A propriedade familiar para ser eficiente exige a reunião em cooperativa, em associações ou outras formas de agricultura de grupo.

Depois da porteira abrange segmentos que atuam na distribuição, industrialização e comercialização e consumo de alimentos. Empresas de transporte, agroindústrias, supermercados são segmentos da economia vinculados ao agronegócio após a saída da matéria-prima do campo. É o setor de processamento e manufaturados. Engloba toda a atividade econômica envolvida com a produção, estocagem, transformação, distribuição e comercialização de alimentos, fibras industriais, biomassa, fertilizantes e defensivos. É onde há o maior potencial de mercado e desenvolvimento dos negócios. Há a maior eficiência da cadeia competitiva do *agribusiness* e barateia o produto final, estimulando o consumo. A gestão é razão do sucesso e desenvolvimento do agronegócio.

1.2 Princípios informadores

Entre os doutrinadores que propõe a autonomia do direito do agronegócio esta Renato Buranello (2013), que assim elenca os princípios informadores do Direito do Agronegócio.

A Função Social é muito mais do que não ir contra os interesses da coletividade. A função social implica em estar em consonância com os interesses da coletividade. Nesse sentido, a função social como princípio do agronegócio significa que as atividades econômicas exploradas na cadeia agroindustrial contribuem especialmente para a proteção do meio ambiente e para o aumento da produção de alimentos, fibras e bioenergia. Esse aumento é essencial para aumento dos enfrentamentos

dos desafios globais propostos pelo crescimento populacional, visando a segurança alimentar.

O Princípio do Desenvolvimento agro empresarial sustentável é aquele pelo qual as atividades desenvolvidas na agricultura, pecuária, exploração florestal e pesca pressupõem o uso adequado do solo, da água, e dos recursos genéticos animais e vegetais e ainda, a execução de processos tecnicamente apropriados e economicamente equilibrados.

O Princípio da Proteção da cadeia do agronegócio refere-se ao bem jurídico que a lei tutela em razão do interesse nacional. Responde por mais de 21,1% do PIB. Cada 1 dessas atividades isoladas não tem a mesma relevância para o País que a rede de contratos e operações tomada como um conjunto integrado. A distribuição do risco entre diversos empresários estabelecida nos contratos deve ser preservada. A Lei deve proteger não só o elo, mas toda a cadeia. Assim está tutelando o direito dos povos e das gerações futuras a segurança alimentar.

Princípio da integração das atividades econômicas da cadeia agroindustrial reflete o interesse na preservação da integração das atividades prevalece sobre os interesses individuais dos empresários que nela operam. Assim, no caso de litígio entre dois produtores a solução deve ser visando assegurar a preservação da cadeia integrada de negócios, até mesmo em caráter internacional, em detrimento dos interesses individuais dos contratantes.

2 Desafios do agronegócio

O Brasil se destaca em diversas cadeias como soja, papel e celulose, frango, açúcar e álcool. Essas cadeias modernas devem contribuir para a preservação ambiental, para a segurança alimentar etc.

Vários são os desafios do agronegócio, dentre eles, encontrar um modelo de desenvolvimento sustentável, integrar-se competitivamente na economia mundial, buscar equidade social mediante integração das diversas populações tradicionais (índios, quilombolas, faxinais, caiçaras, etc.), mediante regularização fundiária etc. Esses são aspectos inerentes às políticas internas do país, ou seja, existe algum controle sobre eles, havendo a possibilidade de se propor projetos de lei, adoção de incentivos e subsídios para mitigar os efeitos negativos desses obstáculos.

Contudo, a um grupo de riscos extrínsecos, alheios ao controle dos operadores do agronegócio e do próprio país. São questões fortemente influenciadas por fatores internacionais, potencializados pela globalização². O foco desse trabalho são os riscos trazidos pela variação cambial decorrente de fatores de origem internacional.

A título de exemplificação, pode-se citar três eventos recentes que causaram grande volatilidade nas taxas de câmbio. O primeiro refere-se aos desentendimentos havidos entre os Estados Unidos da América e a China, principalmente em 2019, quando o presidente americano Donald Trump decide sobretaxas inúmeros produtos chineses, causando queda nas bolsas de valores internacionais e oscilação da moeda americana (NEW YORK TIMES, 2019).

Já no início de 2020, o agente ensejador da forte modificação valorativa da moeda foi a guerra de preços entre a Arábia Saudita e a Rússia, provocando uma grande queda na cotação do barril de petróleo, influenciando inclusive o preço nos EUA, que sofreu uma diminuição de 34% (trinta e quatro por cento) (CNN Business, 2020).

A guerra de preços do petróleo só foi obscurecida por um evento de maior impacto mundial, capaz de tornar qualquer plano de negócio de curto e médio prazo um imenso jogo de adivinhações: a crise mundial ocasionada pelo COVID-19. O coronavírus é o causador de uma doença infecciosa altamente contagiosa e letal se houver demora em ser diagnosticada, especialmente para população idosa (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2020). Os efeitos econômicos e cambiais podem ser sentidos em virtude da necessidade de isolamento social e fechamento temporário de estabelecimentos que concentram aglomeração, como escolas, restaurantes, clubes, academias e prestadores de serviços que não sejam considerados essenciais.

A questão que é de fundamental importância diante desses cenários inconstantes, fortemente variáveis e alheios ao controle dos agentes econômicos, é como tentar mitigar os efeitos da variação da moeda, conforme será explorado no próximo item.

2 A globalização é um do processo internacional de integração econômica, social, cultural e política, que adquiriu contornos mais efetivos no final do século XX e início do século XXI.

2.1 Alternativas para mitigar efeitos de variação cambial

O primeiro instrumento disponível para atenuar as consequências adversas da alteração de valor da moeda é a contratação de um contrato denominado *hedge*, que significa justamente escudo, proteção.

O *hedge* é um tipo de contrato de derivativos decorrem da necessidade de preservação financeira contra os crescentes riscos do mercado econômico mundial e a velocidade da realização de operações de comércio exterior em ritmo cada vez mais dinâmico.

Para arrefecer as variações de taxas de juros e de taxas de câmbio as partes contratantes celebram um contrato de *hedge*, trocam o valor do principal e dos juros em uma determinada moeda pelo principal e juros em uma outra moeda. Assim, fixa-se o custo da moeda, afastando o impacto da flutuação do câmbio no preço final, como se fosse convertido para moeda estrangeira no momento presente (GALDI, LIMA e LOPES, 2011).

O contratante exposto a um risco indesejável pode transferi-lo a uma contraparte, assumindo um risco diferente daquele original, ou pagando um preço para se proteger dele.

Trata-se de contrato atípico, sinalagmático, oneroso e aleatório. Atípico pois possuem características próprias resultantes da conjugação de elementos que caracterizam outros contratos, e não são regulados por lei específica que os defina ou tipifique.

São sinalagmáticos, pois implicam em obrigações para ambas as partes, que ajustam valor determinado à moeda estrangeira em data futura, independentemente da variação efetiva no mercado internacional.

Oneroso por implicar em ganhos e sacrifícios financeiros para ambos os envolvidos na pactuação.

Quanto à aleatoriedade, há uma diferença importante a ser realçada em comparação à característica aleatória do contrato de seguro. No caso deste último, a álea é absoluta, pois o segurado não sabe se sinistro ocorrerá ou não. Por outro lado, no contrato de *swap* será relativa, pois a parte contratante tem certeza do evento futuro, qual seja, a oscilação cambial, contudo não consegue prever se tal diferença será positiva ou negativa para sua posição contratada (PERIN, 2015).

Embora eficiente em seu propósito, o *hedge* é um instrumento formalizado no mercado de balcão e registrados na bolsa de valores via sistema eletrônico, apresentando-se como uma alternativa complexa e onerosa, especialmente para empresários que não estão habituados a operar nesse ambiente de negócio.

Assim, outra opção bem mais simples, embora não seja totalmente eficiente, é a compra de quotas de fundos cambiais, lastreados na moeda cuja variação a empresa aspira proteger-se.

Como ocorre com os demais fundos de investimento, a Comissão de Valores Mobiliários conceitua-os como “uma comunhão de recursos constituída sob a forma de condomínio, destinado à aplicação em ativos financeiros” (COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS, 2018).

O fundo cambial é um tipo de fundo de investimento que acompanha a oscilação de uma moeda estrangeira definida como seu lastro (geralmente, dólar ou euro) ou de um conjunto de várias moedas, denominada de “cesta de moedas”. No caso do fundo em estudo, buscando acompanhar o valor da moeda e suas variações, no mínimo 80% (oitenta por cento) da carteira deve ser composta por ativos relacionados à moeda estrangeira que dá lastro ao fundo.

Considerando a frequência com que o operador do agronegócio necessita de insumos importados, ele poderá diminuir os riscos de valorização da moeda estrangeira em data futura, aplicando em um fundo cambial que tenha como referência a mesma moeda na qual deverá remeter os pagamentos ao exterior.

Deve-se atentar para o fato de que os fundos não poderão ser indexados em sua totalidade à moeda estrangeira, portanto, haverá uma margem percentual que não estará amparada pelo contrato de *hedge*. Além disso, deve-se observar atentamente as condições constantes do regulamento do fundo, pois a Comissão de Valores Mobiliários permite a estipulação, pelas instituições financeiras que criam e administram os fundos, de prazos de carência e valores mínimos para aplicação e retirada.

Um outro tipo de contratação que pode dar conforto ao agronegócio são os Adiantamento de Contratos de Câmbio - ACC. O ACC é formalizado entre o mutuário e uma instituição financeira mutuante,

através do sistema disponibilizado pelo próprio Banco Central do Brasil, denominado Sisbacen – Sistema de Informações Banco Central³.

Esse contrato pressupõe que uma das partes seja exportadora de produtos para o exterior e haja firmado um contrato de venda com pagamento futuro em moeda estrangeira. Com isso, pode firmar um ACC que resultará na antecipação financeira parcial ou total para a empresa exportadora.

Dessa forma, há a possibilidade de que o empresário possa adiantar os valores referentes ao preço da exportação, deixando de arcar com eventuais riscos de desvalorização da moeda estrangeira.

Conclusão

Considerando o direito do agronegócio como um ramo autônomo do direito, que possui princípios, características e legislação específica.

O agronegócio possui segmentos distintos, quais sejam: (i) “antes da porteira” que engloba cada elo da cadeia que sai do mercado de insumos e fatores de produção; (ii) “dentro da porteira” que seria a unidade agrícola produtiva e (iii) “depois da porteira” que vai até o processamento, marketing, transformação e distribuição. Assim, o conceito de agronegócio extrapola o conceito agroalimentar.

Dentre os inúmeros desafios do agronegócio destacam-se os fatores internacionais, em especial os riscos trazidos pela variação cambial decorrentes do mercado internacional.

Como alternativas para diminuir os efeitos da variação cambial pode-se citar: (i) o contrato de *hedge*; (ii) contrato em que o risco da variação cambial é transferido ao outro contratante, que assumirá parte do risco mediante pagamento (contrato atípico, sinalagmático, oneroso e aleatório); (iii) Fundo de Investimento, denominado pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) como “comunhão de recursos constituída sob a forma de condomínio, destinado à aplicação em ativos financeiros”; (iv) Fundo Cambial, que é um fundo de investimento que acompanha a oscilação de uma moeda estrangeira definida como

3 O Sisbacen é um sistema eletrônico integrado que coleta, armazena e troca de informações entre o Banco Central do Brasil e as instituições financeiras, permitindo fluxo contínuo de dados a autoridade monetária e os agentes do sistema financeiro nacional.

seu lastro (geralmente Dólar ou Euro); (v) o Adiantamento do Contrato de Câmbio (ACC), o qual é formalizado entre o mutuário e uma instituição financeira mutuante.

BIBLIOGRAFIA

BALLARIN MARCIAL, Alberto. **Estudios de Derecho Agrario e Política Agraria**. Madrid, Marcial Pons, 1975.

BURANELLO, Renato. **Manual do Direito do Agronegócio**. São Paulo. Ed. Saraiva. 2013.

CARROZZA, Antonio. *Problemi generali e profili di qualificazione del diritto agrario*, vol. I, p74. Milano, Ed. Giuffrè. 1975.

CNN Business. *How America can fight back in the oil war with Russia and Saudi Arabia*. Disponível em: <https://edition.cnn.com/2020/03/20/business/oil-crash-saudi-arabia-russia-trump/index.html> Acesso em 29 Mar 2019.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. **ICVM nº 555/14**. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst555.html>. Acesso em 17 Mar 2020.

GALDI, Fernando; LIMA, Iran; LOPES Aleksandro. **Manual de Contabilidade e Tributação de Instrumentos Financeiros e Derivativos**. 2 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

HIRONAKA, Giselda M F Novaes. **Atividade agrária e proteção ambiental – simbiose possível**. São Paulo. Editora Cultura Paulista. 1997.

LARANJEIRA, Raymundo. **Propedêutica do Direito Agrário**. Ed. Saraiva. 1975.

NEW YORK TIMES. *Trump increases China tariffs as trade deal hangs in the balance*. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2019/05/09/us/politics/china-trade-tariffs.html> . Acesso em 29 Mar 2019.

PANIZZA, Luiz Antonio e ARAUJO, Ney Bittencourt. **Agricultura na virada do século XX**. São Paulo. Ed. Globo.1993.

PERIN JÚNIOR, Écio. **O hedging e o contrato de hedge**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/635/o-hedging-e-o-contrato-de-hedge/2>. Acesso em 29 Mar 2019.

SANZ JARQUE, JUAN JOSE. **Derecho Agrario**. Madrid, Fundación Juan March, 1975.

SENADO FEDERAL. Senado Notícias, **Comissão aprova novo código comercial**. Capturado em 25/03/2020.

SODERO, Fernando Pereira. **Estatuto da Terra**. Brasília. Fundação Petronio Portela. 1982.

SUNDFELD, Carlos A. **Fundamentos do Direito Público**. São Paulo. Malheiros. 1992.

VIVANCO, Antônio Carlos. **Teoria de Derecho Agrário**. La Plata, Argentina, Ed. Libreria Juridica, 1967.

www. sna.agr.br. **Agronegócio: A força da economia brasileiro**. Captura 28/03/2020.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Covid-19**. Disponível em: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/healthy-parenting> Acesso em 29 Mar 2019.

IMPACTOS DO COVID-19 NAS RELAÇÕES DE CONSUMO: A (IM) POSSIBILIDADE DE RESCISÃO DOS CONTRATOS E A TEORIA DA IMPREVISÃO

Isabella Fernandes Batista

INTRODUÇÃO

A pandemia fruto do surto mundial ocasionado pela propagação do Covid-19 resultou em impactos econômicos de proporções globais. O mundo está passando por mudanças no cenário econômico e essas transformações impactam intimamente as relações privadas e comerciais, refletindo nos compromissos contratuais firmados e na atuação estatal frente a garantia da justiça e igualdade entre os contratantes.

O contrato pode ser entendido como um acordo, fruto de um ato volitivo, em que as partes se comprometem simultaneamente a fazer cumprir cláusulas que instituem deveres ou imperativos para a adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas.

Esses pactos são regidos pelo Direito Privado e possuem princípios norteadores desse negócio jurídico, entre eles, o princípio da boa-fé objetiva e da função social do contrato. Sendo assim, as partes contratantes devem possuir paridade de tratamento e objetivando o cumprimento da obrigação acordada.

Entende-se por função social do contrato um princípio limitador a autonomia contratual, pois tem como objetivo evitar abusos e garante,

desta forma, o equilíbrio entre os contratantes e que o contrato atinja aos interesses sociais, sem prejudicar o interesse social.

O princípio do Pacta Sunt Servanda preconiza que o contrato é lei entre as partes e, portanto, deve ser cumprido, sob pena de execução patrimonial. Sua força coercitiva, entretanto, não é absoluta, pois há situações que o cumprimento pode se tornar impossível ou extremamente oneroso.

Quando o impedimento é total, estamos nos referindo a casos de força maior e caso fortuitos; sendo ele relativo, é um caso regido pela Teoria da Imprevisão.

Essa teoria diz que quando ocorrer um fato alheio à vontade das partes, que não foi possível prever quando da feitura do contrato e que cause um desequilíbrio econômico do acordado, é um caso que cabe a rescisão ou modificação dos termos pactuados.

Dado a isto, depreende-se que a situação enfrentada com o Covid-19 configura uma situação imprevisível, visto que, não se pode estender esse evento quando da feitura do contrato. Sendo assim, legítima sua aplicação frente aos contratos, principalmente os contratos de trato sucessivo (contratos de longo prazo, como os firmados com instituições de ensino no pagamento de mensalidades) e os contratos comutativos (contratos que preveem obrigações certas e determinadas e suas possíveis implicações).

Percebe-se que o reflexo desta situação se mostra mais evidente nos contratos de trato sucessivo, pois eles são prestações que se renovam em períodos sucessivos, como os contratos de filiação, de mensalidades, enfim, os contratos que se prolongam no tempo; logo, os primeiros a sofrer o impacto de um período de estagnação econômica.

O Código Civil recepcionou a Teoria da Imprevisão em seu texto, mas discute-se se essa teoria aplica-se às relações consumeristas, visto que, ante ao momento de pandemia viral, seria oportuno a revisão contratual, pois a situação inicial do contrato não é mais a mesma, já que ocorreu um evento totalmente imprevisível e que pode ser a causa de um impedimento do cumprimento contratual.

Enquanto isso, buscando efetivar o equilíbrio econômico-financeiro, o Estado vem intervindo nas relações privadas, para que ninguém saia lesado pelas mudanças ocasionadas na estrutura mercantil.

Mas, independente da previsão ou imprevisão dos eventos, grande parte dos contratos serão alterados e isso pode repercutir na economia não só do Brasil, mas do mundo.

1 O PRINCÍPIO DA PACTA SUNT SERVANDA

O contrato é definido por Maria Helena Diniz (1996) como o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesse entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial.

Wald (2000) adverte que poucos institutos sobreviveram por tanto tempo e se desenvolveram sob formas tão diversas quanto o contrato, adaptando-se a sociedades com estruturas e escalas de valores distintas, desde a Antigüidade, passando pela Idade Média, e chegando até as sociedades neocapitalistas de nossos dias. Segundo ele, num mundo em que nada mais é absoluto, o contrato, para subsistir, aderiu ao relativismo, que se tornou condição de sua sobrevivência no tempo, em virtude da incerteza generalizada, da globalização da economia, e da imprevisão institucionalizada.

O mundo moderno é o mundo do contrato. E a vida moderna o é também, e em tão alta escala que, se se fizesse abstração por um momento do fenômeno contratual na civilização do nosso tempo, a consequência seria a estagnação da vida social. É o contrato que proporciona a subsistência de toda a gente. Sem ele, a vida individual regrediria, a atividade do homem limitar-se-ia aos momentos primários (PEREIRA, 1997).

Ao longo da história, entende-se que os acordos eram formados pelo princípio da obrigatoriedade, também chamado de (pacta sunt servanda), de forma que o seu não cumprimento era o motivo para sofrer uma execução patrimonial. Ou seja, por um ato de vontade das partes contratantes, que se presumiam iguais, o contrato fazia lei entre elas, tornando-se obrigatório e intangível.

Há como que uma equiparação entre a lei e o contrato, no que concerne à sua força coercitiva. E efetivamente entre o contrato e lei observam-se certos pontos de perfeita correspondência, exceto na extensão de sua eficácia, pois, enquanto a lei é uma ordem geral, desti-

nada a uma coletividade, o contrato tem efeitos limitados às próprias partes contratantes. Dessa equiparação do contrato à lei, nasceu o princípio: *pacta sunt servanda* (OLIVEIRA, 1991).

Com o passar do tempo, na medida em que as relações socioeconômicas e de consumo tornaram-se mais complexas, surgiram as limitações à liberdade de contratar, pois as ideias individualistas do séc. XIX, pautadas no princípio da igualdade das partes contratantes, permitiam ao patrão reduzir à miséria o operário; ao negociante explorá-lo, sem que a lei o ampare (BESSONE, 1997). Tudo isso alude o contrato de adesão, muito utilizado nas relações consumeristas e que podem prejudicar os hipossuficientes da relação.

Conforme salientado por Gonçalves (2002), diante de toda evolução no regime jurídico do contrato, houve uma relativização da obrigatoriedade contratual, permitindo a revisão do conteúdo do negócio, ou até mesmo a resolução da avença, em virtude de transformações imprevisíveis que onerassem sobremaneira a situação jurídica de um dos contratantes. Ou seja, tratou de reviver a antiga cláusula *rebus sic stantibus* do Direito Canônico, segunda a qual nos contratos comutativos de longo prazo, a execução devia ser feita sob o pressuposto de terem as condições externas permanecido imutáveis.

O artigo 478 do Código Civil assim disciplina:

Art.478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação (BRASIL, 2002).

A mesma idéia é repetida pelo art. 317 do Código Civil:

Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação (BRASIL, 2002).

Além da Teoria da Imprevisão, a função social do contrato também pode ser entendida como uma causa que relativiza a obrigatoriedade deste instrumento.

Art. 421 do Código Civil: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato” (BRASIL, 2002).

Mesmo que haja liberdade para contratar, esta deve ser exercida nos limites dos fins sociais do contrato, sob a influência de valores como a boa-fé e probidade, consoante o art. 422 do Código Civil (BRASIL, 2002).

Como foi colocado que os direitos do consumidor são direitos de 3ª geração e, portanto, solidaristas e transindividuais, logo, usar da função social do contrato como meio de corrigir o desequilíbrio de poder no espaço do contrato e distribuir o resultado econômico para corrigir a desigualdade social, é não observar as imputações disso no sistema econômico; podendo ocasionar uma situação de insegurança jurídica e provocar a distribuição dos prejuízos disso para a população, que acaba por pagar pelo inadimplente judicialmente protegido.

2 TEORIA DA IMPREVISÃO

A teoria da imprevisão, apesar de ser usada como sinônimo do antigo princípio do *rebus sic stantibus*, são institutos diferentes. Para aplicar o *rebus sic stantibus* necessita somente que ocorra um fato que desequilibre a relação contratual, enquanto que a teoria da imprevisão é necessário que o fato seja imprevisto e exterior ao contrato, além dos outros requisitos.

O fenômeno da Teoria da Imprevisão é definido por Hely Lopes Meirelles (1989, pg. 220):

A teoria da imprevisão consiste no reconhecimento de que eventos novos, imprevistos e imprevisíveis pelas partes e a elas não imputáveis, refletindo sobre a economia ou a execução do contrato, autorizam sua revisão, para ajustá-lo às circunstâncias

supervenientes. O fundamento jurídico para a recomposição de preços e dilação de prazos é o de que na comum intenção das partes, na celebração do contrato, não foram cogitadas as dificuldades, nem computados os custos extraordinários que a nova situação impõe.

Di Pietro (2010) complementa que o termo sujeições imprevistas pode ser entendido como fatos de ordem material, que podiam já existir no momento da celebração do contrato, mas que eram desconhecidos pelos contratantes, é o caso de empreiteiro de obra pública que no curso da execução do contrato esbarra em terreno de natureza imprevista que onera ou torna impossível a execução do contrato.

Moraes (2001) salienta que a cláusula *rebus sic stantibus* é utilizada para justificar a revisão contratual em meio a um desequilíbrio econômico contratual e, inclusive, nos contratos de execução periódica, continuada ou simplesmente diferida, podem ser, ou revisados, com o reajustamento das prestações, ou simplesmente resolvidos, devido à ocorrência de um fato superveniente, imprevisível para as partes, que desequilibrou a relação contratual de maneira grave.

A teoria da imprevisão é caracterizada, cumulativamente, pela imprevisibilidade do evento; inimputabilidade do evento às partes; grave modificação das condições do contrato e; ausência de impedimento absoluto (JUSTIN FILHO, 2010).

O impedimento absoluto é quando a execução do contrato de alguma forma se torna impossível, como observada nos casos de força maior e caso fortuito, a teor do art. 1058 do CC. Já o impedimento relativo ocorre nos casos da teoria da imprevisão, em que a execução não é impossível, mas tem-se grande dificuldade ou excessiva onerosidade a uma das partes (BRASIL, 2002).

A teoria da imprevisão é percebida, desta forma, quando no curso do contrato surge uma situação nova e imprevisível que torna muito onerosa a situação e coloca uma das partes em extrema dificuldade, transitória ou definitiva, em face do contexto de celebração da avença; podendo dar ensejo a atraso do acordado ou a impossibilidade da sua execução. Nos contratos de trato sucessivo ou de prestação continuada, o vínculo obrigatório entende-se subordinado à continuação daquele

estado de fato vigente ao tempo da estipulação. Em casos de rescisão contratual, será quitado o valor já executado do contrato, e o restante será resolvido; se se mantiver o acordado, deve haver uma readequação para manter equilíbrio financeiro do contrato.

A pandemia ocasionada pelo Covid-19, pode ser entendida como um evento imprevisível, pois não havia forma alguma de calcular sua propagação e o quanto que isso afetaria as relações consumeristas. Fato é que esta circunstância foi um evento que alterou o equilíbrio mercadológico como um todo e reflete nas relações contratuais, encejando sua rescisão pautada na Teoria da Imprevisão.

3 A TEORIA DA IMPREVISÃO NO MODELO CONSUMERISTA

Neste diapasão, nota-se que a lei consumerista é um modelo de intervencionismo estatal nas relações entre particulares sob a denominação de dirigismo contratual e o artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor ratifica esse entendimento:

Art. 6º - São direitos do consumidor: (...) V – a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas (BRASIL, 1990).

Ora, na simples leitura do texto do supracitado artigo, é possível observar que para a sua aplicabilidade não requer o acontecimento imprevisível, bastando os fatos supervenientes que tornem as prestações excessivamente onerosas ao consumidor. Isto é, pode haver a proteção consumerista e a revisão contratual mesmo se o fato for previsível; não podendo falar-se em teoria da imprevisão.

Em contraponto, Filomeno (2000) entende que o art. 6º, V, do CDC é a cláusula rebus sic stantibus no seu sentido literal e não usado como sinônimo da teoria da imprevisão, que é implícita em qualquer contrato, sobretudo nos que impuserem ao consumidor obrigações iníquas ou excessivamente onerosas.

Já Theodoro Júnior (2002) entende pela necessidade da aplicação da teoria da imprevisão também para a revisão dos chamados contratos

de consumo, sinalizando para a necessidade da presença da imprevisibilidade para a discussão posterior das regras dos negócios, entendimento, na sua visão, consagrado no direito comparado. A imprevisibilidade deve levar em conta o mercado em si, toda a economia, o que torna a revisão praticamente impossível.

Tartuce (2003) afirma que tanto em sede de Tribunais locais como no próprio STJ tendência em apontar que a Lei nº 8.078/90 adotou a teoria da imprevisão ou revisão por imprevisibilidade, já que o poder judiciário leva em conta os direitos do consumidor.

Conforme se verifica no artigo 478 do Código Civil, a teoria da imprevisão autoriza o contratante a resolver o contrato por onerosidade excessiva (BRASIL, 2002), ao passo que o art. 6º, V, do Código de Defesa do Consumidor só autoriza a revisão contratual, pois reza-se pelo princípio da conservação dos contratos (BRASIL, 1990). Reforçando a ideia de que não há uma teoria da imprevisão no Código de Defesa do Consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 6º, inciso V, trata da proteção do consumidor em relação às cláusulas abusivas e do direito à revisão contratual:

Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:

V – a modificação das cláusulas contratuais que estabelecem prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas (BRASIL, 1990).

Segundo Nunes (2000) a garantia de revisão das cláusulas tem fundamento nos seguintes princípios instituídos no CDC: boa-fé e equilíbrio (art. 4º, III), vulnerabilidade do consumidor (art. 4º, I), que decorre do princípio maior, constitucional da isonomia (art. 5º, caput, da CF).

No Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 6º, V consagra a possibilidade de revisão do contrato e o artigo 51, parágrafo 2º, do mesmo diploma, permite a resolução do contrato, quando, da nulidade de uma cláusula, apesar dos esforços de integração do contrato, decorrer ônus excessivo para qualquer das partes (BRASIL,

1990). Visto isso, percebe a incongruência deste instituto consumerista com a Teoria da Imprevisão.

Neste diapasão, Venosa (2003) tece a consideração de que o princípio da obrigatoriedade dos contratos não pode ser violado perante fatores externos perfeitamente previsíveis. O contrato visa sempre uma situação futura, um porvir. Os contratantes, ao estabelecerem o negócio, têm em mira justamente a previsão de situações futuras. A imprevisão que pode autorizar uma intervenção judicial na vontade contratual é somente a que refoge totalmente às possibilidades de previsibilidade.

Em virtude disso, depreende-se que, diante de relações de consumo, não há o que se falar em aplicação da Teoria da Imprevisão nas relações de consumo, visto que a hipótese prevista no Código de Defesa do Consumidor trata de eventos previsíveis, enquanto que a Teoria da Imprevisão trata de eventos imprevisíveis. Mas, em defesa do direito do consumidor, parte vulnerável da relação jurídica, os tribunais tem entendido que há sim essa incedência da Teoria da Imprevisão às relações de consumo, pois garantiria o retorno ao equilíbrio financeiro contratual e evitaria que uma parte se onerasse em prol do cumprimento da obrigação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É de suma importância as medidas de precaução em um momento de pandemia mundial. O cenário econômico geral está mudando e no âmbito particular também não seria diferente.

Entre as mudanças está aquela trazida no âmbito contratual, pois os contratos, negócios jurídicos bilateral que as partes se comprometem no cumprimento de obrigações, que antes tinham sua obrigatoriedade garantida pelo *pacta sunt servanda*, agora vê-se relativizado frente a uma situação de calamidade pública.

Os contratos de trato sucessivo são os mais que mais exigem uma postura diferenciada dos contratantes quando a cooperação, em virtude do seu caráter relacional e incompleto. Desta forma, o dever de cooperação, na prática, se concretiza por conta princípio da boa-fé objetiva, isto é, a coadunação de deveres anexos ao contrato de longo prazo.

Ressalta-se que ainda que o fornecedor e o consumidor queiram, terão contratos que serão cancelados pela impossibilidade de cumprimento; tendo como consequências a prorrogação do serviços, rescisão dos contratos ou alteração das suas cláusulas em prol da preservação do seu equilíbrio econômico-financeiro.

Esta impossibilidade de cumprimento é decorrente de fatos imprevisíveis, fatos estes que inviabilizam a permanência do contrato, seja por impedimento relativo ou por onerosidade excessiva; conforme determina a Teoria da Imprevisão. Além disso, deve-se respeitar a função social do contrato, princípio limitador do Pacta sunt servanda.

A Teoria da Imprevisão veio em contraponto ao pacta sunt servanda, que é o princípio que legitima a obrigatoriedade dos contratos. Segundo ele, o contrato é lei entre as partes e deve ser cumprido. Mas, verifica-se que este princípio foi relativado, principalmente dada as circunstâncias imprevistas atuais.

O que percebeu no decorrer do estudo foi que o Instituto da Teoria da Imprevisão, disciplinado no Código Civil, não é o mesmo instituto previsto no Código de Defesa do Consumidor. O Código consumerista autoriza, mesmo em situações que pudessem ser previstas pelos contratantes, a revisão contratual para que seja restabelecido o equilíbrio contratual anterior; enquanto que a Teoria da Imprevisão só é configurada em casos imprevisíveis e admite a rescisão contratual.

O Código de Defesa do Consumidor consagra a possibilidade de modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas (art. 6º, V, do CDC). Logo, percebe-se que para haver a revisão contratual a partir do Código de Defesa do Consumidor é menos rígido do que o empregado pelo Código Civil, basta ter configurado a onerosidade excessiva para uma das partes. Vendo deste parâmetro, percebe-se que o Estado sempre vai intervir na economia em prol da proteção do consumidor, parte vulnerável da relação de consumo e que foi afetada pelo desequilíbrio provocado pelo mercado, reduzindo o seu poder de compra e consequentemente, sua possibilidade de cumprimento das obrigações.

Portanto, depreende-se deste estudo que não se pode usar da Teoria da Imprevisão como álibe para justificar a rescisão contratual como

no caso previsto na lei consumerista em que o risco é previsível. Em todo contrato há uma previsibilidade natural de onerosidade.

Logo, conclui-se que Teoria da Imprevisão não aboliu a força obrigatória dos contratos decorrente do pacta sunt servanda e para a aplicação desta teoria, tem que se ter presente os requisitos enzejadores. Na prática, isso não se verifica, pois os Tribunais julgam a favor do consumidor, elo mais fraco da relação de consumo e, ante a essa pandemia global, irão aplicar a Teoria da Imprevisão em casos que haja incidência do Direito do Consumidor.

BIBLIOGRAFIA

BESSONE, Darcy. **Do Contrato – Teoria Geral**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BRASIL. **LEI N° 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Institui o Código Civil**. Brasília: DF, 2002.

BRASIL. **LEI N° 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre proteção do Consumidor e dá outras providências**. Brasília: DF, 1990.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1996, v. 1, p. 11.

FILOMENO, José Geraldo Brito, et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 126.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Principais inovações no Código Civil de 2002**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 6.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 5ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2010, p. 523.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. Rio de Janeiro: 1989, p. 224

- MORAES, Renato José de. **Cláusula rebuc sic stantibus**. 1ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.
- NUNES, Antônio Rizzato. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 118.
- OLIVEIRA, Anísio José de. **A teoria da imprevisão nos contratos**. 2ª ed. São Paulo: Leud, 1991, p. 19.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. vol. III. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- TARTUCE, Flávio. **A revisão do contrato pelo novo Código Civil. Crítica e proposta de alteração do art. 317 da Lei 10.406/02, Novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2003, p. 137 e segs.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do Consumidor. A busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do Direito civil e do Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 3ª Edição, 2002, p. 31-35.
- WALD, Arnoldo. **O contrato: passado, presente e futuro**. Rio de Janeiro: Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros., 2000.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2003, v. 2, p. 462.

A EMPRESA RURAL NAS FASES DO DIREITO EMPRESARIAL: HISTÓRICO E CARACTERIZAÇÃO

Franco Pereira Silva

INTRODUÇÃO

Na história do Direito Empresarial, sempre foi presente a preocupação em definir quais atividades e ou sujeitos dispunham de elementos que justificassem a tutela especializada, apartada do Direito Civil comum. Os trabalhos doutrinários e as legislações, por certo, foram muito influenciados pelos acontecimentos dos períodos históricos em que eram elaborados, tanto em função da hegemonia de um determinado pensamento político quanto em razão da necessidade de adaptações das regras aos anseios de um determinado mercado, justificada pela busca do progresso econômico.

Mais recentemente, referida preocupação ganhou especial relevo em função do emergente debate a respeito da sujeição do empresário rural a um dos mais notórios institutos restritos aos empresários: a recuperação judicial. Na esteira desse debate, o presente trabalho se propõe a se debruçar sobre o histórico da empresa rural nas três fases do Direito Empresarial, bem como na atual caracterização desse instituto no atual direito brasileiro, a fim de contribuir com o mencionado debate. Para tanto, faz uso das metodologias de pesquisa de direito comparado, analisando os institutos e literatura internacionais que influenciaram na construção do direito nacional, bem como de revisão bibliográfica e, evidentemente, pesquisa legislativa.

1 A EMPRESA RURAL NA FASE DO PROFISSIONALISMO CLASSISTA ATÉ A FASE OBJETIVA

Na primeira fase do Direito Empresarial, a denominada fase subjetiva, em que as regras do comércio eram elaboradas pelas corporações mercantis do período medieval, não existia ainda a ideia de empresa e atividade empresária, mas comerciante e comércio. Embora seja muito difundida a ideia de que o requisito essencial para sujeição às regras das corporações mercantis era a inscrição no registro, Rocco, invocando as disposições do Statuto della mercanzia di Parma, de 1215, alerta que

Segundo os estatutos, estão sujeitos à jurisdição comercial, antes de tudo, as questões que se referem a negócios comerciais em sentido próprio: *causae* ou *questiones mercantiles*, *negotiationis*, *mercantiae*, *pro factis mercadantia*, *quae pertinente ad mercadantia*. O conceito da *negotiatio* ou *mercantia* ou *mercadantia* é identificado, com muita precisão, com o da compra de mercadorias para a revenda e o da sucessiva revenda (1934, p. 15, grifos do autor).

Assim sendo, as atividades agrícolas e manufatureiras não estavam inseridas no âmbito de incidência da jurisdição das corporações, porque uma se prestava à colheita dos produtos originados da natureza e a outra à separação, mistura e modelagem destes.

Certo é que a fase subjetiva tem como característica a marca do profissionalismo, no sentido de classista, por se tratar de um período cuja regulamentação das atividades comerciais se davam por meio das corporações mercantis, mantidas e estruturadas pela classe dos comerciantes, para legislar e decidir quanto aos litígios entre seus membros. É importante, contudo, que se tenha em mente a existência do requisito objetivo exigido para incidência daquela jurisdição – o negócio praticado haveria de ser comercial.

A superação desse período é representada pela fase objetiva do Direito Empresarial, inaugurada com a elaboração do Code de Commerce, em 1808, conhecido também por Código Mercantil napoleônico.

O Código tem como grande trunfo a ruptura do classismo característico do sistema anterior, tendo objetivado o tratamento jurídico da atividade mercantil ao elencar um rol de atividades sujeitas a sua jurisdição. Considerando o contexto histórico em que a codificação foi elaborada, a providência não poderia ser outra, conforme explica Álvares:

Os dirigentes da Revolução Francesa tinham particular horror a toda forma de organização profissional. Efetivamente, conhecendo os destros de um sistema corporativo que constituía verdadeira negação de suas origens, os revolucionários franceses traduziram bem os espíritos dos tempos rejeitando essa instituição exaurida. E dissolveram todas as formas de concentração profissional. [...] Então, tiveram uma ideia genial: - esvaziaram a atividade da pessoa do seu agente, dissociaram o comércio do seu titular, com esta conduta levando o Direito Comercial a transformação profunda [...] (1971, p. 81).

As atividades sujeitas ao *Code de Commerce* são denominadas atos de comércio, daí porque a segunda fase do Direito Empresarial é, também, conhecida como a fase dos atos de comércio. O Código, já em seu primeiro artigo, enuncia que “*sont commerçans ceux qui exercent des actes de commerce, et en font leur profession habituelle*” (FRANÇA, 1808, p. 1). Os *actes de commerce* foram elencados nos artigos 632 e 633, daquela legislação, na parte referente à organização da jurisdição comercial e à competência dos Tribunais de Comércio (Livro IV, Título II), da seguinte maneira:

632. A lei considera actos de commercio: toda a compra de gêneros, e mercadorias para revender, sejam em natureza, sejam depois de trabalhados, e postos em obra, seja para alugar, somente o uso; toda a empresa de manufacturas, comissões, transportes por terra ou agua; toda a empresa de fornecimentos, agencias, estabelecimentos de leilões, e theatros; todas as operações de bancos públicos; todas as operações de câmbios, banco, e corretagem; todas as obrigações entre negociantes,

mecadores, e banqueiros, e entre todas as pessoas, que remetere-
rem letras, entregarem ou remeterem dinheiro. 633. A lei con-
sidera igualmente actos de commercio: toda a empresa de cons-
trução; toda a compra, venda, e revenda de embarcação para
navegação interior, ou exterior; todas expedições marítimas;
toda a compra ou venda dos utensílios, aparelho, e viveres; todo
o fretamento, empréstimo, dinheiro a risco, todos os seguros, e
mais contractos relativos ao commercio marítimo; todo o ajus-
te e contracto de soldada da equipagem; e todos os ajustes da
gente de mar, para serviço das embarcações do commercio”
(LOUREIRO, 1825, p. 128-129, sic).

O rol dos atos de comércio tinha caráter essencialmente limitativo,
no entanto, em função da legislação não os ter descrito, a despeito de
enumerá-los, a definição da natureza deles ficou à cargo dos intérpre-
tes. Nesse mister, a doutrina e jurisprudência dominantes passaram a
considerar, por analogia, atividades não constantes do rol como *actes de
commerce*, “sob fundamento de que a interpretação analógica não cons-
titui uma enumeração extensiva” (CHAVRIER *apud* MARCON-
DES, 1970, p. 8-9).

Não obstante o empenho dos exegetas franceses na tentativa de
corrigir as distorções ocasionadas pela natureza limitativa do rol dos
atos de comércio, a questão ainda assim restava problemática, uma vez
que algumas atividades restavam deslocadas da incidência do Direito
Comercial. Nesse sentido, Fábio Ulhoa Coelho é preciso ao destacar
que “no sistema francês, excluem-se atividades de grande importân-
cia econômica – como a prestação de serviços, *agricultura, pecuária*, ne-
gociação imobiliária – do âmbito de incidência do direito mercantil”
(2014, p. 17, grifou-se).

O Brasil, até meados do século XIX, ainda não conhecia uma co-
dificação sistematizada para disciplinar as normas de comércio. Somente
em 1850, após dezessete anos de tramitação do projeto, é que foi aprova-
da a Lei nº 556, de 25 de junho de 1850, o Código Comercial do Brasil.
A grande influência que o *Code de Commerce* exerceu em toda a Euro-
pa, em função das conquistas napoleônicas (ROCCO, 1934, p. 26), fez
com que o legislador brasileiro se inspirasse em suas disposições.

O Código Comercial do Brasil, conquanto tenha sido diretamente inspirado no *Code de Commerce* e trazido disposições voltadas ao sistema dos atos de comércio, em nenhum de seus artigos faz menção a estes, nem mesmo os enumera. A disposição a respeito da abrangência do Código consta do art. 4º, que dispõe que “ninguém é reputado comerciante para efeito de gozar da proteção que este Código liberaliza em favor de comércio, sem que tenha matriculado em algum dos Tribunais do Comércio do Império, e faça da mercancia profissão habitual” (BRASIL, 1850, n.p.).

Como se vê, para definição da abrangência da legislação foi utilizado o critério do exercício da mercancia profissional, o que suscitou outros debates a respeito do sentido do termo. Não se pode olvidar, contudo, que nesse período ainda era vigente a fase objetiva, dos atos de comércio, de modo que não é possível se pretender que o Código Comercial do Brasil buscasse tutelar uma classe de pessoas. Por esse motivo é que foi aprovado o Regulamento nº 737, de 25 de novembro de 1850, que regulamentava as questões atinentes ao juízo comercial e, em seu art. 19, dispunha do rol das atividades consideradas mercancia.

Esse elenco de atividades, diferentemente do sistema francês, era meramente exemplificativo, razão porque, mesmo depois da revogação do referido regulamento, em 1875, ele continuou como parâmetro de definição dos sujeitos ao Direito Comercial. Explica Walter Tolentino Álvares que:

Ora, os atos de comércio por natureza, e que resultam por força de lei, diz Bento de Faria, são os que se encontram exemplificadamente enumerados no art. 19 do Regulamento 737, mas deve-se ponderar que a exemplificação, apesar de apoiada pela doutrina e pela jurisprudência, constitui técnica insatisfatória, pois a segurança jurídica da delimitação da matéria do comércio, frente à civil, desapareceria se a enumeração não fôsse taxativa (1971, p. 86).

A realidade não poderia ser diferente, já que o Código Comercial de 1850 adotava o sistema do registro facultativo, em que mesmo não registrado, a pessoa poderia se sujeitar às regras do direito mercantil.

Assim sendo, os requisitos para que o agente fosse considerado comerciante continuavam sendo a prática habitual de algum dos atos de comércio, em nome próprio, por conta própria, além da plena capacidade jurídica nos moldes da legislação vigente à época.

Assim sendo, as atividades agrárias restavam fora do fenômeno jurídico comercial, passando essa realidade a comportar uma única exceção somente a partir de 1940, conforme explica Pinheiro (2010, p. 146-147):

A partir da vigência do Decreto-lei 2.627/1940, passou-se a admitir que empresas agrárias se sujeitassem ao regime do Direito Comercial, desde que o agente encarregado de seu exercício estivesse registrado na Junta Comercial sob a forma de sociedade anônima. Essa facultatividade, entretanto, praticamente não era efetivada por aqueles que exerciam empresa agrária, haja vista que somente uma minoria destes é que detinha condições econômico-culturais de suportar as obrigações legais impostas às sociedades anônimas.

Enquanto no Brasil ainda vigorava o sistema dos atos de comércio, era inaugurada, na Itália, a terceira fase do Direito Empresarial, a denominada fase subjetiva moderna. O *Codice Civile* de 1942, regulamentando a matéria comercial, deixou de lado o sistema dos atos de comércio, em função dos problemas dele característicos, e retornou à antiga tradição da estrutura subjetiva, hoje em dia batizada de subjetiva moderna.

2 A EMPRESA RURAL NA FASE SUBJETIVA MODERNA: UM NOVO PARADIGMA

O art. 2.082, do *Codice Civile* italiano, ao dispor que “*e’ imprenditore chi esercita professionalmente un’attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi*” (ITÁLIA, n.p., 1942), inaugurou um novo fenômeno no âmbito jurídico, conhecido há muito pela economia: a empresa. Referido dispositivo, ao tratar da atividade econômica organizada (*attività economica organizzata*), embora não

estivesse conceituando a atividade, mas o empresário, demonstrou a absorção jurídica do conceito econômico de empresa.

Quanto ao conceito econômico de empresa, adotado pelo Código, de ordem corporativa e base profissional, como organização para produção de bens e serviços para o mercado, o *risco técnico* – próprio de todo processo produtivo – e o *risco econômico* – inerente à possibilidade de cobrir o *custo* do trabalho e do capital (salários e juros) com o *resultado* dos bens ou serviços produzidos – requerem do empresário um trabalho de organização e criação, que constitui a sua prestação típica, remunerada pelo *lucro*, causa normal da atividade empreendedora no plano econômico (MARCONDES, 1971, p. 22, grifos do autor).

No sistema italiano é bem evidente que atividade comercial não é sinônimo de empresa, sendo esta gênero da qual aquela é espécie. O Título II, do *Codice Civile*, que trata do trabalho na empresa, distingue os empresários em duas categorias, os empresários do comércio e os empresários agrícolas, tendo por base o objeto da atividade. Comentando a tutela diferenciada conferida a cada categoria, Gian Franco Campobasso leciona que

“L'imprenditore commerciale è destinatario di un'ampia ed articolata disciplina fondata sull'obbligo di iscrizione nel registro delle imprese (con funzione di pubblicità legale), sull'obbligo della tenuta delle scritture contabili, sull'assoggettamento al fallimento e alle altre procedure concorsuali.

La nozione di imprenditore agricolo ha invece - almeno nel codice civile - valore essenzialmente negativo. La sua funzione è, sostanzialmente, quella di restringere l'ambito di applicazione della disciplina dell'imprenditore commerciale. Chi è imprenditore agricolo è sottoposto alla disciplina prevista per l'imprenditore in generale. E invece esonerato dalla tenuta delle scritture contabili (art. 2214). Non fallisce e non è soggetto alle altre procedure concorsuali dell'imprenditore commerciale (art. 2221), fatta eccezione per gli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 23, 43º

*comma, d.l. 6-7-2011, n. 98, conv. con legge 15-7-2011, n. 111);
[...]” (2013, p. 47-48).⁴*

O tratamento favorecido dado ao empresário rural, em função da desoneração de diversas obrigações dispostas no rigoroso regime imposto aos empresários comerciais, hoje em dia, tem sido alvo de debates doutrinários e jurisprudenciais na Itália. Isso porque percebeu-se que a atividade agrária pode se desenvolver muito rapidamente e movimentar grandes volumes de capital, passando a ostentar os mesmos fundamentos justificadores da disciplina rigorosa das empresas comerciais. Gian Franco Campobasso, a esse propósito, enfatiza que “è necessario infatti stabilire fino a che punto l’evoluzione tecnologica dell’agricoltura [...] sia compatibile com la qualificazione agricola dell’impresa agli effetti del codice civile⁵” (2013, p. 49).

Em suma, importa ressaltar que o *Codice Civile* italiano, em função de seu caráter inovador e mais adequado aos novos conflitos de interesses decorrentes da evolução econômica do século XX, influenciou profundamente as legislações posteriores dos países de tradição romanística. Além da influência italiana, as regras a respeito do empresário rural, no direito brasileiro, foram influenciadas também pelo direito alemão, tendo em vista que a possibilidade de o produtor rural e a sociedade rural se inscreverem no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, como será detalhado adiante, é fruto da

4 Em tradução livre: “O empresário comerciante é destinatário de uma disciplina ampla e articulada, baseada na obrigação de se inscrever no registro de empresas (com a função de publicidade legal), na obrigação de manter registros contábeis, sua sujeição à falência e outros procedimentos concursais. A noção de empresário agrícola, em vez disso, tem – pelo menos no Código Civil – valor essencialmente negativo. Sua função é, substancialmente, restringir o escopo de aplicação da disciplina do empresário comerciante. Quem é empresário agricultor é submetido à disciplina prevista para o empresário em geral. Fica isento de manter registros contábeis (art. 2214). Não se sujeita à falência nem a outros procedimentos concursais do empresário comercial (art. 2221), exceto para os acordos de reestruturação da dívida (art. 23, §43, do decreto lei 6-7-2011, n. 98, e lei 15-7-2011, n. 111); [...]”.

5 Em tradução livre: “É necessário, de fato, determinar em que medida a evolução tecnológica da agricultura [...] é compatível com a qualificação agrícola da empresa para os propósitos do código civil”.

reconhecida inspiração do Código Civil de 2002 no Código Comercial alemão (KGB), que assim já preceituava (GONÇALVES NETO, 2016, n.p.).

2.1 A EMPRESA RURAL NO “NOVO” DIREITO DE EMPRESA BRASILEIRO

A atualização do Direito Comercial, no Brasil, se deu com a promulgação da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil. Ao dispor sobre o Direito de Empresa, no Livro II, o novo Diploma derogou o Código Comercial de 1850, que ainda vige somente quanto às normas do comércio marítimo, irrelevantes para as finalidades deste trabalho.

O novel Direito Empresarial brasileiro, influenciado pelo direito italiano, abandonou a teoria dos atos de comércio da legislação anterior e adotou a teoria da empresa para a caracterização do empresário, que conforme o artigo 966, do Código Civil, são aqueles que exercem profissionalmente atividade econômica organizada para a produção e circulação de bens ou de serviços. Por esse mesmo dispositivo, foram excluídos do conceito de empresário os exercentes de atividades civis, ou seja, aquelas de natureza científica, literária ou artística, ainda que com auxílio ou colaboração de terceiros.

No que se refere aos exercentes de atividade rural, o artigo 970, do Código Civil, preconiza que a eles é assegurado o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado quanto à inscrição e os efeitos dela decorrentes. Já o artigo 971, da mesma Lei, inspirado no Código Comercial alemão (KGB), como já mencionado, dispõe que eles podem requerer a inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis, situação em que eles serão equiparados aos empresários sujeitos a registro, para todos os efeitos.

A redação original do artigo 970, do Código Civil, enumerado no anteprojeto sob o número 1.007, se propunha a caracterizar o empresário rural exatamente como faz o *Codice Civile* italiano, estatuindo que

1.007. São dispensados de inscrição e das restrições e deveres impostos aos empresários inscritos: I - O empresário rural, as-

sim considerado o que exerce atividade destinada à produção agrícola, silvícola, pecuária e outras conexas, como a que tenha por finalidade transformar ou alienar os respectivos produtos, quando pertinentes aos serviços rurais [...] (PASSOS; LIMA, 2012, p. 265).

Em sua exposição de motivos complementares, o professor Sylvio Marcondes, responsável pela edição das normas referentes ao direito mercantil no anteprojeto do Código Civil, não deixou clara a intenção da definição do conceito de empresário rural. O jurista o faz, contudo, na exposição de motivos complementares do anteprojeto do código de obrigações de 1961, narrando que, após a exclusão das atividades intelectuais, o conceito de empresário

[...] se subdivide em duas especificações da atividade, destinadas, uma, a delimitar a outra. Assim, imprimindo configuração ao empresário rural, o anteprojeto deixa o restante do campo conceitual para o empresário comercial, que se define, em consequência, por forma negativa: é empresário comercial que, sendo empresário, não é empresário rural (MARCONDES, 1971, p. 141).

Nesse cenário, aparentemente, a intenção com a definição do conceito de empresário rural era deixar clara a adoção da teoria da empresa, na perspectiva econômica, e que a categorização do empresário em dois tipos, rural e comercial, se destinaria à definição da natureza jurídica de cada um.

Neste ponto, faz-se necessário esclarecer que a previsão da empresa rural não foi exatamente uma novidade na legislação brasileira, uma vez que o artigo 4º, VI, da Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964, que dispõe sobre o Estatuto da Terra, qualifica “o empreendimento de pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que explore econômica e racionalmente imóvel rural, dentro de condição de rendimento econômico da região em que se situe e que explore área mínima agricultável do imóvel” como empresa rural. A diferença é que o Estatuto da Terra utilizou equivocadamente o termo empresa rural para identificar uma

determinada categoria de imóvel rural, conforme explica Frederico Garcia Pinheiro:

Tradicionalmente, contudo, a doutrina agrarista brasileira não tem percebido essa diferença entre o conceito legal de empresa rural e a empresa agrária como atividade. Com efeito, essa doutrina ainda constrói suas lições atrelando a empresa à “ideia de um modelo de produção necessariamente avançado e moderno, com o recurso das últimas tecnologias ou então como fruto apenas de modelos econômicos capitalistas avançados”, como o fez, por exemplo, Paulo Torminn Borges, para quem a empresa rural é “o instrumento ideal para consecução da arrancada desenvolvimentista”, de forma que o Direito Agrário atuaria “canalizando para os imóveis rurais todos os estímulos possíveis no sentido de tornar empresarial a sua exploração (2010, p. 158-159).

Ao comentar o instituto da empresa agrária, conceituada pela Lei de Terras, Fernando Campos Scaff ressalta a contribuição do *Codice Civile* na inclusão das atividades agrícolas no espectro de atividades empresárias, ressaltando que

A empresa comercial e a empresa agrária, desta maneira e após o advento do Código Civil Italiano de 1942, puderam passar a ser, pela primeira vez, interpretadas com respaldo em uma norma legal, como espécies de um mesmo gênero, cabendo aos jus-agraristas – considerado o atraso em relação ao esforço já realizado pelos comercialistas – o trabalho de identificar, com mais acurada atenção e com base no critério de agrariedade, as peculiaridades que permeiam o instituto da empresa agrária e que, em verdade, legitimam o desenvolvimento de uma teoria jurídica a respeito do mesmo, também no escopo de oferecer a clara delimitação das duas matérias – agrária e comercial [...] (1997, p. 50).

Para a teoria da empresa, atualmente vigente, a atividade rural que reúne em si os fatores de produção é atividade economicamente em-

presária e assim o é por opção de direito positivo, sendo despicienda a inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis para que ela assim seja caracterizada. Fábio Ulhoa Coelho ensina que os empresários rurais “não são, por evidente, excluídos do conceito de empresário, tal como os profissionais liberais, mas podem, por ato unilateral de vontade (inscrição no registro de empresa), ingressar ou não no regime geral de disciplina da atividade econômica” (2014, p. 24).

A natureza jurídica da atividade exercida pelo empresário rural não inscrito na Junta Comercial é apontada como civil, uma vez que não sujeita às imposições características do regime imposto aos empresários sujeitos a registro. Marcondes expõe que, no novo Código Civil, “pareceu prematuro proceder de modo diferente, dada a heterogeneidade das condições ainda ocorrentes na extensão continental do nosso território” e arremata que “firmado o conceito, fica lançada a semente do instituto que o futuro poderá fazer desenvolver, de acordo com o progresso do País” (1971, p. 142).

De-Mattia justifica essa natureza jurídica diferenciada orientando que “a atividade agrária se desenvolve, prevalentemente, no campo técnico e não no negocial, enquanto a empresa agrária, por causa de sua consistência fundiária, oferece garantias mais sólidas e infalíveis” (1995, p. 136). É de se observar que as mesmas críticas formuladas pela doutrina italiana com relação ao tratamento diferenciado, fundamentadas no fato de que a atividade rural pode adquirir dimensões de desenvolvimento suficientes a justificar a incidência das normas do empresário sujeito a registro, servientes à tutela do crédito, aqui são igualmente cabíveis.

Entre nós, o professor Waldírio Bulgarelli ensina que a empresa agrária atinge certo grau de desenvolvimento e passa naturalmente para o âmbito empresarial comum, geralmente através da adoção da forma de sociedade anônima, tipo societário que a comercializa obrigatoriamente (DE-MATTIA, 1995, p. 152).

Postas tais premissas, partindo-se à análise do artigo 971, do Código Civil, que estatui que o empresário rural será equiparado ao empresário sujeito a registro caso opte pela inscrição no Registro Público

de Empresas Mercantis, nota-se que a redação do artigo, confusa, na verdade se presta a tratar dos efeitos decorrentes dessa opção. Com efeito, a inscrição do empresário rural é uma questão de definição de natureza jurídica, e não de caracterização da atividade como empresária. Nas palavras de Pinheiro:

Portanto, quem exerce empresa agrária é economicamente um empresário, mas, juridicamente, somente o será caso opte *sponte sua* em se registrar na junta comercial. Há que se interpretar as menções a *empresário* e *empresário rural* contidas, respectivamente, nos arts. 971 e 984 do Código Civil, como sendo remissões ao conceito econômico de empresário (e não à *fattispecie* empresário) (2010, p. 84-85, grifos do autor).

Em melhor síntese, Martins (2019, p. 246) aponta que “[...] o conceito de empresário afeto à atividade rural se apresenta em duas facetas distintas: a econômica e a jurídica, as quais são complementares, porém, não necessariamente decorrerão uma da outra”. Ainda nessa linha, o mesmo autor sustenta a importante consequência prática desse raciocínio, qual seja, a regularidade do exercício das atividades exercidas pelo empresário produtor rural tendo ele se inscrito ou não na Junta Comercial. Em suas palavras, “tendo em conta o tratamento diferenciado outorgado pela lei ao empresário rural, para quem o registro na Junta Comercial é ato de escolha, impossível aferir que, na ausência desse registro, suas atividades estariam sendo exercidas de forma irregular” (2019, p. 251).

CONCLUSÃO

Na primeira fase do Direito Empresarial, denominada fase objetiva, em que as normas do comércio eram elaboradas e aplicadas pelas corporações mercantis do período medieval, as atividades agrícolas não estavam abrangidas no espectro de incidência das normas corporativas. Naquela época, os estatutos previam a jurisdição da corporação restrita às questões de negócios comerciais, entendidos como compra de mercadorias para a revenda e sucessiva revenda.

O *Code Commerce* francês, de 1808, inaugurou a segunda fase do Direito Empresarial, a fase objetiva, em que estavam sujeitas à jurisdição desse ramo as atividades elencadas em um rol específico e limitativo, os denominados atos de comércio. Nesse sistema, como no anterior, não estavam abrangidas as atividades de agricultura e pecuária.

O ordenamento jurídico brasileiro, com a aprovação do Código Comercial de 1850, inspirado no *Code Commerce* de 1808, passou a adotar a teoria dos atos de comércio para delimitar o âmbito de incidência das normas do então Direito Comercial, e, à cargo do Regulamento nº 737, de 25 de novembro de 1850, ficou a incumbência de elencar, em rol exemplificativo, as atividades regidas por aquele novo código. Nesse período, em regra, as atividades agrárias não eram compreendidas no campo de incidência das normas do comércio, realidade que mudou somente a partir do Decreto-lei 2.627/1940, que passou a permitir a sujeição de empresas agrárias às normas do Direito Comercial, desde que constituídas sob a forma de sociedades anônimas.

A fase subjetiva moderna, o terceiro e atual estágio do Direito Empresarial, surgiu positivada em 1942, com a promulgação do *Codice Civile* italiano, que absorveu o conceito econômico de empresa para delimitar o âmbito de incidência das normas empresarialistas. Nesse sistema, passou a ser considerado sujeito de direito das normas do Direito Empresarial aquele que exercesse atividade econômica organizada para o fim da produção ou da troca de bens e serviços, ou seja, o exercente de atividade que fosse organizada conforme os fatores de produção conhecidos pela economia, quais sejam, trabalho, natureza e capital. O *Codice Civile*, entretanto, estipulou regramentos diferentes para os empresários do comércio e os empresários agrícolas, conferindo a estes últimos nítido tratamento favorecido em função de fatores históricos de evolução da atividade rural.

Assim como em outros países de tradição romanística, no Brasil, os esforços para atualização das normas de comércio foram profundamente influenciados pela teoria de empresa, tida como mais moderna e adequada que a dos atos de comércio. Assim, com o Código Civil de 2002 tal propósito logrou sucesso, uma vez que positivado, por meio de seu artigo 966, que empresários são aqueles que exercem profissionalmente atividade econômica organizada para a produção e circulação

de bens ou de serviços. Na esteira de favorecimento do exercente de atividade agrária, assim como fez o *Codice Civile*, ficou estatuído no artigo 971 que referidos empresários, diferentemente dos demais, não têm a obrigatoriedade de procederem à inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis mas que, caso optem por tal providência, passam a integrar o regime jurídico empresarial e se sujeitam a todas as obrigações e prerrogativas dele inerentes.

Assim sendo, em síntese, aquele cuja principal atividade seja rural é considerado empresário, por força da adoção expressa da teoria da empresa, mas este somente estará sujeito às obrigações e poderá fruir das prerrogativas da norma específica caso opte pelo registro. Esse raciocínio importa para compreender que, diferentemente do empresário sujeito a registro, o exercício da atividade pelo produtor rural, sem tal providência, ainda assim é considerado regular.

REFERÊNCIAS

ÁLVARES, Walter Tolentino. *Direito Comercial*. 3. ed. São Paulo: Sugestões Literárias S/A, 1971, 1v.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *D.O.U. de 11 jan. 2002*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 10 jan. 2020.

_____. Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1850. Determina a ordem do Juízo no processo Commercial. *Coleção de Leis do Império do Brasil – 1850*. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-737-25-novembro-1850-560162-publicacaooriginal-82786-pe.html>. Acesso em: 15 maio 2019.

_____. Lei nº 556, de 25 de junho de 1850. Código Commercial. *C.L.B. de 1850*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l0556-1850.htm. Acesso em: 15 maio 2019.

_____. Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964. Dispõe sobre o Estatuto da Terra, e dá outras providências. *D.O.U. de 30*

nov. 1964, retificado em 17 dez. 1964 e retificado em 6.4.1965. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14504.htm. Acesso em: 19 maio 2019.

CAMPOBASSO, Gian Franco. *Diritto Commerciale: Diritto dell'impresa*. 7. ed. Torino: UTET Giuridica, 2013.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial: direito de empresa*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 1v.

DE-MATTIA, Fábio Maria. Empresa agrária e estabelecimento agrário. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 90, p. 133-164, 1 jan. 1995.

FRANÇA. *Code de Commerce*. 5. ed. Paris: Libraires-Éditeurs, 1808.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Parecer jurídico. *Autos do Agravo de Instrumento nº 2005580-50.2018.8.26.0000*. São Paulo: Tribunal de Justiça de São Paulo, n.p., 30 jun. 2016.

ITÁLIA. Regio Decreto de 16 marzo 1942. Approvazione del testo del Codice civile. ROMA: *Atti del Governo, registro n. 443, foglio n. 53*. Disponível em <https://www.normattiva.it/uri-res/N2L-s?urn:nir:stato:regio.decreto:1942-03-16;262>. Acesso em: 10 jan. 2020.

LOUREIRO, Antônio José da Silva. *Código Mercantil da França: traduzido do francez, e oferecido ao Muito Alto e Muito Poderoso Senhor D. Pedro I., Imperador Constitucional e Defensor Perpétuo do Império do Brasil*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1825.

MARCONDES, Sylvio. *Problemas de Direito Mercantil*. São Paulo: Max Limonad, 1970.

MARTINS, Paola Pereira. A casuística da recuperação do produtor rural. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, v. 1009, n. 108, p. 239-260, nov. 2019.

PASSOS, Edilenice; LIMA, João Alberto de Oliveira. *Memória Legislativa do Código Civil*. Brasília: Senado Federal, 2012. 1v.

PINHEIRO, Frederico Garcia. *Empresa Agrária: Análise jurídica do principal instituto do Direito Agrário contemporâneo no Brasil*. 2010. 218 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais Aplicadas - Direito), Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2010. Disponível em: <http://repositorio.bc.ufg.br/tede/handle/tde/1488>. Acesso em: 5 fev. 2020.

ROCCO, Alfredo. *Princípios de Direito Comercial: parte geral*. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1934.

SCAFF, Fernando Campos. *Aspectos Fundamentais da Empresa Agrária*. São Paulo: Malheiros, 1997.

BENS DIGITAIS E SUAS SUCESSÕES LEGÍTIMAS: UM DESAFIO PARA O DIREITO BRASILEIRO

Lúcia Silva costa Nascimento

1. INTRODUÇÃO

As transformações que a sociedade contemporânea vem experimentando no setor científico e tecnológico, provocou mudanças estruturais que alterou as relações humanas, conseqüentemente, trouxe muitos desafios ao direito. É fato que a legislação atual ainda não conseguiu acompanhar o desenvolvimento digital. A esse ponto Paulo Nader menciona que “*as instituições jurídicas são inventos humanos que sofrem variações no tempo e no espaço. Como processo de adaptação social, o Direito deve estar sempre se refazendo, em face da mobilidade social*”. (NADER, 2019, p.18)

Especialmente no campo do Direito Privado, existe inúmeras discussões sobre as lacunas geradas pela digitalização e a criação de novas lides que a lei ainda não alcança. O Direito das Sucessões é uma das áreas que vem traçando intensos debates sobre a transmissão da chamada heranças digitais.

E o presente trabalho visa abordar as implicações trazidas por essa nova categoria sucessória, pois agora o *de cuius*, não deixa apenas bens físicos, é possível encontrar também um patrimônio virtual. Entretanto, é necessário analisar o que se configura como acervo digital, a viabilidade de uma herança sobre bens virtuais, assim como

os direitos e obrigações resultantes dos serviços digitais utilizados pelo falecido.

Para isso, é necessário analisar as mudanças sociais que emergem uma nova legislação que solucione os conflitos trazidos pela interferência digital nas relações humanas. Bem como será abordado o conceito de bem digital, suas modalidades e suas possíveis formas de sucessão no contexto atual. Além de apresentar as discursões doutrinárias pertinentes.

2. A SOCIEDADE DIGITAL

As leis que antes eram apenas normas morais ou religiosas, na forma oral, passaram ao longo de inúmeros anos por diversas alterações, desde os primeiros códigos escritos na antiguidade até o século XXI. Para Paulo Nader (2019), quando a sociedade era menos complexa manifestava-se a necessidade de ordenações que reunissem os preceitos vigentes em apenas poucas leis, como o Código de Hamurabi, a Legislação Mosaica, a Lei das XII Tábuas e várias outras. Mas aos poucos esses códigos foram sendo substituídos ou alterados. Na atualidade não é diferente, a evolução científica, o avanço da tecnologia, a necessidade de atender os múltiplos interesses e o surgimento de vários conflitos exigem alteração legislativa. Nas palavras do autor “ para que o Direito não se revele impotente diante dos novos fatos é indispensável que se atualize pelo processo renovado de elaboração de leis”. (NADER, 2019, p.195).

Os novos hábitos de consumo e as recentes inovações tecnológicas mudaram drasticamente a forma de relacionamento pessoal e comercial, cada dia aumenta o número de pessoas que têm acesso à internet e fazem tudo por meio das mídias digitais. Segundo dado da Pesquisa Nacional Por Amostra de Domicílio (PNAD) Contínua, referente à tecnologia da informação e comunicação (TIC) de 2017, feita pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o percentual de domicílios que utilizavam a Internet entre 2016 para 2017 subiu de 69,3% para 74,9%, representando uma alta de 5,6 pontos percentuais. Além disso, a presença dos celulares por domicílio aumentou, passando

de 92,6% para 93,2%, mas não por acaso, já que o acesso à Internet através do celular que antes era de 94,6% agora também aumenta para 97,0%. (BRASIL, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística).

Portanto, é perceptível que a sociedade está inteiramente voltada à tecnologia informatizada, seja para serviços comerciais, com um novo modelo de negócios jurídicos virtuais, seja para comunicação social por meio de sites e redes sociais interativas. É muito comum que as pessoas utilizem seu e-mail, ou criem contas para a realização de compra via lojas virtuais, como por exemplo, as que ocorrem no Mercado Livre ou nos demais sites de vendas. É possível também a criação de conta para a realização de transações bancárias, a exemplo da Internet Bank ou até mesmo para realizar compras on-line de modo mais seguro utilizando os serviços prestados pela UOL ou PagSeguro.

Nesse contexto, observa-se que os usuários da internet deixam uma série de bens digitais ao longo de sua vida. Juliana de Almeida em sua tese de doutorado sobre o testamento digital, menciona que o acervo digital pode incluir bens de caráter infungíveis e afetivos, refletindo aspectos de personalidade do proprietário, tais como perfis em redes sociais, entre outras coisas. Até mesmo de caráter econômico, como uma conta para vendas em sites como Mercado Livre ou “e-bay”, nomes de domínio, contas em “Itunes” ou “Spotify”, licenças de e-books, vídeos, livros, músicas ou até mesmo a moeda virtual, o “bticono”. (ALMEIDA, 2019, p.20). Por isso é indispensável observar qual a destinação desses bens quando houver o óbito do seu proprietário, de que modo será transmitida a propriedade e a quem pertencerão os bens.

3. BENS DIGITAIS

Não há na legislação vigente uma definição exata de bem digital. Todavia, no que consiste a ideia de bem tutelado pelo direito, o mestre **Álvaro** de Azevedo (2019, p.145) aduz que é “a coisa que pode ser apropriada pela pessoa, por ser útil ou interessar a esta, que manifesta o desejo de tê-la em seu patrimônio”. O Código Civil Brasileiro disciplina sobre os bens no seu Livro II, entre os arts. 79 e 103, quais os classificam como: móveis e imóveis; bens fungíveis e infungíveis;

bens singulares e coletivos; bens públicos. Por continuidade, o civilista Bruno Lacerda (2017, p.58) define conteúdo digital, como qualquer seguimento de informação digital, podendo envolver um texto, uma imagem, um som, postado ou compartilhado por meio de ambiente digital, cujo bem digital seria o gênero que incorpora um conteúdo.

No mesmo sentido, trazendo um conceito internacional sobre o assunto, a estudiosa Elizabeth Sy, defini que um bem digital, ou nas palavras dela ativo digital, é qualquer item de texto ou mídia que tenha sido configurado em formato binário, fonte que inclui o direito de usá-lo. Em outras palavras, os ativos digitais compreendem qualquer informação criada que exista em formato digital, on-line ou em um dispositivo de armazenamento eletrônico, incluindo as informações necessárias para acessá-los. (SY, 2016, p.4, tradução nossa)

Diante dos conceitos supracitados, descrevem-se bens digitais como uma espécie de bem imaterial sujeito à apropriação econômica, afetiva e/ou informacional. Outrossim, para Lacerda, os bens digitais apresentam um contexto mais complexo que os bens jurídicos convencionais, vez que a classificação do primeiro não pode se dividir em duas categorias: Bens digitais patrimoniais e bens digitais essências, ao mesmo tempo, que um único bem digital pode trazer conjuntamente ambas características. (LACERDA, 2017, p.58)

Entende-se por bens digitais patrimoniais aqueles que a informação inserida em rede seja capaz de gerar repercussões econômicas imediatas, qual será conferido o status de bem tecnodigital patrimonial (RAMOS, 2017, p.62). Em palavra mais simples, é todo bem que dote de interesse comercial, e traga consigo um valor significativo para a tabela econômica. Trago como exemplo, músicas, vídeos, e-books, jogos eletrônicos, dentre outros.

Por conseguinte, destaca-se que existem diversos sites que atuam em venda e divulgação de produtos:

sites como o iTunes e Google Play Music propociona a oportunidade de compra de mídias digitais, como músicas e filmes, as quais, uma vez adquiridas, passam a integrar a conta virtual do usuário, que pode acessá-las por tempo ilimitado, quando e onde desejar. Do mesmo modo, os domínios de internet, ou

seja, os sítios eletrônicos também detêm valor econômico, pois, embora não constituam a marca do site, realiza ampla divulgação do meio virtual, motivo pelo qual são constantemente vendidos a valores exorbitantes (BARBOSA, 2017, p.40)

Outro exemplo que não se pode perder de vista, quanto patrimônio digital, são as “bitcoins”, moedas virtuais que equiparadas às moedas oficiais de países, detêm mecanismos de segurança próprios garantidos por algoritmos matemáticos complexos, os quais lhe conferem alto grau de confiabilidade entre os usuários da internet.

Já os bens existenciais, segundo Lacerda, são bens que trazem direito da personalidade do indivíduo, revelam uma identidade virtual, que pelo princípio da dignidade humana, cabe sua proteção. Assim vejamos, nas palavras do autor:

A dignidade humana, assim como a pessoa e sua personalidade serão projetadas dentro desta perspectiva de um corpo eletrônico. Quando os bens da personalidade se manifestarem de alguma maneira neste já não tão novo mundo digital, há que se reconhecer que, na linha do que se está a defender, devam ser denominados de bens digitais existenciais(...)quando a informação inserida na rede mundial for capaz de gerar repercussões extrapatrimoniais, há que se entender que ela será um bem tecnodigital existencial. A informação sem repercussão econômica poderá solicitar a proteção aos direitos da personalidade, nos termos expostos e aceitos por nosso ordenamento jurídico (LACERDA, 2017, p111-112)

Diante do conceito acima, infere-se que um claro modelo de bens existenciais seria as informações contidas em um perfil de rede social, tais como, conversas, fotos ou qualquer outro ídem de caráter íntimo.

Por fim, menciona-se ainda os Bens digitais patrimoniais-existenciais que são aqueles que envolvem, a um só tempo, questões de cunho econômico e existenciais, por exemplo, os blogs e perfis de redes sociais que, embora pessoais, sejam monetizados e gerem algum tipo de renda proveniente de anúncios, como nos canais do YouTube, no qual pessoas de diversas idades, ganham muita po-

pularidade, alcançam mais sucesso de vendas que artistas musicais. (RAMOS, 2017, p. 64)

Diante do exposto, os bens digitais são bens imateriais, alguns apreciáveis economicamente e outros sem conteúdo econômico a depender da relação jurídica a qual se refere. Pode-se afirmar que uma conta em rede social trata-se de um bem digital existencial. Contudo, se esse conjunto de informações traçarem o perfil dos consumidores para prover apreciação econômica ou até mesmo ser cedido de forma onerosa a terceiros, caracteriza-se a modalidade mista, patrimonial e existencial.

4. A SUCESSÃO HEREDITÁRIA DE BENS DIGITAIS

O direito hereditário é garantia constitucional elevado à condição de direitos humanos, disposto no artigo 5º, inciso XXX da Carta Magna de 1988, assegurando a todos, sem distinção, o direito de adquirir por sucessão o patrimônio deixado por alguém em razão de seu falecimento, nos termos da lei. Mais especificamente no Código Civil de 2002 a sucessão hereditária é regulamentada entre o artigo 1.784 ao artigo 2.027 da referida legislação.

Arnaldo Rizzaerdo define a sucessão como um modo especial de aquisição, qual consistente na transmissão dos bens de uma pessoa falecida a outra ou outras pessoas que estão vivas. Apesar de que, existe sucessão entre vivos, mas quando se trata de sucessão hereditária, torna-se sinônimo de herança, em que caberá aos seus legítimos herdeiros o conjunto dos direitos e obrigações correspondentes. (RIZZAERDO, Arnaldo. 2018. p.1).

E a sucessão hereditária poderá ocorrer de duas maneiras, como descreve o jurista Roberto Gonçalves, a sucessão pode ser legítima (*ab intestato*) ou testamentária (art. 1.786 do CC). A primeira decorre conforme o termo da lei, já a segunda, dá-se por meio da declaração de última vontade, ou seja, de testamento ou codicilo. Assim, com o falecimento da pessoa, sem testamento, a herança é passada aos seus herdeiros que são expressamente indicados na lei (art. 1.829), de acordo com uma ordem preferencial (ordem da vocação hereditária). Por essa razão, a sucessão legítima representa a vontade presumida do *de cuius* de

transmitir conforme a previsão legal, pois se não fosse essa a intenção, teria deixado expressa em testamento (GONÇALVES, 2017. p.15).

Apesar de hoje não apresentar nenhuma legislação que regule ou mencione a sucessão de bens digitais, por outro viés, a norma jurídica possibilita o sucessão dos referidos bens por meio de testamento.

4.1. Sucessão Por Testamente

A sucessão testamentária decorre do registro da manifestação de ultima vontade do falecido, determinada em testamento ou codicilo. Liberdade assegurada ao proprietário, limitada apenas pelos direitos dos herdeiros necessários, constitui, neste caso, a causa necessária e suficiente da sucessão. Tal espécie, permite a instituição de herdeiros e legatários, que são, respectivamente, sucessores a título universal e particular. (GONÇALVES, 2017, p.74)

Diferente da atual legislação que trata da sucessão legítima, quando se refere à disposição de ultima vontade, testamento, o falecido não está limitado ao patrimônio, conforme prevê o **parágrafo 2º** do artigo 1.857, caput do Código Civil: “São válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado”.

Neste sentido, o civilista contemporâneo Flávio Tartuce conceitua, in verbis:

(...) pode-se definir o testamento como um negócio jurídico unilateral, personalíssimo e revogável pelo qual o testador faz disposições de **caráter patrimonial ou extrapatrimonial**, para depois de sua morte. Trata-se do ato sucessório de exercício da autonomia privada por excelência (...). Em outras palavras, o objeto do testamento pode ser existencial, relacionado à tutela da pessoa humana, e aos direitos da personalidade, aqueles inerentes à pessoa humana, no sentido de serem originário. (TARTUCE, 2019, p.382, grifo nosso).

Deste modo, fica evidente que é possível atribuir outras funções por meio de um testamento, há esses sentido, tal qual é necessário res-

saltar os termos do art. 62 do Código Civil qual prevê que das Fundações pode ser criada por declaração de última vontade, no testamento, nele também é possível instituir Bem de Família Convencional, conforme o art. 1.711 do referido código.

Em consonância, como forma de interpretação extensiva Flávio Tartuce, mencionando o estudo de um civilista contemporâneo que em 2006, expõe à viabilidade de elaboração de um novo tipo de testamento, ainda pouco estudado, qual ele define como testamento afetivo, cujo tem o intuito determinar a curadoria dos dados dos usuários da internet, com a manutenção de perfis das redes sociais das pessoas falecidas. Mas para Tartuce, isso não se limita ao caráter afetivo de conservar a memória do falecido, pelo viés tecnológico, agora pode se falar no testamento digital, com a atribuição de direcionar os bens acumulados ao longo da vida no âmbito virtual.(TARTUCE, 2019, p.46)

Observe-se que no direito brasileiro o testamento não tem a função de apenas regular a cessão de direitos patrimoniais a herdeiros e legatários, mas permite também que o testador exerça outras vontades de cunho meramente existencial. Nesse sentido, a possibilidade de um testamento que envolva os bens digitais, não encontra interferência pelo ordenamento jurídico brasileiro. (ALMEIDA,2017,p.61) Em contra partida, a possibilidade de tutelar os bens digitais em testamento, não soluciona todas as possíveis lides sobre o tema. Isso porque, muitas pessoas vêm a óbito, sem elaborar testamento ou codicilo. Ademais, a verdade é que os brasileiros não possuem o costume de elaborar testamentos.

Nas lições de Tartuce, existem diversos fatos que influenciam o afastamento testamentário do hábito nacional. O primeiro deles é a falta de patrimônio para dispor, mesmo com a melhora do nível econômico do brasileiro médio, há poucos que consideram ter um conteúdo relevante para ser objeto testamentário. O segundo aspecto, é o conhecido “medo da morte” que provoca a fuga dos mecanismos de planejamento sucessório, do mesmo modo, que não buscam antecipadamente o lugar destinado ao nosso túmulo ou sepultura, nem declara, em escala significativa, o desejo a doação de órgãos a serem utilizados após a morte. Além de que o brasileiro não é muito afeito a planejamentos, movido socialmente pelo popular “jeitinho” e deixando a resolução de

seus problemas para a “*última hora*”. O terceiro aspecto que pode ser citado é a existência de custo e formalidade para elaborar o testamento, principalmente, se realizada a opção pela modalidade pública, perante o Tabelionato de Notas, que é a opção mais certa e segura. (TARTUCE, 2019, p 389)

Outro problema que precisa ser levando em consideração são os provedores e administradores de serviço de internet, que guardam as informações no prazo máximo de doze meses, e o processo judicial de inventário para autorização judicial de acesso à informação do falecido, costuma perdurar anos, sendo raramente inferior ao tempo resguardado pelo provedor (SANTOS; CASTIGLIONI, 2018, p106). Nesse contexto, existe de fato uma solução para salvaguardar os bens digitais e transmiti-los via testamento, porém na prática isso pouco se realiza.

4.2 Da Possível Sucessão Legítima.

O Código Civil, em seu art. 1.788. “Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento(...)”. Em suma, quando a sucessão dá-se em virtude da lei, chama-se de sucessão legítima cabe a ela todos os bens do falecido que não estão dispostos em testamento, cuja transmissão dos bens deve ser feita pela ordem de vocação hereditária. Ordem essa, compreendida no do art. 1.829 do CC. Sucede, na sequência dos incisos: I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III - ao cônjuge sobrevivente e o inciso IV - aos colaterais.

Nesse cenário, vislumbra-se que todos os bens, na ausência de testamento devem ser transmitidos aos seus legítimos herdeiros, segundo a ordem estipulada por lei. Sendo assim, por meio de uma interpretação extensiva na norma, na concepção de Lacerda (2017, p.74), havendo bens integrantes do patrimônio digital, o direito de propriedade dos bens digitais deveria gozar das mesmas faculdades jurídicas existentes para a proprieda-

de de roupagem tradicional, previstas no art. 1228 do Código Civil. E o proprietário exerceria a faculdade de dispor, fornecê-lo a terceiros, aliená-lo, logo não caberia nenhum óbice à sucessão, ressalvo apenas quanto às questões de direito a personalidade, sobre os bens existenciais.

Ainda assim, não existe uma segurança jurídica nesse aspecto, vez que o art. 1.786 do CC expressa que “A sucessão dá-se por lei (...)”. Na medida em que não se tem regulamentação específica a respeito da sucessão à herança digital e ainda não há uma quantidade significativa de julgados sobre o tema, portanto, não encontra-se um entendimento jurisprudencial seguro, necessitando ao direito à criação de uma nova lei, que assegure a legítima sucessão de bens digitais.

De fato, o tema vem sendo regulamentado pelos próprios provedores dos sites, cada um apresenta soluções diversas para na hipótese de falecimento do titular da conta. Trata-se de uma regulamentação por meio de contrato, entretanto, as possibilidades e limites da pretensão dos herdeiros passam a depender, por um lado, dos termos de uso, por outro, de como o sistema foi programado. Isto é, depende do provedor permitir ou não o acesso, uso ou modificação por qualquer outra pessoa, além do titular falecido.

5. SOLUÇÕES LEGISLATIVAS PARA A SUCESSÃO DIGITAL.

Analisando todo arcabouço jurídico, percebemos que nem mesmo as leis que tratam das relações de direito digital, inclusive, a nova Lei de Proteção de Dados Pessoais (Lei 13.709/18), que entrou em vigor em 2020 para alterar o Marco Civil da Internet (Lei 12.965/14), menciona sobre a sucessão de bens digitais. É impossível não se questionar como, sem a devida previsão legal, haverá respaldo para a proteção da herança digital no conceito no mundo dos fatos e o que ocorrerá com todo o patrimônio digital depois que usuário morre?

Sobre o tema, tramitam no Congresso Nacional projetos de lei que pretendem discipliná-lo no âmbito da sucessão legítima. O primeiro a ser mencionado é o Projeto de Lei 4.847, de 2012, que pretende incluir três novos artigos, do art. 1.797-A ao 1.797-C do Código Civil. Destacam-se as inovações desses artigos:

O caput do art. 1.797-A conceituará “herança digital defere-se como o conteúdo intangível do falecido, tudo o que é possível guardar ou acumular em espaço virtual”, incluindo como rol exemplificativo os incisos: “I – senhas; II – redes sociais; III – contas da Internet; IV – qualquer bem e serviço virtual e digital de titularidade do falecido”. Em seguimento, o art. 1.797-B, propõe caso o falecido tinha capacidade para testar, e não o fez, a herança será transmitida aos herdeiros legítimos. Por fim, o art. 1.797-C determina que cabem aos herdeiros a responsabilidade, conforme os incisos: I – definir o destino das contas do falecido; a) transformá-las em memorial, deixando o acesso restrito a amigos confirmados e mantendo apenas o conteúdo principal ou; b) apagar todos os dados do usuário ou; c) remover a conta do antigo usuário”.

Ainda tramita na Câmara dos Deputados o PL 7.742/2017, qual visa incluir um art. 10-A no Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014), com a seguinte disposição:

Art. 10-A. Os provedores de aplicações de internet devem excluir as respectivas contas de usuários brasileiros mortos imediatamente após a comprovação do óbito.

§ 1º A exclusão dependerá de requerimento aos provedores de aplicações de internet, em formulário próprio, do cônjuge, companheiro ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive.

§ 2º Mesmo após a exclusão das contas, devem os provedores de aplicações de internet manter armazenados os dados e registros dessas contas pelo prazo de 1 (um) ano, a partir da data do óbito, ressalvado requerimento cautelar da autoridade policial ou do Ministério Público de prorrogação, por igual período, da guarda de tais dados e registros.

§ 3º As contas em aplicações de internet poderão ser mantidas mesmo após a comprovação do óbito do seu titular, sempre que essa opção for possibilitada pelo respectivo provedor e caso o cônjuge, companheiro ou parente do morto indicados no caput deste artigo formule requerimento nesse sentido, no prazo de

um ano a partir do óbito, devendo ser bloqueado o seu gerenciamento por qualquer pessoa, exceto se o usuário morto tiver deixado autorização expressa indicando quem deva gerenciá-la.

Entende-se que ambos os projetos atribuem à família a opção de escolher o futuro dos bens do falecido. Ressalta-se que na segunda proposta, determina o prazo de arquivo pelos provedores de até 01 (um) ano.

Enfim, pontuamos, a observação feita pelo civilista Flávio Tartuce, ainda que os projetos de lei não tenham mencionado, a nova Lei de Proteção dos Dados Pessoais (Lei n. 13.709/ 2018), tem a preocupação de proteger os dados e informações comercializáveis das pessoas naturais, inclusive nos meios digitais, e objetiva-se garantir os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade. É preciso diferenciar os conteúdos digitais envolvem a tutela da intimidade e da vida privada da pessoa daqueles conteúdos que não fazem parte, para atribuir a herança digital aos herdeiros legítimos, na medida do possível. Entende-se que os dados digitais que dizem respeito à privacidade e à intimidade da pessoa não devem ser revelados, ainda que com a morte. (TARTUCE, 2019, p.49)

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A situação atual no Brasil é de insegurança jurídica, na medida em que não se tem regulamentação específica a respeito da sucessão à herança digital, bem como, não há jurisprudência segura que solucione esse tema. Deixando a indagação “o quê ocorrerá com todo o patrimônio digital depois que o usuário morre” sem resposta.

Entretanto, tendo em vista o princípio da patrimonialidade que norteia o direito das sucessões, os bens virtuais merecem ser incluídos no conceito de herança, uma vez que, integram o patrimônio do indivíduo reconhecendo tanto ambiente virtual, quanto no mundo não virtual, são composto por aspectos nitidamente econômicos de caráter patrimonial, tal como outros de feições ligadas ao interesse da personalidade.

Cabe esclarecer, que os bens digitais podem, ou não, apresentar conteúdo patrimonial. É patrimonial quando dele pode se auferir lu-

cro, quando detém valor econômico e existencial quando revela uma identidade virtual, neste último é preciso ressaltar o princípio da privacidade, que resguarda a intimidade do indivíduo. Portanto, os bens digitais que contenham conteúdo econômico fazem parte do patrimônio e deve ser transmitido. Já os bens digitais que contêm somente conteúdo existencial, não haverá transmissão.

Outrossim, os únicos meios de transmissão garantidos, até hoje, é a disposição de última vontade, em testamento ou codicilo. Além disso, pelos próprios provedores dos sites, criam suas próprias políticas de uso e tratamento, por meio de contratos de adesão, nos quais, a única opção do usuário é aderir ou não a essa política para poder fazer uso da plataforma digital, sem que esse possa discutir ou afastar as cláusulas contratuais que considerar inadequadas.

Nesse contexto, a rede mundial de computadores tem servido, cada vez mais, como fonte de distração, trabalho, comercialização de produtos, publicidade, e movimentação financeira, inclusive se recebe remuneração por meio de plataformas virtuais. É tendencioso, diante do número e a diversidade dos bens digitais, aumentar a proteção jurídica, relativo a eles e suas transmissões sucessórias. Por isso, cabe ao direito o desafio de se moldar à velocidade do mundo digital.

REFERÊNCIAS:

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil: teoria geral do direito civil : parte geral 2.** Edição, São Paulo, Saraiva Educação, 2019.

ALMEIDA, Juliana Evangelista de. **Testamento Digital: como se dá a sucessão dos bens digitais.** [recurso eletrônico]/ Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2019.

BARBOSA, Larissa Furtado. **A Herança Digital na Perspectiva dos Direitos da Personalidade: A Sucessão dos Bens Armazenados Virtualmente.** Monografia, Fortaleza 2017. Disponível em: <http://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/29403/1/2017_tcc_lfbarbosa.pdf> Acesso em: 30 de mar. de 2020

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto De Lei Nº 4099, de 2012. Disponível em: < <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=548678>> Acesso em: 01 de abr. de 2020

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto De Lei Nº 7742, de 2017. Disponível em: < <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2139508>> Acesso em: 01 de abr. de 2020

GONÇALVES, Roberto, C. **Coleção Sinopses jurídicas, v. 4 – Direito das sucessões**, 18ª edição. São Paulo, Saraiva, 2017.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2017. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios: tecnologia da informação e comunicação. Brasil: **IBGE**.

Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/23445-pnad-continua-tic-2017-internet-chega-a-tres-em-cada-quatro-domicilios-do-pais>> acessado em: 30 de mar. de 2020

LACERDA, Bruno Torquato Zampier. **Bens digitais** – Indaiatuba, Editora Foco Jurídico, 2017.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**, 41ª edição. Rio de Janeiro, Forense, 2019.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**, 10ª edição Rio de Janeiro: Forense, 2018.

RAMOS, Lucas Cotta De. **Herança Digital: Sucessão Do Patrimônio Cibernético**. Monografia, Caratinga, 2017. Disponível em: <<http://dspace.doctum.edu.br/bitstream/123456789/337/1/MONOGRRAFIA%20-%20LUCAS%20COTTA.pdf>> acessado em: 30 de mar. de 2020

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil - Vol. 6 - Direito das Sucessões, 12ª edição*. Rio de Janeiro; Forense, 2019 .

SANTOS, Everton Silva; CASTIGLIONI, Tamires Gomes da Silva. **Herança Digital: A Transmissão de Bens Virtual**. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/330975185_HERANCA_DIGITAL_A_TRANSMISSAO_DE_BENS_VIRTUAL> acessado em 29 de mar 2020

SY, Elizabeth (2016) “**The Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act: Has the Law Caught up with Technology?**,” *Touro Law Review*: Vol. 32 : No. 3 , Article 7.

Disponível em: <<https://digitalcommons.tourolaw.edu/lawreview/vol32/iss3/7>> acessado 31 mar 2020.

O VALOR DO PACTO ANTENUPCIAL ÀS PESSOAS IDOSAS QUE SÃO OBRIGADAS A CASAR PELO REGIME LEGAL OBRIGATÓRIO

Emerson Carlos Rodrigues

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 reconhece a entidade familiar, base da sociedade com especial proteção do Estado. Partindo dessa diretriz, a própria Constituição de forma clara e objetiva, preceitua a família como instituição privada que, livremente constituída por pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação de sua diversidade de significações.

Na atualidade, vivenciamos o processo de envelhecimento da população brasileira como uma realidade incontestável. A mudança marcada no padrão demográfico, associada à maior longevidade, induz aos nubentes a repensarem drasticamente para pactuarem, antes do casamento, o melhor regime de bens que rege as relações patrimoniais de seu casamento.

O artigo tem como problema: o pacto antenupcial, condicionado ao casamento, pode afastar a incidência da súmula 377 do STF de forma que a pessoa idosa mantém a incomunicabilidade dos bens?

O objetivo geral é demonstrar a importância do pacto antenupcial aos nubentes à luz da autonomia decorrente de plena liberdade na escolha do regime de bens. E os objetivos específicos foram: levantar

dados sobre os diversos regimes de bens e conhecer sobre a obrigatoriedade do regime da separação legal de bens no casamento e a incidência súmula 377 do STF.

O método de pesquisa utilizado será o indutivo. O procedimento de pesquisa adotado será a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. O estudo será realizado por intermédio da busca, seleção, leitura e análise crítica em estudos de revisões bibliográfica, legislativa, jurisprudencial, artigos em periódicos especializados e publicações de dissertações e teses.

A justificativa para este trabalho inicia, basicamente, do correto exercício da autonomia da vontade, de tal maneira que os nubentes elegem as finalidades que desejam alcançar, contando que tais finalidades ou meios não sejam proibidos pelo Direito.

Começando, pois, desse tema-problema (afastamento da aplicação sumular por pacto antenupcial e o correto exercício da autonomia privada que lhe corresponde), o estudo apresenta a seguinte hipótese de solução para o afastamento da súmula 377 STF quanto à questão:

a) O pacto antenupcial, lavrado em escritura pública, condicionado ao casamento, pode afastar o teor da súmula 377 do STF por não ser um conteúdo de ordem pública e sim matéria de ordem privada.

Para discutirmos essa temática recorreremos a autores como: Donizetti e Quintella (2019), Gagliano e Pamplona Filho (2019), Dias (2017), Mendonça (2018), Leite (2018). De forma, que várias discussões sejam provocadas no sentido de pensarmos estratégias de mudanças, que venham conduzir a um eficaz mecanismo de planejamento familiar.

2. PACTO ANTENUPCIAL E SUA NATUREZA JURÍDICA

O pacto antenupcial é o instrumento, condicionado ao casamento, para a formalização jurídica da vontade das partes em relação à escolha do regime de bens que lhe aprouver. Dessa forma, os negócios jurídicos solenes são aquele que necessitam, para sua validade, a observância que se dá na forma prevista em lei.

É correto afirmar que o pacto tem natureza contratual. Logo, sabe-se que está sujeito a requisitos de existência, validade e deve obedecer

aos princípios da boa-fé e da função social. Cabe ressaltar que o Código Civil de 2002, no artigo 1.639, dispõe que é lícito aos nubentes, antes de celebrado do casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver prevendo o princípio da livre estipulação.

Assim, verifica-se que os nubentes são livres para estipular o que lhes aprouver, possibilitando a melhor escolha quanto ao regime de bens ou questões referentes ao casamento que melhor atender aos seus interesses. Constata-se, no entanto, os nubentes assumem a liberdade contratual sem a interferência estatal seguindo os princípios que con dizem com a ordem pública.

É importante reconhecer a previsão constante do artigo 1655, do Código Civil de 2002, refletindo de ser nulo o pacto que viola dispositivos legais. Nota-se que as estipulações do pacto antenupcial não podem trazer disposições em desacordo com a legislação, sob pena de torná-lo nulo total ou parcialmente. Gagliano e Pamplona Filho (2019, p. 352) mencionam sobre nulidade absoluta, “a exemplo do pacto que preveja renúncia de direito hereditário”.

O artigo 1.653, do Código Civil de 2002, estabelece: “É nulo o pacto antenupcial se não for feito por escritura pública, e ineficaz se não lhe seguir o casamento”. Pode-se dizer, que os nubentes farão a melhor escolha pelo regime de casamento que regerá o patrimônio particular ou do casal, através da escritura pública.

Além disso, a escritura pública condiciona a validade do pacto que deverá ser registrado no Cartório de Registro de Imóveis do domicílio dos nubentes. Loureiro (2016, p. 917) mostra, “A escritura pública de pacto antenupcial deve ser lavrada antes do casamento, mas o negócio jurídico somente produz efeitos com a realização do matrimônio”.

É ainda importante esclarecer que o pacto firmado em escritura pública, pelos cônjuges capazes (ou suprida casos de incapacidade por meios de representantes legais) e com cláusulas nos termos da legislação, não surte efeitos se o casamento não realizar.

Apesar da Lei 12.344 de 09 de dezembro de 2010, aumentou de 60 anos para 70 anos a idade que se tornar obrigatório o regime da separação obrigatória de bens. Ainda alguns autores defendem a possibilidade de lavratura de escritura pública de pacto antenupcial por maiores de 70 anos.

Tal condição determina livre-escolha do regime de bens aos que casam com mais de 70 anos. Antes do casamento, por meio de pacto antenupcial os noivos septuagenários têm o direito de escolher o regime jurídico que irá reger o patrimônio do casal durante o casamento.

É importante reconhecer, contudo, que o negócio jurídico consiste em uma condição suspensiva: o pacto antenupcial é válido quando submetido à forma pública com eficácia jurídica subordinada ao casamento. Se esta condição não for observada, o pacto, não tem efeito.

De fato, a lei exige que o regime de bens escolhido pelos nubentes tenha amplo alcance através do registro imobiliário. Mendonça (2018, p. 113) revela, “Além disso, se mostra necessário que os próprios funcionários dos Cartórios de Notas se atualizem, com o objetivo de informar adequadamente aos nubentes acerca do pacto antenupcial e seus vários aspectos”.

Nesse ponto, cumpre salientar a regra constante no artigo 1.657 do Código Civil, prevê a proteção dos direitos de terceiros e menciona apenas bens imóveis do casal. Para LÔBO (2011, p. 338) “A eficácia em face de terceiros do regime de bens, relativamente aos móveis, decorre integralmente do pacto antenupcial e do registro do casamento”. É certo que o legislador ao definir a forma pública como requisito de validade do negócio jurídico, torna importante a participação do notário.

Pode-se frisar que no pacto as partes podem disciplinar sobre a gestão patrimonial. Antes da celebração do casamento, os nubentes, podem estabelecer o que desejarem aos seus bens. O pacto restringe-se ao patrimônio particular e comum dos nubentes. Contudo, a lei permite a participação de terceiros no ato da lavratura do pacto antenupcial a fazerem doações de bens. Portanto, essa doação fica condicionada à ocorrência do casamento nos termos do artigo 546 do Código Civil de 2002.

Para a doutrina conservadora e a jurisprudência o pacto antenupcial é negócio jurídico de direito de família e seu propósito é regular o melhor regime patrimonial do casal. Não se admitindo outras disposições estranhas a esse propósito.

Na verdade, há uma nova tendência do pacto antenupcial ou contrato de convivência conter cláusulas existenciais. Tais cláusulas não po-

dem violar o princípio da dignidade da pessoa humana e nem outros princípios fundamentais. Nesse sentido é a lição de Dias (2017, p. 330): “Em face das terríveis distorções em sede de direito sucessório, alterando por completo, o desejo dos cônjuges, vem se popularizando o uso do pacto antenupcial como forma de contornar as incongruências da lei”.

Assim, nota-se que as cláusulas existenciais rompe com a tradição de não aceitar outras questões existenciais no pacto antenupcial. Resgatou-se uma nova interpretação do artigo 1.655 do Código Civil de 2002, assegurando aos nubentes o direito de escolher livremente sobre o patrimônio e questões de natureza não patrimonial para vigorar durante o casamento.

E é possível dizer que o pacto antenupcial não se preste unicamente para regulação de interesse patrimonial. Pode, sim, conter previsões de natureza pessoal, referente à vida do casal. Não obstante, à guisa de exemplo, no pacto pode ser estipulado a proibição de ser divulgado, em qualquer meio eletrônico, dados pessoais e privacidade do casal. Na lição de Dias (2017, p. 331) “não há qualquer restrição a que seja pactuado o pagamento de indenização por um dos cônjuges a favor do outro, por exemplo, em caso de infidelidade”.

Do assento de casamento deve constar o regime de bens e todos os dados referentes ao pacto antenupcial no livro de registro conforme o artigo 1.536, inciso VII, do Código Civil de 2002. A determinação do regime de casamento escolhido pelos cônjuges é imprescindível ao registro do casamento, para fazer objeto de prova entre o casal e ressalvar direitos a terceiro.

O regime pactuado pode ser futuramente alterado pelos interessados. Para tanto, os consortes estabelecendo a livre vontade poderão modificar um regime em outro. A título de exemplo, as partes alterarem a separação total em comunhão parcial ou a comunhão parcial em comunhão total e até mesmo mesclarem outros regimes.

É preciso salientar que as partes devem formalizar suas necessidades e pretensões. Nos dizeres de Fonseca (2018, p. 228), “Podem, ainda, atrair o regime optando por outro que represente uma mescla dos demais sistemas patrimoniais albergados pela legislação civil”.

Do ponto de vista legal, o artigo 1.657 do Código Civil de 2002 determina o registro da escritura antenupcial no cartório de registro

de imóveis para produzir efeitos perante terceiro. Os atos praticados devem ser após a celebração do casamento. Se não ocorrer registro, o referido pacto não é defeituoso, mas opera efeito *erga omnes* a partir do registro. Segundo o artigo 167, inciso II, 1, da Lei dos Registros Públicos de 1967 todos os bens imóveis particulares do casal e os que forem sendo adquiridos durante o casamento devem ser averbado no registro.

Sem dúvida, o pacto antenupcial é negócio jurídico e submete à autonomia privada norteadora das relações entre particulares. Nesse contexto, é importante esclarecer a liberdade de escolha dos nubentes devendo ser exercido de acordo com a legislação para efetivar a boa-fé.

3. OS DIVERSOS REGIMES DE BENS

No regime da comunhão universal de bens comunicam-se os bens adquiridos antes ou posterior à celebração do casamento. É importante frisar que, todos os bens adquiridos na constância do casamento, seja oneroso ou gratuito, por um ou por ambos cônjuges, são comunicáveis neste regime. Pode-se identificar na doutrina que cada cônjuge se torna titular da metade dos bens que o outro já tinha no casamento.

Nesse sentido, interessante pontuar que os cônjuges formalizem o pacto antenupcial, elegendo o regime da comunhão universal de bens. As partes podem transformar o casamento em uma união de vida e de bens.

A principal característica do referido regime é a integração total do patrimônio de cada cônjuge com o comum. Donizete e Quintella (2019, p. 977) sustentam sua característica, “existência de um único patrimônio, que importa uma espécie de condomínio entre os cônjuges, solúvel somente pelo fim da vida em comum, integrado por todos os bens presentes e futuros dos cônjuges, inclusive suas dívidas (art. 1.667)”.

Permanece o regime da comunhão parcial de bens os cônjuges que não celebram o pacto antenupcial. Trata-se de um regime de preferência da lei. Dessa forma, os bens conquistados antes do casamento ou da união estável, continua na titularidade exclusiva de cada cônjuge. Os bens adquiridos durante o casamento, a título gratuito ou oneroso, ressalvadas algumas exceções, passam a integrar o patrimônio comum dos dois. A lei presume ter sido adquirida pelo esforço comum do casal.

Para a doutrina este regime dispõe três acervos distintos de bens: os particulares da mulher, os particulares do marido e comuns. Os bens que sobrevierem, na constância do casamento, ao cônjuge, por doação, ou em sucessão *mortis causa*, ficam excluídos da comunhão. O artigo 1.659 do Código Civil de 2002 enumera, de forma taxativa, quais os bens que não se comunicaram aos cônjuges.

O regime da separação de bens pode ser convencional ou obrigatório. Na separação convencional, cada um dos cônjuges fica na titularidade exclusiva dos bens adquiridos antes e durante o casamento. Este regime evidencia pela coexistência de dois patrimônios totalmente distintos e incomunicáveis, pertencente a cada um dos cônjuges, que detêm o domínio, a posse e a administração dos seus bens.

Neste regime o patrimônio passado, presente e futuro não se comunica. É de cada consorte a responsabilidade de suas dívidas anteriores e posteriores ao casamento. Nesse sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça através do Recurso Especial 1.481.888/SP que não se aplica à separação convencional a Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal.

O artigo 1.687 do Código Civil de 2002 demonstra a tese que no regime da separação convencional há realmente a separação absoluta.

A lei impõe, em determinados casos, o regime legal ou obrigatório de bens. Trata-se de um regime instituído pelo art. 1.641 do Código Civil de 2002 como obrigatório aos nubentes, seja por motivo de ordem pública ou por motivo de proteção. Neste regime, implica restrição ao princípio da autonomia privada e não admite interpretação extensiva ou analógica.

A imposição legal da aplicação do regime da separação de bens pelo Código Civil de 1916 foi temperada pela Súmula 377 do STF que assim enuncia: “No regime da separação legal de bens comunica-se aos adquiridos na constância do casamento”.

Nesse contexto, a Súmula 377 do STF visa evitar enriquecimento sem causa por parte do marido ou da mulher e ainda é eficaz no atual ordenamento jurídico brasileiro. Argumenta parte da doutrina, que a incidência da referida Súmula transforma a separação legal de bens em um regime de comunhão parcial.

Nesse contexto, torna-se importante refletir sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do enunciado n. 377 do STF. Válida

a lição de Leite (2018, p. 91) que ensina: “O escopo do preceito, agora sumulado, era pôr fim às intermináveis discussões a respeito da comunicabilidade ou não dos aquestos decorrente do regime de separação de bens”.

Nessa linha de raciocínio, parece forçoso admitir que a incidência da Súmula 377 do STF transforma os aquestos em bens comunicáveis. Em outras palavras, no regime da separação legal de bens, os bens onerosamente adquiridos na constância do casamento se comunicam independente de prova.

É verdade que o regime da separação de bens é o mais simplificado de todos os regimes patrimoniais. Por outro lado, também merece destaque a discussão acerca sobre a possibilidade dos nubentes concretizarem pacto antenupcial com o objetivo de afastar o regime que a lei impõe.

O regime de participação final nos aquestos é inovação do atual código Civil. Trata-se de um regime instituído pelo artigo 1.672 do Código Civil de 2002 que mescla regras da comunhão parcial e da separação obrigatória. Alguns doutrinadores esclarecem que esse regime foi consagrado para substituição ao regime dotal.

É importante compreender que o regime dotal, espelha uma época que não existe mais no ordenamento jurídico brasileiro. Desse modo, o regime de participação final nos aquestos é pouco adotado no Brasil.

Há quem entenda, contudo, que o referido regime caracteriza-se pelo sistema dual: durante o casamento equivale há uma separação de bens que, ao caso de dissolução do casamento, transforma em regime de comunhão parcial de bens.

Maria Helena Diniz entende que é um regime próprio para empresários. Quintella e Mafra (2018, p. 51) ensinam “Com relação ao regime da participação final nos aquestos, inicialmente, não era de se esperar controvérsia. Afinal, o art. 1.829, I nada determinou sobre este regime entre as exceções a regra geral da concorrência do cônjuge supérstite com os descendentes”.

O legislador permitiu através do artigo 1.656 do Código Civil de 2002 que os consortes que concretizem no pacto antenupcial a oportunidade de livremente dispor dos referidos bens particulares, dispensando a autorização conjugal. Neste regime, faz-se partilha dos bens

adquiridos pelo casal, a título oneroso, durante a convivência do casal, excluindo-se os bens recebidos por doação ou herança.

Segundo o artigo 1.673 do Código Civil de 2002 enquanto existir o casamento, cada cônjuge mantém a titularidade e a livre administração do seu patrimônio próprio. Noutras palavras, o patrimônio próprio é considerado o conjunto de bens anteriores ao casamento e os bens adquiridos durante a vida em comum.

A alienação dos bens móveis e imóveis é permitida se houver previsão de dispensa de autorização conjugal no pacto antenupcial. Segundo o artigo 1.685 do Código Civil de 2002 a morte de um dos cônjuges põe termo à sociedade conjugal e a meação é transmitida aos herdeiros do falecido. Logo, a meação é transmitida aos herdeiros.

Sabe-se que, a apuração do quinhão do cônjuge falecido obedecerá às regras pertinentes a esse regime de bens. Havendo dívidas do cônjuge falecido, os herdeiros serão responsabilizados nos limites da herança.

A partir disso, na prática, exige a realização de perícia que pode ser dispendiosa e demorada. Venosa (2003, p. 196) revela que: “Daí por que o regime da participação final nos aquestos, embora simpático na sua essência, acaba por vir a ser uma opção problemática”.

Dos quatros regimes de bens, três são voluntários ou convencionais (a comunhão universal, a comunhão parcial, o da participação final nos aquestos). Um dos regimes é obrigatório (o regime da separação obrigatória de bens) positivado no artigo 1.641 do Código Civil. Cumpre referir, contudo, que, o regime da separação de bens quando é convencional e não é obrigatório é um regime voluntário.

4. O REGIME DE BENS DAS PESSOAS IDOSAS

Quando se fala em regime de bens do idoso é imprescindível analisar o artigo 1.641 do Código Civil de 2002. O referido artigo impõe o regime da separação de bens como obrigatório aos nubentes. Trata-se de um regime que propicia uma verdadeira diáspora patrimonial, impossibilitando a comunhão de todo e qualquer bem adquirido por cada cônjuge, antes e depois do casamento, de modo oneroso ou gratuito.

O regime da separação de bens é o mais simplificado de todos os regimes patrimoniais, por não demonstrar pontos de comunhão. O artigo 1.642 do atual Código Civil impõe o regime da separação nos seguintes casos: I – das pessoas que contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos; III – de todos que dependerem, para casar, de suprimimento judicial.

Insta evidenciar que a Lei nº 12.344 de 2010 elevou essa idade para pessoa maior de setenta anos. Ocorre que, o motivo dessa majoração da idade atende a contemporaneidade, considerando novos padrões de saúde e desenvolvimento sociais. Tal raciocínio realça o caráter do legislador, que intenciona resguardar as pessoas maiores de setenta anos de uma união fugaz e unicamente interesseira.

O Conselho da Justiça Federal já se manifestou sobre o assunto através do enunciado 261, “A obrigatoriedade do regime da separação de bens não se aplica a pessoa maior de sessenta anos (atualmente, maior de setenta anos), quando o casamento for precedido de união estável iniciada antes dessa idade”. O Superior Tribunal de Justiça decidiu através do Recurso Especial 1.318.281/PE que a lei ordinária deve merecer interpretação compatível com a Constituição Federal de 1988.

Neste caso concreto, o regime vigente era o da comunhão parcial de bens, não faria sentido impor um regime mais gravoso (regime da separação de bens), sob pena de estimular a permanência na relação informal e penalizar os cônjuges que busca reconhecimento e proteção do matrimônio por parte do Estado.

Pelo exposto, percebemos nitidamente que o regime de bens do idoso foi instituído por interpretar o legislador que os maiores de 70 anos não teriam capacidade volitiva para manifestar seus sentimentos e desejos amorosos.

A desigualdade na legislação se intensifica quando a norma distingue de maneira não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Desse modo, a pessoa com 70 anos ou mais é plenamente capaz para o exercício de todos os atos da vida civil e para a livre disposição de seu patrimônio. Não há justificativa plausível que ampare o intuito da legislação ordinária para reduzir a autonomia dos nubentes com 70 anos ou mais.

A doutrina faz crítica ao polêmico inciso II, do artigo 1.641 e questionam se as pessoas com 70 anos ou mais não poderiam escolher livremente o seu regime de bens? Vários autores afirmam que não se pode tentar encontrar razões onde ela simplesmente não existe. Taruce (2019, p. 818) critica o artigo “Na verdade, tal previsão não protege o idoso, mas seus herdeiros, tendo feição estritamente patrimonialista, na contramão da tendência do Direito Privado contemporâneo, de proteger a pessoa humana”.

Aparentemente, os casos positivados nos incisos I, II e III do art. 1.641 destinam de alguma forma proteger as relações patrimoniais dos nubentes e de sua família. Rompe-se com essa possibilidade trazida pelo inciso II, concernente aos idosos, uma postura que não tem justificativa, quer de ordem moral, política, social e jurídica.

Acredita-se de uma evidente inconstitucionalidade a mencionada norma do artigo 1.641, II, do Código Civil de 2002. Impor o regime de separação legal de bens às pessoas com mais de 70 anos de idade, constituindo violação intensa e persistente aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da isonomia, da não discriminação em razão de idade e proteção integral ao idoso. Contraria inarredavelmente o Estatuto do Idoso que é uma Lei especial que consiste buscar meios de atribuir proteção especial ao idoso perante a legislação, a administração pública, a jurisdição e a sociedade em geral.

5. A SÚMULA 377 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE 1964

O pacto antenupcial como negócio jurídico solene, bilateral, formal, condicional, acessório, efetivado pelos nubentes, deve ser lavrado em escritura pública nos termos do artigo 1.653 do atual Código Civil. Obviamente, os nubentes podem estipular livremente o melhor regime de bens que lhes aprouver, baseado no princípio da autonomia privada. Porém, a liberdade não é absoluta quando o artigo 1641 do Código Civil impõe o regime obrigatório da separação de bens.

Por isso, o referido regime comporta de interpretação restritiva. Tal restrição é eminentemente de caráter de proteção. Contudo, o en-

tendimento majoritário é que a referida restrição é incompatível com cláusulas constitucionais violando os princípios da dignidade da pessoa, isonomia e liberdade de escolha.

Nesse contexto, é comum que as pessoas submetidas ao regime da separação de bens decidam celebrar pacto antenupcial. Dessa forma, envolvem a real vontade de seu casamento seja regido da total separação patrimonial. Além disso, certamente buscam afastar a incidência da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal.

A questão tormentosa da possibilidade de afastamento da Súmula 377 foi reconhecida por Ana Luiza Maia Nevares em 2014. Segundo a autora:

A problemática se coloca quando os nubentes têm plena consciência de que o seu regime de bens é aquele da separação obrigatória e, de fato, desejam os seus efeitos. Esta situação é dramática diante dos nubentes com mais de 70 anos, que desejosos por contrair matrimônio em regime de total separação patrimonial, não se conformam com a possibilidade de incidência do verbete 377 da Súmula do Supremo Tribunal Federal em um casamento regido segundo a lei pelo regime da separação obrigatória de bens (NEVARES, 2014, p. 7).

Neste diapasão, a autora salienta que a jurisprudência dos Tribunais em vários casos tem decidido sobre a possibilidade de existência de pacto antenupcial no regime da separação de bens. De tal forma, que os nubentes estipulem pacto prevendo a absoluta e total separação de bens no casamento.

Indubitavelmente, o mesmo raciocínio de Zeno Veloso, publicado inicialmente no jornal “O Liberal”, de Belém do Pará e, ultimamente, veiculado na internet. Esclarece Zeno (2017, p. 1) “Já dei ao casal a minha opinião: não acho que o enunciado da Súmula seja matéria de ordem pública, represente direito indisponível, e tenha de ser seguida a qualquer custo, irremediavelmente”.

Confirma-se a defesa de Veloso que o pacto antenupcial pode ser estipulado pelos nubentes e que conste definitivamente o afastamento da Súmula 377 do STF. O principalmente motivo para afastar a referi-

da Súmula é que não trata de matéria de ordem pública, que represente direito indisponível, não devendo ser seguida.

Nessa senda, vale aqui frisar que, a Súmula 377 do STF dispõe sobre matéria de ordem privada. E é por isso que pode ser afastada mediante a vontade dos nubentes, no casamento, por se tratar de direito disponível.

A Corregedoria-Geral do Tribunal de Justiça de Pernambuco editou o Provimento nº 08/2016 dispondo sobre o afastamento da Súmula 377 do STF por meio de pacto antenupcial. Dessa forma, passou-se a prevê no artigo 644-A, “no regime de separação legal ou obrigatória de bens, na hipótese do artigo 1.641, inciso II, do Código Civil, deverá o oficial do registro civil cientificar os nubentes da possibilidade de afastamento da incidência da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, por meio de pacto antenupcial. Parágrafo único. O oficial do registro esclarecerá sobre os exatos limites dos efeitos do regime de separação obrigatória de bens, onde comunicam-se os bens adquiridos onerosamente na constância do casamento”.

No mesmo sentido, foi publicada em dezembro de 2017 uma decisão da Corregedoria do Tribunal de Justiça de São Paulo com o mesmo entendimento. Vejamos, “nas hipóteses em que se impõe o regime de separação obrigatória de bens (art. 1.641 do CC), é dado aos nubentes, por pacto antenupcial, prever a incomunicabilidade absoluta dos aquestos, afastando a incidência da Súmula 377 do Excelso Pretório, desde que mantidas todas as demais regras do regime de separação obrigatória. Situação que não se confunde com a pactuação para alteração do regime de separação obrigatória, para o de separação a convencional de bens, que se mostra inadmissível”.

A jurisprudência nos últimos anos tem sido extremamente atuante decidindo sobre o afastamento da referida Súmula. Na Apelação Cível nº 70012778023 o relator Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves manifestou no sentido que é indissonante hoje que, enquanto o casal estiver junto e unido, o produto do trabalho de ambos e todas as conquistas patrimoniais devem a eles pertencer de forma igualitária.

Na Apelação Cível nº 10105666-50.2018.8.26.0037 o Relator Luiz Antonio Costa manifestou no sentido de afastar a procedência no que se refere à alteração de regimes. Mas aplicou desde a data da

celebração do casamento o entendimento de que os cônjuges manifestam vontade expressa de que não haja comunhão, dando-se à presente decisão natureza de pacto antenupcial, ressalvados os direitos de terceiros. Portanto, o Relator reformou a sentença para reconhecer desde o casamento a sua expressa vontade dos Autores de não comunhão dos aquestos.

A Súmula 377 do STF também provoca muita polêmica no que diz respeito à prova do esforço comum. A jurisprudência tem admitido a comunicação dos bens adquiridos na constância do casamento pelo esforço comum. Lembrando-se que o regime citado é o da separação legal (obrigatória) e não o regime da separação convencional.

Em que pese a grande aceitabilidade da doutrina nacional é referente aos aquestos que se comunicam pelo fato do esforço comum ser presumido. Precisamente, os bens adquiridos pelo esforço comum, sob o referido regime, entram na comunhão, o que na prática transforma em regime da comunhão parcial de bens.

O esforço comum pode se materializar pela própria convivência afetiva e pela solidariedade ao viver com o outro. Dias (2017, p. 346) assevera, “O STJ, sob o fundamento de evitar confusão com o regime de comunhão parcial de bens, tem exigido a prova de esforço comum na aquisição de bens no caso de separação legal”.

Ao refletirmos as ideias que a autora defende, não é pacífica a questão quanto à necessidade ou não de prova de esforço comum. O doutrinador Paulo Lôbo se posiciona no sentido da dispensa da prova do esforço comum para a comunicação dos bens no regime da separação legal obrigatória.

José Fernando Simão se posiciona no sentido da necessidade da prova do esforço comum para aplicação da Súmula 377. Daí, depreende-se o motivo que a ausência da prova do esforço comum modifica o regime da separação legal obrigatória em um regime de comunhão parcial. Outro motivo do autor é que a ausência dessa prova gera o enriquecimento sem causa, conforme o artigo 884 do Código Civil de 2002, no qual a comunicação dos bens ocorreria sem qualquer motivo justo.

No ano de 2018 a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, pacificou no casamento, a aplicação da Súmula 377 do STF demanda a

prova do esforço comum para que haja a comunicação dos bens. Desse modo, foi a correta interpretação da Súmula 377 no Embargo de Divergência em Resp nº 1.623.858-MG.

Por fim, é lícito aos nubentes afastar a incidência da súmula 377/STF através de pacto antenupcial. A tendência do afastamento é para manter a incomunicabilidade dos bens no regime da separação legal obrigatória.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A compreensão jurídica e social de família está mudando, nos dias atuais, adaptando-se às diversas necessidades sociais.

Conforme demonstrado ao longo deste estudo, o pacto antenupcial é o instrumento o qual os nubentes têm autonomia para estipularem, antes do casamento, o regime que melhor deva dispor nas relações patrimoniais.

Certamente o argumento justificante da inclusão do inciso II do artigo 1641 do atual Código Civil sempre foi resguardar proteção aos nubentes maior de 70 anos contra más intenções de uma pessoa mais jovem em concretizar o “golpe do baú”. Por outro lado, havendo contribuição para a aquisição patrimonial, admite-se a divisão dos bens adquiridos com o esforço comum, se provada a contribuição, para evitar o enriquecimento sem causa, proibido pelos artigos 884 e 885 do Código Civil.

O Supremo Tribunal Federal editou a conhecida Súmula 377 visando evitar o enriquecimento sem causa por parte de um dos cônjuges e ainda é eficaz no sistema jurídico do Brasil. Percebe-se que o efeito prático da referida Súmula é converter o regime da separação legal obrigatória de bens em regime da comunhão parcial gerando comunhão dos aquestos.

Uma forma de contribuir para o problema é a pessoa maior de 70 anos, obrigada a casar pelo regime da separação obrigatória de bens, celebrar pacto antenupcial (antes do casamento) para afastar o verbete da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal. Dessa forma, o objetivo principal do afastamento é para manter a incomunicabilidade dos bens.

Assim, a hipótese apresentada na introdução como medida transitória ou permanente – pacto antenupcial, lavrado em escritura pública, antes do casamento, pode afastar o teor da Súmula 377 do STF – fica confirmada. Essa iniciativa poderia ser uma possibilidade de mudança plena na liberdade de escolha em respeitar a vontade dos nubentes.

É válido mencionar que o Provimento nº 08/2016 da Corregedoria Geral de Justiça de Pernambuco influenciou um novo tratamento ao Direito de Família.

Ressalte que a tendência da moderna decisão da Corregedoria Geral de Justiça de Pernambuco é exatamente amparar as pessoas idosas em busca de uma solução da complexa questão. É razoável que outras decisões fazem eco ao provimento nº 08/2016 como a decisão da Corregedoria Geral do Tribunal de Justiça de São Paulo (Recurso Administrativo nº 1065469-74.2017.8.26.0100).

Em sintonia com isso, a importância de se manter o real motivo de respeito com as pessoas idosas para a livre escolha de seus destinos como garantia constitucional.

REFERÊNCIAS

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. – 12. ed. rev., atual. E ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. **Curso Didático de Direito Civil**. – 8. ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

FONSECA, Priscila Corrêa da. **Manual do planejamento patrimonial das relações afetivas e sucessórias**. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 6: direito de família**. – 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A “armadilha” do regime de separação de bens e a humanização do direito de família bra-**

- sileiro.** Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil – Belo Horizonte, v. 17, p. 83-102, jul./ set. 2018.
- LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros Públicos: Teoria e Prática.** Salvador: JusPodivm, 2016.
- LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias.** – 4. ed. – São Paulo : Saraiva, 2011.
- MENDONÇA, Rafael Baeta. **Autonomia privada versus interferência estatal no direito de família: os limites de conteúdo do pacto antenupcial.** Nova Lima, 2018. Orientador: Tereza Cristina Monteiro Mafra. Dissertação (Mestrado) – Faculdades Milton Campos. Programa de Pós-Graduação em Direito.
- NEVARES, Ana Luiza Maia. **O regime de separação obrigatória de bens e o verbete 377 do Supremo Tribunal Federal.** *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, ano 3, n. 1, jan./jun. 2014. Disponível em: < <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Nevares-civilistica.com-a.3.n.1.2014.pdf>>. Acesso em: 06 abr. 2020.
- QUINTELLA, Felipe; MAFRA, Tereza. **Estado da arte do imbróglio da sucessão do cônjuge em concorrência com os descendentes.** Revista de Direito de Família e Sucessão, Porto Alegre, v. 4, nº 2, 2018 p. 40-59.
- TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito de família.** – 14. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. VI.
- ZENO, Veloso. **Casal quer afastar súmula 377.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1201/Casal+quer+afastar+súmula+377>>. Acesso em: 06 abr. 2020.

EM BUSCA DO REEQUILÍBRIO DA EQUAÇÃO ECONÔMICA- FINANCEIRA DOS CONTRATOS NA PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS

Jordano Soares Azevedo

INTRODUÇÃO

A pandemia deflagrada pelo novo coronavírus está provocando uma grande revolução nos ordenamentos jurídicos dos países afetados. No Brasil não é diferente, pois em praticamente todos os quadrantes do Direito, os juristas estão analisando e discutindo propostas variadas, para criar soluções aos graves efeitos ocasionados pela quarentena.

Aliás, essa iniciativa é extremamente importante, pois o profissional que lida com área jurídica tem e pode oferecer soluções para os mais variados problemas, que afligem a todos nesse momento. Nessa ordem de ideais, o objetivo geral deste texto **é o de apresentar soluções para os graves problemas gerados pela pandemia na equação econômico-financeira** dos contratos.

Isso se deve ao fato de que a pandemia criou uma situação propícia para a prática do vício chamado lesão, um defeito que surge no momento da conclusão do contrato, quando uma das partes realiza pagamento de um preço por um produto ou serviço de modo manifestamente desproporcional ao real valor do bem adquirido ou utilizado.

Da mesma forma, muitos contratos de longa duração também tiveram sua base negocial afetada, gerando um desequilíbrio superveniente na relação, o que pode acarretar a revisão, e em algumas hipóteses, até mesmo a resolução do negócio jurídico firmado.

Assim, o presente trabalho se dedicará à análise do instituto da lesão, assim como das teorias revisionistas inspiradas na cláusula *rebus sic stantibus* (teoria da imprevisão e a da quebra da base objetiva), que se apresentam, agora nesse momento tão dramático para a economia do país, como importantíssimas ferramentas para a solução dos problemas gerados no universo dos contratos, por serem mecanismos destinados à recomposição do equilíbrio quebrado por este fato jurídico sem precedentes na humanidade: a pandemia do novo coronavírus.

1 O PRINCÍPIO DA JUSTIÇA CONTRATUAL E O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS

O princípio da justiça contratual visa a preservar o equilíbrio das prestações dos contratantes desde o momento da conclusão do contrato, por isso também é conhecido como princípio da equivalência material, que é corolário da justiça comutativa ou corretiva, de Aristóteles. (CHAVES; ROSENVALD, 2011).

Assim, o princípio da justiça ou equivalência material opera com o equilíbrio econômico e financeiro do contrato, ou seja, com a economia interna do negócio. É claro que este princípio, ao lado da função social e o da boa-fé, também interfere no conteúdo da convenção, amenizando o rigor do *pacta sunt servanda*.

Dessa forma, a justiça contratual permite a revisão dos contratos quando o houver desproporção excessiva entre as prestações dos contratantes, como vem ocorrendo muito, agora, em decorrência da pandemia deflagrada pelo novo coronavírus.

Em termos técnicos, pode-se dizer que, quando o contrato atende a essa proporcionalidade, o negócio é comutativo ou sinalagmático. No entanto, por vezes o contrato não apresenta esse equilíbrio,

devido à quebra do sinalagma no momento de formação do negócio, ou supervenientemente, na fase de cumprimento da avença.

Para ilustrar, basta lembrar das consequências devastadoras que a pandemia do novo coronavírus vem causando em grande parte das relações contratuais. Os problemas podem ocorrer logo no momento da conclusão do contrato, como sucede, por exemplo, quando um fornecedor cobra um preço abusivo por um produto ou serviço⁶, ou então muitas vezes aparece durante a fase de cumprimento da avença, tornando a prestação de uma das partes excessivamente onerosa⁷.

Diz-se, então, que o desequilíbrio, ou a “quebra do sinalagma”, pode ocorrer no momento inicial, na formação do contrato, ou pode ocorrer posteriormente. Logo, o desequilíbrio pode ser “genético” ou “superveniente”, conforme o caso.

Para cada uma dessas situações, o princípio da justiça contratual conta com mecanismos para corrigir as distorções. Nesse sentido, o instituto da lesão (art. 157, do CC) é um dos mecanismos de correção do desequilíbrio genético e a teoria da imprevisão (art. 317 e 478, do CC) e a da quebra da base objetiva (art. 6º, inc. V) são mecanismos de correção do desequilíbrio superveniente.

Enfim, essas são as soluções jurídicas para o enfrentamento da crise deflagrada pelo novo coronavírus nas relações contratuais.

6 Uma simples consulta aos noticiários da internet mostra que os consumidores estão reclamando dos preços cobrados por alguns produtos. Na página do “Estado de Minas”, por exemplo, há notícia de farmácias estavam cobrando preços muito elevados por álcool em gel e máscaras de proteção. (CARNEIRO, 2020). Da mesma forma, produtos alimentícios e botijões de gás também sofreram reajuste exorbitante, como mostra notícia veiculada no jornal G1 (PROCON..., 2020).

7 Como se verá no decorrer deste trabalho, esse desequilíbrio superveniente afeta contratos de longa duração, como financiamentos de veículos, locações, prestações de serviço em geral etc.

2 O DESEQUILÍBRIO GENÉTICO DA RELAÇÃO CONTRATUAL E O INSTITUTO DA LESÃO NO DIREITO BRASILEIRO

O Código de 1916, apegado às tradições liberais de sua época, nada dispôs sobre a lesão. Tal instituto, que já era conhecido no direito romano, surgiu pela primeira vez, no Brasil, com a Lei de Economia Popular (Lei 1.521/51, art. 4º).

Hoje a lesão também está regulamentada no Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, inc. V, 39, inc. V, e 51, inc. IV) e no Código Civil (art. 157), e como todas as referidas modalidades convivem em nosso sistema, é preciso conhecer as características e os requisitos de cada uma delas, dividindo-as em espécies.

A lesão no direito romano adotava um critério objetivo tarifado para estabelecer se houve desequilíbrio em uma relação contratual. Para caracterizá-la, bastaria que, num contrato de compra e venda, o comprador pagasse um preço superior à metade do que fosse considerado “justo”.

Essa modalidade de lesão, prevista no art. 4º⁸, da Lei de Economia Popular (Lei 1.521/51), que recebeu influência do BGB (§ 138), vai além da modalidade básica romana, por estabelecer, além de critérios objetivos, critérios subjetivos para a configuração do crime contra a economia popular.

Pelo que consta da lei, os requisitos para a configuração da lesão usarária são: *a*) requisitos subjetivos: necessidade, inexperiência ou leviandade da outra parte; *b*) requisito objetivo: lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida.

Além dos dois requisitos mencionados, a lesão usarária também exige, como terceiro requisito, o dolo de aproveitamento. Isso acontece porque, por se tratar de um tipo penal, é necessária a prova do dolo para a subsunção normativa. Aliás, o dolo de proveito se revela quando um dos contratantes tem pleno conhecimento de que o outro está em

8 Art. 4º. Constitui crime da mesma natureza a usura pecuniária ou real, assim se considerando: *b*) obter, ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade de outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida. (BRASIL, 1951).

estado de necessidade, inexperiência ou leviandade, e aproveita dessa situação para concluir o negócio.

A lesão do CDC, por sua vez, está prevista dentro dos direitos básicos do consumidor, no artigo 6º, inc. V, primeira parte. Observem a redação do dispositivo: “*V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas; [...]*” (BRASIL, 1990). Além do mais, o inc. V, do art. 39 do CDC considera prática abusiva quando o fornecedor exige do consumidor vantagem manifestamente excessiva.

Pela leitura dos dispositivos em análise, é forçoso convir que a lesão, no sistema do CDC, apresenta somente um requisito objetivo, qual seja: o estabelecimento de prestações desproporcionais. A diferença é que não há, como na lesão usuraria, um critério tarifado para se estabelecer previamente o que seria essa desproporção, ao contrário do que ocorre nas duas modalidades examinadas.

Com isso, a análise da proporcionalidade da prestação deve ser verificada caso a caso, como orienta a Nota Técnica nº 08/2020, editada pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública (item 2.10), durante a pandemia do novo coronavírus. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA, 2020).

Outro importante detalhe é que a cláusula que sujeita o contratante a uma prestação desproporcional é nula, nos termos do artigo 51, inc. IV do CDC⁹.

Por fim, a lesão prevista no Código Civil é a denominada “lesão especial”. Assim dispõe o art. 157: “*Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.*”. (BRASIL, 2002).

De acordo com dispositivo em análise, a lesão especial apresenta dois requisitos: a) subjetivo: premente necessidade ou inexperiência e b) objetivo: prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

9 “Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...] IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; [...]”. (BRASIL, 1990).

O exame dos requisitos, como se dá na lesão consumerista, é feito casuisticamente, pois, afinal, somente o caso concreto poderá trazer elementos para se concluir se houve ou não desproporção exagerada entre as prestações. Por outro ângulo, a diferença marcante entre a lesão do código civil e a lesão usurária é que a primeira não exige o dolo de aproveitamento para a caracterização do defeito do negócio.

Enfim, essa breve exposição sobre o instituto da lesão pode ser útil para que os consumidores e as pessoas em geral questionem ou denunciem práticas abusivas que estão ocorrendo no período da quarentena deflagrada pelo novo coronavírus, sendo que a lesão pode ser invocada inclusive como causa de nulidade ou anulação de algum negócio jurídico, que já nasceu desproporcional desde o momento de sua formação.

3 O DESEQUILÍBRIO DA RELAÇÃO CONTRATUAL POR FATO SUPERVENIENTE – A TEORIA DA IMPREVISÃO E A DA QUEBRA DA BASE OBJETIVA

O sinalagma também pode ser rompido por circunstâncias posteriores à conclusão do contrato, que alteram as condições econômicas, sociais ou políticas existentes ao tempo da sua formação. Em casos tais, o negócio se formou sinalagmatico e comutativo, mas ficou desequilibrado por uma situação superveniente. Sendo assim, o princípio da justiça contratual ou equivalência material visa a reestabelecer o equilíbrio econômico e financeiro quebrado posteriormente.

Na verdade, todo contrato de longa duração contém uma cláusula implícita que permite a modificação do negócio se as condições externas, de ordem natural, política, econômica e social, não permanecerem do modo que estavam ao tempo da conclusão da avença.

Em outras palavras, pode-se dizer que, nos contratos de execução continuada ou diferida, a obrigação das partes somente deverá ser cumprida se assim permanecerem (*rebus sic stantibus*) as condições externas vigentes ao tempo da sua celebração.

É simples: o contrato foi firmado no contexto de um cenário político, social e econômico. Esse cenário deve manter-se estável até certo ponto para possibilitar que os contratantes possam efetivamen-

te executar a sua prestação. Do contrário, se a alteração for abrupta e considerável, o contrato deve ser revisto, ou até mesmo extinto. Essa é a essência da cláusula *rebus sic standibus*.

Essa regra de justiça remonta aos primeiros textos legais positivados, como o Código Hammurabi, cuja Lei 48, grafada em pedra há cerca de 2700 anos, prevê:

Se alguém tem um débito a juros, e uma tempestade devasta o campo ou destrói a colheita, ou por falta de água não cresce o trigo no campo, ele não deverá nesse ano dar trigo ao credor, deverá modificar sua tábua de contrato e não pagar juros por esse ano [...] (SIDOU, 2000 *apud* GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 256)

Com efeito, a possibilidade de alteração do contrato diante da modificação das circunstâncias existentes ao tempo de sua formação é uma cláusula implícita a todo o contrato de longa duração. Inclusive, ela sempre teve aplicação, tanto no império romano como na idade média. Aliás, a expressão *rebus sic standibus* está inserida num trecho maior: “[...] *contractus qui habent tractum sucessivum et dependentiam de futuro, rebus sic standibus intelligentur* [...]”, que significa: “[...] os contratos de execução sucessiva, dependentes de circunstâncias futuras, entendem-se pelas coisas como se acham [...]” (FIUZA, 2010, p. 53).

No entanto, é preciso ter em vista que, até pouco tempo atrás, por influência do paradigma liberal que prevaleceu nos séculos XVIII e XIX, o conteúdo do contrato era intangível e imodificável. Era o tempo em que reinava absoluto o postulado *pacta sunt servanda* (art. 1.134 do Código Francês).

Naquele contexto, por mais radicais que fossem as alterações econômicas e sociais, não se permitia a revisão, muito menos a resolução do contrato por onerosidade excessiva. Acontece que, no alvorecer do século XX, especialmente no final da primeira grande guerra (1914–1918), o Estado passou a intervir mais incisivamente na economia do contrato para reestabelecer o equilíbrio gerado pelos efeitos devastadores da guerra.

Como adverte Eric Hobsbawn (2002), até mesmo os Estados Unidos da América se tornaram “o epicentro deste que foi o maior ter-

remoto global medido na escala Richter dos historiadores econômicos”. Foi justamente nessa época que houve o resgate da cláusula *rebus sic standibus* por uma série de teorias que justificaram a necessidade de revisão ou resolução dos contratos pela alteração das circunstâncias. E o mais curioso foi que o resgate oficial da cláusula *rebus sic standibus* ocorreu justamente no berço do ideário voluntarista no século XVIII: na França!

De acordo com Darcy Bessone (1997), citado por Gagliano e Pamplona Filho (2019) a Lei *Falliot*, de 21 de maio de 1918, foi promulgada na França para possibilitar a revisão de alguns contratos celebrados entre os particulares e a Administração Pública gaulesa. Na verdade, o Conselho de Estado Francês, em 1916, já havia julgado o *leading case* entre a Prefeitura de Bordeaux e a Companhia *Générale d’Eclairage da Cidade*, que envolveu a seguinte situação:

A Cidade de Bordeaux celebrara com a sociedade concessionária da produção e distribuição de gás contrato que continha cláusula fixando o preço de venda do gás a seus usuários. Devido à alta do preço do carvão (em razão da ocupação das regiões produtoras e da dificuldade de transportá-lo) e dos salários, o preço inicialmente fixado revelou-se insuficiente, o que alterou o equilíbrio econômico e financeiro do contrato. A sociedade levou sua pretensão ao Conselho do Estado, que aceitou levar em consideração a imprevisão para fixar uma indenização à companhia vitimado desequilíbrio contratual (FRANTZ, 2007, p. 19).

Diante disso, desenvolveu-se a chamada teoria da imprevisão, inspirada na cláusula *rebus sic standibus*, que pode ser invocada para a revisão ou a resolução de contratos de longa duração, desde que preenchidos determinados pressupostos.

De acordo com a lição de César Fiuza (2010), a teoria da imprevisão é um gênero que comporta algumas outras teorias. A diferença, como se verá, é simplesmente quanto aos requisitos necessários à sua aplicação. Já para Carlos Roberto Gonçalves (2012), as teorias chamadas revisionistas, que defendiam a alteração do contrato em

razão da mudança das circunstâncias, com amparo na cláusula *rebus sic standibus*, foram adaptadas e difundidas no Brasil pioneiramente por Arnaldo Medeiros da Fonseca, com o nome de teoria da imprevisão.

Atualmente, a teoria da imprevisão, adaptada ao direito brasileiro, contempla os seguintes requisitos, conforme Maria Helena Diniz (2007):

- a) Vigência de um contrato comutativo de execução continuada; b) alteração radical das condições econômicas no momento da execução do contrato, em confronto com as do benefício exagerado para o outro; c) onerosidade excessiva para um dos contraentes e benefício exagerado para o outro; d) imprevisibilidade e extraordinariedade daquela modificação (*apud* TARTUCE, 2014, p. 171).

Como bem adverte Carlos Roberto Gonçalves (2012), o requisito da imprevisibilidade confere excessivo rigor à teoria da imprevisão, o que explica o fato dos tribunais brasileiros não aceitarem a inflação, e simples alterações na economia, como causas supervenientes aptas, por si só, a justificarem a revisão do negócio. Isso explica o porquê da forte restrição do Poder Judiciário de aplicar a teoria da imprevisão diante dos picos inflacionários e planos econômicos durante a década de 1980. (CHAVES; ROSENVALD, 2011, p. 247).

Existem, portanto, determinadas alterações que se incluem na álea (risco) normal do contrato, como a escala inflacionária, o desemprego, prejuízos suportados por uma das partes e, a princípio, a variação cambial. O que se exige, para a caracterização do requisito da imprevisibilidade, é que a alteração das circunstâncias alcance uma proporção tal que seja vista como uma álea extraordinária, ou seja, um risco efetivamente extraordinário e não previsto pelas partes, no momento de celebração do negócio.

E apesar de toda a dificuldade encontrada para se obter a revisão de um contrato pela teoria da imprevisão, uma situação específica, ocorrida no ano de 1999, foi entendida como circunstância imprevista e extraordinária. Trata-se da maxidesvalorização do real frente ao dólar,

ocorrida em 1999, que causou impacto nos contratos de leasing celebrados no Brasil¹⁰.

Além da teoria da imprevisão, prevista no Código Civil, pode-se pedir, no âmbito de uma relação de consumo, a revisão contratual por fato superveniente com base na teoria da Quebra da Base Objetiva, desenvolvida por Karl Larenz. Segundo este autor:

[...] todo contrato é celebrado na expectativa de que certa situação presente permaneça a mesma, tenham as partes consciência desse fato ou não. Sem isso, o fim colimado por elas não será concretizado, sua intenção não se realizará. Se ocorrer uma alteração total não prevista por ninguém e, por isso, *não levada em conta na celebração do contrato*, então, pode ser que as regras convencionadas pelas partes não mais correspondam a sua intenção, acarretando, para uma delas consequências tais, que levem a que o convencionado seja incompatível com um mínimo de justiça material. Neste momento, surge a questão, se não seria possível à parte prejudicada pela manutenção das regras originariamente convencionadas, exigir a resolução do contrato ou a adaptação de suas regras, de sorte a torná-las suportáveis, ante a alteração das circunstâncias. (LARENZ *apud* FIUZA, 2010, p. 59).

Com efeito, de acordo com parte da doutrina consultada (TARTUCE, 2014), a teoria da base objetiva foi adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, como se extrai do art. 6º, inc. V, segunda parte: “V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam presta-

10 O precedente abaixo serve para ilustrar um dos casos que foram decididos pelo STJ: “Recurso especial. Leasing. Contrato de arrendamento mercantil expresso em dólar americano. Variação cambial. CDC. Teoria da imprevisão. Aplicabilidade. Alegação de ofensa aos arts. 115 e 145 do Código Civil. Ausência de prequestionamento (Súmulas 282/STF e 211/STJ). Dissenso jurisprudencial não caracterizado. Acórdão local em consonância com recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça. I. - Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de arrendamento mercantil. II. - A abrupta e forte desvalorização do real frente ao dólar americano constitui evento objetivo e inesperado apto a ensejar a revisão de cláusula contratual, de modo a evitar o enriquecimento sem causa de um contratante em detrimento do outro (art. 6º, V, do CDC). III - Agravo regimental desprovido.”. (BRASIL, 2002a).

ções desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;”. (BRASIL, 1990).

Pelo texto da lei, a revisão depende de apenas dois requisitos: um fato superveniente e a onerosidade excessiva. Não se investiga, pelo menos de forma tão rigorosa como na teoria da imprevisão, se o fato é imprevisível e extraordinário e se, além disso, houve também vantagem exagerada para a outra parte.

Assim, para a aplicação da teoria da quebra da base objetiva do negócio, basta que um evento futuro acabe por frustrar as finalidades buscadas pelas partes quando da celebração do contrato.

Seria o caso, por exemplo, de “[...] *um laboratório encomendar publicidade a uma agência sobre determinado medicamento e nas vésperas do início da divulgação ser o produto excluído de circulação pelo Ministério da Saúde*” (CHAVES; ROSENVALD, 2011, p. 249), ou então a hipótese em que “*um agente de viagens oferece pacote especial de viagens de ônibus para certo jogo de futebol. Consequentemente, vende várias passagens. O jogo é cancelado no último minuto*” (FIUZA, 2010).

Para este autor, a grave crise econômica gerada pelo coronavírus caracteriza o evento imprevisível e extraordinário, exigido pela teoria da imprevisão, como também configura fato superveniente apto a ensejar a revisão ou até a resolução dos contratos, com amparo na teoria da quebra da base objetiva.

Isso se deve aos efeitos que a quarentena provocou na economia brasileira, a partir de março de 2020. Com a paralização de diversas atividades, muitos agentes econômicos não estão tendo condições de cumprir determinados contratos nos termos em que eles foram pactuados inicialmente. Basta pensar nos contratos de financiamento de bens móveis e imóveis, nos contratos de locação, negócios agrários, nos contratos de trabalho etc.

O fato é que estamos diante de uma situação sem precedentes na história da humanidade, e provavelmente o Poder Judiciário brasileiro vai se deparar com uma enxurrada de ações destinadas à revisão ou à resolução de contratos, por isso é tão importante compreender adequadamente a matéria.

Já antevendo essa situação, o Poder Executivo e o Legislativo estão editando atos normativos para regulamentar questões contratuais im-

portantes, durante o período da quarentena. Dentre esses atos, pode-se citar a MP nº 936/2020, que institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública.

Também merece destaque o Projeto de Lei nº 1179/2020, de autoria do Senador Antônio Anastasia (PSD/MG), que dispõe sobre o regime jurídico emergencial e transitório das relações jurídicas de direito privado (RJDP) no período da pandemia do coronavírus (COVID-2019).

O projeto ainda está tramitando pelo Congresso Nacional, mas a sua versão original contém regras importantes sobre revisão e resolução dos contratos, como a do artigo 6^º¹¹, que regula os efeitos da sentença que decreta a revisão ou a resolução dos contratos, o art. 9^º, que impede a concessão de liminar para desocupação de imóvel urbano nas ações de despejo, até 31 de dezembro de 2012, o art. 10, que permite que o locatário possa, em certas situações, suspender total ou parcialmente o pagamento dos aluguéis, no período compreendido entre 20.03.2020 a 30.10.20, dentre outras.

Enfim, a situação é caótica, e a cada momento surge uma norma ou uma decisão nova sobre o assunto. O que importa, nesse momento, é reconhecer que a pandemia é um evento que autoriza a revisão das bases contratuais, para que se alcance o necessário equilíbrio das prestações.

4 CONCLUSÃO

Neste texto buscou-se contextualizar o tema afeto à revisão contratual com a impactos gerados pela pandemia do novo coronavírus. Nessa temática, o profissional do direito pode colaborar com a vida de muitas pessoas que tiveram suas economias afetadas pela crise, orientando-as a solucionar problemas relacionados aos seus negócios.

Assim, aqueles que foram lesados com a cobrança de preços abusivos no mercado têm à sua disposição o instituto da lesão para pleitear,

11 Art. 6^º As consequências decorrentes da pandemia do Coronavírus (Covid-19) nas execuções dos contratos, incluídas as previstas no art. 393 do Código Civil, não terão efeitos jurídicos retroativos. (ANASTASIA, 2020).

se for o caso, a invalidação total ou parcial dos contratos que fizeram. Para isso, é importante identificar qual é a espécie de lesão aplicável, pois cada uma tem requisitos legais específicos, que variam conforme o tipo da relação contratual firmada.

Da mesma forma, as pessoas que celebraram contratos de longa duração (de execução diferida ou continuada) e que sofreram graves prejuízos (onerosidade excessiva), em decorrência da pandemia, também podem pleitear a revisão ou a resolução dos contratos, com base na teoria da imprevisão (art. 478 do Código Civil) ou com base na teoria da quebra da base objetiva (art. 6º, inc. V, do Código de Defesa do Consumidor).

Com isso, conclui-se que esse momento histórico exige a relativização do princípio do *pacta sunt servanda*, pois a economia interna dos contratos foi profundamente afetada por um fator externo, imprevisível e extraordinário, que justifica a revisão das bases do negócio celebrado.

BIBLIOGRAFIA

ANASTASIA, Antônio. Projeto de Lei nº 1179, de 2020. Senado Federal, 02 abr. 2020. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8081779&ts=1586292093706&-disposition=inline>>. Acesso em 08 abr. 2020.

BESSONE, Darcy. Do Contrato – Teoria Geral, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 218.

BRASIL. Lei nº 1.521, de 16 de dezembro de 1951. Altera dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro/RJ, 16 dez. 1951. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/11521.htm>.

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, Brasília/DF, 11 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília/DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma (T3) AgRg no Ag 430.393/RJ. Des. Min. Antônio de Pádua Ribeiro. Julgado em 14.05.2002. Dje 14 mai. 2002a. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200101405575&cd_publicacao=05/08/2002>. Acesso em 09 abr. 2002.

CHAVES, Cristiano de Farias; ROSENVALD, Nelson. Direito dos Contratos. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2011.

CARNEIRO, Guilherme. *In*: ESTADO DE MINAS Gerais. Coronavírus: Consumidores denunciam abuso de preços no álcool em gel durante a quarentena, 26 mar. 2020. Disponível em:

https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2020/03/26/interna_gerais,1132728/coronavirus-consumidores-denunciam-abuso-de-precos-no-alcool-em-gel-d.shtml>. Acesso em 08 abr. 2020.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil. 2007, p. 164.

FIUZA, César. Direito Civil. Contratos. Editora Del Rey, Belo Horizonte: 2010.

FRANTZ, Laura Coradini. Revisão dos Contratos. Coleção Prof. Agostinho Alvim. Saraiva, São Paulo: 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. Volume 4. Contratos. 2. Ed. São Paulo, Saraiva: 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil brasileiro. Volume 3. Contratos e Atos Unilaterais. 9ª Ed. Saraiva, São Paulo: 2012.

HOBSBAWN, Eric. Era dos Extremos: O breve século XI – 1914–1991. Marcos Santarrita (trad.). 2ª Edição, Companhia das Letras, São Paulo: 2002.

LARENZ, Karl. *Lehrbuch des Schuldrechts*, cit., p. 321

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Nota Técnica nº 08/2020. Processo nº 08012.000637/2020-21. 19 mar. 2020. Disponível em: <https://www.novo.justica.gov.br/news/nota-tecnica-orienta-sistema-nacional-de-defesa-do-consumidor-para-analise-de-precos-abusivos/sei_mj-11277339-nota-tecnica.pdf>. Acesso 08 abr. 2020.

J. M. Othon Sidou, Resolução Judicial dos Contratos – Cláusula “Rebus Sic Stantibus” – e Contratos de Adesão – No Direito Vigente e no Projeto do Código Civil, 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PROCON notifica estabelecimentos em Florianópolis por preços abusivos durante a quarentena. In: G1 Santa Catarina. 02 abr. 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2020/04/02/procon-notifica-estabelecimentos-em-florianopolis-por-precos-abusivos-durante-quarentena.ghtml>>. Acesso em 08 abr. 2020.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil. Volume 3. Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie. 9ª Edição. Editora Método, São Paulo: 2014.

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE AO DIREITO SUCESSÓRIO: O ABANDONO AFETIVO COMO FORMA DE EXCLUSÃO NA SUCESSÃO

Antônia Raynara Frutuoso Rodrigues

Nycole Maia Pereira

INTRODUÇÃO

Ao longo da história a família sofreu diversas mudanças no que concerne a sua configuração, como também no que diz respeito ao seu conceito. No ordenamento jurídico brasileiro, a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 refletiu de forma significativa nas questões que envolvem o Direito de Família.

O novo ordenamento constitucional estabeleceu princípios a serem observados em todas as relações jurídicas, inclusive naquelas que envolvem os demais ramos do direito. Nesse sentido, observa-se a importância que a afetividade, como também a dignidade da pessoa humana, implicando em uma nova configuração do conceito de família, no qual o afeto tornou-se a base das novas relações familiares.

Nesse segmento, a ausência de afetividade constitui uma ruptura na responsabilidade afetiva que envolve as relações familiares, não bastando apenas a existência de laços consanguíneos ou mesmo exclusivamente a provisão de bens materiais, devendo ir além, considerando os demais deveres familiares de cuidado e proteção.

Desse modo, as mudanças no conceito de família ao longo da história da ordem jurídica causaram reflexos significativos no Direito Sucessório, tendo em vista a sua íntima ligação com o Direito de Família. Entretanto, tais mudanças não refletiram no âmbito das causas de exclusão sucessória. Isso porque a taxatividade do rol que trata desses institutos demonstra o não reconhecimento por parte do Direito da Sucessão do princípio da afetividade.

Assim, é possível constatar que, apesar do afeto ser a base do atual conceito de família, o Direito Sucessório ainda não admite o abandono afetivo como uma das hipóteses de exclusão do herdeiro necessário, infligindo princípios constitucionais.

Em decorrência desses fatores, o escopo deste estudo é, então, analisar a possível configuração do abandono afetivo como causa de indignidade para fins de exclusão sucessória, haja vista que as necessidades da sociedade são mutantes e o direito não deve ficar inerte diante dessas modificações, a fim de evitar injustiças, resultantes da violação de princípios constitucionais.

Este trabalho justifica-se pela relevância do tema no tocante à defesa do princípio da dignidade das pessoas, como também o da afetividade, haja vista que, embora, o direito de herança seja garantido aos herdeiros, estes não figuram como merecedores de tal benefício, tendo em vista a configuração do abandono afetivo.

1. O DIREITO DE FAMÍLIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO: DELINEAMENTOS HISTÓRICOS E SOCIOLÓGICOS DA CONCEPÇÃO DE FAMÍLIA

O desenvolvimento do conceito de família adotado contemporaneamente é fruto de construções culturais, tendo em vista que sua definição se altera no decorrer da história humana. A ideia de família é um tanto quanto complexa, uma vez que variável no tempo e no espaço. Em outras palavras, cada povo tem sua ideia de família, dependendo do momento histórico vivenciado. Assim, não pode ser visto como um conceito estático, podendo ainda ser considerado como, um conjunto de exigências funcionais que organiza a interação dos membros do mesmo, considerando-a,

igualmente, como um sistema, que opera através de padrões transacionais (DIAS, 2013).

Em face do comprometimento do Estado em proteger esse instituto, é pertinente ao Direito de Família regular as relações existentes, por meio de um complexo de normas, almejando adaptar-se a respectiva época. Entretanto, em virtude da constante transformação em sua estrutura, o conceito de família, não possui uma definição unanime e pacífica, do mesmo modo que o novo Ordenamento Civil e a Magna Carta de 1988 não trouxeram seu conceito.

O Estado por sua vez, intervinha nas relações familiares buscando estabelecer padrões de estrita moralidade e de ordem social. Desse modo, o antigo Código Civil, de 1916, que regulava a família do início do século XX, reconhecia unicamente a família resultante do matrimônio, considerada como legítima, resultando em uma descrição restrita do conceito de família. Além disso, impedia sua dissolução e o que se regulava a respeito dos vínculos extrapatrimoniais e aos filhos ilegítimos eram punitivas e versavam sobre exclusão de direitos a eles relacionados.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve alterações jurídicas significativas, assim, alargou-se o conceito de família, passando a proteger de forma igualitária todos os seus membros. Afastando assim, a ideia de família como o pressuposto do casamento. Desse modo, também foi reconhecida a união estável, tendo em vista as condições essenciais como sentimento, estabilidade e responsabilidade, que a mesma apresentava. Por conseguinte, foi consolidada a natureza afetiva, igualitária e solidária da família e de seus componentes (DIAS, 2013).

O atual código entrou em vigor em 2003, entretanto o projeto original data de 1975, anterior a lei do Divórcio. Em virtude disso, inúmeras modificações foram sofridas pelo texto, em consequência de seu descompasso com o novo ordenamento jurídico advindo da promulgação da Constituição de 1988. Com as mudanças, o Código Civil procurou atualizar os aspectos essenciais do direito de família. Apesar de ter preservado boa parte da estrutura do Código Civil de 1916, incorporou, por sua vez, as mudanças e atualizações legislativas que haviam ocorrido.

Depreende-se que a atual família se configura em um grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade, abandonando o modelo de família patriarcal. Sendo resultado do processo de constitucionalização do Direito Civil, no qual sucedeu uma mudança significativa no parâmetro interpretativo das relações familiares, utilizando-se como base definidora o afeto.

1.1 O DIREITO SUCESSÓRIO E SEUS ASPECTOS JURIDICOS: RELAÇÃO ENTRE O DIREITO DE FAMÍLIA

Em análise as questões práticas pertencentes ao direito, pode-se aferir que o mesmo não pode ser visto apenas como a norma positivada, desvinculada da realidade. Nessa vertente, o Direito de Família configura-se como um sistema autopoietico, se expressando na troca de relações com outros sistemas. Por conseguinte, o mesmo não pode ser compreendido como um único campo de conhecimento, e sim como um ramo interdisciplinar que se entrelaça com as demais vertentes do direito.

Ao verificar a evolução do direito sucessório, percebe-se a influência das relações familiares, uma vez que desde os primórdios há a tendência de que os bens permaneçam na mesma família do *de cuius*. *De acordo com Venosa quando se corporifica a família, nasce a propriedade privada. Como resultado, surge o direito sucessório como fator de continuidade do corpo familiar (VENOSA, 2013).*

O fundamento da transmissão causa *mortis* estaria não apenas na continuidade patrimonial, ou seja, na manutenção pura e simples dos bens da família como forma de acumulação de capital que estimularia a poupança, o trabalho e a economia, mais ainda e principalmente no ‘fator de proteção, coesão e de perpetuidade da família (HIRONAKA, 2007).

O Direito das Sucessões não é vislumbrado de forma independente e desvinculado, já que as regras básicas e gerais para a sucessão são oriundas das relações familiares e de questões reguladas e estabelecidas pelo próprio direito de família. Desse modo, a ligação entre o direito das sucessões com o direito de família é estreita. *Assim, a evolução do instituto familiar, refletiu de forma significativa no respectivo direito,*

fazendo com que as regras de direito sucessório busquem adequar-se as novas realidades sociais.

O Direito Sucessório tem sua origem vinculada ao processo de sedentarismo dos antigos povos, no qual resultou na busca de conservar o patrimônio. Assim, com o falecimento do autor da herança, o patrimônio é transmitido aos seus sucessores, sendo eles principalmente membros de sua família (DIAS, 2013).

Nas primitivas famílias romanas, a continuidade dos bens no mesmo grupo familiar era uma forma de se perpetuar o culto aos antepassados, impedindo sua extinção com o falecimento do pater da família. Ademais, em virtude desse caráter religioso, havia a impossibilidade de renúncia à herança, pois o sucessor tinha o dever de honrar o espírito do falecido (COULANGES, 2006).

O Constituinte de 1988, trouxe uma relevante alteração, alçando a sucessão à categoria de direito fundamental e, portanto, cláusula pétreia. Ademais, o texto constitucional vedou esse ato discriminatório em relação a filiação e consagrou os herdeiros ilegítimos no enquadramento no princípio da igualdade na filiação, seja estes frutos fora do casamento ou adoção.

1.2 CONCEITO E DISPOSIÇÃO NORMATIVA DO DIREITO SUCESSÓRIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO

O momento de abertura da sucessão se dá com o advento da morte comprovada do *de cuius* e, em virtude do princípio da *saisine*¹² originário do direito Francês, a transmissão do patrimônio acontece imediatamente. Em conformidade com o exposto no art.1.784 do Código Civil, que dispõe “aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários” (BRASIL, 2002).

Para identificar o destinatário da herança, é preciso, inicialmente, saber o tipo de sucessão do caso concreto. Por sua vez, o Código Civil consagra em seu texto duas espécies de sucessão *causa mortis*. A primei-

12 É o direito que têm os herdeiros de entrar na posse dos bens que constituem a herança. (VENOSA, p.14)

ra é designada como sucessão legítima, tendo em vista que os bens do de cujus seguirão a ordem de vocação hereditária prevista em lei.

A expressão “legítima” é alvo de críticas pela doutrina, pois advém do antigo ordenamento civil, que discriminava os filhos concebidos dentro da união matrimonial daqueles nascidos fora do casamento. Esses últimos eram denominados ilegítimos, e não podiam ser reconhecidos, conseqüentemente, não podiam herdar, conforme estabelecia o art. 358 o Código Civil de 1916.

No que diz respeito a esse aspecto, Tartuce e Simão (2012) entendem que o termo não seria apropriado, tendo em vista que passaria a falta impressão que haveria uma sucessão ilegítima. Por isso, não mais se justifica a nomenclatura sucessão legítima, levando-se em consideração que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 superou tais preconceitos ao reconhecer juridicamente a união estável e proibiu designações discriminatórias relativas à filiação.

O Código Civil de 2002 prevê, no capítulo V do Título I, a possibilidade de afastar da herança o herdeiro e/ou o legatário. Tais hipóteses que, abrangem a exclusão sucessória, derivam de ato de última vontade do autor da herança ou ainda de previsão lega. Nesse último caso, temos as chamadas penas civis, formadas pela indignidade e pela deserdação.

Destaca-se que, os institutos da indignidade e deserdação apresentam características distintas. Enquanto a indignidade decorre de determinação legal e da vontade dos interessados, que devem propor ação judicial para que seja reconhecida, a deserdação, por sua vez, resulta da própria vontade do falecido, que assim determina por meio do testamento.

Ademais, a pena de indignidade atinge tanto os herdeiros necessários, como também os herdeiros facultativos. Por outra via, a pena de deserdação só atinge herdeiros necessários. Em contrapartida, se faz mister salientar que tanto a indignidade quanto a deserdação deverão ser necessariamente confirmadas por sentença, sob pena de não produzirem seus efeitos, resultando na participação do herdeiro na sucessão, conforme o disposto nos artigos 1.815 e 1.965 do Código Civil.

Tanto a indignidade, quanto a deserdação são sanções civis que recaem sobre todo aquele que perpetrar atos ofensivos ao autor da he-

rança. Nesse segmento, ambas têm por finalidade análogas, que ensejam em punir por razões de ordem ética o herdeiro e/ou o legatário que praticou atos de desprezo e menosprezo para com o autor da herança.

Assim sendo, apesar das diferenças entre os institutos e das divergências doutrinárias quanto à natureza jurídica, configura-se o mesmo efeito prático na herança, constituindo um afastamento do sucessor, tendo em vista a quebra de responsabilidade da relação familiar.

1.3 CONCEITO E ASPECTOS JURÍDICOS DA INDIGNIDADE

No Direito Romano que se encontram os primeiros vestígios acerca do tema. Este ordenamento previa que os bens e pertences ora destinados aos indignos, seriam dedicados ao Império. Era uma forma de punição àquele que houvesse praticado atos reprováveis socialmente contra o autor da herança, inexistindo relação sucessória (CARDOZO, 2018).

Ademais, o Código de 1916 delimitou a exclusão do herdeiro estabelecendo com rigor os seus requisitos. Assim, operava-se como se fosse uma deserção tácita, pronunciada pela Justiça, em casos previamente estabelecidos em lei. Com o advento do Código Civil de 2002, o ordenamento anterior foi revogado, mas o instituto da indignidade não sofreu mudanças significativas. Isso porque a nova legislação, praticamente, repetiu os antigos dispositivos referentes ao Direito das Sucessões, gerando uma estagnação jurídica em face da realidade social contemporânea (PEREIRA, 2006).

A indignidade constitui um caráter de pena civil, no qual priva não só os herdeiros do direito de herança, bem como os legatários, que cometeram atos reprováveis contra o autor da herança. Desse modo, a lei, ao conceder o afastamento do herdeiro indigno, faz um juízo de reprovação, visto tal gravidade do ato.

A sucessão hereditária assenta em uma razão de ordem ética: a afeição real ou presumida do defunto ao herdeiro ou legatário. Tal afeição deve despertar e manter neste o sentimento da gratidão ou, pelo menos, do acatamento e respeito à pessoa do de cujus e às suas vontades e disposições (GONÇALVES, 2014). Tal decisão baseia-se

em uma questão de moral e lógica, visto que a quebra dessa afetividade, mediante a prática de atos inequívocos de desapeço e menosprezo para com o autor da herança, e mesmo de atos reprováveis ou delituosos contra a sua pessoa, torna o herdeiro ou legatário indignos de recolher os bens hereditários.

Para que ocorra a indignidade, é necessário que o herdeiro excluído tenha praticado, em suma, atos contra a vida, contra a honra e contra a liberdade de testar do autor da herança. Nesse segmento o artigo 1.814 do Código Civil (BRASIL, 2002), aduz:

Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:

I - que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente;

II - que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro;

III - que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

Entretanto, ainda que presentes um dos incisos no caso concreto, a exclusão não se dará automaticamente. Exige-se a comprovação e decisão judicial, assegurada ampla defesa ao que a cometeu. A ação, por sua vez, apenas pode ser ajuizada após a abertura da sucessão e deve ser processada em autos distintos do inventário judicial, através de ação própria.

Após decretada a exclusão da sucessão, declarada em sentença, o herdeiro ou legatário indigno perde o direito a receber a herança, a qual passa para os descendentes dos herdeiros excluídos, como se ele morto fosse antes da abertura da sucessão, por força do art. 1.816 do Código Civil de 2002.

Nesse contexto, a finalidade desse instituto constitui no completo afastamento do indigno, por isso após reconhecida a indignidade, por

sentença judicial com efeito declaratório, o indigno perde o direito ao usufruto e à administração dos bens que a seus filhos menores couberem na herança ou à sucessão eventual desses bens, nos termos do art.1.816, parágrafo único do Código Civil.

Maria Helena Diniz conceitua ação declaratória de indignidade como o *fundamento ético da indignidade, pois repugna à ordem jurídica como à moral que alguém venha auferir vantagem do patrimônio da pessoa que ofendeu* (DINIZ, 2013). Ressalta-se ainda que, é possível o perdão do indigno, conhecido como reabilitação, isto é, ato personalíssimo praticado pelo autor da herança, garantindo o recebimento do quinhão sucessório. O art. 1.818 do Código Civil permite essa situação, sob a condição do autor da herança ter expressamente reabilitado em testamento, ou em outro ato autêntico.

Admite-se a reabilitação do indigno por força de testamento ou outro ato autêntico, caso de uma escritura pública (reabilitação expressa). O art. 1.818 do CC, que trata dessa possibilidade, prevê ainda a reabilitação tácita, presente quando o autor da herança contempla o indigno por testamento, quando já conhecia a causa da indignidade (TARTUCE, 2017).

Contudo, o instituto da indignidade, por ter acentuado conteúdo ético, não poderia permitir uma interpretação tão restritiva. Assim, levando em consideração que condutas indignas são sanções civis, as quais não estão na seara penal, logo não se justificaria a aplicação do princípio que proíbe analogia contra o réu. Possibilitando, dessa forma, abarcar outras situações tão gravosas quanto aquelas elencadas, a fim de proteger a dignidade do de cujus, nos casos em que há a ruptura da responsabilidade afetiva existente no vínculo familiar (DIAS, 2013).

1.4 O ABANDONO AFETIVO E SUA INCLUSÃO NAS MODALIDADES DE EXCLUSÃO SUCESSÓRIA: ASPECTOS JURIDICOS DO PRINCIPIO DA AFETIVIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Com a consolidação da Carta Magna de 1988, houve uma sensível mudança na maneira de interpretar as leis, tendo em vista a conversão dos princípios constitucionais, no qual passaram a possuir um

caráter de alicerce normativo. Passando, assim, a apresentar eficácia imediata, sendo imprescindíveis para a aproximação do ideal da justiça. Assim, os princípios constitucionais passaram a informar todo o sistema legal, de modo a viabilizar o alcance a todas as relações jurídicas (DIAS, 2013).

Nesse contexto a doutrina e a jurisprudência têm reconhecido inúmeros princípios constitucionais implícitos, alguns não estão escritos nos textos legais, mas têm fundamentação ética no espírito do ordenamento jurídico para possibilitar a vida em sociedade.

Em meio a esses princípios, observa-se princípios gerais, os quais são aplicados a todos os ramos do direito, como por exemplo o direito da dignidade, igualdade, liberdade, bem como a proibição do retrocesso. Como também, princípios especiais que devem servir como norteadores no momento em que se apreciar uma relação que envolva uma questão familiar, destacando-se entre eles o princípio da afetividade.

À vista, apesar de ser um princípio implícito e não constar no catálogo de direitos fundamentais, tal princípio possui fundamento constitucional, principalmente quando se considera sua inerência ao ser humano. De fato, é inegável que se caracteriza como algo pertinente à subjetividade humana.

Demarcando seu conceito, é o princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico. O princípio da afetividade especializa, no âmbito familiar, os princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da solidariedade (art. 3º, I), e entrelaça-se com os princípios da convivência familiar e da igualdade entre cônjuges, companheiros e filhos, que ressaltam a natureza cultural e não exclusivamente biológica da família (LÔBO, 2011).

A afetividade assumiu paulatinamente importância crescente nas questões familiares, eis que mesmo na família tradicional (biológica e matrimonial) acabou por ser considerada digna de atenção e exercício efetivo. Em outros relacionamentos figurou como único elo a sustentá-los. É possível afirmar que os relacionamentos interpessoais, de modo geral, restaram a partir de então, de alguma forma, influenciados pela indelével marca da afetividade (CALDERÓN, 2013).

Destarte, o afeto não é resultado de uma condição biológica, mas uma solidariedade que deriva da convivência familiar. Assim, como bem assevera Maria Berenice Dias (2013, p. 73) “o sentimento de solidariedade recíproca não pode ser perturbado pela preponderância de interesses patrimoniais”.

A afetividade, como dever jurídico, não se confunde com a existência real do afeto, porquanto pode ser presumida se a este faltar na realidade das relações; assim, a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles. O dever jurídico da afetividade entre pais ou filhos apenas deixa de haver com o falecimento de um dos sujeitos ou se houver perda do poder familiar ou autoridade parental (LÔBO, 2011).

Isto posto, a afetividade que envolve uma pessoa e os seus relacionamentos constitui a sua dignidade, que por sua vez, está protegida pela Constituição Federal de 1988, e é o centro do Direito Civil Constitucional atualmente. Com efeito, o Princípio da Afetividade integra o eixo principal dos avanços verificados no direito de família. Por força do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, do qual decorre e se justifica a existência e importância do Princípio da Afetividade.

1.5 O ABANDONO AFETIVO COMO FORMA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA AFETIVIDADE

O abandono afetivo, versa sobre a prestação de auxílio imaterial, aquilo que não depende de pecúnia e sim de afeto. O abandono moral é tão prejudicial como o abandono material ou até mais, tendo em vista que o afeto não pode ser substituído, e sua ausência pode destruir princípios morais, principalmente quando estes ainda não estão consolidados na personalidade da criança e do adolescente (COSTA, 2018).

A afeição, ligada à vinda de afeto, é representada por um apego a alguém ou a alguma coisa, gerando carinho, saudade, confiança ou intimidade. Representa o termo perfeito para representar a ligação especial que existe entre duas pessoas. É, por conseguinte, um dos sentimentos que mais gera autoestima entre pessoas, principalmente as jovens e as idosas, pois induz à produção de oxitocina, hor-

mônio que garante no organismo a sensação perene de bem-estar (MALUF, 2012).

A negligência ou omissão dos pais em suas relações com seus filhos resulta em lacunas afetivas, traumas e prejuízos morais, o qual irá se tornar um fardo cada vez mais pesado à medida que a prole se desenvolve sem a devida assistência (MADALENO, 2017).

Em contrapartida, o abandono de um familiar, quando na velhice, traz consequências à vítima que ferem aspectos que envolvem a dignidade da pessoa humana, gerando danos emocionais incomensuráveis, que resulta da rejeição daqueles familiares mais próximos (SILVA, 2018).

Assim, nota-se que o afeto assume fundamental importância nas relações de filiação, por se tratar de elemento ensejador da priorização da pessoa humana. Dessa forma, o abandono afetivo, seja na infância ou na velhice, configura-se como uma clara violação ao princípio da afetividade, tendo potencial de trazer danos psicológicos intensos, sendo assim, reflete diretamente no ramo do Direito Civil.

Em conformidade ao exposto, ao haver esse desamparo, a família deixa de cumprir sua obrigação imaterial, cometendo ato ilícito, em virtude das inúmeras consequências que esse ato acarreta, agindo com indignidade ou de modo tão reprovável quanto às hipóteses do art. 1.962 do Código Civil.

Nada obstante, apesar da reforma instituída no Código Civil em 2002, o legislador somente reproduziu os mesmos dispositivos do antigo código de 1916, não se atentando as alterações substanciais ocorridas em sociedade e nem os princípios constitucionais implícitos. Em virtude disso, há uma necessidade de análise do ordenamento jurídico de forma sistêmica e interdisciplinar, aplicando-se o princípio da afetividade no Direito das Sucessões.

Ao não conferir ao testador e nem ao magistrado o poder de avaliar e julgar livremente, se os atos praticados pelo herdeiro resultam na perda do direito, a enumeração de condutas deve ser encarada pelo aplicador como uma justa medida, ou seja, somente circunstâncias que apresentem semelhante gravidade podem também ser consideradas para dar juridicidade à deserdação. Assim, além de grave, tal comportamento deve estar tipificado na lei, ainda que esteja regulando matéria diversa.

A partir do momento em que se admite o diálogo entre os institutos punitivos e as suas hipóteses de incidência, não se está de modo algum agindo de forma temerária, irregular ou casuística, apenas se está buscando proteger a dignidade da pessoa humana por meio de outros dispositivos que igualmente reconhecem a nocividade de diferentes práticas nas relações civis (POLETTI, 2013).

A indignidade tem por objetivo conceder o afastamento do herdeiro indigno, resultante de um juízo de reprovação, visto a gravidade do ato. Assim, de acordo com os ensinamentos de Álvaro Vilaça Azevedo (2004) o descaso entre pais e filhos é algo que merece punição, é abandono moral grave, que precisa merecer severa atuação do poder Judiciário, para que seja preservada a responsabilidade ante o descumprimento do dever de cuidar.

Embora o entendimento pela taxatividade do rol das causas de exclusão sucessória ainda é majoritário, há em contrapartida, um acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que indica para uma mudança da interpretação legislativa. No acórdão, exposto a seguir, o TJ/SP conferiu uma leitura sistêmica do Direito Sucessório em face da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no qual dispôs:

DIREITO DAS SUCESSÕES. INDIGNIDADE. Pretendida exclusão de beneficiário de plano de pecúlio, condenado no âmbito criminal por lesão corporal seguida de morte e ocultação de cadáver. Possibilidade de aplicação do instituto da indignidade em outros campos fora da herança. Incidência do artigo 1.595 do Código Civil de 1916, vigente à época da morte. Rol que não é taxativo. Casos de indignidade que consagram uma tipicidade delimitativa, a comportar analogia limitada. Falta de idoneidade moral do algoz para ser contemplado pelos bens deixados pela vítima. Interpretação teleológica. Enquadramento no espectro finalístico da norma jurídica em análise. Indignidade reconhecida. Sentença reformada. RECURSO PROVIDO.” (Apelação Cível nº 9215521-04.2007.8.26.0000, 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Relator: Desembargador Paulo Alcides, Julgado em 21/08/2013).

Nessa acepção, o referido julgado afirmou que as causas de indignidade não se tratam de um rol taxativo, reconhecendo uma causa não prevista nos incisos do art. 1.814 do Código Civil.

Ademais, o descumprimento dos deveres familiares por parte do herdeiro, por si só, também se faz necessário ser incluído no rol de exclusão sucessória. Devendo-se aplicar uma interpretação extensiva ao invés de taxativa das causas de indignidade, em observância ao disposto constitucionalmente. Esse entendimento é possível em virtude da natureza jurídica da indignidade, no qual constitui multa civil, não correspondendo ao tratamento análogo dado ao Direito Penal, quer dizer, aplicação do princípio da taxatividade e vedação à analogia.

É uma questão de moral e lógica de que quem incorrer em abandono afetivo seja impedido de receber o patrimônio do falecido, em virtude de sua ausência afetiva durante a vida do mesmo. Isto posto, é precípuo abarcar outras situações além das já positivadas, interpretando as hipóteses como cláusulas abertas e em conformidade com os princípios basilares do ordenamento jurídico brasileiro. Haja vista, a necessidade do Direito Sucessório de se adequar às novas configurações familiares, garantindo a plena eficácia dos princípios constitucionais.

1 CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente estudo demonstrou a necessidade de incluir o abandono afetivo como uma das causas de exclusão sucessória com intento a adequar o Direito Sucessório ao ordenamento constitucional e aos princípios que regem o Direito de Família. Almejando adaptar tal instituto às transformações sociais, e os princípios constitucionais implícitos aplicados à legislação civil, em especial no âmbito do Direito de Família.

Conforme o observado no decorrer do estudo, a Constituição Federal de 1988 alterou significativamente o objetivo do direito da família, introduzindo a proteção à pessoa humana e a valorização do afeto, como pedra angular das relações familiares, superando o entendimento que previa a proteção apenas do patrimônio.

A ausência de afetividade entre pais e filhos é algo grave, pois está atrelada necessariamente a ausência da consciência da importância do cuidar do outro e ampará-lo em suas necessidades. Constituindo, assim, uma violação a responsabilidade inerente as relações familiares, um claro desrespeito ao princípio constitucional da afetividade.

Em vista disso, conclui-se que o Código Civil se encontra em desarrajo com as atuais configurações sociais, pois não acompanha as mudanças do cenário da sociedade e nem os princípios constitucionais implícitos. Assim, deve-se levar em consideração que as relações familiares vão além de questões apenas patrimoniais, não permitindo que tais interesses se sobressaiam em detrimento aos sentimentos de afeto e solidariedade recíproca.

Assim sendo, verifica-se a necessidade de inclusão da hipótese de exclusão sucessória por abandono afetivo, no rol que compreende o art. 1.814 do Código Civil e por essa razão, é primordial uma interpretação extensiva do artigo, a fim de modificar tal situação e dar amparo legal a tal situação. Ressalta-se que a afetividade deve ser analisada em cada caso concreto, tendo em vista seu complexo tratamento, visando à compatibilização das normas infraconstitucionais ao disposto na Carta Magna.

2 METODOLOGIA

O presente trabalho foi desenvolvido através do método de abordagem essencialmente qualitativo, tendo em vista a análise das doutrinas e a incansável pesquisa empenhada. A nossa metodologia se baseia em uma construção dogmática, usando critérios de cientificidade encontrados nos conceitos aceitos hoje pela pesquisa no âmbito social, bem como regulamentação ABNT.

Através da pesquisa teórico-dogmática, tendo como base conhecimentos de caráter interdisciplinar, foi possível definir um entendimento para a adequada aplicação do princípio da afetividade no que diz respeito aos ditames de Direito das sucessões. Dessa forma, voltou-se o trabalho, dentro da hipótese de que a aplicação de tal princípio é de suma importância para o dispositivo vigente, o que não ocorre por uma desatualização no certame civil pátrio.

3 REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Jornal do Advogado**, OAB, São Paulo, n 289, p. 14, dez, 2004.
- CALDERÓN, Rodrigo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.
- CARDOZO, Alice Teodosio dos Santos. **O ABANDONO AFETIVO COMO CAUSA DE EXCLUSÃO DO HERDEIRO NECESSÁRIO NA SUCESSÃO**. 2018. 64 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <<https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/6748/2/ATSCardozo.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2019.
- COSTA, Walkyria C. N. **Abandono Afetivo Parental**. Revista Jurídica Consulex. Brasília, 2008.
- COULANGES, Numa-dénys Fustel de. **A Cidade Antiga**. 2006. Traduzido. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/services/e-books/Fustel%20de%20Coulanges-1.pdf>>. Acesso em: 16 dez. 2019.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. rev, atual e ampl, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- DINIZ, Maria Helena. **Manual de Direito das Famílias**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 2ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A Nova Principiologia Do Direito Direito De Família E Suas Repercussões**. 2015. Disponível em: <<https://www.trabalhosfeitos.com/ensaios/a-Nova-Principiologia-Do-Direito-Direito/69806257.html>>. Acesso em: 05 jan. 2020
- _____. **A repersonalização das relações de família**. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5201>. Acesso em: 15 de dez. 2019.

- _____. **Socioafetividade em família e a orientação do STJ:** Considerações em torno do REsp 709.608. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25365/socioafetividade-em-familia-e-a-orientacao-do-stj>>. Acesso em: 04 jan. 2020.
- MADALENO, Rolf. **Direito de Família.** 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017
- MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Direito das famílias: amor e bioética.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões.** 16^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- POLETTI, Carlos Eduardo Minozzo. **Indignidade sucessória e deserção.** São Paulo: Saraiva, 2013.
- SILVA, Milena Matos da. **EXCLUSÃO DA SUCESSÃO: IMPORTÂNCIA DA INCLUSÃO DO ABANDONO AFETIVO INVERSO ENTRE AS HIPÓTESES DE EXCLUSÃO DA SUCESSÃO.** 2018. 49 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2018. Disponível em: <<https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/27818/1/Monografia%20-%20Milena%20Matos%20%20Exclus%C3%A3o%20da%20sucess%C3%A3o%20pdf.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2020.
- TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil.** 7. ed. São Paulo: Método, 2017.
- TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito de Família.** 7. ed. Rio de Janeiro: Método, 2012.
- VENOSA. Silvío de Salvo. **Direito Civil: Direitos de Família.** 13 ed. 2013.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro.** Vol 7. Ed. 6. São Paulo: Saraiva, 2014.

A PROIBIÇÃO DO DIREITO DE AMAR - A TUTELA DA ALIENAÇÃO PARENTAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Suelen Augusta da Cunha

Luis Henrique Gonçalves de Azevedo Pinto

I – OBSERVAÇÕES PRELIMINARES

No início tudo eram flores, sonhos e ilusões e, com o rompimento da relação conjugal, tudo se transforma em desafeto, tristeza e decepção, não raras as vezes. Mas para aqueles que não conseguem interiorizar e aceitar a nova realidade, fato é que se torna muito mais difícil lidar com a nova vida que se vê diante.

A partir das desavenças oriundas da separação dos genitores, alguns traços “perversos” de sua personalidade, que antes eram desconhecidos, passam a ser revelados, o que pode causar espanto e decepção ao outro genitor. Muitas vezes, a postura do genitor alienador poderá, ainda, ser aliada a descoberta de patologias psiquiátricas, como por exemplo as manias de perseguição ou os *borderlines*.

E assim, como era uma vez uma família, o genitor que não aceitou bem o término do relacionamento, pode se ver inserido de forma inconsciente, na iminência de empreender algumas práticas que põem em xeque o relacionamento parental da Criança com o outro genitor.

É uma situação de extremo desequilíbrio que atinge principalmente a criança que, inconscientemente, e diante das falsas memórias, de

castigos, de abusos psicológicos, maus tratos, dentre outras situações, que lhe são imputadas em relação ao outro genitor, começa a perder referências e o amor que tinha do genitor alienado.

Dessa forma, cabe pontuar que a Alienação Parental consiste num fenômeno psicológico reconhecido juridicamente, onde há atuação de um genitor, utilizando-se da pessoa da criança como meio atingir o outro genitor ou familiar. De tal maneira, é possível constatar o abuso de um dos genitores no que toca a sua autoridade parental face à pessoa dos filhos.

Esta situação, não é difícil de acontecer, e é tema de atual relevância no cenário jurídico moderno, e neste estudo, será feita uma análise sintética em relação ao Ordenamento Jurídico brasileiro. Para além do que se possa identificar em um processo de guarda e/ou divórcio entre os pais, nota-se que tais atos não são restritos àqueles que passam por um processo judicial.

II – O QUE É A ALIENAÇÃO PARENTAL?

A Alienação Parental é fato social com reflexos jurídicos cuja alegação, infelizmente, “já caiu no costume” dos litígios familiares. Entretanto, apesar de corriqueiro, não deve ser menosprezado, pois constitui ato atentatório contra a dignidade da pessoa humana, contra os direitos de personalidade da Criança e ao direito à convivência familiar. É ato mesquinho, ardiloso e gravíssimo, que caso não detectado, interrompido e repreendido, poderá causar prejuízos irremediáveis à Criança, que a acompanhará durante toda a sua vida.

De forma teórica, a Alienação Parental é definida como “*um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegritória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificação. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz a “lavagem cerebral, programação, doutrinação”)* e contribuições da própria criança para caluniar o genitor-alvo” (GARDNER, 1985)[3].

No estudo de Gardner, a Alienação Parental também pode ser compreendida como uma forma de abuso emocional às Crianças, visto que tem por objetivo o enfraquecimento progressivo ou até mesmo o

rompimento de todo a confiança, empatia e sossego que o filho tem no outro familiar.

E tal absurda reação é muitas vezes proveniente de disputas judiciais sobre guarda, o sentimento de abandono, de vingança por ter sido deixado ou traído, de frustração perante um relacionamento que não deu certo, de todas as expectativas frustradas e sonhos destruídos, ou pelo ex-companheiro ter entrado num outro relacionamento após o rompimento conjugal, por uma psicopatia, involuntariamente ou simplesmente por não aceitar o fim do relacionamento até então existente.

O renomado jurista Rolf Madaleno ensina que a Alienação Parental é altamente destrutiva, pois *“consegue que os filhos inventem fatos, respaldem mentiras e esqueçam momentos de felicidade”*. (MADALENO, 2019) [4].

Buscando diferenciar a Alienação Parental da Síndrome de mesmo nome, pode-se concordar com Douglas Darnall quando expõe que *“Alienação Parental é a fase que precede a Síndrome, ou seja, quando ainda não está intraprojetado na mente das crianças o aborrecimento do pai alienador em desfavor do alienado, é a fase centrada no comportamento parental”* (DARNALL, 1997) [5].

Dessa forma, enquanto na prática da Alienação Parental o “agente ativo” é o genitor alienador, quando a Síndrome já se encontra instaurada, é a própria Criança que figura como “agente ativo”, portando-se de forma acompanhada ou até mesmo independente do genitor alienador.

Por mais que se diga que, em regra geral, a prática de atos de Alienação Parental é exercida pelo genitor detentor da guarda (em geral, a mãe), não é possível excluir da análise fática específica as hipóteses de outros membros da família, como tios e avós, ou até mesmo o genitor não guardião praticarem essa indigna e perversa alienação.

Não é só porque foge da regra geral que o Poder Judiciário não poderá analisar o caso concreto e confirmar a ocorrência de prática alienadoras, podendo inclusive, ter por foco não uma Criança, mas outra pessoa em situação de vulnerabilidade, como os Idosos e as Pessoas com Deficiência.

Há vários estudos sobre o tema, mas certo é que, as mães podem se tornar, nestes casos, superprotetoras, mesmo que muitas vezes inconscientemente. Passam a querer exercer sozinhas o lugar em que o

pai ocupava também na vida daquele filho, afastando-os do convívio mútuo, muitas vezes castigando a criança quando ela deseja se aproximar do alienado.

Ao que se percebe, nas situações de prática de Alienação Parental, o familiar alienador apresenta um quadro de ressentimento pelo fim do relacionamento, ou até mesmo, pelo que acredita ter sido o fim da família como um todo, passando a praticar alguns atos que visam o afastamento cada vez maior da Criança com o outro familiar, como se pretendesse fazer com que a Criança ou a pessoa vulnerável entenda que apenas o genitor alienador bastasse em sua vida e fosse sua melhor, e às vezes até, única opção.

Há também a possibilidade do familiar “prejudicado”, numa forma de trauma e embaraço psicológico, exercer o papel de alienador “reverso”, ou seja, está no meio de atos de Alienação Parental formulados pelo outro genitor e, para se defender ou, mesmo em situação de raiva pelo ocorrido, atua contra o outro genitor, passando a rebater as condutas da mãe, com a mesma conduta reversa, atacando-a.

Nesse tipo de situação, onde se verificam presentes atos configurados como alienação parental, exercidos por ambos os genitores ou múltiplos familiares, há uma verdadeira guerra emocional e psicológica onde a Criança é a mais afetada pois, a despeito de receber “influências” de ambos os lados, a Criança pode vir a ser isolar da família como um todo.

Para se ter uma idéia de quão devastante tal situação pode ser para um menor, em alguns casos as alegações que o genitor alienador faz, podendo ser até mesmo uma falsa alegação de abuso sexual, a convivência familiar da Criança com o familiar alienado pode ser suspensa de forma liminar, isto é, sem que a parte prejudicada tenha a oportunidade de esclarecer a questão antes de ser proferida uma decisão judicial que irá mudar consideravelmente a vida daquele arranjo familiar.

Nos casos em que houver alegação de abuso sexual é exigido muito cuidado e sensibilidade por parte dos advogados, magistrados, psicólogos e assistentes sociais, para que seja analisado o fato ocorrido e distinguido uma situação de cuidado parental para uma de abuso sexual.

A exemplo de um pai que enquanto convive com a filha menor, é o responsável por auxiliá-la no banho, trocar as roupas etc. O liame

entre o cuidado e o abuso é muito tênue, pelo qual a situação deve ser analisada com bastante cuidado e, sempre, priorizando o superior interesse da Criança, visto que qualquer decisão judicial que altere a convivência familiar, poderá causar prejuízos irremediáveis na vida da Criança.

Portanto, nos processos em que tal situação é verificada, membros do judiciário, advogados e equipes interdisciplinares (compostas por psicólogos, assistentes sociais, terapeutas etc, de acordo com cada caso), devem ser sensibilizados com a real situação emocional da criança alienada, que é sempre a pessoa mais prejudicada. É a vítima da Alienação Parental e não está sendo preservada em disputas entre os pais (DIAS, 2017) [6].

É envolta em mentiras, em situações que em nada preservam a sua condição de criança. E com o tempo, as memórias vão se intensificando e o convívio com o genitor vai ficando muito mais escasso e alimentando ainda mais o sentimento mentiroso e equivocado criado pelo alienante (ou alienador)(FEITOR, 2017) [7][8].

Além do mais, a Alienação Parental enquanto prática que aflige a estabilidade, a coerência e até mesmo a integridade psicológica da Criança, consiste em abrupta violação aos Direitos de Personalidade da Criança, mais grave que isso, impede que a Criança alienada desenvolva de forma sadia e regular sua personalidade, o dano suportado pelo menor não é só imaginário e subjetivo, é real e palpável.

É ainda pior, quando se constata que a Alienação gera um dano afetivo e familiar, podendo ser percebido que o objetivo do alienador é impedir que a Criança exerça o direito *personalíssimo* de amar seu próprio pai ou mãe.

III – A ALIENAÇÃO PARENTAL E A SUA TUTELA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Constituição de 1988, popularmente conhecida como a Constituição cidadã, considerou a família como base da sociedade, e previu a “proteção da família como célula principal da sociedade, e o Estado reconhece-a como sua instituição-base, prevendo mecanismos próprios de preservação e defesa” (BITTAR, 2003) [9].

O instituto do poder familiar substituiu o pátrio poder elencado no Código Civil de 1916, e que pode ser entendido como uma situação mais de dever e menos de poder, o que significa a efetivação da dignidade dos filhos, da convivência familiar, do zelo pela integridade física e moral da criança e do adolescente e que sofreu grandes alterações na evolução do Direito de Família.

Pode-se dizer que a posição da Criança na família passou por uma mudança de paradigma pois, enquanto vivíamos sob a égide de uma sociedade familiar patriarcal, os menores possuíam uma função meramente figurativa, sem qualquer atenção especial, proteção, prioridade e, ousa-se dizer, sem dignidade.

Na atual situação da família brasileira, a Criança tomou o espaço central da família, passou a despertar olhares de atenção, cuidado, proteção, adquirindo-se algum poder decisório e, felizmente, tem sido cada vez mais compreendida como uma pessoa em desenvolvimento dotada de dignidade.

Conclui-se assim, que a família pós Constituição Federal de 1988 e contemporânea tem como ideal específico fazer valer em seu âmbito a dignidade de seus membros como forma de alcançar a felicidade de cada um deles. A realização de sonhos, a concretização do amor, o compartilhamento de angústias e sofrimentos, enfim, a preservação desse “Lar, Lugar de Afeto e Respeito”, expressão cunhada pela ilustre doutrinadora Maria Berenice Dias (DIAS, 2010) [10].

De forma expressa, a Constituição Federal brasileira, elenca alguns dos direitos da família e no seu artigo 226, dispõe que “*a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado*”, e, no seu parágrafo 8º, no mais amplo sentido do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e atento ao papel do Estado na intervenção dos direitos da família, preceitua que “*O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações*”.

Em sequência, o artigo 227º do mesmo diploma legal prevê alguns direitos das crianças e dos adolescentes, responsabilizando a família - especialmente os genitores - para garantir a efetividade de tais direitos, a exemplo do direito à vida, à dignidade, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, buscando também proteger os infantes de qualquer tipo de violência, crueldade e opressão.

No mesmo sentido e tutelando os direitos dos menores, o Código Civil (de 2002), em seu artigo 1.637, dispõe que: *“Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha”*.

A Lei, sempre visando respaldar os anseios sociais e os litígios que chegam aos Tribunais e, no presente caso, de assunto tão comentado, discutido e de repercussão doutrinária e jurisprudencial, paulatinamente foi tutelando os abusos que dão causa ao acometimento da Alienação Parental.

Interessa constatar que, a despeito dos moldes patriarcais de família do século passado, a participação do Pai hoje em dia é muito mais ativa. Deve-se a isso a conferência de igualdade entre os cônjuges e a inserção da mulher no mercado de trabalho. Se antes o pai era quem provia a subsistência familiar e a mãe era responsável pelos cuidados domésticos e familiares, a realidade brasileira passou a observar a coparticipação dos genitores no custeio das despesas familiares e, também, nos cuidados com a casa e filhos.

Como consequência na igualdade entre os genitores para com as responsabilidades financeiras e de educação familiar é que, nas situações de dissolução da sociedade conjugal, os pais passaram a buscar seus direitos de Guarda e Convivência Familiar de uma forma consideravelmente maior que os genitores que vivenciaram o modelo familiar patriarcal.

Os pais que vivenciaram esse novo modelo de família passaram a entender que o divórcio ou a dissolução da união estável é um instituto que rompe tão somente com o vínculo marital, não causando nenhum efeito sob os vínculos decorrentes da parentalidade.

E isto nos faz entender que há casais que se separam e continuam a manter uma relação saudável, muitas vezes somente em razão dos filhos e outros que passam a ser verdadeiros rivais como em um campo de guerra. Usam de todos os recursos e chantagens para sabotar a relação do filho com o outro genitor. E isto, apesar de ser mais falado pelos doutrinadores e estudado neste século, foi tratado por Richard Gardner em 1985.

Diante das situações de beligerância entre os genitores, a suspensão do poder familiar daquele que pratica atos de Alienação Parental, era a medida que se tomava nos casos em que ficasse comprovado o abuso daquele genitor no exercício do seu poder familiar. Isto porque se torna razoável afastar o genitor que exerce o domínio e faz incutir na cabeça do menor falsas memórias, do seu convívio.

Em situações mais gravosas ou quando se percebe a reiteração das práticas de atos de Alienação Parental, há a possibilidade do juiz decretar a perda do poder familiar (artigo 1.638 do Código Civil), visto que, apesar de consistir medida extrema, o melhor interesse da Criança é o que deve prevalecer.

Paulatinamente, de acordo com as atuais necessidades de proteção dos menores, foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro, após um projeto de lei criado em 2008, a Lei nº 12.318 de 2010, que foi sancionada e veio conceituar a Alienação Parental no ordenamento jurídico brasileiro, e exemplificar as condutas que a criam, dando respaldo jurídico a decisões que já eram tomadas antes da sua entrada em vigor[11].

Em seu artigo 2º, a Lei da Alienação Parental dispõe: “*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.*”

O cenário da Alienação Parental já existia e continuou a existir, todavia foi tutelado pela Lei acima referida e mais atualmente foi tutelada também pela Lei nº 13.431, de 2017, que reconheceu como violência psicológica os casos em que a criança ou o adolescente é vítima ou testemunha de violência. Para, além disto, reconheceu como ato de violência psicológica o ato que corresponde à alienação parental (artigo 4º, II, b).

Inovou, ao reconhecer a Alienação parental como violência psicológica, e atribuiu ao juiz as prerrogativas de aplicar as medidas protetivas da Lei Maria da Penha (de acordo com a Lei 13.431/2017, art. 4º, II, b) c/c art. 6º) e, caso sejam descumpridas algumas (ou alguma) das medidas impostas, o juiz pode, ainda, aplicar prisão preventiva, de acordo com o artigo 20 da Lei Maria da Penha.

O problema jurídico é que muitas vezes quem possui a guarda é quem está praticando os atos de Alienação e, de acordo com a lei, é quem tem a responsabilidade de impedir que atos atentatórios contra a dignidade dos menores ocorra.

Partindo do pressuposto de que o genitor guardião estaria praticando atos de Alienação Parental e, a depender da gravidade do caso, o magistrado para se determinar a prisão preventiva do alienador, utilizando-se analogicamente das medidas contidas na Lei Maria da Penha, há que se refletir sobre a necessidade de, na mesma decisão, ser alterada provisoriamente a Guarda da Criança, ou, ainda, caso melhor juízo, protegê-la temporariamente numa família substituta, consoante disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Afinal, o melhor interesse da Criança pode não ser compatível com a alteração da Guarda para o outro genitor, devendo o juiz analisar todo o arranjo familiar em que a Criança está inserida, verificando se há outro familiar próximo que tenha condições de ficar com a Criança, ou ainda, providenciar uma família substituta para a Criança viver temporariamente.

De tal modo, a lei busca coibir não a consequência dos atos (que se insere na vida do menor) e sim o próprio ato da Alienação Parental, como expresso no artigo 4º, II, da Lei 13.431 de 2017, prevendo inclusive, o acompanhamento psicológico da Criança numa tentativa de reverter ou minimizar os prejuízos causados pela perversa prática.

Por outro lado, observa-se com a experiência forense, que os Tribunais de Justiça estão cada vez mais receosos e inseguros em decidir os litígios onde constam alegações de Alienação Parental.

Percebe-se também, que este conflito psicológico é, por diversas vezes, menosprezado ou mal compreendido. Parte dos operadores do Direito rejeita algumas das práticas de alienação, reconhecendo-se apenas como espécie de “campanha difamatória qualificada”, ou de forma extrema, apenas quando a Criança chegou a sofrer tamanha alienação, que não sabe mais distinguir os fatos ocorridos e os implantados em sua memória e reproduzidos como se de fato tivessem ocorrido.

O Poder Judiciário brasileiro precisa, ao que se percebe, aprofundar os conhecimentos sobre essa delicada matéria, seja para ter a segurança de tomar medidas preventivas e inibitórias de tais práticas, seja

para determinar repreensões ao familiar alienador e aplicar-lhes punições, sendo a maior destas, a perda do Poder Familiar.

Dessa forma, apesar das críticas e movimentos que visam revogar a Lei de Alienação Parental, é preciso reconhecer os avanços doutrinários e jurisprudenciais que a aludida legislação possibilitou. Revogar o diploma legal não inibirá que os genitores mal-intencionados manejem falsas alegações de Alienação Parental, entretanto, o remédio processual para tais posturas não é a revogação legislativa, mas sim, perda de prerrogativas no exercício do Poder Familiar e, no âmbito processual, a condenação em Litigância de Má-Fé e a responsabilidade pelos danos causados às partes e ao processo.

IV – CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Alienação Parental, apesar de ter sido pela primeira vez assim tratada e nomeada por Richard Gardner, não era fato estranho nos litígios judiciais familiares, por vezes reconhecida pelo magistrado, eram aplicadas punições sob a forma de redução das prerrogativas do genitor alienador, aplicando-se por analogia o que concerne sobre os atos praticados pelos pais contra a pessoa dos filhos.

Os pais que não conseguem tratar psicologicamente das questões da conjugalidade, sem deixar com que isto interfira nas questões da parentalidade, acabam por afetar seus filhos com os seus problemas decorrentes da separação e, passam a agir de forma arbitrária, devastadora e cruel com a criança alienada, nos casos em que a Alienação Parental se encontra demonstrada.

O convívio familiar não pode ser rompido por um dos genitores em relação ao outro, sem violar os direitos da criança e/ou adolescente expressamente previstos na Constituição, salvo por decisões judiciais fundamentadas e respaldadas. Um genitor não pode impedir o convívio com o outro sem qualquer justificação. Isso afeta o direito da criança a conviver com os seus ascendentes e todos os seus familiares.

Não obstante ter sido o Brasil um dos países precursores em relação à legislação sobre Alienação Parental e apesar de já tratar dos casos antes da promulgação da referida Lei, com embasamento em sua legislação então vigente, como o Código Civil e o Estatuto da Criança e do

Adolescente, bem como na Constituição da República Federativa do Brasil, muito caminho ainda deve ser percorrido para que sejam efetivamente tutelados em processos os direitos das crianças, vulneráveis neste tipo de processo e expostas as mais degradantes situações, o que implica em uma perda significativa da qualidade da sua infância e da construção de um adulto sem traumas ou sem marcas psicológicas que são imensamente difíceis de serem tratadas e curadas.

A Alienação Parental é, portanto, prática abusiva contra os Direitos de Personalidade da Criança, especificamente o direito à integridade psicológica, viola também o direito à convivência familiar e, de forma cruel, o direito da Criança de amar seus próprios pais e familiares.

Apesar das críticas e movimentos que buscam revogar a Lei da Alienação Parental, essa lei trouxe inovações doutrinárias e jurisprudenciais, concedendo aos julgadores um leque de possibilidades para impedir, interromper e reprimir situações familiares em que a Alienação Parental se verifica presente.

Dessa forma, a manutenção da legislação específica é, de acordo com a doutrina majoritária, uma medida extremamente necessária para que o princípio da Dignidade da Pessoa Humana e do Melhor Interesse da Criança possam ser consagrados e, assim, a Criança possa exercer livremente seu direito à convivência familiar e, finalmente, obtenha a proteção judicial do seu direito personalíssimo de amar.

Bibliografia:

- [1]Doutoranda pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa/PT, em Ciências Jurídico Cívicas. Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa/PT, em Ciências Jurídico Internacionais. Pós graduada em Direito de Família pela Universidade Cândido Mendes – RJ/Brasil. Graduada pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – MG/Brasil. Advogada no Brasil e em Portugal. E-mail: suelenaugustadacunha@gmail.com
- [2]Mestrando e Especialista em Direito dos Contratos e da Empresa pela Escola de Direito da Universidade do Minho. Possui curso breve de pós-graduação em Responsabilidade Médica pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Graduado em Di-

reito pela Universidade Católica de Pernambuco. Advogado no Brasil e em Portugal. E-mail: luishenriqueazevedo.adv@gmail.com

- [3] GARDNER, Richard Alan. “*The parental alienationsyndrome*” 1985, p.2. Disponível em <http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>. Acesso em 16 de janeiro de 2019.
- [4] MADALENO, Rolf. Manual de Direito de Família. 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 134.
- [5] DARNALL, Douglas. Uma definição mais abrangente de Alienação Parental. Disponível em: «www.apase.org.br». Acessado em 25 de março de 2020.
- [6] DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. *Op. Cit.*, 2017, p. 572.
- [7] FEITOR, Sandra Inês. Paradigmas Jurídico-Processuais para a Reinstituição Familiar: Alienação Parental e o Somatório de Perdas Irreparáveis. In Alienação Parental – VI Congresso Nacional e IV Congresso Internacional. Belo Horizonte: Poesias Escolhidas Editora, 1ª Ed., 2017, p. 79.
- [8] De acordo com a Organização Mundial da Saúde a Alienação Parental pode causar danos efetivos que desencadeiam um estresse tóxico na criança. As crianças submetidas à Alienação Parental podem ficar destruídas psicologicamente e emocionalmente.
- “O termo “alienação parental” ou “alienação dos pais” foi registrado na **Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde** (CID -11). O CID-11, que será apresentado para adoção dos Estados Membros em maio de 2019 (durante a Assembleia Mundial da Saúde), entrará em vigor em 1º de janeiro de 2022.” Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6717/OMS+reconhece+a+exist%C3%A2ncia+do+termo+Aliena%C3%A7%C3%A3o+Parental+e+o+registra+no+CID-11>>

- [9]BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Direito civil constitucional. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 28.
- [10] DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010, p. 27.
- [11] Maria Berenice Dias tratou do assunto em seu artigo denominado “*Uma nova lei para um velho problema*”. Disponível em:<http://www.mariaberenice.com.br>. Acesso em: 23 de janeiro de 2019.

A VIOLÊNCIA CONTRA A CRIANÇA E O ADOLESCENTE NO CONTEXTO FAMILIAR: O EXERCÍCIO ABUSIVO DA AUTORIDADE PARENTAL ENQUANTO ÓBICE À CIDADANIA E DIGNIDADE INFANTOJUVENIL

Alisson Rodrigo de Araújo Oliveira

1 INTRODUÇÃO

A violência contra crianças e adolescentes consiste em verdadeiro fenômeno social há muito existente nas mais diversas sociedades e culturas. Segundo levantamentos da UNICEF (2019), as projeções para o futuro são preocupantes. Para que se tenha dimensão, alguns estudos mostram que “No Brasil, 70% das notificações de vítimas de estupro referem-se a crianças e adolescentes.” (UNICEF, 2019). O impacto dessa informação é ainda maior ao percebermos que desses, “[.] em 70% dos casos, os agressores são amigos, conhecidos da vítima ou mesmo familiares mais próximos como pais, padrastos e irmãos.” (UNICEF, 2019). A agressão sexual, nesse sentido, é apenas uma das faces possíveis da violência, que também pode se manifestar de maneira física, psicológica, institucional, financeira, e tantas outras.

Em 2019, temos completos 30 anos da Convenção sobre os Direitos da Criança e 29 anos do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), diplomas que conjuntamente com a Constituição Federal de

1988 proporcionaram inúmeros avanços em matéria de defesa dos direitos das pessoas em desenvolvimento. Contudo, muito ainda precisa ser construído no sentido de garantir ao público em questão o pleno exercício da cidadania e a efetivação dos direitos humanos que lhe assistem, tarefa que necessariamente transita pelo exercício responsivo do “poder familiar” [expressão a qual problematizaremos adiante]. Nesse sentir, resta evidente que [não apenas, mas especialmente] os princípios da *Dignidade Humana* (Art. 1º, II, CF), *Proteção Integral* (Art. 227, CF) e o *Melhor Interesse da Criança e do Adolescente* [este último decorrente dos dois primeiros] dialogam entre si, com o objetivo de nortear o exercício da autoridade parental e garantir às pessoas em desenvolvimento as condições necessárias ao pleno exercício de seus direitos e de sua cidadania.

Conforme a urgência do problema em pauta, o objetivo geral desta pesquisa é refletir sobre a violência contra a criança e o adolescente no contexto familiar enquanto uma manifestação do exercício abusivo da autoridade parental, a partir de um breve diálogo com a sociologia e a psicanálise de orientação winnicottiana.

Em sendo assim, nossos objetivos específicos consistem em: a) descrever de maneira breve os principais aspectos histórico-evolutivos da estrutura familiar, especialmente no tocante à autoridade parental; b) destacar na legislação pátria e nos estudos especializados as principais garantias e desafios no sentido de promover cidadania e garantir dignidade às crianças e adolescentes; c) contextualizar, em linhas gerais, a urgência do problema da violência no âmbito familiar, demonstrando que esta se relaciona com o exercício desmedido da autoridade parental.

Por fim, muito embora se tenha identificado a existência de outras pesquisas acadêmico-científicas realizadas na linha temática central desta reflexão, que tem por objeto a violência contra crianças e adolescentes decorrente dos abusos da autoridade parental, nosso recorte diferencia-se na medida em que traz consigo reflexões multidisciplinares e o compromisso em seguir um certo rigor metodológico, por vezes ausente na realidade das pesquisas jurídicas. Para tanto, optou-se pela proposta taxionômica de Vergara (2016) a fim de dividir a pesquisa quanto aos fins a que se destina e quanto aos meios de investigação compreendidos pelo pesquisador. Em sendo assim, quanto aos fins, temos

uma pesquisa descritiva e explicativa; quanto aos meios, esta consiste em uma investigação bibliográfica.

2 OS VÍNCULOS AFETIVOS PATERNO(MATERNO)-FILIAIS: BREVES CONSIDERAÇÕES EM SOCIOLOGIA E PSICANÁLISE

Ao nos debruçarmos sobre o estudo das famílias, a temática dos afetos – e conseqüentemente da vida afetiva – comumente entra em pauta nas discussões sobre as relações do cotidiano intrafamiliar. Toda relação paterno(materno)-filial, ou seja, aquela que se desenvolve entre pais e filhos, pressupõe a existência de afetividade, por força do princípio de mesmo nome. Nesse sentido, impende esclarecer que “A vida afetiva, ou os afetos, abarca muitos estados pertencentes à gama prazer-desprazer, como, por exemplo, a angústia em seus diferentes aspectos – a dor, o luto, a gratidão, a despersonalização [...]” (BOCK; FURTADO; TEIXEIRA, 2008, p. 164). Ademais, é certo que a palavra afeto [frequentemente utilizada de maneira genérica pelo Direito] traduz, conforme ensinam Bock, Furtado e Teixeira (2008, p. 165) que “Existem dois afetos que constituem a vida afetiva: o amor e o ódio. Eles estão sempre presentes na vida psíquica – de modo mais ou menos integrado –, associados aos pensamentos, às fantasias, aos sonhos, e se expressam de diferentes modos na conduta de cada um.” Seguindo por esse caminho, convém destacar que os afetos podem manifestar-se enquanto emoções, que são estados de maior força e intensidade, ou sentimentos, que consistiriam em estados mais duradouros e moderados. Neste momento, trataremos especificamente com o afeto-base amor, um dos vetores mais comuns e importantes na relação entre pais e filhos.

Destarte, a busca por um direcionamento teórico na psicanálise de orientação winnicottiana é importante visto que “O universo dos afetos é comunicável na medida em que as representações de coisa e palavra formam, com os afetos, um complexo psíquico inteligível. É importante lembrar aqui que, para a Psicanálise, não há afeto sem representação, isto é, sem ideia.” (BOCK; FURTADO; TEIXEIRA, 2008, p. 165). Por conseguinte, tomando por base os estudos desen-

volvidos por Winnicott (1896-1971) [psicanalista inglês], que ao longo de sua trajetória se dedicou especialmente aos estudos sobre a primeira infância e a influência dos vínculos entre criança-mãe e criança-cuidadores próximos no desenvolvimento do infante, destacam Bock, Furtado e Teixeira (2008, p. 170) que:

A criança, desde sua vida intrauterina, se desenvolve a partir do vínculo que mantém com a mãe e depois com os cuidadores próximos. Inicialmente os vínculos são de dependência absoluta, e a criança não se distingue do mundo, ou melhor, o eu do não eu. Nessa fase, a família cumpre um papel de espelho para a criança e é assim que lhe ajuda a integrar-se no mundo.

No campo da sociologia contemporânea, para que possamos desenvolver nossa explanação sobre os afetos básicos que fundamentam os vínculos paterno(materno)-filiais [sobretudo o amor], tomaremos por base a proposta do “amor líquido”, conforme formulação desenvolvida e popularizada pela obra do sociólogo polonês Zygmunt Bauman (1925-2017), importante figura nos estudos da “pós-modernidade” e para quem a transição de uma dita modernidade “sólida” para uma nova modernidade “líquida” pressupunha elementos para além da simples ruptura histórica, consistindo também em verdadeiro processo de reconhecimento das próprias contradições e limitações da racionalidade enquanto cerne da modernidade.

Nesse sentido, em meio a tantas incertezas e receios com relação a situações e afetos ainda inexplorados, há que se ressaltar a importância do planejamento familiar entendendo que “[...] ter filhos é, em nossa época, uma questão de decisão, não um acidente — o que aumenta a ansiedade. Tê-los ou não é comprovadamente a decisão com maiores consequências e de maior alcance que existe, e, portanto, também a mais angustiante e estressante.” (BAUMAN, 2004, p. 44). Certamente, as novas dinâmicas interpessoais advindas com a modernidade líquida nos direcionam para uma alta demanda por satisfação pessoal, que se traduz no consumo e na utilização de bens, serviços e até mesmo de pessoas que nos possam suprir certas carências afetivas [a exemplo dos filhos].

3 APONTAMENTOS SOCIOHISTÓRICOS SOBRE A AUTORIDADE PARENTAL

Em tempos passados, que remetem à antiguidade clássica romana, tínhamos na expressão *pater familias* o indicativo da prerrogativa dada pelo direito romano à figura do pai, personagem central na organização familiar e grande responsável por exercer a chefia e o poder [quase que absoluto] sobre as diversas esferas da vida dos que compunham a sua estrutura familiar, sobretudo dos filhos, em clara relação de subordinação e, por vezes, opressão. Com o passar do tempo, é certo que as sociedades passaram por inúmeras transformações, resultado direto do dinamismo com o qual se organizam. Tanto é assim que, nas palavras de Marías (1955, p. 41) “Uma sociedade é, portanto, um sistema de forças orientadas, um sistema “vetorial”. Os elementos reais da sociedade não são “coisas” estáticas e sim pressões, pretensões, insistências e resistências, com as quais se realiza a “consistência” da unidade social.”

Em sendo assim, igualmente resignificaram-se as famílias, de maneira que o uso da expressão “pátrio poder” [incorporada pelo Código Civil de 1916 sob a influência do direito romano] não mais encontrava razão de ser, restando evidente a importância do movimento feminista nesse processo de luta pela igualdade de direitos, conforme destaque feito por Dias (2016, p. 780) ao mencionar que “Como se trata de um termo que guarda resquícios de uma sociedade patriarcal, o movimento feminista reagiu e o tratamento legal isonômico dos filhos impuseram a mudança. Daí: poder familiar.” Perceba-se ainda que:

Além do mais, é flagrante que “A expressão pátrio poder induzia à noção de um poder do pai sobre os filhos, afigurando-se incoerente com a igualdade dos cônjuges, indo de encontro à doutrina da proteção integral dos filhos como sujeitos de direitos, daí evoluindo para a denominação de poder familiar [...]” (MADALENO, 2018, p. 903).

Tal conquista [ainda que embrionária] se reflete no texto do Código Civil de 2002 e principalmente no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), diplomas normativos advindos sob

a égide da Constituição Federal de 1988, que influenciada pelo movimento de constitucionalização do direito privado e pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, trouxe consigo uma nova maneira de interpretar e aplicar as normas e os institutos fundamentais que regiam as relações civis, tendo como cerne a valorização da pessoa, com vistas a assegurar-lhe dignidade, cidadania e a redução das flagrantes desigualdades até então percebidas em nossa legislação infraconstitucional.

Em conformidade com o princípio da igualdade [um dos grandes paradigmas constitucionais de 1988], o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece em seu artigo 21 de maneira inequívoca que “*O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil [...]*” (BRASIL, 2019, grifo nosso). Vale ainda um acréscimo no sentido de contemplar [no arcabouço da igualdade parental] não apenas as figuras de pai e mãe, em atenção às novas dinâmicas familiares, que trouxeram consigo novas possibilidades que merecem igual proteção estatal. Assim, o processo de constitucionalização, de maneira ainda mais profunda, representa um viés humanístico e “[...] uma alteração na estrutura intrínseca dos institutos e fundamentais de Direito Civil, reoxigenando-os e determinando a necessidade de uma redefinição de seus contornos, à luz da nova tábua valorativa determinada pela Constituição cidadã.” (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 68). Muito além de adequar à Constituição, houve adequação aos valores humanos.

Para os dias atuais, convergimos com a tese defendida por Lôbo (2017), para quem a expressão mais adequada seria *autoridade parental*, visto que a expressão *poder familiar* traria uma desnecessária [e equivocada] ênfase na ideia da força ou dominação como prerrogativa da família, quando na verdade a manifestação dessa autoridade [que não visa a assujeitar nem usar da força] decorre da parentalidade. Portanto, podemos compreender a autoridade parental como sendo a autoridade exercida pelos pais, em favor dos filhos e de maneira transitória – visto que cessa com o advento da maioridade ou através da emancipação –, fato que resulta também em uma redução do *status* familiar a uma relação de parentesco.

Nesse mesmo sentido, tem-se claro que:

A autoridade parental é, assim, entendida como uma consequência da parentalidade e não como efeito particular de determinado tipo de filiação. Os pais são os defensores legais e os protetores naturais dos filhos, os titulares e depositários dessa específica autoridade, delegada pela sociedade e pelo Estado. (LÔBO, 2017, p. 290).

Em outras palavras: a autoridade parental deve sempre ser exercida em conformidade com o melhor interesse da criança e do adolescente [decorrente dos princípios da dignidade humana e da proteção integral], justamente por serem as pessoas em desenvolvimento os reais destinatários do seu exercício, possibilitando o pleno desenvolvimento físico, intelectual e psicológico das pessoas em desenvolvimento, quando exercido de maneira responsável.

4 A VIOLÊNCIA FAMILIAR ORIUNDA DO EXERCÍCIO ABUSIVO DA AUTORIDADE PARENTAL: UM DIÁLOGO SOBRE DIREITOS

O Estatuto da Criança e do Adolescente, importa ressaltar, representa um verdadeiro [e moderno] microsistema legislativo que, em conformidade com as inovações oriundas de diplomas como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e da Constituição Federal de 1988, trouxe consigo o reconhecimento de crianças e adolescentes enquanto sujeitos de direitos e destinatários de proteção absoluta, inerente à sua condição de pessoas em desenvolvimento, trazendo em seu conteúdo um arcabouço normativo de direito material e processual [nas esferas civil e penal], para proteger crianças e adolescentes de violações aos seus direitos. Tanto é assim, que em seu artigo 5º determina de maneira bastante coerente que “*Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.*” (BRASIL, 2019, grifo nosso).

A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, ratificada e promulgada pelo Brasil através do Decreto nº 99.710/1990, em

seu art. 19, item 1, trata por estabelecer como dever de todos os signatários a proteção de crianças e adolescentes em face de:

[...] todas as formas de violência física ou mental, ofensas ou abusos, negligência ou tratamento displicente, maus-tratos ou exploração, inclusive abuso sexual, enquanto a criança estiver sob a custódia dos pais, do tutor legal ou de qualquer outra pessoa responsável por ela. (BRASIL, 1990).

Apesar de sua amplitude conceitual, de maneira mais recente a Organização Mundial de Saúde passou a trazer que: “Maus-tratos infantis consistem nos maus-tratos físicos e emocionais, abuso sexual, negligência e tratamento negligente de crianças, bem como a sua exploração comercial ou outra.” (OMS, 2006, p. 7, tradução nossa). Para fins didáticos, consideraremos a definição supracitada como sendo a mais adequada para tratar sobre a violência infanto-juvenil, abrangendo todos os seus aspectos.

Há que se perceber, no entanto, que as manifestações mais comuns de violência [ao contrário de um ideal de distanciamento que possa causar inicialmente] encontram morada no âmbito familiar, tendo em vista tratar-se do primeiro ambiente no qual a socialização da criança será estimulada, através do constante estímulo dos pais. Por esse motivo, para Madaleno (2018, p. 106), “A vulnerabilidade dos infantes é decorrência natural da dependência que eles têm dos adultos, pois podem ser pacientes das mais variadas formas de agressão, assim como vítimas de uma violência corporal ou sexual, ou de abandono físico, psicológico, afetivo ou material.”

Assim sendo, as reflexões sociológicas de Bauman (2004, p. 44-45) oportunamente advertem-nos para o fato de que:

Ter filhos significa avaliar o bem-estar de outro ser, mais fraco e dependente, em relação ao nosso próprio conforto. A autonomia de nossas preferências tende a ser comprometida, e continuamente: ano após ano, dia após dia. [...] Tomar consciência de tal compromisso pode ser uma experiência traumática.

Ora, sempre que exercida de maneira desmedida, a autoridade parental traz consigo o potencial para causar enormes prejuízos àqueles a quem se direciona [crianças e adolescentes], passando-se à abusividade como uma consequência natural. Para que se tenha uma ideia, a estimativa da UNICEF (2017, p. 11, tradução nossa) para o cenário mundial é de que “[...] se as tendências atuais continuarem, aproximadamente 2 milhões de crianças e adolescentes poderão ser mortos por um ato de violência até o ano 2030.” Outro aspecto chamativo sobre esta realidade é que “De todas as formas de violência, a mais comum contra as crianças, sobretudo as mais novas, são as agressões físicas e verbais.” (UNICEF, 2019, p. 10).

Importa lembrar que o Código Civil brasileiro, em seu artigo 1.637, também prevê a possibilidade de suspensão da autoridade parental nos casos em que haja abuso de autoridade por parte dos pais. Assim:

Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes [...] cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público [...] até suspendendo o poder familiar, quando convenha. (BRASIL, 2017).

Tal prerrogativa decorre primordialmente daquilo que se pode extrair de uma leitura atenta do artigo 18 do Estatuto da Criança e do Adolescente, no sentido de que “É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.” (BRASIL, 2019). Por esse motivo, é inequívoco que “Qualquer ofensa à integridade física ou psíquica do infante converte a sua vida em um emaranhado de consequências devastadoras.” (MADALENO, 2018, p. 106).

Para coibir a prática de violências oriundas do exercício abusivo da autoridade parental, a Lei nº 13.010/2014, também conhecida como “Lei Menino Bernardo” [em referência ao fatídico caso do menino Bernardo Boldrini, ocorrido no Rio Grande do Sul], representa um importante avanço na modernização do Estatuto, trazendo que:

Art. 18-A. A criança e o adolescente têm o direito de ser educados e cuidados sem o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante, como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto, pelos pais, pelos integrantes da família ampliada, pelos responsáveis, pelos agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou por qualquer pessoa encarregada de cuidar deles, tratá-los, educá-los ou protegê-los. (BRASIL, 2019).

Ainda em leitura atenta do mencionado dispositivo, seu parágrafo único trata por esmiuçar a violência familiar, esclarecendo sobre aquilo que vem a ser castigo físico e tratamento cruel ou degradante, enquanto formas atípicas através das quais se manifesta o exercício da autoridade parental e, por consequência, os vínculos paterno(materno)-filiais.

Veja-se, portanto, que:

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se:

I – castigo físico: ação de natureza disciplinar ou punitiva aplicada com o uso da força física sobre a criança ou o adolescente que resulte em:

- a) sofrimento físico; ou
- b) lesão;

II – tratamento cruel ou degradante: conduta ou forma cruel de tratamento em relação à criança ou ao adolescente que:

- a) humilhe; ou
- b) ameace gravemente; ou
- c) ridicularize. (BRASIL, 2019).

Outrossim, conforme elucidam Bock, Furtado e Teixeira (2008, p. 170) acerca das constatações obtidas por Winnicott em seus estudos sobre a importância [sobretudo para a criança] do acolhimento enquanto fator determinante ao pleno desenvolvimento, tem-se que:

Os vínculos afetivos estão relacionados, portanto, à segurança. Encontrar no outro a capacidade de garantir segurança emocional e acolhimento. Winnicott relaciona aos processos de desenvolvimento formas de amparo, e tudo está voltado para a formação de um eu único, separado da mãe. A questão poderia ser então vista como: afetos que ligam e permitem, ao mesmo tempo, o desligamento e a individuação. (BOCK; FURTADO; TEIXEIRA, 2008, p. 170).

Finalmente, convém mencionarmos aqui [ainda que de maneira breve] sobre o instrumento *Disque 100*, atualmente gerenciado pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos e que funciona como um importante canal de denúncia [que também pode ser feita através da Ouvidoria Online ou do aplicativo Proteja Brasil] oriundo da instrumentalização de políticas públicas de atenção e proteção aos direitos de grupos vulneráveis, que atua na análise e encaminhamento de denúncias de violações aos direitos humanos, sempre que estejam relacionadas a grupos como as crianças e adolescentes.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante todo o exposto, a realização desta investigação científica reafirma o seu compromisso inicial com a pertinência temática do objeto de pesquisa, partindo do pressuposto que a violência contra crianças e adolescentes no contexto familiar constitui verdadeiro obstáculo ao pleno exercício de sua cidadania e direitos. Ademais, aqui buscamos problematizar um pouco dos motivos sociohistóricos que justificam os excessos decorrentes de uma compreensão de que os pais exercem sobre os filhos um *poder* ao invés de uma *autoridade*. Outro ponto que merece destaque em nossa construção multidisciplinar reside no entendimento de que somente a partir do estabelecimento dos vínculos paterno(materno)-filiais, manifesto através dos afetos, o pleno desenvolvimento da criança e [por consequência] do adolescente torna-se possível, sendo certo que dependerá do acolhimento e da segurança emocional que os filhos encontrarão nos pais, primeiros cuidadores e detentores da autoridade parental. A experiência paterna(materna),

entretanto, pode ser traumática a partir do momento em que [ausente o planejamento] se há uma tomada de consciência sobre a quebra de uma autonomia individual em função daquele ser tão dependente de atenção, amor e cuidados. Tal recusa ao papel paterno(materno) poderá representar uma possibilidade real para um exercício abusivo da autoridade parental, manifesto através das diversas formas de violência aqui trazidas.

Portanto, é possível convergir ao entendimento de que a paternidade(maternidade) constitui um papel que deve ser exercido sempre de maneira responsiva, uma vez que exige dos detentores da autoridade parental a doação e solidariedade consonantes com as diretrizes do melhor interesse e em respeito à proteção integral, garantindo às pessoas em desenvolvimento o exercício de sua cidadania plena que decorre da dignidade humana. Além do mais, é importante [e necessário] perceber que as euforias advindas [em regra] com a paternidade ou maternidade são apenas parte de um conteúdo muito maior, do qual também fazem parte as dores do sacrifício individual e os temores de se deparar com o inexplorado: a (trans)formação das necessidades de uma nova família. Afinal, família é realidade que exige máximo empenho, planejamento e cuidados com seus partícipes, tornando consciente os pais de que seu papel é sempre zelar pelo bem-estar físico, psíquico e moral daqueles que estejam sob sua autoridade.

REFERÊNCIAS

- BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido**: sobre a fragilidade dos laços humanos. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.
- BOCK, Ana Mercês Bahia; FURTADO, Odair; TEIXEIRA, Maria de Lourdes Trassi. **Psicologias**: uma introdução ao estudo de psicologia. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BRASIL. [Código civil (2002)]. **Código civil e normas correlatas**. 9. ed. Brasília, DF: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, [2017].

- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 53. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, [2018].
- BRASIL. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Brasília, DF, 22 nov. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 27 ago. 2019.
- BRASIL. [Estatuto da criança e do adolescente (1990)]. **Estatuto da criança e do adolescente**: Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, e legislação correlata [recurso eletrônico]. 17. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, [2019].
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: parte geral e LINDB. 15. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.
- UNICEF. **A Educação que protege contra a violência**. 2019. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/media/4091/file/Educa%C3%A7%C3%A3o%20que%20protege%20contra%20a%20viol%C3%Aancia.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2019.
- UNICEF. **A Familiar Face**: Violence in the lives of children and adolescents, 2017. Disponível em: https://www.unicef.org/publications/files/Violence_in_the_lives_of_children_and_adolescents.pdf. Acesso em: 27 jul. 2019.
- LÔBO, Paulo. **Direito civil**: Famílias. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- OMS. **Preventing Child Maltreatment**: a guide to taking action and generating evidence. Disponível em: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/43499/9241594365_eng.pdf;jsessionid=60180DFEBE66E0357DE3F9A299EAA61C?sequence=1. Acesso em: 29 jul. 2019.

RESUMOS

A RELEVÂNCIA DO PACTO ANTENUPCIAL ÀS PESSOAS IDOSAS QUE SÃO OBRIGADAS A CASAR PELO REGIME DA SEPARAÇÃO LEGAL DE BENS

Emerson Carlos Rodrigues

1. INTRODUÇÃO

Na atualidade, vivenciamos o processo de envelhecimento da população brasileira como uma realidade incontestável. A mudança marcada no padrão demográfico, associada a maior longevidade, induz aos nubentes a repensarem drasticamente para pactuarem, antes do casamento, o melhor regime de bens que rege as relações patrimoniais de seu casamento.

Diante desta realidade este trabalho trata o seguinte problema: o pacto antenupcial pode afastar a incidência da Súmula 377 do STF para comprovar a necessidade ou não de prova de esforço comum?

O objetivo geral é demonstrar a importância do pacto antenupcial aos nubentes à luz da autonomia decorrente de plena liberdade na escolha do regime de bens. E os objetivos específicos foram: levantar dados do que pode ser objeto de pacto antenupcial e conhecer a incidência da obrigatoriedade do regime da separação legal de bens no casamento e a súmula 377 do STF.

O método de pesquisa utilizado será o indutivo. O procedimento de pesquisa adotado será a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

A justificativa para este trabalho inicia, do correto exercício da autonomia da vontade, de tal maneira que os nubentes elegem as finalidades que desejam alcançar através de meios não sejam proibidos pelo Direito.

Começando, pois, desse tema-problema (afastamento da aplicação sumular por pacto antenupcial e o correto exercício da autonomia privada que lhe corresponde), o estudo apresenta a seguinte hipótese de solução para o afastamento da súmula 377 STF quanto à questão:

a) O pacto antenupcial, lavrado em escritura pública, condicionado ao casamento, pode afastar o teor da súmula 377 do STF por não ser um conteúdo de ordem pública e sim matéria de ordem privada.

Para discutirmos essa temática recorreremos a autores como: Donizetti e Quintella (2019), Tartuce (2019), Gagliano e Pamplona Filho (2019), Dias (2017), Madaleno (2020), Mafra (2011), Mendonça (2018), Leite (2018). De forma, que várias discussões sejam provocadas no sentido de pensarmos estratégias de mudanças, que venham conduzir a um eficaz mecanismo de planejamento familiar.

2. DESENVOLVIMENTO

O Código Civil de 2002 tipifica várias espécies de regime de bens do casamento. No entanto, há situações que a lei determina o regime de separação bens. Refere-se do intitulado regime de separação legal ou regime legal obrigatório, imposto por lei nos termos do art. 1.641 do Código Civil.

Porém, o art. 1.641, inc. II do Código Civil imputa as pessoas maiores de 70 anos a contrair matrimônio pelo regime da separação obrigatória. Nessa passagem, o regime da separação obrigatória os bens adquiridos durante o casamento passam a pertencer a ambos os cônjuges.

Questão das mais polêmicas e alvo de ferozes críticas na jurisprudência e na doutrina é a Súmula 377 do STF que assim apresenta: “No regime de separação legal de bens comunica-se os adquiridos na constância do casamento”. Diante do exposto, o propósito da súmula é a comunicação dos aquestos, bens obtidos na constância do casamento, por conta de uma presunção do esforço comum.

É útil lembrar o estudo de Leite (2018, p. 91) “A súmula, como se depreende da sua leitura, é restritiva ao “regime de separação legal de bens” e, portanto, aplica-se a esta espécie de separação”.

Por conta disso, ocorre a necessidade de prova do esforço comum para a incidência da Súmula 377 STF. A ausência da prova do esforço comum transforma o regime legal obrigatório em um regime da comunhão parcial. Para Tartuce (2019, p. 230) “Os Tribunais devem seguir afirmação de incidência da Súmula 377 do STF para os casos de casamentos celebrados pelo regime de separação obrigatória de bens, com a necessidade de prova do esforço comum para que haja a comunicação de bens”.

De fato, as pessoas atingidas pelo regime obrigatório de bens não tem interesse em modificar o regime de bens. Visto que a súmula 377 do STF converteu a separação obrigatória em um regime até mais extensivo do que a própria comunhão parcial.

Acompanhando o pensamento de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2019):

O que se quer, com a súmula, é exatamente o inverso: evitar-se a insensatez de se impedir a comunicabilidade dos bens ameaçados pelo esforço comum, sob pena de se permitir — ou até mesmo incentivar — o enriquecimento sem causa de uma das partes. [...] Não se diga, contudo, que a aplicação desse enunciado resultaria em uma “conversão jurisprudencial forçada” do regime de separação em comunhão parcial de bens. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO. 2019, p. 369-370).

Analisemos a possibilidade de afastamento da incidência da Súmula 377 do STF por meio do pacto antenupcial. Dessa forma, as pessoas idosas que a lei impõe a obrigatoriedade de se casarem no regime da separação obrigatória de bens podem fazer pacto. As pessoas idosas produzem pacto de separação de bens para impedir a comunicação dos aquestos. Dias (2017, p. 341) esclarece “Tema que entretém a doutrina diz sobre a possibilidade de, no pacto, ser afastada a comunicabilidade dos bens adquiridos na constância da união, consagrada pela Súmula 377 do STF”.

De fato, é claro a inconstitucionalidade a regra do art. 1.641, inc. II do vigente Código Civil. Infelizmente, o legislador brasileiro acredita que a idade avançada, por si só, é causa de incapacidade. As pessoas idosas que já se encontram em situação de interdição, explicada por enfermidade ou doença mental, a lei possibilita a instauração de procedimento próprio de interdição.

Aliás, a pessoa idosa é considerada sujeito de direito e não mais objeto de tutela. A imposição do regime obrigatório as pessoas de 70 anos é uma afronta ao Estatuto do Idoso e ao extremo desrespeito à dignidade da pessoa humana. É por isso que a pessoas idosas maiores de 70 anos no exercício da autonomia privada têm o direito de escolher o melhor regime, com a divisão dos aquestos, sem precisar provar o esforço comum.

O pacto antenupcial é um instrumento que efetiva o postulado constitucional da liberdade de pactuar nos termos do artigo 226, § 7º da Constituição Brasileira. Desta forma, chega-se à noção que as pessoas idosas podem, de acordo com a sua autonomia privada e liberdade de opção escolher o melhor regime na relação matrimonial. Nas palavras de Donizette e Quintella (2019, p. 966) “Pode-se conceituar o pacto antenupcial como o contrato celebrado entre os nubentes no qual fazem disposições patrimoniais anteriores ao casamento, como a escolha do regime de bens”.

O pacto deve ser realizado por escritura pública no Cartório de Notas. E para que produza efeitos perante terceiros, impõe a lei que seja levado a registro em livro especial no cartório de Registro de Imóveis do domicílio em que vierem a residir os nubentes. Portanto, o pacto não seria modelo ideal para as pessoas idosas fazerem seu planejamento familiar? A tutela dos direitos dos idosos não é o que todos esperam?

3. CONCLUSÃO

A verdade que vivenciamos é que a família é a base da sociedade e não tem proteção especial do Estado. No Brasil uma pessoa com 70 anos pode ser presidente da República, mas não pode escolher livremente seu regime de bens.

As pessoas submetidas ao regime da separação obrigatória de bens nos termos do artigo 1641, inciso II do Código Civil, é dado aos nubentes, por pacto antenupcial, indicar clausula de incomunicabilidade dos aquestos, afastando a incidência da Súmula 377 do STF. Desta forma, pode-se afirmar a possibilidade do correto exercício da autonomia privada no qual é admitido pelo nosso Direito.

Por fim, as pessoas idosas têm a solução de optar pelo melhor regime que entenderem para inibir o enriquecimento sem causa, com a divisão dos aquestos, sem ser obrigado a provar o esforço comum na conquista onerosa dos bens aquestos.

4. Referências

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. – 12. ed. rev., atual. E ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. **Curso Didático de Direito Civil**. – 8. ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 6: direito de família**. -. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A “armadilha” do regime de separação de bens e a humanização do direito de família brasileiro**. Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil – Belo Horizonte, v. 17, p. 83-102, jul./ set. 2018.

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

MAFRA, Tereza Cristina Monteiro. Direito intertemporal e critérios para interpretar a comunicabilidade de bens na união estável. In: **Direito civil e constitucional: estudos de direito comparado em homenagem à Professora Lucia Massara**. Coordenador Salomão de Araujo Cateb. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

MENDONÇA, Rafael Baeta. **Autonomia privada *versus* interferência estatal no direito de família: os limites de conteúdo do pacto antenupcial**. Nova Lima, 2018. Orientador: Tereza Cristina Monteiro Mafra. Dissertação (Mestrado) – Faculdades Milton Campos. Programa de Pós-Graduação em Direito.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito de família – v. 5.** – 14. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

A IMPLEMENTAÇÃO LEGISLATIVA PARA A REALIZAÇÃO DE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO EM SERVIÇOS DE NOTAS E REGISTROS E SUAS DIFICULDADES

Matheus Cerazi Sartori

1 INTRODUÇÃO

Com a assunção dos tratados de direitos humanos, o Brasil assumiu, perante a comunidade internacional, a obrigação de manter e desenvolver o Estado Democrático de Direito e de proteger, mesmo em situações de emergência, um núcleo de direitos básicos e inderrogáveis (PIOVESAN, 2009).

Importante estabelecer uma distinção de ordem conceitual entre **direitos humanos** e **direitos fundamentais**. Enquanto os direitos humanos correspondem a uma nomenclatura mais ligada ao Direito Internacional, por força do direito dos tratados, a terminologia **direitos fundamentais** está ligada ao direito interno, mais precisamente, ao constitucionalismo que ocorreu depois da Segunda Guerra Mundial (SARLET, 2018).

Nomenclatura utilizada, portanto, para se referir a alguns direitos garantidos na ordem internacional e, também, incorporados à Constituição Federal de 1988, é a expressão **direitos humanos fundamentais** (PIOVESAN, 2006).

De acordo com Ferreira Filho (2016, p. 22), existem três gerações de direitos fundamentais. Explica o autor:

Na verdade, o que aparece no final do século XVII não constitui senão a *primeira geração dos direitos fundamentais*: as liberdades públicas. *A segunda* virá logo após a primeira Guerra Mundial, com o fito de complementá-la: são os direitos sociais. *A terceira*, ainda não plenamente reconhecida, é a dos direitos de solidariedade. (grifos do autor).

O direito ao acesso à justiça, como direito humano e fundamental, consolida os interesses de toda a ordem jurídica, com o intuito de que todos tenham decisões justas e em tempo razoável, conforme disposição do artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal de 1988; nesse sentido, deve existir uma concretização da prestação jurisdicional estatal e do exercício efetivo da cidadania.

Nada obstante, existem algumas restrições para o efetivo acesso à justiça, dentre elas, o elevado número de processos existentes no Poder Judiciário, o que acaba por obstruir o acesso à justiça. Assim sendo, o direito à duração razoável do processo foi inserido no ordenamento jurídico pátrio por meio da Emenda Constitucional nº 45.

Todavia, a emenda não foi capaz de resolver o problema supracitado. Para tanto, foram institucionalizados, recentemente, meios alternativos de resolução de conflitos visando à desobstrução do Poder Judiciário, com o advento da Lei Federal nº 13.140/2018, do Código de Processo Civil de 2015, do Provimento nº 67/2018, do CNJ e da Recomendação nº 28/2018, do CNJ, os quais trouxeram a alternativa de solução extrajudicial de conflitos por parte das serventias de notas e registros, fato este que demonstra a busca do Judiciário em diminuir a litigiosidade, bem como almeja a solução extrajudicial, não ficando tão contida nos canais do judiciário.

Os registradores e tabeliães já vinham sendo chamados a atuar no relevante movimento da desjudicialização, ao passarem a realizar procedimentos restritos somente a figura do Juiz de Direito.

Depreende-se que, existem cerca de 13.600 unidades de cartórios interligados pelo Brasil. Tal número demonstra sua capilaridade em

todo o território nacional. Fato este que possibilitará uma facilidade em conciliação e mediação nos mais diversos lugares do país.

Para início dos serviços, a análise cabe aos tribunais, por meio dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMECs), em conjunto com os cartórios.

Firmado o convênio, os tribunais devem enviar cópia do termo à Corregedoria, via Processo Judicial Eletrônico (PJe), para conhecimento e disseminação de boas práticas. Os órgãos também devem divulgar no próprio site a lista das unidades criadas por meio dos convênios.

Acrescenta-se que as conciliações e mediações realizadas nos CEJUSCs instalados por força da recomendação serão fiscalizadas pela Corregedoria-Geral de Justiça (CGJ) e pelo juiz coordenador do CEJUSC a que o cartório for vinculado (CNJ, 2018).

2 METODOLOGIA

A metodologia de pesquisa lastreou-se no método hermenêutico através de uma abordagem de pesquisa aplicada, com pesquisa bibliográfica e análise qualitativa dos dados do relatório “Justiça em Números” do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em especial do ano de 2019. Ademais, pesquisa bibliográfica para levantar as fontes impressas e digitais das realizações ou não das audiências de conciliação e mediação nos cartórios.

3 RESULTADOS

O Poder Judiciário finalizou o ano de 2018 com 78,7 milhões de processos em tramitação, aguardando alguma solução definitiva. No ano de 2018, as despesas totais do Poder Judiciário somaram R\$ 93,7 bilhões, o que representou redução de 0,4% em relação ao último ano.

No mais, está pendente a criação de uma lei estadual, que regulamente a forma de cobrança dos emolumentos. Todavia, na falta dessa lei específica, deve ser aplicada a tabela referente ao menor valor cobrado na lavratura de uma escritura pública sem valor econômico, de acordo com o artigo 36, do provimento nº 67/2018.

Considerando que esses delegatários visam ao lucro e que a realização de sessões de mediação e conciliação dentro dos cartórios pede alto investimento em pessoal preparado, não se tem demonstrado – perante o valor arbitrado – a viabilidade da prestação de tais serviços.

Observa-se que, ainda não existem registros de conciliações e mediações realizadas nos cartórios extrajudiciais constante no documento “Justiça em Números”.

4 CONCLUSÃO

Nada obstante, a alteração de paradigma e as elaborações legislativas, buscando cada vez mais soluções extrajudiciais, bem como a regulamentação nesse sentido, algumas dificuldades estão sendo encontradas para colocar em prática esses métodos.

Isso porque, nada adianta a normatização se não forem criadas novas políticas públicas para auxiliar a implementação. Portanto, devem ser elaborados pelos deputados estaduais projetos de lei para cobrança de emolumentos e, conseqüentemente, melhor oferta de serviços de conciliação e mediação.

Ademais, como a diferença de renda dos cartórios é gritante, bem como em razão de grande parte dos cartórios nacionais serem deficitários, isso impossibilitará que a maioria realize os atos. Portanto, há a possibilidade de criação de um fundo para o custeio financeiro para a realização dos serviços em demais cartórios do Estado. Outrossim, cabe ao Conselho Nacional de Justiça em seus próximos relatórios trazer se estão sendo realizadas as conciliações e mediações em cartórios e seus respectivos números.

De outro modo, os Tribunais de Justiça devem incentivar e buscar acelerar a pactuação dos convênios dos cartórios.

Dessa forma, possibilitará a todos os cidadãos um acesso à justiça efetivo e satisfatório, com um menor número de litígios e com as partes mais satisfeitas.

REFERÊNCIAS

ALDER, Celso. **Urbanismo e participação**. Barcelona: Maxx, 2008.

- ARROYO, Marc; FERRETTI, Claud. As relações sociais na escola-arescola. In: FLORASCIN, Paulo *et al.* **Trabalho e formação: o caminho da vida**. São Paulo: Campus, 2009.
- BRANCA, Carlos Pena. A avaliação em políticas públicas. Cadernos de Pesquisa, São Paulo, n. 108, v. 2, nov. 2012.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 17 dez. 2019.
- CNJ. **Justiça em Números 2019**. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2019.
- Corregedoria recomenda centros de conciliação em cartórios. **CNJ**. 2018. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/corregedoria-recomenda-centros-de-conciliacao-em-cartorios/>>. Acesso em: 17 dez. 2019.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- HILL, Flávia Pereira. Mediação nos cartórios extrajudiciais: desafios e perspectivas. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 19, n. 3, 2018.
- MAZZUOLI, Valério Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos: desafios da ordem internacional contemporânea. **Direitos humanos**, v. 1, p. 15-37, 2006.
- SARDINHA, Cristiano de Lima Vaz. **Acesso à Justiça: a contribuição das Serventias Extrajudiciais para a sociedade contemporânea, como alternativa ao Poder Judiciário**. 2017. 102 f. Disserta-

ção (Mestrado em Cultura e Sociedade). Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Livraria do Advogado Editora, 2018.

LEI ANTICORRUPÇÃO (LEI Nº 12.846/2013) - A MELHORA DAS INSTITUIÇÕES BRASILEIRAS DE PREVENÇÃO E COMBATE À CORRUPÇÃO

Bruno Fediuk de Castro

Gilberto Bomfim

A corrupção faz parte da história de todos os países. O que muda em cada país são as instituições e suas respectivas características para a execução e supervisão das políticas públicas de prevenção e combate à corrupção. No Brasil, a corrupção é considerada um dos principais problemas do país. Considerando a complexidade do fenômeno, a tentativa acadêmica em definir um conceito de corrupção é árdua, mas estudos empíricos realizados nos últimos anos tentaram determinar as causas e as consequências da corrupção, as quais geralmente interagem umas com as outras. Segundo ROSE-ACKERMAN (2016, p.27-29), as causas podem ser divididas como “incentivos” e “instituições”, mas a ética pessoal também desempenha papel importante. A corrupção estaria entrelaçada entre os incentivos, as instituições e a ética pessoal dos agentes. As causas relacionadas aos incentivos são a falta de responsabilização, discricção, poder de monopólio e baixos salários. A estrutura política, estrutura e regras legais e cultura são causas relacionadas às instituições. Outros estudos sugerem que a corrupção tem como consequência a redução da eficiência em função do desperdício e da má distribuição que a acompanham; a má redistribuição de recursos, pois a maior parte dos estudos

revela que os ricos e os “mais privilegiados” se beneficiam de esquemas corruptos à custa dos mais pobres e desprotegidos e incentivos improdutivos ao desviar energias de funcionários e cidadãos para a procura, socialmente improdutiva, de rendimentos corruptos. Essa situação gera riscos, induz medidas preventivas improdutivas e afasta investimentos (KLITGAARD, 1994. p.56-58). A prevenção e o combate à corrupção não são uma tarefa fácil, mas os efeitos negativos da corrupção sobre o desenvolvimento de um país justificam as mais variadas políticas de controle a esse mal (PAULA; CASTRO, 2018. p.43), de maneira que não devem ser estudados apenas sob a ótica jurídica, desconsiderando as vertentes econômica, política e psicológica. A Análise Econômica do Direito (“AED”) procura explicar e prever o comportamento dos agentes das normas jurídicas. O Direito busca as ferramentas teóricas e empíricas da Economia para expandir a sua compreensão e o seu alcance, aperfeiçoando o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação do sistema preventivo e repressivo das práticas corruptas, principalmente em relação às suas consequências. A grande implicação da AED é que se os agentes econômicos ponderam custos e benefícios para decidir, então, uma alteração em sua estrutura de incentivos poderá levá-los a adotar outra conduta, realizando outra escolha, pois pessoas respondem a incentivos. Todo o direito é construído sobre a premissa implícita de que as pessoas responderão a incentivos (RIBEIRO & KLEIN, 2016, s.p). Para Douglas North, a racionalidade do comportamento humano e suas escolhas são influenciadas pelas instituições (regras formais e informais), que têm o papel de reduzir as incertezas ao criar estruturas estáveis que regulem a interação cotidiana entre os indivíduos, definindo e limitando o conjunto de escolhas. A matriz institucional dita, portanto, aquilo que os indivíduos são proibidos de fazer e, por vezes, as condições sob as quais se permite que alguns indivíduos exerçam determinadas atividades. (NORTH, 2018, s.p). Boas leis tem o poder de direcionar energia da sociedade e avançar a governança, a economia e o desenvolvimento, enquanto leis ruins podem frear o bom funcionamento da sociedade e conseqüentemente, o desenvolvimento; leis fracas ou inexistentes e aquelas que não possuem eficácia, podem igualmente perturbar a boa governança, a economia e o desenvolvimento (COOTER, Robert D. SCHAFER, 2017. p. 22). Nesse raciocínio, a Lei nº 12.846/2013 (“Lei Anticorrupção”), inspirada

em outras normas internacionais bastante rígidas, como o Foreign Corrupt Practices Act (“FCPA”) dos Estados Unidos, e o UK Bribery Act, do Reino Unido, veio somar aos demais modelos de estrutura já existentes, buscando servir como instrumento de incentivo e estímulo a uma conduta empresarial ética e de combate à corrupção, trazendo benefícios às instituições brasileiras. A Lei Anticorrupção surgiu como instrumento de política pública que inclui recompensas e punições para os agentes. O fundamento racional dessa tática é tornar mais atraente para os agentes o fato de serem produtivos – e combaterem a corrupção – e menos atraente engajarem-se em comportamento ilícito (KLITGAARD, Robert. 1994. p. 91). A grande inovação é a possibilidade de sancionar, administrativa e civilmente, as pessoas jurídicas por atos lesivos à administração pública. Até então, os atos de corrupção e fraude à licitação acarretavam punição apenas às pessoas físicas envolvidas. A lei busca implementar uma nova forma de responsabilização, diversa de todas as existentes, com uma estrutura própria e singular (DI PIETRO, MARRARA, 2018, p.24). A norma prevê a possibilidade da celebração do acordo de leniência, que tem objetivo suavizar as sanções aplicáveis à pessoa jurídica que praticar atos contra a Administração Pública, em troca de efetiva colaboração dessa pessoa jurídica na identificação dos demais envolvidos na prática do ilícito e na obtenção de provas que comprovem a materialidade do ilícito sob apuração (FORTINI, MORAIS, 2015, p.179). Nesse sentido, a lei põe à disposição das empresas a adoção do acordo de leniência, ao prever benefícios aos envolvidos em práticas de corrupção que colaborarem com as investigações, observadas determinadas condições. Semelhante ao dilema dos prisioneiros na teoria dos jogos, é oferecido um benefício a um dos agentes para que ele colabore com a investigação, no intuito de forçá-lo a maximizar seu próprio interesse, notadamente uma redução de punição ou, ao menos, o cumprimento da pena em liberdade, a depender do caso e das circunstâncias presentes. Cabe observar o estímulo a implementação de políticas de compliance e a adoção de procedimentos internos pelas empresas com o objetivo de detectar e prevenir atos de corrupção (BLANCHET, MARRIN, 2018, p. 267-294). O problema enfrentado é “se” e “como” os institutos da Lei Anticorrupção afetaram a racionalidade dos agentes corruptos, tornando as empresas as principais responsáveis por evitar,

controlar e remediar, inclusive com punição, os atos antiéticos e de corrupção internamente. O objetivo do artigo é aproximar o Direito e Economia como forma de promover um estudo mais completo e amplo sobre a aplicação dos métodos da teoria econômica na esfera jurídica. Em análise preliminar, a ser analisada com maior profundidade, conclui-se que as regras da Lei Anticorrupção utilizaram da racionalidade do processo de tomada de decisão dos agentes, sob uma perspectiva da AED, para promover o fortalecimento e melhora dos arranjos institucionais relacionados a execução e supervisão das políticas públicas de prevenção e combate à corrupção. Por certo que não há um conjunto perfeito de ferramentas e mecanismos capazes de eliminar a corrupção, mas a existência de um sistema jurídico que possa de forma harmônica contribuir para detectar, desincentivar e punir é fundamental para sinalizar a preocupação da sociedade e do governo (FORTINI, 2015, s.p). Salienta-se que a prevenção e o combate à corrupção produzem outros efeitos sobre os arranjos institucionais além do aumento das salvaguardas, dado que a gama de atividades criadas com esse fim, como a implementação de programas de integridade, a promoção da transparência, a gestão de riscos, a realização de auditorias, os acordos de leniência, as investigações policiais e as ações judiciais, geram custos de transação. Considerando que arranjos institucionais surgem para reduzir os custos de transação, uma discussão sobre a corrupção e mecanismos para sua mitigação demanda que seus custos de transação figurem como uma das réguas das soluções apontadas, sopesando-se ações de controle que sejam menos onerosas na sua implementação, aliando eficácia, eficiência e efetividade. Por certo, o custo do controle não pode ultrapassar o custo da coisa controlada. E o controle precisa funcionar.

REFERÊNCIAS

BLANCHET, Luiz Alberto. MARIN, Tâmera Padoin Marques. *A corrupção como violação de direitos humanos e a necessária efetividade da Lei nº 12.846/13*. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 18, n. 71, p.267-294.

- COOTER, Robert D. SCHAFER, Hans-Bernd. **O Nó de Salomão: Como o Direito pode erradicar a pobreza das Nações**. Trad. Magnum Eltz, CRV, 2017.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. MARRARA, Thiago (Coord.). **Lei Anticorrupção comentada**. 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. 365p.
- FORTINI, Cristiana. VIEIRA, Ariane Shermam Morais. **Lei anticorrupção empresarial: os riscos na sua regulamentação e implementação**. In: REPOLES, Maria Fernanda Salcedo; DIAS, maria Tereza Fonseca (Coord). O direito entre a esfera pública e a autonomia privada: transformações do direito público no ambiente democrático. Belo Horizonte: Fórum, 2015. P.161-184. V.2.
- KLITGAARD, Robert E. Tradução Octavio Alves Velho. **A corrupção sob controle**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 1994.
- NORTH, Douglass C. **Instituições, mudança institucional e desempenho econômico**. Tradução Alexandre Morales. São Paulo: Tres Estrelas, 2018.
- PAULA, Marco Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Coord.). **Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção: integridade para o desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. 452 p.
- RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. **Compliance e Lei Anticorrupção nas Empresas**. Revista de Informação Legislativa. Número 205 jan./mar., 2015. p. 87-105.
- RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. 184 p.
- ROSE-ACKERMAN, Susan. PALIFKA, Bonnie J. **Corruption and government. Causes, consequences and reform**. Cambridge: Cambridge University Press, 2.ed. 2016.

DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL BRASILEIRA: BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS IMPACTOS DO COVID-19 NO INSTITUTO

Amanda Lima

1. Da recuperação judicial

De altíssima relevância em nosso ordenamento jurídico, a recuperação judicial é um instituto que visa a reparação e reestruturação das empresas em crise em nosso país.

Para que a recuperação judicial atinja seu objetivo, faz-se necessário o desenrolar de um processo moroso e minucioso, com a possibilidade de que os credores se habilitem para participar desta importante etapa.

Durante a recuperação judicial, ocorre a apresentação do plano para esta finalidade, com a participação dos credores, que emitem seus pareceres e opiniões sobre o planejamento de reestruturação da empresa, dentro outros eventos de alta relevância para a finalidade.

Entretanto, nem sempre a recuperação judicial atinge o objetivo esperado. Dados mostram que o percentual de empresas que conseguem efetivamente se recuperar é muito abaixo do desejado.

Trata-se de um fato que merece atenção, bem como a elaboração de estudos sobre o tema, já que as empresas são o centro do desenvolvimento econômico do país, e o encerramento delas abala, quase sem-

pre, de forma significativa o mercado, com o encerramento de diversos empregos, contratos de fornecimento de matéria prima e produtos, redução do recolhimento de impostos, entre outros.

Desta forma, o instituto da função social, tão aclamado nos dias de hoje, sofre um duro golpe, e é impedido de exercer seu objetivo. Assim, evidente a necessidade de desenvolvimento de ferramentas para o aumento da efetiva recuperação judicial de empresas.

A recuperação judicial é um instituto de grande relevância que busca a solução para empresas próximas ao estado de insolvência. De acordo com o artigo 47, da Lei de Recuperação e Falência, pode-se definir recuperação judicial como o instituto que:

Tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Além disso, há íntima ligação da recuperação judicial com o princípio da função social, como nos ensina MAMEDE, que destaca ser preciso preservar a empresa para que ela cumpra a função social.

A respeito da função social, MAGALHÃES a conceitua como o *dever de agir atribuído ou conferido por lei a uma pessoa ou várias, a fim de assegurar a vida da administração pública, ou preenchimento de sua missão, segundo os princípios instituídos pela própria lei.*

No processo de recuperação judicial a empresa devedora deve elaborar o plano de recuperação seguindo o rito dos artigos 53 e seguintes, da Lei 11.101/2005, para que posteriormente, caso necessário, o mesmo seja debatido em uma assembleia de credores, que determinará o futuro da empresa recuperanda.

O estudo desse tema se faz necessário para que seja possível o aumento da efetividade da recuperação judicial em nosso ordenamento jurídico, atingido, desta forma, princípios basilares como a função social.

O tema aqui desenvolvido, diante do que acima fora exposto, se mostra extremamente necessário, ainda mais com o enfrentamento da crise financeira atualmente evidenciada pelo país.

Nessa toada, enfatizando a importância econômica e social de uma empresa, Waldo Fazzio Júnior (2006) expõe que: *Insolvente ou não, a empresa é uma unidade econômica que interage no mercado, compondo uma labiríntica teia de relações jurídicas com extraordinária repercussão social.*

Logo, observa-se que o impacto do desaparecimento de uma empresa na sociedade, seria grande, Oliveira Filho (2008) destaca o papel da empresa na sociedade:

O instituto da empresa assume papel de extrema relevância na sociedade. Por meio de sua atividade dinâmica, a empresa transforma-se em grande fomentador da circulação de riquezas na sociedade. Em razão de sua atuação, verifica-se uma imensa rede de interação entre empresário e agentes assalariados e não assalariados, o que faz reduzir o índice de desemprego no país. Outrossim, a atividade empresarial permite a circulação de bens e serviços no mercado de consumo, além de fornecer receitas significativas ao Estado, por meio da arrecadação de impostos [...] vê-se que a empresa exerce papel fundamental na conformação de valores no seio da sociedade, sobretudo os valores sociais constitucionalmente protegidos.

Por fim, MAMEDE aponta que o efeito negativo advindo do desaparecimento de uma empresa atingiria não somente o empresário, mas também os trabalhadores, fornecedores, consumidores, parceiros negociais e o Estado, motivo pelo qual existe uma preocupação maior com a manutenção da empresa.

2. Dos impactos do covid-19 no instituto da Recuperação Judicial

Diante do cenário atual, onde a pandemia do novo coronavírus assola o mundo, temos enfrentado uma nova crise. As empresas que antes já se encontravam em dificuldade, hoje, enfrentam uma dificuldade ainda maior.

Não há dúvidas que a empresa em cumprimento do plano de recuperação judicial possa a vir descumprir alguma das medidas estabelecidas, não por má-fé ou negligência, mas por força maior.

Conclui-se que é tempo de ajustes, novos planos devem ser acordados, assim como novas assembleias, a fim de manter a função social dessas empresas em crise, garantindo os empregos, a distribuição de rendas. Além do mais, com as empresas ainda em funcionamento, o país ganha um combustível a mais para trilhar o caminho da superação da crise.

Referências

FAZZIO JUNIOR, Waldo. Nova Lei de Falência e recuperação de empresas. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

LEI n. 11.101 de 2005.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. A função social da empresa. In: Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial do Consumidor. Vol. 5. n° 28 – ago./set., Editora Magister, 2009.

MAMEDE, Glasdston. Direito Empresarial brasileiro, vol. 4: falência e recuperação de empresas. São Paulo: Atlas, 2006. p. 417.

MAMEDE, Gladston. Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial. Vol.1 – 4ª ed. – São Paulo: Atlas, 2010

OLIVEIRA FILHO, João Glicério de. Fundamentos Jurídicos da Função Social da Empresa. 2008.

PROPRIEDADE PRIVADA VERSUS OS LIMITES DA RESPONSABILIDADE SOCIAL EMPRESARIAL

Frederico Slomp Neto

O tema do presente artigo científico é a propriedade privada e os limites da responsabilidade social empresarial.

O trabalho tem por objetivo geral analisar em que medida está havendo desrespeito a propriedade privada quando se criam obrigações legais de responsabilidade social para as empresas que impliquem em aumento de custos em setores com concorrência não expostos ao mesmo aumento de custos.

Quanto aos objetivos específicos são três:

- Primeiro dissertar brevemente sobre o liberalismo econômico.
- Segundo, dissertar sobre a ética empresarial.
- Terceiro, analisar de forma mais prática a questão da harmonização entre o princípio da livre iniciativa com o da vedação do abuso da posição dominante.

Para Cláudio Fernandes: “os **princípios básicos** do liberalismo versam sobre a defesa do livre mercado, do direito de propriedade privada, da liberdade da ação individual – o que pressupõe a garantia das liberdades individuais pelo Estado” (2010. s/p)

A ordem econômica prevista na Constituição Federal de 1988 privilegiou a economia de mercado, onde o princípio da livre iniciativa tem papel central (MORAES, 2017).

Para André Ramos Tavares, entende que a liberdade de iniciativa não deve ser entendida apenas pelo viés econômico, mas também pela liberdade de desenvolvimento de empresa e seus diversos instrumentos, manifestando-se neste sentido:

A liberdade de iniciativa garantida constitucionalmente não se restringe à liberdade de iniciativa econômica, sendo esta apenas uma de suas dimensões. A livre-iniciativa de que fala a Constituição há de ser, realmente, entendida em seu sentido amplo, compreendendo não apenas a liberdade econômica, ou liberdade de desenvolvimento de empresa, mas englobando e assumindo todas as demais formas de organização econômica, individuais ou coletivas, como a cooperativa (art. 5º, inc. XVIII, e art. 174, §§ 3º e 4º), e a própria liberdade contratual e comercial (2006, p. 239)

Quanto ao direito de propriedade, este tem assumido uma posição mais social, desprestigiando o direito individual em detrimento dos direitos sociais, conforme explica André Ramos Tavares:

Durante a época mais recente da História da Humanidade, constata-se que o direito de propriedade assumiu uma conotação que se tem designado como social, em oposição à característica essencialmente individualista de que desfrutara outrora. (TAVARES, 2018, p. 567)

Para José Francisco Cunha Ferraz Filho, a propriedade privada é um dos valores mais importantes previstos na Constituição de 1988, uma vez que é através deste que outros direitos são efetivados, *in verbis*:

Entende-se por direito de propriedade o direito patrimonial do homem. Sem dúvida, perfaz um dos valores mais importantes da ordem constitucional brasileira. O direito de propriedade é um dos pilares dos direitos fundamentais da pessoa humana e ninguém poderá ser destituído de seu patrimônio sem a correspondente e justa indenização. A garantia ao direito de propriedade propicia a efetivação de outros direitos individuais e liberdades, tais como o direito à intimidade, à privacidade,

ao lazer, à moradia, à autonomia individual e à preservação da espécie humana. (FERRAZ FILHO, 2020, p. 24)

REFERÊNCIAS

- AVELAR, Letícia Marquez de. **Reserva de vagas de emprego para minorias uma obrigação do empregador**. 2004 Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/4055/reserva-de-vagas-de-emprego-para-minorias-uma-obrigacao-do-empregador>. Acesso em 10 de fev. 2020.
- BARBIERI, José Carlos. **Responsabilidade Social Empresarial**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BARROSO, Luís Roberto Barroso. **ESTADO E LIVRE INICIATIVA NA EXPERIÊNCIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA**. 2014. Disponível em: http://www.luísrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2014/04/Estado-e-Livre-iniciativa-versao-final_11abr2014.pdf. Acesso em: 19 de jan. 2020.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.
- _____. **Lei da Liberdade Econômica**. Lei 13.874/2019. 20 de set 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 20 de jan 2019.
- BRITO, Luiz Artur Ledur; VASCONCELOS, Flávio Carvalho de. **A heterogeneidade do desempenho, suas causas e o conceito de vantagem competitiva**. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1415-65552004000500007&script=sci_arttext&tlng=pt. Acesso em: 19 de jan. 2020.
- DIAS, Reinando. **RESPONSABILIDADE SOCIAL: Fundamentos e Gestão**. São Paulo: Atlas, 2012.
- FERNANDES, Cláudio. Liberalismo Econômico. 2010. Disponível em: <https://www.historiadomundo.com.br/idade-moderna/liberalismo-economico.htm>. Acesso em: 05 de mar. 2020.

FERRAZ FILHO, José Francisco Cunha. Dos Direitos Fundamentais, *in*: MACHADO, Costa, et. al. **Constituição Federal Interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. 11 ed. Barueri [SP]: Manole, 2020.

GREENSPAN, Alan. **A Era da Turbulência**: aventuras em um novo mundo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MARTINEZ, Antonio Lopo. **BUSCANDO O VALOR INTRÍNSECO DE UMA EMPRESA: REVISÃO DAS METODOLOGIAS PARA AVALIAÇÃO DE NEGÓCIOS**. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Antonio_Martinez14/publication/330824741_BUSCANDO_O_VALOR_INTRINSECO_D_E_UMA_EMPRESA_REVISAO_DAS_METODOLOGIAS_PARA_AVALIACAO_DE_NEGOCIOS_/links/5c555817299bf12be3f55294/BUSCANDO-O-VALOR-INTRINSECO-DE-UMA-EMPRESA-REVISAO-DAS-METODOLOGIAS-PARA-AVALIACAO-DE-NEGOCIOS.pdf. Acesso em 15 de fev. de 2020.

MASSO, Fabiano Del. **DIREITO ECONÔMICO ESQUEMATIZADO**. 4 ed. São Paulo: Método, 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Método, 2014.

PADOVEZI, Aurelio. **Reserva Legal na Mata Atlântica: fundamental para o futuro da floresta**. Disponível em: <https://wri-brasil.org.br/pt/blog/2017/05/reserva-legal-na-mata-atlantica-fundamental-para-o-futuro-da-floresta>. Acesso em: 17 de dez. 2019. .

RAGAZZO. Carlos Emmanuel Joppert. **NOTAS INTRODUTÓRIAS SOBRE O PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA**. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/viewFile/4110/3538>. Acesso em: 12 de jan. de 2020.

RAJÃO, Gustavo de Ávila. **A constante insistência do Poder Público em transferir sua responsabilidade à iniciativa privada ou de interferir na atuação dessa, in casu nos shoppings centers.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/288111/a-constante-insistencia-do-poder-publico-em-transferir-sua-responsabilidade-a-iniciativa-privada-ou-de-interferir-na-atuacao-dessa-in-casu-nos-shoppings-centers>. Acesso em 20 de jan. de 2020.

SANTOS, Fernando de Almeida. **ÉTICA EMPRESARIAL: Políticas de responsabilidade social em 5 dimensões.** São Paulo: Atlas, 2015.

SANTOS, José. **Negócio local, concorrência global.** Disponível em: <https://administradores.com.br/artigos/negocio-local-concorrenca-global>. Acesso em: 10 de fev. de 2020.

SOUZA, Maria José Barbosa; MARCON, Rosilne. **A Responsabilidade Social das Empresas para com Consumidores, Acionista e Sociedade.** Disponível em: <http://www.anpad.org.br/admin/pdf/eneo2002-13.pdf>. Acesso em: 12 de jan. 2020.

TACHIZAWA, Takeshy. **Gestão ambiental e responsabilidade social corporativa : os paradigmas do novo contexto empresarial.** 9. ed.— São Paulo: Atlas, 2019.

TAVARES, Andre Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** 16 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

_____. **Direito Constitucional Econômico.** 2. ed. São Paulo Método, 2006.

VELLANI, Cassio Luiz. **Contabilidade e responsabilidade social: integrando desempenho econômico, social e ecológico.** São Paulo: Atlas, 2011.

VICECONTI, Paulo. **Contabilidade de custos: um enfoque direto e objetivo.** São Paulo: Saraiva, 2018.

DIREITO PRIVADO: TEORIA E PRÁTICA

Felipe Dutra Asensi,
Josanne Cristina Ribeiro Ferreira Façanha e
Tanise Zago Thomasi (orgs.)

Tipografias utilizadas:
Família Museo Sans (títulos e subtítulos)
Bergamo Std (corpo de texto)

Papel: Offset 75 g/m²
Impresso na gráfica Trio Studio
Junho de 2020