

DIREITO PRIVADO E SOCIEDADE

PEMBROKE COLLINS

CONSELHO EDITORIAL

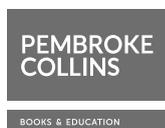
PRESIDÊNCIA Felipe Dutra Asensi

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)
Vania Siciliano Aieta (UERJ, Rio de Janeiro)

ORGANIZADORES:

CLÁUDIA DE MORAES MARTINS PEREIRA,
ELPÍDIO PAIVA LUZ SEGUNDO, PAULO JUNIOR TRINDADE DOS SANTOS,
VICENTE DE PAULO AUGUSTO DE OLIVEIRA JÚNIOR

DIREITO PRIVADO E SOCIEDADE



PEMBROKE COLLINS
Rio de Janeiro, 2021

Copyright © 2021

Cláudia de Moraes Martins Pereira, Elpidio Paiva Luz Segundo,
Paulo Junior Trindade dos Santos, Vicente de Paulo Augusto de Oliveira Júnior (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 público e sociedade / Cláudia de Moraes Martins Pereira, Elpidio Paiva Luz Segundo, Paulo Junior Trindade dos Santos e Vicente de Paulo Augusto de Oliveira Júnior (organizadores). – Rio de Janeiro: Pembroke Collins, 2021.

v. 2; 306 p.

ISBN 978-65-89891-12-3

1. Direitos sociais. 2. Direitos fundamentais. 3. Direitos políticos.
4. Políticas públicas. I. Pereira, Cláudia de Moraes Martins (org.). II. Luz Segundo, Elpidio Paiva Luz (org.). III. Santos, Paulo Junior Trindade (org.). IV. Oliveira Júnior, Paulo Augusto de (org.).

CDD 323

SUMÁRIO

ARTIGOS.....	13
SHARENTING: SUPEREXPOSIÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NA INTERNET E SEUS EFEITOS JURÍDICOS	15
<i>Denise da Silva de Oliveira Rodrigues</i>	
<i>Gianfranco Faggin Mastro Andréa</i>	
ESTUDOS EM DIREITOS REAIS: O CONDOMÍNIO E SUAS MODALIDADES.....	36
<i>Alexandra Gomes dos Santos Matos</i>	
O PROCESSO CIVIL E A AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO: UMA QUESTÃO IMPOSITIVA?.....	48
<i>Matheus Teodoro</i>	
O INÍCIO DA VIDA NO ORDENAMENTO JURÍDICO DOS PAÍSES DA AMÉRICA DO SUL.....	62
<i>Mariana Moron Saes Braga</i>	
<i>Pedro Mazziere Oliveira</i>	
APLICAÇÃO DA TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19: ENTRE A FLEXIBILIZAÇÃO E A ABUSIVIDADE.....	78
<i>Jéssica Alves de Mesquita</i>	
LIBERDADE ECONÔMICA: AS (IN)ALTERAÇÕES PROVOCADAS PELA LEI Nº 13.874/2019 NO DIREITO CIVIL	89
<i>Augusto de França Maia</i>	
<i>Germann Gabriella Amorim Ferreira</i>	

OS LIMITES DA PUBLICIDADE COMERCIAL EM FACE DA PRESERVAÇÃO DO DIREITO DE IMAGEM.....	108
<i>Franco Pereira Silva</i>	
A DESNECESSIDADE DE PROCURAÇÃO PÚBLICA EM CONTRATOS BANCÁRIOS CELEBRADOS POR ANALFABETOS: UMA BREVE ANÁLISE JURISPRUDENCIAL À LUZ DOS DISPOSITIVOS LEGAIS APLICÁVEIS.....	121
<i>Arthur Pacheco Pereira Carvalho</i>	
RISCOS E POSSIBILIDADES DA PROTEÇÃO AOS DIREITOS AUTORAIS PARA O CONTEXTO DE OBRAS INTELECTUAIS ON-LINE.....	139
<i>Luciane de Fatima Giroto Rosa</i>	
<i>Luciana Batista Galhardo Simon</i>	
<i>Antonio Francisco Magnoni</i>	
A LEI DA IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA (LEI Nº 8.009/90) E SUAS RELATIVIZAÇÕES.....	157
<i>Loyana Christian de Lima Tomaz</i>	
<i>Vitória Colognesi Abjar</i>	
DEEPENING INSOLVENCY: RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO ADMINISTRADOR.....	175
<i>Juliana Kunz</i>	
<i>Márcia Marcondes Diniz de Freitas</i>	
<i>Maria Cristina de Brito Lima</i>	
<i>Angélica Baumgärtner Cardoso</i>	
EFEITO JURÍDICO DA EMANCIPAÇÃO CIVIL PARA TOMAR POSSE EM CONCURSO PÚBLICO.....	195
<i>Luciano Monti Favaro</i>	
CONTRATO DE NAMORO: UM DIVISOR ENTRE A UNIÃO ESTÁVEL E O NAMORO QUALIFICADO?.....	211
<i>Marcela Azarias Rodrigues</i>	
<i>Thais e Silva Albani</i>	
PROTEÇÃO AO HERDEIRO APARENTE EM AÇÃO DE PETIÇÃO DE HERANÇA.....	227
<i>Adriana Rodex Silva Moronar</i>	
<i>Patricia Nascimento Ruela</i>	
<i>Sátina Priscila Marcondes Pimenta</i>	

O PAPEL DO EMPREENDEDOR NA ORGANIZAÇÃO DA VIDA ECONÔMICA A FIM DE BUSCAR AS RAÍZES DO DESEMPREGO E DAS DESIGUALDADES SOCIAIS.....	245
---	-----

Maria Regina Damaceno

RESUMOS.....257

A VULNERABILIDADE ALGORÍTMICA DO CONSUMIDOR SOB A PERSPECTIVA DO CAPITALISMO DE VIGILÂNCIA NO CONTEXTO DA PANDEMIA DA COVID-19.....	259
---	-----

Bruna Porto de Oliveira Cunha

Natasha Siqueira Mendes de Nóvoa

OS SEGREDOS DOS NEGÓCIOS NA PROPRIEDADE INDUSTRIAL.....	263
---	-----

Valdehilza Costa Nascimento de Oliveira

JUDICIALIZAÇÃO DO ACESSO À EDUCAÇÃO E MEDIDAS ESTRUTURANTES.....	267
--	-----

Carolina Cotta Barbosa de Sá Alvarenga

A COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL COMO FORMA DE PRESTAR EFETIVIDADE AO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR.....	272
---	-----

Pedro Alexandre Ferreira Sousa Degrande

DANO MORAL POR VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: ANÁLISE POR JURIMETRIA DA REGIÃO NORTE DO BRASIL	277
---	-----

Sátina Priscila Marcondes Pimenta

Natalya Ribeiro Assunção

Alice Lemes Ferreira

Janaína Aparecida Soares Gaspar Sanches

DIREITO DE FAMÍLIA: ANÁLISE CRÍTICA DOS CASOS DE DIVÓRCIO FRENTE À PANDEMIA DA COVID-19 NO BRASIL.....	283
---	-----

Adriana de Oliveira Rocha

Cinthia da Silva Barros

Danielly Novais do Rego

A PANDEMIA DO CORONAVÍRUS E AS TEORIAS DA IMPREVISÃO E DA ONEROSIDADE EXCESSIVA NAS RELAÇÕES PRIVADAS.....	289
---	-----

Kaio Cesar Pedroso

PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA APLICADA AO DIREITO PRIVADO.....	298
<i>Mirian Francine Colares Costa Cezare</i>	

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
Arthur Bezerra de Souza Junior	Universidade Nove de Julho, Brasil
Bruno Zanotti	PCES, Brasil
Claudia Nunes	Universidade Veiga de Almeida, Brasil
Daniel Giotti de Paula	PFN, Brasil
Danielle Ferreira Medeiro da Silva de Araújo	Universidade Federal do Sul da Bahia, 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
Glauucia 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
Maria do Carmo Rebouças dos Santos	Universidade Federal do Sul da Bahia, Brasil
Nikolas Rose	King's College London, Reino Unido
Oton Vasconcelos	Universidade de Pernambuco, Brasil
Paula Arévalo Mutiz	Fundación Universitária 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 Brasileiro 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
Walkyria Chagas da Silva Santos	Universidade de Brasília, Brasil

SOBRE O CAED-Jus

O **Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus)** é uma 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 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 *e-book* 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 níveis nacional e internacional,

tendo membros do Brasil, Estados Unidos, Colômbia, Argentina, Portugal, Reino Unido, Itália e Alemanha.

Em 2021, o **CAED-Jus** organizou seu tradicional **Congresso Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus 2021)**, que ocorreu entre os dias 28 a 30 de abril de 2021 e contou com 13 Grupos de Trabalho com mais de 650 artigos e resumos expandidos de 66 universidades e 38 programas de pós-graduação *stricto sensu*. A seleção dos trabalhos apresentados ocorreu através do processo de *double blind peer review*, o que resultou na publicação dos 13 livros do evento.

Os coordenadores de GTs organizaram os respectivos livros, e no caso de GTs que não tenham tido ao menos 18 trabalhos aprovados, estes foram realocados em outro GT, conforme previsto em edital específico. Os coordenadores de GTs também indicaram artigos para concorrer ao Prêmio CAED-Jus 2021. A Comissão Avaliadora foi composta pelas professoras Débora Soares Karpowicz (UNIASSELVI e RJJE), Mayra Thais Andrade Ribeiro (IBMEC) e Mércia Cardoso de Souza (TJCE). **O trabalho premiado é de autoria de autoria de Fátima Gonçalves Messias Takahashi, intitulado “A representatividade do ministério público na comunidade quilombola-kalunga riachão: um relato”.**

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 Educação (CAEduca) e da Editora Pembroke Collins, e cumpre os diversos critérios de avaliação de livros com excelência acadêmica nacionais e internacionais.

ARTIGOS

SHARENTING: SUPEREXPOSIÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NA INTERNET E SEUS EFEITOS JURÍDICOS

Denise da Silva de Oliveira Rodrigues¹

Gianfranco Faggin Mastro Andréa²

INTRODUÇÃO

O mundo contemporâneo é marcado pelo excesso de informações disponibilizados por meio da rede mundial de computadores, e as inúmeras possibilidades de uso desses dados. O acesso instantâneo, a praticidade na utilização de plataformas de comunicação através de aplicativos de celulares, mensagens de texto, dados de voz via internet, bem como o significativo armazenamento de dados pessoais e informações caracterizam verdadeira revolução na história.

Como consequência dessa evolução, estamos diante do fenômeno chamado *sharenting*: a exposição exagerada de crianças e adolescentes nas redes sociais.³ Surge a preocupação até onde os direitos individuais das

1 Graduada em direito pela Universidade Paulista.

2 Doutorando e Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Especialista em Direito Público pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus. Professor Universitário. Analista do Ministério Público da União.

3 Para efeitos jurídicos, considera-se criança a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade, nos termos do art. 2º da Lei

crianças e adolescentes estão sendo violados pelos próprios pais, considerando que esses são os principais responsáveis pela proteção dos interesses dos menores incapazes. Deste modo o presente trabalho pretende expor, à luz do direito e dos seus dispositivos legais, o direito à privacidade e à intimidade da criança e do adolescente, dada sua hipervulnerabilidade e as possíveis implicações do *sharenting*, com destaque para a responsabilidade civil.

A metodologia adotada é a de revisão bibliográfica, e na primeira parte do estudo será apresentado um panorama acerca da evolução da figura do pátrio poder até a consolidação do denominado poder familiar. Num segundo momento, dedica-se tópico específico para a análise da privacidade familiar e seu alcance à criança e adolescente. Por fim, aprofunda-se o estudo da figura do *sharenting*, apontam-se alguns casos acerca da temática e eventuais responsabilidades.

1. DO PÁTRIO PODER AO PODER FAMILIAR / AUTORIDADE PARENTAL

Considerando as várias transformações sociais, econômicas, culturais e políticas sucedidas ao longo do tempo, nota-se expressiva mudança na compreensão da criança no núcleo familiar. O conceito de poder familiar ou autoridade parental ultrapassou o integral domínio do *pater* ao conceito da atualidade de igualdade entre genitores, no que diz respeito aos deveres de proteção, educação e assistência dos filhos (MOREIRA, 2015, p. 23).

1.1. PÁTRIO PODER DO CÓDIGO CIVIL DE 1916

Autoridade parental hoje é nominada no Código Civil de 2002, em seu capítulo V, como “poder familiar”. Na atualidade, a expressão acolhida representa o que se denominava pátrio poder no Código de 1916, que se refere ao *pater potesta*. Esse termo define uma fase inicialmente constituída em Roma e instituído em um ambiente familiar patriarcal e hierarquizado, frisado pelo demasiado poder do patriarca. Ao *pater* cabia a regência da religião doméstica do lar, em razão de sua soberania irrestrita perante os demais membros do cerne familiar, conforme já ressaltado. A

8.069/1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente.

família, à época, tinha sua origem no matrimônio patrimonial e sobretudo patriarcal. A mulher sofria discriminação e as normas anulavam totalmente os seus direitos. À mãe apenas cabia o exercício de certos direitos relacionados à obediência dos filhos e isto vigorou até o Código Civil de 1916 (MOREIRA, 2015, p. 27-28).

O Código Civil de 1916 não trouxe muitas alterações e manteve a estrutura patriarcal e hierárquica, legitimando e corroborando a supremacia masculina e conferindo-a legalmente à convivência dentro do matrimônio. Sendo assim, cabia ao marido a função de liderar a sociedade conjugal e a este ficava concedido os privilégios ligados à autoridade marital e parental. À mulher só era possível exercer o pátrio poder em caso de falecimento do cônjuge ou em situações de impedimentos jurídicos do marido. Ademais, somente deixaria de existir em caso da maioria dos filhos, que ocorria aos 21 anos, ou em caso de morte dos filhos ou dos pais, pela adoção ou emancipação.

1.2. PODER FAMILIAR: CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E CÓDIGO CIVIL DE 2002

A promulgação da Constituição Federal de 1988 trouxe mudanças significativas quanto ao pátrio poder, estabelecendo tratamento isonômico entre homem e mulher (Art.5º, I)⁴. Desta forma, foi conferido a ambos o exercício do poder. Assim, não cabia mais ao pai o poder absoluto, mas sim o regime focado na proteção dos interesses do menor, a ser realizado por ambos os pais, em condução igualitária. A partir desta nova Constituição foi atribuída especial proteção do Estado às crianças e adolescentes.

O Código Civil de 2002 utiliza a expressão “poder familiar”, que apresenta maior coerência com a atualidade. Porém, essa expressão mantém a conotação de poder, transferindo-se apenas de pai para a família, e o foco deveria estar na essência da proteção, evidenciando as obrigações e deveres dos pais em relação aos filhos. A palavra “familiar” também não

4 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

corresponde ao momento atual, já que a titularidade é do pai e da mãe, e não dos membros da família de forma geral (MOREIRA, 2015, p. 33).

Deste modo, parte da doutrina preferiu adotar a expressão “autoridade parental”. Entende-se que o uso da palavra “autoridade” melhor define o ônus da função, baseado no melhor interesse do outro. O termo “parental” adequa-se melhor à relação de parentesco entre pais e filhos, dentro da estrutura familiar, e essa interação justifica tal autoridade.

A Constituição de 1988 em seu art. 227, traz deveres absolutos e prioritários atribuídos à família em favor da criança, do adolescente e do jovem, que são: o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar.

Considerando a constitucionalidade do conteúdo da autoridade parental, fica determinado aos pais os deveres de criar, assistir e educar os menores (artigo 229 da CF/1988), cabendo-lhes exercê-los assim que sucedido o nascimento destes. Isso se reafirma no art. 22 do Estatuto da Criança e Adolescente, no qual incumbe aos pais o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais. O poder familiar encontra previsão no artigo 1.634 do CC/2002.⁵

Nessa circunstância, evidencia-se que as crianças e adolescentes são considerados sujeitos de direitos, e a família tem por dever lhe proporcio-

5 Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

I - Dirigir-lhes a criação e a educação;

II - Exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;

III - Conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV - Conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;

V - Conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;

VI - Nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

nar um ambiente favorável à construção gradual de sua autonomia e compreensão de seus próprios direitos. Assim, a figura da autoridade parental tem por finalidade promover o desenvolvimento da personalidade dos filhos, bem com sua proteção e representação, tudo conforme o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

2. A PRIVACIDADE NA VIDA FAMILIAR: A PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Os primeiros contextos de socialização de uma criança são no seio familiar, e este tem importante papel no desenvolvimento do indivíduo e sua inserção na sociedade desde tenra idade.

A Constituição de 1988 trouxe em seu texto uma inversão nos valores do antigo contexto familiar, consagrando a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), solidariedade (art. 3º, I), paternidade responsável, (art. 227 § 7º) e o melhor interesse do menor (art. 227). De fato, a partir da nova constitucionalização da família, ficam evidenciados os deveres dos pais em relação aos filhos, cabendo-lhes o dever de promover a autonomia e personalidade na fase infanto-juvenil.

Com a elaboração da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e Adolescente), foi ratificada ao menor sua condição de titular e sujeito de direitos. A Constituição de 1988, em seus artigos 227 e 228, estabelece no Direito brasileiro a proteção integral das crianças e adolescentes.

Considerando estes sujeitos de direitos fundamentais, não é coerente que seus direitos à privacidade e imagem sejam violados em seu ambiente familiar, tendo em vista o novo conceito de autoridade parental, diante da prevalência do melhor interesse da criança e adolescente quando sopesado em relação ao interesse da família. Desta forma, a Constituição garante ao menor o direito à privacidade e intimidade, cabendo aos pais o cuidado e orientação para que não ocorra a violação destes direitos, visando sempre ao melhor interesse do menor.

2.1. CONCEITO DE DIREITO À PRIVACIDADE E INTIMIDADE

No mundo contemporâneo, há uma marca expressiva na quantidade de dados e informações que estão disponíveis através da rede mundial de

computadores, e isso trouxe uma dificuldade na distinção do que objetivamente está relacionando à privacidade humana, com o que as pessoas tornam público por livre e espontânea vontade. Ocorre que, quando as informações publicadas são relacionadas ao âmbito privado e familiar, fica ameaçado o direito à privacidade dos filhos menores, pois os pais acabam publicando nas redes virtuais vídeos e imagens das crianças em seus momentos de intimidade, e não refletem sobre as possibilidades de prejuízos nas vidas de seus filhos a longo prazo, decorrente de tais exposições.

A privacidade deriva do termo *privacy*, que significa particular, privado, algo pessoal e individual. Considera-se privado tudo aquilo que está relacionado à vida íntima. Trata-se de opções pessoais, envolvendo aspectos dos quais não há desejo ou interesse de que se torne público. A esfera privada diz respeito à limitação de informações, dados etc. ao seio familiar ou amigos mais próximos, evitando-se a divulgação para terceiros.

“Intimidade” vem de “íntimo”, que está relacionado a algo interior, algo que existe no âmago de uma pessoa, intangível, invisível, algo que alguém reserva para si, e deste modo não cabe qualquer publicidade. Sendo assim, identificam-se como íntimo: segredos sob juramento, circunstâncias de pudor pessoal, segredos íntimos que se expostos possam gerar constrangimentos (FERRAZ, 1993, p. 78).

Os direitos à privacidade e intimidade são direitos personalíssimos e protegidos no âmbito constitucional em diversos países. São partes centrais de direitos pertencentes às liberdades de cada indivíduo, e recebem proteção em aproximadamente todos os documentos relevantes à proteção dos direitos humanos, como por exemplo, art. 12 da Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948; art. 17. do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos de 1966 e art. 11 da Convenção Americana de Direitos Humanos, assinado em São Jose da Costa Rica no ano de 1969.⁶

Já a Constituição brasileira de 1988, em seu art. 5º, X, reconhece que a privacidade e intimidade são elementos essenciais ao desenvolvimento da personalidade, sendo quaisquer pessoas titular de tais direitos. Assim, fica claro que todo cidadão dispõe de ferramentas constitucionais para proteção dos seus direitos fundamentais, com destaque para a privacidade e intimidade.

6 Decreto nº 678. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 24 maio 2020.

2.2. DIREITO A PRIVACIDADE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NA LEI Nº 8.069/90

As crianças e adolescentes passaram a ser considerados sujeitos de direitos com a promulgação da Constituição de 1988, oportunidade em que lhes foram garantidos proteção, nos termos do art. 227, da CF/88. Por sua vez, o Estatuto da Criança e Adolescente de 1990, no seu art. 3º, dispõe que “[...] a criança e adolescente gozam de todos dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana[...]”, enquanto o art. 4º dispõe que é dever da família, da sociedade em geral e do poder público “[...] assegurar com absoluta prioridade, e efetivação [...]”, o direito à dignidade, ao respeito. O art. 17, por sua vez, estabelece o direito ao respeito.⁷

Já o art. 18 do Estatuto estabelece 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.” De forma clara, o art. 100, V, do ECA mantém a proteção à intimidade e vida privada da criança e adolescente mediante o princípio da privacidade.⁸

Nota-se que as crianças e os adolescentes são cercados de direitos que garantem sua privacidade e intimidade. Entretanto, com o desenvolvimento tecnológico, há uma crescente possibilidade de diversas violações destes direitos. Em virtude da excessiva necessidade de os pais partilharem momentos vividos, ainda que de forma limitada a um grupo mais seletivo e apenas para satisfazer o desejo de aprovação por meio de “curtidas”, tem-se concretizada a absoluta falta de cuidado e violação ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Desta forma, é relevante a discussão sobre a hipervisibilidade das crianças e jovens nas redes sociais, pela ótica dos direitos que lhes foram consagrados em leis, sempre priorizando seu melhor interesse, considerando que nem sempre a criança possui qualquer interferência na escolha

7 Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.

8 Art. 100 [...] V - privacidade: a promoção dos direitos e proteção da criança e do adolescente deve ser efetuada no respeito pela intimidade, direito à imagem e reserva da sua vida privada;

sobre o que é divulgado acerca de sua própria vida. É o que será tratado a seguir.

3. SHARENTING: A SUPEREXPOSIÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NAS REDES SOCIAIS

As redes sociais são uns dos principais meios de comunicação na internet, favorecendo a conexão de pessoas com interesses e características comuns, permitindo assim o compartilhamento de ideias, vivências, experiências e entretenimento. Com a capacidade de reduzir as distâncias geográficas, as redes sociais atingiram dimensões e serventias extraordinárias.

Estudos produzidos pela empresa *We are social* com a cooperação da plataforma *Hootsuite* indicaram que mais de 4,5 bilhões de pessoas agora utilizam a internet, ao passo que os usuários de mídias sociais já ultrapassaram a marca 3,8 bilhões. Aproximadamente 60% da população mundial está on-line (KEMP, 2020). Decorrente da relação dessa vastidão de usuários, surgiram inúmeras questões a serem tratadas pelo direito, sendo uma delas o *sharenting*.

3.1. SHARENTING: ORIGEM, CONCEITO E IMPLICAÇÕES JURÍDICAS

A expressão *sharenting* tem sua origem na língua inglesa, e diz respeito a um neologismo decorrente da combinação das palavras “*share*” (compartilhar) e *parenting* (cuidar, no contexto de parentalidade). Aludido termo foi cunhado em 2012 por um jornalista do *The Wall Street Journal* (LYCHTER, 2012). Trata-se de termo utilizado para descrever o hábito de pais postarem em aplicações da internet: fotos, dados e informações dos menores por eles tutelados. Essas informações normalmente são divulgadas via redes sociais, legitimados pelo direito dos pais de expor suas próprias histórias (o que inclui a vida dos filhos, naturalmente expostos pelo orgulho e realização de tê-los) (STEINBERG, 2017, p. 877).

As implicações jurídicas resultantes do *sharenting* dizem respeito aos dados pessoais das crianças inseridas nas redes virtuais. Tais informações são disponibilizadas ao longo da vida e permanecem disponíveis no am-

biente virtual sem data de validade, sendo possível acessá-las muito tempo depois de sua publicação, tanto pelo titular dos dados, quanto por terceiros. A divulgação de tais informações pode causar impactos na vida da criança, desde a infância até fase adulta, expondo-a a constrangimentos decorrentes de fotografias, histórias e até comentários divulgados na web que possam ser considerados desagradáveis (STEINBERG, 2017, p. 854).

Juridicamente consideram-se dados pessoais toda informação pertencente a uma pessoa identificada ou identificável, não se restringindo somente a nome, sobrenome, idade, alcunha, endereços tanto residenciais quanto eletrônicos, incluindo também localização, dados acadêmicos entre outros. Há também uma definição de dados sensíveis e estes são relacionados a informações como características da personalidade e escolhas pessoais, tais como convicção religiosa, origem racial ou étnica, dados referentes a saúde, dados genéticos e outros, sempre associados a pessoa natural viva (PINHEIRO, 2018).

Nota-se que a intenção dos pais é somente compartilhar momentos que para eles são especiais, como fotos e vídeos do nascimento, das brincadeiras, primeira vez na escola, primeiras apresentações artísticas e até coisas cotidianas que para os pais parecem inofensivas. Trata-se de pais exibindo a todos as ações de seus filhos, como forma de expressar o orgulho de suas realizações.

Observa-se uma compulsão pelo compartilhamento desenfreado de todas as coisas que ocorrem ao redor, sendo potencializado quando se trata dos filhos. Considerando que nada pode ser perdido, e com um *click* e posterior publicação, tem-se a eternalização daquele momento.

A ideia de *sharenting*, segundo Erbelin, abrange também situações em que os pais criam perfis nas redes sociais em nome das crianças e fazem gestão da vida de seus filhos na internet, divulgando de forma sucessiva informações sobre suas rotinas.

É o caso da mãe que, ainda grávida, cria uma conta em uma rede social para o bebê que irá nascer. Tal rede social será alimentada com fotografias, recordações sobre aniversários, primeiros passos, primeiros dias, escola, amigos, animais de estimação, relacionamento com familiares e várias outras informações. Nesse caso, os pais não estão tão somente administrando as suas próprias vidas di-

gitais, mas também criando redes paralelas em nome de seus filhos (ERBELIN, 2018, p. 258).

Percebe-se que, na maioria das vezes, a criança não teve participação na decisão sobre a circulação de sua imagem, de suas peculiaridades, de seus dados, muitos menos sobre situações íntimas do seu convívio familiar.

A superexposição dos menores nas redes sociais pode acarretar traumas psicológicos a médio e longo prazo, uma vez que tais compartilhamento de imagens durante a infância podem torná-los vítimas de *cyberbullying*, gerando imensa vergonha e constrangimento por toda vida.

Observa-se que cada compartilhamento gera um rastro ou pegada digital sobre a criança, que lhe acompanhará por toda vida, podendo num futuro serem utilizadas fotos e vídeos que trazem interação com a sua biografia, tendo em vista que uma vez compartilhado imagens e dados, a chance de posterior exclusão é quase que impossível.⁹ Deste modo, a difusão sobre as informações publicadas foge ao controle, podendo causar danos ao sujeito.

3.2. CASOS DE SHARENTING

Um caso ocorrido em 2012 merece destaque. O pai de Nissim Ourfali compartilhou no YouTube¹⁰ um vídeo produzido para o BarMitzyah,¹¹ e amadoramente foram usados efeitos especiais em uma versão da música do grupo One Direction, “*What makes you Beautiful*”, oportunidade em

9 Vide recente decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário (RE) 1010606 que considerou inaplicável o direito ao esquecimento. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=459955&ori=1>. Acesso em: 20 fev. 2021.

10 Plataforma de compartilhamento de vídeos on-line. Permite que os usuários coloquem e compartilhem seus próprios vídeos, que podem ser vistos por qualquer pessoa, bem como a interação através de comentários e acompanhamento de canais. De acordo com os dados do Relatório Digital In 2020, em janeiro de 2020, havia 2 bilhões de usuários por mês, sendo a segunda rede social com mais usuários no mundo.

11 É a cerimônia judaica que marca a passagem de um garoto à vida adulta, aos 13 anos. A partir dessa idade, ele assume sua maioridade religiosa e passa a ter responsabilidades perante sua comunidade e suas tradições.

que é demonstrada a rotina diária do garoto. O jovem fala sobre suas atividades e lugares favoritos e dentre estes faz referências à praia da Baleia.

O vídeo foi considerado engraçado e teve à época mais de cinco milhões de visualizações. A versão da música foi tocada em várias casas noturnas; foram criadas várias paródias e sátiras, houve diversos compartilhamentos do vídeo e, também, inúmeros comentários. Algumas empresas e agências entraram em contato com a família na intenção de explorar sua imagem.

Considerando tudo ofensivo, a família ajuizou uma ação em desfavor do Google, requerendo a retirada dos vídeos sob o argumento de seu direito à imagem e privacidade e indenização por danos morais. Em 2014, conforme noticiado pela imprensa, a justiça decidiu em 1ª instância que o Google não era obrigado a excluir os vídeos, mas após recurso em decisão de 2ª instância, o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP) determinou que o Google retirasse todos os vídeos que mostrassem o garoto. A ação corre em segredo de justiça e o Google afirmou que recorrerá da decisão (ARAÚJO; SOTO, 2016).

Outro caso ocorreu no ano de 2016, quando a americana Alice Ann Meyer (SALEH, 2018), mãe do garoto Jameson, cinco anos, percebeu que uma foto que ela havia postado do seu filho em 2014 virou meme¹² na internet de maneira totalmente desrespeitosa. O garoto Jameson é portador de uma doença rara chamada síndrome de *Pfeiffer*. Esta doença apresenta como característica um tipo de deformação no crânio. Por meio de uma montagem, o menino foi comparado a um cachorro da raça *Pug*, e a imagem viralizou. A mãe desesperadamente utilizou de todos os meios possíveis para remover as fotos e após as denúncias e conseguiu que as plataformas retirassem as imagens do ar.¹³ O dano, entretanto, já havia sido gerado.

12 O termo ficou conhecido e é empregado no "mundo da internet". Refere-se à "viralização" de um conteúdo (vídeo, imagem, frase etc.) que se espalha rapidamente entre vários usuários.

13 Em um texto publicado em seu blog com título *This Is My Son Jameson, And No, You May Not Use His Photo* ("Este É Meu Filho Jameson, e Não, Você Não Pode Usar a Foto Dele", em tradução livre), ela escreveu: "Passei minha noite de sábado lutando para tirar a foto do meu filho da página do Facebook, onde ela tinha recebido 5mil likes e quase 3 mil compartilhamentos. Não foi uma tarefa fácil, precisei submeter cem, talvez mil relatórios (...) antes

Considerando os casos expostos, nota-se que a prática de *sharenting* é potencialmente nociva à honra e, portanto, gerará danos e em alguns casos deverão ser reparados. Os danos mais frequentes são causados por imagens na internet. Como não notar dano nesses casos em que uma imagem compartilhada viraliza, mesmo que os pais sejam autores deste compartilhamento? Observa-se que mesmo havendo chateação e espanto dos pais, o que é compreensível, seguramente o filho será alvo de grande dor e sofrimento moral quando crescer e tiver consciência do que aconteceu. Afinal, ele é a pessoa afetada diretamente pela ação.

A falta de conscientização acerca do excesso de compartilhamento de imagens e dados de crianças e adolescentes traz riscos inimagináveis às suas vidas, não somente os dissabores decorrentes de *cyberbullying*, mas também os riscos de pedofilia e até sequestro, justamente diante desta superexposição desmedida.

Em agosto de 2017, Lekeishia Johnson¹⁴ de *Kennewick*, Washington, mãe de três filhos, sendo duas meninas com idades de 1 e 2 anos e um menino de 6 meses à época, iniciou uma conversa virtual com “Kanoa King”, um possível futuro namorado. O meio de comunicação entre eles era, principalmente, as redes sociais. O contato entre ambos se manteve durante várias semanas, certa de que este homem que ela conhecia apenas virtualmente era alguém bastante confiável. Assim, expôs toda sua vida e rotina – e por consequência os filhos – pois ela enviava fotos e também fornecia diversas informações.

Certo dia, a “mãe” do Kanoa ligou informando que ele teria sofrido um acidente e solicitou que ela fosse junto com as crianças até o hospital para que finalmente se conhecessem. Um rapaz buscou a mãe e as crianças para levá-los até o hospital. Ao chegar no local, uma prima de Kanoa, de nome Terysha informou que as crianças não poderiam subir e que ela ficaria com as crianças durante o período da visita. A polícia diz que Littlecalf (verdadeiro nome de Terysha) conquistou a confiança de Johnson e levou o bebê de 6 meses, supostamente para um lugar seguro. Ao entrar

de removê-la. Sucesso! Somente para descobrir que a imagem já estava em outro site, com mais de mil compartilhamentos e likes” (SALEH, 2018).

14 FALSIDADE.COM T6 Ep.5 – Amor à primeira mensagem, 2019. (43m29s) Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=TZ6V9cBKkwc&feature=emb_logo. Acesso em: 20 jun. 2020.

no hospital e subir até o andar onde Kanoa estaria internado, a mulher percebeu que o encontro jamais aconteceria, pois o seu namorado virtual nunca existiu. Tratou-se de um golpe para sequestrar o bebê de seis meses. Felizmente, um homem contratado pela sequestradora contatou o 911,¹⁵ e por meio das informações por ele fornecidas, a polícia foi capaz de localizar Littlecalf e em segurança devolver o bebê para sua mãe.

O excesso de exposição nas redes sociais pode gerar informações para inúmeras pessoas, inclusive criminosos.

3.3. RESPONSABILIDADE CIVIL E *SHARENTING*

A responsabilidade tem o atributo de salientar a posição do indivíduo que deixa de cumprir o seu dever, infringindo normas preexistentes (contratual ou legal), submetendo-se às consequências desfavoráveis de suas ações (ônus da reparação), das quais seja autor direto ou indireto.

Considerando-se a perspectiva do direito privado, é aceitável dizer que a responsabilidade civil é resultado da lesão a um interesse particular, submetendo o infrator ao pagamento de uma reparação pecuniária à vítima, caso este não seja capaz de repor *in natura* o *status quo* da coisa (GONÇALVES, 2012, p. 20). Desta forma, nasce a responsabilidade civil com a função de defender os direitos das pessoas de que sejam reparados os danos ou ressarcidos os seus prejuízos, pela remessa da situação fática ou evento danoso ou equivalente a ele, ao *status quo ante*, buscando assim restaurar o equilíbrio das relações (LISBOA; CHRISTÓFANO, 2018).

O dano moral, no que tange à criança e ao adolescente, em ficção jurídica, conjectura-se que se houvesse discernimento oportuno, a criança e o adolescente também defenderiam seus direitos, ou seja, o valor moral deste é passível de indenização em caso de violação.

Conforme destacam Lisboa e Cristófano:

Tratando-se de direito da personalidade, a titularidade é reconhecida até mesmo para o nascituro (art. 2º CCB), alcançando, pois, a criança e o adolescente, que possuem direitos a serem protegidos porquanto a eles inerentes por natureza, daí a razão pela qual que

15 É o número discado nos Estados Unidos para reportar algum tipo de emergência.

cabe-lhes a defesa e reparação por danos morais (LISBOA; CRISTÓFANO, 2018, p. 19).

Em dezembro de 2017, um juiz de um tribunal em Roma lidou com caso em que um adolescente de 16 anos processou a própria mãe. Ela constantemente publicava fotos do adolescente sem que este autorizasse. O Juiz baseou sua sentença no artigo 96 da Lei dos Direitos do Autor na Itália, que diz: “uma pessoa não pode ser exposta, ou ter seu retrato divulgado, sem consentimento, salvo exceções”. Foi determinado pelo tribunal que a mãe deveria remover todas as imagens do filho e, em caso de novas publicações com conteúdo sobre o filho sem autorização dele, ela seria multada no valor de dez mil euros. Na Itália existem mais casos semelhantes de filhos que processam pais por violação da privacidade (ANSA BRASIL, 2018).

Segundo Anderson Schreiber, o dano moral se configura quando ocorre a lesão à personalidade, a despeito de o direito personalíssimo ser consagrado pelo Código Civil Brasileiro (SCHREIBER, 2013, p. 16-18). Todavia, o dano moral não poderá ser definido apenas pelo sofrimento da vítima, considerando que este poderá ser indagado moralmente no caso concreto; o dano moral como lesão à personalidade humana concentra-se sobre o interesse lesado.

O Superior Tribunal de Justiça já foi provocado a se manifestar sobre a responsabilidade civil decorrente de danos causados por atos praticados na internet,¹⁶ mas ainda não temos casos a respeito da responsabilidade civil dos pais em razão do compartilhamento de conteúdo privados dos filhos (LISBOA; CHRISTÓFANO, 2018, p. 13-14).

Observa-se que mesmo com a escassez de jurisprudência, há a possibilidade de um reconhecimento de dano moral no que tange à violação do direito à imagem, haja vista que se trata de um direito personalíssimo, ou seja, um direito irrevogável, intransmissível, inalienável, que ao ser violado fere um direito constitucional. De fato, o ponto central do debate sobre a exposição de crianças e adolescentes no ambiente virtual está em entender quem tem direito sobre suas imagens. Apontar os pais como detentores desse direito seria a resposta mais óbvia, mas o direito à

16 Recursos Especiais 1.306.066/MT, 1.193.764/SP e 1.308.830/RS.

imagem e à privacidade são garantidos pela Constituição Federal. Desta forma, torna-se não só responsabilidade dos genitores, mas também do Estado e da sociedade. Todos temos o dever de respeitá-los e defendê-los quando necessário.

Quando a imagem de uma criança é exposta sem que haja consentimento, fica caracterizada a violação de seus direitos. Entretanto, fica a questão: se as imagens já estão em modo público, qual o problema de recompartilhá-las? Entende-se que imagens de crianças e adolescentes não devem ser compartilhadas sem que haja consentimento dos pais ou responsáveis, ainda que estas já tenham sido postadas de forma pública. Embora as redes sociais disponibilizem a opção de compartilhamento, os termos de uso destas jamais se sobrepõem à legislação do país.

Assim, nota-se que pesa sobre o agente que violou a imagem a responsabilidade civil pelo dano, nos moldes do art. 5º, V e X da CF/88 e arts. 12, 20, 186 e 927 todos do CC/02. Há também a possibilidade de responsabilização do provedor, desde que uma vez requerida a retirada da imagem/vídeo violador, mantenha-se inerte ou se negue a fazê-lo.¹⁷

3.4. LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS E SHARENTING

A Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), regulamenta a proteção de dados pessoais no Brasil, tanto pelo poder público quanto pela iniciativa privada. Suas disposições objetivam o fortalecimento da proteção dos dados pessoais dos usuários e sua privacidade.

Define-se que dado pessoal é qualquer informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável, tais como, nome, sobrenome, idade, apelidos, dados de localização, endereços físicos e eletrônicos, perfis de compras, dados acadêmicos entre outros (PINHEIRO, 2018).

17 Art. 19. da Lei 12.965/2014: “Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário”. (BRASIL, 2014).

São dados pessoais sensíveis informações relacionadas a raça, etnia, crenças religiosas, opiniões políticas, dados genéticos e biométricos. Assim, ao divulgar o nome dos próprios filhos no espaço virtual, por exemplo, os pais deixarão expostos dados pessoais da criança (PINHEIRO, 2018).

Observa-se que o comportamento dos adultos nas redes sociais, mesmo sem a intenção de exposição, pode permitir que terceiros façam deduções a respeito de referências que possam ser relacionadas a uma criança definida e singular, tais como localização, idade, aniversário e religião (STEINBERG, 2017, p. 854).

A LGPD tem muitíssima importância no contexto atual de uma sociedade hiperconectada e sua função é estabelecer regras claras para o tratamento e coleta de dados. A norma jurídica mira em seu artigo 14, a proteção especial para os vulneráveis e traz singularidades no tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes para preservá-los de algum abuso ou violação de seus direitos.

Como visto, a criança e o adolescente são considerados sujeitos em desenvolvimento, e por essa razão não tem consciência plena dos riscos e consequências no que se refere ao tratamento de dados, tal como dos direitos correspondentes. Nessa perspectiva, é importantíssimo que a LGPD siga de acordo com o dever constitucional que confere absoluta prioridade das crianças quando da aplicação das normas legais, garantindo-lhes o respeito ao seu melhor interesse.

Em toda operação que demanda a coleta de informações relativas a dados pessoais de crianças, é requerida a autorização de um dos pais ou do responsável legal e é importante que o desenvolvedor realize todos os esforços na verificação de que o consentimento realmente foi dado. No atual cenário tecnológico, onde estão disponíveis diversas aplicações de internet, jogos e outras atividades semelhantes em que crianças e adolescentes fazem uso, a LGPD em seu art. 14 § 4º prevê que os controladores de dados não devem condicionar a contribuição de crianças no fornecimento de dados pessoais (LGPD, 2018). Ou seja, mesmo que não ocorra o consentimento parental, as crianças podem continuar acessando as aplicações, mas os responsáveis por essas soluções e sistemas têm de acatar a regra da minimização da coleta ao estritamente necessário à ação.

A LGPD prevê a obrigação de transparência no tratamento de dados, e no parágrafo 6º do art. 14, é previsto que todas as informações referen-

tes ao tratamento de dados de crianças e adolescentes terão de ser disponibilizadas de maneira simples, clara e acessível, com uso de recursos audiovisuais quando pertinente à criança, de maneira que proporcione a informação essencial que seja adequada ao entendimento da criança, dos pais e do responsável legal.

A legislação europeia, por meio da *General Data Protection Regulation* (GDPR), em vigor desde maio de 2018, reconhece claramente a necessidade de maior proteção para as crianças e adolescentes. Conforme a regulação, essa proteção específica deve ser reforçada quando se trata da utilização de dados pessoais de crianças e adolescentes com a finalidade de criação de perfis de personalidade ou de utilizador, ou comercialização, bem como na coleta de dados pessoais em serviços fornecidos para o público infantil. Utilizando-se do princípio da transparência, o regramento europeu define que sempre que o tratamento for direcionado à criança, deve estar redigida em uma linguagem simples e clara, que seja de fácil compreensão (RGPD, 2016).

Neste contexto normativo, elegem-se duas espécies de atribuições resultantes: preliminarmente, seria a incumbência de cunho preventivo, trazendo melhorias na qualidade das informações sobre os serviços ofertados, especialmente dos perigos relacionados ao compartilhamento de dados, redobrando todos os cuidados quando for identificado a hipótese de compartilhamento de informações de crianças. Em segundo, a incumbência amparada no cenário da legislação brasileira atual de cunho corretivo; ou seja, o fato de as crianças não possuírem nenhum domínio em relação ao que os pais ou terceiros compartilham ao seu respeito, o desempenho de seus direitos dependerá da instauração de mecanismos capazes de deletar todos os dados que foram compartilhados por terceiros no decorrer de sua infância.

Em relação ao *sharenting*, a LGPD busca impor limites com relação ao tratamento de dados das crianças, fortalecendo a crianças e o adolescente como sujeitos de direitos e protagonistas dos seus direitos.

CONCLUSÃO

Toda a análise exposta neste trabalho requer muito debate e disposição das autoridades jurídicas, pais e tutores legais, compreensão do com-

portamento social na atualidade, assim como uma visão mais profunda dos aspectos de comportamento social nas redes sociais para que haja a proteção do direito à privacidade para as crianças e adolescentes quanto à exposição exagerada na internet.

A conscientização acerca das implicações psicológicas, sociais e jurídicas são fundamentais a fim de se evitar o *sharenting* e para que os tutores legais também possam desfrutar do desenvolvimento dos seus próprios filhos conhecendo os limites da lei e amparo legal que ostentam por direito. No entanto, uma vez violados os direitos à privacidade, imagem ou ainda que acarrete exposição vexatória da criança e adolescente, tem-se a possibilidade de responsabilização dos responsáveis quer sejam os pais, ou terceiros, conforme restou demonstrado ao longo da presente pesquisa.

A LGPD chega em boa hora, principalmente em se tratando do mundo digital, a fim de se estabelecer regramentos e limites. Portanto, em se tratando de novel temática no Direito brasileiro, a finalidade do estudo consistiu em convidar o leitor a refletir acerca da sensível figura do *sharenting*, abrindo-se um campo de pesquisa que merece maior exploração e aprofundamento.

REFERÊNCIAS

ANSA BRASIL. Justiça obriga mulher indenizar filho por foto publicada em rede social. **O Globo**, 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/justica-obriga-mulher-indenizar-filho-por-foto-publicada-em-rede-social-22273184#>. Acesso em: 30 set. 2020.

ARAÚJO, Bruno; SOTO, César. **Nissim Ourfali: Justiça determina que Google tire do ar vídeos sobre garoto**. G1, São Paulo, 16 Mar 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2016/03/nissim-ourfali-justica-determina-que-google-tire-do-ar-videos-sobre-garoto.html>. Acesso em: 02 jun. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 22 maio 2020.

_____. **Decreto nº 592.** Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 24 maio 2020.

_____. **Decreto nº 678.** Convenção Americana sobre Direitos Humanos Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 24 maio 2020.

_____. **Lei nº 10.406,** de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 22 maio, 2018.

_____. **Lei nº 12.965,** de 23 de abril de 2014. Institui o Marco Civil da Internet. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 21 fev. 2021.

_____. **Lei nº 13.709/2018.** Lei Geral de Proteção de Dados. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 25 out. 2020.

_____. **Lei nº 8.069/1990.** Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 20 jun. 2020.

EBERLIN, Fernando Buscher Von Teschenhausen. Sharenting, Liberdade de expressão e privacidade de crianças no ambiente digital: o papel dos provedores de aplicação no cenário jurídico brasileiro. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 7, n. 3, p. 255-273, 2017.

FALSIDADE.COM T6 Ep.5 – **Amor à primeira mensagem**, 2019. (43m29s) Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=TZ-6V9cBKKw&feature=emb_logo. Acesso em: 20 jun. 2020.

FERRAZ, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, São Paulo, v. 88, p. 439-459, jan-dez. 1993.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 4.

- _____. **Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- KEMP, Simon. **Digital 2020 3.8 Billion People Use Social Media**. Disponível em: <https://wearesocial.com/blog/2020/01/digital-2020-3-8-billion-people-use-social-media>. Acesso em: 31 maio 2020.
- LISBOA, Roberto Senise; CHRISTÓFANO, Danilo Fernandes. Sociedade da Informação: dano e responsabilidade civil decorrente da prática de sharenting. **Direito civil contemporâneo II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA** Coordenadores: Larissa Maria de Moraes Leal; Roberto Senise Lisboa – Florianópolis: CONPEDI, 2018.
- LYCHTER, Aliison. **Oversharenting: Parents Juggle Their Kids' Lives On-line**. Disponível em: <https://blogs.wsj.com/juggle/2012/05/16/oversharenting-parents-juggle-their-kids-lives-on-line/>. Acesso em: 21 fev. 2021.
- MOREIRA, L. M. R. **Alienação parental**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015.
- MOREIRA, Sônia. A autonomia do menor no exercício dos seus direitos. **Revista: Scientia Iurídica**. Tomo L, n. 291, p. 159-194, set-dez. 2001.
- PINHEIRO, Patricia Peck. **Proteção de Dados Pessoais**: comentários à Lei nº 13.709/2018 (LGPD). São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- RGPD. **Regulamento nº 2016/679**, de 27 de abril de 2016. Regulamento Geral Sobre a Proteção de Dados. 2016b. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT#ntc7-L_2016119PT.01000101-E0007. Acesso em: 06 nov. 2020.
- SALEH, Naíma. Quem deixou postar isso? **Revista Crescer**, 12 jun. 2018. Disponível em: <https://revistacrescer.globo.com/Crianças/Comportamento/noticia/2018/06/quem-deixou-voce-postar-isso.html>. Acesso em: 22 jun. 2020.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2. ed. São Paulo:
Atlas, 2013. p. 16-18.

STEINBERG, Stacey B. **Sharenting: Children's privacy in the age
of social media**. Emory Law Journal, Atlanta, v. 66, p. 839-884,
2017. Disponível em: [https://scholarship.law.ufl.edu/cgi/viewcon-
tent.cgi?article=1796&context=facultypub](https://scholarship.law.ufl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1796&context=facultypub). Acesso em: 20 maio
2020.

ESTUDOS EM DIREITOS REAIS: O CONDOMÍNIO E SUAS MODALIDADES

*Alexandra Gomes dos Santos Matos*¹⁸

INTRODUÇÃO

O interesse de estudar Direitos reais, sob a vertente do condomínio, deve-se à relevância que tal instituto apresenta nos dias hodiernos, sobretudo os condomínios edilícios, os quais começaram a surgir após a Primeira Guerra Mundial¹⁹ e têm tido vertiginoso crescimento. Tal situação fez com que o Código Civil de 2002, doravante CC, inovasse ao regular tal tipo de condomínio. Não bastasse isso, novas alterações têm sido feitas, com a introdução da Lei nº 13.465/2017, a qual prevê novas modalidades de condomínio. Dada a relevância de tal temática, é imperioso que o

18 Professora efetiva de Língua Portuguesa da Secretaria de Educação do Estado da Bahia e do Colégio Santo Antônio de Jesus (Sistema COC de Ensino). Possui graduação em Letras Vernáculas e é mestranda do Profletras, ambos os cursos pela Universidade do Estado da Bahia. É bacharela em Direito pela Faculdade de Ciências Empresariais, foi aprovada no Exame da Ordem dos Advogados do Brasil, é especialista em Estudos Linguísticos e Literários pela Universidade Federal da Bahia, bem como em Direito Educacional pela Faculdade Futura.

19 A Primeira Guerra Mundial ocorreu na primeira metade do século XX, entre 1914 e 1918. O condomínio edilício surgiu nesse contexto, apresentando relação com a crise habitacional. Frise-se que o desenvolvimento dos centros urbanos e, por conseguinte, a maior valorização dos terrenos demandaram um melhor aproveitamento do solo, fato que tal instituto oportuniza.

assunto seja discutido para que haja efetiva divulgação, conhecimento e possíveis dúvidas sejam dirimidas, com base em argumentos legais.

Nesse sentido, o presente estudo advém do interesse de aprofundar os conhecimentos em direitos reais, com enfoque especial em condomínio, dada a relevância de tal temática na conjuntura contemporânea. Pretende-se mostrar a definição, nos termos jurídicos, de condomínio, apresentando as suas modalidades e as diferenças entre elas. Ademais, serão apresentados como se dá o processo de constituição de um condomínio, assim como ocorre sua administração, dando especial atenção ao síndico, com base em legislação, doutrina e jurisprudência que versem sobre o assunto em deslinde.

Nessa linha, o trabalho apresenta revisão bibliográfica, nos termos de Gil (2002), sendo o resultado obtido a partir de coleta qualitativa de dados, dentro do que referencia Chizzotti (2003), que considera esse modelo de pesquisa como a forma mais adequada para as ciências sociais. A análise dos dados foi realizada com base em doutrina consagrada no âmbito jurídico, jurisprudências e legislação atualizada concernente à temática em deslinde.

O que é condomínio? Quais modalidades existentes? Como se dá o seu processo de constituição e de administração? Em que consiste o papel do síndico? Perguntas como essas serão respondidas, no decorrer deste trabalho, que tem como principal pretensão discutir a questão do condomínio, dentro de uma perspectiva jurídica, com linguagem clara e objetiva, de modo a alcançar o maior número de pessoas, principalmente, os estudantes de Direito e os operadores jurídicos.

1. DO CONCEITO: O QUE É CONDOMÍNIO?

Para que se configure a existência de um condomínio, é mister que haja mais de uma pessoa tendo a propriedade sobre determinado bem, podendo ele ser móvel ou imóvel. Assim, entende-se que o direito de domínio é único, embora sejam vários os sujeitos ativos tendo os atributos de propriedade ao mesmo tempo, o famigerado GRUD,²⁰ a saber:

²⁰ São os quatro atributos que estão aderidos à propriedade, de modo que é necessário ter todos eles para que se tenha a propriedade plena. Sendo os atributos distribuídos entre pessoas distintas, tem-se a propriedade restrita.

Gozar ou fruir

Reaver ou buscar

Usar ou utilizar

Dispor ou alienar

Por isso, na situação condominial, utiliza-se, nas palavras de Tartuce (2018, p.325), os termos copropriedade e compropriedade. O significado se relaciona com o nome – já que condomínio é a comunhão de vários domínios ao mesmo tempo.

2. DA ESTRUTURA JURÍDICA DO CONDOMÍNIO

No Brasil, foi adotado, assim como na maioria dos países, o sistema romano de condomínio por quotas, constituindo-se uma exceção no caso do condomínio formado por regime de bens de casamento cuja ideia adotada é a de comunhão de mão comum ou condomínio germânico.

Em se tratando da estrutura jurídica, o Direito brasileiro consagrou a teoria da propriedade integral ou total, conforme anuncia o CAPUT do artigo 1.314 do CC, segundo o qual cada condômino pode usar da coisa conforme sua destinação, sobre ela exercer todos os direitos compatíveis com a indivisão, reivindicá-la de terceiro, defender a sua posse e alhear a respectiva parte ideal, ou gravá-la. De acordo com o que se verifica, os condôminos têm concomitantemente os quatro atributos da propriedade, mas cada um deles é limitado pelo direito dos demais. Nesse toar, o condomínio tem natureza real, sendo regido pelos princípios do Direito das Coisas e não pelo Contrato ou pelo Consumo²¹.

3. DAS MODALIDADES DO CONDOMÍNIO

O condomínio admite, de acordo com Tartuce (2018), classificações em três diferentes critérios, quais sejam: quanto à origem, ao objeto ou

21 Tartuce explica que há “afirmação número 10 constante da Edição n. 68 da ferramenta Jurisprudências em Tese, do Superior Tribunal de Justiça, publicada em 2016.” (TARTUCE, 2018, p. 358). Assim, resta entendimento definido de que não há relação de consumo entre condomínios e condôminos.

ao conteúdo e, por fim, quanto à forma ou à divisão. Entre o primeiro critério, encontra-se a divisão em edilício e geral, abrangendo este o voluntário ou convencional, o incidente ou eventual, bem como o necessário ou forçado. O segundo, por sua vez, divide-se em universal ou total e particular, restrito ou parcial. Já o terceiro, pode ser denominado de *pro diviso* e *pro indiviso*.

Evidencia-se, ainda, que o CC de 2002 inovou, de forma significativa, ao disciplinar o condomínio edilício – já que este é um fenômeno bastante típico da contemporaneidade – de onde resulta a relevância de tal instituto nessa codificação material privada.

Em tempo, registram-se as novas modalidades de condomínio instituídas pela Lei nº 13.645/2017, a saber: o condomínio de lotes e o urbano simples, ambos, assim como os demais, serão abordados no decorrer deste trabalho, ainda neste tópico. Por oportuno, é preciso salientar que, embora essas novas modalidades tenham regulação própria, deve ser admitida, de forma subsidiária e no que couber, a legislação referente ao condomínio edilício, por serem elas uma espécie de desdobramento dele.

3.1. DA ORIGEM DOS CONDOMÍNIOS

Os condomínios podem ser, quanto à origem, classificados em gerais e edilícios. A seguir, serão abordadas as principais diferenças entre eles, assim como as recentes alterações feitas no que se refere a esse assunto.

3.1.1. DO CONDOMÍNIO GERAL

O condomínio voluntário ou convencional é decorrente do exercício da autonomia privada, uma vez que provém do acordo de vontade dos condôminos, isto é, nascido de um negócio jurídico bilateral ou plurilateral. A título de exemplo, menciona-se a situação de cinco amigas que compram uma casa de veraneio com o fito de compartilharem o uso, a fruição e os gastos advindos do imóvel ou, ainda, registre-se o contexto em que herdeiros acordam entre si que os bens partilhados fiquem em domínio em relação a todos. O CC de 2002 exclui dessa categoria o condomínio de edificações ou edilício, que tem regulamentação própria na codificação privada, como já visto.

O condomínio incidente ou eventual, como o próprio nome alude, origina-se de circunstâncias alheias à vontade dos condôminos. Ilustrando, como hipótese de condomínio incidente, tem-se a situação em que é aberta a sucessão pelo falecimento de determinado indivíduo. Nesse caso, a herança deve ser transmitida, de pronto, aos herdeiros legítimos, bem como aos testamentários. Nessa cadência, até o momento da partilha, há a instituição de um condomínio entre os sucessores.

Por fim, há o condomínio necessário ou forçado, última classificação do critério relativo à origem. Como já elucidada a terminologia, trata-se de condomínio que decorre de determinação legal, em decorrência do inevitável estado de divisão da coisa. Destarte, nascem dos direitos de vizinhança²², nas hipóteses de paredes, muros, cercas e valas, vide artigo 1.327 do CC.

3.1.2. DO CONDOMÍNIO EDILÍCIO

O CC utiliza a expressão supra para referir-se tanto a condomínios verticais, também denominados de condomínios de edifícios, quanto para horizontais, também chamados de residenciais. Assim, nos condomínios edilícios, ao contrário das demais modalidades retrotranscritas, existem, em edificações, partes que são autônomas, ou seja, a propriedade é exclusiva, e outras que são comuns aos condôminos. As primeiras podem ser alienadas e gravadas livremente por seus respectivos proprietários, salvo os abrigos para veículos. Estes só podem ser alienados ou alugados a pessoas estranhas ao condomínio, se houver autorização expressa na convenção.²³ Já as partes coletivas, não podem ser alienadas sozinhas, ou seja, sem a respectiva parte autônoma, pois cada condômino detém uma fração da área comum, podendo usufruí-la, mas sem monopolizá-la ou modificá-la.

22 Os direitos de vizinhança são limitações jurídicas impostas, inspiradas na lealdade, bem como na boa-fé, com o fito de assegurar a boa convivência social.

23 Segundo o artigo 1.333 do CC, tanto o caput, quanto o parágrafo único, “a convenção que constitui o condomínio edilício deve ser subscrita pelos titulares de, no mínimo, dois terços das frações ideais e torna-se, desde logo, obrigatória para os titulares de direito sobre as unidades, ou para quantos sobre elas tenham posse ou detenção. Para ser oponível contra terceiros, a convenção do condomínio deve ser registrada no Cartório de Registro de Imóveis.” (BRASIL, 2002, p.279).

Outra diferença entre os condomínios edilícios e os demais, já apresentados, resume-se ao fato de os últimos poderem ser desfeitos mediante decisão judicial ou falta de interesse de o proprietário permanecer em condomínio, reservados os direitos de preferência dos outros condôminos. O mesmo não ocorre com os edilícios que não podem ser encerrados, nem mesmo por meio de ação judicial, salvo havendo demolição total ou parcial, advinda de tragédia, e decisão de assembleia²⁴ compactuando com a extinção do condomínio, recebendo cada condômino o quinhão que lhe couber.

Esse condomínio advém da crise habitacional do contexto pós-Primeira Guerra Mundial. Dada a explosão demográfica e a necessidade de novas moradias inerentes à época, esse tipo de condomínio veio a calhar, principalmente, nos casos em que eles são constituídos por edifícios, isto é, condomínios verticais, pelo fato de haver um maior aproveitamento do solo nesse tipo de construção.

3.2. DAS NOVAS MODALIDADES DE CONDOMÍNIO: LEI N. 13.465/2017

A Lei nº 13.465/2017, com o fito de melhorar a qualidade da distribuição da terra urbana, bem como alcançar os denominados loteamentos fechados, introduziu novas modalidades de condomínio, regulamentando-as e resolvendo, desse modo, dilemas anteriores. Assim, verificar-se-á, amiúde, as novidades advindas desse dispositivo normativo: o condomínio de lotes e o urbano simples.

3.2.1. DO CONDOMÍNIO DE LOTES

Essa espécie de condomínio nada mais é que um desdobramento do condomínio edilício. Mas este não cria lotes; trata-se da constituição de unidades mobiliárias, isto é, precisa ter existência de construções, vincula-

²⁴ Em conformidade com o que postula o artigo 1.350 do CC, “convocará o síndico, anualmente, reunião da assembleia dos condôminos, na forma prevista na convenção, a fim de aprovar o orçamento das despesas, as contribuições dos condôminos e a prestação de contas, e eventualmente eleger-lhe o substituto e alterar o regimento interno. Se o síndico não convocar a assembleia, um quarto dos condôminos poderá fazê-lo. (BRASIL, 2002, p. 280).

das a uma área comum e a uma fração ideal do solo. Agora, com o advento da novel legislação, passa-se a ter a possibilidade de se formar um condomínio apenas com lotes, vinculados a uma fração ideal das áreas comuns em conformidade com o que for estabelecido no ato de sua instituição. Nesse arranjo espacial, toda a área de uso comum é privada, pertencendo aos titulares do lote segundo a sua respectiva fração ideal, não mais sendo transferida ao município.²⁵

3.2.2. DO CONDOMÍNIO URBANO SIMPLES

Essa nova modalidade de condomínio, como a própria terminologia alude, apenas se aplica aos imóveis urbanos. Apesar de o novo dispositivo normativo dispensar a ele um nome próprio, trata-se de uma espécie de condomínio edilício que, em razão de sua diminuta dimensão, dispensa alguma formalidade, quando da sua formação, conforme será abordado no tópico subsequente a este.

3.3. DO OBJETO OU CONTEÚDO DO CONDOMÍNIO

Quanto ao objeto, como já referendado, os condomínios podem ser universais ou particulares. Aqueles compreendem a totalidade do bem, incluindo os seus acessórios (frutos e benfeitorias). A natureza desse condomínio coaduna com o que postula o princípio da gravitação jurídica, de acordo com o qual o acessório segue o principal.

Por outro lado, o condomínio particular, parcial ou restrito não tem abrangência total, abarcando determinadas coisas ou efeitos, o que é acordado no ato da instituição ou por consenso dos envolvidos. Assim, pode ser exemplificado com a situação na qual as partes instituem condomínio que atinge apenas as terras do sítio, não englobando os frutos ali produzidos.

3.4. DA FORMA OU DIVISÃO DO CONDOMÍNIO

Em se tratando do critério que define a forma ou a divisão, de acordo com o que já foi afirmado aqui, o condomínio pode ser *pro diviso* ou *pro*

²⁵ Segundo o artigo 22 da Lei nº 6.766/79, os lotes registrados tinham a sua área de uso comum transferida para o domínio do Município em que estivesse circunscrito.

indiviso. No primeiro, é possível determinar o direito de propriedade de cada condômino, dentro de um contexto corpóreo e fático. É o que ocorre, por exemplo, com as partes autônomas de um condomínio edilício.²⁶

Por outra via, no segundo, condomínio *pro indiviso*, não é possível fixar, no plano corpóreo, qual o direito de cada condômino. Ilustrando a situação em epígrafe, mencionam-se as partes comuns de um condomínio edilício.

4. INSTITUIÇÃO X CONSTITUIÇÃO DO CONDOMÍNIO

O condomínio geral, quando da sua formação, obedece a critérios distintos do que ocorre com o edilício, até pela sua natureza jurídica. Nesse toar, o condomínio legal é aquele imposto pela lei, envolve os direitos de vizinhança, como já visto, cabendo justa indenização àquele com quem for necessário instituir o condomínio. O incidente, por seu turno, envolve o recebimento de bens como herança, instituindo um condomínio entre os sucessores até o momento da partilha. Por fim, o voluntário é aquele decorrente de um acordo de vontades, podendo ser desfeito se houver desacordo entre as partes e elas assim o definirem. Destarte, cada condômino tem a propriedade plena e total sobre um bem móvel ou imóvel, sendo limitada pelo direito dos demais.

A constituição do condomínio edilício, inobstante, será analisada, dado o seu rigor, com mais vagar. Primeiro, deve ser feita a instituição do condomínio, isto é, a realização do ato inicial, que dá origem a formação dele. Trata-se de um trabalho complexo que envolve questões jurídicas e de outras matérias como a engenharia e a arquitetura. Esse documento deve ser registrado no Cartório de Registro de Imóveis, com efeito *erga omnes*. O artigo 1.332 do CC define os requisitos formais para que esse ato seja concretizado, sob pena de ineficácia, conforme se depreende:

I- A discriminação e individualização das unidades de propriedade exclusiva, estremadas uma das outras e das partes comuns, o que constitui um trabalho essencialmente de engenharia.

26 A expressão é utilizada no Código Civil brasileiro tanto para designar os condomínios verticais ou de edifícios quanto para os condomínios horizontais ou residenciais.

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

III- O fim a que as unidades se destinam, o que é fundamental para a funcionalização concreta do condomínio edilício. (BRASIL, 2002, p. 279).

Em se tratando da convenção, ela constitui o estatuto coletivo, regido pelo princípio da autonomia privada, que regula os interesses da parte. Para ter efeito *erga omnes*, ela precisa ser registrada no Cartório de Registro de Imóveis. Frise-se que o Superior Tribunal de Justiça tem súmula 260 que postula ter a convenção, mesmo sem registro, efeito *interpartes*.

Para que seja legalizada a formação de um condomínio de lotes, por sua vez, é mister lei municipal que o regulamente, minuta da convenção do condomínio e o preenchimento dos requisitos normativos, se for compromissar à venda o terreno antes da construção da infraestrutura. Já o condomínio urbano simples, pela sua pequena dimensão, dispensa convenção. No mais, segue a mesma regra do condomínio edilício.

5. DA ADMINISTRAÇÃO DO CONDOMÍNIO

No que concerne à administração do condomínio geral, a maioria dos condôminos escolherão um administrador que será denominado, se administrar sem oposição dos outros, representante comum e poderá ser estranho ao condomínio. Segundo Tartuce (2018):

Esse administrador age com um mandato legal, representando todos os condôminos nos seus interesses. A possibilidade de escolha de quem não é condômino abre a possibilidade de um administrador profissional, que será devidamente remunerado. No caso de condomínio tradicional – que não seja o edifício –, melhor utilizar o termo administrador, e não a expressão síndico.

Nesses termos, passa-se a analisar a figura do síndico no tópico vindouro.

5.1. DO SÍNDICO: QUEM É E O QUE FAZ?

As regras supramencionadas, em relação ao administrador, servem para o síndico que é um administrador próprio das modalidades de condomínio edilício. O prazo de administração dele não deve ser superior a dois anos, mas pode haver renovação sem que haja qualquer limitação legal sobre o assunto. É possível que o síndico seja ou não remunerado, podendo prevalecer as situações de descontos parciais ou totais do pagamento das quotas condominiais.

O artigo 1.348 do CC anuncia quais sejam as atribuições do síndico. Logo no inciso I, verifica-se que ele tem a incumbência de convocar, com a maior publicidade possível, a assembleia dos condôminos, seja ela ordinária²⁷ ou extraordinária.²⁸ Ademais, o síndico deve representar o condomínio, ativa e passivamente, tanto em juízo quanto fora dele.

Tartuce elucida, em ato contínuo, que “o síndico deve dar imediato conhecimento à assembleia da existência de procedimento judicial ou administrativo, de interesse do condomínio, caso de eventual penalidade imposta pelo Poder Público.” (TARTUCE, 2018, p. 396). No entanto, a responsabilidade dele não se encerra ainda; é de sua competência também cumprir e fazer cumprir a convenção, o regimento interno e as determinações da assembleia.

Não bastasse isso, deve o síndico elaborar orçamento da receita e da despesa relativa a cada ano, prestando contas à assembleia anualmente e quando for exigido desse modo. Se esse dever for desrespeitado, pode ensejar ação de prestação de contas a ser proposta por qualquer condômino, incluindo-se, no polo passivo da demanda, a administradora que auxilia o síndico no exercício de seu trabalho. Sobre esse assunto Tartuce leciona:

[...] para o Superior Tribunal de Justiça, a legitimidade passiva na ação cautelar de exibição de documentos é do síndico e não do condomínio. Essa é a premissa de número 14, que consta na Edição nº 68 da ferramenta Jurisprudência em Teses, daquela Corte Superior. (TARTUCE, 2018, p. 396).

27 É realizada uma vez ao ano, prevista em lei, tem data certa para se realizar.

28 Como o próprio nome já alude, é aquela que não tem periodicidade predeterminada ou definida.

Por fim, embora seja comum, na prática, a não obediência desse comando, deve o síndico realizar o seguro da edificação, é obrigatório por força de lei. A violação desse comando pode ensejar a destituição do síndico.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme revisão bibliográfica feita, no decorrer deste trabalho, existem três critérios de classificação para condomínio, sendo o de origem entendido por duas modalidades: geral e edilício. Recente alteração legislativa, acrescentou duas espécies de condomínio, o de loteamento e o urbano simples, que devem ser entendidas no âmbito do condomínio edilício.

O processo de instituição diverge do de constituição de condomínio, sendo muito mais rigorosa essa legalização no caso do edilício. O administrador é de suma relevância para a gerência do condomínio, sendo adequado o emprego da terminologia “síndico” quando se tratar do edilício apenas.

Diante do exposto, verifica-se a relevância de tal temática por causa de sua aplicabilidade na vida prática, o que motivou recentes alterações na codificação privada com o fito de adequá-la às exigências sociais. Assim, o presente trabalho consiste como uma forma de difundir esse assunto da codificação privada de sumo relevo para a vida em sociedade.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Lei nº 6.766/79, de 19 de dezembro de 1979. Dispõe sobre o parcelamento do solo urbano e dá outras providências. In: SARAIVA. **Vade Mecum**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.293-317.
- _____. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 5 de outubro de 1988. In: SARAIVA. **Vade Mecum Saraiva**. 18ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 1-132.
- _____. Código Civil (2002). In: SARAIVA. **Vade Mecum**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 210-323.
- _____. Lei nº 13.465/2017, 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 e dá outras providências. In: SARAIVA. **Vade Mecum**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 2110-2128.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 260**. A convenção de condomínio aprovada, ainda que sem registro, é eficaz para regular as relações entre os condôminos. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revistasumulas_2011_19_cap-Sumula_260.pdf. Acesso em: 17 jun. 2018.

CHIZZOTTI, Antonio. A pesquisa qualitativa em ciências humanas e sociais: evolução e desafios. **Revista Portuguesa de Educação**, v. 16, n. 2, p. 221-236, 2003.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projeto de pesquisa?** 4^a ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Teoria Geral das Obrigações**. 14^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LEFEBVRE, Henri. O Direito à Cidade. Tradução de Rubens Frias. São Paulo: Editora Centauro, 2001.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TARTUCE, Flávio. **Direito das coisas**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

O PROCESSO CIVIL E A AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO: UMA QUESTÃO IMPOSITIVA?

*Matheus Teodoro*²⁹

INTRODUÇÃO

É notória a intenção do Código de Processo Civil/15 em promover o incentivo à conciliação, visando, dentre outros fatores, atenuar a carga processual presente no Judiciário, que se encontra saturado, comprometendo a eficiência do serviço prestado à sociedade e insuflando o sentimento de injustiça. Ainda, de modo símile, é cediço que a melhor forma de resolução das lides é a autocomposição, visto que as partes ao chegarem a um consenso, sentem-se, de modo geral, mais satisfeitas e pacificadas socialmente.

Contudo, em que pese a intenção legislativa ser positiva, merecendo reconhecimento, é impreterível que seja analisada a questão de modo a observar se há eventual excesso, bem como prejuízos derivados desta sistemática. Prefacialmente, cumpre ressaltar que, de fato, mostrava-se imperiosa uma mudança de paradigma em relação ao *modus operandi* do órgão Judicante, especialmente em atenção ao modelo contencioso erigido pelo antigo Código de Processo Civil. Desta feita, interessante questão deve ser

29 Advogado. Graduação em Direito pela FAFIT – Faculdades Integradas de Itararé. Pós-graduando em Advocacia Cível, pela Escola Brasileira de Direito – EBRADI. Pós-graduando em Direito e Processo Previdenciário, pela Damásio Educacional.

perseguida, a saber, a obrigatoriedade da audiência de conciliação, considerando este novo espírito consensual do Código de Processo Civil, é panaceia ou malefício?

1. O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A CONCILIAÇÃO

Como já mencionado na introdução deste estudo, o Código de Processo Civil/15 inaugurou uma nova fase processual no direito brasileiro, buscando de forma inédita incentivar a conciliação entre os litigantes.

Didier Jr. (2017, p. 187) ensina que a autocomposição é meio de resolução do litígio realizado pelo “consentimento de um dos contendores em sacrificar o interesse próprio, no todo ou em parte, em favor do interesse alheio. É a solução altruísta do litígio. Considerada, atualmente, como prioritária forma de pacificação social (art. 3º, § 2º, CPC)”.

Na mesma senda, Theodoro Júnior (2016, p. 63-64 e 75-77), aduz que a autocomposição é estimulada pela legislação, inclusive prevendo a criação de “centros judiciários de solução consensual de conflitos”, assim como programas de conscientização e orientação, com foco no incremento das resoluções consensuais, na esteira do que dispõe o artigo 165, do Código de Processo Civil.

Neves (2017, p. 63) reforça que a solução do conflito por meio da autocomposição é o que mais se coaduna com o Estado democrático, haja vista a solução não ser imposta pelo Judiciário, mas alcançada através da vontade das partes. De fato, inegável que a legislação do Código de Processo Civil impôs ao Estado o dever de incentivar a autocomposição, pretendendo que o maior número possível de processos seja resolvido por consenso entre as partes. Assim dispõe explicitamente o artigo 3º, §§ 2º e 3º, do referido Diploma Legal, *in verbis*:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei. § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial (BRASIL, 2015).

Fica nítida a vontade legislativa em propiciar a solução consensual quando impõe ao Judiciário o dever de “promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais”, nos termos do artigo 139, inciso V, do Código de Processo Civil. Em outra oportunidade, o Código estabelece que o juiz tentará a conciliação ao ser instalada a audiência, ainda que já tenha sido buscada previamente (art. 359, do CPC). Amaral (2016, p. 476) corrobora, ao sustentar que “ao fazer menção expressa de que tal tentativa deverá ocorrer [...] o legislador procura estimular a atividade conciliatória”.

Desta feita, inconcusso que o intento legislativo é louvável, especialmente porque a solução consensual oferece inúmeras benesses, tanto para as partes, quanto para o Estado. Podem ser destacadas, dentre outras, a celeridade na resolução, a maior pacificação social, a redução das despesas estatais, bem como a oportunização de concentrar a atenção da judicatura em causas mais complexas, uma vez que as demandas mais singelas poderiam ser resolvidas por este meio.

Consigne-se que, como ensina Theodoro Júnior (2016, p. 76), “não se trata de desacreditar a Justiça estatal, mas combater o excesso de litigiosidade que domina a sociedade contemporânea, que crê na jurisdição como a única via pacificadora de conflitos”. Termina por ressaltar que em diversos países, o desvio da jurisdição do Estado, como regra, já integra a cultura, de modo que, para além do alívio no imenso número de processos aforados no Judiciário, possibilita meios de “produzir resultados substancialmente mais satisfatórios” do que a heterocomposição.

Corolário deste intento, tem-se que o Código de Processo Civil estabelece a obrigatoriedade de realização da audiência prévia de conciliação, se qualquer uma das partes desejarem e o bem da vida discutido admitir transação, como fixado no artigo 334, §4º, incisos I e II, do mencionado Código. Vejamos:

Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência. [...] § 4º A audiência não será realizada: I - se ambas as partes manifestarem, expressamente,

desinteresse na composição consensual; II - quando não se admitir a autocomposição (BRASIL, 2015).

Sobre o dispositivo Wambier, et al. (2016, p. 629) indica que se uma das partes desejar a ocorrência da audiência de conciliação, ou mantiver-se silente sobre o tema, o ato solene se realizará. Portanto, a diligência somente não se dará caso “ambas as partes, expressamente, manifestarem seu desinteresse”.

Neste contexto nasce pertinente questão: é razoável o contido no dispositivo legal supra fixado?

2. A RELAÇÃO ENTRE A OBRIGATORIEDADE DA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO E A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO

Como retro questionado, a obrigatoriedade da realização da audiência de conciliação, caso qualquer uma das partes deseje, avulta a exacerbação do legislador em estimular a resolução consensual, incorrendo, por vezes, em certa “imposição da autocomposição”. Ora, é certo que dentre os diversos princípios que orientam a conciliação, há elevadíssima importância ao da autonomia da vontade das partes.

Takahashi et al. (2019, p. 35) ensina que a autonomia da vontade das partes é uma das grandes vantagens advindas das resoluções consensuais dos conflitos, isto porque “as partes são protagonistas de seu destino, participando ativamente da construção da decisão para o conflito que as envolve. Como se costuma dizer, há maior satisfação quanto ao resultado quando se participa do procedimento”.

Neves (2017, p. 70) salienta que somente há consenso pela convergência das vontades dos litigantes, que deve ser expressa com autonomia, sob pena de, sendo viciada, contaminar-se a solução do litígio com a nulidade. Precisamente, a construção de uma solução consensual é, peremptoriamente, bilateral ou plurilateral, a depender dos participantes do processo. Caso contrário, poderia incorrer em renúncia ou reconhecimento do direito pleiteado, tão somente.

Isto posto, tem-se que a autonomia da vontade das partes não é respeitada quando um dos litigantes declara expressamente seu desinteresse

em conciliar, ou seja, demanda a dispensa da realização da audiência conciliatória, porém, por vontade de outro ator processual, o ato solene será realizado impositivamente.

Neste diapasão, é forçoso considerar que as chances de resultados frutíferos são mínimas, haja vista a prévia declaração do intento de não conciliar-se. Ainda, o juiz encontra-se impedido de dispensar o ato, mesmo neste contexto (SAMPAIO JÚNIOR et al., 2017, p. 161).

Sampaio Júnior et al. apontam uma série de prejuízos advindos desta imposição legal:

Diante disso, conclui-se que o CPC/2015: a) não privilegia a vontade das partes; b) obriga a mediação/conciliação quando uma das partes insistir; c) possibilita manobras protelatórias; d) aumenta o custo do processo, pois além das despesas do mediador/conciliador, obriga o demandado que reside em outra localidade a se deslocar para a audiência; e e) prevê que o não comparecimento injustificado ao ato será considerado ato atentatório à dignidade da justiça, aplicando-se multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado (SAMPAIO JÚNIOR, et al., 2017, p. 161).

Com efeito, a Legislação, na ânsia de incentivar a conciliação, toma medida irrazoável, impondo à todas as outras partes do processo a vontade de, a depender do caso, um único litigante. A título de exemplo, se em um processo apresentam-se dez litigantes e nove manifestam seu desinteresse em realizar a audiência conciliatória, porém este primeiro insistir na via rechaçada pela maioria, ela se realizará e sua vontade será imposta à todos os demais. Nas palavras de Wambier et al. (2016, 629), “havendo litisconsórcio, o desinteresse na realização da audiência deve ser manifestado por todos os litisconsortes”.

Parizatto (2016, p. 794) menciona o Enunciado 61, da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), no qual fica consignado que “somente a recusa expressa de ambas as partes impedirá a realização da audiência de conciliação ou mediação”. Inconscuso que este comando exarado no texto legal desrespeita a autonomia da vontade das partes, princípio elementar do microsistema da conciliação e

mediação, estampado no artigo 166, do Código de Processo Civil. Ademais, para além da afronta à vontade do litigante que não deseja conciliar-se, a imposição de audiência conciliatória, nestes termos, caracteriza-se como despicienda, propiciadora de procrastinação processual e somente acarretando custo à máquina pública.

Esta indesejável injunção legal contraria a própria essência do Novo Código de Processo Civil, nos termos expressos pela sua exposição de motivos, qual seja:

O novo Código de Processo Civil tem o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo. A simplificação do sistema, além de proporcionar-lhe coesão mais visível, permite ao juiz centrar sua atenção, de modo mais intenso, no mérito da causa (VADE MECUM MÉTODO, 2019, 225).

A instrumentalidade do processo é mentalidade muito presente na Lei processual civil contemporânea, de modo que este ramo do Direito abarca cada vez mais cláusulas gerais, que visam dar flexibilidade à processualística. Didier Jr. (2017, p. 63) adverte que “o operador jurídico não pode prescindir desses subsídios na aplicação das cláusulas gerais processuais, atualmente tão abundantes”.

Ainda, Didier Jr. ensina:

A técnica das "cláusulas gerais" contrapõe-se à técnica casuística. Não há sistema jurídico exclusivamente estruturado em cláusulas gerais (que causariam uma sensação perene de insegurança a todos) ou em regras casuísticas (que tornariam o sistema sobremaneira rígido e fechado, nada adequado à complexidade da vida contemporânea). Uma das principais características dos sistemas jurídicos contemporâneos é exatamente a harmonização de enunciados normativos de ambas as espécies (DIDIER JR., 2017, p. 60).

Agra (2018, p. 247) preleciona que o processo tem um caráter teleológico, ou seja, finalístico em face da concretização do direito material, ressaltando que “as garantias processuais fazem parte desta seara específica”. Com a intenção de fortalecer este caráter acessório do direito pro-

cessual, o Código de Processo Civil incrementou os poderes e deveres do magistrado em gerir a demanda judicial, como visto no extenso rol disposto no artigo 139, da mencionada legislação.

Em relação aos poderes concedidos ao juiz, Wambier, et al., (2016, p. 139) ressalta o princípio da razoável duração do processo (art. 139, II, do CPC), suscitando que este princípio encontra arcabouço na Constituição Federal, devendo o juiz cumpri-lo, podendo utilizar-se de “mecanismos de observação e de gestão [...] assim como reprimir quaisquer atitudes procrastinatórias, inclusive aquelas das próprias partes”.

Motta Filho (2016, p. 321) ensina que a celeridade processual é a “tônica da processualística moderna”, estando englobada pelo devido processo legal, ou seja, é dever do Estado fornecer uma prestação jurisdicional justa e rápida. Ainda destaca que “a eficácia se relaciona intimamente com a presteza. Caso contrário qualquer solução se torna injusta, posto que tardia”. Paulo e Alexandrino (2017, p. 200) realçam que a celeridade processual tem papel complementar em relação às outras garantias constitucionais, como o direito de petição (art. 5º, XXXIV), a inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV), o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV), assim como o devido processo legal (art. 5º, LIV). Mendes e Branco (2015, p. 405) declaram que a prolongação da tramitação do processo não causa danos somente ao efetivo amparo judicial, mas “compromete de modo decisivo a proteção da dignidade da pessoa humana”.

Nada obstante, em que pese a razoável duração e a celeridade processual fazerem parte do devido processo legal, princípios estampados no artigo 5º, incisos LIV e LXXVIII, da Constituição Federal, há imposição legal da ocorrência da audiência de conciliação, se requerida por qualquer dos atores processuais. Se realizará ainda que claramente protelatória, postas as manifestações expressas das demais partes que demonstram a improbabilidade de conciliação, como já desenvolvido neste trabalho.

Nesta esteira, Amaral (2016, p. 448) enfatiza que o magistrado se encontra autorizado a dispensar a audiência somente se todas as partes demonstrarem desinteresse expresso ou se o direito discutido não comportar autocomposição, sendo “exceção à regra geral, que é a designação de audiência. E veja-se que a dispensa da audiência de conciliação deve ser estritamente pela natureza da causa, descabendo razões de conveniência do serviço judiciário”.

Frise-se, esta compulsoriedade é uma teratologia jurídica, considerando que contraria princípios constitucionais, normas orientadoras do processo civil, o princípio da autonomia da vontade das partes, pertencente ao microsistema da conciliação e mediação, assim como contradiz os próprios poderes concedidos ao juiz para gerir o processo de modo que, mantendo-se o contraditório, busque os meios mais eficazes para garantir a celeridade processual, visando razoável tempo de tramitação.

De outro vértice, o Código de Processo Civil contemporâneo traz plena possibilidade de celebração dos negócios jurídicos processuais, ou seja, acordos de vontades entre as partes para modificação de procedimentos da demanda, ajustando-a às especificidades do problema e convenionando “sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais” (NEVES, 2017, p. 389).

Neves (2017, p. 389 e 399) ensina que o Novo CPC prevê verdadeira cláusula geral sobre o tema, alargando o campo das avenças sobre procedimentos, como nota-se no artigo 190, *caput*, do referido Diploma Legal. Ainda, indica que esta maior liberdade das partes contribui para o caráter democrático do processo, dado que as vontades dos litigantes são consideradas com mais atenção. Sendo assim, tendo em mente que o Novo Código Processual pretendeu dar flexibilidade para os procedimentos, voltando-se para a instrumentalidade, propiciando, inclusive, avenças entre os demandantes sobre como se dará o processo, nos limites legais, mostra-se inequívoco contrassenso obrigar todos os atores processuais estarem presentes em uma solenidade em que, por exemplo, somente um deles deseja que ocorra, mormente pelo perceptível insucesso da conciliação, neste contexto.

Como exposto no artigo 139, V, do CPC, o juiz buscará a resolução consensual do litígio a qualquer tempo (AMARAL, 2016, p. 223). Esta aproximação conciliatória se dará preferencialmente com o auxílio de “profissionais habilitados à conciliação ou à mediação”, sem, contudo, excluir-se a possibilidade de o próprio magistrado participar desta via (WAMBIER et al., 2016, p. 301). Assim, nada impede que no decorrer da demanda as partes busquem meios consensuais para resolver a lide, inclusive requerendo a realização de audiência de conciliação e mediação, mesmo que no transcorrer da marcha processual.

Nas palavras de Parizatto (2016, p. 423), “nada impede que se realize mais de uma audiência de tentativa de conciliação [...] as partes, podem, contudo, conciliar-se e levar a petição do acordo para o juiz homologar, independente de audiência”. Com isto, quer-se dizer que não há necessidade de impor a realização da audiência de conciliação no início da demanda, uma vez que ela poderá ser requerida em qualquer tempo, além da possibilidade de consenso entre as partes sem sua realização.

Para além do que já foi relatado, ou seja, discrepâncias quando à imposição da conciliação, que enfrenta princípios constitucionais e processuais, causa danos de forma mais direta, imediata, como se verá.

3. DOS PREJUÍZOS ADVINDOS DA IMPOSIÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO

Esta imposição legal proporciona malefícios diretos aos jurisdicionados e ao próprio Judiciário, afora os desrespeitos aos princípios legais já indicados anteriormente, de modo que se torna essencial uma reformulação do conceito.

Como apontam Sampaio Júnior et al. (2017, p. 162), a maioria dos Tribunais não possuem estrutura, tampouco verbas para dar efetivo funcionamento aos centros de conciliação pretendidos pela legislação, assim como o aumento súbito dos atos solenes a serem realizados sobrecarrega a já abarrotada pauta dos magistrados, para além de que a sua presidência em audiências de conciliação “não é tecnicamente indicado em razão do princípio da confidencialidade”. Isto somente demonstra que o legislador, por vezes, dá gênese às Leis sem atentar-se para o contexto interiorano do país, contemplando somente os grandes centros, que dispõe de mais recursos para a concretização de seus comandos. Nos termos de Sampaio Júnior et al. (2017, p. 162) “verifica-se que o legislador não levou em consideração a atual estrutura dos Tribunais brasileiros, que não estão preparados para essa realidade”. Ademais, é seguro afirmar que a realização de audiência de conciliação representa, por vezes, custos mais elevados a uma das partes do que o próprio valor da causa, fustigando o direito fundamental do acesso à justiça, garantido constitucionalmente.

Veja-se, a título de exemplo, o que ocorre nas ações de cunho consumerista. Em nome da proteção do consumidor, parte vulnerável na

relação de consumo, o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 101, inciso I, estabelece que o foro competente para o ajuizamento da demanda é o domicílio do consumidor (MIRAGEM, 2016, p. 708). Nesse contexto, evidencia-se a possibilidade tanto do fornecedor-réu requerer uma audiência de conciliação somente para protelar o feito, quanto do consumidor que, a depender da lide, imporá custos mais elevados ao réu em comparecer à audiência conciliatória do que arcar com o seu pleito. Importante lembrar que o Brasil possui extensão territorial continental, de modo que, irrefragavelmente, o deslocamento pode impor elevada soma pecuniária, dentre outros custos que possam se originar desta sistemática.

Isto ganha contornos mais dramáticos quando a lide tramita sob o rito do Juizado Especial que, de fato, é o grande *locus* jurídico destas demandas, pois a sanção não será somente a imposição de multa. Como ensina o artigo 20, da Lei nº 9.099/95 (Lei dos Juizados), o não comparecimento à audiência de conciliação, importará na revelia do réu. Sob este pretexto, a audiência de conciliação se transfigura em uma verdadeira indústria da revelia.

Carmona et al. (2018, p. 160) assenta que o acesso ao Poder Judiciário é direito do cidadão, podendo ou não utilizá-lo. Na Constituição Brasileira, este princípio está previsto em sua face negativa, ou seja, proíbe-se a exclusão da apreciação de qualquer matéria pelo órgão Judicante. Portanto, “é com isso em mente que se conclui que o art. 5º, inc. XXXV, nunca teve a intenção de restringir a liberdade do particular, tendo como finalidade, na realidade, garantir o acesso à prestação jurisdicional”.

O acesso à justiça do fornecedor, do ponto de vista prático, sofre dura restrição, pois, eventualmente, se torna mais custoso apresentar-se na audiência de conciliação do que adimplir com o demandado pelo consumidor. Some-se a isto o fato de que, comumente, já há ciência pelo próprio teor das alegações realizadas nos autos, da ínfima possibilidade da efetiva transação.

Dando continuidade, em que pese a possibilidade de realizar-se a audiência por meios eletrônicos, fica condicionada à existência de infraestrutura nas comarcas onde tramitam os processos (AMARAL, 2016, p. 450-451). Evidente que grande parte das comarcas brasileiras não dispõem destes recursos, tampouco o jurisdicionado, especialmente nas regiões

menos desenvolvidas economicamente. Implica-se novamente no que já restou disposto neste estudo, ou seja, o legislador, por vezes, cria normas jurídicas tendo em mente somente os grandes centros urbanos, que apresentam níveis de desenvolvimento bastantes para sua concretização. Contudo, o jurisdicionado que não se insere neste contexto, obviamente, não pode ser alijado de seu direito, muito menos aproveitar-se desta condição para impor prejuízo à terceiros, como supra exemplificado. Portanto, esta imposição legal proporciona a utilização do mecanismo da audiência de conciliação como forma de agravar a situação do litigante adversário, em sólida afronta ao princípio da cooperação processual.

Amaral (2016, p. 56) aduz que esta colaboração processual se refere à relação entre as partes e o juiz, considerando que implausível que os litigantes colaborem entre si, especialmente pelo “processo de corte eminentemente adversarial”. Porém, isto não autoriza que as partes causem danos umas às outras. Tangenciado o tema, Amaral leciona:

Assim, sempre que as partes ou seus procuradores desviarem-se deste objetivo e passarem a se utilizar o processo como mecanismo de proteção do solução para o caso concreto, o princípio da cooperação, que até então fora aplicado para garantir o direito de participação no processo, passa a ser base fundamentadora para a aplicação de sanções processuais, como, aliás, comumente ocorre na jurisprudência (AMARAL, 2016, p. 56-57).

Por conseguinte, a má utilização desde mecanismo deve ser coibida, de forma à evitar-se a utilização do próprio direito para infligir prejuízos à outrem.

4. CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, importante ressaltar que a inteção conciliatória da nova processualística brasileira merece aplausos, considerando que visa retirar a carga litigiosa dos conflitos que se instauram perante a judicatura. Esta nova mentalidade proporciona elevados benefícios jurídico-sociais, como maior celeridade processual, alargada participação dos litigantes na resolução do conflito, substancial incremento da pacificação social, redu-

ção das despesas com a movimentação da máquina pública, dado que a lide pode ser resolvida sem a complexidade processual dos casos em que não há avença, dentre tantas outras benesses.

Entretanto, embora este posicionamento seja indiscutivelmente positivo, evidenciam-se certos exageros do legislador referente ao incentivo da resolução consensual dos conflitos. Neste ponto, destaca-se a obrigatoriedade da audiência de conciliação quando qualquer das partes litigantes demonstre interesse ou mantém-se silente sobre o tema, ainda que todos os outros atores processuais já tenham manifestado seus desinteresses em conciliar.

Com isto, tem-se claro desrespeito, em um primeiro momento, à vontade das partes, haja vista a basilar necessidade de convergência de vontades para o ato conciliatório. Posteriormente, vislumbra-se afrontas a outros princípios legais, como a instrumentalidade do processo, celeridade processual e sua razoável duração. Isto porque realizar-se um ato que sabidamente não gerará qualquer efetividade, somente procrastina o feito, portanto, completamente indesejável ao processo.

Para mais, esta imposição propicia que um ato processual sirva como meio de causar prejuízos ou complicações aos adversários litigantes, em claro desrespeito ao princípio da cooperação processual, como já delineado. Assim sendo, evidente que a realização de audiência de conciliação é uma poderosa ferramenta para resolução consensual da demanda, contudo, quando as partes litigantes desejarem se conciliar. Ora, não podem ser coagidas a avençarem sobre o embate judicial, devendo esta autocomposição partir da espontaneidade da vontade das partes que podem receber incentivos do judiciário, porém não imposições.

Desta feita, conclui-se que o imperativo da audiência de conciliação nos casos em que uma das partes demonstra seu desinteresse é proposição irregular ante toda a conjuntura processual construída recentemente, não mantendo a indispensável coerência legal, portanto, devendo ser objeto de ponderação e reforma.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

- AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às alterações do novo CPC**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- BRASIL. **Código de Processo Civil**, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 02 mar. 2021.
- CARVALHO FILHO, Antônio (org.); SAMPAIO JÚNIOR, Herval (org.). **Os Juízes e o novo CPC**. Salvador: JusPodivm, 2017.
- DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10^a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- MORAES, Alexandre de; CARMONA, Carlos Alberto et al. **Constituição federal comentada**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- MOTTA FILHO, Sylvio Clemete da. **Direito constitucional: teoria, jurisprudência e questões**. 26. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. Volume único. 9. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.
- PARIZATTO, João Roberto. **Novo código de processo civil comentado: artigo por artigo**. 2. ed. São Paulo: Edipa, 2016.
- PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**. 16. ed. rev. Atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.
- TAKAHASHI, Bruno et al. **Manual de mediação e conciliação na justiça federal**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. v. 1. 57.ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

VADE MECUM LEGISLAÇÃO: Método. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil**: artigo por artigo. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

O INÍCIO DA VIDA NO ORDENAMENTO JURÍDICO DOS PAÍSES DA AMÉRICA DO SUL

*Mariana Moron Saes Braga*³⁰

*Pedro Mazziere Oliveira*³¹

INTRODUÇÃO

Na sociedade contemporânea, os avanços da ciência e da técnica potencializaram as discussões sobre quando o direito deve considerar o início da vida humana, de modo que os debates que anteriormente se concentravam em torno do aborto, também passaram a ter como objeto as novas tecnologias. Desse modo, as questões contemporâneas sobre o marco inicial da vida referem-se, principalmente, a dois aspectos: o primeiro, relacionado à interrupção da gestação e o segundo, no que diz respeito às intervenções das novas tecnologias no embrião e sua ingerência na natureza humana.

O desenvolvimento científico tornou possível a manipulação do genoma humano, a reprodução humana assistida, o diagnóstico genético de pré-implantação, o congelamento de embriões humanos, a clonagem, as

30 Docente do Departamento de Sociologia e Antropologia da UNESP – Campus de Marília/SP. Coordenadora do GEMIIN - Grupo de Estudos em Migrações Internacionais Contemporâneas.

31 Graduando em Relações Internacionais pela UNESP - Campus de Marília/SP. Membro do GEMIIN - Grupo de Estudos em Migrações Internacionais da Faculdade de Filosofia e Ciências (UNESP/Marília).

pesquisas com células-tronco embrionárias, a biologia sintética, entre outras tecnologias que surgem com crescente velocidade.

Diante das novas tecnologias, passou-se a questionar a possibilidade ou não de utilização de embriões humanos em pesquisas, de manipulação e destruição de embriões em pesquisas e terapias, de seleção de embriões em razão de diagnóstico de doenças ou escolha de sexo, de intervenções no desenvolvimento embrionário, de descarte de embriões, de redução embrionária, de ingerências na natureza humana. Nesse contexto, as dúvidas e discussões convergem para a busca de uma definição do marco inicial da vida (LAUXEN, 2014).

O objetivo da presente pesquisa foi o de realizar um estudo de Direito comparado nos países da América do Sul sobre o momento que compreende o início da vida. Primeiramente, pretendeu-se averiguar se a questão que envolve a determinação do início da vida foi regulada em todos os ordenamentos jurídicos pesquisados. Posteriormente, objetivou-se realizar um estudo de direito comparado, ou seja, comparar e analisar o teor dos dispositivos encontrados.

Conforme Silva (2009), coisas absolutamente heterogêneas não se prestam a comparação, porque esta consiste precisamente em observar o que é símile e o que é dissímil em uma mesma classe ou espécie de objetos. Comparar significa confrontar, aproximar coisas a fim de individualizá-las e, individualizando-as, distingui-las; e, distinguindo-as, agrupá-las e classificá-las. Silva (2009) ressalta que muitos estudos que se qualificam como de direito comparado não o são. Segundo ele, muitas vezes se lê em monografias jurídicas um capítulo sobre o direito comparado a respeito do tema tratado. No mais das vezes não passa do uso abusivo do conceito porque, rigorosamente, não se faz, nesses casos, direito comparado, mas simples indicação da incidência do objeto da monografia ou no direito estrangeiro ou na legislação anterior.

O Direito comparado pode ser estudado sob duas perspectivas, a espacial e a temporal. O método comparativo é diacrônico quando compara elementos que se sucedem no tempo numa mesma comunidade. Para ser diacrônica não é necessário que a comparação se dê entre elementos sucessivos imediatos. Podem ser comparados elementos antigos com os mais modernos, inclusive os vigentes, da mesma ordem jurídica. Assim, por exemplo, faz-se comparação constitucional diacrônica tanto quando se compara, por exemplo, o presidencialismo formulado pela Constituição

de 1891 com o da Constituição de 1946 quanto quando se compara o federalismo formulado pela Constituição vigente com o que foi estruturado pela Constituição de 1891.

Em se tratando da comparação diacrônica, Pereira (1955) esclarece que pode o investigador recuar no tempo e buscar dados informativos da instituição em sua origem, rastreando-a pelos séculos, até alcançar o momento atual. Silva (2009) menciona que o método comparativo é sincrônico quando compara elementos de ordens jurídicas da mesma época, mas de lugares diferentes; assim, se se comparar o federalismo brasileiro com o da Argentina, faz-se comparação sincrônica.

A comparação jurídica é sincrônica quando se confrontam ordens jurídicas aproximadas no tempo, mas afastadas no espaço. Para ser comparação sincrônica não é necessário que os elementos a comparar sejam atuais. Podem ser comparados elementos de ordens jurídicas antigas, como seria o caso, por exemplo, de comparar as instituições da Constituição de 1924 com as da Constituição francesa de 1830.

É justamente o que pretendeu o presente estudo: comparar como o início da vida foi formulado nos sistemas jurídicos dos países da América do Sul. Para tanto, inicialmente apresentam-se algumas teorias existentes sobre o início da vida. Em seguida, passa-se a expor os resultados da pesquisa propriamente dita.

1. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DAS TEORIAS EXISTENTES SOBRE O INÍCIO DA VIDA

A temática referente às teorias sobre o início da vida é pauta de diversas discussões e controvérsias, não há efetivo consenso na comunidade científica. Não há nem mesmo consenso em relação à quantidade de teorias explicativas e ao modo de nomeá-las.

As teses sobre a temática são fundamentadas nos divergentes critérios biológicos, que têm como base diferentes fases do desenvolvimento humano. Nessa perspectiva, logo a seguir, sem pretensão de exaurimento, é possível destacar três teorias científicas apontadas pela literatura sobre o momento no qual a vida tem início: a teoria biológica ou concepcionista, teoria da nidação, teoria neurológica.

A teoria biológica ou concepcionista defende que o começo da vida ocorre com a concepção, ou seja, com a fecundação do espermatozoide no óvulo, ressalvados apenas os direitos patrimoniais, decorrentes de herança, legado e doação, que ficam condicionados ao nascimento com vida. Esta teoria é adotada pela Igreja católica, e entende que desde a união do espermatozoide e o óvulo forma um ser dotado de individualidade, diferente dos genitores. A grande discussão sobre essa teoria decorre da possibilidade da divisão de célula formada de tal união em outras células, já que o zigoto pode se dividir antes de se fixar na parede do útero (SOARES, 2015).

Segundo a teoria da nidação, a vida se inicia a partir da fixação do embrião na parede uterina, a partir desse momento inicia a formação da placenta e os demais anexos que alimentarão e protegerão o embrião, para que possa se desenvolver de forma saudável, propiciando assim o desenvolvimento e a possibilidade do nascimento.

Tendo em vista que esta fase começa em torno do sexto dia – quando começam a ocorrer as primeiras trocas materno-fetais – e termina entre o sétimo e o décimo segundo dia após a fecundação, pela doutrina da nidação do ovo, enquanto este estágio evolutivo não for atingido, existe tão somente um amontoado de células, que constituiriam o alicerce do embrião. A vida se iniciaria alguns dias após a concepção, e não no exato momento dessa, como apregoa a teoria concepcionista (COSTA; GIOLO JUNIOR, 2015).

Nos casos de fertilização *in vitro*, o embrião passaria a adquirir vida com sua implantação no útero da mulher, antes apenas havia um aglomerado de células que constituem posteriormente os alicerces do embrião. Somente com a implantação as células podem ser consideradas capazes de gerar um indivíduo distinto (SANCHES, 2014).

De acordo com Moura (2010), o Supremo Tribunal Federal, baseado nesta teoria, considerou que a utilização de embriões para fins de pesquisa com células tronco-embrionárias não viola o direito à vida. Esse foi o argumento utilizado pela maioria dos Ministros. E segundo a visão da Ministra Ellen Gracie, não há desrespeito com a vida humana, o pré-embrião que encontra excedente não é considerado como nascituro porque nascituro significa a possibilidade de vir a nascer, que não é o caso de embriões inviáveis ou que estão destinados ao descarte (MOURA, 2010).

Muitos ginecologistas argumentam que o embrião fecundado em laboratório morre se não for implantado no útero de uma mulher, não possuindo, portanto, relevância jurídica. Para os defensores dessa teoria, como o início da vida ocorre com a implantação e nidação do ovo no útero materno, não há nenhuma vida humana em um embrião fertilizado em laboratório e, portanto, não precisa de proteção como pessoa humana (SOUZA, 2008).

A teoria neurológica, por sua vez, defende que somente após a formação do sistema cerebral do embrião, é possível afirmar a existência de vida. Para os defensores dessa teoria a vida se inicia com o cérebro, porém o que ocorre é que há uma divergência entre seus defensores sobre em qual momento da formação do cérebro se dá o marco inicial da vida. Alguns teóricos defendem que a vida humana se dá apenas com o início das atividades cerebrais, que ocorreria por volta do quarto mês de gestação. Para outros, a simples formação rudimentar do cérebro, que se dá no 14º dia após a concepção, já seria o marco inicial da vida humana.

É importante que os ordenamentos jurídicos adotem um posicionamento para proporcionar maior segurança jurídica, pois em determinados casos, apesar da solução prática para o caso ser a mesma em uma ou outra teoria, a solução jurídica poderá ser diferente. Enquanto no cotidiano o vocábulo pessoas é utilizado como sinônimo de ser humano, para o Direito adquire significação própria, de modo que ser pessoa constitui a possibilidade de ser sujeito de direito, ou seja, titular de um direito, integrando um dos pólos da relação jurídica.

No cenário jurídico, para ser pessoa não é necessário ter direitos, mas sim poder vir a tê-los. A ideia de pessoa está intimamente ligada à de personalidade. Segundo Pereira (2014, p. 181), “personalidade é aptidão genérica para adquirir direitos e contrair deveres. Essa aptidão é reconhecida a todo ser humano o que exprime uma conquista da civilização jurídica”. Nas palavras do autor (2014, p.183):

A personalidade, como atributo da pessoa humana, está a ela indissolivelmente ligada. Sua duração é a da vida. Desde que vive e enquanto vive o ser humano é dotado de personalidade. O problema de seu início fala de perto a indagação de quando tem começo a existência da pessoa humana, confundindo se numa só a resposta ambas as perguntas.

Estas duas noções se confundem de tal modo que os ordenamentos jurídicos utilizam expressões diversas ao abordar o assunto: início da existência, início da vida, início da personalidade. Ao se assentar o começo da personalidade, somente a partir de então existe uma pessoa em que se integram direitos e obrigações. Também no Direito, apesar da diversidade de teorias existentes, o debate primordial sobre o assunto se dá entre a teoria concepcionista abordada anteriormente e as ainda não referidas teorias natalista e da personalidade condicional.

Como já mencionado, os concepcionistas defendem a tese de que a personalidade começa a partir da concepção. Já os natalistas entendem que a personalidade tem início com o nascimento com vida. Para a teoria natalista, não há a necessidade de viabilidade ou da forma humana, bastando o nascimento com vida para segurar a condição de pessoa. Ao contrário da visão neurológica, a visão natalista ou ecológica afirma que a vida tem início com o nascimento, ou seja, para essa teoria a capacidade de sobreviver fora do útero é que faz do feto um ser independente e que determina o início da vida. Médicos consideram que um bebê prematuro só se mantém vivo se tiver pulmões tiver pulmões prontos, entre a 20a e a 24a semana de gestação. Esse foi o critério adotado pela Suprema Corte dos Estados Unidos na decisão que autorizou o direito do aborto (ANDRADE, 2013).

A teoria natalista defende que, caso o nascituro, durante toda a fase intrauterina, tivesse personalidade, não haveria necessidade de o Código distinguir os direitos, ou melhor, a expectativa de direitos que se consolidam com o nascimento com vida (SOARES, 2015). O nascituro não tem personalidade jurídica nem capacidade de direitos, sendo protegidos pela lei apenas os direitos que terá possivelmente ao nascer com vida, os quais são taxativamente enumerados pelo Código Civil (SOUZA, 2013, p. 123).

A teoria da personalidade condicional consiste na afirmação da personalidade desde a concepção, sobre a condição de nascer com vida. Desta forma aquisição de direitos pelo nascituro operaria sobre a forma de condição resolutiva, portanto na hipótese de não se verificar nascimento com vida não haveria personalidade (RODRIGUES, 2007). Para Tartuce (2016), a teoria da personalidade condicional é essencialmente natalista, pois também parte da premissa de que a personalidade tem início com o

nascimento com vida. Por isso, em uma realidade que prega a personalização do direito civil, uma tese essencialmente patrimonialista não pode prevalecer.

Ainda segundo Tartuce (2016), o problema dessa corrente doutrinária é que ela é apegada às questões patrimoniais, não respondendo ao apelo de direitos pessoais ou da personalidade a favor do nascituro. Essa linha de entendimento acaba reconhecendo que o nascituro não tem direito de efetivos, mas apenas mera expectativa de direitos.

2. DESENVOLVIMENTO DO ESTUDO

Conforme já mencionado, o objetivo da presente pesquisa foi realizar um estudo de Direito comparado sincrônico sobre a demarcação do início da vida nos países da América do Sul.

A América do Sul é formada por 12 países. Os países que integram essa porção continental são: Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Equador, Guiana, Paraguai, Peru, Suriname, Uruguai e Venezuela.³² O primeiro passo para atingir o objetivo proposto foi identificar se todos os países possuem normas sobre quando se determina o início da vida em seus respectivos ordenamentos jurídicos.

A busca pela legislação foi realizada nas páginas oficiais dos poderes públicos dos referidos países. Da investigação realizada, somente não foi possível identificar a legislação da Guiana e do Suriname. No caso do Suriname houve uma dificuldade ainda maior considerando que a língua oficial do país é o neerlandês (holandês). Posteriormente, para comparar, ou seja, identificar diferenças e semelhanças em relação à legislação analisada, os dados encontrados foram organizados em quadros. Os resultados são apresentados a seguir.

3. RESULTADOS E DISCUSSÕES

Da busca realizada, foram identificados os instrumentos legais e os preceitos normativos que regulam o momento em que se considera estabelecida a vida. O quadro a seguir mostra os dados encontrados:

32 Além do território da Guiana Francesa.

Quadro 1: Instrumentos legais encontrados que regulam o início da vida

País	espécie legislativa	preceito normativo
Argentina	Código Civil y Comercial de la Nación Ley 26.994, de 1º de outubro de 2014	Art.19
Bolívia	Código Civil Decreto Ley nº 12760, de 6 de agosto de 1975	Art.1º
Brasil	Código Civil Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002	Art.2º
Chile	Código Civil de la Republica de Chile	Art.74
Colômbia	Código Civil de la Nación Ley 57 de 1887	Art.90
Equador	Código Civil de la Republica del Ecuador	Art.60
Paraguai	Código Civil Ley nº 1183/85	Art.32
Peru	Código Civil Decreto Legislativo nº 295, de 20 de julho de 1984	Art.1º
Uruguai	Código Civil De La República Oriental Del Uruguay, Ley nº 16.603 de 21 de novembro de 1994	Art.21
Venezuela	Código Civil, Gaceta Oficial nº 2.990 del 26 de Julio de 1982	Art.17

Fonte: elaboração própria.

É interessante notar que todas as disposições encontradas estão inseridas no Código Civil do seu respectivo país. Na contemporaneidade, há uma discussão sobre uma possível crise da codificação em que a literatura apresenta as vantagens e desvantagens de se organizar grande parte do direito em Códigos, principalmente o direito privado (TARTUCE, 2016; PEREIRA, 2014).

Para Venosa (2014), a tendência atual dos Códigos é sistematizar as matérias mais gerais e dotadas de maior estabilidade, deixando para a legislação avulsa ou para os microsistemas ou estatutos as matérias que estão sujeitas a alterações mais rápidas ou mais intensas. O Código Civil brasileiro de 2002, por exemplo, deixou para a legislação autônoma, para um microsistema,³³ toda a problemática da fertilização assistida e os problemas

33 Segundo Venosa (2014 p. 196), um microsistema legal tem por peculiaridade ser uma lei abrangente, reguladora de um amplo campo social, sem que possa ser conceituado como o

correlatos que envolvem um universo de situações, como identificação de paternidade, direitos hereditários, possibilidade de úteros de aluguel etc.

Pode-se perceber também que em todos os instrumentos legais encontrados e analisados a disposição sobre o início da vida encontra-se em uma parte introdutória, preliminar dos Códigos. Mesmo no Código do Chile ou da Colômbia, que pela numeração do artigo parece estar em uma parte mais avançada, a disposição sobre o início da vida está inserida em uma parte que no Brasil intitulamos de parte geral. Segundo Diniz (2014), a parte geral de um Código Civil é de grande utilidade por conter normas aplicáveis a qualquer relação jurídica. Segundo ela, o Direito civil contido na parte geral estabelece os parâmetros de todo ordenamento jurídico e engloba princípios ético-jurídicos de aplicação generalizada e não restritiva as questões cíveis.

É consultando o direito civil que o jurista alienígena percebe qual a estrutura fundamental do ordenamento jurídico de um dado país e que o jurista nacional encontra as normas que têm repercussão em outros ramos do direito. Decorre daí, portanto, a importância de estudos de Direito comparado sobre institutos jurídicos que compreendem esta parte estrutural do Direito civil. O quadro a seguir apresenta o teor das normas jurídicas encontradas.

Quadro 2: Dispositivos jurídicos que regulam o início da vida

País	Dispositivo
Argentina	Art. 19 Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción.
Bolívia	Capítulo 1; Artigo I. El nacimiento señala el comienzo de la personalidad.
Brasil	Art. 2o A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.
Chile	Art. 74. La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás.

código, por lhe faltar a sistematização técnica, a grandeza, pomposidade, amplitude, generalidade e princípios mais elaborados de lógica jurídica.

Colômbia	Artículo 90. La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre.
Equador	Art. 60. - El nacimiento de una persona fija el principio de su existencia legal, desde que es separada completamente de su madre.
Paraguai	Art.28. - La persona física tiene capacidad de derecho desde su concepción para adquirir bienes por donación, herencia o legado. La irrevocabilidad de la adquisición está subordinada a la condición de que nazca con vida, aunque fuere por instantes después de estar separada del seno materno.
Peru	Art.1. - Sujeto de Derecho La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo.
Uruguai	Art.21. Son personas todos los individuos de la especie humana.
Venezuela	Art.17. - El feto se tendrá como nacido cuando se trate de su bien; y para que sea reputado como persona, basta que haya nacido vivo.

Fonte: elaboração própria.

Da análise dos preceitos encontrados, pode-se perceber que, de um total de dez, seis estabelecem o nascimento como o marco inicial da vida. Essas regras estão inseridas no ordenamento jurídico do Brasil, Bolívia, Chile, Colômbia e Equador e Venezuela. Pode-se, portanto, afirmar que assim como o Brasil, esses cinco países também adotam a teoria natalista para elucidar esta questão que, como já mencionado, é das mais controvertidas enfrentadas pelos juristas. Essa corrente é considerada a majoritária no Brasil, já que segundo o Código Civil, a personalidade jurídica se inicia com o nascimento com vida. Essa teoria foi recepcionada pelo Código Civil vigente, em seu artigo segundo, bem como pelo STF em vários julgados (SOARES, 2015).

Posicionamentos diversos ou normas com uma redação mais imprecisa são encontrados nos ordenamentos jurídicos da Argentina, Paraguai, Peru e Uruguai. A Argentina adota um posicionamento diverso do Brasil. O Código Civil e Comercial da Nação, aprovado pela Lei nº 26.994 (BO 8-10-2014), dispõe, no artigo 19, que a existência da pessoa humana começa com a concepção. Este artigo foi objeto de grande debate e a redação

final deixou a proteção do embrião não implantado para a regulamentação de uma lei especial. O projeto do Código Civil Argentino sofreu uma alteração antes de sua votação final em que foi suprimida a segunda parte do referido artigo 19, no qual se dizia que no caso das técnicas de reprodução humana assistida, começa com a implantação do embrião na mulher (LELL, 2017).

Também a existência das pessoas no Paraguai começa desde o momento de sua concepção. Para Benítez (2012), o art. 28 do Código Civil prevê que a existência da pessoa física começa a partir de sua concepção no útero, conferindo-lhe capacidade jurídica a partir desse momento; condicionando a aquisição de bens – por doação, herança ou legado – ao nascido vivo, mesmo por momentos após ter sido separado do ventre da mãe.

O conceito de pessoa que o Código Civil Peruano utiliza faz uma separação entre a existência jurídica da pessoa e a existência natural: a primeira começará com o nascimento, e a segunda com a concepção (LA FUENTE-HONTAÑÓN, 2011). O Código Civil Peruano de 1984 reconhece a condição de sujeito de direito do nascituro e outorga certos direitos em que pode exercê-los mediante representação desde o início de sua existência.

Para Heredia (2008), para entender o que indica a legislação do Peru, deve-se ter clareza sobre os termos fecundação e concepção; para não nos confundir e criar falsas expectativas: a fertilização nada mais é do que a união do espermatozoide com o óvulo; o mesmo que não implica a geração de um embrião. O Código Civil Peruano é claro quando precisa: a vida humana começa na concepção; ou seja, com a união do óvulo com o espermatozoide, da mesma forma, a formação do embrião, seguida da implantação e seu aninhamento no útero materno (este gerado nas primeiras duas semanas de gestação). Argumenta-se, portanto, que a vida humana é gerada gradualmente e não instantaneamente.

Para Quispe, Sanjinez e Sanchez (2016), o artigo I do Código Civil peruano se refere apenas aos direitos econômicos. Porém, para estabelecer que a pessoa concebida é sujeito de direito por tudo que a favorece, este último é o titular, por excelência, dos direitos extrapatrimoniais, como o direito à vida, integridade etc. Esses direitos, por sua natureza, não podem estar sujeitos a quaisquer condições; teria sido adequado se isso tivesse sido contemplado neste corpo de leis. Há uma controvérsia quanto

à possibilidade de listar quais direitos podem ser objetos de titularidade do nascituro, ou se basta estabelecer uma cláusula geral desta. Ainda segundo os autores, estabelecer uma cláusula geral é a mais adequada, uma vez que toda enumeração é insuficiente. A fórmula genérica "sujeito de direito por tudo o que o favorece" permite atribuir qualquer direito – patrimonial ou extrapatrimonial – a favor do não nascido (QUISPE; SANJINEZ; SANCHEZ, 2016).

Por fim, o artigo 21 do Código Civil Uruguaio, estabelece de modo geral, que todos os indivíduos da espécie humana são pessoas e em consequência, titulares de direitos e obrigações. Para Monteiro (2015) a disposição do Código Civil Uruguaio confirma que se é pessoa desde o momento da concepção. A amplitude da disposição não distingue entre concebido, nascido ou qualquer outra qualidade que poderia restringir o leque de possibilidades dentro dos indivíduos humanos que são considerados pessoas naturais pelo direito uruguaio.

Com base nisso, argumenta-se que sempre que houver um indivíduo da espécie humana (concebidos ou nascidos, viáveis ou não) estamos diante de um sujeito de direitos em sentido estrito. Montero (2015) defende que se se observa as regras do art. 18 do Código Civil Uruguaio segundo o qual as palavras da lei devem ser entendidas em seu sentido natural e óbvio, de acordo com o uso geral das mesmas palavras, a expressão “indivíduos da espécie humana” refere-se diretamente à ideia de todo ser humano, sem qualquer discriminação

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O marco inicial da vida humana não é um tema pacífico nem entre estudiosos de uma mesma área. Tanto é que juristas discordam uns dos outros e o mesmo ocorre com filósofos, cientistas de áreas da saúde e até mesmo religiosos. O fato de existirem pesquisas de diferentes áreas científicas que estudam e descrevem cada fase do desenvolvimento biológico humano evidenciam que existem diferentes formas de enxergar o início da vida.

Não foi objetivo da presente pesquisa apresentar de maneira exaustiva as teorias existentes e muito menos apontar qual a mais correta. Também não foi objetivo do presente trabalho realizar uma pesquisa exaustiva de

cada ordenamento jurídico. Refletir sobre o início da vida em toda sua complexidade envolveria, de antemão, deixar de lado uma visão estritamente positivista e adotar alguma outra abordagem: sistemática, holística, interdisciplinar, crítica etc. Além disso, uma abordagem adequada teria como pressuposto o fato de que o conceito jurídico de pessoa constitui o fundamento dos direitos humanos e que, dependendo da visão que se adota a esse respeito, são estabelecidas diferentes condições para os direitos fundamentais.

O propósito do presente trabalho foi bem mais modesto. A pretensão da presente pesquisa foi outra, identificar se e como o direito de diferentes países estabelece o marco inicial da vida. Pretendeu-se verificar se outros países da América do Sul adotam posicionamentos diversos ao adotado pelo Brasil. Ainda que pesem as controvérsias sobre a redação imprecisa dos dispositivos, da análise realizada, pode-se perceber que a literatura na área do direito dos respectivos países alega que a Argentina, Paraguai e Uruguai e Peru estabelecem a concepção como o momento inicial da vida.

A conclusão mais importante do presente trabalho é a de que esta questão não é pacífica e muito menos unânime. Portanto, os estudos de direito comparado sincrônicos têm muito a contribuir com a reflexões sobre temas controversos como este ora estudado.

A partir do estudo de diferentes sistemas, o operador jurídico tem em mãos diversos olhares sobre um único tema e passa a ter subsídios para refletir e até mesmo alterar sua própria legislação.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, L. L. **A Determinação do Início da Vida**: Ciência versus Direito. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:RwuYvIZzhvEJ:www.tempusactas.unb.br/index.php/tempus/article/download/1279/1116+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 02 mar. 2021.

ARGENTINA. **Lei nº 16.994/2014**. Código Civil y Comercial de la Nación. 2014. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/texact.htm>. Acesso em: 11 mar. 2021

- BENÍTEZ, Nilva Elena Romero. **Crítica a artículo 58 de la Constitución Nacional y su modificación**. 2012. 122 f. TCC (Graduação) – Curso de Derecho, Facultad de Derecho, Universidad Columbia del Paraguay, Asunción, 2012
- BOLÍVIA. **Decreto Ley nº 12760/1975**, Código Civil, 1975. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/codigo_civil_bolivia.pdf. Acesso em: 11 mar. 2021.
- 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 10 mar. 2021.
- CHILE. **Código Civil**, de 16 de mayo de 2000. Santiago. 2000. Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=172986>. Acesso em: 13 mar. 2021.
- COLÔMBIA. **Ley nº 57**. Código Civil. **Diário Oficial nº 7.019** del 20 de abril de 1887. 1887. Disponível em: https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_0057_1887.htm. Acesso em: 13 mar. 2021.
- COSTA, R. M.; GIOLO JR, C. Teorias jurídicas acerca do início da vida humana. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, [S.L.], v. 10, n. 2, p. 299-329, 12 dez. 2015. Faculdade de Direita de Franca. <http://dx.doi.org/10.21207/1983.4225.291>.
- DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- EQUADOR. **Código Civil**. 2005. Disponível em: <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ec/ec055es.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2021.
- HEREDIA, Y. L. **Principio de la persona humana**; sujeto de Derecho con mención a la reproducción asistida. 2008. Disponível em: <https://www.monografias.com/trabajos102/principio-persona-humana-sujeto-derecho-mencion-reproduccion-asistida/principio-persona-humana-sujeto-derecho-mencion-reproduccion-asistida.shtml>. Acesso em: 18 mar. 2021.

- LAFUENTE-HONTAÑÓN, R. de. **La protección de la vida y la dignidade de la persona humana en el derecho peruano**. In: II CONGRESO INTERNACIONAL DE BIOÉTICA, 2011, Chiclayo. Anais do II Congreso Internacional de Bioética. Chiclayo: Universidad Católica de Santo Toribio de Mogrovejo, 2011. p. 1-9.
- LELL, H. M. La controvertibilidad del concepto jurídico de persona y el fundamento de los derechos humanos. **Cadernos de Dereito Actual**, [s. l], p. 93-110, 2017.
- PARAGUAI. **Ley nº 1.183**, de 23 de diciembre de 1985. 1985. Disponível em: <https://www.bacn.gov.py/leyes-paraguayas/5293/codigo-civil>. Acesso em: 9 mar. 2021.
- PEREIRA, C. M. da S. Direito comparado e seu estudo. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, a. 7, p. 35-51, out. 1955.
- PEREIRA, C. M. da S. **Instituições de Direito Civil**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- PERU. **Decreto Legislativo nº 295**, de 25 de julio de 1984. 1984. Disponível em: [https://ihl-databases.icrc.org/ihl-nat/a24d1cf3344e99934125673e00508142/8c7f30b7aadedcd7fc1256e-6f0043456b/\\$FILE/CODIGO%20CIVIL.pdf](https://ihl-databases.icrc.org/ihl-nat/a24d1cf3344e99934125673e00508142/8c7f30b7aadedcd7fc1256e-6f0043456b/$FILE/CODIGO%20CIVIL.pdf). Acesso em: 14 mar. 2021.
- QUISPE, M. U.; SANJINEZ, C. A. U.; SANCHEZ, M. C. **El concebido en el sistema civil peruanohacia una conceptualización**. Chimbote: Universidad San Pedro Vicerrectorado de Investigación, 2016.
- SILVA, J. A. da. **Um pouco de direito constitucional comparado**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- SOARES, V. M. de M. **Anencefalia e o direito à vida**: a decisão do Supremo Tribunal Federal e a separação de poderes. 2015. 145 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - Puc-SP, São Paulo, 2015.

SOUZA, P. B. de. **Teorias do início da vida e a Lei de Biossegurança**. In: IV ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA E III ENCONTRO DE EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA, 4., 2008, Presidente Prudente. Anais do IV ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA E III ENCONTRO DE EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA. Presidente Prudente: Etic, 2008. v. 4, p. 1-15.

TARTUCE, F. **Direito civil**: lei de introdução e parte geral. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

URUGUAI. **Ley nº16.603/1994**. Código Civil. 1994. Disponível em: <https://www.impo.com.uy/bases/codigo-civil/16603-1994>. Acesso em: 12 mar. 2021.

VENEZUELA. **Gaceta nº 2.990 Extraordinaria**, del 26 de Julio de 1982. 1982. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/codigo_civil_venezuela.pdf. Acesso em: 13 mar. 2021.

VENOSA, S. de S. **Introdução ao estudo do Direito**: primeiras linhas. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

APLICAÇÃO DA TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19: ENTRE A FLEXIBILIZAÇÃO E A ABUSIVIDADE

*Jéssica Alves de Mesquita*³⁴

INTRODUÇÃO

A Organização Mundial da Saúde (OMS), em 31 de dezembro de 2019, foi informada sobre casos de pneumonia de causa desconhecida na região de Wuhan, localizada na parte central da China. Após um mês, constatou-se a sequência genética do vírus SARS-Cov-2, causador da doença denominada Covid-19. Rapidamente o vírus ultrapassou as fronteiras da China e se espalhou por quase todos os continentes, por ser altamente contagioso, de rápida propagação e também por causa das respostas insuficientes dos governos. Todos os dias, milhares de pessoas são contaminadas e outras milhares morrem. Por essa razão, a OMS declarou-o como uma pandemia global.

É certo que pandemias afetam a saúde das pessoas, mas o mercado também sofre consequências. Na atual, o consumidor e o fornecedor passaram por mudanças como maior quantidade de compras on-line, pedidos por aplicativos e entregas via *delivery*. Muitas empresas tiveram que fechar

34 Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Faculdade Única de Ipatinga. Pós-graduada em Direito Público pela Escola da Magistratura do Distrito Federal. Bacharela em Direito (UniCeub). Advogada OAB/DF.

as portas e muitas pessoas tiveram que desfazer contratos por terem sido economicamente afetados.

O tempo recebe destaque nessa realidade. O impacto da pandemia faz com que se valorize mais o precioso tempo e, cada vez mais, este se mostra como um recurso escasso. A organização do dia a dia durante a pandemia tem sido um desafio, uma vez que as atividades, em regra, aumentaram e o tempo para praticá-las continua o mesmo.

No que se refere às relações de consumo, o consumidor tenta comprar de forma rápida e ter respostas rápidas para que o seu tempo não seja desperdiçado. Dessa forma, o desvio do tempo produtivo do consumidor é agravado pela nova realidade imposta.

A adaptação ao novo mundo ainda está em andamento e, se, de um lado, o fornecedor precisa qualificar-se para melhorar o seu atendimento ao cliente nos novos meios de contato, o consumidor, de outro, sofre com o ajuste da vida em casa e com os atendimentos de baixa qualidade que os leva a perder tempo em busca da solução de conflitos.

O foco deste artigo, portanto, residirá na análise do impacto da pandemia do Coronavírus no desvio produtivo do consumidor, pelo prisma dos meios de atendimento e de resolutividade de adversidades, com o objetivo de salientar o direito do consumidor a não ter seu tempo vital desperdiçado, mesmo em tempos de crises. A metodologia utilizada será a indutiva, em que, a partir de princípios gerais e ideias iniciais, serão dadas respostas aos casos debatidos, e a pesquisa bibliográfica dar-se-á a partir da análise de materiais já publicados na literatura e pesquisas divulgadas por meio eletrônico.

1. O DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR

A teoria do desvio produtivo do consumidor é uma tese difundida no Brasil pelo advogado Marcos Dessaune em seu livro “Teoria aprofundada do desvio produtivo do Consumidor – o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada”. De acordo com o autor, o desvio produtivo do consumidor tem origem quando o fornecedor cria um problema de consumo potencial ou efetivamente lesivo e não o resolve espontânea, rápida e efetivamente, deixando para o consumidor o custo temporal, operacional e material de fazê-lo (DESSAUNE, 2017).

Portanto, é um fato danoso ao consumidor que, diante da abusividade de fornecedor, despende excessivamente do seu tempo para solucionar disfunções enquanto o fornecedor lucra.

A tese baseia-se na posição de que o tempo é um bem que pode ser valorado economicamente, uma vez que é um recurso produtivo limitado que não pode ser recuperado. Sendo assim, no mundo moderno, em que as pessoas possuem muitas atribuições e dividem seu tempo em diversas atividades, há o tempo vital, o qual o consumidor pode utilizar para efetivar seus direitos de estudo, trabalho, descanso, lazer, convívio social e cuidados pessoais.

Em razão da sociedade de consumo e da massificação das relações contratuais, cada vez mais, faz-se necessária a posição do fornecedor baseada na boa-fé objetiva para que se possam gerar relações que garantam o desenvolvimento da personalidade e a promoção da dignidade das pessoas. Além disso, o progresso tecnológico, econômico e organizacional possibilita o poder liberador que permite que cada membro da sociedade viva com mais liberdade e qualidade de vida, gozando das facilidades, comodidades, conforto e bem-estar que advieram da Revolução Industrial (DESSAUNE, 2017).

Diante dessas premissas, Dessaune defende que o fornecedor tem a missão implícita de liberar os recursos produtivos do consumidor e que o poder liberador se traduz na realização do atendimento ao consumidor. Isto é, o fornecedor tem um dever implícito de bem atender, assistindo as necessidades e solucionando as suas carências para que o consumidor não desvie seus recursos produtivos.

Nesse viés, quando o fornecedor se esconde, silencia-se, omite-se, demonstra descaso, dificulta ou protela a solução, ou atitudes afins, ele está se eximindo de sua responsabilidade e transferindo para o consumidor o ônus de resolver conflitos. Ou seja, o fornecedor está lucrando por não investir em um serviço que seria de sua responsabilidade e ainda está prejudicando o consumidor que despende do seu tempo vital. (DESSAUNE, 2017). Diante disso, quando os fornecedores de bens e serviços, por sua ação ou omissão, ocasionam a injusta perda do tempo dos consumidores, provocam-lhes um prejuízo que deve ser reparado (BERGSTEIN, 2019).

Os Tribunais passaram a aplicar a teoria a alguns casos específicos, principalmente depois de setembro de 2017, quando a ministra Nancy

Andrighi citou a tese para negar provimento ao recurso especial de um fornecedor. Nas palavras da ministra:

À frustração do consumidor de adquirir o bem com vício, não é razoável que se acrescente o desgaste para tentar resolver o problema ao qual ele não deu causa, o que, por certo, pode ser evitado – ou, ao menos, atenuado – se o próprio comerciante participar ativamente do processo de reparo, intermediando a relação entre consumidor e fabricante, inclusive porque, juntamente com este, tem o dever legal de garantir a adequação do produto oferecido ao consumo (STJ, 2020).

2. A (NÃO) MITIGAÇÃO DA TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO EM RAZÃO DA PANDEMIA DE COVID-19

A pandemia de Covid-19 trouxe diversos desafios para o âmbito do Direito do Consumidor. Enquanto os estabelecimentos encontram-se fechados ou com restrições, a população passa a realizar cada vez mais compras por canais eletrônicos (MENDEIROS, 2020). Os fornecedores e consumidores tiveram que se reinventar para se adequarem à nova realidade.

Os consumidores passaram a viver dentro de casa e isso provocou mudança de rotina. No que se refere ao tempo vital, um estudo realizado pela UFPR constatou que trabalhar em casa durante a pandemia tem causado sobrecarga aos trabalhadores, pois 34,44% dos entrevistados estão exercendo atividades laborais por mais de oito horas diárias e 17,77% trabalham os sete dias da semana (TOKARSKI, 2020).

A dificuldade de separar a vida profissional e a vida pessoal é também uma realidade entre a população que está trabalhando em home office (VASCONCELLOS, 2020). A ansiedade e o estresse, causadores de insônia, tornaram-se os novos desafios dos brasileiros (SUTTO, 2020). Em consequência, as pessoas (consumidores) estão readequando seu tempo para outras atividades como lazer, afazeres domésticos, autocuidado, descanso e convívio social (já extremamente prejudicado com a pandemia). Há também, na perspectiva do consumidor, dificuldade de cumprir financeiramente os contratos que foram realizados antes de ocorrer a pan-

demia, pois muitos perderam seus empregos ou não estão tendo o trabalho rentável tanto quanto antes.

Já o fornecedor encontra-se em uma situação alarmante. Entre as dificuldades está a demanda, a diminuição do fornecimento de materiais, a entrega mais demorada, a remarcação e cancelamento de passagens aéreas e eventos e, principalmente, o aumento de atendimentos pelo SAC. Cerca de 40% das empresas precisaram expandir seus canais de suporte para garantir o atendimento ao cliente e dentre as ferramentas utilizadas há o *WhatsApp*, as mídias sociais e a telefonia (OSSAMU, 2020). Nesse sentido, a interpretação e aplicação do artigo 4º, inciso III, do Código de Defesa do consumidor impõe que a boa-fé seja observada em todas as fases do contrato, quer na fase pré-contratual, contratual ou pós-contratual, e que seja mantido o equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

Pode-se apontar também, para os contratos de execução diferida, o art. 6º, inciso V, do Código de Defesa do Consumidor, em especial, o direito de modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou a revisão das cláusulas contratuais em virtude de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.

O princípio do equilíbrio das relações de consumo dita que o objetivo da lei é o meio termo, portanto não podem ser tomadas medidas protetivas em excesso, de modo a criar um desequilíbrio em desfavor do fornecedor (PERES FILHO, 2020). Nesse segmento, alguns autores defendem que a recusa da renegociação diante do desequilíbrio contratual que eventualmente venha a favorecer economicamente uma das partes em razão da pandemia, poderia justificar o pleito indenizatório em favor do prejudicado, dado que não renegociar, quando as circunstâncias concretas assim determinarem, enseja uma espécie de ato ilícito (DE MELO, 2020). Portanto, há, de um lado, consumidores que estão com o seu tempo mais escasso, com mais necessidade de melhor aproveitamento do tempo e com dificuldade de financiar os contratos e, de outro, há fornecedores com obstáculos para cumprir o que foi acordado.

Em um primeiro momento, poder-se-ia pensar que o fornecedor estaria isento de maiores obrigações como aumentar a quantidade de atendentes e de procurar o consumidor para renegociar, ficando à espreita do contato deste, uma vez que para o fornecedor haveria uma grande demanda. Do ponto de vista do consumidor, quando não é mais viável cumprir

com o contrato em virtude de qualquer circunstância, este poderia entrar em contato com os respectivos fornecedores para renegociar a relação jurídica e encontrar uma nova forma de cumprimento. No entanto, mesmo que não se entre em um consenso e seja necessário o desfazimento do contrato, o consumidor jamais conseguirá estabelecer a comunicação devida se o fornecedor não proporcionar meios adequados e eficientes.

Mesmo que o distrato seja a pedido do consumidor e por motivos da sua esfera pessoal ou financeira, o fornecedor que não está disponível, que se omite e coloca empecilhos para a solução do conflito, mantendo o consumidor por muito tempo em ligações como SAC, no atendimento via *WhatsApp* ou *chat*, ou até mesmo em filas, por uma ou diversas vezes, está praticando o ato ilícito de desviar o tempo produtivo do consumidor em um momento no qual o tempo vital se mostra extremamente escasso.

Apesar das adversidades apresentadas pela pandemia de Covid-19, não se pode esquecer que, ainda assim, cabe ao fornecedor a missão implícita de liberar os recursos produtivos do consumidor. Para tanto, faz-se necessário encontrar um equilíbrio entre as atribuições do fornecedor e do consumidor.

No início da pandemia no Brasil, entre os meses de fevereiro e março, seria justificável a demora nos atendimentos e nas renegociações, pois os fornecedores foram pegos de surpresa por acontecimento de força maior que afetou seus estabelecimentos e seus negócios. Contudo é possível pensar que, diante do cenário apresentado por outros países, seria imaginável que a situação chegaria ao Brasil e seria necessário se preparar.

Independentemente do que se considera o melhor entendimento, após um período razoável de adequação, não há respaldo para que os fornecedores se mantenham na condição de não sustentar sua missão de liberar recursos produtivos. Não obstante alguns estudos mostrarem que 40% das empresas tiveram que contratar novos funcionários para atendimento, outros estudos revelam que as empresas não ofereceram treinamento para o seu time durante o tempo de pandemia (OSSAMU, 2020).

Outra pesquisa indica que 52% dos brasileiros perceberam piora no atendimento de SACS durante a pandemia e que a menor resolutividade dos problemas é umas das principais reclamações (AMADO, 2020). Nesse ínterim, é possível notar que a falsa sensação de que há uma mitigação da responsabilidade dos fornecedores em razão da pandemia está qualifi-

cando o desvio do tempo produtivo do consumidor, pois quer seja para dar fim a sua dificuldade de cumprir o contrato, quer seja para resolver a irregularidade do fornecedor, o consumidor encontra empecilhos para o seu atendimento e para a renegociação, levando-o a ficar horas no aparelho telefônico, em aplicativos de mensagens instantâneas, em filas ou afins.

3. A FLEXIBILIZAÇÃO E A ABUSIVIDADE

Diante dos termos já apresentados, o fornecedor encontra-se em uma linha tênue entre a flexibilização e a abusividade. A flexibilização seria a compreensão dos consumidores em maior tempo de espera e maior demora de resolutividade em face da situação atípica de pandemia. Já a prática abusiva são atos do fornecimento ou aqueles ocorridos em razão deles, realizados irregularmente por empresas com abuso de direito do fornecedor, violação ao direito do consumidor ou infração à lei (PERES FILHO, 2020).

Rizzato Nunes atenta para o fato de que as práticas abusivas podem ser pré, pós e contratuais (NUNES, 2018). Assim, para o tema aqui abordado, a abusividade seria a extrapolação do que se entende por razoável em cada caso e que leva o consumidor a desviar consideravelmente o seu tempo na época da pandemia de Covid-19.

Para melhor elucidar o tema, pode-se pensar em três exemplos corriqueiros que identificam de forma evidente como os fornecedores ultrapassam a flexibilização e entram em situação de abusividade, desviando o tempo produtivo do consumidor. São eles: ligações excessivas; atraso na entrega de produtos; inscrição do nome no cadastro de devedores.

Pode-se imaginar a situação na qual um consumidor teve que fechar o seu estabelecimento em razão da pandemia e, então, teve diminuição dos seus rendimentos econômicos, não podendo mais cumprir com um contrato de consumo anteriormente firmado. O consumidor entra em contato com o fornecedor para tentar renegociar, contudo, o fornecedor não negocia. Além de não negociar, o fornecedor, por meio da sua equipe de cobrança, passa a realizar inúmeras ligações para o consumidor cobrando o débito. As ligações são tantas que o consumidor passa a maior parte do dia atendendo telefonemas ou os cancelando. Também não consegue ligar para familiares e amigos ou utilizar das funcionalidades do telefone, pois, a todo momento, há ligações interrompendo.

Nesse caso, a pandemia provocou uma situação de impossibilidade de pagamento para o consumidor e pode o fornecedor cobrar, contudo, a partir do momento em que o fornecedor passa a abusar da sua faculdade de cobrança, tirando o tempo em que o consumidor poderia estar exercendo competências vitais ou aperfeiçoando as suas habilidades, o tempo (cada vez mais escasso em época de pandemia) encontra-se extremamente prejudicado.

Outra situação seria a de uma consumidora que adquire produtos em um site eletrônico de uma loja de cosméticos. Após o prazo de entrega, a consumidora decide esperar mais alguns dias por acreditar que o atraso tenha sido motivado por problemas trazidos pela pandemia. Depois de 15 dias do prazo na entrega, a consumidora opta por contatar o fornecedor via *WhatsApp*.

Verifica-se, no entanto, que a assistência nunca responde as mensagens enviadas ou demora horas para responder ou, quando responde, encerra rapidamente o atendimento, ou, nas raras vezes que gera o protocolo de atendimento, afirma que tudo será resolvido e não retorna com resposta. A complicação se estende por diversas semanas, nas quais todo dia a consumidora tenta conversar com atendentes. Algum tempo depois, observa que no *site* a compra consta como finalizada e entregue.

A abusividade da conduta do fornecedor e o desperdício do tempo da consumidora é latente. Sabe-se que as compras por meio eletrônico aumentaram durante o período de pandemia, isso leva a uma demanda de atendimento maior para os fornecedores, mas não justifica o intuito de se omitir e esconder-se. O caso revela a vulnerabilidade do consumidor que despende de muitas horas do seu dia, por meses ou semanas, enquanto o fornecedor lucra com a ausência de assistência qualificada.

Por fim, há a situação de uma consumidora que adquiriu um empréstimo consignado por um tempo determinado e todas as parcelas são debitadas regularmente do seu benefício previdenciário. Acontece que no mês de maio, durante o período de pandemia, a instituição bancária alega que o pagamento do empréstimo não foi realizado e passa a ligar para a consumidora diariamente, por incontáveis vezes.

A consumidora atende a todas as ligações e explica aos atendentes que o pagamento foi executado normalmente e, ainda assim, as ligações não são interrompidas. Depois de ter seu nome negativado, a consumidora se vê obrigada a dirigir-se até o local físico para levar os compro-

vantes de pagamento e fica por horas na fila de espera. Nos dias que se seguem, as ligações para o aparelho telefônico permanecem e ocorrem mais duas visitas à agência bancária. Posteriormente, o fornecedor liga para a consumidora e exige que esta compareça à agência com os comprovantes de pagamento.

Quando um problema pode ser resolvido facilmente por meio eletrônico ou telefônico, mas o fornecedor dificulta a resolução da adversidade a ponto de o consumidor ter que se dirigir ao local físico e, ainda assim, nada é solucionado, transparece a tomada do tempo do consumidor. Algumas formas viáveis de se encontrar uma flexibilização justa nesses casos seriam: no primeiro, depois do contato com o consumidor, caso não seja possível renegociar o contrato, fazer ligações de cobrança regulares ou acioná-lo por vias extrajudiciais ou judiciais de modo a não prejudicar o tempo deste com importunações abusivas. E, também, ter um sistema para mensurar a quantidade de ligações já realizadas por dia; no segundo, alertar o consumidor, antes de comprar o produto, sobre possíveis atrasos ou, então, caso seja uma situação que ocorra após a compra, entrar em contato para que seja garantido o direito à informação ou, ainda, quando for o consumidor que entrar em contato, informar bem a situação de atraso e uma provável nova data para a entrega; e, no último, organizar sistemas que possibilitem a solução de problemas fáceis por meio eletrônico, como envio de documentos via e-mail.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pandemia de Covid-19 afetou drasticamente as relações de consumo, a vida das pessoas e o modo de agir dos fornecedores. Nesse interim, o tempo apresenta-se como um recurso extremamente importante e que deve ser valorizado. A busca pelo equilíbrio nas relações de consumo deve orientar as resoluções conflituosas para que tanto o consumidor quanto o fornecedor não suportem por inteiro os ônus provocados por novas medidas sanitárias.

A busca pelo meio termo deve levar em consideração os princípios gerais do direito do consumidor, tais como a vulnerabilidade, o equilíbrio das relações de consumo, a boa-fé objetiva, o direito à transparência, à informação e à qualidade, bem como a proibição de pressão e abusos em geral. Além disso, não se pode esquecer a missão implícita dos fornecedores de liberar recursos

produtivos do consumidor, o que leva a crer que as complicações causadas pela pandemia não devem resultar em uma permissão para os fornecedores abusarem do tempo do consumidor de modo a menosprezá-lo e, assim, lucrar por sua falta de investimento nos meios de atendimento ao cliente.

Ao contrário do que muitos fornecedores estão fazendo, o consumidor não deve suportar inteiramente o ônus, ou seja, não deve perder o seu tempo produtivo, além do justificável, em face das adversidades da pandemia. Apontar para o consumidor vai de encontro aos preceitos do ordenamento jurídico brasileiro, que possui, em seu arcabouço, diversos direitos de proteção ao mais vulnerável da relação jurídica.

Diante de situações que vão prejudicar o tempo do consumidor, têm-se muitas respostas viáveis do fornecedor para que não se configure uma relação abusiva, por exemplo, a contratação e o treinamento de mais pessoas para o atendimento, ou a utilização de meios eletrônicos para a marcação de horários e envio de documentação, além da proatividade e da informação clara.

REFERÊNCIAS

AMADO, Guilherme. 52% dos brasileiros perceberam piora no atendimento de SACS durante a pandemia. **Época**. Disponível em: <https://epoca.globo.com/guilherme-amado/52-dos-brasileiros-perceberam-piora-no-atendimento-de-sacs-durante-pandemia-1-24488049>>. Acesso em: 26 nov. 2020.

BERGSTEIN, Laís. **O tempo o consumidor e o menosprezo planejado: o tratamento jurídico do tempo perdido e a superação das suas causas**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

DE MELO, Marco Aurélio Bezerra. Por uma Lei excepcional: dever de renegociar como condição de procedibilidade da Ação de Revisão e Resolução Contratual em tempos de pandemia. **GenJurídico**. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/04/23/acao-de-revisao-contratual-covid-19/>. Acesso em: 26 nov. 2020.

DESSAUNE, Marcos. **Teoria do desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada**. 2. ed. rev. E ampl. Vitória, 2017.

MENDEIROS, Davi. Pandemia impulsiona aumento de compras on-line no país. **Olhar digital**. 21 de agosto de 2020. Disponível em: <https://olhardigital.com.br/noticia/pandemia-impulsiona-aumento-de-compras-on-line-no-pais/105621>. Acesso em: 27 nov. 2020.

NUNES, Rizzato. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

OSSAMU, Carlos. Atendimento ao cliente em época de pandemia. InforChannel. 20 de agosto de 2020. **InforChannel**. Disponível em: <https://inforchannel.com.br/atendimento-ao-cliente-em-epoca-de-pandemia/>. Acesso em: 27 nov. 2020.

PERES FILHO, José Augusto de Souza. **Resumo de direito do consumidor**. Leme, SP: JH Mizuno, 2020.

STJ. **Recurso Especial: Resp** ^o **1.634.851 – RJ**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Dj: 15/02/2018. STJ, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/decisao-min-nancy-andrighi-stj-teoria.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2020.

SUTTO, Giovanna. 62% dos brasileiros ficaram mais estressados com o trabalho no home office, diz estudos do LinkedIn. **InfoMoney**. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/carreira/62-dos-brasileiros-ficaram-mais-estressados-com-o-trabalho-no-home-office-diz-estudo-do-linkedin/>>. Acesso em: 26 nov. 2020.

TOKARSKI, Jéssica. Trabalhar de casa durante a pandemia tem causado sobrecarga nos trabalhadores, revela pesquisa de UFPR. **UFPR**. Disponível em: <https://www.ufpr.br/portalufpr/noticias/trabalhar-de-casa-durante-a-pandemia-tem-causado-sobrecarga-nos-trabalhadores-revela-pesquisa-da-ufpr/>. Acesso em: 28 nov. 2020.

VASCONCELLOS, Carlos. Mocinho ou vilão? 42% dos brasileiros em home office trabalham 40 horas a mais por mês. **Consumidor Moderno**. Disponível em: <https://www.consumidormoderno.com.br/2020/10/21/42-dos-brasileiros-em-home-office-trabalham-mais-de-40-horas-por-mes/>. Acesso em: 28 nov. 2020.

LIBERDADE ECONÔMICA: AS (IN) ALTERAÇÕES PROVOCADAS PELA LEI Nº 13.874/2019 NO DIREITO CIVIL

*Augusto de França Maia*³⁵

*Germannna Gabriella Amorim Ferreira*³⁶

INTRODUÇÃO

Desde a sua pré-candidatura, Jair Messias Bolsonaro já propagava o nome do economista Paulo Roberto Nunes Guedes, mestre e doutor em Economia pela Universidade de Chicago, referência do pensamento neoliberal, como responsável pela orientação econômica do país, sendo pauta do seu plano de governo, várias medidas de expressão do liberalismo econômico.

Com a vitória de Bolsonaro nas eleições presidenciais de 2018, criou-se um ambiente de expectativas em torno do cenário econômico brasileiro promovido pelo seu governo, liderado pelo Ministro Paulo Guedes, ao passo que se aguardavam consideráveis mudanças ocasionadas pela forte influência das teorias liberais. Havia a expectativa de uma agenda liberal com redução da intervenção do Estado e confiança de que as forças de mercado promovessem o desenvolvimento econômico.

35 Advogado, mestre em Direito (UFERSA), especialista em Direito Administrativo.

36 Registradora Civil, mestranda (UFERSA), especialista em Direito Penal, Processual e Criminologia (UNP) e em Direito Constitucional e Tributário (UFERSA).

Os primeiros ventos neoliberais sopraram e resultaram na edição da Medida Provisória nº 881/19, que “institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, estabelece garantias de livre mercado, análise de impacto regulatório, e dá outras providências”, assinada pelo presidente Jair Bolsonaro na data de 30 de abril de 2019, e que passou a ser denominada desde então, de “MP da Liberdade Econômica”.

A MP da Liberdade Econômica teve como escopo incentivar a economia brasileira, provocando impactos no Direito Administrativo, Direito Civil, Direito Empresarial, Direito Financeiro e Direito do Trabalho. Diante de tal fato, a MP sofreu críticas por parte de especialistas dos ramos atingidos pelo ato normativo, inclusive quanto à sua inconstitucionalidade por vício desde a sua origem.

A conversão da MP em lei provocou intensas discussões no Congresso Nacional, das quais participaram fortes exponentes do Direito brasileiro. No campo do Direito Civil destacam-se as contribuições de vários estudiosos, tais como Anderson Schreiber, Flávio Tartuce, Marco Aurélio Bezerra de Melo, Mário Delgado, Otávio Luiz Rodrigues Júnior, Pablo Stolze Gagliano e Rodrigo Xavier Leonardo.

Após calorosos debates que ensejaram algumas modificações no texto da Medida Provisória 881/19, foi sancionada com cinco vetos³⁷ na data de 20 de setembro de 2019, a Lei nº 13.874, igualmente denominada de “Lei da Liberdade Econômica”.

Conforme dito alhures, a referida lei trouxe impactos nos ramos do Direito, e se tratando do Direito Civil, mais especificadamente, em seu art. 7º, cuidou de introduzir alterações ao Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406/02). Sabendo disso, o presente artigo tem por objetivo analisar as alterações provocadas pela Lei de Liberdade Econômica no Direito Civil, buscando compreender os institutos civis diante de tais modificações e os efeitos por elas gerados.

Metodologicamente, a temática foi desenvolvida a partir de análise bibliográfica e documental, na qual à consulta por fontes enquadrrou espe-

37 Os vetos foram os seguintes: 1- flexibilização de testes de novos produtos ou serviços (Inciso VII do art. 3º); 2- permissão de criação de um regime de tributação fora do direito tributário (Alínea a do inciso XI do art. 3º); 3- licença ambiental específica (§ 9º do art. 3º); 4- revogação da previsão da dissolução da sociedade empresária por falta de pluralidade de sócios, não reconstituída no prazo de 180 dias (Inciso IV do art. 19); e 5- previsão de vigência da lei no prazo de 90 dias a contar da publicação (Inciso I do art. 20).

cialmente a doutrina condizente ao tema, jurisprudência e legislação. O estudo apresenta relevância por tratar de um tema eminentemente atual, e que tem, sobretudo, suscitado questionamentos e, conseqüentemente, o interesse investigativo de operadores do direito, e mais que isso, da sociedade em si, já que o alcance da Lei nº 13.874/19 é abrangente à pessoa natural e jurídica (art. 3º).

1. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE DA PESSOA JURÍDICA

As primeiras modificações impostas pela Lei nº 13.874/2019, constantes do art. 7º, dizem respeito à pessoa jurídica, notadamente ao instituto da desconsideração da personalidade jurídica, estabelecendo requisitos mais restritos para que esta ocorra de forma mais criteriosa. Inicialmente, preocupou-se o legislador em ratificar o princípio da autonomia da pessoa jurídica, com a inclusão do art. 49-A no Código Civil. Tal disposição não constava originalmente na Medida Provisória 881/19, cuja redação é a seguinte:

Art. 7º A Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 49-A. A pessoa jurídica não se confunde com os seus sócios, associados, instituidores ou administradores.

Parágrafo único. A autonomia patrimonial das pessoas jurídicas é um instrumento lícito de alocação e segregação de riscos, estabelecido pela lei com a finalidade de estimular empreendimentos, para a geração de empregos, tributo, renda e inovação em benefício de todos.

A pessoa jurídica tem personalidade e patrimônio distintos dos seus sócios, instituidores ou administradores, sendo estes caracteres condições fundamentais da pessoa jurídica. Nesse sentido, ensina Tartuce (2019) que:

A pessoa jurídica é capaz de direitos e deveres a ordem civil, independentemente dos membros que a compõem, com os quais não tem vínculo, ou seja, sem qualquer ligação com a vontade individual das pessoas naturais que a compõem. Em outras palavras, há uma autonomia da pessoa jurídica em relação aos seus sócios e ad-

ministradores. Em regra, os seus componentes somente responderão por débitos dentro dos limites do capital social, ficando a salvo o patrimônio individual dependendo do tipo societário adotado.

A introdução do art.49-A no Código Civil ao consolidar o entendimento acerca do princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, não trouxe grandes efeitos na prática, sendo o reflexo da situação consolidada pela doutrina e pela jurisprudência. Em análise ao referido artigo, o jurista Pablo Stolze Gagliano (2019) assevera:

Com isso, reafirma uma premissa básica do nosso sistema: a autonomia jurídico-existencial da pessoa jurídica em face das pessoas físicas que a integram. Vai mais além, aliás, ao estabelecer, em seu parágrafo único, o próprio elemento teleológico da autonomia patrimonial, qual seja, o de “estimular empreendimentos, para a geração de empregos, tributo, renda e inovação em benefício de todos”, dialogando, inclusive, com o princípio da função social da empresa.

Segundo explanam Farias e Rosenvald (2016) a característica da separação patrimonial, que possibilita a responsabilidade limitada dos sócios e administradores, tem respaldo na própria livre iniciativa, celebrada constitucionalmente. Numa abordagem entre Direito e Economia, assevera Martins (2008, p. 214) que a adoção de um sistema de responsabilidade ilimitada decorreria “em retratação econômica, derivada dos altos custos que antecederiam a implantação de um empreendimento, nem sempre possíveis de serem arcados”. Posto isto, percebe-se que o legislador ao consolidar características essenciais da pessoa jurídica, apenas preparou o terreno para dispor acerca da desconsideração da pessoa jurídica.

Em comentário ao art. 49-A, Tartuce (2019) faz uma interessante observação, mostrando-se imperioso o seu registro:

Pois bem, o *caput* do novo preceito é reprodução quase exata, mas com a mesma ideia no seu conteúdo, do art. 20, *caput*, do Código Civil de 1916, *in verbis*: “As pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros”. Sabe-se que o Código Civil de 2002 não reproduziu a norma com idêntico sentido, o que gerou de-

bates nos anos iniciais da codificação a respeito da persistência ou não da ideia no ordenamento jurídico brasileiro. Ao final acabou por prevalecer o entendimento de que o conteúdo do antigo art. 20 da revogada codificação ainda prevalece entre nós, pela própria concepção da pessoa jurídica como realidade técnica e orgânica. A desconsideração da personalidade jurídica, portanto, constitui uma exceção a essa regra consagradora da autonomia da pessoa jurídica em face de seus componentes. Por isso, o impacto prático dessa primeira previsão é também quase inexistente. Diz-se “quase”, pois a afirmação tem razão didática e metodológica tão somente.

Portanto, ao conferir personalidade autônoma à pessoa jurídica, o ordenamento jurídico estabeleceu que a pessoa jurídica é quem deverá responder pessoalmente com seu próprio patrimônio pelas dívidas e obrigações, colocando-se como escudo protetor do patrimônio particular dos sócios ou administradores.

No entanto, a autonomia patrimonial não se presta a acobertar práticas ilícitas e abusivas, o que ensejará a excepcionalidade da desconsideração da personalidade jurídica. Nesse aspecto, houve alteração introduzida pela Lei nº 13.874/2019 quanto ao instituto da desconsideração da personalidade jurídica com disciplina no Art. 50 do Código Civil, que passou a ter a seguinte redação:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso.

§ 1º Para os fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza.

§ 2º Entende-se por confusão patrimonial a ausência de separação de fato entre os patrimônios, caracterizada por:

I - cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa;

II - transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante; e

III - outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial.

§ 3º O disposto no caput e nos §§ 1º e 2º deste artigo também se aplica à extensão das obrigações de sócios ou de administradores à pessoa jurídica.

§ 4º A mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o caput deste artigo não autoriza a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica.

§ 5º Não constitui desvio de finalidade a mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica.

A novidade introduzida pela Lei nº 13.874/2019 à disciplina da “teoria do levantamento do véu”, diz respeito à possibilidade de que o patrimônio pessoal dos sócios ou administradores beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso sejam utilizados subsidiariamente. Destarte, diante do novo regramento, é necessária a comprovação de que determinado sócio ou administrador realmente se beneficiou com o abuso da personalidade, consistente em desvio de finalidade ou confusão patrimonial.

A orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça já apontava nesse sentido, vejamos os arrestos:

Outra questão de relevo que se apresenta é que, apesar de não existir qualquer restrição no art. 50 do CC/2002, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica deve ter aplicação sobre os bens dos administradores ou sócios que efetivamente contribuíram na prática do abuso ou fraude na condução administrativa da sociedade empresarial, devendo, pois, ser afastada a responsabilidade do sócio minoritário que não teve atuação na prática dos referidos atos. [...] Por isso, é possível limitar a responsabilidade de sócio minoritário, afastado das funções de gerência e administração, que comprovadamente não concorreu para o desvio de finalidade ou confusão patrimonial. [...] Como consectário lógico do instituto, a

responsabilização deve recair sobre o sócio administrador e gerenciador, sobretudo quando se trata de empresa modesta, como no caso, composta de apenas 2 (dois) sócios, devendo ser resguardada e limitada, assim, a responsabilidade do sócio minoritário (STJ. AgRg no AREsp 621.926/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 3.^a Turma, j. 12.05.2015, DJe 20.05.2015).

E:

Nos termos do art. 50 do Código Civil, o decreto de desconsideração da personalidade de uma sociedade somente pode atingir o patrimônio dos sócios ou administradores que dela se utilizaram indevidamente, por meio de desvio de finalidade ou confusão patrimonial (STJ, Ac. Unân. 4.^a Turma, Resp 1.412.997/SP, rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 8.9.15, DJe 26.10.15).

Além disso, a legislação traz o conceito de desvio de finalidade e confusão patrimonial – anterior encargo da doutrina e da jurisprudência – enrijecendo a aplicação da “teoria do levantamento do véu” (desconsideração).

Tratou, pois, a Lei da Liberdade Econômica, de restringir e uniformizar a aplicação do instituto da desconsideração da pessoa jurídica, na medida em que objetivou o conceito de abuso da personalidade jurídica. Determinou ainda a conduta caracterizadora do desvio de finalidade (art. 50, § 1º), estabelecendo que a mera expansão ou alteração da finalidade inicial não constitui tal prática (art. 50, § 5º). No mesmo sentido, descreveu as condutas caracterizadoras da confusão patrimonial (art. 50, § 3º).

Na realidade, as alterações legislativas promovidas pela Lei nº 13.874/2019, no instituto da desconsideração da personalidade jurídica, constitui a positivação dos anseios de vários doutrinadores da área que já encontrava acolhida perante a jurisprudência, no entanto a temática não era tratada da mesma forma por muitos julgadores, ensejando a aplicação desmedida do instituto, bem como inviabilidade a atividade, sobretudo empresarial, de várias pessoas jurídicas.

Quanto ao § 4º do art. 50, fora positivada a possibilidade da desconsideração da personalidade jurídica atingir outra pessoa jurídica, o que a doutrina já denominava de desconsideração econômica, indireta

ou sucessão entre empresas, segundo a qual, para Farias e Rosenvald (2016, p. 495):

É permitido o levantamento episódico do véu protetivo da empresa controlada para responsabilizar a empresa-controladora (ou coligada) por atos praticados com aquela de modo abusivo ou fraudulento. Observa-se que a hipótese vem se tornando muito comum, em especial envolvendo grandes complexos empresariais que adquirem, sucessivamente, diversas empresas que terminam atuando de modo a criar um ambiente mais seguro para a sua controladora, em detrimento de terceiros que contratam com uma empresa mais fraca (controlada por outra mais forte).

Por fim, cumpre esclarecer que embora no art. 50 do Código Civil tenha dotado o regramento matriz da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, a Lei n. 13.874/2019 não alterou a disciplina do instituto perante as relações de consumo, aos crimes ambientais e às infrações à ordem econômica, vigorando sem alteração a normativa especial, conforme já dispunha o Enunciado 51 do CJF: “a teoria da desconsideração da personalidade jurídica – disregard doctrine – fica positivada no novo Código Civil, mantidos os parâmetros existentes nos microsistemas legais e na construção jurídica sobre o tema”.

2. REGRAS DE INTERPRETAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS: INCLUSÕES NO ART. 113

De acordo com o comando do art. 113 do Código Civil, “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. Trata-se de norma que traz em seu bojo uma regra interpretativa aplicada a todos os negócios jurídicos, não se limitando ao âmbito dos contratos. O dispositivo em questão recebeu pela Lei da Liberdade Econômica dois novos parágrafos. Vejamos:

Art. 113 [...]

§ 1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que:

I - for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio;

II - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio;

III - corresponder à boa-fé;

IV - for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável; e

V - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração.

§ 2º As partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei.

Todas as novas regras de interpretação constantes do § 1º são deveras conhecidas pela doutrina nacional e sobejamente embutidas nos arrestos jurisprudenciais. De toda forma, a positivação limitou a interpretação do julgador, seja o magistrado ou o árbitro.

A novidade introduzida pelo § 2º permite que os pactuantes disponham suas próprias regras de interpretação, estabelecendo parâmetros afóra dos legais. Além disso, os contratantes podem, diante de lacunas do contrato, prever soluções ou estabelecer procedimentos que poderão ser adotados no caso de emergir fato novo após a celebração do pacto. Observa Rénan Kfuri Lopes (2019) que “essas previsões não são frequentes no cenário e nas negociações brasileiros”.

Nesse sentido, oportuno ainda o comentário de Tartuce (2019) sobre a inclusão do dispositivo em comento, ao afirmar que “é possível sustentar a não necessidade dessa previsão em texto legal, uma vez que seu conteúdo já vinha sendo considerado, ainda que parcialmente, pela doutrina brasileira, sustentado pelo Enunciado n. 23 da I Jornada de Direito Comercial”. Contudo, convém ressaltar que, em alguns casos, principalmente quando se trata de negócios paritários, pode ser muito útil para a prática a inclusão de determinada regra de interpretação contratual que não contravenha disposição absoluta de lei.

3. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO: ARTS. 421 E INCLUSÃO DO ART. 421-A.

O capítulo das disposições gerais dos contratos em geral (Título V), é inaugurado pelo art. 421, *que sofreu alteração no seu caput e ainda ganhou um parágrafo único pela Lei da Liberdade Econômica, além disso, houve a inclusão do art. 421-A, conforme se lê:*

Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.

Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.

Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que:

I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução;

II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e

III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada.

O *caput* do art. 421 contava com a seguinte redação original “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Como se vê, houve pontuais alterações em seus vocábulos, mantendo a matriz previsão de que a liberdade contratual é limitada pela função social do contrato. A nova redação corrigiu uma incoerência presente no texto original, pois dizia respeito à liberdade do indivíduo celebrar ou não o contrato, quando a axiologia da norma sempre atendeu à liberdade de deliberar acerca das disposições contratuais.

O introduzido parágrafo único do art. 421 traz consigo a marca da Lei nº 13.874/19, ao prevê a incidência do princípio da intervenção mínima do Estado nas relações contratuais privadas, bem como a possibilidade excepcional da revisão contratual estatal ou arbitral. Trata-se de norma que carrega em si o espírito da liberdade econômica.

Ao comentar o objetivo da norma, Lopes (2019) afirma:

Entendemos que, por meio desse dispositivo, se permitirá a redução das discussões judiciais, especialmente sobre interpretação contratual, na expectativa de que seja preservado o que foi acordado pelas partes nos contratos. Oxalá estejamos errados, mas todas as tentativas estatais nesse sentido, na História da República, se frustraram.

Doutrinadores como Flávio Tartuce e Anderson Schreiber sustentam a inviabilidade do princípio da intervenção mínima do Estado nas relações contratuais privadas, argumentando a essencialidade da intervenção estatal. Neste aspecto, Scheiber (2019) elucidada:

A MP n. 881/2019 parece ter se deixado se levar aqui por uma certa ideologia que enxerga o Estado como inimigo da liberdade de contratar, quando, na verdade, a presença do Estado – e, por conseguinte, o próprio Direito – afigura-se necessária para assegurar o exercício da referida liberdade. No que tange à revisão contratual, também parece ter incorrido a Medida Provisória nessa falsa dicotomia entre atuação do Estado-juiz e liberdade de contratar, quando, ao contrário, a revisão contratual privilegia o exercício dessa liberdade ao preservar a relação contratual estabelecida livremente entre as partes, ao contrário do que ocorre com a resolução contratual, remédio a que já tem direito todo contratante nas mesmas situações em que a revisão é cabível (v. comentários ao art. 478). Se a intenção da MP foi evitar que revisões judiciais de contratos resultem em alterações excessivas do pacto estabelecido entre as partes, empregou meio inadequado: afirmar que a revisão contratual deve ser excepcional nada diz, porque não altera as hipóteses em que a revisão se aplica, as quais são expressamente delimitadas no próprio Código Civil. O novo parágrafo único, acrescentado

pela MP, tampouco indica parâmetros, critérios ou limites à revisão contratual, o que leva a crer, mais uma vez, que a alteração não produzirá qualquer efeito relevante no modo como a revisão contratual é aplicada na prática jurisprudencial brasileira – aplicação que, de resto, já se dá com bastante cautela e parcimônia, sem interferências inusitadas no conteúdo contratual.

Por último, o acrescentado art. 421-A estabelece a presunção de que os contratos civis e empresariais são paritários e assimétricos, traduzindo a ideia de que a negociação realizada entre as partes foi equânime, pois as partes possuem a mesma capacidade técnica econômica para analisar as disposições contratuais e assumir os riscos inerentes ao contrato. A presunção é relativa, podendo ser afastada desde que comprovada as razões que a justifique. Além disso, o comando da parte final da norma exclui expressamente o tratamento previsto em leis especiais.

Os incisos I, II, III introduzidos como garantia às partes, foram novamente reproduzidos nos dispositivos anteriores, os quais foram igualmente comentados alhures.

4. SEPARAÇÃO PATRIMONIAL DA EIRELI: INCLUSÃO DO § 7º NO ART. 980-A

Com o claro objetivo de incentivar o incremento da constituição de empresas individuais de responsabilidade limitada (EIRELI), concedendo maior segurança para o patrimônio pessoal do titular da empresa, a Lei da Liberdade Econômica introduziu mais um parágrafo ao art. 908-A do Código Civil:

Art. 980-A

§ 7º Somente o patrimônio social da empresa responderá pelas dívidas da empresa individual de responsabilidade limitada, hipótese em que não se confundirá, em qualquer situação, com o patrimônio do titular que a constitui, ressalvados os casos de fraude.

Na verdade, a inclusão do §7º apenas tornou mais claro o fato de que o patrimônio da EIRELI não se confunde com o patrimônio pessoal do

seu titular, até mesmo porque tal disposição já era conduzido através da dicção do § 6º do mesmo artigo, segundo o qual “aplicam-se à empresa individual de responsabilidade limitada, no que couber, as regras previstas para as sociedades limitadas”.

Cumprido informar que a presente inclusão repete quase em sua integralidade o texto do antigo § 4º, cujo conteúdo fora vetado pela ex-Presidenta da República Dilma Rousseff, com base nas seguintes razões:

Não obstante o mérito da proposta, o dispositivo traz a expressão “em qualquer situação”, que pode gerar divergências quanto à aplicação das hipóteses gerais de desconconsideração da personalidade jurídica, previstas no art. 50 do Código Civil. Assim, e por força do § 6º do projeto de lei, aplicar-se-á à EIRELI as regras da sociedade limitada, inclusive quanto à separação do patrimônio (PLANALTO, 2011).

No entanto, Mário Luiz Delgado – a exemplo de outros doutrinadores – defende a aplicação da desconconsideração da personalidade jurídica (Art. 50, CC) à EIRELI mesmo diante da alteração legislativa, afirmando que “de qualquer forma, a absoluta separação patrimonial entre a empresa e o seu titular não afasta as hipóteses gerais de desconconsideração da personalidade jurídica, previstas no art. 50 do Código Civil (DELGADO, 2019, p. 668).

5. CRIAÇÃO DA SOCIEDADE LIMITADA UNIPESSOAL: §§ 1º E 2º DO ART. 1.052.

A Lei da Liberdade Econômica inclui uma nova modalidade de sociedade limitada, autorizando a constituição da sociedade limitada unipessoal:

Art. 1.052

§ 1º A sociedade limitada pode ser constituída por 1 (uma) ou mais pessoas.

§ 2º Se for unipessoal, aplicar-se-ão ao documento de constituição do sócio único, no que couber, as disposições sobre o contrato social.

Um dos requisitos para adotar a sociedade limitada era a pluralidade de sócios, entretanto, com a mudança legislativa é possível atualmente constituir uma sociedade limitada composta unicamente por uma pessoa.

A sociedade limitada unipessoal já era defendida por alguns juristas, pois antes da Lei nº 13.874/19, as únicas possibilidades de se constituir sociedade unipessoal era por meio do tipo societário Microempreendedor Individual (MEI), ou da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI). Ambas representavam empecilhos pontuais, sendo a primeira restrita por limitar o número de funcionários e o faturamento anual, a outra, impunha a exigência de integralizar o capital mínimo de capital social de cem vezes o salário-mínimo vigente no país. Agora, temos um meio termo entre as opções disponíveis.

No entanto, já se levantam vozes de juristas considerando a hipótese de que a inovação esvaziará completamente a EIRELI. Do contrário, filiamos-nos à posição de Tartuce (2019) para o qual “a nova modalidade de sociedade não cria qualquer problema, apenas valoriza a autonomia privada e representa mais uma saudável tentativa de redução de burocracias para a constituição de pessoas jurídicas no Brasil”.

Ao tecer comentários sobre a criação da nova sociedade unipessoal, Pérecles Ribeiro Reges (2019) afirma que, no que tange a Sociedade Limitada Unipessoal, cabe lembrar que esta veio como uma feliz alternativa no qual o legislador, alia as duas figuras empresariais citadas anteriormente e afasta a regra da limitação de faturamento da MEI.

Sendo assim, o empreendedor passa a constituir CNPJ e se coloca como sócio único/individual, ante a responsabilidade limitada ao capital social, contudo, sem necessidade de integralizar um capital mínimo para poder fundar a pessoa jurídica, bem como faturar, ausente de consequências, acima da limitação da MEI

6. FUNDOS DE INVESTIMENTO: INCLUSÃO DOS ARTS. 1.368-C A 1.368-F.

A Lei da Liberdade Econômica adiciona ao Livro do Direito das Coisas, o Capítulo X para definir a natureza jurídica e a disciplina geral *Do Fundo de Investimento*:

Art. 1.368-C. O fundo de investimento é uma comunhão de recursos, constituído sob a forma de condomínio de natureza especial, destinado à aplicação em ativos financeiros, bens e direitos de qualquer natureza.

§ 1º Não se aplicam ao fundo de investimento as disposições constantes dos arts. 1.314 ao 1.358-A deste Código.

§ 2º Competirá à Comissão de Valores Mobiliários disciplinar o disposto no caput deste artigo.

§ 3º O registro dos regulamentos dos fundos de investimentos na Comissão de Valores Mobiliários é condição suficiente para garantir a sua publicidade e a oponibilidade de efeitos em relação a terceiros.

Art. 1.368-D. O regulamento do fundo de investimento poderá, observado o disposto na regulamentação a que se refere o § 2º do art. 1.368-C desta Lei, estabelecer:

I - a limitação da responsabilidade de cada investidor ao valor de suas cotas;

II - a limitação da responsabilidade, bem como parâmetros de sua aferição, dos prestadores de serviços do fundo de investimento, perante o condomínio e entre si, ao cumprimento dos deveres particulares de cada um, sem solidariedade; e

III - classes de cotas com direitos e obrigações distintos, com possibilidade de constituir patrimônio segregado para cada classe.

§ 1º A adoção da responsabilidade limitada por fundo de investimento constituído sem a limitação de responsabilidade somente abrangerá fatos ocorridos após a respectiva mudança em seu regulamento.

§ 2º A avaliação de responsabilidade dos prestadores de serviço deverá levar sempre em consideração os riscos inerentes às aplicações nos mercados de atuação do fundo de investimento e a natureza de obrigação de meio de seus serviços.

§ 3º O patrimônio segregado referido no inciso III do caput deste artigo só responderá por obrigações vinculadas à classe respectiva, nos termos do regulamento.

Art. 1.368-E. Os fundos de investimento respondem diretamente pelas obrigações legais e contratuais por eles assumidas, e os prestadores de serviço não respondem por essas obrigações, mas respondem pelos prejuízos que causarem quando procederem com dolo ou má-fé.

§ 1º Se o fundo de investimento com limitação de responsabilidade não possuir patrimônio suficiente para responder por suas dívidas, aplicam-se as regras de insolvência previstas nos arts. 955 a 965 deste Código.

§ 2º A insolvência pode ser requerida judicialmente por credores, por deliberação própria dos cotistas do fundo de investimento, nos termos de seu regulamento, ou pela Comissão de Valores Mobiliários.

Art. 1.368-F. O fundo de investimento constituído por lei específica e regulamentado pela Comissão de Valores Mobiliários deverá, no que couber, seguir as disposições deste Capítulo.

O conteúdo normativo tem o escopo de incentivar a prática dessa importante operação econômica no país, ainda de expressão nítida. No entanto, ganhou críticas por parte de juristas por ter sido tratada especificamente no Código Civil. Ao questionar o fato diante da anterior MP 881/19, Marco Aurélio Bezerra de Melo (2019) lembra que essa ideia de tratar do fundo de investimento por lei federal especial, conferindo maior segurança jurídica ao investidor e aos administradores e gestores, se mostra próspera, se pensado na perspectiva do incremento à economia, com a geração de bens, renda e, por consequência, de empregos.

CONCLUSÃO

Sistematizadas as alterações provocadas pela Lei nº 13.874/19 no Código Civil brasileira, confrontando-as com o pensamento doutrinário e a atual jurisprudência, é possível concluir que a Lei de Liberdade Econômica pouco inovou o ordenamento jurídico no campo civil, mas ressaltou as diretrizes relacionados a Liberdade Econômica, consolidando a jurisprudência dominante, sobretudo do Superior Tribunal de Justiça quanto aos temas disciplinados pelo novel diploma legal.

A nova disposição do art. 50 do Código Civil Brasileiro, uma das mais comentadas alterações, solidificou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acerca da desconsideração da personalidade jurídica, bem como limitou a aplicação do instituto, ao estabelecer critérios objetivos, conferindo maior segurança jurídica.

Quanto aos contratos, não se pode apontar nenhuma mudança significativa, mas tão somente um reforço dos princípios norteadores das relações contratuais, já tão presente na rotina dos contratos celebrados em todos os campos no país. Houve, nesse aspecto, um reforço dos princípios da livre-iniciativa, boa-fé objetiva e *pacta sunt servanta*, fazendo com que o contrato seja elaborado com maior clareza possível, inclusive concedendo às partes a possibilidade de dispor cláusulas sobre a interpretação, integração e prevenção de riscos.

Os modelos de empresa foram atualizados, na medida em que a Lei de Liberdade Econômica enfatizou a intenção original da empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI), estimulando o incremento de sua constituição. Além disso, autorizou a criação da sociedade limitada unipessoal, alinhando-se ao cenário internacional, concedendo mais uma opção para o desenvolvimento do empreendedorismo brasileiro.

E ainda, causou impacto no âmbito financeiro ao criar mais um capítulo no Código Civil, que estabelece regras acerca de fundos de investimento, dentre as quais se destacam a possibilidade da Comissão de Valores Mobiliários permitir fundos de investimentos com responsabilidade limitada. A previsão possibilitou a modernização do fundo de investimento, facilitando a entrada de pequenos e médios investidores no mercado de capitais.

Destarte, embora se tenha criado tantas especulações sensacionalistas em torno da Lei da Liberdade Econômica, as alterações não passaram de confirmações já balizadas pela doutrina e pela jurisprudência, em consonância com as disposições constitucionais, à exceção – claro – das disposições acerca do fundo de investimento. De toda forma, esperam-se os bons frutos da novel legislação. Aguardemos as respostas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 10.406**, 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: L10406compilada (planalto.gov.br).

- BRASIL. **Lei nº 13.874**, 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica [...]. Disponível em: L13874 (planalto.gov.br).
- DELGADO, Mario Luiz. **Código civil comentado**: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: Parte Geral e LINDB. Salvador: Editora JusPodivim, 2016.
- GAGLIANO, Pablo Stolze. A Lei n. 13.874 de 2019 (Liberdade Econômica): A desconsideração da personalidade jurídica e a vigência do novo diploma. **Jus Brasil**. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/760054174/artigo-do-professor-pablo-stolze-gagliano-sobre-a-lei-13784-2019-lei-da-liberdade-economica>. Acesso em: 27 mar. 2021.
- LOPES, Rénan Kfuri. **Lei da liberdade econômica: impactos no Código Civil. 2019. RKL Advocacia**. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/lei-da-liberdade-economica-impactos-no-codigo-civil/>. Acesso em: 28 mar. 2021.
- MARTINS, Irena Carneiro. A limitação da responsabilidade moderna e contemporaneamente: sua relevância para o direito e para a economia no Brasil. **Revista Direito Empresarial**, Curitiba, 2008.
- PLANALTO. **Mensagem nº 259, de 11 de julho de 2011**. Disponível em: Mensagem nº 259 (planalto.gov.br).
- RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2017.
- SCHREIBER, Anderson. Alterações da MP 881 ao Código Civil. **Carta Forense**. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/alteracoes-da-mp-881-ao-codigo-civil---parte-i/18342>. Acesso em: 27 mar. 2021.
- TARTUCE, Flávio. A “lei da liberdade econômica” (Lei 13.874/19) e os seus principais impactos para o Direito Civil. **Migalhas**. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI311604,91041A>

+lei+da+liberdade+economica+lei+1387419+e+os+seus+principais.
Acesso em: 27 mar. 2021.

TARTUCE, Flávio. **A MP 881/19** (liberdade econômica) e as alterações do Código Civil. In: Migalhas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI301612,41046-A+MP+88119+liberdade+economica+e+as+alteracoes+do+Codigo+Civil>. Acesso em: 27 mar. 2021.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil:** lei de introdução e parte geral. v. 1. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

OS LIMITES DA PUBLICIDADE COMERCIAL EM FACE DA PRESERVAÇÃO DO DIREITO DE IMAGEM

*Franco Pereira Silva*³⁸

INTRODUÇÃO

No passado, o consumo era tradicionalmente definido como um comportamento social de aquisição de bens ou serviços. Com a revolução tecnológica e as infinitas possibilidades dela emergentes, este passou a ser entendido como um processo social multivalente, em que há várias e diferentes formas de acessos a bens e serviços. Segundo Barbosa e Campbell (2006), na contemporaneidade, o consumo exerce ainda o papel de produzir sentido e identidades, independentemente da aquisição do bem, definidor e caracterizador grupos sociais.

Bauman (1998) alerta que atualmente vive-se a denominada sociedade do consumo, em que há impulsos sedutores criados para serem eficazes e transmitidos em todas as direções e dirigidos indiscriminadamente a todos aqueles que os ouvirão. O sociólogo prossegue pontuando que

38 Graduado summa cum laude em Direito, pela PUC Goiás. Especialista em Processo Civil Aplicado, Direito Empresarial e Docência no Ensino Superior. Pesquisador no Grupo de Estudos em Direito Empresarial, na PUC Goiás (GEDE PUC Goiás).

O consumo abundante, é-lhes dito e mostrado, é a marca do sucesso e a estrada que conduz diretamente ao aplauso público e à fama. Eles também aprendem que possuir e consumir determinados objetos, e adotar certos estilos de vida, é a condição necessária para a felicidade, talvez até para a dignidade humana. (BAUMAN, 1998, p. 55-56).

Em análise sociológica era comum, ainda, a ideia de que todas as pessoas seriam consumidoras ou, pelo menos, consumidoras em potencial, mas nem todas geravam riqueza ou economia, como, por exemplo, estudantes em tempo integral ou aqueles que vivem em situação de ócio. Com a crescente popularização na utilização das mídias, a publicidade foi reinventada e a imagem do consumidor usufruindo dos produtos das marcas passou a ser cada vez mais valorizada, de modo a tornar possível que todo consumidor, simplesmente por tê-lo, seja visto como gerador de um produto com valor de mercado, qual seja a própria imagem.

A imagem da pessoa é elencada entre o rol de direitos da personalidade, os quais, por terem como objeto os modos de ser físicos ou morais do indivíduo, inerentes à pessoa e a sua dignidade, possuem tutela e características especiais conferidas pelo ordenamento jurídico. Não obstante os avanços jurídicos fruto do amadurecimento social contemporâneo, atualmente verifica-se que tais direitos têm sido cada vez mais lesionados ou ameaçados de lesão em benefício do capital, fomentador do consumo, e em detrimento da pessoa.

É nesse campo de conflito entre os interesses do capital e o direito da personalidade da pessoa, notadamente o direito de imagem, que se aporta a análise proposta no presente trabalho. No primeiro momento serão estudados os direitos da personalidade e seus aspectos normativos, desembocando na exposição específica do direito de imagem. Posteriormente será analisada a utilização da imagem da pessoa como meio de publicidade de produtos ou serviços, expondo, por fim, as situações de relativização do exercício de tal direito.

1. NOTAS SOBRE O ASPECTO NORMATIVO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Os direitos da personalidade, na dicção de Chaves e Rosenvald, são um conjunto de “direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa huma-

na, em que se convertem as projeções físicas, psíquicas e intelectuais do seu titular, individualizando-o de modo de a lhe emprestar segura e avançada tutela jurídica” (2015, p. 139). Dessa forma, por serem direitos diretamente ligados ao desenvolvimento da pessoa, as normas que os tutelam têm como escopo a preservação da própria dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal não faz referência expressa ao direito geral de personalidade, de modo que tem sido apontado o princípio da dignidade da pessoa humana como seu fundamento. Isso, contudo, não significa que o texto constitucional se pôs alheio a tais direitos, uma vez que no rol dos direitos fundamentais constam muitos dos direitos da personalidade, tais como o a honra, a intimidade e a imagem, que são tratados no art. 5º, X, da Constituição Federal.

[...] Por outro lado, tendo em conta que uma série de dimensões essenciais à dignidade pessoal não foi contemplada (direta e expressamente) no texto constitucional, é preciso ter presente que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e o direito geral de personalidade que dele resulta, sendo “expressão direta do postulado básico da dignidade humana”, abarcam toda manifestação essencial à personalidade, de modo especial o direito à identidade pessoal e moral, que, por sua vez, inclui o direito à identidade genética do ser humano, o direito ao nome, o direito ao conhecimento da paternidade, o assim chamado direito à identidade (e autodeterminação) sexual, entre outros, de tal sorte que, embora sempre presentes zonas – maiores ou menores – de confluência com os direitos especiais de personalidade, o direito geral de personalidade, como já referido, segue sendo um direito autônomo e indispensável à proteção integral e sem lacunas da personalidade [...] (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, n.p.).

Nesse contexto, verifica-se que é possível dizer que todos os direitos da personalidade são direitos fundamentais, alguns deles expressos na Constituição Federal e outros implícitos em outras cláusulas gerais. Não são, no entanto, todos os direitos fundamentais direitos de personalidade, como por exemplo o direito de propriedade tratado no artigo 5º, XXII, da Constituição Federal.

É o Direito Civil, com amparo em bases constitucionais, que regra detalhadamente os direitos da personalidade, ficando à cargo da doutrina civilista o estudo e sistematização de tais direitos. Por esse motivo, a literatura costuma apontar que os direitos da personalidade constituem o ponto mais forte de contato entre o Direito Civil e o Direito Constitucional, em função de serem “o correspondente privatístico dos direitos pessoais previstos nas constituições” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, n.p.).

Em estudo da codificação privada, verifica-se que o Código Civil cuidou de reservar um capítulo inteiro aos direitos da personalidade, o Capítulo II, do Livro I. Em onze artigos, a Lei dispõe a respeito das características dos direitos da personalidade (artigo 11), dos legitimados para exigir a cessação da lesão ou ameaça de lesão a tais direitos (artigos 12 e 20, parágrafo único), da possibilidade de disposição do próprio corpo e revogação do ato (artigos 12, 14 e 15), da necessidade de autorização para utilização do nome, imagem e produções autorais alheias (artigos 18, 19 e 20), da vedação à exposição da pessoa ao desprezo público (artigo 17) e da inviolabilidade da vida privada do indivíduo (artigo 21).

Os direitos da personalidade têm como titulares qualquer pessoa, brasileira ou estrangeira, civilmente capaz ou não, independentemente do estado físico ou mental em que se encontre, e essa titularidade tem início desde antes do nascimento com vida e se projeta mesmo após a morte. Os destinatários da norma, ou seja, aqueles contra quem se exerce o direito, são apontados, em primeiro plano, como sendo os órgãos estatais, haja vista a ideia de proteção do indivíduo contra as arbitrariedades do estado, mas também os particulares o são, e estes ficam vinculados ao conteúdo do direito na proporção de sua irrenunciabilidade.

A doutrina civilista costuma apontar como características dos direitos da personalidade a intransmissibilidade, a inalienabilidade, o absolutismo, a imprescritibilidade, a extrapatrimonialidade e a vitaliciedade. A intransmissibilidade e inalienabilidade desses direitos são as características que os tornam indisponíveis, todavia, apenas relativamente, uma vez que a opção do direito positivo foi de possibilitar que o titular do direito dele disponha sem que sacrifique, claro, a própria dignidade.

Assim, a possibilidade de disposição é no concernente ao exercício do direito, e não de sua titularidade. Nessa linha de ideias é que se tem como possível, por exemplo, que o titular ceda o uso de sua imagem para edição

de um trabalho específico, desde que o faça estipulando limites temporais. Em outras palavras, “o ato de disposição de um direito da personalidade há de ser transitório (limitado no tempo) e específico (afinal, ninguém pode abrir mão de toda a sua personalidade)” (CHAVES; ROSENVALD, 2015, p. 143).

1.1. A TUTELA JURÍDICA DO DIREITO DE IMAGEM E A SUA AUTONOMIA

A imagem é conceituada como sendo a figura física e material da pessoa, constituindo-se na expressão da própria personalidade. Tanto se refere ao sentimento que ela tem sobre si (autoimagem) quanto à expressão de seus atributos físicos no plano fático (imagem retrato). Ambas as facetas do direito de imagem são igualmente resguardadas pelo ordenamento jurídico, diferenciando-se quanto às formas de violação e possibilidade de indenização delas decorrentes.

Da análise do texto constitucional, verifica-se que o direito personalíssimo de imagem foi elevado à categoria de direito fundamental da pessoa, colocando-o como um direito inviolável. O artigo 5º, incisos V e X, da Constituição Federal, reconheceu a possibilidade de indenização decorrente do dano à imagem, tanto de ordem material quanto moral. Já o artigo 20, do Código Civil, dispõe que, exceto em casos de necessidade pública, o uso de imagem de uma pessoa pode por ela ser proibido, sem prejuízo da indenização nos casos de lesão à honra, boa fama e respeitabilidade, ou se a finalidade do uso não consentido for comercial.

Uma das mais importantes características do direito de imagem é que ele não está, necessariamente, vinculado aos outros direitos de personalidade. Isso significa que, embora possa acontecer, nem sempre a lesão ao direito de imagem é acompanhada da lesão à honra. Nesse sentido, Chaves, Rosenvald e Braga Netto lecionam que

[...] lembramos que costuma-se, com frequência, vincular o direito à imagem ao direito à honra. Embora possam andar juntos, podem, também, andar separados. Diferente é a situação do uso, pelo mesmo jornal, num anúncio publicitário, da imagem de uma modelo sem autorização (haverá, nesse caso, violação ao direito de

imagem, porém não do direito à honra). Não só aquele que teve sua imagem usada sem autorização poderá reclamar, mas também seus herdeiros, em caso de falecimento (2015, p. 629).

Conforme será tratado adiante, em certos casos o legislador dispôs expressamente que a lesão ao direito de imagem de um indivíduo, caracterizada pelo uso não consentido, prescinde da demonstração da existência de lesão à honra, como quando a finalidade é comercial. O Superior Tribunal de Justiça, por meio da Súmula nº 403, pacificou esse entendimento, dispondo que quando a imagem não autorizada é divulgada com fins econômicos ou comerciais, o direito a indenização independe de prova do prejuízo, ou seja, o dano moral é *in re ipsa*.

2. A IMAGEM DO INDIVÍDUO COMO BEM DE MERCADO E OBJETO DA PUBLICIDADE

Na contemporaneidade, com a ampliação do acesso à comunicação, o divisor entre as esferas pública e privada do indivíduo torna-se sucessivamente mais tênue, em função da proliferação dos instrumentos de captura e produção de conteúdo audiovisual cada vez menores e mais baratos. Neste contexto o direito de imagem constitui-se em um dos direitos da personalidade mais suscetíveis a violações, uma vez que “a divulgação de sons e imagens é cada vez mais fácil na sociedade da informação e possui valor, inclusive de mercado” (LOURENÇO, 2018, p. 184). Nesse ponto, abre-se um parente-se para ressaltar que a ideia veiculada no presente trabalho, de que a imagem da pessoa passou a ser visualizada como um produto com valor de mercado, não pretende confundir o direito de imagem com direito autoral. Isso porque o debate aqui proposto cinge-se ao estudo da violação do direito personalíssimo de imagem, e, no ordenamento jurídico brasileiro, direitos da personalidade e direitos autorais são tutelados de formas diferentes.

Vale dizer que o escopo de proteção do direito de imagem é a personalidade da pessoa, tratado amiúde no âmbito do Código Civil, entre seus artigos 11 e 21, enquanto o objeto tutelado pelo direito autoral é a criação como forma de exteriorização, regulamentado pela Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Neste sentido, bem alerta Coelho (2009, p. 260) ao dizer:

É importantíssimo ressaltar, por fim, que o direito autoral [...] não protege a ideia por ela mesma, mas pela forma com que se apresenta. É certo que contextualizei o tema na proteção das ideias valiosas. Fiz assim porque considero uma opção didática para sua introdução; mas não pode escapar essa ressalva porque, juridicamente falando, o direito autoral não protege ideias. Como clarificado mais à frente, no campo da obra artística, literária ou científica, os interesses do autor são tutelados relativamente à forma adotada para a expressão da ideia, mas não quanto ao seu “conteúdo”.

No que se refere à utilização da imagem da pessoa em campanhas publicitárias, percebe-se que, no passado, elas se valiam de atores, personagens e personalidades famosas para atingir o público-alvo, mas, com o advento das redes sociais, a situação se tornou um tanto diferente. O acesso gratuito às informações, inclusive privadas, de pessoas públicas ou não, tem gerado uma sensação de emancipação no indivíduo e desconfiança dos métodos tradicionais de publicidade, o que faz com que ele passe a se identificar mais com perfis próximos a sua realidade e oriente o consumo neste sentido.

É nesse contexto que a publicidade começou a ser orientada para dar visibilidade ao sujeito comum. No que se refere à publicidade visual, tem sido crescente a preferência na utilização de imagens captadas em situações espontâneas, da “pessoa real” usufruindo do produto ou serviço em uma situação real, como por exemplo a produção de fotografias ou vídeos de determinadas pessoas dançando em uma casa noturna, durante um evento.

Quando a utilização de tais imagens espontâneas é autorizada pelos que nelas figuram, a situação não enseja maiores escólios, uma vez que, como visto, mesmo se tratando de um direito da personalidade, a cessão temporária do uso da imagem não é sempre negócio jurídico contrário ao direito. Ocorre que nem sempre as capturas espontâneas mencionadas são autorizadas pelas pessoas em cena, nem mesmo tacitamente, e acabam sendo utilizadas com finalidade manifestamente comercial.

Em determinados casos, a situação é agravada quando a pessoa é transformada, de forma não consentida, em garoto propaganda do empreendimento. São aqueles casos em que a pessoa, usufruindo do pro-

duto da marca, é fotografada ou filmada, figurando no foco principal da imagem, sem que ela nem se dê conta, afinal, o intuito do publicitário é a produção de um conteúdo espontâneo. Nesse cenário, não são raros os conflitos dele emergentes.

3. A RELATIVIZAÇÃO DA PROTEÇÃO DA IMAGEM EM CONTEXTO DE PUBLICIDADE

Uma das características do direito de imagem, conforme já narrado nas seções anteriores, é o absolutismo, por se tratar de um direito oponível a todos, cuja obrigação da coletividade é respeitá-lo. Por tal característica fica evidente ser um direito que não comporta relativizações, como pode parecer à primeira vista do tema, mas um direito cujo exercício pode ser relativizado ou limitado.

Estreito é o liame existente entre o direito de imagem e o exercício deste. Pontes de Miranda (1983, p. 53), sempre brilhante, atento à diferenciação, explica:

Direito à imagem é direito de personalidade quando tem como conteúdo a reprodução das formas, ou da voz, ou dos gestos, identificativamente. Tanto o viola quem vende retratos de A, como sendo de B, quanto o que nega que o retrato de A seja de A, ou o que usa o retrato de A como seu.

Neste sentido, verifica-se que o direito de imagem é violado quando ele é negado à pessoa, ou seja, quando dela é usurpado o próprio caractere identificador no seio social. Em outras palavras, não é permitida a ninguém a utilização da imagem de terceiro como se sua fosse ou a atribuição desta a outra pessoa, deturpando a identidade a ela associada. Vale ressaltar, ainda, que se o intuito do agente for a obtenção de vantagem, tanto em proveito próprio quanto alheio, além das sanções cíveis, incidem as penais, dentre elas a prevista no artigo 307, do Código Penal Brasileiro, que tipifica o crime de falsa identidade.

Noutro giro, tem-se a questão da violação do exercício do direito de imagem, este entendido como a possibilidade de alguém negar ou permitir a outrem a utilização da expressão do direito próprio, ou seja, o direito

subjetivo de um indivíduo concordar ou não que outra pessoa utilize a expressão de sua imagem. Neste caso, não se afigura a violação da imagem-identidade do indivíduo, mas do direito de consentir na sua veiculação através de meios que a exprima.

O Código Civil, através do artigo 20, estabeleceu a necessidade do consentimento da pessoa para a utilização de sua imagem, sob pena de proibição do uso e arbitramento da indenização cabível. A redação do mesmo artigo trouxe situações em que o consentimento é dispensado, relacionadas à supremacia do interesse público, sendo elas quando o uso é necessário à administração da justiça e à manutenção da ordem pública.

Deveras complexo, o texto do dispositivo em comento desenvolve-se vinculando o exercício do direito de imagem a outros direitos da personalidade, ao condicionar o requerimento de proibição do uso e conseqüente reparação à demonstração de lesão da honra, boa fama e respeitabilidade. Na parte final, o legislador criou uma exceção à condição anteriormente oposta, ao prever o pleno exercício de proibição e direito de indenização pelo uso não consentido da imagem quando a finalidade for comercial.

Dessa forma, o entendimento que ressaí da norma é que, em se tratando de uso indevido da imagem para fins comerciais, o exercício do direito de imagem da pessoa, materializado através da pretensão de cessação do uso e indenização correspondente, não está relacionado à lesão a outros direitos da personalidade, mas, tão somente, à usurpação do consentimento do indivíduo. Vale dizer, em casos tais, que o que se perquire não é o desgosto do detentor do direito em função da exposição da identidade, mas em razão do desrespeito ao direito subjetivo a ele reservado de consentir ou não com o uso de sua imagem por terceiro.

Das hipóteses de dispensa do consentimento pontuadas pelo artigo 20, do Código Civil, nenhuma se aplica no contexto do uso indevido para fins comerciais. Este raciocínio surge em consideração ao fato de que a finalidade comercial é aquela existente nas relações privadas, com notório intuito lucrativo, em que não se cogita a predominância do interesse público. Em casos desta natureza, a imagem da pessoa é tratada como bem de valor, apta a promover a atividade lucrativa.

Atualmente, nota-se cada vez mais comum a produção de conteúdo publicitário utilizando como “modelos” os próprios consumidores do produto ou usuários do serviço, no momento em que ostentam esta con-

dição. A título exemplificativo, mencionem-se bares e boates que produzem o conteúdo publicitário a partir de fotografias e vídeos obtidos durante o próprio evento, ou, ainda, determinado comércio que faz constantes registros do ambiente sendo frequentado, para posterior divulgação nas redes sociais.

Em tais casos, não obstante não haver previsão positivada de desnecessidade do consentimento da pessoa, a melhor literatura aponta circunstâncias que tornam a autorização desnecessária ou presumida, dentre as quais algumas se emoldam àquelas hipóteses. Conforme bem lembra Pontes de Miranda (1983, p. 58-59), o exercício do direito de imagem

[...] é limitado pelas circunstâncias pré-excludentes da necessidade de consentimento: a) se a imagem faz parte da história ou da vida do lugar, do Município, do Estado-membro ou do Estado; b) se a figura é somente parte de cenário local, ou panorama fônico; c) se se trata de sessão, ou cena, ou reunião, em que a pessoa toma parte; d) se, a despeito de não ter havido consentimento, o interesse público, científico, artístico, ou outro, se semelhante relevância, passa à frente do interesse individual da pessoa; e) se se trata de identificação compulsória, ou necessária a algum ato de direito público ou privado.

Como se vê, as circunstâncias elencadas estão relacionadas à utilização da imagem em prol do interesse público, aos contextos em que a pessoa aparece como mero figurante no cenário e, por fim, às situações em que reste caracterizado um certo consentimento tácito com o registro e divulgação da imagem. Além das apontadas, a captura da imagem da pessoa em uma multidão também não é considerada ato atentatório ao direito de imagem.

Assim sendo, a limitação do exercício do direito de imagem nos litígios envolvendo a utilização da figura para publicidade ocorre quando demonstrado que o intuito do produtor do conteúdo não é evidenciar a pessoa, em si, mas o contexto. Não estando evidenciada a pessoa, portanto, não há que se falar em violação ao direito em comento, uma vez que este tem por escopo a tutela da imagem-identidade da pessoa enquanto identificador da personalidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dentre os direitos da personalidade encontra-se o direito de imagem, que também foi inserido na categoria dos direitos fundamentais (artigo 5º, X, da Constituição Federal). Tal direito, por se caracterizar na expressão da própria personalidade do indivíduo, é tutelado pelo ordenamento jurídico como indisponível, apenas relativamente, e absoluto.

A relatividade do direito de imagem não diz respeito a ele em si mesmo, mas quanto ao seu exercício. Assim, embora alguém possa ceder a própria imagem temporariamente, não pode outra pessoa utilizar da expressão daquela imagem, ou seja, a personalidade do indivíduo expressa, como sua, sob pena de usurpação do direito em si mesmo.

A preocupação do legislador em tutelar a imagem da pessoa, especificamente a imagem-retrato, é expressa no artigo 20, do Código Civil. Esse dispositivo estatui quanto ao uso não consentido da imagem para fins comerciais, hipótese em que a lesão não é vinculada ao dano de outros direitos da personalidade, como a honra, daí dizer que o dano moral é *in re ipsa*, sendo necessária apenas comprovação da conduta e do nexo causal. Não obstante, há situações em que a imagem de uma pessoa pode ser captada e veiculada, para fins comerciais, sem que a intenção seja de divulgá-la. A situação mais comum de relativização da proteção ao direito de imagem, mesmo quando utilizada indevidamente, por terceiros, com a finalidade comercial, é aquela em que o indivíduo é capturado indiretamente, em uma multidão ou quando ele aparece apenas como coadjuvante.

Em alguns casos, no entanto, a pessoa é colocada realmente como um dos elementos essenciais da fotografia, o dito modelo-consumidor, mas que a ideia de captura genérica tem sido invocada e acatada em favor dos demandados. Assim sendo, os litígios em que se discute suposta violação do direito de imagem com a finalidade comercial devem ser avaliados com parcimônia, de modo que, do mesmo jeito que não se pode negar que em alguns casos não há nenhuma exposição do caractere identificador da pessoa, ou seja, que a exposição é do ambiente ou do contexto, em outros é evidente que realmente houve o intuito em transformar a pessoa em modelo involuntário.

REFERÊNCIAS

- BARBOSA, Lívia; CAMPBELL, Colin. O estudo do consumo nas ciências sociais contemporâneas. In: _____. (Orgs.). **Cultura, consumo e identidade**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.
- BAUMAN, Zygmunt. Os estranhos da era do consumo. In: _____. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil **Diário Oficial da União**, 5 de out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 24 abr. 2019.
- _____. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, de 31 de dez. de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 09 mai. 2019.
- _____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, 11 de jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 24 abr. 2019.
- _____. Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 20 de fev. de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm. Acesso em: 29 abr. 2019.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**: direito das coisas, direito autoral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil 1**: parte geral e LINDB. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil 3**: responsabilidade civil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FRANCIULLI NETTO, Domingos. A proteção ao direito à imagem e a Constituição Federal. **Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva**. Brasília, v. 16, n. 1, p. 1-74, jan./jul. 2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/informativo/article/view/442>. Acesso em: 24 abr. 2019.

LOURENÇO, Cláudia Luiz. A pornografia da vingança e a exposição pornográfica não consentida à luz da constitucionalização do direito à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem. In: CORRÊA, Edwiges C. Carvalho et al. (Orgs). **30 Anos da Constituição Federal Brasileira: conquistas e desafios para a construção de um Estado Democrático de Direito**. Goiânia: Kelps, 2018.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 7.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

A DESNECESSIDADE DE PROCURAÇÃO PÚBLICA EM CONTRATOS BANCÁRIOS CELEBRADOS POR ANALFABETOS: UMA BREVE ANÁLISE JURISPRUDENCIAL À LUZ DOS DISPOSITIVOS LEGAIS APLICÁVEIS

*Arthur Pacheco Pereira Carvalhal*³⁹

INTRODUÇÃO

O conceito tradicional de “analfabetismo” é aplicável àquele que não saiba ler ou escrever (FERRARO, 2014). Todavia, tal condição está distante de significar pura e exclusivamente tal inabilidade. Em verdade, a evolução das ciências sociais revela que o analfabetismo é um verdadeiro e constante problema social (CIPINIUK, 2013, p. 97-98), desdobrando-se das mais diversas formas, inclusive no sentido de fornecer proteção aos que suportem essa conjuntura.

Sendo o Brasil o 8º país no mundo com mais analfabetos em idade adulta (FUENTES, 2020), é certo que diversas consequências serão reflexas na esfera jurídica. Assim, frente a esta realidade, é justamente ao redor da condição de analfabetismo que irá orbitar o presente artigo. Mais

39 Graduando em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

especificamente, o tema central da discussão aqui proposta é a necessidade de procuração pública para se firmar contrato bancário com pessoa analfabeta.

A temática se revela extremamente pertinente, tendo em vista que, até o final do ano de 2020, era notória a divergência jurisprudencial no país quanto à questão da exigibilidade de instrumento público para validade de contratos bancários nos quais o contratante não sabia ler ou escrever (QUINAIA, 2021). Contudo, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao julgar Recurso Especial em dezembro de 2020, veio a se posicionar de maneira inédita, finalmente dando um maior direcionamento acerca do tema (BRASIL, 2020).

Nesse diapasão, este artigo tem como objetivo principal avaliar as orientações do STJ quanto à temática, bem como averiguar decisões dos Tribunais de Justiça estaduais prolatadas previamente a tal posicionamento. E, ainda, pretende-se aqui verificar a validade do negócio jurídico fixado por pessoa analfabeta, sem a presença de instrumento público, nos termos do Código Civil de 2002 (CC/02) e dos demais dispositivos legais aplicáveis.

Para tanto, inicialmente será feito um curto apanhado da incapacidade civil, promovendo importantes distinções terminológicas, bem como tecendo um histórico desse instituto no ordenamento jurídico brasileiro. Em seguida, discutir-se-á alguns dos desdobramentos da condição de analfabetismo, com destaque à não aplicação do instituto da incapacidade civil e às especificidades impostas pelos diversos ramos do Direito a pessoas nessa situação. Posteriormente, será feita uma análise jurisprudencial acerca da necessidade, ou não, de instrumento público para celebrar contrato bancário com analfabetos, principal objetivo deste artigo. Nesse sentido, será avaliado o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais de Justiça estaduais. Por fim, elaborar-se-á uma breve análise da validade do negócio jurídico, frente à decisão do STJ e às leis aplicáveis. Assim, será possível concluir acerca da possibilidade (ou impossibilidade) de dispensar-se procuração pública nos contratos bancários em questão.

Cabe pontuar que foi adotado por este artigo o método dedutivo de raciocínio, baseado num modelo de pesquisa explicativo, com foco principal nas determinações legais e jurisprudenciais, bem como nas suas motivações e desdobramentos.

1. BREVE ANÁLISE DO INSTITUTO DA INCAPACIDADE CIVIL

1.1. DISTINÇÕES TERMINOLÓGICAS QUANTO À CAPACIDADE CIVIL

A capacidade civil, em termos genéricos, seria a aptidão de exercer ou gozar de direitos civis. Contudo, a verdadeira “capacidade civil plena” seria composta pela soma de duas subespécies: a “capacidade de fato” e a “capacidade de direito” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2020, p. 75). Aqui, Orlando Gomes (1993, p. 172) vai vincular necessariamente estas duas “capacidades”, de maneira que não poderia haver o exercício de um direito, sem a capacidade de adquiri-lo (embora a recíproca não seja verdadeira). Assim, fazendo um exercício negativo sobre esta premissa, a impossibilidade de exercer um direito seria, portanto, a incapacidade.

Ocorre que, muito além da personalidade, a ordem jurídica dotou as pessoas de capacidade para adquirir direitos e exercê-los, seja por si mesmas, ou por representação/assistência de outrem (EBERLE, 2006, p. 45). Tem-se, portanto, nos termos que postula Clóvis Beviláqua (1953, p. 139), que a capacidade é uma extensão concedida aos poderes de ação contidos na personalidade.

De conseguinte, extraímos da Doutrina a relevância de discernir ente os conceitos de “personalidade” e “capacidade”, os quais embora distintos, não deixam de estarem diretamente relacionados. É o que leciona Miguel Reale (2001, p. 216-217):

Em sentido amplo, poderíamos estabelecer uma sinonímia entre “personalidade” e “capacidade”. A personalidade é a capacidade *in abstracto* de ser sujeito de direitos ou obrigações, ou seja, de exercer determinadas atividades e de cumprir determinados deveres decorrentes da convivência em sociedade. O conceito de capacidade, em sentido estrito, é próprio, não se confunde, porém, com o de personalidade. A palavra “capacidade” por si mesma está dizendo que ela indica uma extensão do exercício da personalidade, como que a medida da personalidade em concreto.

Contudo, existe também uma necessidade inicial de distinguir o termo “capacidade” do conceito de “legitimidade”. A legitimação seria meramente a capacidade legal de estabelecer, ou não, uma determinada situação jurídica, funcionando como uma forma específica da possibilidade de exercer determinados atos da vida civil (VENOSA, 2001, p. 139). Logo, encontra-se diante, novamente, de dois conceitos correlacionados, mas distintos entre si, não devendo, portanto, serem confundidos.

1.2. CURTO HISTÓRICO DA INCAPACIDADE NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Uma vez feitas as devidas divergências terminológicas, parte-se para uma análise histórica do instituto da incapacidade na legislação brasileira. Inicialmente, percebe-se que o Código Civil de 2002 segue parcialmente a estrutura de seu antecessor, este último instaurado através da Lei nº 3.071 de 1916. Contudo, em que pesem as previsões de 1916 possuírem discrepâncias gritantes com as de 2002 – como a previsão de incapacidade relativa para mulheres casadas, revogada pela Lei nº 4.121/62 – a estrutura em dois níveis (absoluta e relativa) prevaleceu no Código Civil mais recente. De qualquer sorte, a *raison d'être*⁴⁰ por trás desses dispositivos persiste até os dias de hoje, qual seja defender os direitos daqueles que não o conseguiriam fazer desassistidos (FRANÇA, 2019).

Ademais, tratando-se deste tema, não se pode olvidar da Lei nº 13.146/2015, conhecida por “Estatuto da Pessoa com Deficiência”, a qual promoveu mudanças drásticas no instituto da capacidade (TARTUCE, 2015). A partir da vigência do referido diploma, foram removidas das hipóteses de incapacidade absoluta: a) as deficiências mentais; b) o grau de desenvolvimento intelectual; e c) o grau de discernimento de realidade. Portanto, os indivíduos que se enquadravam nessas hipóteses passaram a serem titulares de capacidade civil plena.

Assim, com a redação alterada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, o artigo 3º do CC/02 passou a prever como absolutamente incapazes exclusivamente os menores de dezesseis anos (BRASIL, 2002). Já o artigo 4º, em seus incisos, inclui no rol de relativamente incapazes apenas:

40 Em francês: razão de ser, ou razão de existência.

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV - os pródigos. (BRASIL, 2002, art. 4º)

Nesses termos, pode-se concluir que a incapacidade absoluta, diz respeito ao impedimento completo de exercer diretamente direitos civis. Ou seja, quando praticados atos civis por menores de 16 anos, não representados por pessoa plenamente capaz, implica-se em nulidade de pleno direito.

Em contraposição, os relativamente incapazes são impossibilitados parcialmente de realizar os atos da vida civil. Nas palavras de Pablo Stolze Gagliano e de Rodolfo Pamplona Filho (2012, p. 150), trata-se daqueles que têm a incapacidade suprida através da assistência, onde os atos jurídicos praticados sem assistente são anuláveis, e não nulos. Ademais, a expressão de vontade dos relativamente incapazes é imprescindível, tendo em vista que sem ela não há sequer a constituição do ato jurídico (EHRHARDT JR, 2012, p. 143).

2. DESDOBRAMENTOS DA CONDIÇÃO DE ANALFABETISMO

2.1. NÃO EXTENSÃO DA INCAPACIDADE AOS ANALFABETOS

Feitas as ressalvas acima, resta claro que o instituto de incapacidade não é, e não pode ser, aplicável às pessoas analfabetas. Tal entendimento é patente desde o Código Civil de 1916 (antecessor ao de 2002), o qual deixou de incluir aqueles que não sabiam ler ou escrever no rol de incapazes. Portanto, não há em que se falar da nulidade ou anulabilidade de contrato firmado por analfabeto apenas em razão de sua condição, visto que na ausência das hipóteses expressamente previstas de incapacidade, vige a noção de capacidade plena para o exercício dos atos civis.

Portanto, tem-se que os analfabetos são plenamente capazes, embora isso não implicará na inexistência de ressalvas quanto a tal condição no ordenamento jurídico brasileiro, conforme expor-se-á no tópico a seguir.

2.2. ESPECIFICIDADES IMPOSTAS PELO ORDENAMENTO JURÍDICO AOS ANALFABETOS

As pessoas em condição de analfabetismo são citadas em diversos diplomas legais, no âmbito de diversos ramos do Direito, como, por exemplo: no CC/02, ao prever em seu art. 1.872 que aquele que não saiba ou não possa ler é impossibilitado de dispor de seus bens em testamento cerrado; na Constituição Federal de 1988 (CF/88) em seu artigo 14, ao facultar o direito de voto ao analfabeto; e no Código de Trânsito, ao vedar a habilitação para conduzir veículo àqueles que não sabem ler e escrever. Assim, afere-se que, apesar de possuírem capacidade plena, há uma série de limitações e regramentos específicos impostos legalmente aos indivíduos em questão.

Ainda nesse sentido, ao adentrar no ramo do Direito do Consumidor, aplicável às desavenças decorrentes de contratos bancários, tem-se o reconhecimento incontroverso da hipervulnerabilidade de pessoas analfabetas. Conforme se apreende do entendimento de Cristiano Schmitt (2014, p. 233), hipervulnerabilidade é um status dado a pessoas em posição social de vulnerabilidade extrema, quando consideradas suas condições enquanto consumidores. Assim, evidencia-se a existência de cuidados específicos a serem tomados quando do fornecimento de serviços a analfabetos.

Contudo, essa condição de hipervulnerabilidade não pode ser interpretada como um impedimento para que se estabeleçam relações de consumo ou que se exerça qualquer outro direito não vedado por diploma legal específico. Em verdade, a alegação de invalidade de contratos em detrimento exclusivo de tal condição não é aplicável. Como exemplo, pode-se apontar o entendimento alcançado em enunciado do II Fórum dos Juizados Especiais do Piauí, com os seguintes dizeres: “o analfabetismo e a senilidade, por si só, não são causas de invalidade do negócio jurídico, sendo possível que o analfabeto e o idoso contraiam obrigações” (PIAUI, 2015).

Portanto, conclui-se que a discussão acerca da possibilidade da celebração de contratos por analfabetos, a qual este artigo pretende discutir, vai muito além da capacidade civil, visto que dessa última os mesmos gozam plenamente. Saliente-se que o fato de o analfabetismo não implicar

em incapacidade civil, não veda que a Lei determine restrições. Longe disso, são justamente dessas restrições que a Lei se encarrega.

3. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL ACERCA DA DESNECESSIDADE DE INSTRUMENTO PÚBLICO PARA CELEBRAR CONTRATO BANCÁRIO COM ANALFABETOS

3.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE O INSTRUMENTO DE PROCURAÇÃO

Primeiramente, conforme chamado atenção por grande parcela da doutrina, é necessário diferenciar terminologicamente os termos “mandato” e “procuração”.

Afirma Orlando Gomes (2001, p. 347-348) que mandato seria “a relação contratual pela qual uma das partes se obriga a praticar, por conta da outra, um ou mais atos jurídicos”. Em contraposição, procuração seria “o ato pelo qual o representado se vincula, em face de pessoa determinada ou do público, a receber e suportar os efeitos dos negócios que em seu nome realizar o procurador” (CORREIA, 1985, p. 31-32). Ou seja, enquanto mandato seria a efetiva relação entre as partes, a procuração é o instrumento pela qual ela se estabelece. É nesse sentido que o CC/02, em seu artigo 653 vai determinar que “a procuração é o instrumento do mandato” (BRASIL, 2002).

Cabe apontar, de conseguinte, que a procuração pode ser classificada como privada ou pública. A privada seria aquela convencional, disciplinada pelo art. 654 do CC/02, mediante a qual, no âmbito da autonomia privada, cede-se o mandato para exercício de direitos em seu favor, de forma geral ou para atos específicos.

Já o instrumento público de procuração seria uma forma mais rara, celebrado em cartório mediante fé pública, sendo apenas requerido em casos específicos, conforme a lei (MARTINS, 2010). Aqui, citam-se como exemplos: os casos de compra e venda de imóvel com valor superior a trinta vezes o salário-mínimo vigente (BRASIL, 2002, art. 108); os casos de interesse de menores relativamente incapazes; e, discutivelmente, os casos de analfabetismo (MARTINS, 2010).

Feitas essas breves ressalvas, pode-se avançar de maneira a efetivamente discutir o tema da desnecessidade de instrumento público para firmar contrato com pessoa analfabeta, nos termos da jurisprudência.

3.2. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

3.2.1. POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Era notória a divergência jurisprudencial quanto à questão da exigibilidade de procuração pública para firmar contrato com pessoa analfabeta (QUINAIA, 2021). Contudo, em dezembro de 2020, no julgamento do Recurso Especial nº 1868099/CE (BRASIL, 2020), o Superior Tribunal de Justiça se posicionou acerca desta controvérsia, de maneira que até ali não havia feito.

No julgamento em questão, o STJ decidiu que é válida a contratação de empréstimo consignado por pessoa analfabeta sem a necessidade de procuração pública, desde que conste a sua assinatura a rogo (BRASIL, 2020). Tal decisão foi alcançada sopesando os seguintes argumentos: a) a liberdade de contratar assegurada ao analfabeto; b) a forma livre de contratação, salvo defesa em lei; e c) a incidência do artigo 595 do Código Civil.

Quanto a este último fator, cabe apontar que o artigo 595 do CC/02 disciplina que, especificamente no contrato de prestação de serviços, quando qualquer uma das partes não souber ler ou escrever, basta que o instrumento seja assinado a rogo e subscrito por duas testemunhas (BRASIL, 2002). Perceba-se que o referido artigo em nada menciona instrumento público como requerimento para contratação com analfabeto. Portanto, ao se performar hermenêutica jurídica segundo a vontade do legislador, tem-se que o desejo do poder Legislativo era que o rogo e a presença de testemunhas, sem formalidades adicionais, fossem suficientes para garantir a validade de um contrato celebrado com pessoa analfabeta.

É justamente nesse sentido que o STJ aplicou o artigo 595 ao Recurso Especial em tela, entendendo que esse dispositivo se estende para todos os contratos que adotem a forma escrita (e não apenas para os de prestação de serviço), ainda que esta forma não seja exigida por lei (BRASIL, 2020).

Portanto, frente a uma lacuna acerca dos requerimentos para validade de contratos bancários firmados por analfabetos, a Corte se valeu de analogia quanto aos termos aplicáveis aos contratos de prestação de serviço. Tal ferramenta é permitida pelo art. 4º da Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro, o qual prevê o uso de analogia quando a lei for omissa (BRASIL, 1942).

Desta forma, restou pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça que a procuração pública não é formalidade exigida para contratos bancários firmados com analfabetos, e tampouco para qualquer outro contrato que adote a forma escrita.

3.2.2. POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA ESTADUAIS

Todavia, muito antes do STJ decidir acerca do tema, o mesmo já havia sido, naturalmente, discutido por diversas vezes nos Tribunais de Justiça dos Estados brasileiros, havendo diversos entendimentos divergentes.

Primeiramente, no Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe (TJSE), o entendimento que prevalecia era o da imprescindibilidade da presença de procuração pública para a formalização de contratos com analfabetos. Exemplo disso é um julgamento de maio de 2019, no qual o TJSE determinou que “a prática de determinados atos negociais pelo analfabeto demanda a formalização por instrumento público ou, se por instrumento particular, através de procurador devidamente constituído por instrumento público” (SERGIPE, 2019a), julgando-se nulo o contrato que não adote essa formalidade.

O pilar por trás da tese adota acima, qual seja a necessidade de instrumento público, seria uma teórica impossibilidade de expressão plena de vontade e o fácil induzimento ao erro frente à condição de hipervulnerabilidade (uma vez que aos contratos bancários se aplica o Direito do Consumidor). Contudo, conforme explicitado nos tópicos acima, inexistente qualquer previsão de incapacidade para analfabetos, mesmo frente ao status de hipervulnerabilidade.

Foram justamente nesses termos que o entendimento desenvolvido pelo TJSE mudou ainda em 2019, sob relatoria do mesmo Desembargador do julgado retromencionado, em sede de Apelação Cível:

1 – Validade do contrato assinado a rogo na presença de duas testemunhas. Ausência de vício de consentimento ou nulidade do negócio jurídico. Aplicabilidade do artigo 595, Código Civil. 2 – O analfabeto não se encontra elencado no Código Civil como incapaz, portanto, perfeitamente possível firmar negócios bancários como no caso em concreto, através do instrumento contratual, nos termos do normativo civil acima. (SERGIPE, 2019b)

Portanto, evidencia-se uma possível reversão na compreensão acerca do tema em Sergipe, antes mesmo da decisão proferida pelo STJ. Adiante, o Tribunal de Justiça do Maranhão decidiu, em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que em razão da capacidade plena da pessoa analfabeta, ela “pode exarar sua manifestação de vontade por quaisquer meios admitidos em direito, não sendo necessária a utilização de procuração pública ou de escritura pública para a contratação de empréstimo consignado” (MARANHÃO, 2018).

Contudo, por vezes é possível encontrar julgados que terminam por entrar em contradição, uma vez que inexistente expressamente em nosso ordenamento jurídico qualquer dispositivo legal, seja no Código Civil ou em lei específica, que requeira o instrumento público quando da contratação por pessoa analfabeta. Portanto, se incorreria em erro ao assumir que a não utilização de procuração pública violaria formas prescritas em lei, visto que tal provisão é inexistente. É nessa incompatibilidade que já incorreu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

Em se tratando de pessoa que não saiba ler nem escrever, os negócios jurídicos por ela firmados devem conter assinatura de um procurador constituído por mandato público que tenha assinado "a rogo de" em local próximo à impressão datiloscópica do contratante, nos termos do art. 37 da Lei nº Lei nº 6.015/1973. Incidindo as regras dos artigos 104 e 166 do CC, resta patente a nulidade do contrato que descontos indevidos e inexigíveis em benefício previdenciário do consumidor. (MINAS GERAIS, 2019).

No que se refere ao julgado acima disposto, é importante pontuar que tanto o utilizado artigo 104, inciso II, quanto o artigo 166, inciso IV, do CC/02, dizem respeito à invalidade do negócio jurídico quando do desrespeito da forma prescrita em lei. Todavia, conforme já discutido, a exigência

de outorga pública de poderes para a situação em epígrafe não está prescrita em qualquer lei. Em verdade, se reduz a um entendimento jurisprudencial, sobre o qual sequer havia consenso, restando prejudicada a principal argumentação utilizada como base pelos magistrados que assim entendiam.

Em contraposição, o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul entende que “se houvesse a necessidade de instrumento público como forma de resguardar a manifestação de vontade daquele que não sabe ler, assim o teria indicado o legislador, o que efetivamente não ocorreu” (MATO GROSSO DO SUL, 2018). Ademais, muito antes das decisões acima expostas, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já havia considerado que a condição de analfabetismo não invalida contrato bancário formalmente perfeito, bastando que o contratante esteja acompanhado de pessoa alfabetizada de sua confiança (rogo), a qual também tenha assinado o instrumento (RIO GRANDE DO SUL, 2012).

Por fim, o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará fixou unanimemente tese em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, no sentido de que são legais os contratos sem procuração pública entre instituições bancárias e pessoas analfabetas.

É considerado legal o instrumento particular assinado a rogo e subscrito por duas testemunhas para a contratação de empréstimos consignados entre pessoas analfabetas e instituições financeiras, nos ditames do art. 595 do CC, não sendo necessário instrumento público para a validade da manifestação de vontade do analfabeto nem procuração pública daquele que assina a seu rogo, cabendo ao poder judiciário o controle do efetivo cumprimento das disposições do artigo 595 do Código Civil. (CEARÁ, 2020)

Desta forma, restou consignado no Ceará justamente os termos que meses depois o próprio STJ viria a confirmar.

4. ANÁLISE QUANTO À VALIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO

À luz dos julgados expostos e, principalmente, buscando compreender o entendimento do STJ, analisa-se o fato do contrato firmado com pessoa analfabeta sem procuração pública ser perfeitamente válido no or-

denamento jurídico brasileiro. No Código Civil de 2002, é o artigo 104 que se encarrega de enumerar os requisitos para que um negócio jurídico seja considerado válido. São eles: a) o agente capaz; b) objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e c) forma prescrita ou não defesa em lei (BRASIL, 2002, art. 104).

Aqui cabe destaque ao primeiro e ao último desses requerimentos, tendo em vista a condição de analfabetismo do contratante. Quanto à capacidade do agente, resta evidente que os analfabetos são plenamente capazes para o exercício dos atos da vida civil. Já no que diz respeito à forma prescrita/não defesa em lei, constata-se que inexistente qualquer previsão legislativa que determine a obrigatoriedade do uso de procuração pública para contratação com pessoa em condição de analfabetismo. Vige, assim, a noção da forma livre do contrato, visto que essa somente não é aplicável quando positivada de forma contrária (RODEGHERI, 2018).

Em verdade, conforme bem reconhece Flávio Tartuce (2016, p. 239) os negócios jurídicos, em sua grande maioria são informais, o que prescinde qualquer solenidade extralegal. Isso é, inclusive, disciplinado pelo próprio CC/02, o qual define em seu artigo 107 que “a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir” (BRASIL, 2002). Assim, tem-se uma impossibilidade evidente de limitar as pessoas analfabetas a expressarem suas vontades, quando tal limitação foge dos termos previstos pelo legislador.

Nada obstante, não há de se olvidar a limitação expressamente prevista no artigo 595 do CC/02, a qual deve ser estendida a todos os contratos escritos, conforme entendimento do STJ (BRASIL, 2020). Isto é, para se firmar contrato com pessoa analfabeta basta a assinatura a rogo e presença de duas testemunhas, sendo irrelevante qualquer formalidade adicional. Logicamente, uma vez preenchidos tais requisitos, não há em que se falar da invalidade do negócio jurídico, já que definir como imprescindível o uso de procuração pública (ou de qualquer outro elemento não previsto expressamente em lei) é afronta direta ao princípio constitucional da legalidade. Tal princípio, encontra-se localizado no art. 5º, inciso II, da CF/88, pelo qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (BRASIL, 1988).

Por fim, no que diz respeito ao ordenamento jurídico com um todo, ao se recorrer à hermenêutica lógico-sistemática, é possível confirmar que

a desnecessidade de instrumento público para que pessoa analfabeta exerça seus direitos vai se estender até mesmo a dimensões externas ao Direito Civil. É o caso da Consolidação das Leis Trabalhistas em seu artigo 464, onde “o pagamento do salário deverá ser efetuado contrarrecibo, assinado pelo empregado; e em se tratando de analfabeto, mediante sua impressão digital, ou não sendo esta possível, a seu rogo” (BRASIL, 1943).

CONCLUSÕES

Nas palavras de John Locke (2001, p. 115), “a finalidade da lei não é abolir ou conter, mas preservar e ampliar a liberdade”. É justamente nesse sentido que o presente artigo se lançou a debater a liberdade de contratação por pessoas analfabetas, e avaliar de que forma o requerimento de procuração pública em contratos bancários é visto jurisprudencialmente. Para tal, inicialmente foi feita uma breve análise da incapacidade civil, onde além de distinções terminológicas e conceituações, teceu-se um curto histórico deste instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

Adiante, discutiu-se alguns dos desdobramentos da condição de analfabetismo, com destaque à capacidade civil plena a que são titulares aqueles que não saibam ler ou escrever. Contudo, em que pese o status de capazes, isso não significa a inexistência de restrições e especificidades impostas pela Lei. Em verdade, foi possível perceber que em diversos ramos do Direito, existe uma proteção adicional dada aos analfabetos, de forma a conferir maior segurança aos atos praticados pelos mesmos.

Em seguida, após breves considerações acerca do instrumento de procuração, passou-se ao efetivo mérito proposto pelo presente artigo, no sentido de analisar jurisprudencialmente a desnecessidade de instrumento público para celebrar contrato bancário com analfabetos. Nesse sentido, foi possível perceber que o STJ já possui entendimento pacificado quanto a esta problemática, no sentido de que bastaria a assinatura a rogo com presença de duas testemunhas, dispensando-se qualquer formalidade adicional. Todavia, muito antes desta decisão, os Tribunais de Justiça estaduais já vinham decidindo quanto ao tema, sendo possível perceber tanto a existência de posicionamentos que afirmam ser imprescindível o instrumento público, quanto de teses fixadas determinando a sua irrelevância para validade do negócio jurídico.

Por fim, à luz dos julgados expostos e da legislação pátria, foi possível elaborar uma pequena análise da temática quanto à validade do negócio jurídico. Assim, buscando compreender o posicionamento do STJ, concluiu-se que é perfeitamente válido, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, dispensar-se procuração pública quando presente assinatura a rogo e de duas testemunhas. Aplica-se, então, o art. 595 do CC/02 por analogia.

Importante notar que, com base nos julgados expostos, o presente artigo se restringiu a analisar casos de contrato bancários. Contudo, nos termos decididos pelo Superior Tribunal de Justiça, quando presente os requerimentos do art. 595 (com redação destinada apenas aos contratos de prestação de serviços), a desnecessidade de instrumento público pode ser estendida a todos os outros contratos na forma escrita – mesmo que tal forma não seja exigida por lei (BRASIL, 2020).

Em conclusão, percebe-se o Judiciário tem efetivamente se preocupado em conferir proteção àqueles que não saibam ler ou escrever, principalmente tendo em vista sua condição de hipervulnerabilidade. Essa preocupação se extrai até mesmo dos casos em que os Tribunais de Justiça estaduais decidiram pela imprescindibilidade da procuração pública, uma vez que tinham como maior objetivo blindar os analfabetos de terem seus direitos violados. Contudo, embora deva ser dada atenção especial à condição de analfabetismo, também não pode existir contradição com o princípio constitucional da legalidade, pelo qual é inexigível obrigação inexistente em lei (BRASIL, 1988, art. 5º, II).

Ocorre que, no próprio interesse da pessoa analfabeta, está contida também a liberdade de contratação, noção que prepondera como regra no Direito Civil brasileiro. Portanto, caso haja uma efetiva intenção de requerer procuração pública para contratos firmados com analfabetos, tal iniciativa deve partir do legislador – o que provavelmente não ocorrerá num futuro próximo, uma vez que o art. 595 do CC/02 se posiciona justamente de encontro a essa exigência.

Sendo assim, pela interpretação da Lei e das decisões acima expostas, verificam-se indícios de uma pacificação quanto a esse tema, no sentido de que: é desnecessário instrumento público de procuração em casos de contratos escritos celebrados com pessoas analfabetas, bastando que haja assinatura a rogo mediante presença de duas testemunhas.

REFERÊNCIAS

- BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. V. 1. 10. Ed. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo, 1953. p. 139.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 31 mar. 2021.
- _____. **Decreto-lei nº 4.687**, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm. Acesso em: 31 mar. 2021.
- _____. **Decreto-lei nº 5.452**, de 1 de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 31 mar. 2021.
- _____. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 31 mar. 2021.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.868.099-CE. Recorrente: Vilani Ferreira Leite. Recorrido: Banco Bradesco Financiamentos S.A. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, 15 de dezembro de 2020. **Diário de Justiça eletrônico**. Disponível em: https://www.sturzeneggercavalcante.com.br/wp/wp-content/uploads/2021/02/Decisoes_em_destaque_-_Resp_no_1.868.099_e_1.868.103.pdf. Acesso em: 08 abr. 2021.
- CEARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. IRDR nº 0630366-67.2019.8.06.0000. Suscitante: Banco Itaú Consignado S/A. Suscitado: José Joaquim dos Santos. Relator: Desembargador Francisco Bezerra Cavalcante, 21 de setembro de 2020. **Conjur**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/acordao-consignado.pdf>. Acesso em: 08 abr. 2021.
- CIPINIUK, Tatiana Arnaud. **Investimentos na superação da condição social analfabeto**: Percursos escolarizados em temporalidade tardia. Niterói, 2013. Tese (Doutorado) – Curso de Antropologia, Universidade Federal Fluminense. p. 97-98.

- CORREIA, A. Ferrer. A Procuração na Teoria da Representação Voluntária. In: **Estudos do Direito Civil**, Comercial e Criminal. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1985. p. 31-32.
- EBERLE, Simone. **A capacidade entre o fato e o direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.
- EHRHART JR., Marcos. **Direito Civil: LINDB e Parte Geral**. V. 1. 2ª Ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2012.
- FERRARO, Alceu Ravello. **Analfabetismo**. Glossário Ceale. 2014. Disponível em: <http://ceale.fae.ufmg.br/app/webroot/glossarioceale/verbetes/analfabetismo>. Acesso em: 31 mar. 2021.
- FRANÇA, Arthur da Gama. **Os últimos cem anos do instituto da incapacidade no Código Civil**. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/47286/os-ultimos-cem-anos-do-instituto-da-incapacidade-no-codigo-civil>. Acesso em: 31 mar. 2021.
- FUENTES, André. **Brasil é o 8º país com mais adultos analfabetos do mundo**. 2020. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/blog/impavido-colosso/brasil-e-o-8-pais-com-mais-adultos-analfabetos-do-mundo/>. Acesso em: 31 mar. 2021.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral**. V. 1. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____. **Manual de direito civil**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- GOMES, Orlando. **Contratos**. 24. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- _____. **Introdução ao Direito Civil**. 10. ed, Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo Civil e outros escritos**. 3. ed, Petrópolis: Vozes, 2001.
- MARANHÃO. Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. IRDR MA nº 053983/2016. Apelante: Banco do Brasil S/A. Apelado: João Paulo

Rocha Martins. Relator: Desembargador Jaime Ferreira de Araujo, 12 de setembro de 2018. **Diário de Justiça**: São Luiz, 10 out. 2018.

MARTINS, Sheila Luft. **Breves apontamentos sobre a procuração**. 2010. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/breves-apontamentos-sobre-a-procuracao/>. Acesso em: 31 mar. 2021.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. Apelação Cível nº 0800756-14.2016.8.12.0031. Apelante: Leoni Vilhalva. Apelado: Banco Itaú Consignado S/A. Relator: Desembargador Sideni Soncini Pimentel, 15 de maio de 2018. **Jusbrasil**. Disponível em: <https://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/824555195/apelacao-civel-ac-8007561420168120031-ms-0800756-1420168120031/inteiro-teor-824555991?ref=juris-tabs>. Acesso em: 08 abr. 2021.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0327.17.001302-0/001. Apelante: Maria de Lourdes Moreira. Apelado: Banco BMG S/A. Relator: Desembargador Antônio Bispo, 23 de maio de 2019. **Jusbrasil**. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/716698920/apelacao-civel-ac-10327170013020001-mg/inteiro-teor-716698970?ref=amp>. Acesso em: 08 abr. 2021.

PIAUI. Juizados Especiais Cíveis e Criminais. **Enunciado nº 20**. Luís Correia, 2015. Disponível em: <http://www.tjpi.jus.br/portaltjpi/juizados-especiais/>. Acesso em: 31 mar. 2021.

QUINAIA, Cristiano. **STJ reforça proteção da parte vulnerável do contrato bancário com analfabeto**. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-11/cristiano-quinaia-contratos-bancarios-analfabetos>. Acesso em: 31 mar. 2021.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares De Direito**. 25. Ed., 2001. p. 216-217. Disponível em: <https://docplayer.com.br/370811-Miguel-reale-licoes-preliminares-de-direito.html>. Acesso em: 31 mar. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70050908862. Apelante: Banco Bradesco

S/A. Apelado: Policarpo Mendes de Oliveira. Relator: Desembargador Pedro Celso Dal Prá, 13 de dezembro de 2012. **Jusbrasil**. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112420157/apelacao-civel-ac-70050908862-rs>. Acesso em: 08 abr. 2021.

RODEGHERI, Guilherme. **Como determinar a validade de um contrato?** 2018. Disponível em: <https://www.cfa.com.br/blog/como-determinar-a-validade-de-um-contrato-veja-neste-artigo/58>. Acesso em: 31 mar. 2021.

SCHMITT, Cristiano Heineck. **Consumidores Hipervulneráveis: a proteção do idoso no mercado de consumo**. São Paulo: Atlas, 2014.

SERGIPE. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Apelação Cível nº 0002112-19.2018.8.25.0040. Apelante: Banco BMG S/A. Apelada: Maria da Conceição de Jesus. Relator: Desembargador José dos Anjos, 14 de maio de 2019a. **Jusbrasil**. Disponível em: <https://tj-se.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/710000317/apelacao-civel-ac-21121920188250040/inteiro-teor-710000322>. Acesso em: 08 abr. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Apelação Cível nº 0000583-40.2019.8.25.0036. Apelante: José Teixeira dos Santos. Apelado: Banco Mercantil do Brasil S/A. Relator: Desembargador José dos Anjos, 22 de outubro de 2019b. **Jusbrasil**. Disponível em: <https://tj-se.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/773587319/apelacao-civel-ac-5834020198250036/inteiro-teor-773587321>. Acesso em: 08 abr. 2021.

TARTUCE, Flávio. Alterações do Código Civil pela Lei 13.146/2015. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/noticias/213830256/alteracoes-do-codigo-civil-pela-lei-13146-2015>. Acesso em: 31 mar. 2021.

_____. **Manual de Direito Civil**: Volume Único. 6. ed. Rio de Janeiro: Método, 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil - parte geral**. V. 1. São Paulo: Atlas, 2001.

RISCOS E POSSIBILIDADES DA PROTEÇÃO AOS DIREITOS AUTORAIS PARA O CONTEXTO DE OBRAS INTELECTUAIS ON-LINE

*Luciane de Fatima Giroto Rosa*⁴¹

*Luciana Batista Galhardo Simon*⁴²

*Antonio Francisco Magnoni*⁴³

INTRODUÇÃO

A internet permitiu ao público conectar o fácil acesso a conteúdos multimidiáticos publicados em suas plataformas, bem como o ágil compartilhamento de mensagens. Essa ampla possibilidade de reprodução e até mixagem de publicações, entretanto, estimulou e consolidou um crônico e expansivo cenário de desrespeito aos direitos autorais (BRASIL, 1998b), desprotegendo e desestimulando o trabalho dos autores, uma vez que se retira suas garantias econômicas e intelectuais estabelecidas pelas legislações da contemporaneidade, além de caracterizar evidente abuso ético e moral.

41 Advogada. Doutoranda em Mídia e Tecnologia pela Universidade Estadual Paulista, FAAC, campus de Bauru. Docente na Universidade Corporativa dos Correios.

42 Jornalista. Doutoranda em Mídia e Tecnologia pela Universidade Estadual Paulista, FAAC, campus de Bauru. Gerente de Comunicação na USC/Bauru.

43 Jornalista. Doutor em Educação. Docente dos Programas de Pós-Graduação em Mídia e Tecnologia da Universidade Estadual Paulista, FAAC, campus de Bauru.

Em vista desse panorama, o presente estudo teve como objetivo indicar conteúdos das legislações vigentes e resgatar, na literatura atual, os possíveis riscos e possibilidades de proteção aos direitos dos autores de obras publicadas em suportes digitais, baseando-se, principalmente, em autores como Branco Júnior (2007), Bittar (2015) e Rosa (2020) para debater os direitos e os desrespeitos autorais nas plataformas e dispositivos *on-line*.⁴⁴ Tratou-se de uma pesquisa de natureza exploratória, realizada com metodologia fundamentada sobretudo em Lakatos e Marconi (2003), a partir do levantamento documental da legislação vigente nacional e internacional, assim como por meio de revisão parcial de bibliografias sobre o tema. Além disso, visto que as análises qualitativas interdisciplinares propõem a apropriação teórica dos preceitos da Lei de Direitos Autorais (LDA), instrumento jurídico essencial para preservação intelectual e econômica da produção cultural-editorial brasileira, e das indicações bibliográficas especializadas no tema como recursos de defesa dos direitos dos autores, a pesquisa utilizou método lógico dedutivo e dialético para realizar análises e interpretações de legislações complexas em vigor.

Em resumo, os pesquisadores buscaram compreender, primeiramente, as implicações do respeito e desrespeito aos direitos autorais, bem como as conformações atuais da Internet, para, em seguida, promover um levantamento documental e bibliográfico dos riscos e possibilidades de proteção aos direitos autorais em publicações *on-line*. Dessa forma, o estudo buscou oferecer subsídios para minimizar o conflito entre direitos dos autores *versus* acesso *on-line* às obras, sem o devido respeito aos direitos de quem as produziu.

1. A EVOLUÇÃO DA PROTEÇÃO AOS DIREITOS AUTORAIS - DA REGULAMENTAÇÃO EUROPEIA AO CONTEXTO NACIONAL

Na época do Império Romano, principal matriz das atuais sociedades ocidentais, não havia contexto social e nem legislação para proteger artistas, arquitetos, literatos, filósofos, pedagogos e juristas, isto é, nada que

44 Nesse estudo utilizado com o mesmo significado de espaço virtual (LEVY, 1999; STRAUBHAAR; LA ROSE, 2004; JENKIS; GREEN; FORD, 2014).

regulamentasse os direitos de qualquer tipo de autor. Até mesmo a remuneração pelas obras que produziam era algo nebuloso nessa sociedade de senhores e escravos, de patrícios e estrangeiros (VENOSA, 2006).

Os direitos de propriedade intelectual só começaram a ser reconhecidos na Europa pelo Estado quase no início da Era Moderna. Foi na Inglaterra que o Estatuto promulgado pela Rainha Ana (*Statute of Anne*) em 1710 definiu o marco legal pioneiro de proteção aos direitos de propriedade intelectual e editorial. Aos poucos, com a expansão da economia livreira inglesa, que disputava acirradamente com os holandeses os mercados da época, passou-se a exigir a adoção de legislações que assegurassem a sua hegemonia mercantil. O diploma inglês, nesse contexto, tratou de preservar os interesses da indústria gráfica produtora e exportadora de livros, que passou a ter os seus direitos legais e financeiros tutelados pelos dispositivos oficiais denominados “*copyright*”. Era uma proteção concedida a eles contra atos ilícitos de pirataria e cópias impressas sem autorização (DEAZLEY; KRETSCHMER; BENTLY, 2010).

Também houve na França, nesse período, uma intensa discussão sobre a proteção aos direitos de propriedade intelectual, mas com maior ênfase na proteção à figura pessoal de autores, consolidando-se no “*droit d’auteur*”. Inicia-se, então, uma concepção bipartida quanto aos direitos autorais, isto é, proteção aos direitos patrimoniais, por exemplo, de exploração econômica da obra, mas também aos direitos morais, como ter o nome vinculado a ela (GOLDSTEIN, 2001).

Alguns séculos adiante, a ONU, em convenção realizada em Estocolmo no ano de 1967, criou a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI),⁴⁵ cujo estatuto inicial foi atualizado em 1979. Ela reúne 191 Estados-membros e funciona como agência autofinanciada, o que permite a sua cooperação e prestação de serviços internacionais sobre propriedade intelectual (WIPO, 2021a). A regulação da ONU abarca a proteção reconhecida e concedida pelo ente estatal aos autores e detentores de direitos autorais sobre obras intelectuais, que são descritas, segundo definições da OMPI, como criações do espírito de todo o gênero, expressão da criatividade e inteligência humana (WIPO, 2021b).

45 Denominada em inglês por World Intellectual Property (Wipo). Site oficial. Disponível em: <https://www.wipo.int/portal/en/index.html>. Acesso em: 25 mar. 2021.

Especificamente no Brasil, a Carta Magna de 1988 – CF/88 (BRASIL, 1988), em seu artigo 5º, reconhece a proteção aos direitos de propriedade intelectual quanto aos direitos autorais (Art. 5º, XXVII e XXVIII) e quanto à propriedade industrial e registro de patentes (Art. 5º, XXIX). Esse reconhecimento denota a importância constitucional para a propriedade intelectual, bem como reconhece a propriedade de bens móveis e imóveis. Na legislação brasileira como um todo, verifica-se essa concepção bipartida ao tratar de forma especializada os direitos industriais (BRASIL, 1996) e os direitos autorais (BRASIL, 1998b). Branco Júnior (2007) considera as especificidades dos *softwares* regulados segundo a Lei 9.609/2018 (BRASIL, 1998a). Assim, nota-se que o Brasil, ao regular os direitos autorais, seguiu o entendimento de outras nações, notadamente a legislação francesa e estadunidense (DEAZLEY; KRETSCHMER; BENTLY, 2010), e com o advento da Lei de Direitos Autorais (LDA), iniciou de forma específica a proteção nacional aos direitos dos autores (BRASIL, 1998b).

A proteção aos direitos morais recepcionada pela LDA, em seus artigos 22 e 24, por exemplo, compreende que o autor tem domínios de natureza não econômica sobre a sua obra. Na condição de autor, cabe-lhe o direito de citação nominal vinculada ao título de sua criação intelectual. A proteção aos direitos autorais patrimoniais, por sua vez, garante ao autor ou detentor de um bem intelectual os direitos de exploração econômica da obra, inclusive sua indenização em caso de uso das obras intelectuais sem a devida autorização.

O conceito de autor aparece a partir do artigo 11 na LDA brasileira, dando à pessoa física, em regra, a prerrogativa de reclamar a autoria das obras intelectuais. No entanto, admite, em casos específicos, regulados por legislação pertinente, a autoria para pessoas jurídicas. Um exemplo dessa proteção excepcional está disposto no artigo 80 da Lei 13.303/2016, o Estatuto Jurídico da empresa pública (BRASIL, 2016), que admite como propriedade das empresas públicas os direitos autorais patrimoniais de serviços técnicos ou projetos especializados que venham a ser realizados por profissionais na condição de autônomos ou por pessoas jurídicas contratadas por elas, ainda que se reserve os direitos morais dos autores, tais como o direito de identificação e a eventual responsabilidade técnica a que está sujeito (BRASIL, 2016).

A co-autoria também é uma figura reconhecida pela LDA nos artigos 15 a 17, permitindo “àqueles em cujo nome, pseudônimo ou sinal convencional (a obra) for utilizada” – Art. 15 (BRASIL, 1998b), o reconhecimento dos direitos autorais morais e patrimoniais.

Quanto às obras intelectuais propriamente ditas que são protegidas pela legislação, estão indicadas no artigo 7º da lei e podem ser compreendidas como o grande pilar para a compreensão dos direitos autorais e da ideia de autoria (BRIGGS; BURKE, 2016). Elas incluem livros, artigos, letra e melodia de obras musicais, fotografias, ilustrações, pinturas, esculturas, entre outras que estejam “[...] expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro” (BRASIL, 1998b). Além dessas obras, a LDA, em seu artigo 8º, também contempla algumas excepcionalidades, como possíveis ideias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, formulários em branco e textos de tratados ou convenções.

Nesse sentido, observa-se que os demais regramentos da LDA atendem, de alguma forma, a situações ligadas às obras intelectuais. O instituto do domínio público, por exemplo, é recepcionado no artigo 43 (BRASIL, 1998b), que estabelece o prazo de setenta anos para a exploração econômica das obras, a serem contados a partir de 1º de janeiro do ano seguinte ao do falecimento do autor. Essa previsão indica que, ao fim desse prazo, as obras estão livres para serem reproduzidas, utilizadas, mixadas (exploração dos direitos patrimoniais), mantendo-se o respeito aos direitos morais do autor, ou seja, a obrigatoriedade de mencioná-lo como autor da obra. Porém, desde a publicação da LDA (BRASIL, 1998b), persiste uma discussão sobre as licenças jurídicas chamadas abertas ou gratuitas, que seriam termos assinados pelos autores para autorizações de vários tipos de uso das obras intelectuais (BITTAR, 2015).

Além do âmbito civil de proteção aos autores explicitado na CF/88 e na LDA, o Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1940) prevê como crime as condutas de violação de direitos autorais. Nesse sentido, Rosa destaca:

A literatura indica que as formas mais incidentes de violação aos direitos do autor, portanto, são o plágio, que estaria relacionado à cópia de trecho ou obra sem a indicação de autoria (caput do artigo 184 do Código Penal), e também a contrafação, quando envolve

a reprodução, comunicação ou representação sem a devida autorização, de obra de terceiro (parágrafos 1º e 2º do mesmo artigo). (ROSA, 2020, p. 151).

Essa regulação pela lei penal demonstra a gravidade que o legislador imprimiu a quem desrespeita os preceitos dos direitos dos autores. Porém, desde a edição da LDA em 1998, o cenário para a disponibilização de obras intelectuais ganhou novos contornos, notadamente relacionado aos meios de comunicação e disponibilização de conteúdo de forma *on-line* e, até o momento, esse diploma legal não recebeu significativas alterações além daquelas trazidas pela Lei nº 12.853/2013, que tratou, principalmente, da regulamentação da gestão coletiva de direitos autorais.

Esse contexto de mudança e de dúvidas sobre o respeito aos direitos dos autores é abordado no tópico a seguir, em que há um breve resgate da expansão da Internet e da disponibilização de obras intelectuais no contexto *on-line*.

2. EXPANSÃO DA INTERNET E DOS CONTEÚDOS DISPONIBILIZADOS *ON-LINE*

Embora não sejam recentes, os novos paradigmas sociais enfrentam os efeitos das Novas Tecnologias da Informação e Comunicação (NTICs), que estão disseminadas de forma difusa por todo o mundo (CASTELLS, 2005). A tecnologia não nasce neutra, sendo sempre um produto dos interesses econômicos, histórico-políticos e sociais, validada pelos seus usuários e, na medida em que se desenvolve, verificam-se benefícios e riscos de sua utilização nas mais variadas esferas.

Na historiografia do desenvolvimento de uma tecnologia em especial, a partir da década de 1960, as possibilidades da informática e de um modelo lógico-computacional entraram em franca expansão. Era o contexto dos militares estadunidenses, que dava início a uma invenção revolucionária de todas as outras tecnologias até então criadas, trazendo um modelo de comunicação paralelo, um sistema de interligação não linear de computadores, caracterizado principalmente por se conectar em um formato de rede. Atualmente seria o que conhecemos por Internet (CASTELLS, 2005). É necessário destacar que, para os objetivos do presente estudo, a

Internet é compreendida como fenômenos digitais de “[...] rápida transição da comunicação global em direção ao uso do Protocolo da Internet (IP) como principal padrão técnico de comunicação” (KURBALIJA, 2016, p. 19).

Nesse cenário, a Internet surge como um produto de robusto investimento em pesquisa e instrução, colocando à disposição dos estrategistas dos EUA uma ferramenta segura de troca de informações sigilosas. Todavia, na medida em que essa tecnologia se expandiu, observamos que passou a ser utilizada para os mais variados interesses, até que se tornou impossível vislumbrar o funcionamento da sociedade do século XXI sem ela (CASTELLS, 2005; PINTO, 2005; PINOCHET, 2014).

A disseminação de informações, bem como a reprodução de citações, fotografias, ilustrações, músicas, trechos de filmes, entre outras obras intelectuais está ao alcance de um clique. Devido à natureza distributiva da Internet, ou seja, pacotes de dados podem seguir caminhos diversos (e muitas vezes não rastreáveis) na Rede, as possibilidades de riscos à proteção aos direitos autorais são inúmeras e complexas.

Segundo Bittar (2015, p. 16), “[...] as bombásticas notícias do polêmico WikiLeaks são uma demonstração de que blogs e sites, com furros jornalísticos e dados sigilosos podem desestabilizar (até) governos”. Afonso (2016) ressalta ainda a existência de uma “Web escura”, também conhecida como “Deep Web”, que conteria, supostamente, um tráfego ainda maior de informações ilícitas, dificilmente indexada pelos sites de busca, portanto oculta aos usuários em geral. Nesse sentido, observa-se que, se por um lado, a Internet proporciona inúmeros avanços à sociedade, por outro, traz instabilidade às relações sociais, comerciais e políticas, merecendo ser, justamente nesse quesito, analisada quanto à sua regulação. Levy destaca a força dessa mudança, indicando que “[...] o crescimento do ciberespaço resulta de um movimento internacional de jovens ávidos para experimentar, coletivamente, formas de comunicação diferentes daquelas que as mídias clássicas nos propõem” (LEVY, 1999, p. 11).

Foi apenas em 2014 que o Brasil editou o Marco Civil da Internet, uma legislação federal com características de diploma civil no cenário da regulação do espaço virtual⁴⁶. A Lei 12.965/2014 (BRASIL, 2014) tratou

46 No presente estudo, por uma questão de foco em seu objetivo, utilizado com o mesmo sentido de ambiente on-line, ou seja, referindo-se ao lócus acessado por meio da conexão

da Governança da Internet no país, elencando, em seu artigo 4º, entre os objetivos, o interesse em promover o direito de acesso à Rede e ao conhecimento pelo uso do espaço virtual: “Art. 4º. A disciplina do uso da Internet no Brasil tem por objetivo a promoção: I - do direito de acesso à Internet a todos; II - do acesso à informação, ao conhecimento e à participação na vida cultural e na condução dos assuntos públicos” (BRASIL, 2014).

Assim, com a expansão das mídias digitais⁴⁷ e da amplitude de acesso ao contexto *on-line*, observa-se que uma série de indagações podem ser desenvolvidas nesses processos, a respeito, por exemplo: da ampliação da possibilidade de acesso à Internet nas regiões mais pobres do país; de políticas econômicas e sociais que facilitem o acesso aos equipamentos de informática a um maior número de brasileiros; da profissionalização dos produtores de conteúdo digital, além do que interessa aos objetivos da presente pesquisa, que seriam os cuidados quanto aos direitos autorais de obras disponibilizadas na Internet, a serem detalhados no próximo tema (LEVY, 1999; BRANCO JÚNIOR, 2007; BITTAR, 2015; ROSA, 2020).

3. RISCOS E POSSIBILIDADES PARA OS DIREITOS AUTORAIS NO AMBIENTE *ON-LINE*

Em 1998, no cenário internacional, ocorreu a publicação do *Digital Millennium Copyright Act*⁴⁸ (DMCA, 1998), uma lei federal que implementou, nos Estados Unidos, dois tratados internacionais anteriores da OMPI: o de Direitos Autorais e o sobre Prestações e Fonogramas. Tratava-se de um documento que trazia diversas diretrizes sobre os direitos autorais para o ambiente digital (USA, 1998) e que também ampliava o alcance da proteção aos direitos do autor, limitando a responsabilidade dos prestadores de serviços para Internet sobre eventuais responsabilizações de seus clientes por violações de direitos autorais (PAESANI, 2000). Se a partir da notificação do interessado fosse removido o con-

via Internet, aplicativos e redes sociais (LEVY, 1999; STRAUBHAAR; LA ROSE, 2004; JENKIS; GREEN; FORD, 2014).

47 Nesse estudo utilizado com o significado de mídia escrita, de áudio, visual e multicanal convertidas para o acesso digital na Internet ou em outras tecnologias (STRAUBHAAR; LA ROSE, 2004).

48 Em livre tradução para o português: Lei dos Direitos Autorais do Milênio Digital.

teúdo ofensivo aos direitos autorais, eles poderiam ser isentos de responsabilização (AZEVEDO, 2018).

Além disso, a DMCA (1998), por focar a proteção de direitos autorais em um contexto *on-line*, passava a indicar não apenas a infração propriamente dita, que já era prevista em legislações anteriores, mas também os atos de contornar e burlar as tecnologias, bem como a produção e distribuição de tecnologias que facilitassem as medidas protetivas aos direitos do autor (artigo 1201, por exemplo, denominado crime de “Fraude de sistemas de proteção de direitos autorais”). Nesse âmbito, ela também passa a majorar as penas por infrações aos direitos autorais cometidas pela Internet (USA, 1998). Tal legislação é alvo de algumas críticas no sentido de que seus dispositivos limitam a investigação científica e a liberdade de expressão, confundindo, por vezes, o uso legítimo das obras intelectuais. No entanto, sua importância histórica como novo marco do direito autoral na Internet influenciou os debates em muitos outros países (DMCA, 1998).

É interessante notar que, no mesmo ano em que a nação americana já dispunha de um regramento robusto (uma vez que o DMCA conta com quase mil páginas) sobre direitos autorais no ambiente *on-line*, no cenário brasileiro, conforme citado no primeiro tópico, a LDA somente seria aprovada como um regulamento específico sobre direitos autorais, sem tratar especificamente de obras disponibilizadas pela Internet. Até mesmo em relação à responsabilização dos agentes provedores de acesso, ainda há muito que se explorar no âmbito brasileiro (BRANCO JÚNIOR, 2007), embora a LDA permita que sua interpretação seja abrangente nesse sentido, na medida que indica, por exemplo:

Art. 5º. Para os efeitos desta Lei, considera-se: [...] VI - reprodução - a cópia de um ou vários exemplares de uma obra literária, artística ou científica ou de um fonograma, de qualquer forma tangível, incluindo qualquer armazenamento permanente ou temporário **por meios eletrônicos ou qualquer outro meio de fixação que venha a ser desenvolvido**; (BRASIL, 1998b, grifos nossos).

Também no trecho:

Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como: [...] VIII - a utilização, direta ou indireta, da obra literária, artística ou científica, mediante: [...] i) **emprego de sistemas óticos, fios telefônicos ou não, cabos de qualquer tipo e meios de comunicação similares que venham a ser adotados;** (BRASIL, 1998b, grifos nossos).

No Brasil, o legislador teve o cuidado de indicar, no artigo 26 do Marco Civil da Internet (BRASIL, 2014), o dever constitucional do Estado de promover educação sobre a Internet para todas as esferas de ensino, inclusive contemplando aspectos de uso consciente, com segurança e responsabilidade (civil, penal e administrativa), com o foco em difusão da cultura, promoção da cidadania e inovação. Assim, o ente público não pode se eximir de fomentar o acesso à Internet também no âmbito da educação, indicando as implicações legais e éticas que as práticas realizadas no espaço virtual podem ter.

Verifica-se que os tribunais têm utilizado os regramentos vigentes, notadamente a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), com a aplicação de seus princípios, o Código Civil (BRASIL, 2002), a Lei de Programa de Computador (BRASIL, 1998a), a LDA (BRASIL, 1998b), o Código Penal (BRASIL, 1940) e Marco Civil da Internet no Brasil (BRASIL, 2014) a partir de uma interpretação análoga às obras disponibilizadas, para analisar, julgar e, eventualmente, proteger os direitos dos autores de obras disponibilizadas na Internet (BRANCO JÚNIOR, 2007; ROSA, 2020). Vejamos as seguintes ementas de acórdãos do TJ-SP - Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (2021d):

Data de publicação: 25/03/2021. Ementa: APELAÇÃO. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. DIREITO DE AUTOR. Alegação de violação ao direito de voz (dublagem). Hipótese em que o autor alega a retransmissão de série na qual atuou como dublador, sem sua autorização ou cessão do direito autoral. Sentença de improcedência. Irresignação do autor. Requerida revel. Preliminar de cerceamento de defesa. Desnecessidade de prova pericial. Arguição rejeitada. Mérito. Ausência de demonstração fático-probatória que demonstre o direito pleitea-

do pelo autor. Ausência do dever de indenizar. Sentença mantida. Jurisprudência do TJSP. PRELIMINAR REJEITADA E, NO MÉRITO, RECURSO IMPROVIDO. (TJ-SP, 2021a, p. 2).

Data de publicação: 25/03/2021. Ementa: Apelação. Responsabilidade Civil. Direito autoral. Ação de obrigação de fazer cumulada com reparação por danos materiais e morais. Sentença de improcedência. Inconformismo do autor. Descabimento. Fotografia encontrada pela ré na internet e utilizada em seu site para divulgação de pacotes turísticos. Violação não verificada. Inexistência de qualquer elemento distintivo, marcação ou indicação na própria fotografia da autoria. Antes do registro na Biblioteca Nacional, o autor fez o registro da fotografia no Tabelião de Registro de Títulos e Documentos; porém, aquele tabelião não é órgão competente para o registro de obras intelectuais para a proteção de seus direitos autorais. Ausência, ademais, de informação sobre a data exata de veiculação das fotografias referidas na inicial. Ato ilícito não verificado. Precedentes envolvendo a mesma parte. Sentença mantida por seus próprios fundamentos. Recurso desprovido. (TJ-SP, 2021b, p. 2).

Data de publicação: 16/03/2021. Ementa: INDENIZATÓRIA – DIREITOS AUTORAIS – PROGRAMAS DE COMPUTADOR – VIOLAÇÃO COMPROVADA PELA PROVA PERICIAL – INDENIZAÇÃO QUE, DADAS AS PECULIARIDADES DO CASO EM QUESTÃO, FOI FIXADA ADEQUADAMENTE - AÇÃO PROCEDENTE - FUNDAMENTOS DA SENTENÇA QUE DÃO SUSTENTAÇÃO ÀS RAZÕES DE DECIDIR – APLICAÇÃO DO ARTIGO 252 DO REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO - PRECEDENTES DO EGRÉGIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO. Visualizar Ementa Completa. (TJ-SP, 2021c, p. 2).

Observa-se nas ementas elencadas que, para análise do caso concreto, o Poder Judiciário vale-se dos regramentos vigentes no país, restando ao autor a necessidade de reunião robusta de provas para comprovação de

seus direitos e da violação ocorrida. É evidente, entretanto, que, nas questões que envolvem a Internet, essa comprovação pode ser mais difícil, fato esse que corrobora com a necessidade de estudos aprofundados e ampla divulgação, ainda que pela comunicação científica, dos direitos que podem ser reclamados pelos autores de obras intelectuais.

Em obra recente que pesquisa os direitos autorais no âmbito da elaboração de materiais didáticos para o contexto *on-line*, Rosa (2020, p. 160) destaca que:

Para as obras sem tais licenças ou que ainda não estejam em domínio público, conclui-se pelo exposto até aqui, que a LDA (BRASIL, 1998b) vale para todos os atores envolvidos, ou seja, para: Os autores de obras literárias, artísticas ou científicas, e textos inéditos publicados em sites e portais *on-line*, em relação à utilização sem referências dos trechos de suas publicações; Os autores sobre a reprodução integral de suas obras, sejam textos, imagens ou material audiovisual, sem a devida licença ou remuneração ao detentor dos direitos autorais patrimoniais; O professor-autor que após finalizar o material didático tem seus direitos protegidos pela utilização indevida por outros professores ou instituições, sem sua devida autorização; A instituição que detém os direitos autorais patrimoniais sobre determinada obra sobre a indevida utilização por outras pessoas ou instituições, sem a devida autorização e/ou pagamento dos mesmos.

Assim, a autora indica que, para os dispositivos previstos na LDA, transportados para a disponibilização da obra no espaço virtual, deve prevalecer a proteção preconizada nos regramentos brasileiros vigentes, de forma a minimizar a violação aos autores de obras intelectuais em todos os formatos pelo uso inadequado ou sem as devidas autorizações.

Em obra também voltada ao tema, Branco Júnior (2007, p. xiv) dedica-se a destacar as principais dificuldades atuais acerca da proteção aos direitos autorais:

Estas dificuldades são de múltiplas naturezas. Envolvem questões doutrinárias como a constitucionalização do direito civil, um tema tradicional agora em moda em determinadas escolas de direito; e vai até questões relacionadas à eficácia da lei, ou efetividade, como

assim prefere Nelson Jobim. Os juristas, queiram ou não, terão que incluí-las em sua pauta profissional e teórica, devendo também constar dos currículos das faculdades, além da legalidade, as questões de eficácia e de legitimidade. Este alargamento epistemológico, indispensável ao fenômeno jurídico, encontra-se obrigado a se voltar para uma axiologia da legitimidade e para uma pragmática de resultados.

Portanto, indica-se como possibilidades de proteção aos direitos autorais no contexto *on-line* as seguintes práticas: maior divulgação dos direitos dos autores por instituições de ensino, portais públicos e instituições responsáveis por disponibilização de conteúdo *on-line*; adequação da legislação brasileira de forma específica às obras intelectuais no espaço virtual; fortalecimento da cultura de proteção aos direitos dos autores por juristas e Poder Judiciário.

A esse respeito, a reflexão de Levy (1999, p. 26) parece bem apropriada:

Uma técnica não é nem boa, nem má (isto depende dos contextos, dos usos e dos pontos de vista), tampouco neutra (já que é condicionante ou restritiva, já que de um lado abre e de outro fecha o espectro de possibilidades). Não se trata de avaliar seus “impactos”, mas de situar as irreversibilidades às quais um de seus usos novos levaria, de formular os projetos que explorariam as virtualidades que ela transporta e de decidir o que fazer com ela.

Por fim, sobre os riscos que a pesquisa apontou, destacam-se: a possibilidade de não haver o interesse dos autores por produzir novas obras intelectuais, uma vez que seus direitos são facilmente vilipendiados no contexto *on-line*; a prática de atos violadores aos direitos autorais por desconhecimento da legislação aplicável ao contexto *on-line* ou má-fé dos agentes; a difusão de uma equivocada cultura de que no espaço virtual não se aplicam regramentos e sanções aos atos que violam o direito do outro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os ambientes *on-line*, cada vez mais integrados ao cotidiano dos indivíduos das mais diversas classes sociais, perfis e idade, em que as pessoas aces-

sam diariamente conteúdos utilizando os mais variados aparelhos, possibilita trabalhar, estudar, informar-se, comprar, vender ou simplesmente entreter-se.

Sem considerar a expansão da Internet como o problema central da atual (des)proteção aos direitos autorais, o estudo pretendeu resgatar como essa demanda vem ganhando espaço no debate internacional e nos regramentos. Esse fenômeno permitiu o advento da LDA em 1998, para tratar especificamente da proteção nacional aos direitos autorais. No entanto, a Lei 9.610/98 conta com mais de 20 anos sem a inclusão de uma complementação específica sobre o acesso, uso, reprodução ou distribuição de obras no ambiente *on-line*.

Na medida em que a Internet adquiriu onipresença em muitos países, escapando do escopo inicial de servir como sistema emergencial de comunicação militar, seus aperfeiçoamentos têm múltiplos efeitos globais na comunicação e cultura cotidiana, na economia, na produção e trabalho remoto, na política, saúde, educação, entre outros aspectos.

A pesquisa buscou, assim, elencar regramentos internacionais e ensinamentos de diversos autores sobre o tema, considerando que, em cada momento da história moderna, os direitos autorais são interpretados conforme a cultura e anseio social local. É essencial a interpretação correta e questionadora dos textos legais vigentes, para que sejam vencidos os desafios de se fazer respeitar os direitos autorais no âmbito da Internet, bem como para que haja a devida aplicação de princípios constitucionais em casos concretos de abusos.

Aponta-se também a pungente necessidade de mais divulgação pelos atores dos processos de educação e disponibilização de obras no contexto *on-line* quanto às formas de proteção aos direitos dos autores e de seus direitos propriamente ditos. Os riscos dos autores de não terem os seus direitos defendidos por juristas e pelo Poder Judiciário é causa de desânimo para os produtores e difusores de obras intelectuais, retração criativa que diminui o acesso ao conhecimento e a difusão da cultura e da cidadania brasileiras.

REFERÊNCIAS

AFONSO, Carlos Alberto. Prefácio à edição brasileira. In: KURBALIJA, Jovan. **Uma introdução à governança da Internet**. Trad. Carolina Carvalho. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2016.

AZEVEDO, Lucas Gib. **Direitos Autorais na Internet: o conflito entre os direitos autorais e o direito à informação.** Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, p. 1-31, 2018. Disponível em: https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/lucas_azevedo.pdf. Acesso em: 29 mar. 2021.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor.** 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. 248p.

BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. **Direitos autorais na Internet e o uso de obras alheias.** Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 27 mar. 2021.

_____. **Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940.** Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 27 mar. 2021.

_____. **Lei 9.2479, de 14 de maio de 1996.** Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm. Acesso em: 27 mar. 2021.

_____. **Lei 9.609, de 19 de fevereiro de 1998.** Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1998a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9609.htm. Acesso em: 27 mar. 2021.

_____. **Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998.** Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1998b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/L9610.HTM. Acesso em: 27 mar. 2021.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 07 abr. 2020.

_____. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014.** Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm. Acesso em: 27 mar. 2021.

_____. **Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016.** Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm. Acesso em: 27 mar. 2021.

BRIGGS, Asa; BURKE, Peter. **Uma história social da mídia:** de Gutenberg à Internet. Trad. Maria Carmelita Pádua Dias. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.

CASTELLS, Manuel. Sociedade em Rede: do Conhecimento à Política. In: CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo (Orgs.). **A sociedade em rede:** do conhecimento à ação política. Casa da Moeda: Brasília, 2005. p. 17-30.

DEAZLEY, Ronan; KRETSCHMER, Martin; BENTLY, Lionel (Orgs.). **Privilege and property:** essays on the history of copyright. United Kingdom: OpenBook Publishers, 2010. Disponível em: <https://books.openedition.org/obp/1046>. Acesso em: 27 mar. 2021.

DMCA. The Digital Millennium Copyright act of 1998. In: **Copyright.gov**, EUA, Dec. 1998. Disponível em: <https://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2021.

GOLDSTEIN, Paul. **International copyright:** principles, law, and practice. Oxford: Oxford University Press, 2001.

- JENKIS, Henry; GREEN, Joshua; FORD, Sam (Orgs.). **Cultura da conexão**: criando valor e conexão por meio da mídia propagável. Trad. Patrícia Arnaud. São Paulo: Aleph, 2014.
- KURBALIJA, Jovan. **Uma introdução à governança da Internet**. Trad. Carolina Carvalho. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2016.
- LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atla, 2003.
- LEVY, Pierre. **Cibercultura**. Trad. Carlos Irineu da Costa. Coleção Trans. São Paulo: Editora 34, 1999.
- PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet**: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2000.
- PINOCHET, Luis Hernan Contreras. **Tecnologia da informação e comunicação**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.
- PINTO, Álvaro Vieira. **O conceito de tecnologia**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2005.
- ROSA, Luciane de Fátima Giroto. **Direitos autorais e EaD: investigação de práticas de elaboração de materiais didáticos para portais de ensino on-line**. Orientador: Antonio Francisco Magnoni. 2020. 241f. Dissertação (Mestrado em Mídia e Tecnologia) – Faculdade de Arquitetura, Artes, Comunicação e Design, Universidade Estadual Paulista, Bauru, 2020. Disponível em: <https://repositorio.unesp.br/handle/11449/192188>. Acesso em: 30 jun. 2020.
- STRAUBHAAR, Joseph; LA ROSE, Robert. **Comunicação, mídia e tecnologia**. Trad. José Antonio Lacerda Duarte. São Paulo: Pioneira Thompson Learning, 2004.
- TJ-SP - Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1111623-19.2018.8.26.0100. Apelante: Sidney Carlos Lilla. Apelado: Discovery Networks Brasil. Relatora: Maria Salete Corrêa dias. São Paulo, 25 de março de 2021a. **Tribunal de Justiça do Estado**

de São Paulo, São Paulo/SP. Disponível em: <https://bit.ly/3m2NY-FI>. Acesso em: 31 mar. 2021.

_____. Apelação Cível nº 1010539-80.2017.8.26.0529. Apelante: BWS Tecnologia Comércio, Importação e Exportação Eireli. Apelado: Microsoft Corporation. Relator: Erickson Gavazza Marques. Santana de Parnaíba, 16 de março de 2021c. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, Santana de Parnaíba/SP. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=14458276&cd-Foro=0>. Acesso em: 27 mar. 2021.

_____. **Página de pesquisa**. São Paulo: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 2021d. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>. Acesso em: 31 mar. 2021.

_____. Apelação Cível nº 1024197-46.2017.8.26.0506. Apelante: Giuseppe Silva Borges Stuckert. Apelados: DJOB Agência de Viagens LTDA - ME, Cativa Turismo LTDA e Darlei Batista Job. Relator: Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho. Ribeirão Preto, 24 de março de 2021b. **Tribunal de Justiça**, Ribeirão Preto/SP. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=14484429&cd-Foro=0>. Acesso em: 31 mar. 2021.

UNITED STATES OF AMERICA. WIPO Copyright and Performances and Phonograms Treaties Implementation. **Act of 1998**. 105th Congress, October 28, 1998a. Disponível em: <https://www.copyright.gov/legislation/pl105-304.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: direitos reais. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

WIPO. **About Wipo**, 2021a. Disponível em: <https://www.wipo.int/about-wipo/en/>. Acesso em: 27 mar. 2021.

_____. **Copyright**, 2021b. Disponível em: <https://www.wipo.int/copyright/en/>. Acesso em: 27 mar. 2021.

A LEI DA IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA (LEI Nº 8.009/90) E SUAS RELATIVIZAÇÕES

*Loyana Christian de Lima Tomaz*⁴⁹

*Vitória Colognesi Abjar*⁵⁰

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 é o maior regramento no ordenamento jurídico brasileiro. Esta protege alguns direitos, institutos e instituições, dentre esses, a família. A família é a base da sociedade brasileira, sendo dever do Estado tutelá-la. Além disso, outra garantia é o direito à moradia, previsto no artigo 6º, da CF/88. A moradia é um dos fatores que atribui a função social à propriedade e é um direito pertencente à família. O ambiente familiar é requisito essencial para o desenvolvimento saudável e seguro das pessoas que ali residem.

Nesse sentido, o Código Civil de 2002, do artigo 1.711 ao artigo 1.722, relaciona o direito à moradia com disposições que impedem a penhora e garantem a dignidade da pessoa humana. Através desse, tem-se o bem de família convencional, isto é, aquele que possui registro em cartório, com a finalidade de manter a publicidade nos autos. Nessa conjuntura, a Lei nº 8.009/90 dispõe de modo específico sobre a impenhorabilidade legal do bem de família e os direitos que os são enaltecidos.

49 Mestre em Filosofia, professora na Universidade do Estado de Minas Gerais.

50 Graduada em Direito, Universidade do Estado de Minas Gerais.

Entretanto, o dispositivo apresenta exceções narradas no artigo 3º, da Lei, com o objetivo de evitar o inadimplemento de obrigações especiais.

À vista disso, os tribunais superiores, envolto das ideias retromencionadas, divergem-se quanto ao conteúdo da impenhorabilidade. Em outras palavras, os julgados estabelecem relativizações sobre o tema. Assim, a presente pesquisa tem como objetivo geral é analisar as jurisprudências quanto às relativizações da Lei nº 8.009/90 nos últimos dez anos. Para alcançá-lo, estabeleceu-se como objetivos específicos: discorrer sobre a evolução histórica do bem de família; estudar o direito à moradia; investigar a impenhorabilidade quanto à Lei nº 8.009/90 e; verificar a relativização perante as decisões dos tribunais superiores.

Como já mencionado, o tema é composto de entendimentos diferenciados, por isso, o presente artigo torna-se relevante para tecer considerações sobre o assunto, principalmente, no que tange a uma possível instabilidade da tutela do bem de família.

1. METODOLOGIA

O método de pesquisa empregado tem o cunho qualitativo e dedutivo. A pesquisa qualitativa é responsável por estudar as particularidades do objeto que será analisado, focando em suas características principais e no seu caráter intersubjetivo.

Quanto ao método dedutivo, permite a análise das premissas envolvendo a temática pertinente. Assim, parte da análise de premissas existentes com teor verdadeiro para buscar resultados que terão, igualmente, alta chance de comprovação. Além disso, sempre começa de uma abordagem geral até chegar a pontos específicos:

Método proposto pelos racionalistas Descartes, Spinoza e Leibniz pressupõe que só a razão é capaz de levar ao conhecimento verdadeiro. O raciocínio dedutivo tem o objetivo de explicar o conteúdo das premissas. Por intermédio de uma cadeia de raciocínio em ordem descendente, de análise do geral para o particular, chega a uma conclusão. Usa o silogismo, a construção lógica para, a partir de duas premissas, retirar uma terceira logicamente decorrente das duas primeiras, denominada de conclusão. (FREITAS; PRODANO, 2013, p. 27)

O estudo pautou-se no conceito geral da impenhorabilidade legal do bem de família até chegar à relativização da Lei nº 8.009/90, por meio de análise da jurisprudência. Além disso, buscou-se o auxílio da pesquisa bibliográfica, pautada na obra de alguns autores como Maria Berenice Dias, Caio Mário da Silva Pereira, Pedro Lenza, Sílvio Rodrigues. Realizou-se uma análise dos artigos presentes no Código Civil pertinentes à temática, bem como da Lei nº 8.009/90. Por fim, fez-se levantamento das jurisprudências dos Tribunais Superiores, nos últimos dez anos, sobre a relativização da impenhorabilidade do bem de família, verificando seus parâmetros principais.

2. SURGIMENTO DO BEM DE FAMÍLIA NO BRASIL

O bem de família apresentou suas primeiras características em 1916, com o Código Civil Brasileiro, elaborado por Clóvis Beviláqua. No texto legal, o prédio domiciliar, segundo o artigo 70 do CC/1916, ficaria isento de execução por dívidas, salvo os impostos referente ao mesmo. Além disso, no artigo 71, o Código ressaltava que no ato da nomeação seja imprescindível a ausência de dívidas, em virtude da caracterização da boa-fé.

Entretanto, a incorporação definitiva do bem de família no ordenamento jurídico brasileiro parte da existência de uma intensa crise que bombardeou a economia mundial, a crise do petróleo. Essa, por sua vez, estimulou a alta da inflação, aquisição de créditos e, em enfoque, a desestruturação do mercado imobiliário. Com a intenção de solucionar o problema, o Estado instituiu uma política semelhante a utilizada no Texas/EUA, que buscou tutelar a pequena propriedade para desestimular o êxodo rural e conter a crise de 1837 (LARA, 2017). Nesse contexto, o Estado Americano, por meio da Lei Homestead/1893, implementou fatores ligados à dignidade da pessoa humana para impedir a penhora do único imóvel familiar dado como garantia real em empréstimos bancários (DUARTE, 2014).

Em comparação à situação vivenciada pelo Texas, o Brasil, durante a Crise Mundial do Petróleo, implementou políticas públicas para evitar a penhora do imóvel familiar e o colapso econômico. Essa ação deu-se em 1990 através da Medida Provisória nº 143, que rapidamente foi acolhida pela Lei nº 8.009/90. Sendo assim, seu principal objetivo era de resguardar

o direito à moradia, fator precedido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUARTE, 2014).

Em seguida, o Código Civil de 2002 resguardou fatores sociais, como: a eticidade, boa-fé e operatividade. Em um subtítulo específico, o Código passa a tutelar a natureza do objeto, englobando valores fundamentais relacionados à Constituição Federal de 1988.

Nessa conjuntura, o bem de família passa a ser caracterizado em legal ou convencional. A primeira decorre da lei. Já a segunda está expressa no artigo 1711, CC/2002, que exhibe a possibilidade de o ente familiar escolher determinados bens para compor a impenhorabilidade. Em complemento, o artigo 1714 evidencia a necessidade de averbação em escritura pública, com o objetivo de resguardar o direito à moradia e garantir a publicidade. No entanto, ressalta-se que este deve ser inferior a um terço dos bens, conforme o fragmento abaixo:

[...] instituído por um ato de vontade dos cônjuges ou da entidade familiar, abrangendo esta última a união estável (§ 3º do art. 226-CF) ou o chefe da família monoparental (§ 4º do art. 226-CF). Quando o bem pertencer ao patrimônio comum do casal, ambos os cônjuges devem consentir em sua instituição. Determina o art. 1.711 do Código Civil que o bem de família deve ser instituído mediante escritura pública ou testamento; na primeira hipótese, a constituição ocorre com a inscrição no Registro de imóveis, acarretando a falta desta a nulidade do ato, conforme estabelece o inciso IV do art. 166 do mesmo Código; tratando-se de testamento – do próprio instituidor ou de terceiro –, a disposição de última vontade somente terá eficácia com a morte do testador e após o pagamento de todas as dívidas do Espólio deste, quando ainda existir patrimônio a ser partilhado; aí sim, a destinação será consolidada (PEREIRA, 2018, p. 586).

Notabiliza-se a expressão “entidade familiar” utilizada tanto no Código Civil de 2002 quanto na Constituição Federal. Com afincos de compreender a dinâmica do ordenamento, busca-se a denominação no Código Civil de 1916. Este tinha como entidade familiar a união entre o homem e a mulher. Já o Código atual define família sendo o vínculo contínuo e duradouro entre pessoas que possuem afeto (RODRIGUES, 2004).

À vista disso, conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (súmula 364, STJ) o bem de família de pessoas viúvas, solteiras, separadas e àquelas que permanecem em união homoafetiva possuem sua residência equiparada pela impenhorabilidade do bem.

Nessa perspectiva, o artigo 1712, do Código Civil, abrange a terminologia “bem de família” aos objetos essenciais. Ou seja, compõe o bem de família os acessórios e pertencas que interna o bem, juntamente, aos fatores necessários para a conservação e manutenção do mesmo. Em sequência, o artigo 1715, do Código Civil, apresenta pequenos resgates às ideias do Código de Beviláqua. Estas afirmam a impenhorabilidade do bem de família, salvo por impostos fiscais, desde tributos a taxas de condomínio.

3. CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O DIREITO À MORADIA

A Constituição Federal de 1988 proporcionou, a partir de seu texto, uma tutela à liberdade e aos valores sociais. Estes, o foco principal da presente pesquisa, estabelecem parâmetros para garantir o mínimo existencial e gerar um ambiente isonômico. Logo, o direito à moradia é exemplificado através do art. 6º, da CF/1988, que dita sobre os “direitos sociais, a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

A vertente ligada ao direito à moradia comunica-se com as condições primordiais para estabelecer a higiene, o conforto e a preservação da intimidade e a privacidade humana, com a finalidade dos seres criarem laços duradouros e fraternos (BONAVIDES, 2020).

Também, partindo da ideia dignidade da pessoa humana, direito à intimidade e à privacidade e de ser a casa asilo inviolável, não há dúvida de que o direito à moradia busca consagrar o direito à habitação digna e adequada, tanto assim que o art. 23, X [da Constituição] estabelece ser atribuição de todos os entes federativos combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos (LENZA, 2010, p. 839).

Em conformidade ao pensamento acima, a necessidade de manter um ambiente familiar agradável e seguro é dever do Estado, segundo o artigo 226 (da CF/88): “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Portanto, a moradia é um dos fatores que atribui função social à propriedade e é uma garantia constitucional que abrange os demais direitos, como os personalíssimos.

4. UMA BREVE EXPLICAÇÃO QUANTO À PENHORA

Para compreender a dimensão do bem de família e os requisitos para impenhorabilidade, é de suma importância conceituar a penhora:

A penhora é ato de constrição que tem por fim individualizar os bens do patrimônio do devedor que ficarão afetados ao pagamento do débito e que serão executados oportunamente. [...] Dessa forma, pode-se compreender que a penhora é a maneira de restringir a venda de um determinado bem, a fim de resolver a obrigação, ou parte dela, com determinado credor. (GONÇALVES, 2016, p. 975).

Conforme o fragmento, a penhora, de forma geral, corresponde a uma maneira de garantir o adimplemento de uma obrigação constituída entre credor e devedor, ou seja, caso o devedor não quite seu débito, o credor pode exigir sua satisfação judicialmente por meio da penhora dos bens do devedor, que, oportunamente, passarão a constituir o patrimônio do credor.

4.1. A LEI N. 8.009/90 E O BEM DE FAMÍLIA

A Lei nº 8.009/90 inicia seu texto legal declarando que o imóvel residencial próprio do casal, ou entidade familiar é impenhorável, salvo por dívidas oriundas do próprio imóvel, como a civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de qualquer outra natureza. Além disso, o instituto ressalta os bens a ele anexos, como benfeitorias e equipamentos que versam sobre sua manutenção (artigo 1º, da Lei nº 8.009/90). Em sequência, tem-se a vertente de impenhorabilidade dos bens móveis, desde que estes guarneçam a dignidade da pessoa. Essa hipótese é exemplificada quando o casal

reside em imóvel locado. Sendo assim, o mesmo deve ser tutelado a partir de critérios semelhantes, como um veículo de transporte (artigo 2º, da Lei nº 8.009/90).

Dessarte, a impenhorabilidade sob o bem de família pode ser descaracterizada quando este apresentar moldes pertencentes ao artigo 3º, da Lei. Tem-se como critérios: o 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; 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; para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar; para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar; por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens; por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação (artigo 3º, da Lei).

Além dos requisitos retromencionados, considera-se bem de família o imóvel de menor valor, quando a entidade familiar possuir outros. Nesse contexto, tem-se o artigo 4º, da Lei nº 8.009/90, que dispõe sobre a boa-fé objetiva nos casos de alienação. Ou seja, quando o inadimplente protege o bem mais valioso, ciente de sua insolvência, vendendo o de menor valor, este possui o negócio jurídico anulado por meio de fraude, descaracterizando o bem de família por ele escolhido.

Quanto à residência rural, considera-se bem de família a sede de moradia e seus respectivos bens ou a área limitada pela pequena propriedade rural (artigo 4º, da Lei nº 8.009/90).

4.2. BEM DE FAMÍLIA: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Nesse cenário, tem-se como base a proteção constitucional à família (art. 226, da CRFB) e o direito à moradia também consagrado constitucionalmente (art. 6º, da CRFB). Além disso, o crescente número de julgados que relativizam a impenhorabilidade do bem de família, fazendo com que seja necessária a análise desses motivos em consonância a Lei nº 8.009/90.

4.2.1. BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR

Em 2015, o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 549 que dispõe: “é válida a penhora do bem de família pertencente ao fiador de contrato de locação”. A partir deste entendimento, tem-se o Recurso Extraordinário nº 605.709, em que o Ministro Dias Toffoli afirmou a penhora do bem de família do fiador, visto que expressa livremente a vontade das partes de contrair uma obrigação. Ademais, o papel do fiador é garantir que o inquilino possa exercer o direito à moradia, fator proveniente da Constituição Federal.

Contudo, em 2018, o Ministro Luís Roberto Barroso pediu vista aos autos, com o objetivo de interpretar a expressão “contrato de locação” pertencente a súmula 549, STJ. No voto da Ministra Rosa Weber, exibem-se a teoria da colisão de direitos fundamentais na esfera horizontal: livre iniciativa e o direito à moradia. Com a finalidade de solucionar a questão, a Relatora expõe que:

“a livre iniciativa que decorra da afirmação da impenhorabilidade do bem de família do fiador em contrato de locação de imóvel comercial não se reveste de envergadura suficiente para suplantar a necessidade de observar o direito constitucionalmente assegurado à moradia, enquanto desdobramento da própria dignidade da pessoa humana e da proteção à família” (WEBER, 2018, p. 35).

Nessa conjuntura, a Ministra, acompanhada dos demais, decidiu que o bem de família do fiador não pode ser penhorado quando o contrato de locação for de natureza comercial, pois se tutela o direito à moradia.

Em consonância com a ideia retrocitada, o Recurso Extraordinário nº 1.296.835/SP frisa a vertente que o bem de família do fiador não pode ser penhorado quando este apresentar contrato de locação comercial. A Ministra Cármen Lúcia, em decisão monocrática, ostenta que a penhorabilidade do imóvel seria uma afronta aos direitos fundamentais básicos, como o direito à moradia:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL.
DIREITO À MORADIA. BEM DE FAMÍLIA. CONTRA-

TO DE LOCAÇÃO DE IMÓVEL COMERCIAL. FIADOR. IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA. PRECE- DENTES. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO.

Em contrapartida, a Ministra Nancy Andrighi apresenta outro senti-
do no Recurso Especial nº 1.874.310/RS. No acórdão, a lide exterioriza o
recurso interposto pelos fiadores, com o alvo de evitar a penhora do bem
de família. O contrato disserta sobre a locação de um imóvel para fins
comerciais e, com o inadimplemento, o credor ingressou com uma ação
de despejo em concomitância à cobrança dos devidos aluguéis. Por con-
sequinte, o juiz de primeira instância, anuiu a penhora do bem de família
do fiador. Ao alcançar o Tribunal Superior de Justiça, a Ministra mantém
a decisão de primeiro grau, com o seguinte argumento:

É imperioso frisar que a 2ª Turma do STF, no julgamento do ARE
1.128.251 AgR (Dje 19/12/2018), possibilitou a penhora do bem
de família do fiador em locação comercial, reafirmando o Tema
295 (é constitucional a penhora de bem de família pertencente a
fiador de contrato de locação, em virtude da compatibilidade da
exceção prevista no art. 3º, VII, da lei 8.009/90 com o direito à
moradia consagrado no art. 6º da CF, com redação da EC 26/20)
estabelecido pelo Plenário da Suprema Corte (ANDRIGHI,
2020, p. 04).

Nesse sentido, o fragmento retrocitado contradiz pressupostos do RE
nº 605.709. Ou seja, este frisa o direito à moradia como preceito inerente
a pessoa, unindo-se ao direito fundamental. Já aquele ressalta a livre ini-
ciativa como fator independente ao inadimplemento da obrigação, possi-
bilitando a penhora do bem de família do fiador.

4.2.2. BEM DE FAMÍLIA RURAL: A PEQUENA PROPRIEDADE

Segundo o artigo 5º, inciso XXVI, da Constituição Federal, a peque-
na propriedade rural é impenhorável, desde que a família trabalhe nela e
retire seu sustento através de práticas agrárias. Destarte, tem-se o seguinte
fragmento (RE nº 1.038.507/PR):

PEQUENA PROPRIEDADE RURAL. BEM DE FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE. ART. 5º, XXVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. É dotada de repercussão geral a controvérsia constitucional acerca da garantia, ou não, de impenhorabilidade da pequena propriedade rural e familiar, oponível contra empresa fornecedora de insumos necessários à sua atividade produtiva, nos casos em que a família também é proprietária de outros imóveis rurais.

A ementa acima discorre sobre um conflito entre a fornecedora de insumos e o produtor de uma pequena propriedade rural. A primeira possui o objetivo de saldar o crédito, enquanto a segunda, garantir o sustento familiar por meio da aplicação de inseticidas nas lavouras. Nesse âmbito, o Ministro Relator Edson Fachin realça a repercussão e controvérsia sobre o tema. Todavia, o mesmo elucida fatores humanísticos pertencentes à propriedade, como a garantia do mínimo existencial, fator recorrente da Constituição Federal. Sendo assim, o Relator evidencia a falta de importância de a família possuir outros imóveis rurais, desde que os insumos sejam para aquela que versam sobre o sustento familiar. Portanto, decidiu-se sobre a impenhorabilidade do bem citado.

4.2.3. O BEM DE FAMÍLIA E A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

O Recurso Especial nº 1.559.348/DF, o STJ decidiu pelo afastamento da impenhorabilidade do bem de família em caso de violação da boa-fé objetiva. No caso em tela, uma das proprietárias do imóvel pegou um empréstimo no banco para constituir capital de empresa na qual é única dona e colocou como garantia o imóvel que mantinha com outra pessoa. Segue trecho da decisão:

RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC/1973. NÃO OCORRÊNCIA. INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. TRANSMISSÃO CONDICIONAL DA PROPRIEDADE. BEM DE FAMÍLIA DADO EM GARANTIA. VALIDADE DA GARANTIA. VEDAÇÃO AO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO.

[...] 3. A jurisprudência desta Corte reconhece que a proteção legal conferida ao bem de família pela Lei n. 8.009/90 não pode ser afastada por renúncia do devedor ao privilégio, pois é princípio de ordem pública, prevalente sobre a vontade manifestada. **4. A regra de impenhorabilidade aplica-se às situações de uso regular do direito. O abuso do direito de propriedade, a fraude e a má-fé do proprietário devem ser reprimidos, tornando ineficaz a norma protetiva, que não pode tolerar e premiar a atuação do agente em desconformidade com o ordenamento jurídico.** 5. A propriedade fiduciária consiste na transmissão condicional daquele direito, convenionada entre o alienante (fiduciante), que transmite a propriedade, e o adquirente (fiduciário), que dará ao bem a destinação específica, quando implementada na condição ou para o fim de determinado termo. 6. Vencida e não paga, no todo em parte, a dívida e constituído em mora o fiduciante, consolidar-se-á a propriedade do imóvel em nome do fiduciário, consequência ulterior, prevista, inclusive, na legislação de regência. **7. Sendo a alienante pessoa dotada de capacidade civil, que livremente optou por dar seu único imóvel, residencial, em garantia a um contrato de mútuo favorecedor de pessoa diversa, empresa jurídica da qual é única sócia, não se admite a proteção irrestrita do bem de família se esse amparo significar o alijamento da garantia após o inadimplemento do débito, contrariando a ética e a boa-fé, indispensáveis em todas as relações negociais.** 8. Recurso especial não provido. (grifos nossos).

No julgado, vê-se a manifestação de vontade supra estabelecida sob a ideia absoluta de impenhorabilidade. Ou seja, quando o agente apresentar todos os requisitos do artigo 104, além da boa-fé objetiva, a impenhorabilidade do bem de família, sendo este o único imóvel, pode ser dado como garantia real para aquisição do empréstimo.

Dessarte, o Recurso Especial nº 1.873.203/SP exemplificou a penhorabilidade do bem de família, quando este é dado como caução em contrato de locação. A Ministra Nancy Andrichi esclarece que para caracterizar hipoteca o possuidor deve ser, necessariamente, proprietário da coisa. Ou seja, para ocorrer a penhorabilidade do bem de família, observa-se requisitos retro citados e a boa-fé objetiva como fator primordial para a manutenção do negócio jurídico.

Entretanto, sequer poder-se-ia entender que a caução imobiliária prestada configuraria hipoteca - hipótese em que o benefício da impenhorabilidade não seria oponível -, uma vez que, como mesmo perfilhado pela jurisprudência desta Corte Superior, a penhorabilidade excepcional do bem de família, de que cogita o art. 3º, V, da Lei 8.009/90, só incide em caso de hipoteca dada em garantia de dívida própria, e não de dívida de terceiro (AgInt no AREsp 1.551.138/SP, 4ª Turma, DJe 13/03/2020; e AgRg no REsp 1.543.221/PR, 3ª Turma, DJe 09/12/2015).

Em congruência ao princípio da boa-fé, tem-se a necessidade de manter a probidade e comprovar fatos que discorrem sobre o bem de família e sua aquisição. A exemplo, o Recurso Especial nº 1.762.663, a Recorrente é casada em comunhão parcial de bens e o Executado é condenado nos autos da Ação Civil Pública por Improbidade Administrativa. Nesse cenário, a Impetrante exige meação dos bens, inclusive o possível bem de família, cuja função é proteger a habitação do casal ou entidade familiar (súmula nº 364 do STJ). Não obstante, a mesma não demonstra que os bens foram adquiridos antes do cometimento dos crimes ou com capital lícito, afastando o princípio da boa-fé objetiva. Quanto ao bem de família, o Relator Ministro Herman Benjamin justifica que a Recorrente não comprova a aquisição lícita e necessária do bem, conforme dados no voto. Logo, o recurso foi negado.

4.2.4. O BEM DE FAMÍLIA COM O ESCOPO DE SALDAR DÍVIDAS

A decisão (REsp nº 1.818.716 – SC) a seguir demonstra a mudança de entendimento do STJ, que agora considera a possibilidade de penhora de porcentagem do salário, que não prejudique o sustento da parte, para saldar dívidas:

Segundo entendimento jurisprudencial recente, firmado por este Superior Tribunal de Justiça, "**a regra geral da impenhorabilidade de salários, vencimentos, proventos etc. (art. 649, IV, do CPC/73; art. 833, IV, do CPC/2015), pode ser excepcio-**

nada quando for preservado percentual de tais verbas capaz de dar guarida à dignidade do devedor e de sua família" (EREsp 1.582.475/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, CORTE ESPECIAL, julgado em 03/10/2018, REPDJe 19/03/2019, DJe 16/10/2018). [...] Assim, estando o entendimento firmado pela Corte de origem em dissonância com a orientação jurisprudencial consolidada por este Superior Tribunal de Justiça sobre, é de rigor o provimento do presente apelo. 3. Do exposto, com fulcro no artigo 932 do NCPC c/c a Súmula 568/STJ, **dou provimento ao recurso especial para, reformando o acórdão recorrido, permitir a penhora incidente sobre a renda salarial auferida pela parte recorrida, no percentual de 25% (vinte e cinco) por cento.** (grifos nossos)

Na contramão da decisão acima, o Agravo Interno no Recurso Especial nº 1407.062/MG exhibe a impossibilidade de penhora de benefício previdenciário:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. PENHORA SOBRE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. VERBA REMUNERATÓRIA. IMPENHORABILIDADE, REGRA. EXCEÇÕES DISPOSTAS NO ART. 833, § 2º, DO CPC/15. PAGAMENTO DE VERBA NÃO ALIMENTAR. GANHOS DO EXECUTADO SUPERIORES A 50 SALÁRIOS-MÍNIMOS.

1. A regra geral da impenhorabilidade dos vencimentos, dos subsídios, dos soldos, dos salários, das remunerações, dos proventos de aposentadoria, das pensões, dos pecúlios e dos montepios, bem como das quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, dos ganhos de trabalhador autônomo e dos honorários de profissional liberal poderá ser excepcionada, nos termos do art. 833, IV, c/c o § 2º do CPC/2015, quando se voltar: I) para o pagamento de prestação alimentícia, de qualquer origem, independentemente do valor da verba remuneratória recebida; e II) para o pagamento de qualquer outra dívida não alimentar, quando os valores recebidos pelo executado forem superiores a 50 salários mínimos mensais, ressalvadas eventuais particularidades do caso concreto. Em qualquer circunstância, deverá ser pre-

servado percentual capaz de dar guarida à dignidade do devedor e de sua família.

2. As exceções à regra da impenhorabilidade não podem ser interpretadas de forma tão ampla a ponto de afastarem qualquer diferença entre as verbas de natureza alimentar e aquelas que não possuem tal caráter.

3. As dívidas comuns não podem gozar do mesmo status diferenciado da dívida alimentar a permitir a penhora indiscriminada das verbas remuneratórias, sob pena de se afastarem os ditames e a própria ratio legis do Código de Processo Civil (art. 833, IV, c/c o § 2º), sem que tenha havido a revogação do dispositivo de lei ou a declaração de sua inconstitucionalidade.

4. Na hipótese, trata-se de execução de dívida não alimentar proposta por pessoa jurídica que almeja o recebimento de crédito referente à compra de mercadorias recebidas e não pagas pelo devedor, tendo o magistrado autorizado a penhora de 30% do benefício previdenciário (auxílio-doença) recebido pelo executado. Assim, pelas circunstâncias narradas, notadamente por se tratar de pessoa sabidamente doente, a constrição de qualquer percentual dos rendimentos do executado acabará comprometendo a sua subsistência e de sua família, violando o mínimo existencial e a dignidade humana do devedor.

5. Agravo interno provido para dar provimento ao recurso especial (grifos nossos).

De exposto, verifica-se que a penhora do auxílio-doença acarretaria danos ao executado, visto que este se encontra em condições precárias de saúde. Todavia, no caso anterior, REsp nº 1.818.716/SC, a penhorabilidade é concedida, em virtude de não prejudicar o sustento da Recorrida, levando ao provimento o recurso.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se, portanto, que a relativização do bem de família tutela direitos inerentes à Constituição Federal, como o direito à moradia e a personalidade. Além disso, o Código Civil busca estabelecer critérios que se comunicam com a Lei nº 8.009/90 para proporcionar isonomia nas relações. As jurisprudências comunicam casos práticos, no intento de garantir a proteção de certos institutos.

Diante dos casos expostos, o bem de família encontra-se relativizado pelas cortes superiores. O fiador, segundo a súmula nº 549, STJ, tem seu imóvel familiar penhorado. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal exige que quando este versar em contrato de locação comercial, ele estará tutelado pela impenhorabilidade, ressaltando o direito à moradia e a colisão de direitos horizontais. À vista disso, o Superior Tribunal de Justiça concretiza a manifestação da vontade como fator principal na análise do negócio jurídico, sendo assim, o fiador, mesmo em contrato de locação comercial, possui seu imóvel penhorado.

A propriedade rural, por sua vez, observa-se para as decisões a necessidade de permanência e sustento familiar. Em outras palavras, a obrigação adquirida por meio desta com a finalidade de realizar atividades essenciais, desde que observada a boa-fé objetiva, o imóvel é impenhorável. A partir disso, tem-se o desdobramento da boa-fé objetiva nas obrigações. Ou seja, a relativização parte o possuidor do bem ao agir com preceitos presentes no Código Civil, como o artigo 104, CC/2002, e a boa-fé.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES. Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 35. Ed. São Paulo: Malheiros Editoras, 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 mar. 2021.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 09 mar. 2021.

_____. Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados**

Unidos do Brasil. 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%203.071%2C%20DE%201%C2%BA%20DE%20JANEIRO%20DE%201916.&text=C%C3%B3digo%20Civil%20dos%20Estados%20Unidos%20do%20Brasil.&text=Art.&text=A%20lei%20obriga%20em%20todo,os%20princ%C3%ADpios%20

e%20conven%C3%A7%C3%B5es%20internacionais. Acesso em: 09 mar. 2021.

_____. **Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990.** Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8009.htm. Acesso em: 09 mar. 2021.

COULANGES, Fustel. **A Cidade Antiga.** 2ª ed. São Paulo. Edipro. 1999.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 11. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DUARTE, Guido Arrien. **A evolução histórica do bem de família e sua disciplina no ordenamento jurídico brasileiro.** 2014. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/42588/a-evolucao-historica-do-bem-de-familia-e-a-sua-disciplina-no-ordenamento-juridico-brasileiro>. Acesso em: 09 mar. 2021.

FREITAS, Ernani Cesar de; PRODANOV, Cleber Cristiano. **Metodologia do Trabalho Científico: métodos e técnicas de pesquisa e do trabalho acadêmico.** 2. Ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito Processual Esquemático.** 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LARA, Jonny. **A flexibilização do conceito legal do bem de família.** 2017. Disponível em: <https://jhonatanlara.jusbrasil.com.br/artigos/449980360/a-flexibilizacao-do-conceito-legal-do-bem-de-familia>. Acesso em: 09 mar. 2021.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil – Direito de Família.** 26. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito de Família.** 28. Ed. Volume 6. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1.038.507 PR.** Relator: Edson Fachin. DJ: 21/09/2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312785923&ext=.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2021.
- _____. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1.296.835 SP.** Relator: Cármen Lúcia. DJ: 01/02/2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345511544&ext=.pdf>. Acesso em: 09 fev. 2021.
- _____. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE nº 605.709 SP.** Relator: Ministro Dias Toffoli e Rosa Weber. DJ: 12/06/2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749168585>. Acesso em: 12 mar. 2021.
- _____. **AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL 1407062 – MG.** Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Data de Julgamento: 26/02/2019. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/697345467/agravo-interno-no-recurso-especial-agint-no-resp-1407062-mg-2013-0329652-8?ref=serp>. Acesso em: 12 mar. 2021.
- _____. **RECURSO ESPECIAL Nº 1.559.348 – DF.** Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Data de Julgamento: 05/08/2019. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201559348>. Acesso em: 12 mar. 2021
- _____. **RECURSO ESPECIAL Nº 1.762.663 DF.** Relator: Herman Benjamin. DJ: 05/05/2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/858196377/recurso-especial-resp-1762663-df-2018-0220352-0?ref=serp>. Acesso em: 25 jan. 2021.
- _____. **RECURSO ESPECIAL Nº 1.818.716 – SC.** Relator: Ministro Marco Buzzi. Data de julgamento: 19/06/2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/penhora-salarial-stj.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2021.

_____. **RECURSO ESPECIAL Nº 1.873.203 SP.** Relatora: Nancy Andrichi. DJ: 01/12/2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1135140647/recurso-especial-resp-1873203-sp-2020-0106938-8/inteiro-teor-1135140657>. Acesso em: 12 out. 2020.

_____. **RECURSO ESPECIAL: REsp nº 1874310 RS 2020/0112654-5.** Relatora: Ministra Nancy Andrichi. DJ: 23/06/2020. **Jus Brasil.** 2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/869874377/recurso-especial-resp-1874310-rs-2020-0112654-5>. Acesso em: 13 mar. 2021.

_____. **SÚMULA Nº 549,** de 10 de outubro de 2015. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27549%27\).sub](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27549%27).sub). Acesso em: 17 mar. 2021.

DEEPENING INSOLVENCY: RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO ADMINISTRADOR

*Juliana Kunz*⁵¹

*Márcia Marcondes Diniz de Freitas*⁵²

*Maria Cristina de Brito Lima*⁵³

*Angélica Baumgärtner Cardoso*⁵⁴

INTRODUÇÃO

O presente estudo trata sobre a teoria do *deepening insolvency*, ou seja, da responsabilidade do administrador ou sócio-gerente, na legislação brasileira, em face de demora na tomada da decisão em requerer a autofalência quando ausentes os requisitos previstos para a recuperação de sua empresa, considerando o agravamento da situação econômico-financeira ou a própria insolvência da atividade econômica.

A teoria do *deepening insolvency* originou-se no direito americano e constitui uma causa específica de responsabilização pessoal ao administrador res-

51 Graduada em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina.

52 Mestre em Administração Profissional pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Advogada e professora acadêmica.

53 Doutora em Direito Público pela UERJ. Juíza de Direito na cidade do Rio de Janeiro, titular da 6a. Vara Empresarial. Professora acadêmica.

54 Advogada e especialista em Direito Empresarial pelo LLM em Direito Empresarial - FGV Rio - Fundação Getúlio Vargas (2020).

ponsável pela gestão da empresa, que se omite quanto ao pedido de autofalência no momento oportuno e, conseqüentemente, prolonga artificialmente a atividade da empresa insolvente, agravando ainda mais seu estado.

No Direito brasileiro, o princípio constitucional da livre iniciativa assegura o acesso à produção de bens e prestação de serviços, e, o direito a empreender atividade econômica, exigindo do poder público a organização da ordem econômica. Igualmente, possui uma limitação ao seu exercício, uma vez que a atividade empresarial atende à função social, ou seja, o empresário assume a responsabilidade de zelar pelo negócio, agindo dentro dos parâmetros legais estipulados.

Em decorrência da relevância social da atividade empresarial, preconiza-se o princípio da preservação da empresa, visando atender ao interesse de consumidores, empregados e economia. Destarte, o Código Civil (CC) de 2002 e a Lei de Recuperação e Falência de Empresas (LRF) de 2005 regulamentaram a recuperação judicial das atividades econômicas passíveis de restituição, com vistas à manutenção e ao desenvolvimento socioeconômico do País. Todavia, há casos em que nem mesmo a possibilidade de recuperação é capaz de solucionar a insolvência, razão pela qual a referida legislação regulamentou a falência.

Diante da inviabilidade da recuperação judicial, o pedido de falência garante a manutenção ou dissolução regular, se for o caso, da sociedade empresária, além de proporcionar uma reposta aos credores por meio da liquidação patrimonial. Nessa senda, denota-se a importância do pedido de falência assim que constatada a impossibilidade de recuperação, tendo em vista que o prolongamento da empresa insolvente representa o agravamento de seu estado, por meio do esgotamento de seus bens e aquisição de novas dívidas.

Insta ressaltar que o artigo 105 da Lei de Recuperação e Falência de Empresas (LRF) de 2005 estabeleceu o próprio administrador como legitimado a requerer a autofalência, contudo, apesar de estipular tal conduta como um dever, a legislação deixou de prever sanção ao seu descumprimento. No entanto, há possibilidade de interpretação e aplicação do artigo 82, porquanto regulamenta a responsabilidade pessoal dos sócios de responsabilidade limitada, dos controladores e dos administradores, apurada no juízo de falência.

À vista disso, o objetivo deste estudo é analisar a aplicação da teoria do *deepening insolvency* no direito brasileiro e o reconhecimento da res-

ponsabilidade do administrador que, verificando estado de insolvência e constatando ausentes os requisitos para a recuperação judicial, decide intencionalmente prolongar a vida da empresa, ou, por negligência e má gestão, não requer a autofalência oportunamente.

Para responder ao problema de pesquisa, bem como analisar a possibilidade de responsabilização pessoal do empresário e qual o tipo de responsabilidade aplicada ao caso em questão, com base nos institutos dispostos na Constituição Federal do Brasil (CF) de 1988, na Lei nº 10.405 - Código Civil (CC) de 2002 e na Lei nº 11.101 - Lei de Recuperação e Falência de Empresas (LRF) de 2005 (LRF) de 9 de fevereiro de 2005, Lei nº 6.404 (LSA) de 1976, e Código Tributário Nacional (CTN) de 1966, este trabalho se divide em duas partes. A primeira visa explicar acerca da responsabilidade civil do administrador no direito brasileiro, sem prejuízo da análise dos instrumentos principiológicos e legais voltados à recuperação e falência da empresa. A segunda parte aborda a teoria do *deepening insolvency*, conceito e origem, além da análise de sua aplicabilidade e reconhecimento pelos tribunais brasileiros, Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF).

Quanto à metodologia utilizada, é a abordagem qualitativa, com objetivo descritiva e com procedimento de pesquisa em documentos primários, como decisões judiciais e a própria legislação, e dados secundários com base na bibliografia.

2. RESPONSABILIDADE DO ADMINISTRADOR

A presente seção visa relacionar os deveres inerentes ao administrador para com os dispositivos constitucionais, principiológicos e legislação ordinária. Para tanto, faz uma breve explicação acerca dos conceitos de livre iniciativa, função social e preservação da empresa, bem como os instrumentos voltados à sua recuperação judicial e falência.

2.1. ASPECTOS LEGAIS DA RESPONSABILIDADE DO ADMINISTRADOR

Para o direito empresarial, considera-se empresário o responsável pela gestão da empresa, além da direção dos bens, o qual tem o dever de dedi-

car sua atenção a fim de aumentar os lucros, visando direcionar os resultados ao interesse dos acionistas e clientes, bem como emitir rápida e eficaz resposta aos credores (DINIZ, 2011, p. 194).

Para Requião (2011, p. 500) o empresário ou sócio da empresa não corresponde, necessariamente, ao seu administrador. Por conseguinte, para fins de responsabilização, há distinção entre os tipos de sócios e o limite de sua responsabilidade, tendo em vista a sociedade empresarial existente. Dessa forma, o denominado sócio-gerente ou administrador é passível de responsabilização, uma vez que se trata do responsável pela gestão e controle das decisões tomadas em nome da empresa, não sendo confundido com os sócios investidores, que possuem responsabilidade limitada de acordo com sua participação, cotas ou ações.

Destarte, com exceção da oneração ou venda de bens imóveis, não havendo determinação expressamente definida em contrato, de acordo com o artigo 1.015 do CC/ 2002 os administradores possuem liberdade na prática de todos os atos que constituam interesse na gestão da empresa, se não houver disposição restritiva no contrato social. Ressalta-se que, não obstante a autonomia concedida ao administrador, o referido instituto legal determinou, em seu artigo 1.011, seu dever de atuar com diligência aos interesses da empresa, demais sócios, credores e clientes, e, que eventualmente, zelaria pelos seus próprios negócios.

A responsabilidade do sócio pode variar de acordo com o tipo de sociedade empresária que constitui, mas, pode decorrer de determinada situação extraordinária que acarrete violação da lei. Nesse caso, há possibilidade de responsabilização pessoal do sócio responsável pelos atos de gestão da empresa, e, agindo com dolo ou culpa, possa causar danos a terceiros (NEGRÃO, 2015, p. 302-303).

O ordenamento jurídico brasileiro estabelece em diversos institutos legais formas específicas de responsabilização do administrador. Desse modo, infere-se da LSA, a previsão legal dos deveres de diligência, lealdade, respeito ao conflito de interesse e informação. Por conseguinte, o artigo 158 da LSA, estabeleceu a responsabilidade civil do administrador quando este agir com dolo ou culpa ou diante da violação da lei, respondendo pelos prejuízos que causar.

O artigo 3º da Lei nº 12.846/2013, as pessoas jurídicas são passíveis de responsabilização pelos atos praticados contra a administração pú-

blica, não excluindo, a responsabilidade individual dos administradores que incorreram em ato ilícito. O artigo 135, inciso III, do CTN/ 1966 responsabiliza o administrador pessoalmente pelo descumprimento de obrigações tributárias por meio de atos praticados com excesso de poderes ou infração da lei.

A responsabilidade civil do administrador ou sócio-gerente na recuperação judicial ou falência da empresa não se dá especificamente na condição de gestor, não pela posição que ocupa, mas, responde de acordo com o exercício de sua gestão, por conseguinte, deve atuar com zelo e diligência e é responsável por ressarcir eventuais prejuízos que decorrerem de sua culpa na administração do negócio, nos termos do artigo 866 do CC/ 2002.

A responsabilidade civil visa proteger o particular, porquanto constitui uma garantia de reaver o prejuízo sofrido por meio de uma ação judicial visando à devida reparação. Pode ser objetiva pela necessidade da conduta comissiva ou omissiva, existência do dano e do nexo de causalidade, consoante o artigo 186 do CC/ 2002, e, a subjetiva pressupõe um quarto elemento para sua configuração, a culpa, que restará apurar se o agente causador do dano agiu com dolo ou culpa (GONÇALVES, 2015). O artigo 927 do CC/ 2002 prevê a subjetiva como regra geral, de modo que a culpa do agente deve ser demonstrada pela vítima para efeitos de reparação do dano. Todavia, a responsabilidade subjetiva por culpa presumida constitui uma exceção à regra, pois nesse caso há uma inversão do ônus probatório, a vítima não necessita comprovar a culpa do agente, quando a atividade exercida apresenta um grande risco a causar um resultado danoso, havendo uma inversão do ônus da prova, uma vez que o acusado necessita comprovar que não agiu com dolo ou culpa (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 38).

No caso do administrador, conforme Negrão (2015, p. 161), destacam-se três teorias, as quais estabelecem diferentes formas de responsabilização pessoal. Primeiramente, a responsabilidade objetiva pondera que o administrador, independentemente de dolo ou culpa, deve responder pessoalmente pelos prejuízos suportados por terceiros em decorrência de suas ações ou omissões. A responsabilidade subjetiva determina que, apesar de presumido o dolo ou a culpa do administrador, lhe é oportunizada a chance de demonstrar a inexistência desses elementos. E um terceiro

posicionamento diz respeito à possibilidade de aceitação das duas teorias diante do caso analisado.

Quando acolhida a responsabilidade objetiva considera-se o risco inerente à atividade empresarial, porque o administrador deve reconhecer possíveis riscos e buscar maneiras de preveni-los ou amenizá-los. Logo, aqueles que depositaram confiança no controle e fiscalização do administrador não deveriam, em tese, arcar com prejuízos ocasionados independentemente da intenção, posicionamento ou omissão do gestor (REQUIÃO, 2011, p. 681).

Cumprе destacar que a responsabilização ampla do administrador pode reprimir futuras iniciativas e investimentos, uma vez que o empresário, sócio-gerente ou administrador nem sempre é capaz de arcar pessoalmente com os riscos que a atividade exercida lhe impõe. Por sua vez, a responsabilidade subjetiva, a qual exige a presença do dolo ou culpa do administrador, concede-o a oportunidade de contestar as acusações que são feitas a partir da exposição de provas que demonstrem sua boa-fé nos atos executados, bem como excluem o elemento de dolo ou culpa.

Wald (1978) defende o reconhecimento da responsabilidade subjetiva devendo ser presumida a culpa pelos atos de gestão do administrador, podendo este contestar as acusações imputadas, e, a objetiva soa severa ao obrigar o administrador responder com seu patrimônio pessoal, sem oportunidade de expor seu envolvimento com a ação ou omissão que ocasionou o dano.

Evidencia-se a necessidade de estabelecer de que modo será imputada e quais critérios serão utilizados para eventual reparação que atingirá o patrimônio pessoal do administrador. Salienta-se que a jurisprudência brasileira tem reconhecido a responsabilidade subjetiva do administrador, tema que será devidamente abordado em seção posterior do presente estudo.

2.2. RECUPERAÇÃO E FALÊNCIA

A previsão constitucional da livre iniciativa, expresso no artigo 170 da CF/88, concede ao particular a possibilidade de desenvolvimento de atividades relacionadas à produção de bens e disponibilização de serviços, e, relaciona-se também à função social, artigo 5º, inciso XXIII, da CF/ 88, independentemente do caráter privado que a atividade empresarial apre-

senta é capaz de gerar empregos e renda, além de beneficiar a economia nacional, logo, é dever do empresário agir com responsabilidade e zelo à gestão de seu negócio, uma vez que o proveito será auferido pela sociedade (COELHO, 2016, p. 75).

Destaca-se o princípio da preservação da empresa que prioriza métodos e recursos direcionados majoritariamente à recuperação da empresa, de acordo com Coelho (2016, p. 76) objetiva buscar uma forma de reestabelecer a atividade de uma empresa em estado de crise, não se visa apenas proteger o empresário, mas todas as pessoas a quem a atividade exercida pela empresa é considerada relevante, além da própria economia.

O CC/ 2002 prevê em seu artigo 1.071, inciso VIII, a concordata que visa solucionar o estado insolvente da empresa, que é dotada de proteção especial, visando a sua manutenção, e o administrador que solicita a recuperação judicial compromete-se a buscar, pelos meios legais e de gestão, a recuperação efetiva da atividade, tendo em vista, especialmente, o cumprimento da função social.

A insolvência ocorre quando a empresa não possui meios de adimplir suas obrigações, de forma que as dívidas existentes ultrapassem seu patrimônio líquido (MAMEDE, 2016, p. 1). Permite ao administrador de empresas em estado insolvente ajuizar uma ação em face de seus credores, na qual lhe será concedido um prazo maior para o adimplemento de suas obrigações ou, ainda, uma redução no valor das dívidas, de modo que o autor possa restabelecer suas atividades e reorganizar seu patrimônio, visando auxiliar o agente, que mesmo agindo com zelo e observando a forma legal de gestão, não foi capaz de prever ou suportar os danos provenientes da crise empresarial (FÜHRER, 2003, p. 132).

A LRF institui a recuperação judicial como forma de solucionar o estado de crise empresarial, a qual, semelhante ao CC/ 2002, viabiliza por meio de uma ação judicial, a concessão de determinado prazo para reverter a crise (DINIZ, 2011, p. 198). A crise empresarial pode ser classificada como econômica, quando há uma retração nas atividades da empresa, se consumidores deixam de adquirir os produtos ou contratar serviços. A financeira caracteriza-se quando a empresa não possui caixa suficiente para cumprir com suas obrigações, trata-se de uma crise de liquidez. A patrimonial é o estado de insolvência, ou seja, a empresa possui em seu patrimônio menos bens que o total de suas dívidas (COELHO, 2016, p. 235).

A crise, assevera Negrão (2013, p. 155) gera limitações ao empresário no cumprimento do objeto social da empresa e dificulta o adimplemento das obrigações contraídas. E, o prolongamento em estado de crise e o agravamento da situação pode determinar a impossibilidade de pleitear a recuperação judicial pela ausência dos requisitos legais do artigo 48 da LRF.

Embora as relações comerciais e de empresa sejam regidas pelo princípio da livre iniciativa, no âmbito da recuperação judicial destaca-se a importância da ampla transparência sobre a realidade econômica, financeira e patrimonial da empresa. O artigo 1.020 do CC/ 2002 elencou as obrigações do administrador que deliberam, consistindo na obrigação de prestar contas de sua administração aos sócios, apresentar o inventário anualmente, além do balanço patrimonial e o resultado econômico.

Todavia, conforme Diniz (2011, p. 193), a solução de insolvência empresarial deve ser determinada de acordo com o princípio da viabilidade da empresa, sendo esse fator determinante para indicar qual é a medida mais adequada e eficiente a ser implantada. A recuperação judicial pode não ser a opção mais viável ao restabelecimento e superação da crise empresarial, sendo a falência uma solução à insolvência da empresa, com a liquidação do patrimônio ativo restante destinado a saldar as dívidas contraídas na proporção de seu limite (MAMEDE, 2016, p. 220).

O artigo 94 da LRF estabeleceu os pressupostos legais para o pedido de falência da empresa, seja pela impontualidade injustificada, pela execução frustrada ou por comportamentos de falência (NEGRÃO, 2013, p. 250).

A LRF estabeleceu o próprio devedor como legitimado a requerer a autofalência, o empresário individual ou a sociedade empresária, nesta, a capacidade para o pedido de autofalência dependerá do contrato social previamente determinado ou da deliberação dos sócios. Com relação às sociedades por ações, verifica-se que o artigo 122, inciso IX, da LSA/1976, estabeleceu a aprovação da assembleia geral quanto à autorização ao pedido de falência. Contudo, destaca-se que, em casos de urgência, a confissão de falência pode ser celebrada pelos administradores mediante a autorização do acionista controlador (MAMEDE, 2016, p. 242).

Nas sociedades limitadas, conforme o artigo 1.076, inciso II, do CC/2002, as deliberações realizadas pelos sócios acerca do pedido de fa-

lência da empresa são determinadas pelos votos de mais da metade do capital social, com exceção dos casos de urgência, quando, então, os administradores poderão requerer a concordata, nos termos do artigo 1.072, § 4º, do aludido dispositivo legal (BRASIL, 2002).

Não obstante a LRF tenha estabelecido que o devedor é legitimado a requerer a autofalência, verifica-se que não há nenhuma sanção imposta diante do seu descumprimento, razão pela qual discute-se quanto à obrigatoriedade ou à discricionariedade do administrador no pedido de falência (NEGRÃO, 2013, p. 320). Para Ulhoa (2016, p. 249), o administrador que verifica o estado insolvente de sua empresa e julga não atender aos requisitos necessários à recuperação judicial possui a obrigação de requerer a autofalência, a qual não deve ser confundida com uma possibilidade ou faculdade do agente. Em virtude do exercício de gestão, presume-se que o administrador é o agente empresarial qualificado a constatar a crise e seus efeitos e, conseqüentemente, legitimado a buscar a melhor solução ao problema.

A insolvência da empresa não implica necessariamente ausência de probidade nos atos de gestão, podendo apenas significar a impossibilidade de suportar os riscos inerentes à atividade empresarial. Entretanto, embora não constitua a regra geral, algumas condutas podem agravar o estado de insolvência da empresa. A fraude perpetrada pelo administrador pode ocorrer por meio de atos que visam à obtenção de lucro e prejuízos dos credores e, ainda, pode resultar de conduta imprudente, ausência de zelo, entre outros fatores (MAMEDE, 2016, p. 2).

Assim, preconiza Requião (2011, p. 590) que a responsabilização pessoal do administrador não se relaciona ao mero estado de insolvência da empresa, mas de eventuais fraudes e ilegalidades cometidas na gestão do negócio, as quais, possivelmente, acarretaram ou contribuíram para esse resultado. O estado de crise, inicialmente, pode estar ligado a fatores internos à administração, podendo insurgir do dolo do administrador em fraudar a empresa em busca de lucros pessoais, ou apenas negligência na gestão do negócio. Portanto, considerando que a premissa do procedimento falimentar é a efetiva resposta aos credores, o administrador que conhece o estado de crise da empresa e, mesmo assim, posterga o pedido ou deixa de fazê-lo, frustra as chances de uma operação bem-sucedida. Nesse sentido, Mamede (2016, p. 220) leciona acerca da gravidade dos

danos acarretados pela demora do procedimento falimentar, uma vez que a decisão que decreta a falência e determina a liquidação do patrimônio culmina no interesse de diversas pessoas, especialmente credores, devedores e funcionários. O tempo decorrido entre o estado de insolência e a falência de fato contribui para o esgotamento dos ativos, impossibilitando a futura adimplência das dívidas, além da aquisição de novas.

Embora exista uma lacuna na legislação que determine sanção ao descumprimento do pedido de autofalência, o administrador que decide prolongar artificialmente as atividades da empresa insolvente, por dolo ou descuido, torna-se responsável pelo agravamento da situação, uma vez que deixa de agir de modo a amenizar os impactos causados pela crise e decide irresponsavelmente dar continuidade à empresa apesar dos riscos e danos.

Nesse ínterim, uma vez reconhecida a obrigação do administrador em requerer a autofalência, verifica-se o artigo 82 da LRF como norte ao procedimento aplicado à apuração da reponsabilidade pessoal do administrador, que deverá ser realizada no próprio juízo da falência. Além disso, conforme o §2º do dispositivo legal, durante o procedimento falimentar, o juiz pode decretar a indisponibilidade de bens particulares, visando à restituição dos credores ao final da ação de responsabilidade.

Segundo Mamede (2016, p. 53), no processo de falência, para que os atos procedimentais sejam efetivados, o juiz, na sentença que decreta a falência, afasta o administrador ou os administradores responsáveis pela empresa e nomeia um auxiliar, denominado administrador judicial, o qual representa a massa falida. Contudo, em que pese o administrador judicial seja responsável por atos de comunicação e exposição do processo de falência aos credores, eventuais ações civis, visando à responsabilidade civil do administrador, com fulcro no artigo 82 da LRF, devem ser propostas por aqueles que foram prejudicados pelos atos de gestão deste (ADAMEK, 2009, p. 386).

Portanto, embora a expectativa de lucro seja o maior objetivo do empresário, suas ações visando esse propósito acabam causando um impacto positivo na sociedade. Da mesma maneira, quando os atos de gestão são revestidos de fraude ou desleixo do administrador, além do comprometimento da atividade empresarial em si, as consequências se expandem aos empregados, que percebem as consequências em seus salários e condições de trabalho, aos consumidores, que deixam de receber o produto ou ser-

viço com a mesma qualidade, e por fim, a diminuição ou o esgotamento da atividade impacta o recolhimento de impostos e tributos, prejudicando a economia de modo geral (COELHO, 2016, p. 72).

Diante dessas circunstâncias, a conduta descrita anteriormente pode amoldar-se na chamada teoria do *deepening insolvency*. Essa teoria representa a responsabilização do administrador, ensejada pelo agravamento da situação de crise econômico-financeira enfrentada pela empresa, por meio da continuidade irresponsável de suas atividades e da ausência do pedido de autofalência no momento oportuno.

3. DEEPENING INSOLVENCY

A teoria do *deepening insolvency* refere-se à responsabilização do administrador em face à demora em requerer a falência, causando um prejuízo à sociedade empresarial e aos credores, bem como à função social da empresa. Dessa forma, explicita-se a teoria e a sua possível aplicação pelos tribunais pátrios.

3.1. ORIGEM ESTRANGEIRA

A nomenclatura *deepening insolvency* surgiu nos Estados Unidos e vem sendo utilizada para descrever a conduta do administrador que prolonga artificialmente a vida da empresa e, assim, agrava o débito já existente em prejuízo de seus credores (MILLNER; NEELY; REED, 2007, p. 25). De acordo com Thompson (2007, p. 4), a teoria tem sido interpretada de diferentes maneiras, porquanto já foi utilizada como uma forma de medir os danos visando à sua compensação (*measure damages*); como causa independente de ação contra os diretores da empresa; e, ainda, como causa de ação em face dos próprios credores e participantes externos.

Destaca-se o caso *Bloor v. Danskere (In re Investors Funding Corp. of N.Y. Secs. Litig.)* que consiste em uma ação ajuizada contra o auditor Peat Marwick, que agiu conjuntamente com os demais membros da empresa, elaborando relatórios financeiros falsos, avaliando positivamente o desempenho e os resultados da companhia. As atividades da empresa continuaram sendo exercidas mesmo em estado insolvente, enquanto os autores, apropriaram-se de créditos e investimentos provenientes de terceiros que

desconheciam a verdadeira situação. Por sua vez, o réu argumentou que prolongar as atividades da empresa em crise gerou benefícios à corporação, pois possibilitou que esta continuasse a exercer suas atividades e a arrecadar mais dinheiro (THOMPSON, 2007, p. 16).

Em que pese a decisão proferida não tenha feito menção ao termo *deepening insolvency*, a corte americana definiu que a continuidade da existência da empresa insolvente não pode ser presumida como um benefício, pois prolongar artificialmente suas atividades apenas beneficiou seus membros, e não a corporação como um todo (HEATON, 2005, p. 7).

O reconhecimento da responsabilidade no caso mencionado ressaltou a importância do cumprimento dos deveres de lealdade e boa-fé dos gestores, uma vez que a ausência de transparência acerca da situação financeira da empresa fez com que terceiros continuassem investindo na instituição em crise. Além disso, ao verificar a impossibilidade de recuperação, os membros envolvidos deixaram de promover a dissolução e liquidação regular da empresa, porquanto passaram a se apropriar ilicitamente desses valores até a ocasião em que a fraude foi descoberta.

O termo *deepening insolvency* foi utilizado pela primeira vez no ano de 1983, na decisão proferida pela Corte de Apelações da 7ª Região, no caso *Schacht v. Brownl*. Um membro da empresa ajuizou uma ação judicial diante do agravamento do estado de insolvência em decorrência do prolongamento artificial de suas atividades pelo administrador judicial. Na ocasião, além de argumentar que estender, de modo fraudulento, a vida da corporação que já se encontra em estado de insolvência não traz benefício algum, tal conduta se traduz necessariamente em uma causa de danos à empresa, a qual restará prejudicada pelo aprofundamento de sua insolvência; ainda, salientou que a situação de insolvência deve ser divulgada, possibilitando aos acionistas a dissolução da sociedade empresária rapidamente, a fim de que maiores perdas sejam evitadas (HEATON, 2005, p. 9).

Ambas as decisões refletem uma preocupação com os danos que o prolongamento artificial pode acarretar. Portanto, os diretores que verificam o estado insolvente da empresa devem realizar ações que visem preservar o interesse dos acionistas e, principalmente, dos credores. Entretanto, a fraude pode ocorrer mesmo quando o administrador direciona todos os seus esforços para restabelecer a empresa em crise, uma vez que, inexistindo sinais de melhora, este passa a omitir ou indicar erroneamente

informações sobre o verdadeiro estado financeiro e econômico da empresa, adiando o pedido de falência e agravando ainda mais os danos e prejuízos (ABOOTT; RADASEVISH; SHAPIRO, 2006, p. 2).

Há casos, entretanto, nos Estados Unidos, em que a teoria *deepening insolvency* não foi reconhecida. Em *Trenwick America Littigation Trust v. Ernst & Young, a Cort of Chancery* rejeitou a aplicação da teoria como uma causa independente de ação, explicitando que não há legislação vigente no Estado de Delaware que impõe à empresa incapaz de quitar seus débitos o encerramento de suas atividades ou liquidação patrimonial (GIRGIS, 2008, p. 4).

Apesar de apresentar conclusões divergentes, as decisões analisadas não são conflitantes, tendo em vista que nas oportunidades em que a teoria foi reconhecida, sua aplicabilidade estava direcionada a punir a conduta do agente que visava obter lucros em detrimento do patrimônio da empresa e de seus credores. Logo, não restou evidenciada responsabilidade do administrador pelo mero estado insolvente da empresa.

Ressalta-se que o não reconhecimento da teoria no Estado de Delaware não influenciou a Corte de Apelações da 9ª Região na decisão do caso *Smith v. Arthur Andersen*, a qual sugeriu que a *deepening insolvency* se configura independentemente de a conduta ser praticada de forma intencional, visto que os acusados, sendo estes diretores, advogados, auditores e investidores de empresa insolvente, conheciam a real situação ou, em razão do exercício de suas funções, deveriam conhecer. Desse modo, a teoria foi reconhecida, uma vez que, ao invés de requererem sua falência, os réus prolongaram as atividades da empresa visando à preservação de seus cargos, salários e honorários e retendo os valores investidos, portanto, ainda que não comprovado o dolo em sua conduta, foi possível determinar sua responsabilização (RICHMOND; LAMBERTH; DELAWALLA, 2006, p. 6).

Destarte, considerando a teoria do *deepening insolvency* como causa específica de responsabilização do administrador, e tendo em vista os prejuízos causados pelo prolongamento artificial da atividade empresarial, torna-se importante verificar sua aplicação no direito brasileiro, bem como de que modo os tribunais brasileiros reconhecem a responsabilidade do administrador que incorre nas práticas descritas.

3.2. APLICAÇÃO DA TEORIA NO BRASIL

Primeiramente, insta ressaltar que, apesar da inexistência de sanção expressa ao descumprimento do dever de autofalência, o artigo 82 da LRF amparou os credores que auferiram prejuízo, concedendo-os a possibilidade de reparação dos danos sofridos por meio de uma ação de responsabilização, após o encerramento de um procedimento falimentar, determinando a indisponibilidade dos bens particulares do administrador para fins de reparação ao dano causado, além do prazo prescricional de dois anos para a ação de responsabilização civil, contados da data em que transitar em julgado a sentença de encerramento do procedimento falimentar.

Conforme decisões proferidas pelos tribunais brasileiros acerca do tema, verifica-se o reconhecimento do pedido de autofalência, estabelecido no artigo 105 da LRF, como um dever do administrador, passível de responsabilização civil em ação indenizatória.

Na decisão proferida no Agravo de Instrumento nº 2262783-83.2018.8.26.0000, julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ SP, 2019), fora reconhecida a obrigatoriedade do pedido de autofalência ao administrador, considerando que a ausência do pedido no momento oportuno configurou o descumprimento de um dever legal. Ainda, extrai-se da decisão que o responsável pela gestão da empresa em crise, que declara falência, demonstra sua boa-fé, uma vez que apresenta, publicamente, a dificuldade financeira enfrentada.

O STJ entende que a responsabilidade deve estar atrelada ao dolo ou culpa do agente, aplicando a responsabilidade subjetiva:

PROCESSO CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - RESPONSABILIZAÇÃO PESSOAL DO SÓCIO-GERENTE DA EMPRESA - DEVER DE REQUERER A AUTOFALÊNCIA.

1. Pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que o sócio somente pode ser pessoalmente responsabilizado pelo inadimplemento da obrigação tributária da sociedade se agiu dolosamente, com fraude ou excesso de poderes. 2. **O descumprimento do dever legal do administrador de requerer a autofalência (art. 8º do Decreto-lei 7661/45), por si só, não autoriza o**

pretendido redirecionamento da execução. 3. Recurso especial improvido. (BRASIL, 2006, p. 310, grifo nosso).

Firmou expressamente a inadmissibilidade da responsabilidade objetiva e, afastou a ideia de que o não pedido de autofalência por negligência do administrador pode acarretar sua responsabilização pessoal. Ainda, extrai-se que o descumprimento do dever legal de autofalência não constitui obrigatoriamente uma ofensa à legislação, sendo necessário que o sócio-gerente ou administrador tenha agido com dolo, fraude ou excesso de poderes em sua gestão. Destarte, o reconhecimento da reponsabilidade subjetiva não visa afastar a responsabilização do administrador, mas demonstra ser um meio razoável na resolução de conflitos, de forma a preservar a atividade comercial e preconizar que a regra geral é a boa-fé e lealdade do gestor, constituindo a fraude como uma exceção.

Com relação ao momento oportuno para o pedido de autofalência, diante da ausência de disposição legal nesse sentido, verifica-se decisão recente proferida pelo STF:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. INDÍCIOS. SÚMULA Nº 435 DO STJ. AUTOFALÊNCIA. 1. **A autofalência deve ocorrer quando o devedor em crise econômico-financeira julgar não atender aos requisitos para a recuperação judicial.** É, pois, a priori, uma forma regular de extinção da empresa. 2. A autofalência perde o sentido de ser quando o ingresso do pedido judicial em muito se distancia do encerramento de fato das atividades empresariais da Pessoa Jurídica. 3. Na hipótese em tela, os indícios de dissolução da empresa executada antecedem consideravelmente o pedido de autofalência, configurando hipótese de dissolução irregular. 4. É possível a responsabilização do administrador, no caso de dissolução irregular da sociedade, consoante precedentes do STJ e desta Corte, na medida em que é seu dever, diante da paralisação definitiva das atividades da pessoa jurídica, promover-lhe a regular liquidação. Não cumprido tal mister, nasce a presunção de apropriação indevida dos bens da sociedade (BRASIL, 2016, grifo nosso).

Além de estabelecido um parâmetro temporal para o pedido de autofalência, o STF estabeleceu que o não cumprimento do referido dever resulta na responsabilização do administrador, e, que a continuidade da empresa ou sua dissolução irregular presumem a ocorrência de algum ilícito, tal como apropriação de bens em detrimento da empresa.

Quando requerido em momento oportuno, ou seja, diante da inviabilidade da recuperação, o procedimento falimentar tem como objetivo resguardar o patrimônio do devedor utilizado para o adimplemento de obrigações, oportunizando a venda e continuidade da empresa por meio de outros diretores e gestores, não havendo prejuízo ao cumprimento da função social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo analisou a teoria do *deepening insolvency* e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, verificando os requisitos para seu reconhecimento e o tipo de responsabilização civil do administrador que deixa de requerer a autofalência no momento oportuno. A legislação brasileira determinou o pedido de autofalência como um dever, mas, deixou de estipular uma sanção ao seu descumprimento e, omitiu-se quanto ao momento para o requerimento. Verificou-se que é possível a responsabilização pessoal do administrador, nos termos do art. 82 da LRF, quando este age com dolo, fraude ou excesso de poderes, visando à manutenção irregular da empresa para auferir lucros, agravando ainda mais o estado de insolvência.

Os tribunais se posicionam pela admissibilidade da responsabilização subjetiva do administrador, por sua culpa ou dolo na continuidade da empresa e na ausência ou demora do pedido de autofalência. O administrador tem a chance de comprovar que agiu no melhor interesse da empresa e dos credores visando solucionar a insolvência e restaurar a atividade da empresa, por meio de medidas que não foram eficientes. Outrossim, garante a punição dos administradores que agiram com fraude ou excesso de poderes e que mantiveram a empresa, omitindo informações e visando lesar terceiros, conquanto, a responsabilização do agente pelo caso concreto não permite o detrimento do princípio da função social.

Conclui-se, por meio da análise, que há aplicação do *deepening insolvency* no Brasil, fortalecendo as premissas do princípio da função social da empresa sem ferir a livre iniciativa inerente ao empresário, uma vez que corrobora seu dever de diligência à atividade exercida, responsabilizando-o pelos atos cometidos em detrimento da empresa e de terceiros, e incentiva-o a agir com boa-fé, lealdade e transparência na gestão de seu negócio.

O estudo teve como limitações a não possibilidade de análise de todos os julgados dos tribunais estaduais, mas apenas decisões paradigmáticas no que tange ao STJ e ao STF. Assim, sugere-se um estudo mais aprofundado nos demais, inclusive com mensuração quantitativa.

REFERÊNCIAS

ABBOTT, Neil S.; RADASEVICH, Robert; SHAPIRO, Keith J. **A deeper look at deepening insolvency**. Chicago: De Paul Business & Commercial Law Journal, 2006.

ADAMEK, Marcelo Vieira Von. **Responsabilidade civil dos administradores de S/A e as ações correlatas**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República da Casa Civil, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 jun. 2019.

_____. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 25 out. 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm. Acesso em: 14 abr. 2020.

_____. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre sociedades por ações. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 15 de dezembro de 1976. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16404consol.htm. Acesso em: 14 abr. 2020.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário da União**, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://>

www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 20 jun. 2019.

_____. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 9 fev. 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 20 jun. 2019.

_____. Lei nº 12.846/2013, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1 ago. 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm. Acesso em: 14 abr. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). Recurso Especial nº 757.918 Rio Grande do Sul. Processo Civil. Execução Fiscal. Responsabilização pessoal do sócio gerente da empresa. Dever de requerer a autofalência. Recorrente: Fazenda Nacional. Recorrido: Image Laboratório Fotográfico Ltda. Relatora: Ministra Eliana Calmon, 13 dez. 2005. **Diário de Justiça**, 20 fev. 2006. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7175602/recurso-especial-resp-757918-rs-2004-0083347-0/inteiro-teor-12908414?ref=serp>. Acesso em: 30 mar. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo nº 979.607 / Paraná. Agravo de Instrumento. Tributário. Execução fiscal. Redirecionamento. Dissolução irregular. Índícios. Súmula nº 435 do STJ. Autofalência. Recorrente: José Augusto Correa Sandreschi. Recorrido: União. Relator: Ministro Roberto Barroso, 1º ago. 2016. **Diário de Justiça eletrônico**, 9 ago. 2016. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28979607%2ENUME%2E+OU+979607%2ED-MS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/vxdtu6y>. Acesso em: 30 mar. 2020.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**: direito de empresa. 17. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- _____. **Manual de direito comercial**: direito de empresa. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- DINIZ, Maria Helena. **Lições de direito empresarial**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo. **Resumo de direito comercial (empresarial)**. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- GIRGIS, Jassmine. **Deepening insolvency in Canada?** Montreal: McGill Law Journal, 2008.
- HEATON, J. B. **Deepening Insolvency**. Iowa: The Journal of Corporation Law, 2005.
- MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro**: falência e recuperação de empresas. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2016. v. 4.
- MILLNER, Robert B.; NEELY, Sally; REED, Michael H. **Potential liability for deepening insolvency and breach of fiduciary duty to creditors**. In: ABA SECTION OF LITIGATION ANNUAL CONFERENCE, 2007. **Anais...** 11-14 Apr. 2007. Disponível em: <https://www.iiiglobal.org/sites/default/files/robertmillner.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2020.
- NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa**: recuperação de empresas e falência. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 1.
- _____. **Manual de direito comercial e de empresa**: recuperação de empresas e falência. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 3.
- REIS, Juliana de Freitas. **Deepening Insolvency**: a obrigatoriedade do pedido de autofalência. 2011. Artigo Científico (Magistratura) – Es-

cola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.

RICHMOND, Douglas R.; LAMBERTH, Rebecca; DELAWALLA, Ambreen. **Lawyer liability and the vortex of deepening insolvency**. Saint Louis: Saint Louis University Law Journal, 2006.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Instrumento nº 2262783-83.2018.8.26.0000**. Processual civil. Agravo Interno. Ação de Locupletamento Ilícito. Gratuidade processual. Agravante. Hipossuficiência econômica. Não comprovação. Elementos Incompatíveis com a propalada necessidade. Favor legal. Indeferimento. Decisão combatida. Manutenção. Agravo não provido. 19ª Câmara de Direito Privado. Agravante: Wilson Flávio Barbosa & Cia LTDA ME. Agravado: Cintia Melo de Sousa. Relator: Tavares de Almeida, 21 fev. 2019. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=12245280&cdForo=0>. Acesso em: 30 mar. 2020.

THOMPSON, David C. **A Critique of deepening insolvency: a new bankruptcy Tort Theory**. Palo Alto: Stanford Journal of Law, Business and Finance, 2007.

WALD, Arnaldo. A culpa e o risco como fundamento da responsabilidade pessoal do diretor de banco. **Revista de informação legislativa**, v. 15, n. 58, p. 139-156, abr./jun. 1978. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181030>. Acesso em: 20 fev. 2020.

EFEITO JURÍDICO DA EMANCIPAÇÃO CIVIL PARA TOMAR POSSE EM CONCURSO PÚBLICO

*Luciano Monti Favaro*⁵⁵

INTRODUÇÃO

A menoridade, nos termos da legislação civil brasileira, cessa aos dezoito anos completos quando, então, a pessoa natural ficará habilitada à prática de todos os atos da vida civil. Trata-se da aquisição da capacidade civil plena. Essa capacidade pode ser antecipada antes da idade legalmente estabelecida por intermédio do instituto da emancipação cujas hipóteses estão previstas no artigo 5., parágrafo único, do Código Civil Brasileiro.

A emancipação não é um instituto novo decorrendo do direito romano quando se verificava a possibilidade por meio da *venia aetatis*. No Código Civil brasileiro de 1916, a emancipação também já se fazia presente sendo que o legislador do Código Civil de 2002 pouco inovou nas hipóteses de emancipação. Desde sua origem, os efeitos decorrentes da emancipação são para a prática de todos os atos da vida civil. Assim, não se verificava a possibilidade de extensão de seus efeitos a outros ramos do direito. Ocorre que, recentemente, tem se verificado discussões sobre os efeitos dessa emancipação em outras áreas.

55 Doutor em Direito e Políticas Públicas. Professor de Direitos Humanos e Direito Societário. Consultor no Escritório Favaro Consultoria e Contabilidade.

Na presente pesquisa, intenta-se analisar se o efeito civil da emancipação pode ser estendido para o ramo do direito administrativo a fim de que um menor, emancipado, tenha o direito a tomar posse em concurso público. É cediço que na legislação federal, a qual estabelece o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, previu-se como requisito básico para investidura em cargo público a idade mínima de dezoito anos. Outras legislações estaduais, que possuem o mesmo objetivo, também estabelecem quesito idêntico. Além disso, os editais dos certames também preveem a idade mínima de dezoito anos para que o candidato tome posse no concurso público, caso venha ser aprovado.

Diante dessas legislações que tratam de regras especiais, poderia a legislação civil sobrepor-se a elas a fim de que o menor emancipado possa tomar posse em um concurso público na qual tenha obtido aprovação? Esse é o questionamento que se intenta responder por esse artigo trabalhando-se com a hipótese de que se o efeito da emancipação é a antecipação da capacidade civil plena para todos os atos da vida civil, então não há se falar de sua extensão para a assunção de posse em concurso público, caso haja lei especial que estabeleça a necessidade de uma determinada idade.

O artigo se pauta, assim, em dois objetivos específicos. O primeiro consiste em analisar o instituto da emancipação civil e as hipóteses de se emancipar previstas na legislação civil. Após, adentra-se ao cerne do problema de pesquisa a ser enfrentado no trabalho do qual decorrerá a análise de decisões judiciais que tiveram por finalidade enfrentar o tema o qual, no entanto, não está pacificado na jurisprudência.

Para o desenvolvimento desta pesquisa utiliza-se a metodologia descritiva bibliográfica mediante a qual se responderá ao problema levantado e à hipótese indicada. O trabalho se baseia em estudos doutrinários e em pesquisa de decisões judiciais proferidas na justiça federal e pelo Superior Tribunal de Justiça.

1. EMANCIPAÇÃO CIVIL

O vigente Código Civil brasileiro representou um avanço e adequação aos códigos civis modernos no tocante ao estabelecimento do alcance da maioria civil aos dezoito anos. Antes, durante as Ordenações Filipinas,

que regeram o direito civil brasileiro, a maioria civil fora fixada aos vinte e cinco anos. Uma lei de 31 de outubro de 1831, no entanto, acabou por reduzir a menoridade para vinte e um anos, “tornando o Brasil um dos primeiros países a acompanhar o modelo francês de 1804, o Código Napoleão”. Na América Latina dois outros códigos precederam a lei brasileira que fixara a idade de vinte e um anos, a saber: o Código do Haiti, de 1825, e o código da Bolívia, no ano de 1831. Essa idade foi mantida no Código Civil de 1916 que perdurou até a entrada em vigor do Código Civil de 2002 (SIDOU, 2004, p. 126).

No artigo 5º do vigente código civil estabeleceu-se que a menoridade cessa aos dezoito anos completo, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil. No parágrafo único desse mesmo dispositivo foram previstas as hipóteses de emancipação civil, que pode ser conceituada como a maneira de se antecipar a capacidade civil plena da pessoa natural, antes da idade legalmente estabelecida.

Interessante observar que para Sidou (2004, p. 128) a emancipação pode se manifestar de dois modos: um decorre naturalmente resultante do advento da idade; e o outro decorre do reconhecimento dos efeitos dos atos da vida civil antes da idade fixada no Código Civil a qual se denomina de emancipação antecipada. A conceituação definida nesse artigo, aceita pela atual doutrina civilista, refere-se à emancipação antecipada citada por Sidou, que lembra tratar-se de um instituto que já era previsto no direito romano com o nome de *venia aetatis*, significando a favor da idade. Esse instituto fora formalizado por Constantino e consistia num benefício imperial, “deferido ante cada postulação, o que, uma vez obtida, propiciava ao menor investir, por si próprio, nos atos da vida civil” (SIDOU, 2004, p. 128).

A emancipação civil prevista no Código Civil brasileira traz a mesma ideia do direito romano. Uma vez emancipado, o menor passará a ter a plena capacidade civil com reflexo em todos os sub-ramos do direito civil, a saber: direito das obrigações, das coisas, família, sucessões e, até mesmo, no ramo do direito empresarial. Ao ser emancipado, o menor poderá exercer todos os atos da vida civil independentemente de representação ou assistência de seus pais ou responsáveis legais. Diferencia-se do instituto da emancipação romana à medida em que a legislação brasileira não faz diferença de tratamento em relação ao sexo, “importando a maioria

civil, tanto para o homem quanto para a mulher, em aquisição automática da capacidade de fato” (PEREIRA, 2020, p. 246).

De acordo com o Código Civil brasileiro há três formas de emancipação civil: a voluntária, a judicial e a legal. A emancipação voluntária consiste na concessão, pelos pais, da emancipação civil ao filho. Trata-se, assim, de um ato de livre convencimento dos progenitores, ato este que não pode ser suprido judicialmente. De acordo com o dispositivo legal, a emancipação voluntária se dará pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, se o menor tiver dezesseis anos completos. Desse dispositivo decorre, portanto, que o emancipado deve possuir dezesseis anos completos à data da emancipação e que esta se dará por meio da forma pública devendo ser registrada em registro público, a teor do disposto no artigo 9º, II, do Código Civil.

Interessante observar que o Código Civil de 1916 autorizava a emancipação voluntária por concessão do pai, ou, se fosse morto, da mãe, se o menor contasse dezoito anos completos. Doutrinadores lembram que esse dispositivo se afigurava como inconstitucional, à luz do princípio da igualdade, pois não conjugava a vontade de ambos os progenitores (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2020, p.153). O Código Civil atual veio corrigir essa desigualdade ao estabelecer que emancipação voluntária se dará pela vontade de ambos os progenitores. Dessa feita, a expressão “de um deles na falta do outro” não pode ser entendida como possibilidade de se dispensar a vontade de um dos progenitores se este não estiver de acordo, mas tão somente deve ser interpretada nos casos de morte ou ausência do outro progenitor, afinal, com o Código Civil de 2002, cabe aos progenitores – e não unicamente ao pai – o poder familiar, consoante dispõe o artigo 1.631 do Código Civil. Se houver divergência entre eles, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para a solução do desacordo (1.631, parágrafo único, Código Civil). Isso não significa dizer que um deles poderá adotar a medida que julgar necessária sem levar em consideração a vontade do outro.

A segunda forma de emancipação é a judicial consistente naquela concedida por meio de sentença judicial. Nesse caso, trata-se do menor que, com dezesseis anos completo, não possua ambos os pais e que esteja sob tutela. A oitiva do tutor, bem como do Ministério Público são

imprescindíveis, mas a decisão caberá ao juiz o qual analisará o pleito e, entendendo a necessidade, deferirá a emancipação. Posteriormente, o juiz deverá, de ofício, comunicar a emancipação ao oficial de registro. Antes desse registro, a emancipação não produzirá efeito, a teor do disposto no artigo 91 da Lei de Registros Públicos brasileira (Lei nº 6.015, de 1973).

Por fim, descreve-se no código civil as hipóteses de emancipação legal. A primeira delas é pelo casamento. “Aquele que assume a responsabilidade da direção do lar não deve, simultaneamente, achar-se submetido à autoridade alheia” (PEREIRA, 2020, p.246), razão por que previu o legislador que será emancipado. Importa observar que a idade mínima para o casamento, definida no código civil, é de dezesseis anos, mas desde que se obtenha a autorização de ambos os pais ou representantes legais, a teor do previsto no artigo 1.517. Concedida a autorização pelos pais e/ou representantes legais e casando-se, o menor se emancipará antecipando, assim, a “plena capacidade jurídica, estando implícita a manifestação de vontade dos pais ou representantes legais de emancipar o(s) menor(es) nubente(s)” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2020, p.v154).

Nesse ponto cabe uma reflexão. Tendo os pais concedido a autorização para o casamento, poderiam, ao invés da autorização, já emancipar o menor com dezesseis caracterizando-se a emancipação voluntária. Com o advento da Lei nº 13.811, de 12 de março de 2019, por meio da qual se alterou o artigo 1.520 do Código Civil, não se admite mais, em qualquer caso, o casamento de quem não atingiu a idade núbil, que é a idade de dezesseis anos prevista no artigo 1.517. Antes admitia-se excepcionalmente o casamento de quem não alcançara a idade núbil para fins de evitar a imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez. Com a revogação desse dispositivo, a idade mínima para casamento sempre será dezesseis anos, que é a mesma idade para que se conceda a emancipação voluntária pelos progenitores.

Dessa feita, a emancipação legal pelo casamento acaba por se tornar uma hipótese remota de se ver aplicada na prática por dois motivos: o primeiro justamente pela possibilidade de os progenitores já emanciparem o menor com dezesseis anos, ao invés de apenas autorizarem o seu matrimônio; o segundo por ser cada vez mais raro, na sociedade brasileira, o casamento civil de menores de dezoito anos. De todo modo, em havendo a autorização e o menor, com dezesseis anos – idade núbil –, que vier a

contrair matrimônio, se emancipará. Caso haja divergência entre os pais para a concessão dessa autorização que se insere no poder familiar, poderá qualquer deles recorrer ao juiz para a solução do desacordo, consoante previsto no citado parágrafo único do artigo 1.631 do Código Civil.

A segunda hipótese de emancipação legal se dá pelo exercício de emprego público efetivo. A expressão “emprego público” utilizada no dispositivo “não é a mais adequada, uma vez que limita, tecnicamente, a finalidade da norma”. Isso porque a expressão, por uma interpretação filológica, aparenta restringir o caso de emancipação apenas a hipótese de contrato de emprego público regidos, portanto, pela consolidação das leis trabalhistas. Essa não é a melhor exegese do dispositivo que deve interpretado como causa especial de emancipação todas as hipóteses “de provimento efetivo em cargo ou emprego público, não importando a atecnia” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2020, p.155). Havendo, portanto, nomeação em cargo público efetivo o menor se emancipará. O dispositivo não alcança os cargos em comissão ou funções públicas temporárias, devendo se tratar, reitera-se, de cargo público efetivo (FARIAS; ROSENVALD, 2020, p.444).

Essa hipótese de emancipação legal não resolve o problema de pesquisa desse artigo, pois trata dos casos em que um certame público prevê idade menor de dezoito anos para ingresso na carreira. Sendo nomeado no certame com essa idade, o menor se emancipará em decorrência desse dispositivo legal. Cita-se, como exemplo, concursos para carreira das forças armadas que preveem idade inferior a dezoito anos. Cabe registrar que, para fins militares, estabeleceu-se no artigo 73 da Lei nº 4.375, de 1964, que cessa a incapacidade civil do menor na data em que completar dezessete anos. A doutrina entende que se trata de uma finalidade especial – para efeito do Serviço Militar – não implicando efeitos em outras áreas (FARIAS; ROSENVALD, 2020, p.446-447).

Observa-se que, diferente das hipóteses anteriores, não se estabeleceu nesse dispositivo civilista idade mínima para a emancipação legal. Malgrado essa não previsão, há entendimento de que “a emancipação, em todas as suas categorias, pressupõe que o adolescente conte com, pelo menos, dezesseis anos de idade, pressupondo um senso mínimo de compreensão intelectual e psicológica” (FARIAS; ROSENVALD, 2020, p. 445). De todo modo, importa reconhecer que muito dificilmente haverá um con-

curso público que contrate menor de dezesseis anos de idade, mormente pelo fato de que essa é a idade mínima fixada para filiação ao regime geral da previdência social na condição de segurado, consoante disposto no Decreto nº 3.048, de 1999, excetuando-se a possibilidade de filiação do aprendiz, a partir dos quatorze anos de idade.

Outra hipótese de emancipação legal prevista no parágrafo único do artigo 5º é pela colação de grau em ensino superior. Essa remota hipótese tampouco estabelece idade mínima para a emancipação, bastando que ocorra a colação de grau – e não o ingresso – no ensino superior. Por essa razão, “dificilmente alguém se emancipará presentemente por essa forma, dada a considerável extensão dos cursos (1º e 2º graus superior). Quando vier a receber o grau, o estudante terá certamente atingido a maioria” (MONTEIRO, 2003, p.69). Não terá o mesmo efeito “a conclusão de curso de outra natureza, em grau médio, técnico ou profissionalizante” (PEREIRA, 2020, p.247). De todo modo, conquanto rara, a hipótese é factível quando, por exemplo, “se imagina uma pessoa superdotada que, através de decisão judicial em razão de sua condição diferenciada, foi autorizada a avançar na sua formação escolar” (FARIAS; ROSENVALD, 2020, p.445).

Por fim, previu-se como forma de emancipação legal o estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria. No Código Civil de 1916 previa-se unicamente a emancipação pelo estabelecimento civil ou comercial. Inovou-se com o Código Civil de 2002 ao se estender a hipótese também ao menor, com dezesseis anos de idade, que, possuindo uma relação de emprego, venha a ter economia própria.

Esse dispositivo, portanto, prevê dois modos de emancipação. O primeiro trata da possibilidade de o menor estabelecer-se civil ou comercialmente. Sobre esse modo, pondera que não deve haver uma capacidade comercial e outra civil. “O menor que se estabelecer com 16 anos em negócio civil, adquire capacidade; o menor que se estabelecer com 16 anos em negócio comercial, também adquire capacidade. O contrário seria um *nonsense*, afetando, inclusive, o preceito constitucional de que todos são iguais perante a lei” (REQUIÃO, 1998, p. 85-86). A expressão “estabelecimento comercial”, crê-se, não é a mais adequada a ser utilizada após o

advento da teoria da empresa prevista no Livro II do próprio Código Civil de 2002. A mais adequada, considerando essa teoria, deveria ser “pelo estabelecimento de atividade de empresa”.

Ademais, “vale ressaltar que esta hipótese de emancipação diz respeito apenas ao exercício em nome próprio da atividade, e não à condição de sócio de qualquer sociedade empresarial” (TOMAZETTE, 2020, p. 76). Disso decorre que a capacidade civil para ser empresário no Brasil se adquire aos dezesseis anos, haja vista a possibilidade de emancipação, pois, conseqüentemente, o menor terá economia própria. “A partir desta idade, qualquer pessoa, que não incorra em outra hipótese de incapacidade, pode se tornar empresário” (TOMAZETTE, 2020, p. 76). Por outro lado, o fato de um menor ser sócio em uma sociedade – possibilidade esta prevista no artigo 974, § 3º, do Código Civil – não o emancipará.

O outro modo previsto para a emancipação decorre da relação de emprego, mas, por óbvio, o menor, com dezesseis anos, deverá ter economia própria. Não basta que possua uma relação de emprego, mister que, em razão dela, o menor tenha economia própria. Em razão disso, aparenta ser “difícil imaginar que, com tal idade, alguém consiga um posto de trabalho que lhe permita ter economia própria” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2020, p.157). Por essa razão, dificulta a obtenção de meio de prova que comprove a emancipação no quesito da economia própria. A carteira de trabalho, devidamente assinada, pode ser reconhecida como um documento hábil a comprovar a emancipação legal, que, obviamente, perdurará ainda que o empregado menor venha a ser despedido antes de completar dezoito anos.

De todo modo, ainda pende a prova quanto à questão da economia própria. Alguns doutrinadores entendem que, em razão desse requisito, descarta-se, “*a priori*, os contratos de aprendizagem (art. 428 da CLT) e os de jornada a tempo parcial (art. 58A da CLT), que admitem contratação com remuneração por valores inferiores ao salário-mínimo legal” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2020, p.157). Bastaria então, para comprovar essa hipótese de emancipação legal, que a contratação se dê por intermédio da assinatura da carteira de trabalho e que o menor aufera ao menos um salário-mínimo? Essas condicionantes não estão estabelecidas na legislação civil, mas não faria sentido um menor ser considerado emancipado pelo simples fato de possuir carteira de trabalho assinada e auferir

um salário-mínimo mensal, se vier a depender economicamente de seus progenitores para sobreviver e/ou pagar suas despesas com a educação, por exemplo. Cabe, portanto, avaliar em cada caso se estarão preenchidos os requisitos da emancipação.

A celebração de um contrato de trabalho com um menor exige, para sua regularidade, alguns requisitos formais, como é o caso da devida assistência dos progenitores para a celebração. Sendo essa assistência imprescindível, o caso se assemelha à emancipação legal pelo casamento na qual os pais devem autorizar o menor a contrair matrimônio. Por conseguinte, os progenitores poderão optar em emancipar o menor (emancipação voluntária) ao invés de simplesmente assisti-lo para que seja contratado. De todo modo, pode-se entender que assistindo ao menor na contratação, estará implícita a manifestação de vontade dos progenitores no sentido de emancipar o menor (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2020, p. 158).

Em quaisquer das hipóteses de emancipação, o ato é irrevogável e irretratável. Uma vez concedida, o menor estará habilitado para todos os atos da vida civil com plena capacidade civil como se houvesse atingido a maioridade. “Assim, não se restitui o menor-emancipado ao *status quo ante* no caso de eventual cessação dos efeitos do ato emancipatório” (FARIAS; ROSENVALD, 2020, p. 445). É o caso, por exemplo, do menor que, obtendo a autorização para casamento e contraindo núpcias venha, antes de completar a maioridade civil, a ter a sociedade conjugal dissolvida pela morte do outro cônjuge, pela separação ou pelo divórcio. Nesse caso, não há se falar em perda da emancipação, não afetando, assim, a capacidade civil plena adquirida.

Muda de figura, no entanto, o caso do casamento que venha ter a nulidade (nulidade absoluta) reconhecida. Sendo o casamento nulo por infringência de impedimento, “não há produção de efeitos e, consequentemente, não há emancipação” (FARIAS; ROSENVALD, 2020, p. 446). O retorno ao *status quo ante* em razão do reconhecimento da nulidade do casamento, resulta que emancipação não houve. Diferentemente é o caso do casamento anulável o qual produzirá efeitos até que lhe sobrevenha uma sentença judicial de anulação. Nesse caso, “haverá emancipação dos noivos, que não retornam ao estado anterior se reconhecida a invalidade” (FARIAS; ROSENVALD, 2020, p. 446). Há doutrinadores, no entanto,

que divergem desse entendimento explicando que, independentemente do caso (nulidade ou anulação), a emancipação somente persistirá caso o matrimônio tenha sido contraído, por um ou por ambos os cônjuges, de boa-fé – o denominado casamento putativo (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2020, p. 155).

2. EFEITOS DA EMANCIPAÇÃO CIVIL PARA A POSSE EM CONCURSO PÚBLICO

É muito comum o jargão jurídico de que o efeito produzido em determinado ramo do direito não é afeto ao outro ramo. Assim, um menor emancipado não poderia, pelo texto constitucional, candidatar-se ao cargo de vereador cargo para o qual se exige a idade de dezoito anos; tampouco poderia trabalhar em atividades insalubres, perigosas ou noturna, pois a Constituição Federal, de 1988, veda o desempenho dessas atividades por menores de dezoito anos. O menor emancipado também não passaria a ser imputável penalmente, sendo lhe aplicável o Estatuto da Criança e do Adolescente. Observa-se que esses exemplos foram todos apontados em tese, uma vez que pode haver discussões jurídicas sobre cada um deles, os quais não são o foco do presente artigo.

O cerne dessa pesquisa recai sobre a possibilidade de extensão dos efeitos da emancipação civil para um menor, emancipado, que intente tomar posse em um concurso público no qual exige a idade mínima de dezoito anos. Ao se considerar o referido jargão jurídico, os efeitos civis não se aplicariam a esse caso e, portanto, um menor, ainda que emancipado não poderia praticar o ato de tomar posse. Recentemente essa discussão traspassou a esfera acadêmica e chegou aos tribunais.

Um exemplo foi o de uma candidata que prestou o certame para auxiliar de biblioteca do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia sul-rio-grandense – IFSUL. À época dos fatos, a menor emancipada, com dezessete anos, intentou ser investida no cargo público. O IFSUL, por sua vez, negou a investidura com base no artigo 5º, V, da Lei nº 8.112, de 1990, e nas normas previstas no Edital, que estabelecem como requisito básico a idade mínima de dezoito anos. Socorrendo-se ao Judiciário, a menor alegou que, malgrado à época da posse não possuísse o requisito da idade mínima contida no edital e prevista na

legislação, havia sido emancipada voluntariamente por seus progenitores quatro meses anteriores à posse.

O caso chegou ao Superior Tribunal de Justiça – STJ, por meio do Recurso Especial 1.462.659-RS interposto pelo IFSUL. No julgado, o ministro Herman Benjamin, confirmando a decisão do TRF da 4ª Região, entendeu que:

A obrigatoriedade de idade mínima de 18 anos deve ser flexibilizada pela natureza das atribuições do cargo de auxiliar de biblioteca, principalmente porque a impetrante possuía dezessete anos e dez meses na data da sua posse, encontrava-se emancipada havia quatro meses e a atividade para qual foi nomeada é plenamente compatível com a sua idade.

O ministro ainda salientou que o código civil ao regular a capacidade e a personalidade das pessoas naturais “permite o acesso ao emprego público efetivo aos menores de dezoito anos, sendo, dessa forma, um dos requisitos para a cessação da incapacidade civil dos menores”. Ocorre que a hipótese prevista na legislação civil – conforme analisado no primeiro tópico deste artigo – refere-se aos certames nos quais a idade mínima exigida é menor de dezoito anos. Trata-se, assim, de uma hipótese de antecipação da maioridade civil pela emancipação em decorrência de o menor ter tomado posse no concurso público. Difere-se, portanto, do caso do julgado STJ no qual o certame e a legislação exigiam a idade mínima de dezoito anos e a menor, já emancipada, pleiteava a posse por entender que os efeitos da emancipação civil lhe concediam o direito a assumir o cargo público. Em suma, a menor já estava emancipada voluntariamente à época da posse, o que não é o caso do artigo 5º, parágrafo único, III, no qual a emancipação se dará pela assunção do cargo público.

Ademais, a Súmula 266 do STJ estabelece que “o diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigido na posse e não na inscrição para o concurso público”. Por essa súmula evidencia-se que a idade – requisito da habilitação legal – deve ser exigida na posse não havendo, por conseguinte, nenhuma ilegalidade por parte do IFSUL que proibisse a posse da candidata aprovada no certame. A aplicação da Súmula, no entanto, foi afastada pelo ministro Herman Benjamin, pelos ar-

gumentos expostos, negando-se, por unanimidade no âmbito da segunda turma, provimento ao recurso especial do IFSUL.

Outro caso analisado pelo STJ, anterior ao citado RE, refere-se ao Recurso em Mandado de Segurança – RMS 36.422-MT. No caso, um menor emancipado candidato ao concurso público para formação de oficiais da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso não havia atendido à idade mínima editalícia. O candidato emancipado fora excluído por não atender aos requisitos do edital de convocação para ingresso no curso de formação. O edital fora publicado no dia 10 de março de 2011, nove dias antes dele completar dezoito anos de idade.

Impetrado Mandado de Segurança, o caso chegou ao TRF da 1ª Região que, por unanimidade, denegou a segurança por entender ser “perfeitamente admissível dispor em edital sobre os limites de idade para o ingresso no quadro das Polícias Militares e do Corpo de Bombeiro Militar, se há previsão em lei, sem que isso configure afronta a preceitos constitucionais”. No argumento do Recurso Especial, o candidato alegou, em síntese, que a decisão administrativa atacada não se mostrava razoável e tampouco atendia “aos princípios que regem a Administração Pública, mormente porque já havia antecipado sua emancipação e tratava-se de inscrição em curso de formação, não de posse em cargo público”. No Parecer, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do recurso, mas, se conhecido, pelo seu desprovimento.

Na decisão, o STJ entendeu que “a atividade administrativa deve pautar-se, dentre outros, pelos princípios da razoabilidade, assim entendido como adequação entre meios e fins, e do interesse público, como vetor de orientação na interpretação de qualquer norma administrativa, inclusive editais”. Desse modo, no entender da primeira turma do STJ, a interpretação da norma foi com tal rigor no caso concreto que, “a pretexto de cumprir a lei, terminou por feri-la”.

Como argumento para defender esse posicionamento, o ministro relator levantou três argumentos: a interpretação dada desconsiderou a adequação entre meios (idade mínima) e fins (haja vista que a limitação se explica pela maioria penal, já suprida pelo transcurso temporal quando do início do curso de formação); impôs-se uma restrição em medida superior àquela estritamente necessária ao atendimento do interesse público, pois em nada interessa à sociedade ver um jovem, em tese capacitado

porque aprovado em várias etapas de um concurso público extremamente restritivo, ser impedido de ingressar nas fileiras da polícia militar por conta de literal aplicação de uma norma editalícia de questionável legalidade; não se buscou a melhor exegese da lei de maneira que melhor garantisse o atendimento do fim público a que se dirige.

Os argumentos expostos pela primeira turma do STJ nesse caso deixam margem para que o administrador faça a interpretação da norma que melhor convier ao interesse público. Trata-se de um instigante argumento, pois ao fazer a interpretação à margem da lei – para melhor atender ao interesse público –, o administrador pode adotar medidas que acabam por violar princípios constitucionais aplicáveis à administração pública, como, os da moralidade ou da impessoalidade.

Outro caso recente, foi de um candidato aprovado no concurso público para a Fundação Universidade de Brasília – FUB para o cargo de assistente em administração. Ao tomar posse, teve-a negada sob o argumento de que não atendia o requisito editalício quanto à idade. Diante da negativa, o candidato socorreu-se à Justiça Federal para reverter a decisão. Como argumento em sua defesa, alegou que o Código Civil disciplina a cessação da menoridade, sendo apto para todos os atos da vida civil a pessoa que venha a assumir cargo público.

Ao analisar o pleito, em sentença proferida em julho de 2020, a juíza federal titular da 22. Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, confirmando a medida liminar, acatou o pedido do autor sob o argumento de que: “com a edição do novo Código Civil de 2002 (art. 5º, I) não há mais dúvida de que a emancipação torna a pessoa natural capaz de praticar todos os atos da vida civil, não poderia ser exceção o prover e exercer cargo público”. Além disso expôs que se extrai do Código Civil que a “nomeação para cargo público é ato jurídico de emancipação do menor, de modo que não se pode negar *contrário sensu* que a lei prevê a possibilidade de nomear e empossar candidato menor de 18 (dezoito) anos aprovado em concurso público” (Justiça Federal da 1ª Região, Mandado de Segurança Cível 1009740-18.2019.4.01.3400). Para defender esses argumentos, a magistrada baseou-se em decisões anteriores proferidas no âmbito do TRF da 1ª Região que reconheceram o direito à posse a menores emancipados.

O argumento utilizado é, em síntese, o mesmo adotado pelo STJ no julgamento do RE 1.462.659-RS. A bem da verdade, como, geralmente,

faltam poucos meses para que o candidato complete a idade mínima editalícia, concede-se medida liminar e, quando do julgamento do mérito, verifica-se que o candidato já ultrapassou a idade mínima convalidando a decisão adotada liminarmente.

Há outras diversas decisões no sentido de reconhecer os efeitos da emancipação civil para fins de que um candidato aprovado em um certame tome posse. Em sua maioria, essas decisões baseiam-se no dispositivo do código civil que prevê como cessação da incapacidade o exercício de emprego público efetivo. Ocorre que, conforme já exposto, esse dispositivo se refere ao caso de concursos públicos que admitem a contratação de pessoas com idade inferior a dezoito anos.

Se a legislação especial que rege a contratação de servidores públicos exige a idade mínima de dezoito anos, estender os efeitos da emancipação civil para fins de contratação de menor emancipado pode gerar violação a princípios constitucionais, pois cria uma excepcionalidade não prevista na legislação. Mais coerente que os certames passassem, então, a prever nos editais a idade mínima de dezoito anos ou de menor emancipado.

Ademais, poderia surgir o questionamento de qual seria a idade que um menor emancipado poderia tomar posse em um concurso público. Na linha de entendimento das decisões referenciadas não parece razoável que seja acima dos dezesseis anos. Considerando que há hipótese de emancipação que não exige idade mínima, é possível que um menor de dezesseis anos – emancipado por ter colado grau em ensino superior em razão de ser pessoa superdotada e ter uma condição diferenciada – venha a passar em um concurso público e almeje tomar posse requerendo, para tanto, guarida do Poder Judiciário. Casos assim podem vir a ser enfrentados via judicial, razão pela qual mister pacificar se a excepcionalidade que se está a criar teria um certo limite de idade – o que não parece razoável.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa pautou-se na análise da extensão do efeito civil da emancipação para fins de um menor, emancipado, tomar posse em certame público na qual fora aprovado. Consoante as decisões judiciais mencionadas, tem-se deferido a posse, malgrado a legislação especial e/ou as regras editalícias aplicáveis à contratação de servidores públicos disponha de modo diverso. O fundamento utilizado, em síntese, é a de que no próprio

Código Civil se estabeleceu a cessação da menoridade pelo exercício de emprego público efetivo.

A interpretação dada pelo Poder Judiciário, conquanto prime por assegurar direitos do candidato aprovado, acaba por criar certa desigualdade não prevista na legislação, pois pode excluir do certame outros candidatos que, ainda que não emancipados, poderiam emancipar-se para tomar posse no concurso, algo que não está previsto na legislação, tampouco nas regras editalícias. Desse modo, não é razoável sobrepor a legislação civil às normas especiais e editalícias, que estabelecem regras da idade mínima para posse nos concursos públicos.

Os efeitos da emancipação, como bem delineado no código civil, são para todos os atos da vida civil. A contratação, por óbvio, se insere nesses atos. Ocorre que “tomar posse” em um concurso público é ato específico do direito administrativo que não se confunde com o direito civil. Para fins de extensão desses direitos, mister, então, que houvesse igualdade a todos os pretensos candidatos e não apenas aqueles que pleiteiam seus direitos judicialmente.

Confirma-se, portanto, a hipótese levantada de que sendo o efeito da emancipação a antecipação da capacidade civil para os atos da vida civil, então não há se falar de sua extensão para a assunção de posse em concurso público, pois há lei especial que rege a matéria. Melhor então, para evitar desigualdades, que se passasse a discutir redução na maioria civil ou delimitações claras dos efeitos da emancipação em outras áreas do direito.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. RE 1.462.659-RS. DJe 04.02.2016.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. RMS 36.422-MT. DJe 04.06.2013.

_____. **Justiça Federal da 1ª Região**. MSC 1009740-18.2019.4.01.3400. Sentença proferida em 16.07.2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. Vol.1, 18.ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. Vol.1. 22.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil – parte geral**. Vol.1. 39.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil: introdução ao direito civil: teoria geral de direito civil**. Vol. I. 33.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. Vol.1. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- SIDOU, J. M. Othon. O ingresso na maioridade (à luz do código civil e do direito comparado). *In: Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. v.20, n.26, p.125-131, jul./dez., 2004.
- TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. 11.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CONTRATO DE NAMORO: UM DIVISOR ENTRE A UNIÃO ESTÁVEL E O NAMORO QUALIFICADO?

*Marcela Azarias Rodrigues*⁵⁶

*Thaís e Silva Albani*⁵⁷

INTRODUÇÃO

As famílias contemporâneas são entidades afetivas dinâmicas, pelas quais se busca, acima de tudo, a realização e o desenvolvimento pessoal de seus membros. Não se tem, como outrora, regras a serem seguidas, cumprindo aos indivíduos decidirem, por si só, qual organização melhor se amoldará à rotina familiar. Nesse cenário, tornou-se cada vez mais comum a identificação de famílias que se utilizam de contratos como forma de moldar a sua existência e organização, impondo limites de ordem patrimonial e existencial aos membros, em nítido exercício da autonomia privada e liberdade contratual. Há que se ressaltar, também, que, em sentido oposto, tem se tornado mais usual a realização de pactuações cuja primordial finalidade é, justamente, negar a existência de qualquer vínculo familiar entre dois ou mais sujeitos, como ocorre, por exemplo, nos chamados “contratos de namoro”.

56 Graduanda do curso de Direito da Universidade Estadual de Londrina.

57 Graduanda do curso de Direito da Universidade Estadual de Londrina. Vinculada ao Projeto de Pesquisa “Contratualização das Relações Familiares e das Relações Sucessórias” da Universidade Estadual de Londrina, coordenado pela Prof.^a Dr.^a Daniela Braga Paiano.

Estes buscam principalmente obstar a caracterização da união estável e, em consequência, a aplicação de seus efeitos. Entretanto, nesse contexto, surge o seguinte questionamento: poderia a vontade das partes afastar o reconhecimento de uma entidade familiar constitucionalmente reconhecida e originada a partir de situações fáticas, sem a necessidade de um reconhecimento formal?

O presente trabalho pretende, por meio de uma pesquisa qualitativa, utilizando-se do método dedutivo, analisar, após a diferenciação entre a união estável e o namoro qualificado, as nuances do contrato de namoro, e verificar se este possui o condão de mitigar o reconhecimento da união estável, com a aplicação de seus efeitos.

1. A UNIÃO ESTÁVEL COMO ENTIDADE FAMILIAR

O modo pelo qual as relações afetivas se transformam com o evolover do tempo, ocasionando rupturas com concepções tradicionais de família, dinamizam a sociedade e impõem ao Direito o constante desafio de não apenas conceber novos institutos jurídicos, mas também promover a releitura daqueles já consagrados. Por muito tempo, no Brasil, a concepção de família que recebeu o devido amparo pela ordem jurídica, possibilitando efeitos sucessórios e patrimoniais, era aquela constituída através do casamento, celebrado com todas as suas formalidades. Nesse sentido, o artigo 229 do Código Civil de 1916 estabelecia o casamento como criador da família legítima (BRASIL, 1916).

Por outro lado, a união prolongada entre homem e mulher, sem que estivessem casados, recebeu a denominação de concubinato (GONÇALVES, 2019, *on-line*). Como é possível imaginar, tendo em vista este cenário, poucos direitos decorriam das relações constituídas desta forma.⁵⁸ O Código Civil de 1916 criava, na realidade, restrições a doações e disposições testamentárias, por exemplo, que visassem beneficiar a concubina de homem que estivesse legalmente casado (GONÇALVES, 2019, *on-line*). Gradativamente, porém, o Direito, atento às mudanças no pensamento

58 Sobre este aspecto, pode-se mencionar que o Código Civil de 1916 previa a possibilidade de o filho entendido como ilegítimo demandar em face do suposto genitor ou seus herdeiros para reconhecimento de filiação quando, na época da concepção, sua mãe fosse concubina do pretendido pai (artigo 363, I) (BRASIL, 1916).

social, passou a melhor aceitar e validar certas formas de concubinato, procurando afastar a ótica de marginalização que incidia sobre ele. Carlos Roberto Gonçalves (2019, *on-line*) explica que a legislação previdenciária foi a primeira a assimilar certos direitos à concubina. Com o tempo, a jurisprudência teria admitido outros, “como o direito à meação dos bens adquiridos pelo esforço comum” (GONÇALVES, 2019, *on-line*).

O longo caminho trilhado resultou, finalmente, na adoção pela Constituição Federal de 1988 de uma visão de família mais ampla, com o pleno reconhecimento, em seu artigo 226, parágrafo terceiro, das uniões estáveis, constituídas sem as formalidades do casamento, como entidade familiar (BRASIL, 1988).

Na redação do mencionado dispositivo, o constituinte optou por utilizar a expressão “união estável” em vez do termo “concubinato”⁵⁹, em razão da carga depreciativa assumida por este último na visão popular. Rodrigo da Cunha Pereira (2016) é preciso ao indicar que para leigos a palavra concubinato não representa apenas uma forma de vida, mas traz consigo a ideia de relação desonesta. Afastando-se desta concepção, portanto, o texto constitucional procurou conferir maior legitimidade às famílias formadas de tal modo.

Considera-se, assim, que a união estável, admitida pelo ordenamento jurídico brasileiro, é uma entidade familiar, “[...] configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”, consoante o artigo 1.723 do Código Civil (BRASIL, 2002). Nas palavras de Euclides de Oliveira (2005, p. 17), “A comunhão de vida que se estabelece por essa via informal tem por objetivo a mútua felicidade e a formação de uma família, sem necessidade de intervenção cartorária ou judicial.”

Aponte-se que o requisito “homem e mulher”, constante tanto na Constituição quanto no Código Civil para a definição de uma união estável, foi afastado, em 2011, pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132/RJ, em que se admitiu a

59 Atualmente, a palavra “concubinato” nomeia, de acordo com Gonçalves (2019, *on-line*), as relações que se desenvolvem entre pessoas casadas, que inobservam o dever de fidelidade. Porém, caso a pessoa esteja separada de fato, poderá constituir união estável regularmente, conforme o artigo 1.723, §1º, do Código Civil (BRASIL, 2002).

união de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar (AZEVEDO, 2019, *on-line*).

Traçado um panorama acerca do reconhecimento da união estável, importa destacar algumas de suas características, tarefa essencial para o desenvolvimento deste estudo, tendo em vista que suas particularidades serão decisivas para a distinção entre a união estável e outras formas de relação.

O primeiro aspecto relevante a ser mencionado é a convivência *more uxório*, isto é, o casal viver como casados. De acordo com Gonçalves (2019, *on-line*), por essa característica, entende-se ser indispensável a comunhão de vidas, tanto em sentido material quanto imaterial. Deve existir, assim, “mútua assistência material, moral e espiritual, a troca e soma de interesses da vida em conjunto, atenção e gestos de carinho [...]” (GONÇALVES, 2019, *on-line*). Zeno Veloso (2016), por sua vez, destaca que, embora não se exija que os companheiros morem numa mesma casa, é essencial que os parceiros vivam como se fossem cônjuges, numa aparência de casamento, numa comunhão de vida.

Outro importante elemento para configuração da união estável é o *affectio maritalis*, isto é, “o ânimo ou objetivo de constituir família” (GONÇALVES, 2019, *on-line*). Deve existir, segundo Zeno Veloso (2016), a convicção de que se está formando verdadeira entidade familiar, com a assunção de direitos e deveres pessoais e patrimoniais semelhantes àqueles que advêm do casamento.

Não se pode olvidar, ainda, que a união estável deve ser notória; contínua, sem interrupções expressivas; e duradoura, ou seja, embora não exista um tempo mínimo para que se possa considerar uma relação como união estável, é imprescindível que haja algum tempo de convivência (VELOSO, 2016, *on-line*). Similarmente, Azevedo (2004, p. 53), ao tratar do conceito de união estável, explicita que

Outro elemento conceitual é a convivência pública, contínua e duradoura entre os companheiros, devendo a união estável, como um fato social, a ser evidenciada publicamente, tal como acontece com o casamento, no qual os parceiros são conhecidos no local em que vivem, nos meios sociais, principalmente de sua comunidade, junto aos fornecedores de produtos e serviços, apresentando-se,

enfim, como se casados fossem. Diz o povo, em sua linguagem autêntica, que só lhes falta o “papel passado”.

Em que pesem as características mencionadas serem facilmente compreendidas na teoria, no campo prático a identificação destes elementos e o reconhecimento da união estável nem sempre ocorre sem problemas. É que, como será visto a seguir, na esteira das diversas transformações sociais, atualmente muitos namoros também incorporam semelhantes aspectos, tornando, muitas vezes, sutil a diferença entre namoro e união estável.

2. O NAMORO QUALIFICADO E O CONTRATO DE NAMORO

Antes de se cogitar o casamento ou o início de uma união estável, é normal e já esperado que o casal passe pela fase no namoro. A palavra *namoro*, segundo Oliveira (2005, p. 13), vem do latim *in amore* e indica que por parte do casal há intenções mais sérias. É por meio dele que “Surge entre os enamorados uma cumplicidade no envolvimento porque passam a ter interesses comuns e um objetivo ainda que longínquo de formarem uma família a dois” (OLIVEIRA, 2005, p. 13).

De acordo com Carlos Alberto Dabus Maluf e Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf (2018, *on-line*), não há requisitos constantes em lei para configuração de um namoro. Assim, na visão destes autores, para o início desta forma de relação é suficiente que “duas pessoas iniciem um relacionamento amoroso, o que abrange desde encontros casuais até relacionamentos mais sérios, em que há publicidade, fidelidade e uma possível intenção de casamento ou constituição de união estável no futuro” (MALUF; MALUF, 2018, *on-line*).

Nos relacionamentos mais sérios, marcados pelo profundo estreitamento das relações, é plenamente possível que o namoro represente uma convivência pública, contínua e duradoura, com ares de união estável, trazendo, com isso, dificuldades para a distingui-los. Nesse sentido, Veloso (2016, *on-line*), ao comentar os pontos de similitude, destaca que

Nem sempre é fácil distinguir essa situação de outra, o namoro, que também se apresenta informalmente no meio social. Numa

feição moderna, aberta, liberal, especialmente se entre pessoas, adultas, maduras, que já vêm de relacionamentos anteriores (alguns bem sucedidos, outros nem tanto), eventualmente com filhos dessas uniões pretéritas, o namoro implica, igualmente, convivência íntima - inclusive, sexual -, os namorados coabitam, frequentam as respectivas casas, comparecem a eventos sociais, viajam juntos, demonstram para os de seu meio social ou profissional que entre os dois há uma afetividade, um relacionamento amoroso. E quanto a esses aspectos, ou elementos externos, objetivos, a situação pode se assemelhar - e muito - a uma união estável.

No âmbito doutrinário, a relação dotada destas características é designada de “namoro qualificado”. Para Carlos Alberto Dabus Maluf e Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf (2018, *on-line*), o namoro qualificado se trata, na prática, “da relação amorosa e sexual madura, entre pessoas maiores e capazes, que, apesar de apreciarem a companhia uma da outra, e, por vezes, até pernoitarem com seus namorados, não têm o objetivo de constituir família”.

É perceptível, portanto, que o importante traço distintivo entre a união estável e o namoro qualificado é a intenção que permeia as duas relações. No caso da união estável, as partes assumem o relacionamento com a finalidade de constituírem, naquele momento, uma entidade familiar. Essa vontade, por outro lado, não está presente no namoro. Ainda que o casal possa ter planos de formar uma família no futuro, ambas as partes entendem que, naquele momento, não o são. Tratando da diferença entre união estável e namoro, Veloso (2016, *on-line*) assevera que

[...] falta um elemento imprescindível da entidade familiar, o elemento interior, anímico, subjetivo: ainda que o relacionamento seja prolongado, consolidado, e por isso tem sido chamado de "namoro qualificado", os namorados por mais profundo que seja o envolvimento deles, não desejam e não querem -ou ainda não querem -constituir uma família, estabelecer uma entidade familiar, conviver numa comunhão de vida, no nível do que os antigos chamavam de *affectio maritalis*. Ao contrário da união estável, tratando-se de namoro - mesmo do tal namoro qualificado -, não há direitos e deveres jurídicos, mormente de ordem patrimonial entre

os namorados. Não há, então, que falar-se de regime de bens, alimentos, pensão, partilhas, direitos sucessórios, por exemplo.

Nesta mesma toada, o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial n.º 1454643/RJ, sob relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, em 2015, consolidou o entendimento acerca de tais aspectos distintivos ao indicar que

O propósito de constituir família, alçado pela lei de regência como requisito essencial à constituição da união estável – a distinguir, inclusive, esta entidade familiar do denominado "namoro qualificado" –, não consubstancia mera proclamação, para o futuro, da intenção de constituir uma família. É mais abrangente. Esta deve se afigurar presente durante toda a convivência, a partir do efetivo compartilhamento de vidas, com irrestrito apoio moral e material entre os companheiros. É dizer: a família deve, de fato, restar constituída. (BRASIL, 2015).

Embora esteja esclarecida a diferença entre o namoro e a união estável, deve-se considerar que, nas relações estabelecidas modernamente, nas quais o casal de namorados usufrui da relação com maior liberdade e compartilha entre si aspectos substanciais de suas vidas, a intenção ou não de formar uma família pode não ser facilmente identificada. É como meio de evitar que essa linha tênue acarrete efeitos indesejados que alguns casais decidem afastar a caracterização da entidade familiar através de expressa pactuação. Surge, assim, a figura do contrato de namoro.

Conforme explica Marília Pedrosa Xavier (2015, p. 83), “[o] contrato de namoro é um documento escrito no qual as partes que estão tendo um relacionamento afetivo acordam consensualmente que não há entre eles objetivo de constituir família.” Trata-se de negócio jurídico que exigiria, de acordo com a mesma autora, a presença de agentes capazes, objeto lícito, possível, determinado ou determinável, valendo-se de forma prescrita ou não defesa em lei, nos termos do artigo 104 do Código Civil (XAVIER, 2015, p. 84).

Tendo em vista os efeitos patrimoniais advindos do reconhecimento de uma união estável, que, não havendo contrato escrito, está submetida, no que couber, ao regime de comunhão parcial de bens (artigo 1.725 do Código Civil), a formalização de um contrato de namoro está quase sempre relacionado à intenção de evitar consequências inesperadas e inconvenientes que afetem o patrimônio do casal.

Assim, Gustavo Tepedino (2015, p. 495) assinala que por meio destes pactos, os casais buscam estabelecer de forma convencional a ausência de comprometimento entre si, assim como a incomunicabilidade de seus patrimônios. Contudo, a aceitação destes contratos pelo Direito ainda enseja discussões, como será analisado na sequência.

3. A VALIDADE E EFICÁCIA DO CONTRATO DE NAMORO

Em que pese o contrato de namoro representar grande avanço no que diz respeito à liberdade contratual das partes no âmbito do Direito de Família, sua validade e eficácia ainda são alvos de grandes discussões e críticas no meio doutrinário e jurisprudencial. Como já exposto, tal acordo pode englobar os mais diversos tipos de cláusulas, indo desde as mais básicas, como a data de início do relacionamento, até aquelas com temas mais complexos, como as que negam expressamente o intuito de constituir família ou partilhar bens entre os contratantes (PAVIANI; KEMPFER, 2019, p. 134-135).

Apontamento importante, porém, é o de que, embora expressa a vontade das partes, somente as circunstâncias concretas serão parâmetros hábeis a avaliar o surgimento da união estável (PAVIANI; KEMPFER, 2019, p. 135). Muito se argumenta que a entidade familiar não poderia ter sua constituição obstada por um simples documento, haja vista que a essência de sua formação se dá no plano fático, a partir do preenchimento dos requisitos dispostos no artigo 1.723, *caput*, do Código Civil, possuindo a sentença que a reconhece mero efeito declaratório.

Grande parcela da doutrina especializada, nesse sentido, defende que o contrato de namoro corresponde a um documento desprovido de qualquer valor jurídico. Nessa senda, para Pablo Stolze Gagliano (2006, *on-line*), mencionado acordo está contaminado pela invalidade, por ofender as normas de ordem pública que regem a união estável, sem o condão de afastar o seu reconhecimento, uma vez cumpridos os requisitos legais. Para o jurista, “trata-se, pois, de contrato nulo, pela impossibilidade jurídica do objeto” (GAGLIANO, 2006, *on-line*).

Compartilhando de opinião semelhante, Bárbara Thaiz de Fathima Bosi e Françoise Peellaert (2018, p. 19) defendem que, se um contrato

de namoro for celebrado com o ânimo de afastar a incidência de união estável, bem como seus efeitos jurídicos, ele será nulo, por ofender o artigo 226, § 3º, da Constituição Federal, bem como o artigo 166, inciso VI, do Código Civil, que trata sobre a hipótese de fraude a lei imperativa. As autoras concluem o raciocínio afirmando que o documento não tem poder suficiente para impedir o reconhecimento da união estável, e sequer produzirá seus efeitos se provada a existência da citada entidade familiar.

Segundo lições de Paulo Lôbo (2021, *on-line*), todavia, o contrato somente adquiriria *status* de inválido caso a intenção dos contratantes fosse a de fraudar lei imperativa, evitando a incidência da norma legal, apesar da consciência de caracterização, no plano fático, da união estável.

Conforme dito pelo desembargador Luiz Felipe Brasil Santos no conhecido julgamento da Apelação Cível nº 70006235287, em 16 de junho de 2004, o contrato de namoro representaria, no ordenamento pátrio, um “aborto jurídico” sem fundamentos legais. Nas palavras do relator:

[...] por uma questão de filosofia no enfoque da matéria, tenho que devemos, antes e acima de tudo, respeitar a opção pessoal das pessoas, a liberdade individual de cada um constituir a forma de relacionamento que melhor lhe aprouver, indagando, com muita cautela, as razões pelas quais essas pessoas teriam optado por não casar, podendo fazê-lo, mas não o fazendo. E, por isso, só reconhecendo a união estável em situações em que ela esteja palpitante na prova dos autos, nunca em situações dúbias, em situações contraditórias ou em situações em que a prova se mostre dividida, porque aí vamos estar fazendo como João Baptista Villela refere: casando de ofício quem não o fez *motu proprio*. É isso que não desejo realizar nunca, porque tenho certeza de que não estarei colaborando para o afeto, não estarei colaborando para a realização espontânea do amor, da autonomia de vontades; pelo contrário, estarei colaborando para a proliferação do medo, para o resguardo das pessoas sob a forma de contratos de namoro, **esses abortos jurídicos que andaram recentemente surgindo por aí, que são nada mais do que o receio de que um namoro espontâneo, natural, simples e singelo, resultante de um afeto puro, acabe transformando-se em uma união com todos os efeitos patrimoniais indesejados ao início** (BRASIL, 2004 - grifo nosso).

Ainda, em decisões recentes, verifica-se grande resistência no reconhecimento da validade desses negócios jurídicos. A exemplo, tem-se o julgamento do Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.149.402/RJ, de 21 de março de 2018, no qual o Ministro Og Fernandes pontuou que:

A união estável não é inaugurada nem criada por um negócio jurídico. A essência da relação não é definida pelo contrato, muito menos pelo olhar da sociedade, ou de testemunhas em audiência. Essa modalidade de união é uma situação de fato que se consolida com o decorrer do tempo (donde surgiu o requisito "relação duradoura", ou "razoável duração") e não depende de nenhum ato formal para se concretizar. **Nessa ordem de ideias, pela regra da primazia da realidade, um "contrato de namoro" não terá validade nenhuma em caso de separação, se, de fato a união tiver sido estável** (BRASIL, 2018 - grifo nosso).

Há, porém, quem entenda, sim, o contrato de namoro como um documento válido e capaz de produzir efeitos na esfera jurídica, como a jurista Regina Beatriz Tavares da Silva. Apesar de não classificar o documento firmado como um contrato propriamente dito, e sim mera declaração de vontades, a autora assevera que este representa um “ato lícito, perfeitamente válido perante nosso ordenamento jurídico, desde que seja firmada com a finalidade de refletir em documento escrito a realidade, já que não viola diretos, que não existem nessa relação, não podendo, portanto, causar qualquer dano” (SILVA, 2016, *on-line*).

Para a maior parcela dos autores que transpassam a discussão do plano da validade, reconhecendo-o, para o da eficácia, observa-se conclusão um tanto pessimista acerca da aplicabilidade do contrato em casos concretos. Sobre o assunto, o jurista Carlos Roberto Gonçalves chama a atenção para a relatividade da eficácia do acordo, destacando que:

O denominado “contrato de namoro” tem, todavia, eficácia relativa, pois a união estável é, como já enfatizado, um fato jurídico, um fato da vida, uma situação fática, com reflexos jurídicos, mas que decorrem da convivência humana. Se as aparências e a notoriedade do relacionamento público caracterizarem uma união estável, de

nada valerá contrato dessa espécie que estabeleça o contrário e que busque neutralizar a incidência de normas cogentes, de ordem pública, inafastáveis pela simples vontade das partes (GONÇALVES, 2020, *on-line*).

Paulo Lins e Silva (2018, p. 65-66) argumenta, em uma interessante análise sobre o contrato de namoro, que referido pacto representaria, de forma oposta ao pretendido, uma prova pré-constituída de união estável, explanando, inclusive, que o documento “dá margem a aspectos fraudulentos futuros. Se você faz um contrato de namoro hoje e depois de um tempo compra um imóvel, por exemplo, está estabelecendo uma separação de bens dentro de uma união estável”.

Inobstante concordar que a formação da união estável independe da vontade das partes, não cabendo aos indivíduos renunciá-la, Paulo Lôbo (2021, *on-line*) bem aponta, por outro viés, que o contrato de namoro poderá, sim, ser utilizado pelas partes como um elemento de prova em eventual processo judicial, servindo para demonstrar a ausência de *animus familiae*, um dos requisitos indispensáveis da entidade familiar. Porém, ressalta que sua eficácia não será absoluta, uma vez que será perfeitamente possível a produção de prova em contrário, a qual também influenciará na formação do convencimento pelo julgador.

Nessa toada, também, posicionam-se Carlos Alberto Dabus Maluf e Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf (2015, p. 56), para quem o contrato de namoro constitui instrumento útil para esclarecer a vontade do casal, servindo como importante prova em eventual judicialização da relação. Nas palavras dos autores, o contrato de namoro:

Funciona como um instrumento útil para registrar a vontade do casal e deixar consignado o evento temporal, ou seja, o momento, a data de sua realização. (...) Sem dúvida alguma, uma declaração escrita exterioriza e comprova a intenção dessa pessoa, é muito importante em eventual processo judicial (MALUF; MALUF, 2015, p. 56).

Salienta-se, ademais, o que diz Maria Berenice Dias (2021, p. 618), segundo a qual o contrato firmado por namorados no início do relacionamento, com a finalidade de blindagem de patrimônio, representa um

“nada jurídico”. Continua a jurista, ao afirmar que a única possibilidade, em caso de pactuação, é a de:

Os namorados firmarem uma declaração referente à situação de ordem patrimonial presente e pretérita. [...] Não há como previamente afirmar a incomunicabilidade futura, principalmente quando se segue um longo período de vida em comum, no qual foram amealhados bens. Nessa circunstância, emprestar eficácia a contrato firmado no início do relacionamento que preveja a incomunicabilidade patrimonial, corresponderia à adoção do regime da separação convencional de bens e pode ser fonte de enriquecimento sem causa (DIAS, 2021, p. 618).

Em sentido semelhante, observa Gustavo Tepedino (2015, p. 495-496) que, embora a declaração de vontade do casal seja válida e eficaz no momento de sua pactuação, a autonomia contratual não pode negar futura configuração de união estável, cabendo, portanto, às circunstâncias concretas definirem se o *status* pretendido pelos contratantes ainda pode surtir efeitos na prática. O jurista revela que, com a mudança das circunstâncias fáticas, o pacto será ineficaz, não sendo capaz de afastar a comunicação de bens adquiridos pelo esforço comum, sob pena de enriquecimento sem causa (TEPEDINO, 2015, p. 495-496).

Dessarte, possível verificar que a eficácia de um contrato de namoro dependerá, na realidade, da análise do caso posto, o qual efetivamente determinará se resta caracterizada, ou não, a união estável. Nesse sentido:

O fato é que o caso concreto é que deve ser analisado. Entendemos que não há como se impor um entendimento automático e objetivo no sentido de bater o martelo e afirmar que o contrato sempre produzirá efeitos ou, por outro lado, que sempre será ineficaz. As circunstâncias de cada hipótese devem ser consideradas e, após a análise, aí sim decidido sobre a natureza da relação: namoro ou, então, união estável (ALMEIDA, 2018, p. 31).

Logo, conclui-se que, caracterizada na relação a convivência pública, contínua e duradoura, bem como o objetivo de constituir família, nada poderão fazer os indivíduos para barrar o reconhecimento da união estável,

assim como os efeitos dela decorrentes, em especial aqueles de ordem patrimonial. Apesar disso, caso essa seja a vontade dos contratantes, nada impede a pactuação de um contrato de namoro, o qual servirá, em eventuais lides, como meio de prova para o afastamento do *animus familiae* da relação.

CONCLUSÕES

O grau de liberdade experimentado na constituição e desenvolvimento dos relacionamentos modernos torna a configuração destas relações cada vez mais plural. Com a rapidez com que se transformam, os efeitos decorrentes desta realidade nem sempre estão previamente inscritos em leis ou pacificados pela jurisprudência. Favorece-se, assim, o surgimento de soluções práticas, muitas vezes sem regulamentações e quase sempre controvertidas.

É nesta linha que se insere o tema cuja discussão se propôs realizar no presente artigo. Num cenário em que a distinção entre uma união estável e um namoro duradouro pode ser difícil de ser realizada, procurou-se analisar se a celebração de um contrato de namoro seria possível e suficiente para afastar o reconhecimento de uma união estável.

Pela pesquisa realizada, evidenciou-se que tanto a doutrina quanto a jurisprudência bem diferenciam a união estável de um namoro, em razão da intenção de constituir uma entidade familiar existente na primeira, mas ausente no segundo. Como visto, ainda que o casal de namorados possa ter planos para constituir uma família no futuro, a relação estabelecida naquele momento não possui esta finalidade. No aspecto prático, contudo, a presença ou não do ânimo de constituir família pode ser difícil de ser identificada. Almejando-se, assim, evitar a superveniência de efeitos não cogitados, a saída que muitos casais encontraram foi a pactuação de um contrato de namoro, com o intuito de impossibilitar o reconhecimento de uma união estável.

Na terceira parte do trabalho, voltada para o exame da posição doutrinária e jurisprudencial a respeito da possibilidade jurídica desta modalidade de contrato, observou-se que, a despeito das profundas controvérsias, a pactuação pode constituir prova em eventual litígio acerca da real vontade das partes.

É quase unânime, entretanto, que a constância dos requisitos da união estável em lei, impossibilita que o mero contrato seja capaz de afastá-la,

quando a realidade a sustentar. Vale dizer, no conflito entre as circunstâncias reais da relação e o conteúdo do contrato, prevalece a realidade.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Felipe Cunha de. Contrato de namoro: efeitos? **Revista Síntese – Direito de Família**, v. 19, n. 109, p. 9-33, ago./set. 2018.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil: direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. 6. *E-book*.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. União estável – jurisprudência, evolução legislativa e novo Código Civil. **Revista CEJ**, Brasília, v. 8. n. 24, p. 47-58, jan./mar., 2004. Disponível em: <https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/issue/view/40>. Acesso em: 01 abr. 2021.
- BOSI, Bárbara Thaiz de Fathima; PEELLAERT, Françoise. Expansão das relações contratuais no direito de família e o papel da boa-fé: pactos antenupciais, contratos de convivência e de namoro. In: PAIANO, Daniela Braga; ESPOLADOR, Rita de Cássia R. Tarifa. **Relações jurídicas familiares sob uma ótica contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. v. 1. p. 1-24.
- BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso: 30 mar. 2021.
- _____. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 30 mar. 2021.
- _____. **Lei nº 3.071**, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 02 abr. 2021.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AREsp nº 1.149.402/RJ**. Relator: Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 21/03/2018, Dje 03/04/2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/860096022/agravo-interno-no-agravo-em->

-recurso-especial-agint-no-aresp-1149402-rj-2017-0196452-8/in-teiro-teor-860096031. Acesso em: 04 abr. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n.º 1454643/RJ**. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 03/03/2015, Dje 10/03/2015. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201400677815&-dt_publicacao=10/03/2015. Acesso em: 30 mar. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n.º 70006235287**. Relator: Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, Sétima Câmara Cível, julgado em 16/06/2004. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas=-solr/?aba=jurisprudencia&q-&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em: 04 abr. 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Contrato de namoro. 2006. **Jus**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/8319/contrato-de-namoro>. Acesso em: 03 abr. 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. 6. *E-book*.

_____. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. v. 6.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. v. 5.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf. A União Estável e o Namoro Qualificado: uma diferenciação. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**, n. 6, p. 48-62, maio/jun. 2015.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. *E-book*.

- OLIVEIRA, Euclides de. A escalada do afeto no direito de família: ficar, namorar, conviver, casar. *In: V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. 26 out. 2005, Belo Horizonte, **Anais...** Belo Horizonte, IBDFAM, 2005, p. 1-31. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/13.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.
- PAVIANI, Gabriela Amorim; KEMPFER, Marlene. É namoro ou união estável? Da análise do contrato de namoro e seus efeitos patrimoniais e extrapatrimoniais. *In: PAIANO, Daniela Braga; ESPOLADOR, Rita de Cássia R. Tarifa (Coords.). Relações jurídicas familiares sob uma ótica contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. v. 2. p. 121-141.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- SILVA, Paulo Lins. Para advogado, contrato de namoro pode ser facilmente contestado. *In: Revista Síntese – Direito de Família*, v. 19, n. 109, p. 65-66, ago-set. 2018.
- SILVA, Regina Beatriz Tavares da. O mal falado contrato de namoro. 2016. *In: Associação de Direito de Família e das Sucessões – ADFAS*. Disponível em: <http://adfas.org.br/2016/02/26/o-mal-falado-contrato-de-namoro/>. Acesso em: 02 abr. 2021.
- TEPEDINO, Gustavo. Contratos em direito de família. *In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). Tratado de direito das famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 475-502.
- VELOSO, Zeno. É namoro ou união estável? **Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual**. Salvador, n. 191. maio. 2016. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/4532/2949>. Acesso em: 30 mar. 2021.
- XAVIER, Marília Pedroso. **Contrato de namoro: amor líquido e direito de família mínimo**. Paraná: Clássica Editora, 2015.

PROTEÇÃO AO HERDEIRO APARENTE EM AÇÃO DE PETIÇÃO DE HERANÇA

*Adriana Rodex Silva Moronar*⁶⁰

*Patricia Nascimento Ruela*⁶¹

*Sátina Priscila Marcondes Pimenta*⁶²

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa discorrer sobre um assunto relevante no campo das sucessões. O interesse pela questão em pauta surgiu após ser vivenciado na prática pelas alunas, em estágio realizado na 2ª Vara Cível de Órfãos e Sucessões da Comarca de Cariacica. Nesse contexto, a curiosidade aumentou com estudos realizados em sala de aula sobre os diretos sucessórios, que causaram inquietação aos discentes, uma vez que existem diversas discussões nas ciências jurídicas a respeito da figura do Herdeiro Aparente.

A espécie de herdeiro aparente se depreende entre as demais especificações de sucessores, sendo que esse tipo chega à posse da herança quando, por erro comum, receber o legado pertencente à legítima, mas ao longo do trabalho este conceito é mais aprofundado. Esta pesquisa

60 Graduada pela Faculdade Multivix de Cariacica-ES.

61 Graduada pela Faculdade Multivix de Cariacica-ES.

62 Advogada, pós-graduada em Direito Público e em Saúde e Intervenção Psicossocial; Mestre em Administração com ênfase em Gestão de Pessoas (Fucape Business School).

foi desenvolvida para responder, à luz do Ordenamento Jurídico Brasileiro e com bases nas doutrinas direcionadas, ao seguinte questionamento: quais seriam as proteções legais ao herdeiro aparente em face da ação de petição de herança?

É evidente a necessidade de trazer à baila a discussão do assunto proposto, principalmente por se notar que muito do conteúdo produzido sobre a matéria de herdeiro aparente foca principalmente na proteção do terceiro que pode vir a realizar um negócio jurídico com o aparente, e não no herdeiro propriamente dito. Além disso, é indispensável a descoberta de respostas perante a matéria de sucessões, pois existem controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tempo de prescrição para que o herdeiro legítimo entre com uma petição de herança e nesse impasse encontre os demais herdeiros legítimos ou aparentes, que também pleiteiam ter seus direitos assegurados. Portanto, o objetivo geral desta demanda é entender os conceitos principais que envolvem a figura de herdeiro aparente e compreender as espécies de tutelas jurídicas para que o mesmo continue na posse do legado recebido.

Ao longo da pesquisa, são conceituados e contextualizados alguns temas que cercam o assunto em questão, a saber: conceito de herança, herdeiro, sucessão, petição de herança e seu prazo prescricional. Adentra-se no tema principal da pesquisa que cerceará em torno do herdeiro aparente especificamente, entendendo a Teoria da Aparência, apresentando os impactos que cercam dessa espécie de herdeiro e trazendo anteparos jurídicos e doutrinários, em casos em que é demandado em petição de herança.

De forma organizada, o estudo seguiu uma metodologia de pesquisa bibliográfica dialética baseando-se em estudos doutrinários, em pesquisas de artigos jurídicos e de jurisprudências, sendo comparados julgados e doutrinas clássicas divergentes sobre o tema em estudo, para entender a lógica contextual de alguns doutrinadores e juristas acerca do assunto em questão.

Por fim, ao final da presente pesquisa, são apresentadas possíveis formas de defesa, disponíveis nas ciências jurídicas, para o herdeiro aparente que se encontra em ação de petição de herança, bem como as reflexões feitas após a realização da investigação desta temática, onde há efetiva resposta da questão norteadora deste estudo.

2. CONCEITUANDO SUCESSÃO

A despeito do termo “sucessão”, necessário se faz o entendimento de alguns autores. De início, bem conceitua os autores Pablo Gangliano e Rodolfo Pamplona, de forma objetiva: “É preciso lembrar que a ideia de suceder significa ‘substituir’, ou seja, ‘tomar o lugar’”. (2018, p. 46). Nesse contexto, entende-se que o ato de suceder nada mais é do que tomar para si o lugar de alguém morto, em seus bens, e ainda que a sucessão se abra com a morte, e nesse momento se torne imprescindível a conferência de sua legitimidade (PEREIRA, 2020).

Corroborando o entendimento dos autores, o artigo 1.784 do Código Civil de 2002 dispõe que: “Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”. Logo fica esclarecido o ato de suceder nada mais é do que o momento em que o herdeiro toma o lugar do *de cuius* em relação ao patrimônio deixado.

2.1. SUCESSÃO E CONTEXTO HISTÓRICO

Vencidas as conceituações, para elaborar o contexto histórico acerca do tema das sucessões, necessário se faz analisar, desde a Antiguidade; colaciona Carlos Roberto Gonçalves (2012) que o direito das sucessões é bastante primitivo e está diretamente ligado à continuidade do legado familiar, além da intimidade com questões religiosas.

Corroborando ainda o envolvimento histórico de sucessão: “Em tempos antigos, marcante característica do Direito Hereditário era no sentido de que o herdeiro, normalmente o primogênito masculino, substituíria o falecido em todas as suas relações jurídicas” (GANGLIANO et al., 2019, p. 46).

Conversando muito bem com o pensamento do autor, Carlos Roberto Gonçalves em sua obra relata: “Com a Revolução Francesa, aboliu-se o direito de primogenitura e o privilégio da masculinidade, de origem feudal; primogênitos pertencem agora ao passado, encontrando-se expungidos do direito civil” (2012, p. 22). Passa-se então a seguir uma ordem sucessória preestabelecida, no qual as filhas têm o mesmo direito dos filhos dentro da ordem sucessória. Importantes as considerações a despeito do contexto histórico de sucessões para entendermos como se aplica nos dias de hoje o ato de suceder alguém morto.

Por fim, vencidos os apontamentos históricos a respeito do tema sucessões, cumpre adiante adentrarmos em herança e herdeiros.

3. HERANÇA E HERDEIROS

3.1. CONCEITO DE HERANÇA

De maneira simplificada, a doutrina conceitua herança como o patrimônio deixado pelo morto, sendo que esse patrimônio se identifica como a universalidade de direitos, englobando não somente bens como também possíveis débitos deixados pelo *de cuius*. (GANGLIANO et al., 2019). No entanto, os mesmos autores acentuam que o chamado “direito moral” não compõe tal universalidade, visto que tais direitos não possuem, obviamente, caráter hereditários, por se tratar de direitos personalíssimos. (GANGLIANO et al., 2019).

Reforçando tal conceituação, somando a esta importantes ressalvas, Orlando Gomes preceitua da seguinte forma:

Não se confunde com o acervo *hereditário* constituído pela massa falida de bens deixados, porque pode compor-se apenas de dívidas, tornando-se *passiva*.

A herança é *coisa*, classificada entre as *universalidades de direito* - *universum jus*, *universa bona*. Constitui *núcleo unitário*. Não é pessoa jurídica, nem simplesmente um *nomen juris*, mas, sim, objeto de direito. Forma-se de um complexo de relações jurídicas, não se confundindo com as *universalidades de fato* de se compõem de coisas especificamente determinadas. Não é suscetível de divisões em *partes materiais*, enquanto permanecer como tal.

Compreende todos os direitos que não se extinguem com a morte. Excluem-se os que não se concebem desligados da pessoa, *como os direitos de personalidade*. Integram-na bens móveis e imóveis, direitos e ações, obrigações, abrangem também coisas futuras. Sendo *universalidade de direito*, é suscetível, abstratamente, de aumento ou diminuição. (GOMES, 2020, p. 7).

Perfaz-se que a abertura da sucessão é sinônimo de falecimento do *de cuius*, e a partir desta data, de pronto, a herança será transmitida aos herdeiros e legatários. Em caso de pluralidade de herdeiros, irá se proceder à partilha, porém a herança não perde seu caráter universal. (GONÇALVES, 2012).

3.2. CONCEITO DE HERDEIRO

Uma vez compreendido o conceito de herança, passa-se a definir o que o ordenamento jurídico entende como herdeiro.

Quando o de cujus falece sem deixar testamento transmite a herança a determinadas pessoas, que são seus sucessores, sendo estes chamados a suceder através de uma sequência denominada ordem da vocação hereditária, que nada mais é do que uma relação preferencial determinada por lei, que indicará em que ordem se dará a sucessão hereditária. (SILVA, 2019, p. 17).

Portanto, a doutrina e o código civil trazem três qualificações de herdeiros: os herdeiros legítimos, os testamentários e os necessários.

Carlos Roberto Gonçalves alerta para a diferença entre os herdeiros legítimos e os herdeiros necessários, pois é comum a confusão entre estes, visto que “todo herdeiro necessário é legítimo, mas nem todo herdeiro legítimo é necessário, também designado como legítimário, reservatário, obrigatório ou forçado” (2012, p. 211). Neste seguimento, Orlando Gomes (2019) simplifica que herdeiro legítimo é aquele indicado pela lei para suceder, composto inclusive pelos herdeiros testamentários.

Já os herdeiros necessários, conforme preceitua o artigo 1.845 do Código Civil de 2002, são “os descendentes, os ascendentes e o cônjuge”. Portanto, são os parentes em linha reta de sucessão, sendo necessários que estes não estejam em situação de deserção ou indignidade. (GONÇALVES, 2012).

3.3. HERDEIRO APARENTE

Ainda versando sobre a concepção de herdeiro, o legislador, muito oportunamente, abordou a figura do herdeiro aparente. E este capítulo

se destina a compreender o que se entende como herdeiro aparente, bem como sua importância dentro da esfera jurídica.

No entendimento de Orlando Gomes (2019), herdeiro aparente é aquele que se apresenta como herdeiro de fato e de direito da herança deixada pelo falecido; para todos, este realmente é o possuidor dos direitos sucessórios, uma vez declarado publicamente. Contudo, de fato não é ele o real sucessor. Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves:

O herdeiro aparente é reputado herdeiro legítimo, por força de erro comum ou geral. Em outras palavras, é aquele que, não sendo titular dos direitos sucessórios, é tido, entretanto, como legítimo proprietário da herança, em consequência de erro invencível e comum. Enfim, é aquele que nunca foi herdeiro pela essência, mas o foi pela aparência. (GONÇALVES, 2012, p. 153).

É interessante destacar que o herdeiro aparente permanece legítimo até que se constate o surgimento do verdadeiro herdeiro, e que tal equívoco seja comprovado judicialmente.

3.3.1 TEORIA DA APARÊNCIA

Quando se discute o tema de herdeiro aparente, é imprescindível adentrar na teoria da aparência, visto que esta apresenta métodos de segurança para relações jurídicas advindas do vínculo entre o aparente como um terceiro.

Vitor Frederico Kümpel (2004) esclarece que tal teoria é uma alternativa do ordenamento jurídico para a proteção da validade do negócio jurídico celebrado em uma situação de aparência. Visa primordialmente proteger o terceiro de boa-fé de sofrer consequências de um erro comum alheio ao seu conhecimento.

Sobre tal assunto, Carlos Orlandi Chagas discorre:

O seu fundamento reside, por assim dizer, na necessidade de ordem eminentemente social de se conferir amparo seguro aos agentes que atuam no mercado jurídico, de modo a lhes garantir que, procedendo de modo correto, terão resguardados seus interesses pela ordem jurídica. (CHAGAS, 2010, p. 95).

Por fim, vislumbra-se que à luz do artigo 1.827 do Código Civil de 2002, as alienações, a título de onerosidade feitas pelo herdeiro aparente a terceiros de boa-fé são eficazes. Neste sentido, a doutrina enuncia a teoria da aparência como a elevação do direito positivado como princípio geral. Por outro lado, existe também a corrente que diz que a teoria da aparência seria o desdobramento da efetivação do princípio da boa-fé objetiva, privilegiando a aparência à realidade para que o terceiro de boa-fé não saia lesado (GOMES, 2007).

4. PETIÇÃO DE HERANÇA

4.1. CONCEITO DE PETIÇÃO DE HERANÇA

De pronto cumpre conceituar a respeito do mecanismo da petição de herança ou *petitio hereditatis*, conforme o antigo direito romano. Nesse lume, preceitua o artigo 1.824 do CC/2002:

O herdeiro pode, em ação de petição de herança, demandar o reconhecimento de seu direito sucessório, para obter a restituição da herança, ou de parte dela, contra quem, na qualidade de herdeiro, ou mesmo sem título, a possua. (Art.1824 do CC/2002).

Conforme o Artigo 1.824 do Código Civil que, a petição de herança tem por objetivo permitir ao herdeiro reivindicar seu direito. Pode, por ocasião, se encontrar na posse da herança um herdeiro por aparência, dito isso a petição de herança visa atingir o direito de sucessão do herdeiro legítimo num todo ou em parte. Ademais, corrobora o conceito o autor Carlos Roberto Gonçalves, em seu livro *Direito das Sucessões*, que: “tal demanda se dá por não ser o demandado conhecido ou até mesmo por se tratar de filho não reconhecido” (2012, p. 103).

Ainda na referida interpretação, discorre o autor sobre outras situações em que cabe demandar em ação de petição de herança *in verbis*:

[...] quando a herança é recolhida por parentes mais afastados do falecido, e o interessado é parente mais próximo, que se acha em classe preferencial; quando a herança é distribuída entre os herdeiros legítimos, e aparece testamento do de cujus, em que outra

peessoa é nomeada herdeira; quando o filho não reconhecido do sucedido ingressa com ação investigatória cumulada com a petição de herança (GOLÇALVES, 2012, p. 102).

Dito isso, a petição de herança tem por finalidade, conforme bem preceituado pelo autor, reconhecer o herdeiro e trazê-lo para o quadro sucessório da herança preterida.

Para finalizar o tema das sucessões, cumpre destacar o que dispõe o autor Orlando Gomes, a respeito da finalidade da demanda de petição de herança:

Contudo, não a propõe o interessado unicamente no propósito de ter reconhecida sua condição de herdeiro, mas, também, para obter a restituição de todos os bens da herança, ou de parte deles. Esse é, sem dúvida, seu escopo prático. (GOMES, 2019, p. 286).

5. CORRENTES DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS A RESPEITO DO PRAZO PRESCRICIONAL DA PETIÇÃO DE HERANÇA

A doutrina brasileira diverge quando o assunto em pauta trata do prazo prescricional da petição de herança, bem como da data de início do decurso desse prazo, pois apesar de já existirem jurisprudências firmadas acerca do tema, como será abordado no próximo tópico deste trabalho, ainda assim existem inúmeras críticas levantadas pelos mais ilustre doutrinadores.

Primeiramente, deve-se firmar o entendimento que o prazo da prescrição será de dez anos, seguindo os preceitos positivados no artigo 205 do Código Civil de 2020. Portanto, a polêmica não ocorre quanto ao tempo, ao menos que se trate do caso de menores de idade, mas quanto a início do decurso do prazo.

A primeira corrente doutrinária entende que a petição de herança é imprescritível, assemelhando-a a ação reivindicatória. Neste diapasão, é oportuno expor as seguintes palavras de a respeito do tema:

[...] a petição de herança não prescreve. Assim se passa porque a qualidade de herdeiro não se perde (semei heres semper heres), as-

sim como o não exercício do direito de propriedade não lhe causa a extinção. A herança é transferida ao sucessor no momento mesmo da morte de seu autor, e, como se viu, isso assim se dá pela transmissão da propriedade do todo hereditário. Toda essa construção coordenada, implica o reconhecimento da imprescritibilidade da ação (HIRONAKA, 2003, p. 202).

Assim também entende Orlando Gomes (2019), uma vez que a qualidade hereditária não pode prescrever; portanto, os benefícios provenientes de tais direitos não deveriam se findar, assim com não se finda na petição de reinvidicação à qual a *petitio hereditatis* a que costumeiramente é comparada, uma vez que também se busca um título de aquisição.

Para Caio Mario da Silva (2020), deve-se dividir a ação em dois *status*. Primeiramente, a ação de estado, que é a pretensão do filho de ser reconhecido, e esta jamais prescreve; em segundo lugar, existe a pretensão econômica judicial exigível, e neste caso ela irá prescrever como qualquer outra pretensão exigível, conforme assevera o Código Civil.

Carlos Roberto Gonçalves (2020) aceita a teoria de que o prazo prescricional se inicia a partir do momento em que o herdeiro é munido de seu direito sucessório, ou seja, a partir do momento em que esse direito possa ser exercido. E ainda entra em xeque a questão do menor incapaz que o prazo prescricional terá início a partir dos 16 anos completos.

Tais correntes exemplificam um pouco do que a doutrina majoritária segue, fazendo críticas à jurisprudência que pende para a aceitação da prescrição da petição de herança em dez anos, com início do prazo prescricional a partir da sentença da partilha dos bens, e no próximo tópico, o enfoque será justamente na análise de tais jurisprudências.

5.1. JURISPRUDÊNCIA DIVERGENTES ACERCA DO PRAZO PRESCRICIONAL

De início, é necessário o entendimento da súmula 149 do STF, que preleciona: “É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança”. O STF entende que não se confunde a imprescritibilidade da petição de investigação de paternidade com a da petição de herança.

É importante discorrer a respeito de algumas divergências acerca da prescrição da ação de Petição de herança dentro da própria jurisprudência. Contrapondo o pensamento dos legisladores acerca da súmula 149 e como mencionado em tópico anterior - pensamentos doutrinários -, cumpre neste tópico relacionar jurisprudências que concordam ou divergem a respeito da prescrição da Petição de Herança. Nesse lume, segue o seguinte julgado:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE DOAÇÃO CUMULADA COM PETIÇÃO DE HERANÇA. INÍCIO DO PRAZO PRESCRICIONAL. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 149/STF. ABERTURA DA SUCESSÃO. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. O termo inicial do prazo prescricional da pretensão de petição de herança conta-se da abertura da sucessão, ou, em se tratando de herdeiro absolutamente incapaz, da data em que completa 16 (dezesseis) anos, momento em que, em ambas as hipóteses, nasce para o herdeiro, ainda que não legalmente reconhecido, o direito de reivindicar os direitos sucessórios (*actio nata*). 2. Nos termos da Súmula 149 do Supremo Tribunal Federal: "É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança." 3. Diante da incidência das regras dispostas no art. 177 do CC/1916, *c/c* os arts. 205 e 2.028 do CC/2002, aberta a sucessão em 28.jul. 1995, o termo final para o ajuizamento da ação de petição de herança ocorreria em 11.jan.2013, dez anos após a entrada em vigor do Código Civil de 2002, de modo que foi ajuizada oportunamente a demanda, em 04.nov.2011. 4. Agravo interno a que se nega provimento. (STJ - AgInt no AREsp: 479648 MS 2014/0039759-2, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Julgamento: 10/12/2019, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 06/03/2020).

Conforme entendimento do Ilustre relator, Ministro Rau Araujo, sob a inteligência da súmula 149, a petição de herança não é imprescritível. Logo, instrui sobre os artigos 177 do código civil de 1916 e os artigos 205

e 2028 do código civil de 2002, que dizem respeito ao prazo prescricional da petição de herança, relacionando com a data em que foi demandada a ação. Conclui-se que no decurso do prazo disposto nos referidos artigos, não ocorreu a prescrição da petição de herança motivo do referido recurso. Relata ainda a referida jurisprudência que a contagem do prazo para a pretensão da petição de herança “conta-se da abertura da sucessão, ou, em se tratando de herdeiro absolutamente incapaz, da data em que completa 16 (dezesseis) anos”. (ARAÚJO, 2020).

Por todo o exposto, o resultado do referido agravo foi o não provimento do mesmo no sentido de deferir o prazo prescricional da referida petição de herança.

Continuando a análise acerca do prazo prescricional da ação de petição de herança, segue-se análise do recurso especial, conforme decisão do ilustre relator, Ministro Paulo De Tarso Sanseverino.

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. DIREITO DAS SUCESSÕES. AÇÃO DE PETIÇÃO DE HERANÇA. FILIAÇÃO RECONHECIDA E DECLARADA APÓS A MORTE DO AUTOR DA HERANÇA. TERMO INICIAL. TEORIA DA 'ACTIO NATA'. DATA DO TRÂNSITO EM JULGADO DA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. 1. Controvérsia doutrinária acerca da prescritibilidade da pretensão de petição de herança que restou superada na jurisprudência com a edição pelo STF da Súmula n.º 149: "É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança.". 2. Ausência de previsão, tanto no Código Civil de 2002, como no Código Civil de 1916, de prazo prescricional específico para o ajuizamento da ação de petição de herança, sujeitando-se, portanto, ao prazo geral de prescrição previsto em cada codificação civil: vinte anos e dez anos, respectivamente, conforme previsto no art. 177 do CC/16 e no art. 205 do CC/2002. 3. Nas hipóteses de reconhecimento 'post mortem' da paternidade, o prazo para o herdeiro preterido buscar a nulidade da partilha e reivindicar a sua parte na herança só se inicia a partir do trânsito em julgado da ação de investigação de paternidade, quando resta confirmada a sua condição de herdeiro. Precedentes específicos desta Terceira do STJ. 4. Superação do entendimen-

to do Supremo Tribunal Federal, firmado quando ainda detinha competência para o julgamento de matérias infraconstitucionais, no sentido de que o prazo prescricional da ação de petição de herança corria da abertura da sucessão do pretendido pai, seguindo a exegese do art. 1.572 do Código Civil de 1916. 5. Aplicação da teoria da 'actio nata'. Precedentes. 6. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. (STJ - REsp: 1368677 MG 2013/0044420-5, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Julgamento: 05/12/2017, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/02/2018 - pesquisado em TJ de São Paulo em 12/10/2020).

Ao analisar o presente julgado, o qual se trata de um recurso especial com pretensão ao deferimento do prazo prescricional da ação de petição de herança, o ilustre Ministro relata a divergência encontrada na doutrina e esclarece a mesma com o disposto na súmula 149 do STF, que dispõe sobre a prescricionalidade da ação de petição de herança que esta não se confunde com a ação de reconhecimento de paternidade. Considera, porém, a ausência de prazo, conforme dispõe nos artigos mencionados pelo relator, quais sejam: 177 do CC/16 e no art. 205 do CC/2002.

Considerando o entendimento de que o prazo prescricional se inicia após o trânsito em julgado da ação de reconhecimento de paternidade, e por todo conhecimento acerca do prazo da prescricional da petição de herança, entende o ilustre Ministro Paulo de Tarso como o desprovimento do presente recurso que se segue.

Conforme análise dos dois julgados apresentados, ambos interpretam sua decisão acerca da súmula 149 do STF, mas com algumas especificidades acerca do início do decurso do prazo para impetrar a referida petição de herança, bem fundamentado nos artigos citados dos Códigos Cíveis de 1916 e 2002 e ainda, considerando o momento do julgamento da ação de reconhecimento de paternidade “ou, em se tratando de herdeiro absolutamente incapaz, da data em que completa 16 (dezesesseis) anos”.

Todo o exposto corrobora os relatos dos especialistas no sentido de que é necessária uma análise individual de cada situação acerca de estar ou não prescrito o direito de demandar em petição de herança. Compreende-se, por fim, com os julgados apresentados, que a jurisprudência

majoritária se sustenta no entendimento de que o decurso do prazo conta a partir do trânsito em julgado da sentença do inventário.

6. PROTEÇÕES JURÍDICAS E DOUTRINÁRIAS AO HERDEIRO APARENTE X HERDEIRO LEGÍTIMO EM AÇÃO DE PETIÇÃO DE HERANÇA

Após abordagens acerca dos assuntos que auxiliam o desenvolvimento do tema central da presente pesquisa, adentramos um ponto muito importante, no que diz respeito à discussão da pergunta problema, a fim de respondê-la à luz da doutrina e do ordenamento jurídico. Cumpre ressaltar a fala do ilustre autor Carlos Alberto Gonçalves, em sua obra *Direito das Sucessões*, que distingue o herdeiro aparente da seguinte maneira: “Sendo o herdeiro aparente um possuidor, a sua responsabilidade rege-se pelas regras da posse, a qual pode ser de boa ou de má-fé” (2012, p. 102).

Reforçam o entendimento do autor os fundamentos abordados no artigo 1.826 e observando o disposto nos artigos 1.214 a 1.222 do Código Civil de 2002, em que ambos dispõem a respeito do herdeiro de boa-fé e de má-fé no que tange a sua responsabilidade a despeito da herança recebida.

Insta frisar o disposto no artigo 1.828 do CC/2002, no tocante ao herdeiro aparente de boa-fé, que não tem a obrigação de devolver o equivalente ao herdeiro sucessor. Nesse contexto, o herdeiro aparente encontra seu aparo legal, de certo modo, possibilitando uma proteção do patrimônio recebido. No entanto, o artigo é claro em mencionar que nada impede o sucessor de demandar contra quem recebeu o referido legado. Em contraponto, casos em que o aparente está na posse da herança, de maneira a ocultar um herdeiro legítimo a esse, poderá ser classificado como um herdeiro aparente de má-fé.

Necessário se faz o entendimento de má-fé, que o autor descreve em um trecho de sua obra: “Se o indigno se comporta como se herdeiro fosse, é considerado herdeiro aparente e possuidor de má-fé.”, (GOMES, 2019, p. 65). O autor traz o exemplo de um herdeiro aparente considerado indigno para suceder a determinada herança, ocultando tal assunto, recebe a referida herança. A situação descrita trata então de um herdeiro aparente de má-fé.

Passa-se então a analisar o limite da responsabilidade do herdeiro aparente, e por consequência o então aparecimento do herdeiro legítimo, e ainda qual medida o último poderá aplicar para reivindicar o que lhe cabe por direito, nestes termos:

A justificativa para o preceito encontra-se no fato de que, ao pagar o legado, de boa-fé, o herdeiro aparente está cumprindo disposição de última vontade do autor da herança, de modo que contra ele nada tem o verdadeiro sucessor, que poderá, contudo, voltar-se contra o legatário. Caberá, desse modo, ao verdadeiro herdeiro, a tarefa de reagir contra o legatário, para a restituição daquilo que ele indevidamente recebeu. (GONÇALVES, 2012, p. 94).

Considerando o momento em que o herdeiro aparente se encontrar em uma demanda na qual foi vencido pelo então aparecido herdeiro legítimo, o real sucessor. Corrobora nesse sentido o trecho da obra *Sucessões*, do autor Orlando Gomes:

Vencido na demanda, deve o herdeiro aparente restituir os bens que possuía e o preço recebido dos que houver alienado. Aplicam-se os princípios relativos ao enriquecimento sem causa, cumprindo-lhe restituí-los no estado em que se encontravam ao ser proposta a ação. Responde nos limites do seu enriquecimento. (RA) Conforme prescreve o artigo 1.826, a responsabilidade do possuidor será fixada segundo sua posse, observado o disposto nos artigos 1.214 a 1.222 (RA). Se o herdeiro aparente era possuidor de boa-fé, não fica obrigado à restituição dos frutos percebidos. (2019, p. 277).

Conforme entendimento do autor no trecho acima, o herdeiro aparente vencido em ação de petição de herança deverá restituir os bens recebidos, sendo de boa-fé não se obriga a devolver os frutos percebidos, respeitando o disposto nos artigos 1.214 a 1.222 do CC/2002. Reforça-se a ideia de que o herdeiro legítimo poderá demandar ação de petição de herança contra o aparente, mesmo que os bens estejam alienados por terceiros, como aduz o artigo 1.827 do Código Civil de 2002.

Os requisitos para que essa aquisição esteja protegida juridicamente, sem a necessária restituição ao herdeiro real, compreendem a boa-fé do

terceiro, recebimento de um comprovadamente herdeiro aparente, e ainda que seja por título oneroso, pois doações devem ser restituídas ao sucessor legítimo. (GONÇALVES, 2012). No entanto, a pergunta de pesquisa ainda não fora respondida. Afinal, haveria alguma proteção jurídica ao aparente que lhe fosse permitido continuar na posse dos bens?

Os doutrinadores falam na possibilidade de usucapir o bem recebido de boa-fé pelo aparente, caso se encaixe dentro dos pré-requisitos de posse pelo tempo comuns a ação de usucapião, utilizando tal ação até como forma de defesa na ação de petição de herança, como preceitua a súmula 237 do Supremo Tribunal Federal. Consolida este entendimento Orlando Gomes (2019), que concorda com o artigo 2.075 do Código Civil Português, que admite que seja intentada a petição de herança a qualquer momento sem prejuízo de prescrição e sem a possibilidade de sofrer efeitos da pretensão de usucapir.

Assim, a usucapião poderá ser intentada como forma de defesa, mas não poderá versar sobre bens singulares em posse há menos de 15 anos. Nesse sentido, não faz sentido tal ação pois o tempo de prescrição da petição de herança será de dez anos, sendo quase impossível a pretensão da propriedade desta forma pelo herdeiro aparente. E ainda, em caso de usucapião, na visão de Orlando Gomes, “a *petitio hereditatis* toma-se inútil, em vista de não se produzir sua consequência natural, que é a restituição dos mesmos bens. Não é a ação que prescreve, mas a exceção de usucapião que a inutiliza” (GOMES, 2019, p. 280).

Conclui-se, assim, que o herdeiro aparente não será penalizado de qualquer forma por ter tomado posse da herança em situação de boa-fé. Apenas lhe é ordenada a devolução dos bens ainda em sua posse, e dos valores dos bens alienados, mas exclui-se o usufruto. No entanto, no caso de má-fé, deverá indenizar o legítimo que pleiteia o ressarcimento de seus bens que lhe são outorgados por direito.

CONCLUSÃO

Conforme exaustivamente discutido, o herdeiro é aquele que sucede bens e direito do falecido, e dentro desta sucessão pode vir a ocorrer a situação de aparência, que é um erro comum, reversível por meio de petição de herança solicitada pelo herdeiro legítimo. A aparência ainda poderá

ocorrer de boa-fé ou de má-fé. Em caso de boa-fé, o herdeiro aparente fica apenas obrigado a restituir os bens nas condições que se encontravam no início da demanda, e também deverá restituir o valor dos bens já alienados, não sendo necessário restituir o fruto advindos do tempo que permanece em posse da herança.

Em se tratando de má fé, o herdeiro aparente deverá não somente restituir os bens, como também os frutos provenientes da herança que esteve sua em posse, que sabia que não lhe pertencia. Conclui-se, portanto, que não existem possibilidades de o aparente permanecer com a herança adquirida, mesmo sendo de boa-fé, pois jurisprudenciais e doutrinas pendem para a restituição da herança para quem lhe é de direito.

Obviamente, findando o prazo prescricional, as chances para herdeiro em situação de aparências aumentam, no sentido de que poderá alegar em defesa duas hipóteses, prescrição ou usucapião, visto que a possibilidade daquela herança estar intacta são quase nulas, pois a prescrição ocorre com dez anos. É esse prazo prescricional que acabou se tornado a base para a pesquisa apresentada, visto que ainda existem muitos pontos obscuros sobre este tópico, tanto na jurisprudência como na doutrina, pois percebeu-se exaustiva discordância tanto na doutrina como no ordenamento jurídico acerca do prazo prescricional, notória nos julgados apresentados e nos trechos de doutrinas expostos.

Importante é esclarecer que a hipótese apresentada sobre a possibilidade de uma proteção jurídica maior ao aparente foi derrubada ao fim deste estudo, visto que o aparente, apesar de ser interpretado como o possuidor e proprietário da herança adquirida, no fim apenas exerce a posse. É necessária a transmissão da herança a quem é legítimo, já que, assim como poderá ser uma situação inusitada e desconfortável para o aparente, possivelmente lhe gerando problemas de ordem social e financeira, entende-se que não deve ser o direito do legítimo diminuído ou ignorado, pois esse herdeiro legítimo será um indivíduo com relações sanguíneas com o *de cuius*.

Em síntese, foram alcançados os objetivos deste estudo, uma vez que a questão norteadora fora respondida, embora contrária às expectativas pretendidas. A metodologia utilizada agregou muitos conhecimentos, principalmente no tocante à exploração de julgados e na averiguação das doutrinas clássicas. Novas dúvidas foram geradas, criando a possibilidade do desenvolvimento de novas pesquisas a partir desta.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Código Civil**, 2002, 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n° 149**. Código Civil, 2002, 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n° 237**. Código Civil, 2002, 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- CHAGAS, Carlos Orlandi. **Representação da pessoa jurídica e a teoria da aparência**. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. 2010. Disponível em: Google acadêmico. Acesso: 12/10/2020
- COSTA E SILVA, Lucas Santos da. **O conflito existente entre o direito real de propriedade do herdeiro necessário e o direito real de habilitação do cônjuge sobrevivente em face da literalidade do artigo 1.831 do Código Civil Brasileiro**. Monografia (Pós-graduação em Direito Imobiliário) - Faculdade Centro Universitário Fametro, UNIFAMETRO, Fortaleza, 2019.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA F., Rodolfo. **Novo curso de direito civil, v. 7. Direito das sucessões**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2019.
- GOMES, Orlando. **Sucessões**. 17ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- GOMES, Orlando. **Sucessões**. 15ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro v. 7. Direito das sucessões**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva. 2012.
- HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. **Comentários ao Código Civil**. São Paulo: Saraiva. 2003.
- KÜMPEL, Vitor Frederico. **Teoria da Aparência no Código Civil de 2002**. São Paulo: Método. 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil:** Direito das Sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgInt no AREsp: 479648 MS 2014/0039759-2. Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Julgamento: 10/12/2019, T4 – QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 06/03/2020) Disponível em: TJ de São Paulo. Acesso em: 12 out. 2020.

_____. REsp: 1368677 MG 2013/0044420-5, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Julgamento: 05/12/2017, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/02/2018) Disponível em: TJ de São Paulo. Acesso em: 12 out. 2020.

O PAPEL DO EMPREENDEDOR NA ORGANIZAÇÃO DA VIDA ECONÔMICA A FIM DE BUSCAR AS RAÍZES DO DESEMPREGO E DAS DESIGUALDADES SOCIAIS

*Maria Regina Damaceno*⁶³

INTRODUÇÃO

Ao limiar do século XIX, com o apogeu da Revolução Industrial, o liberalismo tornou-se o maior modelo econômico vigente da época. Posto isso, é possível evidenciar que é indispensável para sociedade brasileira a análise dos fenômenos do mercado, a fim de inferir alternativas para redução das desigualdades sociais. Em razão disso, é indispensável ressaltar que um dos pilares de sustentação do pensamento liberal é o livre comércio, visto que é imprescindível a defesa do mercado, da ordem social voluntária e pacífica, da cooperação e da livre associação entre indivíduos.

Devido aos diversos contextos que a economia brasileira vivenciou, constata-se que o exercício da função empresarial descobre descoordenações no mercado (como desajuste entre demanda e oferta de bens e serviços) e atua de forma coordenadora, tornando-se, portanto, fundamental

63 Acadêmica de graduação do 5º período do Curso de Direito do UNICURITIBA. Atualmente, exercendo a função de estagiária no gabinete da 2ª Vara Cível. Participante dos Grupos de Pesquisa “Ética, Cidadania, Inclusão e Exclusão Social” e “Direito e Liberdade”.

para a obtenção do benefício empresarial. Com efeito, hodiernamente, as discussões acerca das dificuldades do empreendedorismo no Brasil são intensas, ainda mais em meio à corrupção, à má gestão governamental e à burocratização para se abrir uma empresa.

Dessa forma, o contexto de insegurança jurídica no país será contestado neste artigo, juntamente com a Lei n° 13.874, de 20 de setembro de 2019, antiga Medida Provisória n° 881, conhecida como Liberdade Econômica. Há de se ressaltar também o pensamento de François Quesnay, médico e economista francês, ao proferir “que a soma total das receitas retorne anualmente a toda a trajetória da circulação” (QUESNAY, 1996, p. 10). Assim, é sabido que o empresário movimenta a economia, tornando o empreendedorismo uma necessidade econômica. Por isso, é importante a inovação e os avanços na área da tecnologia digital, precipuamente com o advento da quarta Revolução Industrial, bem como o incentivo estatal e privado. A sociedade se beneficia, assim, ao descobrir novas áreas e novas soluções às adversidades econômicas da atualidade brasileira, sobretudo devido à crise instalada no país.

Com o intento de investigar a atuação empresarial no ambiente profissional, esta pesquisa será multidisciplinar, abrangendo vertentes ambientais, sociais, econômicas, políticas e históricas. Sendo assim, torna-se imprescindível questionar, a partir de uma análise kirznerziana, por que é fundamental estimular o espírito empreendedor dos cidadãos, visto que há um limite da interferência estatal nas relações comerciais?

Partindo desse pressuposto, o objetivo central desta pesquisa é analisar a dinamicidade do mercado e suas consequências econômicas, tendo em vista a obra *O empreendedorismo*, de Israel Kirzner. Também será introduzido o tema do empreendedorismo e sua aplicação prática na realidade atual brasileira e será demonstrada a evolução histórica do mercado em âmbito nacional. Enfatiza-se, ainda, a investigação do exercício da autonomia privada no Brasil e, conseqüentemente, a intervenção estatal. Posteriormente, como pontos de debate, serão aprofundadas a importância do papel do empreendedor no contexto da crise brasileira e a desigualdade social à luz do desemprego. Conclui-se com a resolução das questões feitas, verificando a importância deste artigo para sociedade, sobretudo para os jovens do país, fundamentais para as considerações finais deste projeto.

1. A APLICAÇÃO PRÁTICA DO EMPREENDEDORISMO NA REALIDADE ATUAL BRASILEIRA E A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO MERCADO EM ÂMBITO NACIONAL

A partir do pressuposto de que cada economista ou pensador possui uma interpretação sobre o que é empreendedorismo, é importante ressaltar que este artigo se baseia no conceito de Israel Kirzner, é famoso por popularizar a definição de empreendedorismo na visão austríaca. Sua ideia foi colocar a função empreendedora, e não a figura do empreendedor no centro da economia, sustentando que esse é um dos pilares da Ciência Econômica.

Neste diapasão, é de suma importância evidenciar que o termo *empreendedorismo* não deve ser simplesmente associado à figura do empreendedor, visto que é ampla a dimensão que empreender engloba. Assim, pode-se dizer que, ao tentar ver o que há de novo, identificando novos métodos e mercadorias que as pessoas possam valorizar mais do que o produto que elas possuem, já existe uma atividade empreendedora, pois não há substancialmente a necessidade de dinheiro, mas sim de perspicácia.

Ademais, o livro de Israel Kirzner alterou a forma como as pessoas pensam sobre o papel do empreendedorismo no processo de criação de riquezas. Uma das maiores contribuições do autor nesta temática foi identificar que o empreendedor não está satisfeito com o *status quo*, por isso procura novas maneiras de alcançar seus objetivos. Além disso, Kirzner aprofundou-se no termo *alertness*, ou seja, “ter uma ‘especial perspicácia’ em perceber oportunidades de lucro ainda não aproveitadas e desfrutá-las” (GIANTURCO, 2014, p. 26). Nesse sentido, todos os indivíduos que pretendem empreender, precisam manter-se alertas.

Doravante, pode-se dizer que o fenômeno do empreendedorismo é cada vez mais relevante para a análise estrutural atual e futura. Conforme o relatório executivo de 2017, elaborado pelo Global Entrepreneurship Monitor – GEM (GEM, 2017, p. 20), no Brasil, a taxa total de empreendedores foi de 36,4%, o que significa que de cada 100 brasileiros e brasileiras adultos (18 – 64 anos), 36 estavam conduzindo alguma atividade empreendedora, quer seja na criação ou aperfeiçoamento de um novo negócio, ou na manutenção de um negócio já estabelecido.

Esse fenômeno é devido, entre tantos outros fatores, à recessão econômica e ao advento de novas tecnologias, visto que condiciona a popula-

ção em idade ativa a buscar novos meios de obter renda. Neste sentido, o jornal *Agência Brasil* de 31 de outubro de 2019 afirma que “o contingente de desocupados soma 12,5 milhões de pessoas” (NITAHARA, 2019). Assim, há cada vez mais a preocupação em investir em novas maneiras para se adquirir lucro.

Além da crise, um problema a ser enfrentado é a burocracia, uma vez que a legislação trabalhista brasileira exige diversos requisitos para tal feito, como a inscrição estadual e municipal nos respectivos órgãos fiscais para que possa recolher os impostos. Dependendo da atividade, também serão necessárias licenças complementares, emitidas pelos órgãos regulatórios, como é o caso das licenças ambientais e sanitárias. Todavia, as adversidades são inevitáveis, até mesmo nos países mais desenvolvidos. Por isso, o foco não deve estar na crise ou na burocracia, mas em como esses obstáculos serão contornados para criar negócios prósperos, inovadores e longevos.

Com o intuito de traçar a evolução histórica do mercado em âmbito nacional, dentre tantas outras conquistas na área trabalhista no Brasil, é importante ressaltar a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que surgiu por meio do Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, sancionada pelo então presidente Getúlio Vargas, unificando toda legislação trabalhista existente no Brasil. Através da CLT, foi possível regular as relações trabalhistas tanto individuais quanto coletivas, além de incluir os trabalhadores urbanos e rurais. É sabido que mesmo após diversas alterações em seu texto legislativo, com o intuito de adequá-la à realidade dos fatos, ela permanece sendo a principal ferramenta para proteger os trabalhadores.

Destarte, com a finalidade de amenizar as falhas de mercado, inerentes às evoluções no âmbito do trabalho, o Governo Federal deve promover programas de auxílio ao trabalhador, uma vez que um dos objetivos das políticas econômicas é justamente combater o fenômeno do desemprego. Em 2017, por exemplo, as ações contidas no Orçamento Geral da União, voltam-se, principalmente, “ao pagamento de benefícios do Seguro-Desemprego e Abono Salarial, qualificação profissional e intermediação de mão de obra” (FAT, 2018, p. 9).

Historicamente, em 1994, foi implantado o Programa de Geração de Emprego e Renda do FAT (PROGER), com o objetivo de gerar empregos em um modelo que assegurasse a preservação do patrimônio e afe-

risse rentabilidade financeira ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT). Dessa forma, com base “nos desembolsos dos depósitos especiais do FAT no PROGER, no período de janeiro a dezembro de 2018, estima-se que foram mantidos/gerados 83.345 empregos” (FAT, 2019, p. 28). Posteriormente, o Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), juntamente com o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), implantou em 1996 o Plano Nacional de Qualificação do Trabalhador (Planfor), que possuiu como premissas “a democratização do acesso à qualificação profissional; a busca de um modelo de desenvolvimento sustentado e uma nova forma de atuação do Estado” (BULHÕES, 2004, p. 1).

Atualmente, com a Lei nº 13.467, denominada de Reforma Trabalhista e que foi sancionada em 13 de julho de 2017 pelo Presidente Michel Temer, possui como fundamento modernizar as relações de trabalho. Assim, a lei incluiu em seu bojo mudanças na jornada de trabalho, contribuição sindical dos empregados, *home office*, trabalho intermitente etc.

Pode-se dizer que o Direito do Trabalho passa por diversas transformações, precipuamente devido ao fenômeno da globalização e suas consequências no mundo moderno, exigindo cada vez mais especialização e havendo cada vez mais concorrência, priorizando mais o intelectual do que o manual. Uma grande parcela da população que acaba não encontrando emprego no mercado formal passa a aderir ao informal ou inovar em outro labor. Dessa maneira, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) divulgou o Tripartismo e o Diálogo Social, que “busca atender às necessidades das trabalhadoras e trabalhadores reunindo governos, organizações de empregadores e sindicatos para estabelecer normas de trabalho, desenvolver políticas e elaborar programas” (OIT, 2017, p. 1). Assim, empregados e empregadores devem agir conjuntamente para haver um bom desenvolvimento pessoal, profissional, econômico e social, além do respeito pelos princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da livre iniciativa.

Pode-se constatar que o trabalho é uma condição humana, devido à intensa dependência do homem ao labor. Consequentemente, o Direito do Trabalho surgiu como ferramenta social e econômica para proteger as relações trabalhistas e garantir condições aceitáveis nos ambientes de trabalho. Assim, as constantes evoluções do mercado devem ser acompanhadas pelo Direito e daí a importância de evidenciar a estruturação do

mercado de trabalho brasileiro e o exercício do Governo Federal ao longo dos anos.

1.1. INVESTIGAÇÃO DO EXERCÍCIO DA AUTONOMIA PRIVADA NO BRASIL

Ao longo da história humana, a maioria dos indivíduos careceu de liberdade e oportunidade econômicas, estando, portanto, condenados à pobreza e à privação. É nesse sentido que o Index of Economic Freedom, um guia anual publicado pela The Heritage Foundation, principal laboratório de pesquisas de Washington, publicou em 2019 o Índice de Liberdade Econômica, que analisa o avanço da liberdade econômica, prosperidade e oportunidade, incluindo 186 países (INDEX OF ECONOMIC FREEDOM, 2019).

Neste diapasão, conforme o índice ora citado, a liberdade econômica “é o direito fundamental de todo ser humano de controlar seu próprio trabalho e propriedade” (INDEX OF ECONOMIC FREEDOM, 2019). Sendo assim, nas sociedades economicamente livres, os governos permitem que o trabalho, o capital e os bens circulem livremente, abstendo-se da coerção ou restrição da liberdade além da extensão necessária para proteger e manter a própria liberdade.

Além disso, é importante ressaltar os pilares da liberdade econômica, que são:

Estado de direito (direitos de propriedade, integridade governamental, eficácia judicial; Tamanho do Governo (gastos do governo, carga tributária, saúde fiscal); Eficiência regulatória (liberdade empresarial, liberdade trabalhista, liberdade monetária); e Mercados abertos (liberdade comercial, liberdade de investimento, liberdade financeira). Cada uma das doze liberdades econômicas nessas categorias é classificada em uma escala de 0 a 100. A pontuação geral de um país é obtida pela média dessas doze liberdades econômicas, com o mesmo peso de cada uma (INDEX OF ECONOMIC FREEDOM, 2019).

Destarte, infere-se que é dever da sociedade política frear o Estado, visto que o governo não pode suplantiar os interesses do bem comum. A

partir disso, foi promulgado, em 1988, a Constituição da República Federativa do Brasil, que revela o caráter de compromisso das Constituições modernas entre o Estado individualista e o Estado Social intervencionista. O Estado Social, que é aquele que garante os direitos fundamentais de segunda dimensão, como educação, saúde e transporte, está evidenciado, por exemplo, no artigo 7º CF, que define os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, como o seguro-desemprego, o salário-mínimo, repouso semanal e a aposentadoria. Ou também, no art. 174, que define o Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, exercendo as funções de fiscalização, incentivo e planejamento. Por outro lado, o Estado individualista, ou seja, aquele que preza pela liberdade do indivíduo, está expresso, por exemplo, no artigo 170, que se baseia na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, assegurando a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica. Dessa forma, vê-se a duplicidade do Estado frente às suas normas, que até mesmo em seu art. 1º, inciso IV, preza pelos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

É sabido que Adam Smith e Karl Marx defendem tamanhos diferentes de Estado. No entanto, existe um meio termo, que é justamente um Estado interventor, o qual realiza investimentos e combate a crise. O Estado tem o papel essencial de incentivar o desenvolvimento econômico e o crescimento. Por outro lado, ele precisa atuar de forma enxuta, ou seja, usar os recursos públicos de uma carga tributária elevadíssima para atuar da melhor maneira possível. Ademais, um Estado exorbitante cria uma dependência maior de políticas públicas por parte da população, pois se começa a considerar que o Estado é o grande indutor do crescimento econômico e, conseqüentemente, as empresas privadas ficam em segundo plano, ou seja, perdem o incentivo e enfraquecem economicamente.

O ideal é que o Estado atue onde o setor privado não tiver incentivos para atuar, corrigindo, então, as falhas de mercado e regulando bem o restante da economia. Aqui, um papel fundamental é o das agências reguladoras. Alguns exemplos no Brasil são: Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE, 1962); Comissão de Valores Mobiliários (CVM); e o Banco Central do Brasil (BACEN, 1962).

As agências reguladoras são entidades de Estado que possuem a missão pública de regular ou serviços públicos – telecomunicações, energia elétrica – ou outro tipo de atividade importante socialmente, como planos

de saúde, sistema financeiro ou até mesmo mercados de ações. Essa figura é importante para combater práticas de monopólio, como o cartel, o truste e assim por diante. Juntamente com o embasamento histórico, como demonstrado pela crise de 1929, pode-se dizer que o mercado deve ser autônomo com uma pequena intervenção estatal, no sentido de minimizar as falhas de mercado.

Infelizmente, em 2019 o número de desempregados no Brasil é de quase 13 milhões. Então realmente existe uma urgência em destravar a economia, focando principalmente nos microempresários, que é como a então Medida Provisória 881 pretendeu atuar. Com a MP 881 fica mais fácil abrir um negócio, pois ela tira amarras que o indivíduo tem para iniciar um empreendimento, fazendo com que as empresas possam gerar emprego, riqueza e urbanização.

Dessa forma, chegou-se à medida provisória por meio de estudos empíricos do país, fazendo uma análise econômica da América Latina. Assim, pretende-se aumentar tanto o crescimento, quanto o ritmo, sobretudo nas relações microeconômicas, visto que os grandes empresários conseguem lidar com a burocracia do país, por possuírem acesso a ótimos advogados e escritórios, enquanto os microempresários são prejudicados nesse cenário. Nesse sentido, configura-se a MP 881, que objetiva justamente o avanço e o crescimento de pequenos empresários com a redução da alta carga burocrática.

Essa Medida, conhecida como MP da Liberdade Econômica, foi publicada no *Diário Oficial da União* em 30 de abril de 2019. Depois de tanta discussão, foi convertida na Lei nº 13.874. Suas principais características são a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, a desburocratização e a simplificação dos processos para exploração de atividade econômica, até mesmo redução de corrupção. Nesse sentido, o artigo 3º trouxe em seus dez incisos, direitos essenciais de liberdade econômica, dentre os quais se destacam a dispensa de autorização prévia para explorar atividades econômicas consideradas de baixo risco; a liberdade para definir o preço de produtos e serviços; a presunção de boa-fé; preservação da autonomia da vontade nas relações privadas e a aceitação do arquivamento de alguns documentos em formato digital.

Um dos principais desestímulos para empreender no Brasil é a burocracia, com tempo e custo altos para liberação da atividade econômica e

sua exploração regular. Atentando para isso, a MP da Liberdade Econômica admite, em seu art. 3, inciso 3, a proteção da liberdade na estipulação de preços de acordo com a demanda do mercado, ressalvadas as hipóteses de ajuste artificial de preço para burlar a tributação ou a defesa da concorrência, dos consumidores e demais proteções legais. Essa liberdade de regular preço pela oferta e demanda é uma lei saudável, visto que o preço é o grande instrumento de transmissão de informação sobre os bens escassos. Já o tabelamento de preços prejudica a economia, visto que o congelamento dos preços faz com que a população não saiba o verdadeiro valor de sua moeda.

Também com o fim de desburocratizar, o art. 3, inciso X da MP dispõe sobre a equiparação entre documentos digitais e físicos para todos os efeitos legais. Dessa forma, autoriza-se o armazenamento e arquivamento em formato digital de documentos privados, tornando possível que as escrituras físicas sejam descartadas quando atingidos os prazos de prescrição e decadência que lhes tocarem. Diminuirá em bilhões os custos de empresas e esses bilhões serão convertidos em renda, em investimento e em empregos. Além disso, tal medida previne incêndios e problemas ambientais, possuindo ainda o apoio dos cartórios, uma vez que eles têm custos altíssimos para guardar esses arquivos. Meios digitais possibilitam, também, verificar a corrupção de uma maneira mais adequada, ou seja, elementos de sonegação podem ser identificados mais facilmente. Assim, vemos que quem gera riqueza é o empreendedor – quanto mais você facilita isso, mais riqueza você vai ter.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Precipuamente, é importante ressaltar que desemprego se refere

[...] às pessoas com idade para trabalhar (acima de 14 anos) que não estão trabalhando, mas estão disponíveis e tentam encontrar trabalho. Assim, para alguém ser considerado desempregado, não basta não possuir um emprego (IBGE, 2020).

Dessa forma, conforme dados do IBGE, no segundo semestre de 2020, são mais de 12,8 milhões de desempregados no Brasil. O cenário

atual está continuamente sendo agravado, o que leva as pessoas a desenvolverem atividades empreendedoras. Atualmente, são mais de 83.347 mil pessoas ocupadas, isto é, não possuem um emprego, mas praticam o empreendedorismo.

Ademais, conforme o artigo 1º, inciso IV da Carta Magna, a “*República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa*” (BRASIL, 1998). Destarte, percebe-se que um dos pilares que regem este país engloba o trabalho e a livre iniciativa, pois, por meio de um trabalho decente, a liberdade e a equidade prosperam, bem como reduz as desigualdades e fomenta a democracia.

Nesse contexto, é possível afirmar que a desigualdade de renda impacta diretamente o bem-estar das pessoas e influencia nas taxas de mortalidade infantil, na taxa de poupança da economia e da extensão da pobreza. Assim, é interessante investigar a conexão entre o mercado de trabalho e a desigualdade, visto que há diversas segmentações no mercado de trabalho brasileiro e disso decorre a desigualdade salarial.

A fim de analisar a relação ora citada, pode-se ressaltar que se o número de empregados fosse o mesmo do número de vagas de emprego, o patrão não poderia nem demitir e nem contratar, e por consequência, o trabalhador não teria receio de perder seu emprego e a produtividade cairia. Outrossim, o mercado de trabalho também funciona pela lei da oferta e da procura, então o Estado pode até promulgar políticas públicas, mas nunca obrigando, e sim dando oportunidade.

Destarte, chega-se à conclusão de que, em certa medida, a desigualdade é importante para o mercado, pois se todos fossem empregados, haveria injustiças do ponto de vista econômico, tanto para o consumidor quanto para o empresário. E no socialismo, por mais que haja uma igualdade maior, as pessoas não possuem igualdade de escolha. Assim, por mais que o sistema capitalista seja defeituoso, o ideal é fomentar o mercado para que mais pessoas tenham acesso a um salário digno.

O problema de geração de empregos no Brasil parece estar menos relacionado com a quantidade de postos de trabalho gerados e mais com a qualidade desses. É possível que, apesar de sua baixa prevalência, o desemprego no Brasil seja importante determinante

da pobreza. A análise da estrutura do desemprego por sexo, nível educacional, idade, posição no domicílio, setor de atividade, e posição na ocupação, permite uma visão mais profunda da relação entre desemprego, pobreza e desigualdade no Brasil (ANTUNES, 2010, p. 4).

Dessa forma, pode-se dizer que, por meio de uma atividade empreendedora, é possível que uma pessoa desempregada obtenha lucro. Assim, é crucial o envolvimento do jovem no mercado empreendedor para formar lideranças e desenvolver atitudes sustentáveis, pois somente assim, haverá progresso constitucional referente ao bem comum do povo.

REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Ricardo. **A crise, o desemprego e alguns desafios atuais**. São Paulo: Serviço Social, 2010.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- BULHÕES, Maria da Graça Pinto. **Plano Nacional de Qualificação do Trabalhador – Planfor: acertos, limites e desafios vistos do extremo sul**. São Paulo: Scielo, 2004.
- FAT, Fundo de Amparo ao Trabalhador. **Relatório de Gestão de 2017**. Brasília: Ministério do Trabalho, 2018.
- FAT, Fundo de Amparo ao Trabalhador. **Informe Proger**. Brasília: Ministério da Economia, 2019.
- GEM, Global Entrepreneurship Monitor. **Relatório Executivo 2017**. London: Global Entrepreneurship Research Association, 2017.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Desemprego**. Brasília: IBGE, 2020.
- INDEX OF ECONOMIC FREEDOM. **Índice de Liberdade Econômica**. Nova York: Economias Internacionais, 2019.

NITAHARA, Akemi. **Taxa de desemprego no Brasil cai para 11,8%, revela IBGE**. Rio de Janeiro: Agência Brasil, 2019. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2019-10/taxa-de-desemprego-no-brasil-cai-para-118-revela-ibge>>. Acesso em: 07 abr. 2021.

OIT, Organização Internacional do Trabalho. **Conheça a OIT**. Brasília: OIT, 2017. Disponível em: <<https://www.ilo.org/brasil/conheca-a-oit/lang-pt/index.htm>>. Acesso em: 07 abr. 2021.

QUESNAY, François. **Quadro Econômico dos Fisiocratas**. Rio de Janeiro: Nova Cultura, 1996.

RESUMOS

A VULNERABILIDADE ALGORÍTMICA DO CONSUMIDOR SOB A PERSPECTIVA DO CAPITALISMO DE VIGILÂNCIA NO CONTEXTO DA PANDEMIA DA COVID-19

*Bruna Porto de Oliveira Cunha*⁶⁴

*Natasha Siqueira Mendes de Nóvoa*⁶⁵

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa apresentar o fenômeno da vulnerabilidade algorítmica do consumidor a partir do conceito de capitalismo de vigilância apresentado pela acadêmica Shoshana Zuboff, evidenciando como ambos dialogam no contexto da hipermodernidade, mas, especialmente, durante a pandemia da Covid-19.

A análise busca evidenciar a posição de fragilidade do consumidor perante a inteligência artificial, ressaltando como a coleta e o tratamento de dados pessoais é utilizado com fins mercadológicos, de modo indiscriminado, violando a privacidade do indivíduo, tornando-o mais vulnerável em momentos de crise, como no cenário atual de calamidade pública.

64 Graduada 5º semestre.

65 Graduada 5º semestre.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

É possível afirmar que a pandemia da Covid-19 e o isolamento social dela decorrente fragilizaram a posição jurídica e social do consumidor no ambiente digital, dando ensejo a uma nova espécie de vulnerabilidade algorítmica?

METODOLOGIA

O método de pesquisa é o dedutivo, através de pesquisa qualitativa de natureza teórico-bibliográfica.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Por vulnerabilidade algorítmica, compreende-se o estado de fragilidade do consumidor mediante as plataformas digitais, na medida em que o usuário está imerso em um cenário crescente da tecnologia de mercado, a qual se utiliza dos dados pessoais desses indivíduos para fins mercadológicos, violando, constantemente, o direito à privacidade. No contexto da hipermodernidade, um dos seus efeitos pode ser compreendido a partir do capitalismo de vigilância, o qual a autora Shoshana Zuboff conceitua como uma nova ordem econômica que considera a experiência humana como um material gratuito. Seu objetivo são as práticas comerciais ocultas de extração, predição e venda, isto é, esse sistema político-econômico se baseia na utilização dos direitos individuais (nesse caso, os dados pessoais) para fins econômicos como resultado do sistema capitalista, sendo o indivíduo analisado a partir da perspectiva do lucro por meio do consumo.

Nesse sentido, a tecnologia é utilizada como uma forma de poder, hierarquia e submissão tendo o consumidor como um alvo frágil, na medida em que ele apresenta uma postura de vulnerabilidade frente à inteligência artificial. Tendo isso em vista, a pandemia da Covid-19 se mostra um elemento-chave nessa análise, uma vez que tornou o consumidor um usuário mais assíduo das tecnologias, pois os meios eletrônicos foram uma alternativa para os indivíduos durante o período de isolamento social adotado pelos Estados, o que resultou em uma hiperconfiança do consumidor frente ao meio digital e ao mercado eletrônico. Essa hiperconfiança, assim

como a dependência crescente dos indivíduos frente aos aplicativos e ao mercado digital evidenciam a posição de inferioridade na relação consumérista, agravando o fenômeno da vulnerabilidade algorítmica em análise.

Ademais, é válido ressaltar que o Brasil apresenta marcos normativo para enfrentar essa situação, tais como a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), a qual entrou em vigor em agosto de 2021 visando a uma proteção mais rígida dos dados pessoais, sejam estes de pessoas jurídicas ou de pessoas físicas, assim como o artigo 43, caput, §1º, §2º e 3º, do Código de Defesa do Consumidor (CDC), que garante a esse indivíduo uma proteção quanto à transparência acerca dos seus dados pessoais.

CONCLUSÕES

Diante do exposto, é notório que a pandemia de Covid-19 fragilizou a posição dos consumidores frente a nova espécie de vulnerabilidade algorítmica. Nesse viés, ao se analisar as questões expostas juntamente com o conceito de capitalismo de vigilância da pesquisadora Shoshana Zuboff, é perceptível uma clara desvantagem do consumidor, uma vez que este se torna suscetível ao ambiente tecnológico que utiliza seus dados pessoais para estimular o consumo, caracterizando o quadro de vulnerabilidade algorítmica em questão. Desse modo, é significativa a concepção de que o consumidor moderno está desnudo frente às ações do mercado digital.

REFERÊNCIAS

LIPOVETSKY, Gilles. **A sociedade da sedução: democracia e narcisismo na hipermodernidade liberal**. São Paulo: Manole, 2019.

VERBICARO, Dennis; FARAGE, Daniel; MONTÃO, Vanessa. **As inquietações envolvendo a privacidade virtual na era dos influenciadores digitais**. In: VERBIRACO, Dennis; PRADO, Loiane; VIEIRA, Janaína. **Direito do consumidor digital**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2019.

VERBICARO, Dennis; MARTINS, Ana Paula. **A contratação eletrônica de aplicativos virtuais no Brasil e a nova dimensão da**

privacidade do consumidor. Revista de Direito do Consumidor, 2018.

ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância.** Rio de Janeiro: Intrínseca, 2021.

OS SEGREDOS DOS NEGÓCIOS NA PROPRIEDADE INDUSTRIAL

Valdehilza Costa Nascimento de Oliveira

INTRODUÇÃO

O resumo vai ter como base o sigilo profissional nas empresas, ou seja, os segredos de negócios que visam à garantia de proteção de dados em quaisquer tipos de empresa. Assim, as legislações irão trazer meios de proteção para esse segredo continuar guardado. Trazem também as vantagens e riscos que isso pode levar, sendo que o agente irá agir com dolo mediante essa causa.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

A Constituição Federal nos traz a proteção expressa intelectual, artística, científica e de comunicação, a qual acarreta indenização por danos morais e materiais decorrentes de sua violação. Assim, podemos ver que as empresas, perante suas estratégias e planos, acabam por acarretar essa proteção, qual seja, o segredo de seus dados que garante a confidencialidade, para que não haja imitações ou roubos.

Art. 5º, X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. (BRASIL. Constituição (1988)).

A chamada “segredos de negócios” pode ser vista em notícias, filmes e séries, como se dá essa passagem por meio de exclusão ou destruição desses dados. Exemplo bastante clássico em forma de desenho seria o seriado infantil Bob Esponja, que irá nos trazer a tão confidencialidade da fórmula do hambúrguer de siri, cujo segredo o personagem Plâncton sempre tenta descobrir, por meio de seus planos. Entretanto, esse segredo de negócios terá muitas vantagens, dentre as quais a competição ou concorrência entre as empresas, o prazo indeterminado e as leis que vão auxiliar nessa confidencialidade. Essa proteção é bastante utilizada pelo fato de a tecnologia não ser considerada uma rede confiável para proteger esses dados, e pode ocorrer um hackeamento.

O próprio Código Penal, tendo como base a Constituição, vai nos trazer em seus artigos a punição em caso de espionagem ou revelação de segredo tendo razão de função, ministério, ofício ou profissão, cuja pena é multa ou 3 meses a 1 ano de detenção. Tem como elemento subjetivo o dolo, no qual o agente vai agir por livre e espontânea vontade de revelar o segredo a terceiros, sabendo os danos que poderá causar. Ele admite a tentativa, de difícil realização, pois a revelação desse segredo teria que ser interrompida por circunstâncias alheias à vontade do agente; caso seja revelado por via oral, não será admitida a tentativa.

Art. 154 – Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem: Pena – detenção, de três meses a um ano, ou multa. (BRASIL. Código Penal, 1940).

Assim, haverá riscos nesse meio, sendo o vazamento dessas informações ou até mesmo gastos para seja protegido, o que pode acarretar demissões de funcionários, por conta da fidelidade, danos ou até mesmo falência, por conta da perda de recursos ou até mesmo afiliações e sócios. Portanto, esse segredo de negócios terá muita importância no meio empresarial para evitar que terceiros possam copiar ou roubar suas invenções – por exemplo, receitas de restaurante; projetos arquitetônicos; modelo de um novo aparelho eletrônico etc. Para que haja proteção, podemos trazer artigos de códigos e leis que irão agir de forma que esse segredo seja man-

tido em sigilo e que o culpado de tê-lo espalhado venha a sofrer punições segundo as legislações.

OBJETIVOS

Este resumo tem como objetivo trazer o que seriam os segredos de negócios, tratando seus benefícios e desvantagens que eles poderiam acarretar à propriedade; e em meio a esse sigilo, a proteção e prioridades que a legislação irá trazer para esse ambiente.

METODOLOGIA

A pesquisa teve como base conceitos e aprimorações das próprias legislações, sendo elas, a Constituição Federal de 1988 e o Código Penal de 1940. Estes nos trazem artigos que vão abordar esse sigilo nos negócios, ressaltando a utilização de *sites* jurídicos e empreendedorismo que cooperaram na abordagem desse tema.

RESULTADOS E DISCUSSÕES

Os segredos de negócios irão trazer medidas e precauções para a proteção de dados no que se refere a indústrias e comércios. Isso é de muita importância nesse ramo empresarial, para que não haja risco de roubo de dados por meio tecnológico ou mesmo um agente que, por vontade e consciência, passe a terceiros, na maioria das vezes por meio de suborno.

CONCLUSÕES

Mediante os fatos expostos, os segredos de negócios serão de extrema importância para as empresas do ramo industrial e comercial, pela proteção de sua estratégia e projetos. Isso pode acarretar boas vantagens no que tangê a Carta Magna e ao Código Penal, segundo os quais o agente que passar esses dados poderá receber uma punição de multa ou detenção.

Com isso, a exposição desse segredo vem a ser doloso pelo fato de o agente ter a intenção, a vontade de revelar a segredo, na maioria dos casos por suborno de terceiros. O agente, por meio de avareza, acaba por entrar

nesse crime. Ademais, isso causa muitos danos à empresa, por questões de fidelidade, falência ou até mesmo perda de sócios e filiações.

Conclui-se que existe um sigilo profissional, o qual tem relação com a fidelidade dos funcionários da empresa, até mesmo os CEOs (diretor-chefe da empresa), entre outros, já que tais segredos de negócios são uma questão de fidelidade na proteção da empresa, para que não haja invalidez na confidencialidade desses documentos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição** (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.

COSTA, Andreia. O que é segredo de negócio, afinal? **Jus Brasil**, 2016. Disponível em: <https://andreaiconsulter.jusbrasil.com.br/artigos/421764697/o-que-e-segredo-de-negocio-afinal>. Acesso: 11 dez. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

GRIORI, Jessica. Segredo Industrial: qual a sua importância para o meu negócio? **PRIS**, 2018. Disponível em: <https://pris.com.br/blog/segredo-industrial-qual-sua-importancia-para-o-meu-negocio/>. Acesso: 11 dez. 2020.

O QUE SÃO SEGREDOS COMERCIAIS E QUEM PODE SE BENEFICIAR DELES. **Primeiro mundo**, 2018. Disponível em: <https://www.pnbr.com.br/o-que-sao-segredos-comerciais-e-quem-pode-se-beneficiar-deles/>. Acesso: 11 dez. 2020.

JUDICIALIZAÇÃO DO ACESSO À EDUCAÇÃO E MEDIDAS ESTRUTURANTES

*Carolina Cotta Barbosa de Sá Alvarenga*⁶⁶

A Constituição da República de 1988 é considerada um marco histórico no Brasil no que diz respeito à positivação de direitos e garantias fundamentais. Entre eles, destaca-se o direito à educação, consagrado no art. 6º do referido diploma constitucional como um direito fundamental de natureza social. Como para todo direito há um dever, o art. 205 e o art. 206 da Constituição da República estabelecem, em complemento ao art. 6º, que a educação é um direito de todos e um dever do Estado e da família, sendo certo que o ensino deve ser ministrado em igualdade de condições para acesso e permanência na escola.

Observa-se, contudo, que os Poderes Legislativo e Executivo não cumprem integralmente as suas funções a fim de garantir e concretizar para todos os cidadãos o direito à educação, visto que ainda há uma carência de legislações infraconstitucionais para fixação de regras do sistema educacional e de promoção de políticas públicas amplas e eficazes para inserção de crianças e jovens nas escolas. Ressalta-se que, de acordo com um estudo realizado pelo Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) com dados extraídos da base do Instituto Brasileiro de Geografia

66 Pós-Graduada em Processo Civil pelo CERS. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pesquisadora do Núcleo Jurídico de Políticas Públicas da PUC Minas. Estagiária de Pós-Graduação no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

e Estatística (IBGE), cerca de 1,4 milhão de crianças e adolescentes entre 6 e 17 anos de idade não estão frequentando às escolas. Em face da ineficiência do Estado, é recorrente que famílias recorram ao Poder Judiciário buscando medidas que satisfaçam o direito de acesso à educação. É o que ocorre com as ações ajuizadas contra os municípios e Estados objetivando a matrícula de crianças em creches ou escolas públicas. A título de exemplo, cita-se a informação de que a Defensoria Pública do Estado de São Paulo propôs, entre 2014 e maio de 2017, cerca de 61 mil ações individuais pleiteando vagas para crianças (VITORELLI, 2020).

Nessa seara, muitos juízes, exercendo a função jurisdicional em nome do povo e buscando a realização do direito fundamental do acesso à educação, deferem a matrícula de crianças e adolescentes em creches e escolas públicas. No entanto, as decisões desses magistrados não produzem resultados significativos, mas apenas uma ilusão de resolução do problema público. Isso porque

[o] caso das ações individuais para vagas em creches deixa claro que as milhares de ações individuais estão servindo apenas para substituir as crianças que ingressariam nas creches, pelo critério administrativo regular, por outras, que não obedecem a critério algum. (VITORELLI, 2020, p. 63).

As causas do problema da insuficiência de vagas em creches e escolas públicas não são eliminadas pelas decisões judiciais. Ademais, as soluções apresentadas pelo Poder Judiciário acabam por enfatizar as desigualdades do acesso à educação, fazendo com que apenas aquelas famílias que litigam contra o Estado consigam matricular seus filhos na rede pública de ensino. Ocorre, portanto, uma inversão na ordem de crianças na lista de espera para preencher as vagas (excluindo aquelas que se encontravam no início da lista), superlotação das salas de aula e desorganização (ainda maior) do serviço público.

É certo que, diante do princípio da inafastabilidade da jurisdição, não resta outra opção aos magistrados senão resolver o conflito, ocorrendo uma “mudança no papel do processo que mediante a Jurisdição é chamada para suprir as deficiências dos outros Poderes nas competências institucionais que lhes pertencem [...]” (BAHIA; THEODORO JÚNIOR;

NUNES, 2013, p. 125). Contudo, é de se notar que, muito embora os magistrados sejam dotados de conhecimento jurídico, eles não possuem a *expertise* necessária para solucionar conflitos que envolvem políticas públicas, proferindo decisões que, em muitos casos, não ofertam o máximo de aproveitamento e cuja aplicação prática demonstra um resultado insatisfatório. Tem-se, como exemplo, os processos em que a Administração Pública não consegue cumprir a obrigação imposta pelo juiz de matricular a criança em uma escola (por razões financeiras, técnicas ou logísticas), convertendo-se a ordem em uma mera obrigação de pagamento de multa, restando, portanto, frustrada à pretensão de matrícula.

Por mais que o magistrado se esforce, há questões técnicas, financeiras e burocráticas que apenas a Administração Pública domina e que deverão ser consideradas quando da definição do “quando” e “como” as políticas deverão ser implantadas. (BAHIA; THEODORO JÚNIOR; NUNES, 2013, p. 146).

Nesse contexto, o estudo busca tratar da possibilidade de se aplicar medidas estruturais nas demandas ajuizadas em face do Estado que envolvem políticas públicas, notadamente naqueles processos cuja pretensão seja a matrícula de crianças em creches ou escolas públicas.

As medidas estruturantes (“*structural injunctions*”) desenvolvidas por Owen Fiss propõem, em linhas gerais, um novo modelo da função jurisdicional, buscando a implementação de uma reforma estrutural nas instituições públicas (MORATO, 2019). Sendo assim, diante de um problema público cuja origem está na estrutura de uma organização ou instituição pública, como é o caso da insuficiência de vagas na rede pública de ensino municipal e estadual, bem como o elevado número de ações ajuizadas em face desses entes, torna-se necessário uma reforma em sua estrutura, a fim de viabilizar o direito fundamental do acesso à educação e diminuir o número de processos que sobrecarregam os tribunais. Essa reforma deve ser feita por meio da implementação de medidas estruturantes, as quais determinam as diretrizes que a organização ou a instituição deve tomar a fim de resolver o problema em sua origem, sendo um “[...] conjunto de medidas para ajustar comportamentos futuros, em vez de compensar erros pretéritos.” (VITORELLI, 2020, p. 61).

As medidas estruturantes, para serem elaboradas, necessitam que, durante o processo, seja realizado um diagnóstico com “[...] a apreensão das características do litígio, em toda sua complexidade e conflituosidade, permitindo diferentes grupos de interesses sejam ouvidos [...]” (VITORELLI, 2020, p. 60) e a elaboração de um plano de alteração do funcionamento da estrutura, “[...] cujo objetivo é fazer com que ela [a organização ou a instituição] deixe de se comportar da maneira reputada indesejável” (VITORELLI, 2020, p. 60).

Para que essa implementação seja possível, é fundamental que o processo judicial seja pautado pelos preceitos da litigância de interesse público, notadamente pelas propostas da teoria normativa da participação e do policentrismo (BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud; NUNES, Dierle, 2020), buscado-se criar um ambiente dialógico “[...] com chamamento de todos os envolvidos na política pública.” (BAHIA; THEODORO JÚNIOR; NUNES, 2013, p. 143). Assim, nas demandas que envolvem a matrícula de crianças e jovens nas creches/escolas públicas, é preciso que os agentes da Administração Pública que atuam diretamente na gestão de vagas e de recursos das instituições de ensino públicas participem da construção do pronunciamento judicial, prestigiando, conseqüentemente, o contraditório substancial.

Diante do exposto, indaga-se: as medidas estruturantes podem trazer resultados mais satisfatórios para os litígios que demandam judicialmente o Estado para promover a matrícula de crianças na rede pública de ensino? O objetivo geral da pesquisa, portanto, é investigar a aplicação das medidas estruturais em litígios de interesse público. Para tanto, foram delineados os seguintes objetivos específicos: estudo da teoria da participação, que é a base da execução de medidas estruturais em litígios de interesse público; análise dos modelos jurisdicionais de litigância de interesse público nos Estados Unidos da América; exame das medidas estruturais (*structural injunctions*) concebidas por Owen Fiss; análise de uma amostra de julgados dos Tribunais de Justiça da Região Sudeste que julgaram procedentes ou improcedentes os pedidos de matrícula de crianças nas creches ou escolas públicas.

Considerando o marco teórico da pesquisa – a teoria da participação –, parte-se da hipótese de que as decisões dos tribunais serão mais satisfatórias. Assim, para viabilizar o teste da hipótese, realiza-se uma pesquisa com natureza aplicada, objetivo exploratório e procedimento bibliográfico.

A presente pesquisa, a qual ainda não foi finalizada, apresenta-se como uma contribuição acadêmica no sentido de repensar as formas que o Poder Judiciário pode resolver as ações judiciais que demandam que o Estado promova a matrícula de crianças e jovens na rede pública de ensino, baseando em um diálogo com a Administração Pública e na elaboração de medidas que buscam erradicar a causa do problema da escassez de vagas, proporcionando, assim, a construção de um pronunciamento judicial que concretize o direito fundamental do acesso à educação.

REFERÊNCIAS

- BAHIA, Alexandre Melo Franco; THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle. Litigância de interesse público e execução participada de políticas públicas. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 38, n. 224, p. 122-152, out. 2013.
- BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud; NUNES, Dierle. **Teoria geral do processo**: com comentários sobre a virada tecnológica no direito processual. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.
- MORATO, Luciana Cecília. **Implementação participada de medidas estruturantes na litigância de interesse público**. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019.
- VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**: teoria e prática. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

A COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL COMO FORMA DE PRESTAR EFETIVIDADE AO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR

*Pedro Alexandre Ferreira Sousa Degrande*⁶⁷

INTRODUÇÃO

A obrigação alimentar tem notável importância no ordenamento jurídico brasileiro. Para crianças e adolescentes, o próprio Art. 227 da Constituição Federal, por exemplo, expressamente prevê que é dever da família assegurar, entre outros direitos enumerados, o direito à alimentação. Do mesmo modo, o Art. 5º da CF, em seu inciso LXVII, dispõe que não haverá prisão civil por dívida, exceto a do depositário infiel e a pela inadimplência involuntária e inescusável de obrigação alimentícia. Entretanto, quando um dos sujeitos existentes em uma obrigação alimentar não reside no Brasil, existem determinadas dificuldades para o ajuizamento de uma ação ou para a promoção da execução de uma decisão judicial condenatória de obrigação de pagar alimentos.

67 Advogado. Mestrando em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” – UNESP. Procurador Municipal de Patrocínio Paulista.

Diante destas dificuldades, considerando-se o mais recente Código de Processo Civil e as modernas concepções do Direito Internacional Privado, a cooperação jurídica internacional revela-se um mecanismo apropriado para que ocorra a busca pela efetiva e adequada prestação da obrigação alimentar. A pesquisa se justifica pela notoriedade do tema, mormente na sociedade contemporânea, altamente globalizada e com mais facilidades para a comunicação entre pessoas de países diferentes, bem como para o deslocamento humano entre diversas regiões.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

O Artigo 25 da Declaração Universal de Direitos Humanos prevê que todo ser humano tem direito a um padrão de vida que seja capaz de lhe assegurar saúde, bem-estar, incluindo-se a alimentação, o vestuário, a habitação e os cuidados médicos e serviços sociais indispensáveis. O direito à alimentação é, por conseguinte, um direito fundamental. Quando credor e devedor da obrigação alimentícia se encontram no mesmo território ou sob a mesma jurisdição estatal, geralmente não existem dúvidas quanto às normas aplicáveis.

No entanto, os deslocamentos dos indivíduos entre vários países têm se tornado cada vez mais comum, não se tornando raro que o sujeito ativo e o sujeito passivo da obrigação estejam localizados em países diferentes. Por tratar-se de um direito humano, é essencial que haja uma cooperação entre as nações para que ocorra o efetivo cumprimento do dever alimentar, buscando-se garantir o fundamental direito do alimentando.

METODOLOGIA

A metodologia utilizada para a realização do trabalho é a dedutiva-bibliográfica e o método dogmático-jurídico, partindo-se da análise da legislação (Código Civil e Código de Processo Civil), da Convenção de Haia sobre Alimentos e da Convenção de Nova York, além da leitura de artigos científicos sobre cooperação jurídica internacional. As fontes principais da pesquisa, portanto, são os instrumentos normativos, representados pelas leis e pelas Convenções citadas, além de artigos científicos relacionados ao tema.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

A Convenção de Nova York e a Convenção de Haia sobre Alimentos são instrumentos importantes para a cooperação internacional e a efetivação de obrigações alimentares. Por meio do Decreto nº 56.826, de 2 de setembro de 1965, e do Decreto nº 9.176, de 19 de outubro de 2017, respectivamente, o Brasil promulgou as duas convenções, permitindo, portanto, uma essencial cooperação entre nações para que ocorra o adequado cumprimento do dever alimentício. Pode haver, entretanto, casos em que o Brasil não faça parte de um acordo específico que trate do tema com algum outro país ou então que algum outro Estado não faça parte de nenhuma das convenções citadas anteriormente. Os dispositivos concernentes à cooperação jurídica internacional, previstos no Artigo 26 e seguintes do Código de Processo civil, tornam-se, neste caso, essenciais.

A cooperação jurídica internacional, todavia, não poderá ser admitida quando se pretender praticar atos que contrariem ou que produzam resultados incompatíveis com as normas fundamentais que regem o Estado brasileiro. Não devem ser utilizados, então, procedimentos ou atos que sejam contrários às normas fundamentais brasileiras. Não há dúvidas também de que as normas jurídicas pátrias certamente favorecem o cumprimento da obrigação alimentar, até mesmo porque o direito à alimentação é considerado um direito fundamental, esteja o credor ou o devedor da obrigação alimentícia em território nacional.

No mundo contemporâneo, há, então, a substituição de uma visão nacional tradicionalista e territorialista do Direito por uma visão mais cooperativa entre nações, procurando-se enfrentar os problemas transfronteiriços (RAMOS, 2017, p. 62).

CONCLUSÕES

Na sociedade atual, com as maiores possibilidades de deslocamento entre territórios diversos, torna-se mais comum a necessidade de que se utilizem tratados e convenções internacionais para a resolução de problemas que envolvam não os próprios Estados em si, mas indivíduos comuns em suas relações privadas. Quando se trata de obriga-

ções alimentares, há interesses fundamentais envolvidos, sendo então necessário que se elaborem e que se analisem instrumentos normativos internacionais para uma eficiente cooperação entre autoridades judiciárias das nações envolvidas.

Caso não exista este instrumento normativo, uma postura cooperativa ainda assim poderá ser adotada, observando-se o Código de Processo Civil, promovendo-se atos que, respeitando as normas fundamentais brasileiras, possam garantir o cumprimento e execução de obrigações alimentícias, buscando-se a efetivação do direito fundamental aos alimentos. Portanto, a ausência de um tratado específico entre as duas nações envolvidas não pode se tornar um óbice para que se cumpra a obrigação alimentar, sendo possível a adoção de atos e procedimentos cooperativos que permitam que o credor dos alimentos, esteja no Brasil ou em outro país, receba aquilo que lhe é devido.

REFERÊNCIAS

ALLE, Saulo Stefanone. Cooperação jurídica internacional e dever geral de cooperar. **Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión**, Asunción, v. 5, n. 10, p. 132-152, out. 2017. Disponível em: http://scielo.iics.una.py/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2304-78872017001000132&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 15 mar. 2021.

HUDSON, Paula Cristina Ribeiro. A cooperação jurídica internacional sob a perspectiva do Brasil: o viés de sua aplicabilidade. **Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión**, Asunción, v. 7, n. 14, p. 313-326, set. 2019. Disponível em: http://scielo.iics.una.py/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2304-78872019001400313&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 10 mar. 2021.

MARTINS, Eduarda Alfaro Mena Barreto. Uma análise da atual realidade internacional sob a égide da cooperação jurídica internacional no novo código de processo civil brasileiro. **Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión**, Asunción, v. 8, n. 15, p. 148-167, mar. 2020. Disponível em: <http://scielo.iics.una.py/scielo.php?scrip->

t=sci_arttext&pid=S2304-78872020001500148&lng=en&nrm=iso.
Acesso em: 10 mar. 2021.

RAMOS, André de Carvalho. Cooperação jurídica internacional e o diálogo das fontes no Direito Internacional Privado contemporâneo. **Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión**, Asunción, v. 5, n. 10, p. 56-72, out. 2017. Disponível em: http://scielo.iics.una.py/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2304-78872017001000056&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 15 mar. 2021.

DANO MORAL POR VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: ANÁLISE POR JURIMETRIA DA REGIÃO NORTE DO BRASIL

*Sátina Priscila Marcondes Pimenta*⁶⁸

*Natalya Ribeiro Assunção*⁶⁹

*Alice Lemes Ferreira*⁷⁰

*Janaína Aparecida Soares Gaspar Sanches*⁷¹

INTRODUÇÃO

As violências conjugais são marcadas por relações de poder nas quais o agressor entende ser o possuidor do objeto, normalmente a mulher, e assim passa a querer comandar tal objeto de forma excessiva e sob todas as óticas (do corpo a psique). A teoria de Leonore Walker sobre o modelo do Ciclo da Violência, no texto *The battered woman syndrome*, 1979 (*A Síndrome da Mulher Espancada*), relata que a violência conjugal apresenta três fases: 1) acumulação de tensão; 2) explosão; e 3) lua de mel.

É bem evidente que, a partir da Lei nº 11.340/2006, a visão da violência contra a mulher mudou consideravelmente. Essa Lei, sancionada em 7

68 Professora da Faculdade Estácio de Sá de Vitória.

69 Professora da Faculdade Estácio de Sá de Vitória.

70 Estudante Curso Direito da Faculdade Estácio de Sá de Vitória.

71 Estudante Curso Direito da Faculdade Estácio de Sá de Vitória.

de agosto de 2006, trouxe inúmeras inovações, sendo uma de suas principais as medidas protetivas, estabelecidas para garantir a eficácia da lei, a proteção da vítima de violência e de seus familiares. No entanto, todo este processo limita-se ao âmbito do Direito penal.

No ano de 2018, o Supremo Tribunal de Justiça que, em sede de Recurso Repetitivo no ano de 2018, e ainda mediante o Recurso Especial nº 1.675.874 – MS (2017/0140304-3) e do Recurso Especial nº 1.643.051 – MS (2016/0325967-4), possibilitou o pagamento indenizatório por danos morais em situação de violência doméstica, abrindo assim um grande precedente para que outros Tribunais de Justiça assim também o fizessem.

Assim, o presente artigo, proveniente de Projeto de Iniciação Científica em andamento, tem como objetivo analisar decisões dos Tribunais de Justiça da Região Norte do país entre 01/01/2015 e 30/03/2021 que tenham como demanda a indenização por danos morais onde o nexo de causalidade direciona-se para a violência doméstica. A pesquisa exploratório-quantitativa utiliza o método da jurimetria, e a partir da análise de dados estatísticos, vislumbra-se primeiramente identificar a quantidade de decisões favoráveis ou não, à demanda em segunda instância, realizando, posteriormente, um comparativo de dados entre as regiões do Brasil.

1. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E MEDIDAS DE PROTEÇÃO

De acordo com Souza e Nascimento (2018), as violências conjugais são marcadas por relações de poder nas quais o agressor entende ser o possuidor do objeto, normalmente a mulher, e assim passa a querer comandar tal objeto de forma excessiva e sob todas as óticas (do corpo a psique). Já a vítima posiciona-se como tal objeto, permitindo que as ações de agressão e abuso ocorram, mas tal construção objetual é subjetiva e construída pelas relações sociais e construções cognitivas adquiridas por esta mulher durante a vida.

Mesmo que haja muitos conceitos sobre o que é violência doméstica, no presente artigo será utilizado o conceito apresentado pela Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), qual seja:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gê-

nero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. (BRASIL, 2006).

De acordo com a referida lei, cinco são os tipos de violência contra a mulher: física, sexual, moral, psicológica e financeira. No caso de a mulher ser vítima de uma dessas violências, a mesma pode utilizar-se das Medidas Protetivas para defender-se e também precaver-se de novos ataques. Ocorre que há uma precariedade tanto humana quanto material na maioria das delegacias especializadas. Isto gera, portanto, uma dificuldade de garantia do cumprimento das mesmas e até a sensação de impunidade no âmbito penal.

2. DANO MORAL: INDENIZAÇÃO POR VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

O âmbito penal não mais demonstra-se suficiente para a inibição da violência doméstica pelo agressor, passa a ser possível e legítima a demanda no âmbito cível, compreendendo-se que no ato de violência doméstica encontra-se intrínseco o dano moral. A própria Lei Maria da Penha traz como tipo de violência a violência moral e psicológica e na obviedade que se segue o dano é presente. Deve o agressor ser condenado pela Justiça a indenização conforme determina a legislação pátria.

Maria Helena Diniz, sobre o instituto da responsabilidade civil e do elemento dano, exprime que:

A reparação do dano moral cumpre, portanto, uma função de justiça corretiva ou sinalagmática, por conjugar, de uma só vez,

a natureza satisfatória da indenização do dano moral para o lesado, tendo em vista o bem jurídico danificado, sua posição social, a repercussão do agravo em sua vida privada e social e a natureza da reparação para o causador do dano, atendendo à sua situação econômica, a sua intenção de lesar (dolo ou culpa), a sua imputabilidade, etc. (2010, p. 32).

O Supremo Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Repetitivo no ano de 2018, fez a análise do Recurso Especial nº 1.675.874 – MS (2017/0140304–3) e Recurso Especial nº 1.643.051 – MS (2016/0325967–4), extraíndo da leitura dos acórdãos o seguinte conteúdo:

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. RECURSO SUBMETIDO AO RITO DOS REPETITIVOS (ART. 1.036 DO CPC, C/C O ART. 256, I, DO RISTJ). VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO MÍNIMA. ART. 397, IV, DO CP. PEDIDO NECESSÁRIO. **PRODUÇÃO DE PROVA ESPECÍFICA DISPENSÁVEL. DANO *IN RE IPSA***. FIXAÇÃO CONSOANTE PRUDENTE ARBÍTRIO DO JUÍZO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (REsp 1643051/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/02/2018, DJe 08/03/2018) e (REsp 1675874/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/02/2018, DJe 08/03/2018 – grifo nosso).

3. METODOLOGIA

O presente trabalho utilizou a metodologia de análise de dados da jurimetria. De acordo com Valdemiro Kreusch (2018), a jurimetria seria uma maneira multidisciplinar de análise de dados, levando ao estudo da aplicação de doutrina e jurisprudência pelos tribunais, fóruns ou varas analisadas. A pesquisa teve por base a busca jurisprudencial (julgamento material), entre os anos de 2015 e 2021, sobre condenação pecuniária a título de reparação nos crimes no âmbito da violência doméstica, ou seja, a condenação por dano moral em casos de violência doméstica.

O objetivo do artigo é analisar a concepção dos Tribunais de Justiça das Regiões do Brasil sobre a indenização por dano moral em caso de violência doméstica. Até a presente data, a região analisada fora a do Norte do país, a qual, para fins de conhecimento, constam os Tribunais do Acre, Amapá, Amazonas, Pará, Rondônia, Roraima e Tocantins.

Como palavras-chave para a busca jurisprudencial, foram escolhidas as seguintes, com as combinações: Indenização + doméstica; Moral + indenização + doméstica; Indenização + violência doméstica; Indenização + Violência + doméstica.

4. RESULTADO E DISCUSSÕES

Diante disso, identificou-se que entre os anos de 2015 até final de 2017, a incidência do pedido de condenação de caráter indenizatório em decorrência da violência sofrida foi praticamente insignificante, somando sete casos, apenas nos Tribunais de Tocantins e Roraima. No entanto, a partir de 2018 até 30/03/2021, foram localizados 37 processos, dos quais 23 são dos anos de 2020 e início de 2021. Tais números representam um crescimento de 528%, em mais ou menos, 3 anos.

Dos 37 casos, 21 foram julgados pela Câmara Única do Tribunal do Amapá, e 11 pela Câmara Criminal do Tribunal de Tocantins.

5. CONCLUSÃO

Por derradeiro, ainda que apresente um aumento significativo (528%), ainda se vê baixa incidência de pedido de caráter indenizatório a fim de reparar o dano sofrido pela vítima de violência doméstica na esfera penal, e menor ainda na esfera cível.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Lei nº 11.340**, de 07 de agosto de 2006. Lei Maria da Penha. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 22 mar. 2021.
- BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de de 2002. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 22 mar. 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Lei Maria da Penha**: a efetividade da Lei nº. 11.340/06 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher – 4. Ed.rev. atual. e ampl.—São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

STJ. **Recurso Especial: REsp 1675874/MS**. Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 28/02/2018, DJe 08/03/2018.

WALKER, L. **The battered woman syndrome**. New York. Harper and Row. 1979.

DIREITO DE FAMÍLIA: ANÁLISE CRÍTICA DOS CASOS DE DIVÓRCIO FRENTE À PANDEMIA DA COVID-19 NO BRASIL

*Adriana de Oliveira Rocha*⁷²

*Cinthia da Silva Barros*⁷³

*Danielly Novais do Rego*⁷⁴

INTRODUÇÃO

Imersa em um cenário de intensas transformações, a união matrimonial vive um novo impasse na conjuntura da Covid-19. Com as medidas adotadas para o combate à pandemia, fez-se necessário implementar o iso-

72 Graduada em Direito (UNIFG - 2011), em Estudos Sociais (UNEB, Campus VI, 1993), em História (UNEB, Campus VI, 1996); Mestra em Educação (UFSC - 2005); Pós-Graduada em História Social: Brasil (UESB - 2000), em Atualização em Práticas Pedagógicas (UnB - 2013), em Direito e Processo do Trabalho (UNIDERP - 2013), em Direito Previdenciário (UNIDERP), em Metodologia de Ensino para Educação Profissional (UNEB/DEDC I / Salvador/BA); Concluinte do Curso de Aperfeiçoamento em Tecnologias Educacionais (UNEB).

73 Advogada OAB/BA. Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito do Centro Universitário FG (UNIFG). Bolsista CAPES. Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Guanambi FG (UNIFG). Pesquisadora do ANDIRA, DAC, ALFAJUS, METAMORFOSE JURÍDICA E CIDEP. Especialista em Direito Público (FAVENI). Pós-graduanda em Direito Previdenciário, Empresarial, Advocacia Extrajudicial e Processo Civil:

74 Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito pelo Centro Universitário FG, Bolsista na Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoas de Nível Superior (CAPES). Advogada OAB/BA.

lamento social, o que trouxe a necessidade de permanência das pessoas nos lares. Os casais foram postos a permanecerem juntos por um lapso temporal superior a realidade vivenciada o que acaba por incidir em um índice alarmante de separações de vínculos conjugais.

Assim, o presente ensaio enseja analisar os principais reflexos do isolamento social no aumento dos índices de separações na sociedade brasileira em meio à problemática instaurada pela Covid-19. Desse modo, as instituições do Direito de Família sofrem intensas transformações em meio à pandemia, e em compasso com os novos anseios exsurtem embates que se refletem na permanência das uniões matrimoniais.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

A instituição familiar e seus desdobramentos ocupam um cenário ímpar no ordenamento jurídico brasileiro. Novas concepções e transformações vêm sendo implementadas, a fim de regulamentar as modificações surgidas com o transcurso do tempo.

A pandemia proveniente da Covid-19 que vem assolando todo o mundo desde o final do ano de 2019 tem ocasionado inúmeros impasses ao convívio em sociedade e reflexos, quiçá, imensuráveis nas relações familiares.

A necessidade de isolamento social como instrumento hábil na contenção da propagação do vírus da Covid-19 tem ocasionado inúmeros impactos no convívio familiar; o número de divórcios cresceu consideravelmente no Brasil após o início do regime de confinamento (PEREIRA, 2021). Ademais, em busca do Google registra uma procura alarmante por advogados especialistas em Direito de Família para a realização da modalidade de Divórcio *On-line*. É importante frisar que na Bahia, de acordo com o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia:

[...] o número de pedidos e consumação de divórcios e dissolução de união estável no estado caiu vertiginosamente durante a pandemia, em relação ao mesmo período do ano passado. Considerando apenas os meses de abril e maio, foram 4.289 processos abertos em 2019, contra 1.094 no mesmo período deste ano, o que representa uma redução de cerca de 74%. Em relação a processos julgados,

foram 2.643 em abril e maio do ano passado, contra 206 em 2020, uma redução de quase 92%.⁷⁵

Nesse ínterim, o aumento da separação no período pandêmico pode ser facilmente atribuído ao convívio intenso entre casais que outrora eram mantenedores de uma rotina árdua de trabalho e um grande envolvimento com o mundo tecnológico, o que propiciava, assim, um escasso lapso temporal de contato familiar (OLIVEIRA, 2020).

Com o confinamento nos lares, toda a rotina de outrora passou por readaptações, com a necessidade de compartilhamento de um mesmo ambiente por longas horas de convívio, o que consequentemente trouxe à luz conflitos preexistentes na relação cotidiana de muitos casais que dispunham de um breve contato físico.

A possibilidade da realização de divórcio no ordenamento jurídico brasileiro torna cada vez mais célere a dissolução. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio do Provimento nº 100, dispõe acerca da possibilidade da dissolução de casamento por meio de videoconferência (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020). Assim, pela seara administrativa, é possível a realização por meio de instrumentos públicos acerca de dissoluções de uniões matrimoniais com a dispensa do comparecimento pessoal (LEAL, 2020). Desse modo, a nova norma editada pelo CNJ apresenta-se com um viés célere nos trâmites de dissoluções matrimoniais, o que contribui significativamente para a solicitude na realização de divórcio durante a pandemia.

Com isso, ressalta-se que mundo inteiro se encontra imerso numa atmosfera de insegurança, angústia e preocupações, e apesar de as múltiplas medidas de contenção da propagação do vírus da Covid-19 terem sido implementadas, são notórios os reflexos negativos e atemorizantes nas diversas áreas do saber, em específico nas relações familiares, às quais foram postos novos impasses e obstáculos a uma nova forma de convivência que muitos casais não puderam suportar.

75 Disponível em: <<https://g1.globo.com/ba/bahia/noticia/2020/06/10/apesar-da-queda-do-no-de-processos-no-tj-ba-busca-pelo-divorcio-no-isolamento-cresce-em-escritorio-terapeuta-explica.ghtml>> . Acesso em: 02 abr. 2021.

METODOLOGIA

A metodologia caracteriza-se como bibliográfica, documental e explicativa, pelo método hipotético-dedutivo, com a utilização de artigos, livros, levantamento de informações, e leitura atenta e sistematizada de dados coletados por meio de documentos e legislações pertinentes ao tema.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Insta assinalar que a pandemia do novo coronavírus é um fenômeno recente, que repercutiu de forma bastante negativa na vida da população mundial, quer seja nos aspectos emocionais, quer seja nos aspectos econômicos, sociais, culturais e políticos. Vale salientar que essa pandemia apresenta desdobramentos muito significativos no que concerne ao convívio familiar.

Neste diapasão, vê-se que a crise pandêmica conseguiu fazer ressurgir os inimigos invisíveis da família que impedem a união e a harmonia num determinado lar. Numa análise contextualizada dessa crise, há que se falar em alguns conflitos familiares que se tornaram latentes, levando muitos casais a buscar o divórcio.

Isso nos leva a pensar que a pandemia de Covid 19 abalou a convivência familiar de muitos casais em nosso país, e o ensaio em comento aponta como fatores para a dissolução do casamento, uma gama de aspectos que favorecem a coabitação conturbada, a saber: machismo em evidência, fácil acesso ao divórcio, que hoje pode ser realizado de forma *on-line*, problemas na divisão de tarefas domésticas, bem como no cuidado com os filhos, estresse cotidiano que surge através das cobranças familiares, a grande carga de responsabilidade depositada somente para a mulher, favorecendo um trabalho árduo, desgastante, que foge a suas responsabilidades enquanto mãe e ser humano, violando sua integridade física, psíquica e moral. Outro fator que merece destaque é o aumento considerável da violência doméstica, que é um risco que muitas mulheres correm e se veem sem saída, incidindo na busca pelo divórcio.

Sendo assim, resta provado que o novo e o desconhecido advindos da crise que se instalou no Brasil e no mundo, com o advento do coronaví-

rus, exigem que os sujeitos sociais busquem formas de se adaptar a uma nova realidade, a um “novo normal”, o que para muitos casais culminou na decisão pelo divórcio como uma forma de saber fazer, como também uma maneira lógica de solução dos conflitos nas relações conjugais.

CONCLUSÕES

“(…) *Eu possa me dizer do amor (que tive): Que não seja imortal, posto que é chama, mas que seja infinito enquanto dure.*” Já dizia Vinicius de Moraes no Soneto de Fidelidade, “enquanto dure é a palavra”. A pandemia da Covid-19 desencadeou no isolamento social, que determinou uma certa “aproximação” diária dos casais, que por vezes eram apenas casais “do bom dia e do boa noite”.

Partindo deste contexto, verifica-se que a Covid-19, além de ceifar vidas, fez com que muitas relações não resistissem; ao escancarar a impossibilidade de vivência conjunta, as diferenças foram coercitivamente colocadas em “mesa”. Dessa forma, o “Direito de Família”, em meio a toda a essa situação atípica, se mostra como um importante aliado para resolução deste conflito jurídico que se mostrou persistente, com aumento significativo.

Depreende-se, assim, a necessidade do direito se moldar conforme as novas realidades, se mostrar efetivo frente às questões atuais, presentes na vida de todas as pessoas, visando assegurar plenamente os direitos fundamentais – neste caso, a liberdade de se divorciar.

REFERÊNCIAS

BUTINHÃO, Lívia Cristine. **Pandemia e o fim do casamento: a importância de um divórcio humanizado**. Dez. 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/337819/pandemia-e-o-fim-do-casamento--a-importancia-de-um-divorcio-humanizado>>. Acesso em: 20 mar. 2021.

CORREGEDORIA NACIONAL DE JUSTIÇA. **Provimento n. 100, de 26 de maio de 2020**. Dispõe sobre a prática de atos notariais eletrônicos utilizando o sistema eNotariado, cria a Matrícula Notarial

Eletrônica-MNE e dá outras providências. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3334>>. Acesso em: 20 mar. 2021.

LEAL, Larissa Maria de Moraes FILHO; Venceslau Tavares Costa, JUNIOR, Paulino de Albuquerque. **A facilitação da separação e do divórcio durante e após a pandemia covid-19 constitui um fator de insegurança jurídica? Impactos da pandemia covid-19 no direito de família e das sucessões.** In: Moraes, Larissa Maria de. Impactos da pandemia Covid-19 no Direito de Família e das Sucessões. Disponível em <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Impactos-da-pandemia-covid-19-no-direito-de-familia.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2021.

OLIVEIRA, Maria Rita Holanda. **Medidas de exceção na pandemia para causas permanentes da família e suas repercussões no futuro,** 2020. Disponível em <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/556>>. Acesso em: 20 mar. 2021.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Quais são as razões para o aumento de divórcios durante a pandemia.** Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2021/03/18/aumento-casos-de-divorcio-pandemia/>> Acesso em: 20 mar. 2021.

A PANDEMIA DO CORONAVÍRUS E AS TEORIAS DA IMPREVISÃO E DA ONEROSIDADE EXCESSIVA NAS RELAÇÕES PRIVADAS

*Kaio Cesar Pedroso*⁷⁶

INTRODUÇÃO

Desde o início do ano de 2020, a comunidade internacional se deparou com drástico desafio a ser enfrentado, denominado Covid-19, causado pelo vírus SARS-CoV-2, com origem em território chinês, reconhecido pela Organização Mundial da Saúde (OMS) como pandêmico e definido como um vírus letal e altamente contagioso. Fato é que a pandemia mudou completamente o nosso cotidiano, colocando todo um sistema de saúde em risco de colapso, ocasionando, inclusive, inúmeras repercussões no âmbito jurídico — razão pela qual, na denominada Teoria do Direito Civil, dizemos que constitui um fato jurídico.

As restrições impostas pela pandemia do coronavírus (Covid-19) impactam de várias formas as relações contratuais e, conseqüentemente, na economia. Assim é certo que ainda vivenciamos um momento sem precedentes na História. Por sua vez, em decorrência da imprevisibilidade da pandemia e do alto grau de prejudicialidade financeira por ela ocasionada,

⁷⁶ Advogado, Especialista em Direito Civil, Processual Civil e Contratual, Mestrando em Direito, Justiça e Desenvolvimento.

houve diversas repercussões no plano dos Direitos das Obrigações e dos Contratos.

As proporções que a doença Covid-19 podem atingir ainda são tão desconhecidas, que levaram o Governo Federal a decretar Estado de Calamidade Pública por meio do Decreto Legislativo nº 6, de 2020. Ademais, a quarentena instituída pela Lei nº 13.979/2020 impediu o normal funcionamento da maioria das atividades comerciais, afetando diretamente nos resultados perseguidos e pretendidos por empresários e investidores dos mais diversos ramos produtivos e empresariais

No sentido puramente técnico, tem-se que pandemias, guerras, grandes e globais depressões econômicas — e as consequências desses eventos — devem ser entendidas como eventos imprevisíveis, que impactam nas negociações privadas, elevando os custos envolvidos em todo e qualquer contrato, desequilibrando as prestações obrigacionais inicialmente entabuladas entre as partes e, assim, inviabilizando — ou ao menos sobrecarregando — a manutenção das avenças firmadas, na forma inicialmente imaginada.

Nesse sentido, verifica-se que a pandemia da Covid-19 se enquadra como exemplo típico e claro da necessidade de aplicação da Teoria da Imprevisão e da Onerosidade Excessiva aos contratos de prestação continuada vigentes nas relações civis, empresariais e, sobretudo, aquelas que guardam cunho financeiro.

DA TEORIA DA IMPREVISÃO

A cláusula *rebus sic stantibus* foi sancionada no Direito Medieval, sofrendo declínio na época do liberalismo e ressurgindo, atualmente, como a moderna Teoria da Imprevisão.

O conceito clássico da cláusula *rebus sic stantibus*, acrescido de precedentes da justiça inglesa na virada do século XIX para o século XX, bem como uma lei francesa do pós-Primeira Guerra Mundial, levaram ao desenvolvimento, no Brasil, do que agora conhecemos como Teoria da Imprevisão.

O Código Civil (CC) brasileiro de 1916 não acolheu a teoria de imprevisão de modo expresso como regra geral, apresentando, entretanto, alguns casos particulares de aplicação. A redação do aludido dispositivo legal

trata de efetiva aplicação da teoria de imprevisão, pela qual uma das partes contratantes não tem condições de seguir no contrato diante de uma grave desvantagem a que não tenha dado causa. Outrossim, pela simples análise do aludido dispositivo legal, verifica-se que essa teoria, tal como conhecemos no ordenamento jurídico nacional, admite a revisão contratual.

Cumpra previamente destacar que, ao analisar os impactos da pandemia, a doutrina reforça a aplicabilidade da Teoria da Imprevisão:

Aliás, em situações extremas como a pandemia atual, é essencial que as partes contratuais ajam de boa-fé e tentem adotar soluções baseadas nessa atuação. Na grande maioria dos casos, os efeitos das medidas adotadas pelos governos para combater a pandemia (quarentena e medidas de afastamento social) atingem de forma ampla todos os envolvidos. Se as questões surgidas não forem conduzidas com a boa-fé imposta pelo próprio código civil (art. 422), os prejuízos serão ampliados e multiplicados. (JUSTEN FILHO, 2020, p. 2.403).

Ademais, conforme bem explicitado pelo Professor Elpídio Donizetti, são quatro os pressupostos da revisão contratual por aplicação da teoria da imprevisão, quais sejam: 1º) que se trate de contrato comutativo de execução diferida ou continuada; 2º) que, quando da execução, tenha havido alteração das circunstâncias fáticas vigentes à época da contratação; 3º) que essa alteração fosse inesperada e imprevisível quando da celebração do contrato; e por fim 4º) que a alteração tenha promovido desequilíbrio entre as prestações.

Em suma, ficando demonstrada a imprevisibilidade da pandemia e do alto grau de prejudicialidade financeira à(s) parte(s) contratante(s), mostra-se cabível a aplicação da teoria da imprevisão.

DA TEORIA DA ONEROSIDADE EXCESSIVA

O aludido instituto emerge do Código Civil italiano de 1942, especificamente em seus artigos 1.467 a 1.469. Ocorre que o referido Código também serviu de base aos autores do anteprojeto de lei que gerou o Código Civil brasileiro de 2002 sendo que este acabou contemplando tal teoria, tal qual como está lá disciplinado.

Nos termos do artigo 478 do Código brasileiro de 2002, “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”.

Ocorre que para que seja aplicado tal instituto é necessário que além da observância dos pressupostos relativos à Teoria da Imprevisão, ocorra uma situação de grande vantagem para uma parte contratante, evidenciando uma onerosidade excessiva da outra parte.

Nesse sentido, a doutrina ainda reforça a necessária observância da boa fé dos contratantes, de forma a manter um contrato equilibrado e, na sua impossibilidade, permitir a resolução:

Onerosidade excessiva. Resolução ou revisão do contrato. A onerosidade excessiva, que pode tornar a prestação desproporcional relativamente ao momento de sua execução, pode dar ensejo tanto à resolução do contrato (CC 478) quanto ao pedido de revisão de cláusula contratual (CC 317), mantendo-se o contrato. Esta solução é autorizada pela aplicação, pelo juiz, da cláusula geral da função social do contrato (CC 421) e também da cláusula geral da boa-fé objetiva (CC 422). O contrato é sempre, e em qualquer circunstância, operação jurídico-econômica que visa a garantir a ambas as partes o sucesso de suas lícitas pretensões. Não se identifica, em nenhuma hipótese, como mecanismo estratégico de que se poderia valer uma das partes para oprimir ou tirar proveito excessivo de outra. Essa ideia desocialidade do contrato está impregnada na consciência da população, que afirma constantemente que o contrato só é bom quando é bom para ambos os contratantes. (NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil Comentado. 12 ed. Editora RT, 2017. Versão ebook, art. 478)

Da aplicação das teorias da imprevisão e da onerosidade excessiva no contexto da pandemia do coronavírus

Conforme já mencionado, em decorrência da Pandemia declarada aos 11 de março de 2020 pela OMS, bem como pelo Estado de Calamidade Pública reconhecido pelo Governo Federal por meio do Decreto

Legislativo nº 6, de 2020, inúmeras relações contratuais tornaram-se insustentáveis. Ademais, a quarentena instituída pela Lei nº 13.979/2020, bem como por inúmeros decretos, impediu não só regular o funcionamento de uma ampla gama de atividades de cunho econômico, impactando diretamente na continuidade das mais diversas prestações contratuais, configurando, por evidente, fato superveniente.

E ainda, com a suspensão da quase totalidade das atividades comerciais, afetando contratantes que vinham exercendo suas funções e analisando suas decisões num contexto macroeconômico, notoriamente afetadas pela quarentena, com impacto insustentável na obtenção de recursos e proventos, evidenciou-se a onerosidade excessiva. Ou seja, a pandemia é revestida de nítido caráter de caso fortuito que tornou excessivamente onerosas as relações contratuais, tais como costumeiramente conhecemos e, portanto, as prestações tornaram-se insustentáveis para a(s) parte(s) contratante(s), motivando a revisão ou mesmo a rescisão dos contratos.

Em síntese, em decorrência da alteração imprevisível das circunstâncias do momento da contratação durante o curso de contrato de execução continuada ou diferida, ocasionando um evidente desequilíbrio entre as prestações, possibilitou-se à parte prejudicada pleitear a revisão do contrato, mediante a aplicação da Teoria da Imprevisão (art. 317 do CC/02).

Quando o desequilíbrio for tal que torne o contrato excessivamente oneroso para uma das partes — e, por conseguinte, excessivamente vantajoso para a outra —, permitirá à parte prejudicada pleitear a resolução do contrato com base na Teoria da Onerosidade Excessiva (art. 478 do CC/02), pelo que, o contrato se extinguirá sem cumprimento. Nesse caso, se a parte beneficiada se dispuser a restabelecer o equilíbrio contratual, poderá então o julgador, à luz do princípio da conservação do negócio jurídico e com fundamento no artigo 479 do Código, apenas revisar o contrato, em vez de resolvê-lo.

A questão que ora se coloca é que a pandemia e seus efeitos macroeconômicos globais vão muito além de tudo o que se viu no mundo nos últimos tempos. E, mais do que isso, os efeitos diretos dessa pandemia geram inegável repercussão no controle da inflação, do câmbio e na desvalorização do padrão monetário, atingindo premissas contratuais econômicas que, certamente, irão tornar contratos impossíveis de serem cumpridos.

Nessas circunstâncias, imprescindível se faz analisar a necessidade e os efeitos da aplicação dos referidos institutos, objetos do presente estudo, no contexto das relações jurídicas-negociais brasileiras.

PRINCIPAIS IMPACTOS CAUSADOS PELA PANDEMIA

Desde o início da pandemia, a comunidade internacional se deparou com vários desafios, que além das questões humanitárias relacionadas à capacidade de atendimento na saúde pública, também trouxeram drástico desafio a ser enfrentado em se tratando de manter o equilíbrio na economia. Notadamente, diante de situações absolutamente imprevisíveis, surgiram diversos questionamentos, tais como:

- a) há a possibilidade de exclusão da responsabilidade das partes pela eventual quebra unilateral do contrato?
- b) como fica a questão frente a boa-fé contratual?
- c) os contratos já em vigor deverão ser cumpridos até seu respectivo termo de encerramento?

Nesse sentido, em análise das decisões dos principais tribunais de justiça do país sobre decisões envolvendo o contexto da pandemia, é possível observar que as questões mais discutidas foram: cancelamento de passagens aéreas e pacotes turísticos; cancelamento de eventos, festas e shows; suspensão de atividades em academias de ginástica; cobertura de exames e tratamentos pelos planos de saúde; aumento abusivo de preços e serviços; limitação de quantidade de vendas de produtos; contratos de aluguel; e mensalidades escolares.

SITUAÇÃO PARA REVISÃO DOS CONTRATOS

Assim, é importante ressaltar que a efetiva recomposição do ajuste é possível desde que a parte interessada comprove o impacto no contrato, ou seja, ateste o nexo de causalidade e o reflexo contratual, frente a onerosidade excessiva absorvida.

É importante dizer que a revisão dos contratos precisa satisfazer os seguintes critérios: elevação dos encargos de uma das partes; ocorrência de evento posterior; e imprevisibilidade da ocorrência do evento.

Os fatos apontados para revisão de contratos, buscam tão somente o reequilíbrio dos contratos, em um momento em que uma parcela considerável de pessoas físicas e jurídicas sofreram com a diminuição de seus rendimentos e, conseqüentemente, passaram a ter dificuldade em cumprir seus acordos. Por óbvio, isso impacta inclusive na arrecadação do poder público, que precisa de recursos orçamentários para prestar serviços à população, inclusive financiar o SUS.

ANÁLISE DAS AÇÕES JUDICIAIS NO CONTEXTO DA PANDEMIA

A jurisprudência, portanto, não foi insensível às situações extremas de instabilidade causadas nas relações comerciais, uma vez que as medidas de restrições impostas pelos poderes públicos municipais e estaduais promoveram uma distorção na rotina dos contratos e, com certeza, fogem à capacidade de planejamento dos envolvidos. Nesses casos seria admitido o reequilíbrio, que poderia ser realizado pelas partes através da adoção de meios consensuais. Dessa forma, os efeitos negativos da crise provocada pelo novo coronavírus de certo modo não foram suportados pelas partes que buscaram por meio de ações judiciais rever contratos e compromissos firmados.

Em pesquisa realizada pelo INSPER, divulgada em 11 de junho de 2020, o panorama era de que as decisões judiciais relacionadas à Covid-19 já somavam mais de 165 mil.⁷⁷ Ocorre que a diversidade de julgados para um mesmo tema gera desconfiança do mercado, e conseqüentemente freia o desenvolvimento, conforme pode-se notar das decisões a seguir:

77 INSPER: Decisões Judiciais relacionadas à Covid-19 somam 165 mil. Publicado em 11/06/2020. Disponível em: <https://www.insper.edu.br/conhecimento/direito/decisoes-judiciais-relacionadas-a-covid-19-ja-somam-165-mil/>

Direito Civil	Condomínio	TJDF	Juiz de Águas Claras (TJDFT) suspende realização de assembleia de condomínio durante a pandemia da COVID-19 [BMALAW – 01/04/20]
Direito Civil	Condomínio	TJSP	TJ/SP libera construção civil em condomínio durante a pandemia [Migalhas – 03/04/20]
Direito Civil	Condomínio	TJSC	SC: Condomínio não pode impedir mudanças de moradores durante a pandemia [Migalhas – 13/04/20]
Direito Civil	Condomínio	TJDF	Proprietário é impedido de realizar reforma em apartamento em razão do coronavírus [Migalhas – 16/04/20]

Como se pode observar, o Judiciário apresentou decisões divergentes sobre a mesma temática em vários tribunais durante a pandemia.

CONCLUSÃO

O conjunto de decisões judiciais e atos jurídicos com repercussão nas relações privadas com certeza ocasionou uma chuva de entendimentos opostos. A falta de decisões uniformes sobre um mesmo tema provoca reflexos na economia e gera insegurança jurídica nas relações privadas, que a pretexto da situação extraordinária vivida pela sociedade, podem alegar diversos fatos, para não cumprirem contratos.

É claro que a crise impacta diretamente a vida das pessoas, mas o contexto de cada uma e a realidade experimentada devem ser interpretados buscando parâmetros claros e objetivos. Mais urgente ainda é a necessidade do poder legislativo auxiliar ao Poder Judiciário, legislando, mesmo que seja com normativos provisórios, para o fim de buscar balizas claras e precisas. Até porque não se pode simplesmente transferir responsabilidades e ou deixá-las a cargo de apenas um poder.

Diante de todo o aqui exposto, conclui-se que não houve estabilidade de decisões judiciais durante o atual período de pandemia, restando evidente a disparidade de julgados sobre um mesmo tema em período de exceção.

REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, Alvaro Villaça. Extinção dos contratos por onerosidade excessiva e inaplicabilidade da Teoria da Imprevisão. **Revista do Advogado**, ano XXXII, n. 116. p. 16-21, jul. 2012.
- FERNANDES, Luis Alberto de Carvalho. **A teoria da imprevisão no direito civil português**. Lisboa: Quid Júris, 2001.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Covid-19 e o Direito Brasileiro**. Edição do Kindle, 2020.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 12 ed. Editora RT, 2017.
- OLIVEIRA, Anísio José de. **A cláusula *rebus sic stantibus* através dos tempos**. Belo Horizonte: Ibérica, 1968.
- RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luis. **Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- ROSEVALD, Nelson. **Código civil comentado**. 7^a ed. Barueri: Manole, 2013.

PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA APLICADA AO DIREITO PRIVADO

*Mirian Francine Colares Costa Cezare*⁷⁸

INTRODUÇÃO

O princípio abordado ao longo deste trabalho é um princípio constitucional aplicável ao Direito Privado, em decorrência do fenômeno jurídico nomeado de constitucionalização do Direito. O marco jurisprudencial da constitucionalização do direito tem origem em um julgado da Corte Constitucional alemã, conhecido como caso Lüth. Neste, a constitucionalização do direito deu ênfase à força normativa da Constituição sobre todas as regras infraconstitucionais, explicitando particularmente a aplicabilidade dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares.

Conclui-se, portanto, que Constitucionalização do Direito Privado é a efetivação das normas constitucionais como centro do sistema jurídico, de onde passa a irradiar os valores através dos quais deve ser criado/interpretado/aplicado o Direito Privado.

É pacífico em doutrina que a constitucionalização do direito é um processo que veio se consolidando a partir da Segunda Guerra Mundial, reconhecendo-se a carga valorativa do texto constitucional, surgindo um

78 Estudante regular do Programa de Atualização em Ciências Jurídicas, válido para o Doutorado promovido pela Universidade de Buenos Aires; especializando em Direito Constitucional Aplicado, pela Escola Paulista da Magistratura e Procuradora Jurídica Municipal em Artur Nogueira-SP, Brasil.

novo constitucionalismo cuja ideia fundamental está baseada na dignidade da pessoa humana.

1. PRINCÍPIOS E SISTEMAS

Etimologicamente, a palavra “*princípio*” possui vários significados e é evidente que as mais comuns são aquelas em que o termo adota o sinônimo de “começo” e “origem”. Miguel Reale, em sua obra *Filosofia do Direito*, aponta duas definições uma de caráter moral, referindo-se ao seu sentido ético e outra de ordem lógica (REALE, 2002). Neste último sentido, nas palavras de Miguel Reale princípios são “verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos...” (REALE, 2002, p. 59). Diversos são os significados que tornam o termo de suma importância para o Direito. Assim, o princípio é a base, o fundamento, o conteúdo regente dos sistemas jurídicos.

Da mesma forma, José Afonso da Silva afirma que são “ordenações que irradiam e imantam os sistemas de normas [...]” (SILVA, 2005, p. 92). Guilherme de Souza Nucci ressalta a sua função de fundamento, de base, para interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo (NUCCI, 2011). E Paulo Nader propõe que é nos princípios que “se acham concentradas as ideias diretoras do sistema jurídico”. Sustenta ainda que os princípios são importantes na formação dos sistemas e atuam como meios de integração do direito, preenchendo lacunas da lei (NADER, 2005, p. 82).

Diante de tais definições, pode-se concluir que os princípios são axiomas, proposições elementares, o substrato, a essência dos sistemas normativos e tem como papel fundamental direcionar, amparar e integrar tais sistemas para ser interpretado, compreendido e aplicado.

Celso Antônio Bandeira de Mello infere de forma esclarecedora o conceito e a importância dos princípios, alegando que:

Princípio – já averbamos alhures – é por definição mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência

exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo (MELLO, 2009, p. 948).

Ana Paula Touceda Branco ainda ressalta sua importância ao afirmar que a violação de um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma, pois representa a desobediência de valores fundamentais e ao ofendê-las abatem-se as estruturas que sustentam todo o sistema de comandos (BRANCO, 2007).

Além de todo o exposto, faz-se necessário distinguir os princípios das normas a fim de esclarecer a aplicabilidade no sistema normativo. No ensinamento de Rizzato Nunes, “as normas jurídicas funcionam como regras” (NUNES, 2002, p. 20), que por sua vez se baseiam nos princípios. Por outro lado, os princípios têm caráter genérico e abstrato maior que as regras diante de um sistema jurídico. Nesta mesma linha, José Afonso da Silva distingue da seguinte maneira:

Normas são preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo – ou seja, reconhecem, por um lado, a pessoas ou a entidades a faculdade de realizar certos interesses ou ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem ou, por outro lado, vinculam pessoas ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem. Os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas [...] (SILVA, 2005, p.91).

Cabe também distinguir os princípios explícitos e os implícitos. O primeiro termo se distingue por estarem positivados, escritos; e o segundo são aqueles que ainda que não expressos em lei, são elaborados a partir da integração de “vários dispositivos legais”. Guilherme de Souza Nucci, neste sentido, afirma que o importante é que ambos sejam “observados a risca” (NUCCI, 2011).

Muito se falou sobre princípios, seu conceito e importância para o sistema jurídico; resta agora delinear-mos um pouco sobre os sistemas.

E para tanto, Rizzato Nunes delinea as características do termo da seguinte forma:

Sistema: é uma construção científica composta por um conjunto de elementos que se inter-relacionam mediante regras. Essas regras, que determinam as relações entre os elementos do sistema, formam sua estrutura (NUNES, 2002, p. 31).

Em um sistema jurídico, afirma o autor, as normas são os elementos, enquanto as estruturas são compostas pela hierarquia, pela coesão e pela unidade. Como visto, os princípios fundamentam o sistema e, portanto, cada um desses termos de forma implícita ou expressa é que oferecem interpretação, integração e aplicação das normas segundo os valores fundamentais.

Rizzato Nunes explica que a hierarquia permite que a norma jurídica determine a validade de todas as demais normas jurídicas inferiores. A coesão demonstra a harmonia entre os princípios e normas com o sistema jurídico. Por fim, a unidade representa o reconhecimento dos princípios e normas no sistema jurídico (NUNES, 2002).

Nas Constituições, podem se extrair princípios de forma expressa, como também de forma implícita. Vale ressaltar que todos devem ser obedecidos. Guilherme de Souza Nucci assevera que os princípios constitucionais atuam como “Lei Fundamental” de um povo, dando uniformidade e servindo de diretriz para legislação infraconstitucional, além de estabelecer sua aplicabilidade no direito positivo (NUCCI, 2011).

Nas palavras de Rizzato Nunes, os princípios constitucionais “são o ponto mais importante do sistema normativo”. Elas são “verdadeiras vigas mestras” que estruturam e dão coesão ao sistema normativo, são aqueles que guardam os valores fundamentais da ordem jurídica (NUNES, 2002, p.38).

Canotilho, ao ser citado por Silva sintetiza os princípios constitucionais em duas categorias os *princípios políticos constitucionais*, que versam sobre as “decisões políticas fundamentais concretizadas em normas conformadoras do sistema constitucional positivo” (SILVA, 2005, p. 93). E os *princípios jurídicos constitucionais*, segundo José Afonso da Silva, são aqueles decorrentes de certas normas constitucionais, que estabelecem direitos,

cujos exemplos podem ser o princípio da supremacia da Constituição, princípio da legalidade, princípio da isonomia, o princípio da autonomia individual, princípios concernentes aos deveres do Estado, dentre outros (SILVA, 2005).

Os princípios constitucionais, diante do exposto, têm a importante tarefa de dar harmonia, apontando valores fundamentais que direcionam e dão sustentação ao ordenamento jurídico. A função essencial dos princípios constitucionais

É embasar as decisões políticas fundamentais tomadas pelo constituinte e expressar os valores superiores que inspiram a criação ou reorganização de um dado Estado, estabelecendo os alicerces, traçando as linhas mestras das instituições e dando-lhes o impulso vital inicial (NUCCI, 2011, p. 66).

2. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O conceito atual da dignidade da pessoa humana repousa seu sentido no pressuposto de que cada ser humano é dotado de um valor intrínseco e desfruta de uma posição especial no universo. O início dessa compreensão de dignidade tem origem na tradição judaico-cristã, com a ideia de criação do homem a imagem e semelhança de Deus (BARROSO, 2020).

A palavra *dignidade* remete à ideia de respeito, honra e moral. Rizzato Nunes afirma que seu conceito foi formado historicamente como “um valor supremo construído pela razão jurídica” resultado das violações da dignidade humana e das lutas contras estas violações (NUNES, 2002, p. 46).

A dignidade humana percorre o iluminismo antropocêntrico, em que a expressão surge construída sob o sentido filosófico baseado na natureza racional do homem e a autonomia de sua vontade. Somente após os horrores da Segunda Guerra Mundial é que a dignidade da pessoa humana foi incorporada aos textos jurídicos, quando os governantes a tornaram um ideal para reconstrução do mundo, em defesa da paz, democracia e tutela dos direitos humanos (BARROSO, 2020).

Importa salientar que a defesa da dignidade humana é feita através dos direitos fundamentais e dos princípios regentes. De forma esclarecedora afirmou Tailson Pires Costa que “é preciso um conjunto essencial de di-

reitos como condição mínima necessária para assegurar uma vida baseada na liberdade e na dignidade humana” (COSTA, 2004, p. 14).

Assim, mostraram esses autores que o conceito de dignidade está interligado aos direitos do ser humano, oposto a qualquer tipo de violação aos bens irrenunciáveis e inalienáveis do indivíduo por sua natureza de direitos que pertencem aos seres humanos por serem seres humanos. A dignidade humana é base em que todos os direitos e garantias individuais são erigidos e sustentados. Alexandre de Moraes, neste mesmo sentido, afirmou que “a dignidade da pessoa humana concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas” (MORAES, 2008, p. 28).

3. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA APLICADA AO DIREITO PRIVADO

Como princípio constitucional, a dignidade da pessoa humana surge como vetor para que os demais princípios sejam interpretados. Ela confere valores básicos de aplicação e interpretação do ordenamento jurídico que evidentemente deve ser aplicado às relações privadas.

Rizzato Nunes identifica a dignidade humana como absoluta, plena, chamado-a até mesmo de “superprincípios” ou princípio dos princípios (NUNES, 2002). Com o mesmo entendimento, Flávia Piovesan que pontua que a dignidade da pessoa humana é princípio que unifica e centraliza todo sistema normativo, assumindo especial prioridade. A dignidade humana simboliza, desse modo, verdadeiro superprincípio constitucional, a norma maior a orientar o constitucionalismo contemporâneo, nas esferas local e global, dotando-lhe de especial racionalidade, unidade e sentido (PIOVESAN, 2006).

Afirma Rizzato Nunes que a “dignidade funciona como princípio maior para interpretação de todos os direitos e garantias conferidos às pessoas no Texto Constitucional”. Ela é “a luz de todo ordenamento”, em um conflito de princípios abstratos “é a dignidade que dirigirá o intérprete” (NUNES, 2002, p. 55). Dessa forma, mesmo no Direito privado, em que prevalecem as regras entre particulares, deve haver uma interpretação dos institutos a fim de conformar as normas com o princípio primordial do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana.

Nas palavras de Paulo Luiz Netto Lobo:

O conteúdo conceptual, a natureza, as finalidades dos institutos básicos do direito civil, nomeadamente a família, a propriedade e o contrato, não são mais os mesmos que vieram do individualismo jurídico e da ideologia liberal oitocentista, cujos traços marcantes persistem na legislação civil. As funções do Código esmaeceram-se, tornando-o obstáculo à compreensão do direito civil atual e de seu real destinatário; sai de cena o indivíduo proprietário para revelar, em todas suas vicissitudes, a pessoa humana. Despontam a afetividade, como valor essencial da família; a função social, como conteúdo e não penas como limite, da propriedade, nas dimensões variadas; o princípio da equivalência material e a tutela do contratante mais fraco, no contrato. Assim, os valores decorrentes da mudança da realidade social, convertidos em princípios e regras constitucionais, devem direcionar a realização do direito civil, em seus variados planos (LOBO, 2020, p. 108).

CONCLUSÕES

Percebe-se que a dignidade da pessoa humana, princípio trazido pela constitucionalização do direito, tem contribuído para a renovação dos estudos do Direito civil, que se nota pelos trabalhos civilistas da atualidade, no sentido de moldar o direito privado de direito de todas as pessoas humanas.

Assim, a sistemática do Direito Privado contemporâneo tem o indivíduo no centro de todo o ordenamento jurídico, com a valorização da pessoa humana, diferentemente do que ocorria no passado, em que direito se cumpria sob o aspecto eminentemente patrimonialista e o cumprimento formal da lei.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação.** Disponível em: <https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf> Acesso em: 24 mar. 2020.

- BRACO, Ana Paula Tauceda. **A colisão de princípios constitucionais no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007.
- COSTA, Tailson Pires. **A dignidade da pessoa humana diante da sanção penal**. São Paulo: Fiuza, 2004.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/453/r141-08.pdf?sequence=4>. Acesso em: 24 mar. 2020.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- NUCCI, Guilherme. **Manual de Direito Penal**. 7.ed. São Paulo: Forense, 2011.
- NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Lionad, 2006.
- REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- VICENTE, Paulo; Marcelo, Alexandrino. **Direito Constitucional descomplicado**. 3 ed. Rio de Janeiro Forense; São Paulo: Método, 2008.

DIREITO PRIVADO E SOCIEDADE

Cláudia de Moraes Martins Pereira, Elpídio Paiva Luz Segundo,
Paulo Junior Trindade dos Santos,
Vicente de Paulo Augusto de Oliveira Júnior (orgs.)

Tipografias utilizadas:
Família Museo Sans (títulos e subtítulos)
Bergamo Std (corpo de texto)

Papel: Offset 75 g/m²
Impresso na gráfica Trio Studio
Agosto de 2021