



UNIANCHIETA

Revista de

DIREITO CÍVIL

ISSN 2596-2337

FICHA TÉCNICA

Revista de Direito Civil, ISSN 2596-2337, v. 1, n. 1, jan./jun. 2019

Capa: Cláudia Maria Pedro Ruiz Hespanha

Editoração e Diagramação: Gláucia Satsala

Revisão: Isabel Cristina Alvares de Souza

Editora: UNIANCHIETA

Prof. Me. João Vasconcelos

Diretor Acadêmico

Prof. Dr. Cláudio Antônio Soares Levada

Coordenador do Curso de Direito

Prof. Me. Elvis Brassaroto Aleixo

Coordenador-adjunto do Curso de Direito

Prof. Dr. Pietro Nardella-Dellova

Coordenador da Revista de Direito Civil

CONSELHO EDITORIAL

- Profª. Drª. Ana Maria Motta Ribeiro** (Universidade Federal Fluminense, UFF)
- Profª. Drª. Ana Paula Teixeira Delgado** (Pós-graduação da Unesa)
- Prof. Dr. André Augusto Salvador Bezerra** (TJSP, ENFAM, AJD)
- Prof. Dr. Antonio Carlos Morato** (Universidade de São Paulo, USP)
- Profª Drª. Carolina Pereira Lins Mesquita** (Universidade Federal do Rio de Janeiro, UFRJ)
- Prof. Me. Arnaldo Lemos Filho** (PUCCAMP)
- Prof. Dr. Célio Egídio da Silva** (Universidade São Francisco, USF)
- Prof. Dr. Claudio A. Soares Levada** (Fadipa, TJSP)
- Prof. Dr. Claudio Ribeiro Lopes** (Univ. Federal do Mato Grosso, UFMS)
- Prof. Dr. Dimitri Salles** (PUC/SP e AASP)
- Prof. Dr. Edmundo Lima de Arruda Jr** (Universidade Federal de Santa Catarina)
- Prof. Me. Elvis Brassaroto Aleixo** (Faculdade de Direito Padre Anchieta)
- Prof. Dr. Ênio José da Costa Brito** (PUC/SP)
- Profª. Drª. Ester C. F. Baptistella** (Usf, UNICAMP)
- Prof. Dr. Ivan de Oliveira Durães** (Faculdade de Direito Bras Cubas)
- Prof. Dr. Jorge E. Carvajal Martinez** (Universidade da Colômbia)
- Prof. Dr. Luis Renato Vedovato** (UNICAMP)
- Prof. Dr. Luiz Otávio Ribas** (Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ)
- Profª. Drª. Luzia B. de Oliveira Silva** (Pós-graduação *stricto sensu*, USF)
- Profª. Drª. Marcia Simoni Fernandes** (Ordem dos Advogados do Brasil, RP)
- Dr. Massimiliano Verde** (*Accademia Napoletana*, Nápoles, Itália)
- Prof. Dr. Mauro Alves de Araújo** (Faculdade de Direito Padre Anchieta)
- Prof. Dr. Paulo Roberto Iotti Vecchiatti** (Ordem dos Advogados do Brasil, SP)
- Prof. Dr. Pietro Nardella Dellova** (PUC/SP, USF e Fadipa)
- Prof. Dr. Wilson Madeira Filho** (Universidade Federal Fluminense, UFF)

SUMÁRIO

Apresentação.....	3
A título de Introdução: Direito Civil e Constituição.....	4
	<i>Pietro Nardella Dellova</i>
O Universalismo do Direito Romano e a Unificação do Direito das Obrigações.....	10
	<i>Myriam Benarrós e Beatriz Batista Garcia</i>
Breves Apontamentos sobre os Elementos da Responsabilidade Civil.....	43
	<i>Camila Fernanda Pinsinato Colucci</i>
Dano Moral Coletivo.....	55
	<i>Cláudio Antônio Soares Levada</i>
Preconceito e Dano Moral. Ser chamado de <i>Homossexual</i> não Configura Injúria, Difamação e/ou Dano Moral.....	64
	<i>Paulo Roberto Iotti Vecchiatti</i>
Responsabilidade Civil pela Perda do Tempo.....	86
	<i>Regiane Scoco Laurádio</i>
O Direito à Memória Ancestral: Notas Preliminares sobre a Proposta de Tutela de um Novo Direito Relacionado à Constelação Familiar e a Responsabilidade Decorrente de sua Violação.....	97
	<i>Ivan de Oliveira Durães</i>
Descoberta: uma visão geral do instituto.....	107
	<i>Antonio Carlos Morato</i>
Incorporação Imobiliária: Aspectos Jurídicos Gerais.....	127
	<i>Renato Souza Dellova</i>
Sucessão do Cônjuge e do Convivente.....	136
	<i>Mauro Alves de Araujo</i>
Elementos para uma Teoria Crítica e Constitucional aplicada ao Direito Civil.....	144
	<i>Pietro Nardella-Dellova</i>
	E orientandos: <i>Debora Sannomia Ito, Amanda Marcatti, Felipe Gomes da Silva, Lucas Corrêa, Márcia S. Fernandes, Larissa Torhacs, Claudia Maia, Natalia Cezario Carvalho, Priscila Barros, Rodolfo Garcia Teixeira, Bruno Costa, Rodnei Caio Baptista, Guilherme Spezi, Henrique Vicente Ferreira Marinelli, Vinicius Gabriel de Camargo, Camila Cerqueira, Amalu Guimarães, Giovana de Castro B. da Silva, Fernanda Lopes, Jackeline Brito Carneiro, Alexandre Tacla Martins, João Francisco do Prado Marçura, Camila Ramos de Camargo e Giovanna S. de Moraes</i>

APRESENTAÇÃO

Tivemos a honra de receber a incumbência e, agora, a imensa alegria em apresentar a primeira Edição da nossa Revista de Direito Civil da Fadipa, promovida pelo Centro Universitário Padre Anchieta. Trata-se de um importantíssimo instrumento de valorização do debate, investigação e aprofundamento das matérias respeitantes ao Direito Civil e, pela melhor das doutrinas, do Direito Civil Constitucional.

Nosso objetivo é oferecer semestralmente a Revista sempre com textos novos e debates profícuos à comunidade de investigadores e estudiosos do Direito Civil. Para isso, reunimos um Corpo Editorial de reconhecidos estudiosos, titulados e dedicados à produção intelectual e científica. Como se vê, trata-se de um Corpo Editorial plural que dignifica nossa publicação, bem como lhe dá o caráter de seriedade e pertinência no cenário de produção científica e intelectual.

Nesta primeira Edição, oferecemos inúmeros Artigos no contexto do Direito Civil e temos a certeza de que ajudarão na pesquisa, estudos e, acima de tudo, serão textos valiosos no complemento de estudos graduados e, também, pós-graduados dos nossos Estudantes e Pesquisadores. Que esta breve Apresentação possa ser lida, também, como sinal de agradecimento, imensa gratidão, aos que se dedicaram para escrever, elaborar, corrigir e, finalmente, participar da presente Edição.

Por outro lado, não há qualquer dúvida de que a abertura desta Instituição com o propósito de acolher projetos arrojados, como o desta Revista, incentivar produção científica, permitir ao Estudante o acesso mais direto a textos importantíssimos em sua formação, merece aplauso e reconhecimento. À Fadipa somos gratos e, temos certeza, a Revista encontrará seu caminho como uma fonte de conhecimento, crescimento e fortalecimento dos estudos nas Ciências Jurídicas e Sociais e, neste caso, no Direito Civil, importantíssima área do Direito que possibilita, em qualquer caso, o firme alicerce na construção de um conhecimento jurídico, bem como de uma ética civilística, mormente em caráter constitucional.

A todos e todas, nosso abraço e amizade. Eis aqui a nossa Revista de Direito Civil.

Fevereiro de 2019.

Prof. Dr. Pietro Nardella-Dellova
Coordenador da Revista de Direito Civil

A TÍTULO DE INTRODUÇÃO: DIREITO CIVIL E CONSTITUIÇÃO

Prof. Dr. Pietro NARDELLA-DELLOVA¹

O Direito Civil desde as suas origens romanas e, em especial, após a Revolução Francesa (1789), manteve um caráter privatístico, sobretudo nos sistemas codificados. Muitos assuntos, entre os quais, o sujeito de direito, os bens, os fatos jurídicos, as obrigações, contratos, direitos reais, sucessões e até mesmo família, foram mantidos em um contexto de direito privado, quase que exclusivamente romano, como ensina Argüello, a redação dos vários Códigos manteve a estrutura e as ideias romanas:

¹ *Pietro Nardella-Dellova é Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense, UFF; Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo, USP; Mestre em Ciência da Religião pela PUC/SP; Pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil; Pós-graduado em Literatura; Formado em Filosofia e Bacharel em Direito. É membro efetivo da Comissão de Direito e Liberdade Religiosa da OAB/SP – São Paulo; Membro Honorável da Comissão de Notáveis da OAB/BC, Balneário de Camboriú, Santa Catarina; Membro da “Accademia Napoletana per la Cultura di Napoli”, Nápoles, Itália; Associado ao Grupo Martin Buber, de Roma, para o Diálogo entre Israelenses e Palestinos; Associado à Resistência Democrática Judaica (grupo judaico para defesa da Democracia). É Autor de vários livros, artigos e pareceres jurídicos; é Poeta, com vários livros de Poesia publicados, e membro da UBE – União Brasileira de Escritores; Em 2011 criou o*

“En efecto, nuestro Código Civil (...) resultó una obra de contenido esencialmente romano. A través de su articulado y de sus notas se aprecia que una gran masa de conceptos romanos se hallan consagrados em dicho ordenamiento (...)”²

As relações jurídicas, de caráter civil, eram tratadas no sistema privado, e nele mantidas. Porém, esse modelo demonstrou-se esgotado, tendo em vista que, apesar da origem romana, as sociedades contemporâneas não são romanas, e sim multifacetadas, plurais e em plena diversidade. Além disso, não apenas não são sociedades romanas (embora romanizadas!), mas não têm as mesmas bases sociais, econômicas, religiosas e geográficas que aquelas dos romanos.

Por isso mesmo, muitos dos antigos institutos do Direito Romano foram submetidos aos critérios hermenêuticos

Grupo de Estudos e Pesquisas NUDAR – Teorias Críticas Aplicadas ao Direito Civil. É Pesquisador do Grupo de Estudos do Programa de Pós-graduação, stricto sensu (Mestrado e Doutorado), em Educação da USF. É Professor, desde 1990, de Literatura, Direito Civil, Filosofia, História do Direito e Direitos Humanos em vários Cursos (graduação e pós-graduação), entre os quais, Universidade Federal Fluminense, USF, Fadipa, ESA – Escola Superior da Advocacia, Unimep, EMERJ - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Atuou como Professor visitante (2011-2013) na Faculdade de Direito da USP, abordando o tema “Direito Hebraico”. É Pesquisador bolsista CAPES no Programa de Estudos Pós-graduados da PUC/SP, abordando o tema “Direito, Direitos Humanos e Judaísmo”.

² *Luis Rodolfo Argüello. Manuel de Derecho Romano. 3ª ed., Buenos Aires: Astrea, p. 5;*

modernos, critérios esses com valor principiológico constitucional. Não se pode falar em aplicação simples e pura dos institutos romanos sem que os mesmos sejam adequados e entrem em harmonia com a realidade dos tempos atuais.

Por exemplo, não se pode simplesmente falar em *pacta sunt servanda* (princípio da obrigatoriedade dos contratos) sem levar em consideração alguns aspectos: tempo do contrato, tempo da manifestação de vontade e condições socioeconômicas e, por isso mesmo, o princípio *pacta sunt servanda*, embora continue valendo, é submetido a outro princípio: *rebus sic stantibus* (enquanto as condições se mantiverem tais como as do momento em que a manifestação de vontade manifestou-se). Ao tempo romano havia certa estabilidade nas relações contratuais, o que não se verifica nos dias de hoje.

Ademais, se havia, como há, um princípio de autonomia de vontade, o mesmo submete-se a outro princípio, agora, supremacia da ordem pública. A vontade não pode ser considerada em toda a liberdade, pois está sempre no contexto social e, neste caso, há uma ordem pública a ser considerada. Some-se a todos os princípios clássicos o da boa-fé, não mais subjetiva, mas objetiva, ou seja, muito mais próxima do que os romanos chamavam de *honesti vivere*, isto é, viver

cumprindo o papel social. No dizer de Luiz Edson Fachin:

*“quem contrata não contrata mais apenas com quem contrata, e quem contrata não contrata mais o que contrata; há uma transformação subjetiva e objetiva relevante nos negócios jurídicos. O novo Código traz a função social do contrato e os princípios de probidade e boa-fé.”*³

Porém, no avançar do processo de constitucionalização, os direitos humanos de qualquer dimensão ou geração, uma vez conquistados, foram se tornando direitos fundamentais, inseridos no texto constitucional como núcleo (imutável) do projeto constitucional de país. Enquanto o movimento dos direitos humanos continua, sem fim, os direitos fundamentais foram se registrando como conquistas constitucionais.

Tais direitos dão o caráter do projeto de país que se deseja. Uma vez na Constituição Federal, são direitos formais, textuais. Na medida em que se concretizam, tornam-se direitos concretos. Em outras palavras, vão adquirindo um caráter de constituição real da sociedade. E, neste sentido, conforme dispõe o texto constitucional, tais direitos têm aplicação imediata em quaisquer relações jurídicas, sociais, políticas e econômicas.

Assim como os direitos humanos foram se cristalizando no texto constitucional, as várias constituições, mormente após o final

³ Luiz Edson Fachin. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. 2ª ed.. RJ: Renovar, 2006, p. 2;

da Segunda Guerra Mundial, foram ampliando seu raio de interferência para além da organização política e econômica do Estado, alcançando setores até então privativos e objeto dos Códigos Cíveis, como propriedade, obrigações e família.

No caso do Brasil, a Constituição Federal de 1988, chamada de Constituição Cidadã, abriu um universo de repercussão no direito privado, ora com aplicação imediata, ou seja, diretamente no texto constitucional, ora como fundamento hermenêutico.

Alguns autores, e juristas, chamam o novo Direito Civil de Direito Civil-Constitucional. Da minha parte, não vejo exatamente um Direito Civil-Constitucional, pois entendo que se mantêm as esferas de cada uma das Leis, mesmo sendo uma delas a Lei Maior, a Carta Magna. Porém, não é possível mais deixar o Direito Civil isolado, autônomo e autogestivo. Há, sim, hoje uma hermenêutica expressivamente constitucional, criando-se um tipo de hermenêutica proativa que, entre outros aspectos, leva a uma compreensão constitucional do direito infraconstitucional. Mas tal comportamento, a que chamo ética constitucional, não é simplesmente uma aplicação de princípios constitucionais como se fossem outros princípios, mas da realização

do espírito constitucional. Tepedino defende tese semelhante:

“As relações entre a Constituição e o Direito Civil não podem ser reduzidas, portanto, a um problema de técnica legislativa. E a chamada constitucionalização do Direito Civil não coincide, como pretendem alguns, com uma utilização fugaz de princípios constitucionais por parte da magistratura, enquanto faltavam soluções legislativas específicas. Cabe à magistratura – agora ainda com mais vigor, tendo em conta a nova codificação – harmonizar as fontes normativas, a partir da compreensão desta imbricação irreversível entre a legislação infraconstitucional e a Constituição, a ser diretamente aplicada às situações disciplinadas pelo Código Civil.”⁴

Poder-se-ia dizer que o direito civil, mantendo-se ainda civil e privado, não obstante nasce na Constituição Federal e, em movimento dinâmico (o que o difere do antigo direito civil), carrega em seus dispositivos as marcas e a substância constitucional. No mesmo sentido, Caio Mário trata de um direito civil constitucional nos seguintes termos:

“Diante da primazia da Constituição Federal, cujos valores se espraiam por todos os setores do ordenamento, unificando-os, os direitos fundamentais passaram a ser dotados da mesma força cogente nas relações públicas e nas relações privadas e não se confundem com outros direitos assegurados ou protegidos por lei.”⁵

⁴ Gustavo Tepedino. *Temas de Direito Civil. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 384-385;*

⁵ Caio Mario da Silva Pereira. *Instituições de Direito Civil. Introdução ao Direito Civil – Teoria Geral do Direito Civil. Vol. I. 29ª edição revista e atualizada por Maria Celina Bodin de*

É o que se verifica, por exemplo, no caso da propriedade, que, ainda que mantida sua natureza de instituição privada, ganhou um aspecto constitucional: a função social. A propriedade, garantida no Direito Civil, é também garantida na Constituição, aliás, como direito fundamental, mas ali mesmo, na Constituição, apenas se justifica quando anda de mãos dadas com a função social. De um lado, o direito individual; do outro, a responsabilidade social.

Não é diferente no que concerne ao direito privado empresarial, também criado e desenvolvido na iniciativa privada e na autonomia societária privada. Porém, a iniciativa privada, uma vez que a organização socioeconômica brasileira é liberal e constitucional, deve ater-se aos dispositivos constitucionais do Artigo 170 da CF/88. É livre a iniciativa, desde que obedecido o princípio de respeito ao consumidor, ao direito do trabalho, ao meio ambiente, à dignidade da pessoa humana e, ainda aí, o princípio da função social da Empresa ou atividade econômica.

Outro aspecto importante do então chamado Direito Civil-Constitucional que, como dito acima, preferimos como Direito Civil em chave hermenêutica constitucional, refere-se à pessoa humana. Vejamos. Na dimensão privatística, a pessoa não passa de

sujeito de direito e de obrigações. A pessoa no Direito Civil e Processual Civil, ainda que natural, anda ao lado da pessoa jurídica e da personalidade anômala. São sujeitos de direito! Porém, com o advento da Constituição Federal de 1988, descortinou-se outra dimensão, um quarto conceito, mais amplo, de pessoa: a pessoa humana.

Agora, não apenas há uma pessoa humana, mas a mesma carrega consigo, intrinsecamente, a dignidade. A Constituição trata isso como princípio fundamental para a manutenção do próprio Estado Democrático de Direito (Artigo 1º, III, CF/88). Diante da CF/88, há as pessoas, sujeitos, e há, agora, a pessoa humana, cujo conceito e amplitude é muito maior. Tão maior que influenciou o texto do Novo Código Civil (2002), trazendo dispositivos como os que se referem aos Direitos da Personalidade.

É a mesma dignidade da pessoa humana, consagrada na Constituição, que abrirá caminho para a compreensão das obrigações no modo humano ou, se quisermos, a humanização das relações obrigacionais. Um dos efeitos deste fenômeno de constitucionalização das relações privadas verifica-se nos bens penhoráveis e, acima de tudo, na Lei 8009/90 (posterior, portanto, à CF/88), cujo texto é fruto da humanização. Agora, embora o direito do credor deva ser respeitado, o mesmo credor segue os passos de

Moraes. Rio de Janeiro: Forense/Gen, 2016, p. 20;

uma ética constitucional quando deve fazer valer o seu direito.⁶

Como outro exemplo desse processo de constitucionalização do direito privado, ou de nova hermenêutica constitucional para o direito privado, até mesmo a Usucapião (familiar) prevista no (novo) Artigo 1240-A, do CC/02, foi pensada e implementada com base na dignidade (constitucional) da pessoa humana. Não se podia mais suportar, por conta de questões religiosas, que uma pessoa abandonada (no sentido jurídico do termo), tivesse que amargar, não apenas o próprio abandono, mas, depois, ainda a perda ou supressão parcial dos bens, mormente imóveis para moradia. Aqui se juntaram dois princípios constitucionais: dignidade da pessoa humana e direito à moradia (ambos compondo o contexto dos direitos fundamentais).

Uma das áreas, tradicionalmente civilísticas, que mais sentiu a influência da Constituição foi a área do Direito de Família. Hoje, chamada de Direito das Famílias,⁷ ainda por constitucionalização do termo, esta área incorporou textos constitucionais completos, ampliou o reconhecimento dos vários núcleos familiares, estabeleceu o afeto como valor jurídico e, a partir daí, passou a caracterizar as relações socioafetivas, inimagináveis em outras épocas!

Por exemplo, o que era concubinato (com todo o preconceito desse termo) tornou-

se união estável no Artigo 226 da CF/88. Se o concubinato trazia dissabores aos pares, com forte julgamento negativo por parte da sociedade, a união estável foi alçada à dignidade matrimonial.

O mesmo se diga dos filhos, anteriormente discriminados pelas formas mais abusivas, são considerados, hoje, em pé de igualdade. Todos os filhos são iguais, proibidas quaisquer discriminações. É o que dispõe a CF/88, o Código Civil e o ECA – Estatuto da Criança e Adolescente. Todos esses instrumentos legais são posteriores à CF/88 e por ela influenciados.

Os exemplos se multiplicam, mas o objetivo deste artigo é dar um sinal a título de introdução, e não esgotar os temas, uma a um. Por isso mesmo, finalizamos apontando um critério de pensamento, de pensar (do latim, *pensare*, isto é, colocar nos pratos da balança). Se não se pode falar em Direito Civil-Constitucional, mantida a natureza do Direito Civil, não obstante não se pode mais falar em apenas Direito Civil. Urge um conceito que tenha como referência o Direito Civil em chave constitucional, ou um Direito Civil no contexto da Constituição.

⁶ Gláucia Correa Retamozo Barcelo Alves: “Sobre a Dignidade da Pessoa”, in Judith Martins-Costa (org.): *A Reconstrução do Direito Privado*, São Paulo: RT, 2002, p. 2015 e segs.;

⁷ Importante obra neste sentido: Maria Berenice Dias. *Manual de Direito das Famílias*. 11ª edição. São Paulo: RT, 2016;

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 11ª Edição. São Paulo: RT, 2016;

MARTINS-COSTA, Judith (org.). *A Reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: RT, 2002;

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil. Introdução ao Direito Civil – Teoria Geral do Direito Civil*. Vol. I. 29ª edição revista e atualizada por Maria Cecília Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense/Gen, 2016;

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006;

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. 2ª edição atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2006;

ARGÜELLO, Luis Rodolfo. *Manual de Derecho Romano*. 3ª ed.. Buenos Aires: Astrea, 1997;

RANDAZZO, P. Mirto. *Istituzioni di Diritto Romano*. 4ª edizione. Roma: Edizioni CT Adriani Università, 1991;

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2001;

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 18ª edição atualizada por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense/Gen, 2016;

LOBO, Paulo. *Direito Civil: Parte Geral*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015;

**O UNIVERSALISMO DO DIREITO
ROMANO E A UNIFICAÇÃO DO
DIREITO DAS OBRIGAÇÕES**

Myriam BENARRÓS⁸

Beatriz BATISTA GARCIA⁹

Resumo

A temática tratada deve ser inserida no âmbito das tentativas de se elaborar uma disciplina uniforme ou unificada concernente às obrigações e aos contratos, uma disciplina comum a povos que se situem em uma mesma área geográfica e cultural, cujos ordenamentos jurídicos apresentem uma convergência de elementos conceituais, de métodos e técnicas de aplicação do direito. A tese subjacente ao discurso que se pretendeu desenvolver é aquela de que o direito romano, assim como ocorreu no passado, pode constituir, mais uma vez, um elemento unificador de culturas jurídicas que, talvez, sejam aparentemente diversas e distantes, mas que podem, através da ideia de sistema, em particular de sistema romano-germânico e seu subsistema latino-americano, ambos caracterizados por um *principium* comum, o direito romano, convergir formando um novo *ius commune*.

Palavras-chave: obrigações, contratos, direito romano, sistema romano-germânico.

⁸ Myriam Benarrós, *Doutoranda em Direito Civil pela Universidade de São Paulo, Mestre em Direito Romano e Sistemas Jurídicos pela Universidade de São Paulo, Especialista em Direito Romano pela Università di Roma 'La Sapienza', Especialista em Diritto dell'Informatica, Teoria e Tecniche dell'Informazione pela Università di Roma 'La Sapienza'*. Foi, nos anos 2000-2011, pesquisadora do Consiglio Nazionale delle Ricerche-C.N.R (Itália). Atualmente é professora de Direito Civil e História do Direito na Faculdade de Direito do Centro Universitário CEUNI-FAMETRO (Manaus).

⁹ Beatriz Batista Garcia, *bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP), especializada em Direito Romano pela Università di Roma I - La Sapienza e mestre em*

O sistema supranacional romano

A compreensão do sistema supranacional romano implica a reconstrução da concepção que os Romanos tiveram das relações entre os homens, muito além das noções de *natio* e *civitas*.

A formação originária do ordenamento da *civitas* romana se caracteriza pela presença de *Iuppiter* na sua origem e no topo de um sistema jurídico-religioso que virtualmente engloba todos os povos¹⁰, sistema existente inter-etnicamente, elemento fundamental e ponto de referência para uma correta compreensão do *ius Romanum* é, sem dúvida, o *ius gentium*.

O processo histórico de formação do conceito de 'direito das gentes' deve ser posto no quadro de uma visão de um conjunto de normas que rege todos os homens por vontade divina; para os Romanos esse sistema de

Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP), com ênfase no tema Formação dos Contratos Eletrônicos. Durante a graduação e o mestrado, foi monitora de Direito Romano e História do Direito. Em 2013 foi bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP). Atualmente é advogada voluntária da Defensoria Pública da União em São Paulo.

¹⁰ CATALANO, Pierangelo. *Linee del sistema sovranazionale romano*. Torino: Giappichelli, 1965. pp. 35-43: "Dunque lo *ius* era considerato [dai Romani] valido per tutti i popoli". Ver também SCHIPANI, Sandro. *La codificazione de diritto romano commune*. Torino: Giappichelli, 2011. pp. 3-4.

normas disciplina a convivência de todos os povos, conhecidos ou desconhecidos. Cícero, no *de Officiis* (3.108), evidencia a existência dos *multa iura communia* com outros povos, como o *ius fetiale*, a posição do hóspede, a *fides*.¹¹

O povo romano, consciente da existência de uma comunhão de direito com outros povos, põe como momento “fundante” da própria identidade, no quadro de uma expansão extraordinária de Roma, a promulgação das Leis das XII Tábuas que, certamente, não cancelava os *multa iura communia*, mas constituía o ponto de início do direito de uma comunidade de cidadãos que

busca a realização de um *ius* que é *ars boni et aequi* (D. 1, 1, 1pr.¹²) e que funda a própria cidade com as leis (Pompônio em D. 1.2. 2.4¹³).

A inclusão na *civitas* de grupos diversos acarreta um processo de individuação de um *ius Quiritium*, elaborado no quadro daquele sistema de normas comum a todos os povos, que se qualifica como direito específico de uma determinada cidadania (o *ius civile*) que se desenvolve através da obra dos juristas, das leis e das ações das leis¹⁴.

Ensina Ulpiano (D. 1, 1, 1, 6pr.) que o *ius civile* é aquele que não se afasta no todo do direito natural ou do direito das gentes, bem

¹¹ SCHIPANI, Sandro. *Armonizzazione e unificazione del diritto comune in materia di obbligazioni e contratti in America Latina*. In: *Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista di integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*. Modena: Mucchi, 2004. Vol. 17. pp. 34-35: “per il giurista del sistema romanistico, ed anche più in generale per ogni giurista, [...], il riferimento dominante, che costituisce appunto termine di riferimento per tutte le esperienze successive in materia di diritto uniforme fra persone appartenenti a popoli diversi, è sicuramente quello del *ius gentium*.”

¹² Ulp. D. 1.1.1pr: *Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. Est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi - É preciso que aquele que há de se dedicar ao direito primeiramente saiba de onde descende o nome “direito” (ius). Vem, pois, de “justiça” chamado. De fato, como Celso elegantemente define, direito é a arte do bom e do justo. Tradução port. H. M. FRANÇA MADEIRA. Digesto de Justiniano, liber primus: introdução ao direito romano. Edição bilingue. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 15.*

¹³ Pompônio D. 1.2.2.4: *Postea ne diutius hoc fieret, placuit publica auctoritate decem*

constituit viros, per quos peteretur leges a graecis civitatibus et civitas fundaretur legibus: quas in tabulas evoreas perscriptas pro rostris composuerunt, ut possint leges apertius percipi: datumque est eis ius eo anno in civitate summum, uti leges et corrigerent, si opus esset, et interpretarentur neque provocatio ab eis sicut a reliquis magistratibus fieret. [...] – Em seguida para que isto não durasse por muito mais tempo, foi de consenso serem constituídos pela pública autoridade dez varões, por meio dos quais fossem procuradas as leis das cidades gregas e a civitas tivesse o seu fundamento nas leis: as quais compuseram registradas em tábuas de marfim defronte dos rostros. De modo que as leis pudessem ser assimiladas mais abertamente; e foi dado naquele ano a eles o direito mais elevado na civitas, para que também melhorassem as leis, se fosse necessário, e as interpretassem e que não se fizesse provocação penal contra eles, assim como contra os magistrados restantes. [...]. Ver Digesto de Justiniano, liber primus. Op. cit. p. 23.

¹⁴ SCHIPANI, Sandro. *Armonizzazione e unificazione del diritto comune in materia di obbligazioni e contratti in America Latina*, op. cit., p. 35.

como não serve a este em todas as coisas; assim, quando acrescentamos ou subtraímos algo do direito comum, tornamo-lo um direito próprio, isto é, um direito civil.¹⁵

F. C. VON SAVIGNY afirma que a comparação entre direito civil e direito comum a vários povos dá como resultado que alguns institutos e regras eram realmente comuns, desde tempos remotos, ao *ius gentium* e ao *ius civile*, entre esses devemos listar a maior parte dos contratos mais usados, tais como a venda e a locação¹⁶. Acrescenta o grande romanista alemão que esses institutos positivos, na maioria dos casos, possuem um fundamento geral e podem ser encontrados, no que tange a essa essência geral, com diferença somente de forma, também no direito estrangeiro, de modo

que a causa do crescimento do comércio com os estrangeiros foi reconhecida também nos tribunais romanos, ao lado de muitos institutos positivos, também os institutos afins do direito geral; somente em parte se pode admitir uma antítese entre direito nacional e aquele geral (*ius civile* e *ius gentium*), porque uma grande parte do primeiro pertence ao segundo¹⁷.

É no âmbito da concepção dos *multa iura communia* que devemos colocar, com o incremento das atividades comerciais e a intensificação das relações com os estrangeiros, a elaboração de novos institutos que, inicialmente, foram disciplinados no quadro dos tratados visando à composição de controvérsias e à execução de atos, fundamentados no princípio da *bona fides*¹⁸.

¹⁵ Ulp. D. 1.1.6pr. *Ius civile est, quod neque in totum a naturali vel gentium recedit nec per omnia ei servit: itaque cum aliquid addimus vel detrahimus iuri communi, ius proprium, id est civile efficitur* – *Ius civile é o que não se afasta no todo do direito natural ou do direito das gentes, bem como não serve a este em todas as coisas. Assim, quando acrescentamos ou subtraímos algo do direito comum, tornamo-lo um direito próprio, isto é, um direito civil. Ver Digesto de Justiniano, liber primus. Op. cit. p. 18.*

¹⁶ SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen Römischen Rechts*. Berlin: 1840. Trad. ital. V. SCIALOJA. *Sistema del diritto romano attuale*. Torino: Un. Tipografico-Editrice, 1886. Vol I. p. 127.

¹⁷ SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema del diritto romano attuale*. Op. cit. pp. 127-129: *Questi istituti positivi tuttavia per la maggior parte hanno un fondamento generale, e si ritrovano perciò in questa loro più generale essenza, con qualche differenza solo di forma, anche nel diritto straniero. Così avvenne, in forza dell'accresciuto commercio con gli stranieri, che furono praticamente riconosciuti*

anche nei tribunali romani, accanto a molti di quegli istituti positivi, anche gli istituti affini del diritto generale. [...] Da tutte le cose fin qui dette deriva, che solo in parte si può ammettere un'antitesi fra diritto nazionale e quello generale (jus civile e jus gentium), perchè una gran parte del primo appartiene anche al secondo. [...] Via via che il popolo romano, dominando molti popoli diversi, se li assimilava, nello stesso tempo perdeva in questa massa immensa ed indeterminata la propria individualità, anche il jus gentium, perchè più adatto a questo stato di cose; doveva diventare predominante, come infatti si dimostra nella legislazione giustiniana.

¹⁸ S. SCHIPANI, Sandro. *Armonizzazione e unificazione del diritto comune in materia di obbligazioni e contratti in America Latina*. Op. cit. p. 36. Ver também SCHIPANI, Sandro. *Reconhecimento do sistema, interpretação sistemática, harmonização e unificação do direito*. In: *Revista Direito GV*, 5 [2], julho-dezembro 2009. p. 492: “O dilatar-se das relações concretas com homens de outros povos se funda sobre a fides, seja para o cumprimento de atos, concluídos desde antes sobre a base de

Esse direito passa a ser conceituado, a partir do século I a.C., como *ius gentium*, distinto do *ius civile*, mas, na realidade, esse direito vinha sendo utilizado pelos próprios cidadãos ‘romanos’ há muitos séculos. A assimilação da cultura grega irá permitir encontrar uma sua fundamentação no conceito de *lex naturae* (Cic. *de Off.* 3.17. 69).

O *ius gentium* é elaborado a partir de uma concepção originária segundo a qual o direito não se reduz ao conjunto de normas típicas de uma determinada *civitas*, mas disciplina também as relações entre todos os homens e entre os povos.

As XII Tábuas marcam o início da *Res publica* e constituem uma primeira base de igualdade e unidade de patrícios e plebeus caracterizando a construção da *civitas*, porém, logo esse complexo de normas que, inicialmente, exprimia todo o direito vigente se torna insuficiente, e graças ao trabalho de interpretação dos juristas se cria, lentamente,

um *ius* genericamente denominado *civile* (conforme Pompônio em D. 1.2. 2.5). Os juristas Públio Múcio, Bruto e Manlio, através de suas obras, no século II, afirma Pompônio (D. 1.2. 2.39), *fundaverunt ius civile*. O trabalho dos prudentes irá além de uma simples compilação de leis ou de um comentário às mesmas, torna-se um instrumento que organiza o dado normativo, interpretando-o e atualizando-o a realidades sempre novas.

O jurista Pompônio, no *libro singulari enchiridii*, considera a obra de Quinto Múcio Cévola, o *pontifex maximus*, filho de Públio Múcio Cévola, o início da construção da ciência do direito, no sentido de conceber-se o *ius* não mais segundo um método casuístico, mas através de um método lógico-sistemático¹⁹.

A evolução do direito em Roma aponta a existência de uma pluralidade de complexos de normas, indicada como *iura*

una publica fides, seja para a solução de controvérsias: fides no magistrado, praetor peregrinus, ao qual se submetiam as partes para que ditasse a regra a ser aplicada, tutelando de modo precípua a bona fides; depois se reconhece, ao direito assim modelado, a qualificação de ius gentium.”

¹⁹ Cf. SCHIAVONE, Aldo. *Linee di Storia del Pensiero Giuridico Romano*. Torino: Giappichelli, 1994. p. 50 : "Sul significato del pensiero di Mucio noi possediamo una valutazione precisa, [...]: la rapida ma mediata osservazione di Pomponio, che era un lettore attento di Quinto Mucio, sul cui *ius civile* aveva lavorato a fondo. Ed era quindi avendo una completa padronanza del pensiero muciano, dei suoi contenuti e della sua fortuna, che egli ne riassume nell' *Enchiridion*

il significato più importante, racchiudendolo in una precisa formulazione: «Dopo questi [gli scolari di P. Mucio, di Bruto, di Manlio e i loro contemporanei] Quinto Mucio, figlio di Publio, pontefice massimo, per primo costruì per genera il ius civile, raccogliendolo in diciotto libri». Due considerazioni affiorano nel giudizio di Pomponio: che Quinto Mucio ha costruito nel suo insieme il ius civile attraverso l'uso della categoria di genus, e che è stato il primo in questo tentativo. Il giurista antoniniano riconduce la valutazione degli elementi nuovi del lavoro di Quinto Mucio al tipo di fondazione logica della sua riflessione giuridica: una struttura analitica determina per intero la sua scrittura. E il merito di questo rinnovamento va attribuito (per Pomponio) al metodo diairetico [...]"

populi Romani (direito consuetudinário, *ius gentium*, *ius naturale*, *ius civile*, *ius pretório*). Vemos emergir, porém, nessa pluralidade uma tendência à recondução a uma ordem unitária que atingirá o seu ápice, e de certa forma, a sua completude, com a codificação do imperador Justiniano²⁰.

S. RICCOBONO observa que o caráter universal do *Corpus iuris civilis* deriva daqueles costumes naturais das populações que se uniram com Roma, mesmo no período clássico. O *ius civile* perde lentamente o seu conteúdo típico, e o triunfo do *ius gentium* que atinge no direito clássico uma posição predominante, necessariamente irá formar o sistema da codificação de Justiniano²¹.

Uma expressão fundamental na compreensão da formação do sistema de direito romano é aquela de *ius Romanum commune*, que indica uma harmonização dos vários *iura* existentes na primeira fase de desenvolvimento do sistema. O processo

histórico que leva do plural da expressão *iura Populi Romani* ao singular *ius populi Romani* ou ‘direito romano comum’ tem seu ponto determinante com o reconhecimento da cidadania a todos os habitantes do Império (Edito de Caracala de 212 d.C.), e a eliminação do conceito de *peregrinus*/estrangeiro comporta a consequência de que todos os homens, de qualquer nacionalidade, que se encontrem dentro do espaço do vasto império romano, sejam destinatários do direito romano, em consonância com o princípio *cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit* (Hermogeniano D. 1.5.2²²).

Esse universalismo não elimina a pluralidade de ordens jurídicas que caracteriza a experiência jurídica romana, permanece a distinção entre *ius civile* e *ius gentium*, mas a partir da época tardo-antiga se consolida a expressão *ius Romanum et commune* que, posteriormente, torna-se *ius Romanum commune*, indicadora de uma harmonização

²⁰ SCHIPANI, Sandro. *Reconhecimento do sistema*. Op. cit. pp. 492- 493.

²¹ RICCOBONO, Salvatore. *La universalità del diritto romano*. In: *Studi in memoria di Paolo Koschaker*. Milano: Giuffrè, 1954. v. 2, pp. 10-11: “Il carattere universal del *Corpus iuris civilis* deriva, possiamo ora riconoscerlo, da quelle consuetudini naturali delle popolazioni che si unirono a Roma e rimasero sempre attive e prevalenti, pure nel periodo classico di Roma. La disciplina tecnica dei Pontefici di Roma era stata per il diritto opera meravigliosa, bensì dura e artificiosa, ma si dissolvette gradualmente al calore costante della vita. Il *ius civile* si svuota del suo contenuto, divenendo un *nudum ius*; le conseguenze giuridiche di quel sistema vengono svalutate e rimosse come conseguite soltanto per *occasionem iuris civilis*.”

*Era il trionfo del *ius gentium* che raggiunta nel diritto classico la sua posizione dominante, doveva poi necessariamente formare il sistema della codificazione di Giustiniano”*

²² Hermogeniano D. 1.5.2: *Cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit, primo de personarum statu ac post de ceteris, ordinem edicti perpetui secuti et his proximos atque coniunctos applicantes titulos ut res patitur, dicemus – Como, portanto, todo o direito é constituído por causa dos homens, nós declaramos ter seguido a ordem do edito perpétuo, primeiramente com o status das pessoas e depois os outros, aplicando os títulos próximos e os conjugados a estes conforme comporte a matéria. Ver Digesto de Justiniano, liber primus. Op. cit. p. 57.*

unificadora das diversas ordens jurídicas romanas. Essa nova concepção, harmonizadora e unificadora do direito romano, atinge uma conformação sistêmica com a codificação de Justiniano. S. SCHIPANI leciona que essa construção constitui um passo ulterior no trabalho sistemático unitário da ciência jurídica que abre o caminho à moderna construção da noção de ‘princípios gerais do direito’ e a reconstrução dos mesmos, oferecendo uma sistematização teórica à possível variedade de direitos civis de cada comunidade política²³.

O universalismo da codificação do imperador Justiniano, sistema jurídico e as codificações

Será a codificação justiniana, a partir dos séculos X e XI, o direito ‘*savant*’ que os doutos de Bolonha irão recuperar; direito este que constituirá um modelo de justiça para todos os homens. A baixa idade média, após a queda do Império Romano do Ocidente, em 476 d.C., caracteriza-se pelo predomínio da *consuetudo*, como sublinha P. Grossi²⁴ “*assisteremo per tutto il Medioevo al trionfo del pluralismo giuridico, ossia alla possibilità*

di convivenza di diversi ordinamenti giuridici prodotti da diversi gruppi sociali [...]”.

Na sociedade da baixa idade média se produz um acentuado particularismo jurídico, apropriado para uma sociedade simples, estática e fechada, mas absolutamente inapropriado, pelo seu caráter de fragmentação, para uma sociedade em que a dinâmica das relações econômicas e comerciais acarreta uma maior complexidade nas relações jurídicas negociais. Neste contexto as normas costumeiras mostram a sua impotência em regulamentar a vida dos homens. Os fatos jurídicos necessitam de um arcabouço jurídico que não os sufoque, mas que os organize e os sistematize e que realize uma unidade das diversidades²⁵.

O direito romano, na primeira idade média, tinha sobrevivido sob as vestes de direito romano ‘vulgar’, absorvendo traços simples e fatuais dos direitos bárbaros, deixando-se em segundo plano a análise daquela refinada ciência jurídica que o havia moldado e aperfeiçoado no decorrer dos séculos.

Com a maior complexidade das relações humanas, em uma sociedade medieval mais aberta, o direito romano,

²³ SCHIPANI, Sandro. *Armonizzazione e unificazione. Op. cit. p. 37: Questa costruzione inoltre costituisce un passo ulteriore del lavoro sistematico unitario della scienza giuridica, che apre la strada alla moderna esplicitazione della nozione di ‘principi generali del diritto’, ed alla ricostruzione degli stessi, e offre una*

sistemazione teorica alla possibile varietà dei diritti civili di ciascuna comunità politica.

²⁴ GROSSI, Paolo. *L’Europa del diritto. Collana Fare l’Europa. Roma-Bari: Laterza, 2009. p. 15.*

²⁵ GROSSI, Paolo. *L’Europa. Op. cit. p. 45.*

entendido como o direito codificado por Justiniano, é redescoberto e volta a ser estudado e interpretado a partir dos séculos X e XI. Este direito que já havia se tornado na antiguidade o sistema do *ius commune*, volta a propor-se como direito de todos os homens, ao lado das ordens particulares²⁶.

A elaboração do direito comum medieval tem como substrato imprescindível o direito romano justiniano e a sua vocação universalística. O direito comum da idade média utiliza a noção de *ius civile quasi ius proprium* e a dicotomia *ius proprium/ius commune*, dando origem, portanto, ao particularismo jurídico, no âmbito do qual o direito romano comum constitui um ponto de referência primário para o direito privado, seja porque é considerado *ratione Imperii*, seja *imperio rationis*²⁷.

As grandes revoluções da idade moderna, o iluminismo, o liberalismo desencadeiam, a partir do século XIX, o fenômeno das grandes codificações com a consequente destruição do *ius commune*, que

se fragmenta em tantos ordenamentos nacionais. A concepção universal do direito lentamente se dilui para dar lugar a uma ideia de tantos direitos, de uma multiplicidade de direitos, positivados em diferentes normas/regras emanadas de um legislador.

Com lucidez, salienta René David que “somos levados a pensar também que o direito positivo é uma única realidade, esquecendo a antiga dualidade que durante séculos existiu, nos nossos países, entre o direito tal como era ensinado nas universidades (a ciência do direito) e as regras segundo as quais os tribunais estatuíam”²⁸.

Uma parte da doutrina contemporânea considera o movimento das codificações um elemento de ruptura com o direito comum, na medida em que os códigos constituem o instrumento através do qual o Estado burguês busca monopolizar a produção do direito, cabendo-lhe a aplicação do mesmo.

Tal posição é superada por S. SCHIPANI, o qual reputa ser um erro historiográfico afirmar que os códigos

²⁶ GASPARINI, Silvia. *Appunti minimi di Storia del Diritto. Antichità e medio evo*. Padova: Imprimatur, 2002. Vol. I. p. 65 ss.: “Il testo giustiniano appare dunque...idoneo a essere utilizzato in vista di due distinte funzioni, collegate l’una all’altra e in pari misura risolutive rispetto ai due problemi più ricorrenti nella pratica del diritto. [...] ...in funzione di diritto suppletivo, il diritto giustiniano può colmare le lacune dei singoli sistemi giuridici particolari, promananti dalle istituzioni corporative. [...] Il diritto giustiniano però offre inoltre, a fronte delle esigenze di disciplina giuridica urgentemente sentite dalla società del nuovo millennio, un ulteriore

vantaggio insostituibile, rappresentato dall’attenzione dedicata...ai problemi dell’esperienza giuridica nel suo complesso. La struttura coordinata di definizioni e di concetti di valore generale che se ne ricava è infatti riconosciuta come idonea a fungere da chiave esplicativa rispetto a qualsiasi sistema particolare e al suo funzionamento.”

²⁷ SCHIPANI, Sandro. *Armonizzazione e unificazione*. Op. cit., p. 37.

²⁸ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4ª ed. Tradução port. H. A. CARVALHO. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 14.

rompam a tradição do direito romano comum, já que esses não exaurem a vigência do direito romano, são concebidos a partir do direito romano comum, constituem uma explicitação deste e a este permanecem vinculados, quer no que concerne à integração das lacunas quer no que tange à interpretação através da utilização dos princípios gerais do direito que deste derivam²⁹. Na época das grandes revoluções, afirma o romanista italiano, as codificações indicam, com o conceito técnico de ‘princípios gerais do direito’, uma precisa referência aos elementos constitutivos que fundamentam o sistema romanístico, elementos estes codificados por Justiniano. Os princípios gerais do direito são um instrumento técnico-dogmático que interpreta e garante a continuidade do sistema e a sua capacidade de desenvolvimento. A presença dos princípios gerais do direito, fixados pelo legislador, nos ordenamentos estatais é o reconhecimento da permanente vigência do direito romano comum, sendo proposta uma leitura deste através dos princípios³⁰.

A noção de sistema e os princípios

Para que se possa entender o contexto em que devemos buscar a problemática

concernente à unificação das obrigações, é necessário que tenhamos em mente as consequências geradas pelo movimento codificador, ocorrido entre os séculos XVIII, XIX e o início do século XX.

A cultura jurídica entre os séculos XVI e XVIII é caracterizada, por um lado, pela tradição jurídica dos doutores que aperfeiçoam a partir do *Corpus Iuris Civilis* o *ius commune*, direito erudito, forjado nas universidades e nos tribunais em que atuavam os juristas letrados, pelos costumes locais e por uma crescente legislação régia, por outro lado, pelo surgimento do jusnaturalismo, que propõe um novo fundamento, uma nova ordem e um novo modo de raciocinar a respeito do direito. O sistema de direito natural dava como justificativa última das leis o fato de apoiar-se na razão natural, e tudo aquilo que fosse contrário à razão natural deveria ser eliminado das leis. A tradição e o costume não podiam por si só justificar as regras. O pensamento jurídico sofre também a influência do iluminismo que combate, em nome da razão, a tradição, a religião, a superstição e as sutilezas dos juristas; se a razão humana é universal, se qualquer um pode fazer uso de sua razão, então o direito deve ter a forma de princípios claros, evidentes e compreensíveis por qualquer um³¹. Com essas premissas se fortalece o movimento da codificação, a lei iria garantir a vigência dos princípios do direito natural, fundamentados na razão natural comum a todos os homens. A

²⁹ SCHIPANI, Sandro. *Armonizzazione e unificazione. Op. cit. pp. 37-38.*

³⁰ SCHIPANI, Sandro. *Unificazione del diritto e diritto dell'integrazione in America Latina alla luce dello ius commune. In: Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista di integrazione e unificazione del diritto in Europa*

e in America Latina. Modena: Mucchi, 1997. Vol 4. p. 249.

³¹ DE LIMA LOPES, José Reinaldo; MAFEI RABELO QUEIROZ, Rafael; DOS SANTOS ACCA, Thiago. *Curso de História do Direito. São Paulo: Método, 2009. p. 189 ss.*

codificação criaria ordem e certeza. Os códigos, porém, tornam-se uma realidade efetiva somente com o fortalecimento dos Estados nacionais, com a positivação do direito através da legislação, através da vontade legisladora de um soberano. Já na segunda metade do século XVIII aparecem os primeiros códigos: os códigos civil e penal da Baviera entre 1752 e 1756; a codificação austríaca em 1786 e em 1811; o código geral prussiano em 1794.

O século XIX foi caracterizado por enormes transformações na organização das sociedades ocidentais; tais transformações advindas das Revoluções Americana, em 1776, e a Francesa, em 1789, determinaram a ascensão da burguesia e o triunfo do liberalismo. Em 1804 é promulgado o Código de Napoleão, que será conjuntamente com o BGB-*Bürgerliches Gesetzbuch* de 1900, um marco na história das codificações³².

As grandes revoluções da idade moderna, portanto, desencadeiam o fenômeno das grandes codificações, com a consequente destruição do *ius commune*. A concepção universal do direito lentamente se enfraquece para dar lugar a uma ideia de tantos direitos, de uma multiplicidade de direitos, positivados em diferentes normas/regras emanadas de um legislador³³.

Salienta R. DAVID que embora a diversidade dos direitos, aqui no sentido de conjunto de normas, seja relevante, esta mesma diversidade é bem menor quando se consideram os elementos mais fundamentais e mais estáveis, com o auxílio dos quais podemos descobrir regras, interpretá-las e determinar o seu valor. A diversidade dos direitos não corresponde unicamente a uma variedade de regras que eles comportam, pois o fenômeno jurídico é mais complexo. Com efeito, cada direito constitui de fato um sistema que é caracterizado pelos seus elementos mais estáveis: emprega certo vocabulário, correspondente a certos conceitos; agrupa as regras em certas categorias; comporta o uso de certas técnicas para formular regras e certos métodos para interpretá-las; está ligado a uma dada concepção social, que determina o modo de aplicação e a própria função do direito. As regras mudam por vontade do legislador, mas há elementos que permanecem constantes no sistema³⁴.

Ademais, a História, como ciência social, dialoga interdisciplinarmente com ciências a ela complementares, tais como a Geografia e a Economia, e a correlação entre essas três ciências vem determinando, de diferentes maneiras, a criação de grandes regiões continentais socioculturais. H.A.

³² RODRIGUES MACIEL, José Fábio; AGUIAR, Renan. *História do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 217 ss.

³³ BENARROS, Myriam. *Sistema Jurídico, Ordenamentos, Fontes. Os Princípios Gerais do Direito*. In: *Fundamenta Iuris*.

Terminología, principios e interpretatio. Almeria: Editorial Universidad de Almeria, 2012. pp. 262-264.

³⁴ DAVID, René. *Os grandes sistemas*. Op. cit. pp. 20-21.

STEGER usa a expressão “continentes socioculturais”; nessa linha de raciocínio, impõe-se, cada vez mais, a utilização do conceito de sistema por parte de historiadores do direito e dos comparatistas³⁵.

No campo do direito, os juristas tentam individuar além dos ordenamentos estatais e nacionais grandes sistemas jurídicos, fundamentados em realidades étnicas, ideológicas, econômicas e, naturalmente, em características jurídico-formais comuns. Usa-se, comumente, expressões como “Rechtskreise” e “Kulturkreise” no estudo das relações que intercorrem entre áreas jurídicas e áreas culturais³⁶.

Seguindo a linha de raciocínio dos comparatistas e dos historiadores do direito, podemos perceber realidades históricas mais amplas daquelas “internas” e “nacionais” dos Estados soberanos. A ideia de “sistema” torna possível a compreensão de uma concepção do direito nitidamente distinto dos fatos que o aplicam ou violam.

A família romano-germânica, para usarmos a terminologia de R. DAVID, agrupa os países nos quais a ciência do direito se formou sobre a base do direito romano; as regras de direito são concebidas nestes países

como sendo regras de conduta, estreitamente ligadas a preocupações de justiça e moral. A partir do século XIX, um papel importante foi atribuído à lei, os diversos países pertencentes a esta família dotaram-se de “códigos”³⁷. A família romano-germânica (sistema romanista), cujos ordenamentos traem origem do direito romano, através de fenômenos tais como a colonização e a recepção (ou *transfusión*), dispersou-se muito além das fronteiras do continente europeu, particularmente, em toda a América Latina.

P. CATALANO desenvolve a ideia de ‘sistema’ e afirma que em cada sistema jurídico se pode individuar subdistinções baseadas em elementos étnicos, v.g., ‘direitos dos povos latinos’, ‘direitos dos povos germânicos’, assim como a individuação no sistema romanista, ou família romano-germânica, de um grupo ‘ibero-americano’ que incluía também a Espanha e Portugal, ou então, considerando-se as condições particulares geográficas, econômicas, sociais e políticas da América Latina, um ‘grupo latino-americano’³⁸.

Ora, na lição de R. DAVID, os direitos da família romano-germânica são direitos fundamentados em princípios, como exige o sistema, não são direitos casuísticos³⁹.

A regra de direito, no quadro do sistema romano-germânico, não deve ser

³⁵ CATALANO, Pierangelo. *Sistema jurídico, sistema jurídico latino-americano e direito romano*. In: *Direito e integração*. 2ª Edição. Brasília: Centro de Estudos de Direito Romano e Sistemas Jurídicos da Faculdade de Direito da UnB, 2006. p. 24; cfr. STEGER, Hans-Albert. *Discussione. Diritto romano e università nell'America Latina*. In: *Revista Index*. Napoli: Jovene, 1973. Vol. 4. p. 104.

³⁶ CATALANO, Pierangelo. *Sistema jurídico*. *Op. cit.* p. 25

³⁷ DAVID, René. *Os grandes sistemas*. *Op. cit.*, p. 23.

³⁸ CATALANO, Pierangelo. *Sistema Jurídico Latino-Americano*. In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*. V. 69. pp. 253-254.

³⁹ DAVID, René. *Os grandes sistemas*. *Op. cit.* p. 108.

entendida como uma regra própria para assegurar a solução dum caso concreto, mas deve ser concebida como uma regra de conduta, dotada de certa generalidade, pondo-se acima das aplicações que dela podem ser feitas pelos tribunais e pelos práticos do direito. As regras de direito são gerais e abstratas, fundadas em princípios que caracterizam o sistema e contribuem para a manutenção da sua unidade.

Em estudo sobre a utilização dos princípios gerais do direito nos códigos romanistas, S. SCHIPANI põe em evidência a necessidade de uma interpretação das normas que compõem os ordenamentos que fazem parte do sistema jurídico romanista que leve em consideração o sistema ao qual pertencem e ao qual devem ser reconduzidas⁴⁰. Na opinião do romanista italiano, os princípios gerais do direito devem ser considerados como princípios do direito romano codificado no *Corpus Iuris Civilis* e de posteriores desenvolvimentos. Nos códigos da época das grandes revoluções, o conceito técnico de “princípios gerais do direito” indica os

elementos constitutivos e informantes de uma realidade – o direito do nosso sistema – concebida como uma estrutura que engloba a dimensão do tempo, o sentido da origem, não dominadora, mas fundante. Refere-se ao *Corpus Iuris Civilis*, e às obras realizadas a partir dele, que foram reconhecidas, que o aprimoraram, e que precisam ser relidas criticamente a partir de seus princípios (no significado combinado e plurivalente de “princípio”). Os códigos da época das grandes revoluções (e o conjunto da legislação) com a remissão aos “princípios gerais do direito” expressam o reconhecimento pelo legislador da identidade e da continuidade do sistema⁴¹.

R. ZIMMERMANN, tratando do direito privado europeu e das suas bases históricas, ressalta que a época dos sistemas de direito nacional, mais ou menos autônomos, tende, lentamente, a concluir-se, pois estamos vivendo numa época de pós-positivismo; a estreiteza, mas também a segurança, de uma codificação nacional (ou do *Common Law*) está cada vez mais superada, e estamos nos dirigindo para um novo *ius commune*. Esse novo *ius commune*

⁴⁰ SCHIPANI, Sandro. *La codificazione del Diritto Romano Comune*. Torino: Giappichelli, 1996. pp. 83 ss.: *Ciò che più mi interessa è richiamare l'attenzione su una linea di possibili dinamiche interpretative fra articolazioni del sistema giuridico romanista, e sulla necessità di una interpretazione delle norme utilizzate dai diversi ordinamenti che tenga consapevolmente conto del sistema a cui questi devono venir ricondotti. Cf. RESCIGNO, Pietro. Relazione conclusiva. In: I principi generali del diritto. Roma, 1992. p. 342: “che il*

discorso sui principi generali rimanga importante per costruire nella sua interezza il sistema e per valutare le tecniche dell'interpretazione, e rendersi conto che gli stessi fattori produttivi delle norme si sono allargati”.

⁴¹ SCHIPANI, Sandro. *La codificazione*. Op. cit. p. 117. Ver também SCHIPANI, Sandro-BORGES DOS SANTOS GOMES DE ARAÚJO, Danilo (org.). *Sistema jurídico romanístico e subsistema jurídico latino-americano*. São Paulo: FGV Direito SP, 2015. p. 139.

deveremos construí-lo em volta de valores compartilhados e métodos jurídicos reconhecidos por todos, assim como em volta de princípios comuns e máximas-guia, esse deverá ser elaborado por juristas, legisladores e docentes que ajam em cooperação uns com os outros⁴².

Destarte, os princípios constituem o elemento através do qual poder-se-ia efetivar a unificação do direito, reconstruindo-se um novo *ius commune* em volta de valores compartilhados, assim como com base em princípios jurídicos reconhecidos e aceitos por diferentes povos.

O direito latino-americano e o seu sistema

Os povos da América Latina, quando atingem a independência, libertando-se das metrópoles, afirmam, com clareza, a própria identidade latina, elaborando ordens jurídicas que afundam suas raízes no direito romano, passando estas a fazer parte do sistema romanístico ou família romano-germânica, segundo a terminologia de R. DAVID.

R. DAVID leciona que os direitos da família romano-germânica são direitos

fundados em princípios, como exige o sistema, não são direitos casuísticos⁴³.

A regra de direito, no quadro do sistema romano-germânico, não deve ser entendida como uma regra própria para assegurar a solução dum caso concreto, mas deve ser concebida como uma regra de conduta, dotada de certa generalidade, pondo-se acima das aplicações que dela podem ser feitas pelos tribunais e pelos práticos do direito. As regras de direito são gerais e abstratas, fundadas em princípios que caracterizam o sistema e contribuem para a manutenção da sua unidade.

Importante lembrar que quanto à formação do conceito *ius Romanum*, P. CATALANO explica a diferença entre “efetividade” e “validade” do direito romano:

“Tal conceito (ius Romanum) é aperfeiçoado por Justiniano (que utiliza também as expressões Romanae leges e Romana sanctio) como instrumento de uma concepção universalista do direito [...] que não considera característica essencial dos iura aquilo que hoje chamamos de “efetividade”. O direito é claramente distinto do fato (isto é, da própria aplicação)”⁴⁴.

⁴² ZIMMERMANN, Reinhard. *Diritto romano, diritto contemporaneo, diritto europeo: la tradizione civilistica oggi. Il diritto private europeo e le sue basi storiche*. In: *Rivista di diritto civile*. Padova: Cedam, 2001. Vol. 47-n. 6. pp. 706-708: *Stiamo vivendo in un'epoca di post-positivismo; la ristrettezza, ma anche la sicurezza di una codificazione nazionale (o del common Law) è sempre più superata e ci stiamo muovendo verso un nuovo ius commune. Questo nuovo ius commune dovremo*

costruirlo attorno a valori condivisi e metodi giuridici generalmente riconosciuti, come pure attorno a principi comuni e massime guida, e dovrà essere formato da giudici, legislatori e docenti che agiscano in cooperazione gli uni con gli altri.

⁴³ DAVID, René. *Os grandes sistemas*. Op. cit. p. 108.

⁴⁴ CATALANO, Pierangelo. *Diritto e Persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*. Torino: Giappichelli, 1990. pp. 90-91.

Os povos da América Latina independente não desconhecem as profundas raízes no sistema do direito romano e no seu universalismo constantemente *in fieri*; bem afirmará D. RIBEIRO, por ocasião da concessão, ao grande sociólogo brasileiro, do Prêmio “Roma-Brasília”, por parte da Comuna de Roma: “Somos hoje um povo só, a Nova Roma. Unido pela língua, pela cultura e pela destinação [...] Somos nós que representaremos a tradição romana no concerto dos próximos séculos e milênios”⁴⁵.

Com efeito, C. BEVILÁQUA, autor do código civil de 1916, já no século XIX, afirmava a existência de um sistema jurídico latino-americano, ou sub-sistema, no quadro do sistema romanístico:

“Necessário se faz que a esses seja additado um quarto grupo, composto das legislações dos povos latino-americanos, dos quaes não cogitou o sábio jurista francez, mas que se não podem logicamente incluir em qualquer das três categorias enunciadas, porque, provindo ellas de fontes européas aparentadas proximamente entre si (direito portuguez e hespanhol), modificaram diversamente esse elemento commum, por suas condições próprias, e pela assimilação dos elementos europeus de outra categoria, principalmente os francezes. E por desprender-se de países novos, essencialmente democraticos, este quarto grupo

*apresenta certas ousadias fortes de quem não se arreceia do novo, e certas fraquezas em que a liberdade espraia-se mais larga.”*⁴⁶

Esta perspectiva, porém, não nega o valor dos estudos que levem em consideração a especificidade de cada ordenamento, e o diálogo jurídico particular entre os ordenamentos deste ou daquele estado, mas põe em evidência uma ulterior dimensão, aquela do direito comum que o estatal-legalismo, principalmente na Europa, cancelou, isolando o direito de cada estado do direito dos outros, com a perda da consciência da existente unidade.

Na área latino-americana no que concerne à temática da unificação do direito, C. BEVILÁQUA, consultor jurídico do Ministério das Relações Exteriores, para atender à solicitação do jurisconsulto italiano V. SCIALOJA, então Presidente do Instituto Internacional de Roma para a Unificação do direito privado, no Parecer n. 15, de 1928, aborda a problemática concernente à unificação do direito privado. Observa o jurisconsulto brasileiro que da contemplação da marcha evolutiva da cultura, longamente trabalhada por povos diversos e transmitida como herança de uns aos outros, na sequência dos séculos, pode-se entrever um profundo

⁴⁵ Cf. RIBEIRO, Darcy. *Messaggio in occasione della assegnazione del Premio Roma-Brasilia*. In: *Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America*

Latina. Modena: Mucchi, 1997. Vol. 3. p. 337 ss.

⁴⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. *Resumo das licções de legislação comparada sobre o direito privado*. 2^a ed. Bahia, 1897 (1 Ed. 1893). pp. 73 ss.

sentimento de unidade da família humana. Esse mesmo sentimento nos fornece a identidade da estrutura social, em seus traços fundamentais; ademais, o direito natural é também expressão, desse mesmo sentimento, pretendendo romper com a ‘realidade acanhada e grosseira’. Muitos estimados juristas, escreve C. BEVILÁQUA, patenteiam a universalidade da fenomenologia jurídica; por outro lado, o fenômeno da recepção, transmigração ou comunicabilidade do direito, “de que se conhecem tão alindados casos na história, quer de tempos mais afastados, quer de nossos dias, está, de modo irretorquível, a demonstrar, como observa G. DEL VECCHIO, *uma certa unità dell`essere umano*”⁴⁷.

Naturalmente, essa unidade não pode abranger a totalidade dos institutos e das relações jurídicas, pois há relações jurídicas que sofrem mais a influência da cultura local, tais como as relações de família, em que as condições históricas e mesológicas incidirão na manutenção das diferenças, não obstante o poder nivelador da civilização. Defende C. BEVILÁQUA a conveniência de se orientar a cultura jurídica no sentido da unificação de alguns departamentos de direito privado, “para que este exprima a realidade da vida social no

momento presente, em que as relações individuais além das fronteiras de cada povo, de mais em mais se alastram e intensificam”⁴⁸. Nesse sentido, segundo ele, caminha-se com o influxo das leis de imitação, pois, v.g., no caso da América Latina se constata que a construção jurídica de A. TEIXEIRA DE FREITAS constituiu elemento predominante entre as fontes do Código Civil argentino, elaborado por VÉLEZ SÁRSFIELD, e, por sua vez, o Código Civil do Chile inspirou o da Colômbia; o da Venezuela modelou-se pelo código italiano, e o da Bolívia recebeu do francês tudo quanto não se contrapunha às radicadas instituições de origem ibérica; de forma que já são em número considerável as semelhanças que se podem apurar, para a formação de um direito comum. Em matéria de direito das obrigações, no mundo ocidental, C. BEVILÁQUA leciona que ele assenta na sólida e extensa base do direito romano⁴⁹.

Vale salientar que uma primeira ideia de unificação das obrigações, embora unicamente no plano do ordenamento interno, já tinha sido defendida, em 1867, por A. TEIXEIRA DE FREITAS que havia proposto um novo plano para o Código, prevendo a

⁴⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. *Unificação do direito privado. Relatório apresentado ao Presidente da República dos Estados Unidos do Brasil pelo Ministro de Estado das Relações Exteriores (anno de 1928). Vol. I (Introdução, exposição e anexo A). Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1929. In: Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista di diritto*

dell`integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina. Modena: Mucchi, 2006. Vol. 22. pp. 241-242.

⁴⁸ BEVILÁQUA, Clóvis. *Unificação. Op. cit. p. 242.*

⁴⁹ BEVILÁQUA, Clóvis. *Unificação. Op. cit. pp. 242-243.*

unificação do código civil e do código comercial⁵⁰.

Vislumbrava A. TEIXEIRA DE FREITAS a feitura de dois Códigos, um Código Geral e um Código Civil, sendo aquele um código de definições, à semelhança dos dois últimos títulos do *Digesto 'de verborum significatione'* e *'de diversis regulis juris antiqui'*⁵¹. Propunha o jurista brasileiro um Código Geral contendo as leis que ensinam, e um Código Civil com as leis que mandam. Aquele para os sábios, este para o povo.

A unificação do direito privado, apreçada por A. TEIXEIRA DE FREITAS, irá se tornar realidade, inicialmente, na Suíça, com o Código Federal das Obrigações de 1881, que unificou as obrigações civis e mercantis, posteriormente, na Itália, com o Código Civil de 1942.

A ideia de unificação traçada por C. BEVILÁQUA, professor de legislação comparada, não é a mesma daquela de A. TEIXEIRA DE FREITAS; este defende a unificação das obrigações no ordenamento interno, aquele vê a possibilidade de unificação da disciplina das obrigações em relação a diversos ordenamentos.

O movimento para uma progressiva unificação internacional do direito teve início,

paradoxalmente, no mesmo período em que se verifica a promulgação das últimas grandes codificações nacionais; o aparente paradoxo se explica se pensarmos que essa época determina também a passagem de uma economia agrícola e artesanal para uma economia industrial, com uma produção em série e uma distribuição em massa de bens e serviços. Diante de uma intensificação dos escambos comerciais além das fronteiras dos Estados, facilitados pelo progresso tecnológico nas comunicações e no transporte, o desaparecimento do velho *ius commune* e a afirmação dos ordenamentos nacionais, às vezes em conflito não somente formalmente, mas também em seus conteúdos, tudo isso só podia ser sentido como um sério obstáculo no ordenado e seguro mundo dos negócios. Os primeiros passos para obter-se uma maior uniformidade normativa em nível internacional foram feitos no setor das criações intelectuais com a Convenção de Paris para a tutela da propriedade industrial, em 1883. Após a Grande Guerra, a ideia de unificação do direito é retomada, e sob os auspícios da Sociedade das Nações, foi criado o Instituto para a unificação do direito privado (UNIDROIT) em 1926⁵².

⁵⁰ SARAIVA DA CUNHA LOBO, Abelardo. *Curso de Direito Romano: história, sujeito e objeto do direito: instituições jurídicas*. Brasília: Senado Federal-Conselho Editorial, 2006. p. 594.

⁵¹ SARAIVA DA CUNHA LOBO, Abelardo. *Curso de Direito Romano*. Op. cit. p. 598.

⁵² BONELL, Michael Joaquim. *Comparazione giuridica e unificazione del diritto*. In: ALPA, Guido et al. *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*. Roma-Bari: Laterza, 2012. pp. 4-5.

E. ALBERTARIO, na *Introduzione* do seu *Corso di Diritto Romano. Le obbligazioni*, publicado em 1936, anota que o direito das obrigações é a parte mais vital do direito romano e aquela menos ligada a um determinado ambiente histórico, essa tende ao universalismo. Os outros ramos do direito, tais como o direito de família ou o direito de propriedade, apresentam uma resistência considerável à criação de um regime único; diferentemente, nenhum obstáculo intransponível encontraria um direito único das obrigações, especialmente no que tange à matéria comercial⁵³.

A codificação na América Latina e a adoção dos princípios

Na idade das grandes revoluções, se evidenciaram na América Latina movimentos de

independência das metrópoles, bem como a vinculação, nas codificações civis, com o sistema do Direito Romano, diferentemente do que ocorreu na Europa⁵⁴.

Do movimento de codificação mais significativo participaram o chileno A. BELLO, que redigiu o Código Civil chileno de 1855; A. TEIXEIRA DE FREITAS, que redigiu a *Consolidação das Leis Civis* (1857) e o *Esboço*, projeto de um código civil para o Brasil (1860-1867)⁵⁵; e D. VÉLEZ SÁRSFIELD, na Argentina (1869)⁵⁶. Tais códigos, dentre outros, mostraram uma linha de continuidade em relação à obra de Justiniano⁵⁷. Esta é desenvolvida por meio da retomada formal do *Corpus Iuris Civilis* como fonte do sistema⁵⁸, no qual se encontram princípios gerais basilares muito relevantes⁵⁹.

⁵³ ALBERTARIO, Emilio. *Corso di diritto romano. Le obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1936. p. 1.

⁵⁴ SCHIPANI, Sandro. *Armonizzazione e unificazione*. Op. cit. p. 37.

⁵⁵ Para maiores detalhes sobre Augusto Teixeira de Freitas e a unificação do direito privado no Brasil, é interessante a exposição de MOREIRA ALVES, José Carlos. *A unificação do direito privado brasileiro – de Teixeira de Freitas ao novo Código Civil*. In: JUNQUEIRA DE AZEVEDO; Antônio-TAVEIRA TORRES; Heleno-CARBONE, Paolo (coord.). *Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas. Homenagem à Tullio Ascarelli*. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010. pp. 369-391.

⁵⁶ SCHIPANI, Sandro. *La codificazione*. Op. cit. p. 45.

⁵⁷ SCHIPANI, Sandro. *La codificazione*. Op. cit. p. 65. No que toca à comparação entre a codificação justinianeia e os códigos modernos, A. TORRENT RUIZ discorre que a compilação de Justiniano tem valor de código no sentido

moderno da palavra “porque además de las características codicilísticas que hemos visto: finalidad práctica, clarificar el derecho eliminando las reglas derogadas, dar agilidad a los procesos, aspiración a dejar sentado un derecho universal solo modificable por la autoridad legislativa que lo promulgó, habría que añadir otro elemento que pone en un mismo plano el *Corpus iuris* y los códigos modernos: su carácter instrumental apto para la unificación territorial, política, y jurídica”. Ver TORRENT RUIZ, Armando. *Fundamentos del derecho europeo – ciencia del derecho: derecho romano- ius commune - derecho europeo*. Madrid: Edisofer, 2007. p. 125.

⁵⁸ Os mencionados autores dos códigos e A. Teixeira de Freitas eram romanistas, e valeram-se direta ou indiretamente do *Corpus Iuris Civilis*. Isso mostra que o sistema latino-americano realmente foi baseado no direito romano.

⁵⁹ SCHIPANI, Sandro. *La codificazione*. Op. cit. pp. 65-66; 178.

Os princípios gerais do direito são normas comuns, que informam todo o sistema romano e o subsistema latino-americano⁶⁰. Atualmente, também é possível evidenciar a sua importância e utilização no direito europeu, que mostra uma tendência de unificação do direito privado⁶¹. A. TORRENT RUIZ afirma ser essencial recuperar o direito romano

*“no sólo para el derecho contenido en los códigos, sino también para las normas comunitarias, y non solamente válido para su crítica, sino válido también para contribuir a su elaboración partiendo de los pretendidos (e indiscutidos) principios comunes”*⁶².

No entanto, o desenvolvimento da aplicação no tempo de tais princípios ocorreu de maneira diversa na América Latina e na Europa. Neste último continente houve um grande nacionalismo jurídico, principalmente no final do século XVIII e no início do século XIX. Os ordenamentos dos países europeus se

mostravam fechados e o direito romano comum acabou por ser “nacionalizado”. Já a América Latina entendeu os princípios como normas integrativas ou interpretativas das leis, inspiradores do direito como um todo e anteriores inclusive aos ordenamentos nacionais⁶³.

No que concerne ao direito das obrigações, pode-se notar uma identidade latino-americana fundada nos princípios gerais, como, por exemplo, o princípio da boa-fé objetiva e do *favor debitoris*.

O princípio da boa-fé

O princípio da boa-fé tem como característica sua intrínseca indefinição⁶⁴. As distintas tentativas de lhe atribuir um conceito estão marcadas pelo recurso a outras noções igualmente abstratas, como a equidade, a lealdade, a confiança, dentre outras⁶⁵. No entanto, tal aspecto não diminui a importância da *bona fides*, pelo contrário, mostra que esta integra o direito privado de maneira ampla,

⁶⁰ SCHIPANI, Sandro. *La codificazione. Op. cit.* p. 61.

⁶¹ Para aprofundamento recomenda-se a leitura de DE MARTINO, Francesco. *Considerazioni sull'unità del diritto privato in Europa. In: L'Europe du troisième millénaire: mélanges offerts à Giuseppe Gandolfi.* Milano: Giuffrè, 2004. Vol. I. pp. 229-244.

⁶² TORRENT RUIZ, Armando. *Fundamentos del derecho europeo. Op. cit.* p. 62.

⁶³ SCHIPANI, Sandro. *La codificazione. Op. cit.* pp. 179-191.

⁶⁴ Não apenas o princípio da boa-fé, mas todos os princípios gerais do direito. Ver

MESSINETTI, Davide. *I principi generali dell'ordinamento. Il pluralismo delle forme del linguaggio giuridico. In: Rivista Critica del Diritto Privato. Napoli: Jovene, março 2002. Ano XX, Vol. 1. pp. 19-20.*

⁶⁵ EYZAGUIRRE BAEZA, Cristóbal; RODRÍGUEZ DIEZ, Javier. *Expansión y límites de la buena fe objetiva – a propósito del “Proyecto de principios latinoamericanos de derecho de los contratos”.* In: *Revista Chilena de Derecho Privado. Santiago: Universidad Diego Portales. Vol. 21, jul. 2013. p. 140.*

servindo como uma das bases para a construção do sistema jurídico.

A boa-fé faz parte do contrato na sua dinâmica, com o objetivo de impedir lucros injustificáveis e de reequilibrar as posições dos contraentes que estejam em uma situação desfavorável, tornando a relação jurídica mais equilibrada. Ela também está conectada com a equidade, o que está previsto em D. 16. 3.3.1pr.⁶⁶. Este princípio é a força vinculante do acordo⁶⁷, já que as partes se comprometem confiando na boa-fé recíproca⁶⁸. Tal princípio indicava a lealdade e a honestidade presente na vontade das partes⁶⁹.

Um dos mais importantes fragmentos é Gai. 3.137, pois este inspirou o papel da boa-fé até os dias atuais, determinando que “*item in his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare*

oportet; cum alioquin in verborum obligationibus alius stipuletur, alius promittat, et in nominibus alius expensum ferendo obliget, alius obligetur - Ainda, nestes contractos, as partes se obrigam mutuamente sobre o que cada uma deve prestar à outra, em boa fé e com equidade; ao passo que nas obrigações verbais, uma das partes estipula e outra promete; e nas transcrições de créditos, uma delas impõe a obrigação, lançando-a a débito da outra, a obrigada”⁷⁰.

Conforme G. LUCHETTI e A. PETRUCCI, neste fragmento Gaio mostra “*la bona fides come criterio integrativo dell’assetto di interesse contrattualmente determinato dalle parti*”. As respectivas prestações advindas do contrato consensual vinculam as partes a uma execução conforme o *bonum et aequum*⁷¹.

⁶⁶ Trifonino, D. 16.3.3.1pr: “*A boa-fé que se requer nos contratos exige uma suma equidade. Devemos, porém, estimá-la, porventura, segundo o autêntico direito das gentes, ou, em verdade, conforme os preceitos civis e pretorianos? [...]*” Ver *Digesto ou Pandectas do Imperador Justiniano. Tradução brasileira MANOEL DA CUNHA LOPES E VASCONCELLOS; organização de SILVEIRA MARCHI, Eduardo C. et al.. 1 ed. São Paulo: YK Editora, 2018. Vol. III, livros 12-19. p. 185-186.*

⁶⁷ M. L. NEME VILLARREAL afirma que “*la buena fe corresponde al lema age quod agis conforme al cual la ‘fides bona’ costringe a mantener una promesa, no según la letra, sino según el espíritu del negocio convenido por las partes y, en cuanto tal, a adecuar la própria conducta a la plena realización del acuerdo*”. Ver NEME VILLARREAL, Martha Lucía. *La buena fe en el derecho romano – extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia*

contratual. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010. p. 165.

⁶⁸ SCHIPANI, Sandro. *Armonizzazione e unificazione. Op. cit. p. 50.*

⁶⁹ CARDILLI, Riccardo. “*Bona fides*” tra storia e sistema. Torino: Giappichelli, 2002. pp. 61-62.

⁷⁰ Gai 3.137: “*Ainda, nestes contractos, as partes se obrigam mutuamente sobre o que cada uma deve prestar à outra, em boa fé e com equidade; ao passo que nas obrigações verbais, uma das partes estipula e outra promete; e nas transcrições de créditos, uma delas impõe a obrigação, lançando-a a débito da outra, a obrigada*”. Tradução port. de A. CORREIA; G. SCIASCIA. *Manual de Direito Romano. Institutas de Gaio e Justiniano. São Paulo: Saraiva, 1951. Vol. II. 193 p.; cf. D. 44.7.2.3 e I. 3.22.3*

⁷¹ LUCHETTI, Giovanni; PETRUCCI, Aldo. *Fondamenti di diritto contrattuale europeo – dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference I. Bologna: Pàtron, 2009. pp. 49, 50.*

Cabe ressaltar que a boa-fé aqui tratada se diferencia da boa-fé subjetiva. Esta não é um princípio, e sim “o estado interior ou psicológico dos indivíduos relativamente ao conhecimento – ou ao desconhecimento – da intenção ou falta de intenção de alguém”⁷² ou o “*atteggiamento dell’intelletto*”, de acordo com G. ALPA⁷³.

No direito latino-americano, o Código Civil peruano de 1852 não determinou o papel da boa-fé objetiva, já no chileno, de 1855, é possível evidenciá-la como princípio integrante do conteúdo dos contratos, sendo evidente, assim, as suas raízes romanas.

A. BELLO recuperou regras, conceitos e princípios das tradições, o que, na época, estava um pouco menos presente nos códigos europeus, como no francês e no alemão (este ainda se encontrava em formação na época)⁷⁴. Tal autor não seguiu o código napoleônico porque, além de valorizar a boa-fé como regra de conduta a ser respeitada pelas partes na

execução do acordo, desejava determiná-la como fonte de integração da relação obrigacional da qual nasce o contrato⁷⁵.

Tem-se discutido nas cortes chilenas esta relevante visão integrativa da boa-fé. Por exemplo, neste país, a lesão enorme não está conectada ao consenso, e sim à boa-fé, o que significa um vício objetivo no contrato. Assim também dispõem os sistemas do Equador, de El Salvador, da Venezuela, da Nicarágua, da Colômbia, de Honduras e do México⁷⁶.

No que toca ao ordenamento privado brasileiro, apesar da codificação ter durado quase um século, com destaque para a obra codificatória de A. TEIXEIRA DE FREITAS, inicialmente, a boa-fé objetiva não foi codificada em matéria de contratos⁷⁷, formulada como *regulae iuris*, de aplicação geral na formação e execução contratual⁷⁸.

No projeto de código civil de FELÍCIO DOS SANTOS, em 1886, a boa-fé passa a ser base da força integrativa dos contratos, como

⁷² PAES DE BARROS LEÃES, Luiz Gastão. *Notas sobre boa-fé e lealdade negocial*. In: *Principi per i contratti commerciali internazionali e il sistema giuridico latino-americano*. Padova: Cedam, 1996. p. 71.

⁷³ Nesse sentido, o autor afirma que a boa-fé não pode ser definida negativamente, ou seja, como ausência de má-fé. “Buona fede e mala fede sono stati (di certezza) contraddittori ma non sono complementari fra loro... la buona fede è convinzione di agire bene...”. ALPA, Guido. *Manuale di Diritto Privato*. 8ª ed. Padova: Cedam, 2013. p. 341.

⁷⁴ CARDILLI, Riccardo. “Bona fides”. *Op. cit.* pp. 72-73.

⁷⁵ Conforme EYZAGUIRRE BAEZA, Cristóbal-RODRÍGUEZ DIEZ, Javier. *Expansión y*

limites. *Op. cit.* p. 142: “a integração do contrato aparece como o ponto central da regulação da boa-fé na América Latina”.

⁷⁶ CARDILLI, Riccardo. “Bona fides”. *Op. cit.* pp. 74-77. Cita-se como exemplo o artigo 1603 do código civil equatoriano, que determina: “los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella”.

⁷⁷ CARDILLI, Riccardo. “Bona fides”. *Op. cit.* pp. 78-79.

⁷⁸ PAES DE BARROS LEÃES, Luiz Gastão. *Notas*. *Op. cit.* p. 71.

no modelo de A. BELLO, mas o princípio, ainda, não é adotado de maneira completa. Anteriormente, no *Esboço* (1860-1867) de A. TEIXEIRA DE FREITAS, havia apenas uma ligação, no adimplemento das obrigações, entre a culpa e o comportamento da parte não conforme a boa-fé.

No século XX a doutrina brasileira reconheceu a ideia de A. BELLO amplamente⁷⁹. E devido ao esforço doutrinário, houve a inserção da boa-fé no Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078 de 1990)⁸⁰, e no Código Civil de 2003, cujo artigo 422 reza ser necessário observar a boa-fé objetiva tanto na formação quanto na interpretação e na execução do contrato⁸¹.

O Código civil argentino de 1869 seguiu o primeiro processo de codificação da América Latina, com exceção do Código Civil chileno e de áreas por ele influenciadas. Assim, D. VÉLEZ SÁRSFIELD escolheu não atribuir muita importância ao princípio da boa-

fé⁸². A lei de reforma 17.111, no entanto, modificou tal visão ampliando o seu papel, o que continua vigente no art. 9, *Título preliminar*, do novo Código Civil argentino, sancionado pela lei n. 26.994/2014, promulgado pelo decreto n. 1795/2014.

Inicialmente, a tendência majoritária de não codificar a boa-fé no direito contratual fez com que sua aplicação fosse relegada à arbitrariedade dos juízes. Considerava-se apenas a vontade das partes, mesmo que a relação jurídica fosse desequilibrada, cabendo ao Judiciário **encontrar soluções**⁸³. **Já nos dias atuais, em que impera o primado da lei, os juízes, bem como os juristas, se contentam em evidenciar e utilizar o princípio já** codificado. No entanto, falta a reavaliação de um papel marcante da doutrina para fixar a boa-fé objetiva de maneira mais prática e limitar as excessivas e ainda evidentes arbitrariedades judiciais⁸⁴.

⁷⁹ CARDILLI, Riccardo. “Bona fides” *Op. cit.*, pp. 78-81. É possível perceber tal inserção a partir de alguns importantes doutrinadores brasileiros, como Francisco Cavalcante Pontes de Miranda, Antunes Varela, C. do Couto e Silva, Darcy Bessone, Orlando Gomes, J. C. Moreira Alves e Martins-Costa. Os trajetos percorridos para ser atingida essa *communis opinio* doutrinária são diversos. Para alguns, por meio da análise de normas do código comercial de 1850 e do código civil seria possível reconhecer a presença do princípio da boa-fé. Para outros, e de maneira mais correta, a vigência de tal princípio foi afirmada por ele fazer parte do sistema do qual surgiu o direito brasileiro.

⁸⁰ Alguns exemplos são os artigos 6º, III e 39, inciso IV, que determinam, respectivamente o dever do produtor de informar sobre a qualidade e os riscos dos produtos e serviços colocados no mercado, e a proibição ao produtor de prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista a sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços.

⁸¹ CARDILLI, Riccardo. “Bona fides”. *Op. cit.*, p. 82.

⁸² CARDILLI, Riccardo. “Bona fides”. *Op. cit.*, p. 84.

⁸³ CARDILLI, Riccardo. “Bona fides”. *Op. cit.*, p. 90.

⁸⁴ CARDILLI, Riccardo. “Bona fides”. *Op. cit.*, p. 108.

Assim, no que tange ao princípio da boa-fé na América Latina, conclui-se que os códigos civis, ao menos a partir da segunda metade do século XX, acolheram a herança do sistema romanístico e confirmaram a tendência de recuperação da grande importância do princípio⁸⁵, com a ressalva de que este ainda merece maior delimitação doutrinária.

Vale destacar que tal orientação de atribuição de maior relevância à boa-fé

⁸⁵ Alguns exemplos são: na Argentina, em seu novo Código Civil (promulgado em 8 de outubro de 2014), determina-se no Artigo 961 que os contratos devem ser interpretados, celebrados e executados de acordo com a boa-fé. O Código Civil chileno, além de mencionar a boa-fé em outros dispositivos, dispõe no artigo 1.546 que “los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan non solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella”. O Código Civil uruguaio, reza no artigo 1.291 que todos os contratos “deben ejecutarse de Buena fe y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la equidad, al uso o a la ley”.

⁸⁶ Os princípios do UNIDROIT foram aprovados em julho de 1994, não com o objetivo de unificar os direitos nacionais, mas de enunciar as regras padronizadas em matéria contratual e indicar soluções que mais se adaptam ao comércio internacional. Ver BONELL, Michael Joaquim. *Il progetto dell'Unidroit per la elaborazione di principi per I contratti commerciali internazionali*. In: BONELL, Michael Joaquim - SCHIPANI, Sandro (org.). *Principi per i contratti commerciali internazionali e il sistema giuridico latinoamericano*. Roma e America – Collana di studi giuridici latinoamericani. Padova: Cedam, 1996. Vol. 9. pp. 9-19. J. C. MOREIRA ALVES, no entanto, faz a ressalva de que o Projeto UNIDROIT de princípios para

também mostrou-se evidente nos projetos de unificação do direito dos contratos na Europa, como nos princípios UNIDROIT sobre contratos comerciais internacionais⁸⁶ e no *Draft Common Frame of Reference*⁸⁷.

O artigo 1.7 dos princípios do UNIDROIT sobre os contratos comerciais internacionais determina que “(1) *Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional* (2) *Las partes no pueden excluir ni limitar este deber*”⁸⁸.

contratos internacionais, “porquanto não é ele projeto de tratado internacional, mas de regras que as partes contratantes concordam em observar”. Ver MOREIRA ALVES, José Carlos. *Comentários sobre o artigo 1.6 do projeto UNIDROIT sobre princípios aplicáveis aos contratos internacionais*. In: *Principi per i contratti commerciali internazionali e il sistema giuridico latinoamericano*. Roma e America – Collana di studi giuridici latinoamericani. Padova: Cedam, 1996. Vol. 9. p. 75.

⁸⁷ Conforme G. LUCHETTI e A. PETRUCCI, em 2003, começou-se a pensar, na Europa, em um projeto de um “Quadro Comune di Riferimento (Draft Common Frame of Reference – DCFR), que favoreceria uma aplicação uniforme do direito no campo do direito contratual. O projeto definitivo foi publicado em 2009, possuindo como título original: “Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference”. Ver LUCHETTI, Giovanni – PETRUCCI, Aldo. *Fondamenti*. Op. cit. pp. 11-15.

A boa-fé objetiva tem a função de preenchimento de todo DCFR, tanto é que está inclusa nos princípios que antecedem os dez livros de regras; além disso, ela aparece em diversos dispositivos referentes ao direito obrigacional, principalmente no que toca à execução e à extinção da relação obrigacional. LUCHETTI, Giovanni – PETRUCCI, Aldo. *Fondamenti*. Op. cit. pp. 42,43).

⁸⁸ Trecho retirado de www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/

Percebe-se assim que o princípio da boa-fé, como regra de conduta, permeia todo o projeto⁸⁹.

Apesar da crescente importância da boa-fé, no que diz respeito aos direitos nacionais europeus, a tendência da codificação do século XX é estabelecer um dever geral de comportamento conforme a esse princípio, e não o tratar como elemento integrante do conceito de contrato.

Assim, por exemplo, é possível perceber que o parágrafo 242 do BGB determinou um comportamento amplo, sem atribuir consequências jurídicas. Na Itália, a jurisprudência já considera a integração do contrato, mas de forma limitada, com base na boa-fé. E, no Código Civil, há apenas a expressão de um dever geral de agir conforme à boa-fé (artigos 1.175 e 1.375)⁹⁰.

principles2010/blackletter2010-spanish.pdf [27.01.2015]. Não apenas no que toca ao UNIDROIT os princípios são relevantes, mas também no que diz respeito ao atual desejo de uniformização do direito privado na Europa, expressado por meio de um projeto de código europeu das obrigações. A. TORRENT RUIZ discorre que, atualmente, na “ciência jurídica europeia parece haber llegado un momento en que podría retornarse a un sistema aberto como era el de la Jurisprudencia romana expressado magistralmente por Paulo D. 50,17,1: non ex regula ius sumatur, sede ex iure quod est regula fiat”. O sistema mencionado fechado e nacionalizado, baseado nos códigos, parece estar esgotado. Ver TORRENT RUIZ, Armando. Fundamentos. Op. cit. pp. 60-61.

⁸⁹ PAES DE BARROS LEÃES, Luiz, Gastão. Notas. Op. cit. p. 71.

O princípio do favor debitoris

Outro princípio relevante é o do *favor debitoris*, caracterizado pelo favorecimento da parte fraca do contrato⁹¹. Ele é uma manifestação do princípio da boa-fé⁹² e do *favor libertatis*, usado nas situações em que o devedor é geralmente a parte mais fraca e dependente⁹³.

Na Europa, inicialmente, a maior parte da doutrina não acolheu o *favor debitoris*. No entanto, na América Latina foi reconhecido amplamente⁹⁴, fato que ajuda a demonstrar a inserção do sistema latino-americano no sistema jurídico romanístico, sendo o primeiro, então, um subsistema.

Exemplos de sua adoção são as normas que protegem o polo mais debilitado da relação jurídica, como as relativas à onerosidade excessiva, à lesão e à redução da cláusula penal excessivamente onerosa⁹⁵.

⁹⁰ EYZAGUIRRE BAEZA, Cristóbal - RODRÍGUEZ DIEZ, Javier. *Expansión y limites. Op. cit. p. 142.*

⁹¹ SCHIPANI, Sandro. *La codificazione. Op. cit. p. 185.*

⁹² NEME VILLARREAL, Martha Lucía. *La buena fe. Op. cit. p. 337.*

⁹³ SCHIPANI, Sandro. *Armonizzazione e unificazione. Op. cit. p. 48. O autor afirma que em alguns códigos pode parecer que o favor debitoris tenha se atenuado. No entanto isso não ocorreu, pois o princípio só não deve ser aplicado quando existem alguns pressupostos (como a parte pertencer a um grupo que detém muito poder, fato que garante a sua liberdade) que, na verdade, confirmam sua vigência.*

⁹⁴ SCHIPANI, Sandro. *La codificazione. Op. cit. p. 185.*

⁹⁵ SCHIPANI, Sandro. *La codificazione. Op. cit. p. 185. O autor menciona as seguintes normas em matéria de onerosidade excessiva: Código*

Da mesma forma que a boa-fé, na Europa, atualmente, o princípio do *favor debitoris* se encontra mais presente, o que pode ser evidenciado na seção 2 do capítulo 6 dos princípios UNIDROIT, que trata sobre a onerosidade excessiva (“*hardship*”). Além de definir a onerosidade excessiva, atribuem-se efeitos a ela, sempre ligados ao reestabelecimento do equilíbrio da relação contratual, por meio de sua revisão.

O princípio do *favor debitoris* foi variando conforme ao tempo. Uma interpretação mais contemporânea está relacionada com a não violação dos direitos humanos e fundamentais, como o direito à vida, à saúde, à moradia, entre outros.

Pode-se dizer, inclusive, que no âmbito de proteção dos direitos fundamentais, ele se encontra, também, relacionado com o *beneficium competentiae*, ou seja, em geral o adimplemento das obrigações não pode implicar a falência pessoal do devedor.

Essa relação já existia na Roma antiga, pois havia a imposição de um limite máximo à possibilidade da cobrança do crédito em relação a alguns devedores. Estes não poderiam tornar-se pobres, devendo continuar a ter *aliquid ne ageat*⁹⁶. Atualmente, essa

diretriz pode ser vislumbrada nas disposições legais referentes à impenhorabilidade de certos bens, bem como à impossibilidade de sequestro de pensões alimentícias e do salário⁹⁷.

Outra faceta do *favor debitoris* é a proibição da usura e do anatocismo⁹⁸. No Brasil, por exemplo, existia inclusive um dispositivo na Constituição Federal (artigo 192, parágrafo 3º) que limitava as taxas de juros reais a 12%. Tal norma foi revogada pela Emenda Constitucional 40 de 2003, não por causa do seu conteúdo, mas porque era necessária uma lei complementar para que ela pudesse vir a ser utilizada. No entanto, o país não ficou desamparado, além de a jurisprudência limitar as taxas de juros, há o artigo 406 do Código Civil de 2003. Neste, lê-se que “quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional”. No que diz respeito ao anatocismo, está consolidado que é vedada a capitalização mensal de juros, ainda que expressamente

civil do Peru (1984): arts. 1440-1446; Código civil boliviano: arts. 581-583; Código civil paraguaio: art. 672.

⁹⁶ Ulp. D. 42.1.18 determina, por exemplo, que o soldado condenado pode pagar até aquilo que puder. No original: “item miles, qui sub armata militia stipendia meruit, condemnatus, eatenus quatenus, facere potest, cogitur solvere”.

⁹⁷ SCHIPANI, Sandro. *Armonizzazione e unificazione*. Op. cit. p. 49.

⁹⁸ De acordo com S. SCHIPANI, é possível perceber a existência já na lei das XII Tábuas. Ver SCHIPANI, Sandro. *Armonizzazione e unificazione del diritto*. Op. cit., p. 50.

convencionada (assim trata a súmula 121 do Supremo Tribunal Federal)⁹⁹.

No que diz respeito à adoção da teoria da imprevisão e da proteção advinda da onerosidade excessiva, pode-se dizer que as legislações latino-americanas não são uniformes.

Por exemplo, na Argentina (artigo 1.198 do Código Civil) é possível a parte prejudicada pleitear apenas resolução do contrato. A doutrina majoritária também prevê a revisão contratual, mas não há um dispositivo legal para autorizá-la. Mesmo assim, considera-se que o ordenamento de tal país é propício para a recepção dos princípios elaborados pela UNIDROIT.

O direito chileno ainda não admitiu a onerosidade excessiva apesar dos esforços doutrinários. Não há textos legais que regulamentem a resolução ou o reajuste contratual, o que, entretanto, não impede a validade de uma cláusula de *hardship*. A Colômbia reconheceu o instituto por meio da jurisprudência e do código comercial de 1972, mesmo havendo um silêncio do Código civil. A Bolívia, por outro lado, reconhece a onerosidade excessiva em seu Código civil de 1975 (artigo 581), mas a sua aplicação é praticamente desconhecida¹⁰⁰. E, por fim, o

Brasil trata do assunto nos artigos 478 a 480 do Código civil de 2003; além disso, a teoria é amplamente recepcionada pela jurisprudência e pela doutrina.

Felizmente, mesmo com as disparidades citadas, não há impedimentos para o sistema latino-americano adotar a doutrina da *hardship*. Além de não se poder desconsiderar o princípio do *favor debitoris*, como orientador do sistema, a onerosidade excessiva, conforme J. CESAR RIVERA, em última instância é “*una limitación razonable a la fuerza obligatoria del contrato que, se la entienda derivada del principio general de la buena fe o de la idea de causa o base del negocio, ya tiene cabida o puede encontrarla en los ordenamientos que hemos estudiado*”¹⁰¹.

Os esforços para unificar o direito

Em um mundo caracterizado por uma mobilidade das pessoas cada vez maior, além de uma circulação de bens e serviços significativa, é natural, sustenta M.J. BONELL, o interesse não somente teórico por parte dos juristas, mas também prático por parte dos operadores do direito, daquelas disciplinas, tais como direito comparado e direito uniforme, que tentam dar uma resposta aos numerosos

⁹⁹ No direito romano também existia a proibição da usura, conforme se percebe em D. 12.6.26.1; C. 4.32.28.1.

¹⁰⁰ RIVERA, Julio Cesar. *Comunicación acerca de la excesiva onerosidad sobreviviente*. In: *Principi per i contratti commerciali*

internazionali e il sistema giuridico latinoamericano, Roma e America – Collana di studi giuridici latinoamericani. Padova: Cedam, 1996. Vol. 9. pp. 251-275.

¹⁰¹ RIVERA, Julio Cesar. *Comunicación*, Op. cit. p. 275.

problemas que o fenômeno crescente da internacionalização ou globalização das relações econômicas e sociais comporta no plano jurídico. No que tange ao direito comparado, esse se propõe, primeiramente, individuar e, possivelmente, também, explicar quais são as convergências e as divergências formais e substanciais entre os vários direitos nacionais, buscando pôr a atenção nos problemas e nas funções, ao invés dos conceitos e das instituições, na tentativa de criar uma linguagem e um sistema de comunicação que seja realmente transnacional entre os juristas do mundo. O direito uniforme, por sua vez, ou, se se preferir, unificação ou harmonização do direito, tenta superar os contrastes existentes entre as diversas experiências jurídicas nacionais, propondo uma normativa comum ou pelo menos mais próxima uma da outra, com o objetivo de resolver as questões específicas concernentes à determinada matéria¹⁰².

Ademais, nesse cenário, deve-se levar em conta o fenômeno da globalização, nos seus aspectos positivos e negativos; Z. BAUMAN afirma que ‘globalização’ é uma palavra da moda que se transforma rapidamente em uma encantação mágica, sendo para alguns o que devemos fazer se quisermos ser felizes; para outros, é a causa da

nossa infelicidade, porém, para todos ‘globalização’ é o destino irremediável do mundo, um processo irreversível¹⁰³. O sociólogo polonês anota que os fatores geográficos, as fronteiras naturais e artificiais dos territórios, as distintas identidades das populações, assim como a distinção entre ‘dentro’ e ‘fora’, talvez, tenham sido meros “derivativos conceituais, sedimentos ou artificios materiais de ‘limites de velocidade’ ou, de forma mais geral, das restrições do tempo e custo impostas à liberdade de movimento”. As distâncias já não importam, ao passo que a ideia de uma fronteira geográfica é cada vez mais difícil de se sustentar no mundo ‘real’. Parece claro que as divisões dos continentes e do globo como um todo foram outrora, em função das distâncias, impositivamente reais, devido aos transportes primitivos e às dificuldades de viagem¹⁰⁴.

A partir dessa visão do mundo, encontramos, no Ocidente, uma demanda crescente de elaboração de um direito uniforme. Trata-se de uma demanda que, além de estar correlacionada, diretamente, com os interesses ligados às atividades econômicas, engloba anseios concernentes à criação de tribunais penais internacionais, à proteção

¹⁰² BONELL, Michael Joaquim. *Comparazione giuridica*. Op. cit., p. 3.

¹⁰³ BAUMAN, Zygmunt. *Globalization: the human consequences*. Cambridge-Oxford: Polity Press, 1998. Tradução port. Marcus

PENCHEL. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. p. 7.

¹⁰⁴ BAUMAN, Zygmunt. *Globalization*. Op. cit. p. 19.

universal dos direitos humanos e até à exportação de regras da democracia¹⁰⁵.

Já em 1993, realizou-se em Roma um Seminário de Estudos sobre o Projeto UNIDROIT *Princípios para os contratos comerciais internacionais e a unidade e especificidade do Sistema Jurídico Latino-americano*, em que M. J. BONELL afirmava que as iniciativas para a unificação internacional do direito tinham tido, até então, a forma de atos normativos vinculantes, na forma de convenções internacionais, medidas legislativas supranacionais ou simples leis-modelo, mas notava o comparatista italiano que em consideração do fato de que esses instrumentos corriam o risco de se transformar em letra morta por falta de incorporação nos diversos ordenamentos estatais ou apresentavam um caráter fragmentário, não se eliminando, ademais, a necessidade de se recorrer aos direitos nacionais, intensificaram-se os esforços em favor de um maior uso de instrumentos não legislativos no processo de unificação e harmonização do direito. Alguns propunham incrementar a produção dos denominados ‘usos do comércio internacional’, isto é, os conjuntos de cláusulas, condições gerais e de contratos-tipo que se tinham desenvolvido de forma espontânea, na praxe do comércio internacional; outros, também em

consideração de que esses instrumentos contratuais refletiam somente os interesses de uma parte, e que, de qualquer forma, pressupunham a existência de um sistema normativo mais geral, no quadro do qual poderia operar-se, propunham a elaboração, a nível supranacional, desse sistema normativo, uma espécie de moderno *ius commune*, com a veste de um *restatement* dos princípios gerais em matéria contratual. Nesta direção se enquadrou a ação da UNIDROIT, a elaboração dos *Princípios para os contratos comerciais internacionais*; o projeto UNIDROIT, tinha, porém, um objetivo ainda mais ambicioso, visto que tais princípios e regras deveriam ser aplicados universalmente e deveriam, portanto, ser expressão dos mais importantes sistemas jurídicos do mundo. Os *Princípios UNIDROIT* foram aprovados em julho de 1994. Esses, porém, não pretendem unificar os direitos nacionais, mas visam enunciar princípios e regras em matéria contratual que são comuns aos principais sistemas jurídicos existentes e indicar as soluções mais apropriadas às específicas exigências do comércio internacional. Salienta M. J. BONELL que os *Princípios* podem servir como elementos orientadores na redação dos contratos comerciais internacionais; as partes nesses contratos provêm de países diversos e enfrentam uma dificuldade de comunicação,

¹⁰⁵ BUSSANI, Mauro. *Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*. Torino: Einaudi, 2010. p. 72.

pois, frequentemente, a terminologia decorrente de um determinado sistema jurídico nacional não é familiar a uma das partes; utilizando-se conceitos e expressões contidas nos *Princípios*, as partes podem contar com uma terminologia neutral que tem um significado universalmente uniforme. Além disso, os *Princípios* representam um conjunto orgânico de princípios e de regras que são comuns aos principais sistemas jurídicos, esses podem constituir uma espécie de moderno *ius commune* ou podem ser a expressão autêntica daquilo que comumente se indica como *lex mercatoria*, à qual as partes, ou em caso de lide, os árbitros, poderiam se reportar como a lei regulamentadora do contrato¹⁰⁶.

Diante das escolhas feitas no esforço de se realizar uma uniformização ou harmonização do direito, necessária para que se possa garantir um patamar mínimo de segurança jurídica nas transações internacionais, aparece evidente que a utilização dos princípios que caracterizam os sistemas jurídicos, e seus subsistemas, dentro dos quais encontramos diversos ordenamentos

nacionais, poderia viabilizar uma unificação do direito, em particular em matéria de contrato e obrigações.

Observa J. M. RAINER que já em 1989 o Parlamento Europeu tinha requerido a todos os membros que unificassem o seu direito privado¹⁰⁷, sendo esse o campo de máxima importância para a Europa. O jurista austríaco, nessa perspectiva, afirma:

“O direito romano é a única base realmente comum a todos os direitos, inclusive, pelo menos conceitualmente, também, de forma mais amena, ao Common Law. [...] Direito comparado e direito romano são os pilares fundamentais dessa nova doutrina civilística, conjuntamente deverão, nos anos porvir, colocar as bases para um Código Civil Europeu”¹⁰⁸ [nossa tradução].

Neste quadro temos que inserir o projeto europeu do *Draft Common Frame of Reference*, publicado na sua versão definitiva em 2009. A Comissão Europeia, através de uma Comunicação, em 2003, deu início a uma ação concreta para a elaboração de um ‘Quadro de Referência’ que possibilitasse uma maior coerência no direito contratual europeu,

¹⁰⁶ BONELL, Michael Joaquim. *Il Progetto dell'UNIDROIT*. Op. cit. pp. 9-19.

¹⁰⁷ Em 1989 e 1994, o Parlamento Europeu aprova duas Resoluções solicitando a unificação de numerosos ramos do direito privado dos Países membros, in primis em matéria de obrigações, e a avaliação das possibilidades de elaboração de um Código comum europeu de direito privado. Ver LUCHETTI, Giovanni – PETRUCCI, Aldo. *Fondamenti*. Op. cit. pp. 11-12.

¹⁰⁸ RAINER, Johannes Michael. *Il significato e le prospettive del diritto romano alla fine del XX secolo*. In: *Index. Quaderni camerti di studi romanistici*. Napoli: Jovene, 1998. Vol. 26. p. 452: “Il diritto romano è l'unica base realmente comune a tutti i diritti, incluso, almeno concettualmente, anche se in maniera minore, il Common Law. [...] Diritto comparato e diritto romano sono i pilastri portanti di questa nuova dottrina civilistica, assieme dovranno negli anni a venire porre le basi per un Codice Civile Europeo”.

reconhecendo a importância deste ‘Quadro de Referência’ que estabeleceria princípios, conceitos e termos comuns em matéria contratual; em uma perspectiva mais ampla, deveria o *DCFR* constituir a base para posteriores desenvolvimentos, objetivando a criação de um direito uniforme e geral em matéria de contratos¹⁰⁹.

Considerações conclusivas

Não há dúvidas de que o direito romano é a mais sólida base do direito latino-americano e a sua maior herança foi deixada no âmbito obrigacional¹¹⁰. Os princípios que informam e caracterizam o sistema romanístico embasam a maioria dos ordenamentos nacionais latino-americanos; podemos observar um movimento descendente (sistema jurídico latino-americano *versus* ordenamentos nacionais) e um movimento ascendente (ordenamentos nacionais que enriquecem, detalhando, ulteriormente o sistema).

Esta inclusão dá-se, dentre outros motivos, por conta da grande importância atribuída aos princípios gerais do direito que alicerçam o sistema romanístico, como o da

bona fides e o *favor debitoris*. S. SCHIPANI menciona que “*i principi generali del diritto costituiscono l’espressione attuale della permanente vigenza del diritto romano comune e dei suoi sviluppi*”¹¹¹.

Apesar de a América Latina possuir códigos nacionais, há a consciência de que estes não estão fechados em si próprios, e sim dentro de algo maior, que os permeia e que permitiu a não fragmentação do sistema. S. SCHIPANI considera tais códigos como “*codici della trasfusione del diritto romano e dell’indipendenza*”¹¹².

No século XIX, o processo de codificação latino-americano foi essencial para assentar a independência em relação às antigas metrópoles. Criou-se, na região, uma identidade jurídica única, o que pode ser compreendido, por exemplo, do conceito de códigos-tipo ou modelo. Estes reconhecem a expressão dos princípios que inspiram o sistema, articulando-se em uma coerente estabilização.

Apesar de divergências e peculiaridades de cada ordenamento, há uma uniformidade no direito obrigacional latino-americano. O exemplo desse sistema mostra que é possível haver, ao menos no campo do

¹⁰⁹ LUCHETTI, Giovanni – PETRUCCI, Aldo. *Fondamenti*. Op. cit. pp. 12-13.

¹¹⁰ LIMONGI FRANÇA, Rubens. *La unificación del derecho obligacional y contractual latinoamericano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. p. 77.

¹¹¹ SCHIPANI, Sandro. *Unità e Specificità del sistema giuridico latinoamericano e “principi*

di UNIDROIT”: cenni per un programma di lavoro. In: “*Principi per i contratti commerciali internazionali*” e il sistema giuridico latinoamericano. Roma e America – Collana di studi giuridici latinoamericani. Padova: Cedam 1996. Vol. 9. p. 318.

¹¹² SCHIPANI, Sandro. *Unità e Specificità*. Op. cit. p. 317.

direito privado, a unificação do direito, tão necessária em face da globalização e da frenética dinamicidade das relações comerciais atuais.

A maior consciência de uma comum identidade jurídica na América Latina propicia iniciativas que busquem a atuação de uma harmonização a nível supranacional dos ordenamentos nacionais, com a elaboração de códigos-tipos para a América Latina, em particular no que concerne ao direito das obrigações e dos contratos¹¹³.

No continente latino-americano, em março de 1999, no quadro do *Encuentro de los Organismos Regionales o Subregionales con Programas en Ciencia y Tecnología que Operan Principalmente en Latinoamérica*, realizado em São Paulo, o Parlamento Latino-americano lançou um documento intitulado *Lineamentos metodológicos para la realización de estudios de armonización legislativa*, em que se atesta que uma das ações mais importantes, e quem sabe a mais

difícil, que se deve realizar no âmbito de um processo de integração, é aquela referente à harmonização legislativa. O documento aponta como elementos fundamentais da metodologia proposta a recompilação, revisão e análise, nos países latino-americanos, tanto das normas concernentes a determinada matéria, como o estudo dos acordos internacionais, globais ou setoriais, de caráter público ou privado, assim como estudos especializados. Trata-se de um trabalho de base que visa à descrição e análise dos princípios fundamentais que deverão ser necessariamente considerados, e dos direitos básicos que deverão ser necessariamente tutelados em todo tipo de legislação concernente à matéria tratada. Nos casos em que for possível, recomenda o Parlatino, preparar-se-á um *código marco* que poderá, em alguns casos, ser adotado como projeto de lei em determinado país, ou, em outros casos, poderá servir como quadro de referência para a atualização ou enriquecimento dos corpos

¹¹³ *Reputa S. SCHIPANI que: “nel quadro dei lavori per l’unificazione del diritto, in materia di diritto dei contratti, , con i Principi dei contratti commerciali internazionali di Unidroit, e con i progetti in corso di elaborazione in Europa, [...] siano stati realizzati (o siano in corso di realizzazione) recentemente importanti contributi; - sia indispensabile che crescano parimenti idonee elaborazioni in America Latina che tengano presenti tre ordini di fattori convergenti: [...] a. l’unità e specificità del sistema giuridico latinoamericano, la cui individualità può resistere e crescere, a partire dalla propria base nel diritto romano, intensificando la ricerca dei principi che ne ispirino uno*

*sviluppo armonico pur nelle differenze; [...] c. l’utilità della traduzione della elaborazione dei predetti principi in un ‘codice modello’ di diritto delle obbligazioni e contratti dell’America Latina, che si inserisca nel dibattito globale su tale materia, apportandovi com incisività la voce di questo continente, la sua elevata cultura giuridica Ed anche i risultati della riflessione maturata sulle drammatiche conseguenze Del mancato rispetto di detti principi e regole nella apertura del c.d. mercato globale.”. Ver S. SCHIPANI, *Armonizzazione e unificazione del diritto, diritto comune in materia di obbligazioni e contratti in America Latina*, op. cit., p. 55.*

jurídicos dos países sobre a matéria em pauta¹¹⁴.

Em 2008, por ocasião do “Coloquio de iusprivatistas-Roma y América- para la armonización del Derecho privado latinoamericano”, organizado pelo Centro de Investigaciones de Derecho civil da Facultad de Derecho da Universidad Nacional de Rosario e pelo Centro di Studi Giuridici Latinoamericani da Università di Roma -Tor Vergata-Consiglio Nazionale delle Ricerche, em consideração da necessidade da modernização e harmonização dos ordenamentos jurídicos em matéria de direito privado, haja vista o impacto que esse tem na vida dos cidadãos e dos negócios na região, procedeu-se a criação do *Grupo para la Armonización del Derecho Privado Latinoamericano*, cuja carta constitutiva prevê:

“asumir el compromiso de colaborar para producir documentos que contengan principios y reglas marco para la armonización del Derecho de las obligaciones y sus fuentes”¹¹⁵.

Levando-se, ainda, em conta o modelo metodológico proposto pelo Parlamento

Latino-americano, foi sediado em 2013, em Lima-Peru, o *Grupo para la Armonización del Derecho en América Latina* (GADAL), composto por juristas provenientes de diferentes países latino-americanos (Argentina, Brasil, Colômbia, Chile, México, Peru e Venezuela), com o objetivo de propor iniciativas de harmonização do direito na América Latina que ponham em relevo a especificidade e riqueza do subsistema jurídico latino-americano. A atividade do GADAL tem se concentrado na harmonização do direito das obrigações, tendo, em uma primeira fase, procedido à análise do estado atual dessa matéria em cada um dos países latino-americanos membros do grupo. O GADAL pretende, sucessivamente, elaborar instrumentos concretos (códigos ou leis quadro) de harmonização e modernização do direito das obrigações, que levem em conta a tradição romanista e as particularidades da região, considerando-se, ainda, os desenvolvimentos da matéria no âmbito do direito comparado, em particular outras experiências de harmonização do direito privado¹¹⁶.

¹¹⁴ PARLAMENTO LATINO-AMERICANO. *Lineamentos metodológicos para la realización de studios de armonización legislativa*. In: *Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e America Latina*. Modena: Mucchi, 2006. Vol 21, pp. 331-334. Disponível também [on-line] in <http://www.parlatino.org/es/documentos>. Acesso em 03/08/2016.

¹¹⁵ Ver *Declaración Constitutiva del Grupo para la Armonización del Derecho Privado latinoamericano* in <http://www.cideci.org/portal/modules/content/index.php?id=33> Acesso em 20/01/ 2015.

¹¹⁶ Informações disponibilizadas pelo GADAL em sua página oficial. Disponível [on-line] in <http://gadal.uexternado.edu.co/> . Acesso em 08/08/2016.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FONTES ROMANAS:

Digesto ou Pandectas do Imperador Justiniano. Tradução brasileira MANOEL DA CUNHA LOPES E VASCONCELLOS; organização de SILVEIRA MARCHI, Eduardo C. *et al.*. 1 ed. São Paulo: YK Editora, 2018. Vol. III, livros 12-19.

Digesto de Justiniano, liber primus: introdução ao direito romano. Edição bilíngue. Tradução port. FRANÇA MADEIRA, Hélcio Maciel. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

Manual de Direito Romano. Institutas de Gaio e Justiniano. Tradução port. CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. São Paulo: Saraiva, 1951. Vol. II.

DOCTRINA:

ALBERTARIO, Emilio. *Corso di diritto romano. Le obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1936.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalization: the human consequences*. Cambridge-Oxford: Polity Press, 1998. Tradução port. PENCHEL, Marcus. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BENARROS, Myriam. *Sistema Jurídico, Ordenamentos, Fontes. Os Princípios Gerais do Direito*. In: *Fundamenta Iuris. Terminología, principios e interpretatio*. Almeria: Editorial Universidad de Almería, 2012.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Resumo das licções de legislação comparada sobre o direito privado*. 2ª ed. Bahia, 1897 (1ª ed. 1893).

_____. *Unificação do direito privado. Relatório apresentado ao Presidente da República dos Estados Unidos do Brasil*

pelo Ministro de Estado das Relações Exteriores (anno de 1928). Vol. I (*Introdução, exposição e anexo A*). Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1929. In: *Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*. Modena: Mucchi, 2006. Vol. 22.

BONELL, Michael Joaquim. *Comparazione giuridica e unificazione del diritto*. In: ALPA, Guido *et al.* *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*. Roma-Bari: Laterza, 2012. _____ . *Il Progetto dell'UNIDROIT per la elaborazione di principi per i contratti commerciali internazionali*. In: BONELL, Michael Joaquim - SCHIPANI, Sandro (org.). *Principi per i contratti commerciali internazionali e il sistema giuridico latinoamericano. Roma e America. Collana di studi giuridici latinoamericani*. Padova: Cedam, 1996. Vol. 9.

BUSSANI, Mauro. *Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*. Torino: Einaudi, 2010.

CARDILLI, Riccardo. *"Bona fides" tra storia e sistema*. Torino: Giappichelli, 2002.

CATALANO, Pierangelo. *Linee del sistema sovranazionale romano*. Torino: Giappichelli, 1965.

_____. *Sistema Jurídico Latino-Americano*. In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1982. V. 69.

_____. *Diritto e Persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*. Torino: Giappichelli, 1990.

_____. *Sistema jurídico, sistema jurídico latino-americano e direito romano*. In: *Direito e integração*. 2ª Edição. Brasília: Centro de Estudos de Direito Romano e Sistemas Jurídicos da Faculdade de Direito da UnB, 2006.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4ª ed. Tradução port. H. A.

- CARVALHO. São Paulo: Martins Fontes, 2002
- DE LIMA LOPES, José Reinaldo; MAFEI RABELO QUEIROZ, Rafael; DOS SANTOS ACCA, Thiago. *Curso de História do Direito*. São Paulo: Método, 2009.
- GROSSI, Paolo. *L'Europa del diritto*. Collana Fare l'Europa. Roma-Bari: Laterza, 2009.
- EYZAGUIRRE BAEZA, Cristóbal; RODRÍGUEZ DIEZ, Javier. *Expansión y límites de la buena fe objetiva – a propósito del “Proyecto de principios latinoamericanos de derecho de los contratos”*. In: *Revista Chilena de Derecho Privado*. Santiago: Universidad Diego Portales. Vol. 21, jul. 2013.
- LIMONGI FRANÇA, Rubens. *La unificación del derecho obligacional y contractual latinoamericano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.
- LUCHETTI, Giovanni; PETRUCCI, Aldo. *Fondamenti di diritto contrattuale europeo – dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference I*. Bologna: Pàtron, 2009.
- MESSINETTI, Davide. *I principi generali dell'ordinamento. Il pluralismo delle forme del linguaggio giuridico*. In: *Rivista Critica del Diritto Privato*. Napoli: Jovene, março 2002. Ano XX, Vol. 1.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. *Comentários sobre o artigo 1.6 do projeto UNIDROIT sobre princípios aplicáveis aos contratos internacionais*. In: *Principi per i contratti commerciali internazionali” e il sistema giuridico latinoamericano. Roma e America – Collana di studi giuridici latinoamericani*. Padova: Cedam, 1996. Vol. 9.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. *A unificação do direito privado brasileiro – de Teixeira de Freitas ao novo Código Civil*. In: JUNQUEIRA DE AZEVEDO; Antônio-TAVEIRA TORRES; Heleno-CARBONE, Paulo (coord.). *Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas. Homenagem à Tullio Ascarelli*. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- NEME VILLARREAL, Martha Lucía. *La buena fe en el derecho romano – extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contratual*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.
- PAES DE BARROS LEÃES, Luiz Gastão. *Notas sobre boa-fé e lealdade negocial*. In: *Principi per i contratti commerciali internazionali e il sistema giuridico latinoamericano*. Padova: Cedam, 1996
- RAINER, Johannes Michael. *Il significato e le prospettive del diritto romano alla fine del XX secolo*. In: *Index. Quaderni camerti di studi romanistici*. Napoli: Jovene, 1998. Vol. 26.
- RIBEIRO, Darcy. *Messaggio in occasione della assegnazione del Premio Roma-Brasilia*. In: *Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*. Modena: Mucchi, 1997. Vol. 3.
- RODRIGUES MACIEL, José Fábio; AGUIAR, Renan. *História do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- RICCOBONO, Salvatore. *La universalità del diritto romano*. In: *Studi in memoria di Paolo Koschaker*. Milano: Giuffrè, 1954.
- RIVERA, Julio Cesar. *Comunicación acerca de la excesiva onerosidade sobrevivente*. In: *Principi per i contratti commerciali internazionali e il sistema giuridico latinoamericano, Roma e America – Collana di studi giuridici latinoamericani*. Padova: Cedam, 1996. Vol. 9.
- SARAIVA DA CUNHA LOBO, Abelardo. *Curso de Direito Romano: história, sujeito e objeto do direito: instituições jurídicas*. Brasília: Senado Federal-Conselho Editorial, 2006.

- SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen Römischen Rechts*. Berlin: 1840. Tradução itál. V. SCIALOJA. *Sistema del diritto romano attuale*. Torino: Unione Tipografico-Editrice, 1886. Vol 1.
- SCHIAVONE, Aldo. *Linee di Storia del Pensiero Giuridico Romano*. Torino: Giappichelli, 1994
- SCHIPANI, Sandro. *La codificazione del Diritto Romano Comune*. Torino: Giappichelli, 1996.
- _____. *Unità e Specificità del sistema giuridico latinoamericano e “principi di UNIDROIT”: cenni per un programma di lavoro*. In: “Principi per i contratti commerciali internazionali” e il sistema giuridico latinoamericano. Roma e America – Collana di studi giuridici latinoamericani. Padova: Cedam, 1996. Vol. 9.
- _____. *Unificazione del diritto e diritto dell’integrazione in America Latina alla luce dello ius commune*. In: Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista di integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina. Modena: Mucchi, 1997. Vol 4.
- _____. *Armonizzazione e unificazione del diritto comune in materia di obbligazioni e contratti in America Latina*. In: Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista di integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina. Modena: Mucchi, 2004, Vol. 17.
- _____. *Reconhecimento do sistema, interpretação sistemática, harmonização e unificação do direito*. In: Revista Direito GV, 5 [2], julho-dezembro 2009.
- _____. *La codificazione de diritto romano commune*. Torino: Giappichelli, 2011.
- SCHIPANI, Sandro- BORGES DOS SANTOS GOMES DE ARAÚJO, Danilo (org.). *Sistema jurídico romanístico e subsistema jurídico latino-americano*. São Paulo: FGV Direito SP, 2015.
- STEGER, Hans-Albert. *Discussione. Diritto romano e università nell’America Latina*. In: Revista Index. Napoli: Jovene, 1973. Vol. 4.
- TORRENT RUIZ, Armando. *Fundamentos del derecho europeo – ciência del derecho: derecho romano- ius commune - derecho europeo*. Madrid: Edisofer, 2007.
- ZIMMERMANN, Reinhard. *Diritto romano, diritto contemporaneo, diritto europeo: la tradizione civilistica oggi. Il diritto private europeo e le sue basi storiche*. In: Rivista di diritto civile. Padova: Cedam, 2001. Vol. 47, n. 6.

**BREVES APONTAMENTOS SOBRE OS
ELEMENTOS DA
RESPONSABILIDADE CIVIL**

Camila Fernanda PINSINATO COLUCCI¹¹⁷

Resumo

O objetivo do presente artigo é a análise dos quatro elementos fundamentais que regem a responsabilidade civil no direito brasileiro. Este tema é de grande importância, haja vista que a complexidade da sociedade atual faz com que cada vez mais danos possam eventualmente ser causados, havendo a necessidade de que a vítima seja recolocada no *statu quo ante* ou, ainda, que seja compensada pelo prejuízo sofrido. Porém, em qualquer área que o dano tenha ocorrido, seja um acidente automobilístico, seja a responsabilidade do advogado no atuar da profissão, seja ainda um objeto que tenha caído de uma janela de um prédio sobre um carro, devemos analisar, primeiramente, se estão presentes os elementos caracterizadores da responsabilidade civil para somente então partirmos para a análise do caso concreto. Assim, serão verificados brevemente ação e omissão, culpa, nexos de causalidade e dano, que não podem deixar de ser estudados como primeiro passo a ser dado na matéria concernente à responsabilidade civil.

Palavras-chave: ação; omissão; culpa; nexos de causalidade; dano.

Abstract

The purpose of this article is to analyze the four fundamental elements that rule civil liability in Brazilian law. This issue is of great importance, given that the complexity of our society can make damages to be caused, and that the victim must be restored to the *status quo ante* or compensated for the loss suffered. However, in any area where the damage has occurred, whether it is an automobile accident, the professional liability of a lawyer, or an object that has fallen from a window of a building and on a car, we must first analyze whether the elements that characterize civil liability are there or not, and only then we start with the analysis of the concrete case. Thus, action and omission, guilt, causation and damage will be briefly verified, as they must be the first step to be taken in the matter concerning civil liability.

Keywords: action; omission; guilt; causation; damage.

Introdução

As relações humanas estão a cada dia mais complexas. Tal complexidade pode vir a gerar algum tipo de dano, tenha o ato praticado sido lícito ou ilícito. E, na eventualidade de dano, não seria condizente com o direito deixar a vítima sem qualquer tipo de indenização. Assim, nos valendo dos ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves, “toda atividade que acarreta prejuízo traz em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade.

¹¹⁷ Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professora das matérias de Direito civil e Processo civil do

Unianchieta desde o ano de 2014. Atua como advogada nas áreas de direito civil e direito da infância e juventude nas cidades de Jundiaí e São Paulo.

Destina-se ela a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano. Exatamente o interesse em restabelecer a harmonia e o equilíbrio violados pelo dano constitui a fonte geradora da responsabilidade civil”.¹¹⁸

Não poderia mesmo ser de outra forma. Ao praticarmos atividades na nossa vida civil, corremos o risco de prejudicar alguém. Esta pessoa, violada em seus direitos, ainda que minimamente, se não tiver concorrido para o dano, não pode ficar sem a respectiva indenização. Se analisarmos a palavra “indenização”, verificaremos que ela quer dizer “não dano” ou “retirar o dano”. Assim, primeiramente, o ideal seria fazer-se a volta ao estado anterior, isto é, fazer com que a vítima retorne ao estado em que se encontrava antes de haver o dano. Porém, nem sempre isso se faz possível, falando-se, então, em compensação do dano, isto é, tentar fazer com que uma indenização pecuniária venha a amenizar as consequências do dano provocado.

Analisando-se diferentes autores de escol, verificamos que todos compartilham dessa ideia de que a justiça somente estará presente no caso concreto se minimizarmos o

máximo possível os danos causados pela vítima. Segundo Rui Stoco, “(...) a responsabilização é meio e modo de exteriorização da própria Justiça e a responsabilidade é a tradução para o sistema jurídico do dever moral de não prejudicar a outro, ou seja, o *neminem laedere*”.¹¹⁹ Para Sérgio Cavaliere Filho, “O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Há uma necessidade fundamental de se restabelecer este equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no *statu quo ante*”.¹²⁰ Afinal, “A ordem jurídica não quer que a vítima da lesão fique sem a competente reparação, nem que o causador do mal escape ao dever de repará-lo”.¹²¹

Assim, nessa esteira, prevê o art. 927 do Código Civil que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Histórico

No início da vida em sociedade, o dano provocava reação imediata e instintiva do ofendido, sem quaisquer limitações. Era a fase

¹¹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. v. 4. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 19.

¹¹⁹ STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 59.

¹²⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. rev. e ampl. SP: Atlas, 2007, p. 13.

¹²¹ THEODORO JR., Humberto. *Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. v. I. 4. ed. aument. Rio de Janeiro: AIDE, 1997, p. 24.

da vingança privada que foi mais tarde regulamentada, dando origem à lei de talião, do olho por olho, dente por dente.¹²² Observa Luiz Cláudio Silva que

*nas sociedades primitivas, já se impunham relações de convivência e a necessidade de conduta respeitosa, sendo reguladas através de normas, as quais, quando violadas por qualquer membro do grupo, tinham como consequência a aplicação de penalidades correspondentes ao mal praticado, na forma típica do talião (retaliatio), como forma de vingança regulada e comensurada.*¹²³

Mais tarde, a vingança deu lugar à compensação econômica, quando se passou a perceber que a mesma não recuperava o dano causado. Não havia, ainda, a presença do Estado, que surge em momento mais avançado na história, fazendo com que a compensação econômica passasse a ser obrigatória. Num primeiro momento, havia o sistema da tarifação, no qual havia tabelas trazendo os valores que deveriam ser pagos dependendo do dano causado.¹²⁴

O direito romano, por sua vez, trouxe o esboço atual da responsabilidade civil, com a *Lex Aquilia*, por exemplo, que determinou princípio geral da reparação do dano e a noção de culpa.¹²⁵

Já no Brasil, os primórdios da responsabilidade civil surgiram com o Código Criminal de 1830, que previa a reparação do dano, quando possível, ou sua indenização. Com o Código Civil de 1916, adotou-se a teoria subjetiva, isto é, a que exige prova da culpa *lato sensu* para que houvesse a punição do causador do dano. Ainda assim, os arts. 1.527, 1.528 e 1.529, por exemplo, já traziam a teoria da responsabilidade objetiva, qual seja, a que dispensa a prova do elemento culpa, presumindo-a.

Nosso atual Código Civil ainda filia-se, como regra geral, à teoria da culpa, exigindo sua prova para que se caracterize a responsabilidade civil, embora o parágrafo único do art. 927 determine que “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

É da análise do art. 186 do Código Civil que podemos extrair os chamados elementos ou pressupostos da responsabilidade civil. Prevê mencionado artigo que “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar

¹²² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. v. 4. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 24-25.

¹²³ SILVA, Luiz Cláudio. *Responsabilidade civil: teoria e prática das ações*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 3.

¹²⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. v. 4. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 24-25.

¹²⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. v. 4. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 25-26.

direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Verificam-se, assim, os quatro elementos da responsabilidade civil: ação ou omissão, culpa, nexos de causalidade e dano. Nielson Ribeiro Modro correlaciona os mencionados elementos da seguinte forma: “(...), é necessária uma conduta que estabeleça um nexos de causalidade entre o agente causador e o dano originado, podendo perpassar pela culpa desse agente”.¹²⁶

São esses elementos que serão brevemente analisados a seguir.

Ação ou omissão

A ação ou omissão geradora do dano pode ser causada por ato próprio, ato de terceiro ou ainda por fato da coisa ou de animais.

Nas palavras de Rui Stoco, “o elemento primário de todo ilícito é uma conduta humana e voluntária no mundo exterior. (...). Não há responsabilidade civil sem determinado comportamento humano contrário à ordem jurídica.”¹²⁷

Como regra, há o dever de indenizar pelo agente se é ele mesmo que pratica a ação

ou omissão geradora do dano. Poderiam ser mencionadas, aqui, situações de transmissão de doenças, rompimento de noivado, danos ambientais, danos causados por intermédio da internet, dano à honra praticado por calúnia, difamação e injúria, somente para exemplificar algumas das condutas.

Porém, muitas vezes, o causador do dano é alguém que está sob a responsabilidade do agente que deverá indenizar, como é o caso de filhos menores, tutelados, curatelados, empregador, educador, entre outros. Segundo Caio Mario da Silva Pereira,

*para que a justiça se faça, é necessário levar mais longe a indagação, a saber se é possível desbordar da pessoa causadora do prejuízo e alcançar outra pessoa, à qual o agente esteja ligado por uma relação jurídica, e, em consequência, possa ela ser convocada a responder. Aí situa-se a responsabilidade por fato de outrem ou pelo fato das coisas, ou responsabilidade indireta, ou responsabilidade complexa (...).*¹²⁸

Ressalte-se, ainda, que danos provocados por animais ou objetos do agente também geram para ele a obrigação de indenizar. Como observa Carlos Roberto Gonçalves, “a teoria da responsabilidade na

¹²⁶ MODRO, Nielson Ribeiro. *Considerações sobre a responsabilidade civil: um estudo comparado entre o dano imaterial nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 13.

¹²⁷ STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 4. ed. rev., atual.

e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 64.

¹²⁸ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 85.

guarda da coisa inanimada remonta ao art. 1.384 do Código de Napoleão, que atribui responsabilidade à pessoa não apenas pelo dano por ela causado, mas, ainda, pelo dano causado pelas coisas sob sua guarda”.¹²⁹ Orlando Gomes critica a expressão “dano por fato da coisa” eis que

*seria preferível designar como responsabilidade por infração do dever de guarda, ou de controle. Visto que a responsabilidade há de resultar de fato do homem, isto é, de uma ação, ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, a chamada responsabilidade pelo fato da coisa há de ser entendida, em última análise, como decorrente da conduta culposa de quem tem a guarda da coisa por meio da qual o dano foi produzido.*¹³⁰

Nesse sentido é a lição de Humberto Theodoro Jr, demonstrando, ainda, que nessas situações haveria modalidade de responsabilidade objetiva, eis a desnecessidade de se provar a culpa, próximo elemento da responsabilidade civil a ser estudado: “É o suficiente para a procedência do pedido indenizatório, posto que, na sistemática do art. 1.527 do Código Civil, em matéria de prejuízos acarretados por animal, ‘à

vítima só incumbe provar o dano e identificar o dono ou detentor do animal’, como ensina Aguiar Dias (*Da Responsabilidade Civil*, 6ª ed., vol. II, n. 177-a, p. 90)”.¹³¹

Também é nesse sentido sua lição sobre fato da coisa:

*(...) o disposto no art. 1.529 do Código Civil corresponde à velha actio de effusis et dejectis, que conduz à responsabilização do morador, perante o lesado por objetos projetados do edifício para o exterior, responsabilidade essa que é independente da indagação de culpa, porque se apresenta como fruto de violação do dever legal de não lançar nem deixar lançar coisas nos lugares por onde transitam pessoas”.*¹³²

Com relação à omissão, tem-se a abstenção na prática de algum ato que deveria ter sido praticado. Com isso, o que se verifica é que nem toda e qualquer omissão estará apta a gerar responsabilidade civil. Assim, deve-se buscar a omissão que seja relevante para o direito para que seja gerada a responsabilização.

A omissão “é um *non facere* relevante para o Direito, desde que atinja a um bem juridicamente tutelado. (...). A omissão é uma conduta negativa. Surge porque alguém não

¹²⁹ GONÇALVES, Carlos R. *Responsabilidade civil*. 7. ed. atual. e ampl. SP: Saraiva, 2002, p. 231.

¹³⁰ GOMES, Orlando. *Responsabilidade civil*. texto rev., atual. e ampl. por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 107.

¹³¹ THEODORO JR., Humberto. *Responsabilidade civil: doutrina e*

jurisprudência. v. I. 4. ed. aument. Rio de Janeiro: AIDE, 1997, p. 145.

¹³² THEODORO JR., Humberto. *Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. v. I. 4. ed. aument. Rio de Janeiro: AIDE, 1997, p. 160-161.

realizou determinada ação. A sua essência está propriamente em não se ter agido de determinada forma”.¹³³ Segundo Sergio Cavaliere Filho, “(...) a omissão adquire relevância jurídica, e torna o omitente responsável, quando este tem dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado, dever, esse, que pode advir da lei, do negócio jurídico ou de uma conduta anterior do próprio omitente, criando o risco da ocorrência do resultado, devendo, por isso, agir para impedi-lo”.¹³⁴

Assim, alguém que, dirigindo seu veículo, provoque acidente, terá o dever jurídico de socorro da vítima, visto que foi sua própria conduta anterior de provocar o acidente que gerou o dano. Já se se tratar de motorista que passa por um determinado local e vê uma pessoa caída no chão e não a socorre, não restará caracterizada a omissão geradora de responsabilidade civil perante o direito (deixando-se de lado, aqui, eventuais análises sobre a responsabilidade moral deste motorista). Caso este segundo motorista seja médico, haverá o dever de socorrer, já que estará caracterizado um dever legal. Sua

omissão, neste caso, será geradora de responsabilidade civil.

Culpa

Passamos agora para o estudo do segundo elemento, qual seja, a culpa, que, nas palavras de Anderson Schreiber, “(...) é, inegavelmente, a categoria nuclear da responsabilidade civil concebida pelos juristas da Modernidade”.¹³⁵ Sílvio de Salvo Venosa nos traz a definição de culpa: “em sentido amplo, culpa é a inobservância de um dever que o agente devia conhecer e observar”.¹³⁶ Ademais, “a culpa, sob os princípios consagrados da negligência, imprudência e imperícia, contém uma conduta voluntária, mas com resultado involuntário, a previsão ou a previsibilidade e a falta de cuidado devido, cautela ou atenção”.¹³⁷ Ainda, para Rui Stoco, “A culpa, genericamente entendida, é, pois, fundo animador do ato ilícito, da injúria, ofensa ou má conduta imputável. Nesta figura encontram-se dois elementos: o objetivo, expressado na iliceidade, e o subjetivo, do mau procedimento imputável”.¹³⁸

¹³³ STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 65.

¹³⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2007, p. 24.

¹³⁵ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 12.

¹³⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. v. 4. 13. ed. SP: Atlas, 2013, p. 25.

¹³⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. v. 4. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 30.

¹³⁸ STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 66.

Analisando-se este elemento, pode-se observar que os sistemas de responsabilidade civil estão divididos em sistemas de responsabilidade com culpa e sistemas de responsabilidade sem culpa. Ensina-nos Rui Stoco que “No sistema da responsabilidade com culpa – abraçado por nosso Código Civil –, sem ela, real ou artificialmente criada, não há responsabilidade; no sistema objetivo, responde-se sem culpa, ou melhor, esta indagação não tem lugar”.¹³⁹ Verifica-se, assim, que nos sistemas de responsabilidade subjetiva, ou seja, com culpa, ela se torna elemento fundamental caracterizador da responsabilização. Para que se tenha a devida reparação do dano, então, a culpa deverá ser provada. Caso contrário, não estarão presentes todos os elementos e, por conseguinte, não se terá responsabilização. Porém, se o sistema de responsabilidade civil filia-se ao sistema objetivo, sem culpa, este elemento deixa de ser perquirido, não importando se houve culpa ou não. O que importam são os demais elementos – ação ou omissão, nexo de causalidade e dano. Aqui, não há necessidade de que haja culpa. A presença ou ausência de culpa é simplesmente desconsiderada.

O direito brasileiro, conforme dito acima, filia-se, como regra geral, à teoria da culpa, isto é, para nós, a culpa deve ser

elemento a ser verificado. A culpa pode ser verificada na negligência, na imprudência ou, ainda, na imperícia. Venosa nos esclarece esses conceitos: “Na negligência o agente não age com a atenção devida em determinada conduta (...). Na imprudência o agente é intrépido, açodado, precipitado e age sem prever consequências nefastas ou prejudiciais (...). É imperito aquele que demonstra inabilidade para seu ofício, profissão ou atividade”.¹⁴⁰

Excepcionalmente, porém, o direito brasileiro acaba por utilizar, em situações específicas, a chamada responsabilidade objetiva, que é aquela caracterizada sem o elemento culpa. Passa-se da necessidade de se provarem quatro elementos, no caso da responsabilidade subjetiva, para a necessidade de estarem presentes apenas três deles, eliminando-se a culpa da equação, em casos de responsabilidade objetiva.

O art. 927, parágrafo único, do Código Civil determina que: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. Vê-se, assim, a natureza excepcional da responsabilidade objetiva no ordenamento brasileiro, já que não

¹³⁹ STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 81.

¹⁴⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. v. 4. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 30.

haverá necessidade de se provar a culpa nos casos especificados em lei ou quando houver risco para os direitos de outrem por conta da atividade desenvolvida pelo autor do dano, ainda que lícita.

Ensina Claudio Luiz Bueno de Godoy sobre a segunda parte do parágrafo único do art. 927 que “A novidade está numa previsão genérica ou numa cláusula geral de responsabilidade sem culpa, baseada na ideia do risco criado, e mitigado, ou não integral, dada a exigência de circunstância específica, além da causalidade entre a conduta e o dano, que está na particular potencialidade lesiva da atividade desenvolvida (...)”.¹⁴¹ E como exemplo de responsabilidade objetiva advinda da lei temos o art. 933 do Código Civil que, ao se referir à responsabilidade por ato de terceiro, traz que “As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos”. Com isso, não há necessidade de se provar, por exemplo, que o pai não vigiou adequadamente o filho ou que o empregador escolheu mal seu empregado. Somente pelo fato de serem pais ou empregadores já recai sobre eles a

responsabilização pelos atos de seus filhos ou empregados.

Nexo de causalidade

Entre a conduta praticada pelo agente e o resultado danoso deve haver um liame, uma ligação que demonstre que aquele dano foi causado exatamente por causa da conduta praticada. Assim, “Não basta que o agente haja procedido *contra jus*, isto é, não se define a responsabilidade pelo fato de cometer um “erro de conduta”. (...) É necessário que se estabeleça uma relação de causalidade entre a injuridicidade da ação e o mal causado”.¹⁴²

Na definição de Carlos Roberto Gonçalves, nexo de causalidade “é a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado. (...) Se houve dano mas sua causa não está relacionada com o comportamento do agente, inexistente a relação de causalidade e também a obrigação de indenizar”.¹⁴³ Segundo Maria Helena Diniz, o nexo de causalidade “representa, portanto, uma relação necessária entre o evento danoso e a ação que o produziu, de tal sorte que esta é considerada como sua causa”.¹⁴⁴

¹⁴¹ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Comentários aos arts. 927 a 954 do Código Civil*. In: PELUSO, Cezar (coord.). *Código civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 6. ed. rev. e atual. Barueri: Manole, 2012, p. 924.

¹⁴² PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed. rev. RJ: Forense, 1998, p. 75.

¹⁴³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 7. ed. SP: Saraiva, 2002, p. 33.

¹⁴⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. v. 7. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 129.

Carlos Roberto Gonçalves apresenta três principais teorias sobre o tema: equivalência das condições, causalidade adequada e a que exige que o dano seja consequência imediata do fato que o produziu.¹⁴⁵

Ensina o autor acima que “Pela teoria da equivalência das condições, toda e qualquer circunstância que haja concorrido para produzir o dano é considerada uma causa. A sua equivalência resulta de que, suprimida uma delas, o dano não se verificaria”.¹⁴⁶ Demonstra Caio Mario da Silva Pereira que essa teoria foi originalmente elaborada no âmbito do direito penal pelo jurista alemão Von Buri, sendo posteriormente desenvolvida pelos civilistas. Segundo ele,

*(...) em havendo culpa, todas as 'condições' de um dano são 'equivalentes', isto é, todos os elementos que, 'de uma certa maneira concorreram para a sua realização, consideram-se como causas, sem a necessidade de determinar, no encadeamento dos fatos que antecederam o evento danosos, qual deles pode ser apontado como sendo o que de modo imediato provocou a efetivação do prejuízo.*¹⁴⁷

A crítica feita pela doutrina a essa teoria é o chamado regresso ao infinito, isto é, é a possibilidade de se buscarem variáveis anteriores, não se podendo chegar a uma conclusão de quem seria de fato o responsável pelo dano. No caso de um indivíduo que tenha utilizado arma para atingir a vítima, poder-se-ia argumentar que o responsável seria o vendedor da arma, ou ainda seu fabricante.

A segunda teoria, chamada de causalidade adequada, “(...) somente considera como causadora do dano a condição por si só apta a produzi-lo. Ocorrendo certo dano, temos de concluir que o fato que o originou era capaz de lhe dar causa”.¹⁴⁸ Segundo Caio Mario da Silva Pereira, “Em linhas gerais, e sucintas, a teoria pode ser assim resumida: o problema da relação de causalidade é uma questão científica de probabilidade. Dentre os antecedentes do dano, há que se destacar aquele que está em condições de necessariamente tê-lo produzido”.¹⁴⁹ A crítica aqui feita seria que várias situações ficariam sem indenização, porque a conduta poderia não ser apta a causar o resultado danoso. Carlos Roberto Gonçalves exemplifica com uma pancada leve no crânio, que não causaria

¹⁴⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 7. ed. SP: Saraiva, 2002, p. 521.

¹⁴⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 7. ed. SP: Saraiva, 2002, p. 521.

¹⁴⁷ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed. rev. RJ: Forense, 1998, p. 78.

¹⁴⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 7. ed. SP: Saraiva, 2002, p. 522.

¹⁴⁹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed. rev. RJ: Forense, 1998, p. 79.

mal a ninguém, mas que levaria à morte quem tivesse uma fraqueza nos ossos do crânio. Por essa teoria, mesmo morrendo a pessoa, o agente não tem a obrigação de indenizar, já que pancada leve no crânio não é apta a matar.¹⁵⁰

Já a terceira teoria, dos danos diretos e imediatos, “nada mais é do que um amálgama das anteriores (...). O agente primeiro responderia tão-só pelos danos que se prendessem a seu ato por um vínculo de necessidade. Pelos danos consequentes das causas estranhas responderiam os respectivos agentes.”¹⁵¹ Embora seja apresentada pelo autor como uma terceira teoria, muitos outros há que já consideram a ideia dos danos diretos e imediatos dentro da doutrina da causalidade adequada, como Sílvio de Salvo Venosa, e muitos doutrinadores entendem que a expressão “efeito direto e imediato”, prevista no art. 403 do Código Civil, demonstra que a teoria adotada pelo direito brasileiro é a da causalidade adequada, sendo causa apenas o antecedente necessário que ocasionou o dano.¹⁵²

Segundo Sergio Cavalieri Filho, citando Agostinho Alvim, o Código Civil adotou, em seu art. 403, a teoria do dano direto e imediato, pela qual rompe-se o nexo causal não só quando o credor ou terceiro é autor da

causa próxima do novo dano mas, ainda, quando a causa próxima é fato natural. Exemplifica mostrando que se um locatário é injustamente forçado a mudar-se e, durante a mudança, sobrevém chuva que lhe destrói os móveis, não teria ele de quem haver o dano resultante deste fato. Ainda, se a perda dos móveis decorreu de acidente ocorrido por imprudência do motorista do caminhão durante a mudança, a eventual responsabilidade seria do motorista do caminhão. “Assim, o condutor de um automóvel que feriu uma pessoa não é responsável pela morte dela, se essa morte resulta da falta do médico que lhe assiste”.¹⁵³ Nesse último caso, seria o médico o responsável, embora tenha sido pela conduta do motorista que o acidente tenha vindo a ocorrer.

Exemplo clássico do acidente de ambulância é analisado por Wilson Melo da Silva. Descreve ele acidente provocado por alguém no qual a vítima sofre alguns ferimentos. Sendo conduzida ao hospital por ambulância, há novo acidente, agora com a ambulância, e a vítima vem a falecer. Pela teoria dos danos diretos e imediatos, o condutor do automóvel não seria responsável pelo resultado morte, mas apenas pelos

¹⁵⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 7. ed. SP: Saraiva, 2002, p. 522-523.

¹⁵¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 7. ed. SP: Saraiva, 2002, p. 523.

¹⁵² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. v. 4. 13. ed. SP: Atlas, 2013, p. 55

¹⁵³ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. SP: Atlas, 2007, p. 50-51.

ferimentos que tiver causado. Já o motorista da ambulância ou seu empregador é que deverão indenizar pela morte da vítima.¹⁵⁴

Dano

Sérgio Cavalieri Filho apresenta conceito de dano:

Conceitua-se, então, o dano como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral.¹⁵⁵

Muitas vezes praticamos condutas que poderiam vir a gerar responsabilidade civil, mas não o geram exatamente por falta deste último elemento. Podemos dirigir por vezes em velocidade acima da permitida para o local, mas, se não causarmos dano a ninguém, ao menos no âmbito cível não seremos penalizados.

Os danos envolvem tanto bens patrimoniais como bens morais, devendo se incluir nos patrimoniais não só o que a vítima

efetivamente perdeu, mas também o que deixou de ganhar devido à conduta do agente.

E este último elemento encerra os pressupostos da responsabilidade civil. O dano deve sempre ser amplamente indenizado, objetivando-se à volta da vítima ao estado em que se achava antes da conduta do agente. Porém, nem sempre esse retorno se faz possível. Se assim o for, necessária se fará uma compensação em dinheiro, conforme explicita Carlos Roberto Gonçalves: “Indenizar significa reparar o dano causado à vítima, integralmente. Se possível, restaurando o *statu quo ante*, isto é, devolvendo-a ao estado em que se encontrava antes da ocorrência do ato ilícito. Todavia, como na maioria dos casos se torna impossível tal desiderato, busca-se uma compensação em forma de pagamento de uma indenização monetária”.¹⁵⁶

CONCLUSÃO

Para que possamos adequadamente estudar toda essa área abrangida pelo direito civil, qual seja, a seara da responsabilidade civil, devemos, em primeiro lugar, nos focarmos em seus elementos estruturais.

Sem um estudo adequado ao redor desses elementos não teremos dado o primeiro

¹⁵⁴ SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa e socialização do risco*. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1962, p. 237.

¹⁵⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2007, p. 71.

¹⁵⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 7. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 529.

passo para dentro deste universo. Diversas vezes pesquisas são feitas e textos são produzidos sobre responsabilidade civil do médico, responsabilidade do advogado ou responsabilidade por dano nuclear, por exemplo, mas, ao serem indagados, singelamente, sobre os elementos da responsabilidade civil, muitas vezes seus autores se calam, demonstrando que para que um estudo seja sólido ele necessariamente deve ser construído sobre pilares daquela área, e esses pilares seriam os elementos da responsabilidade civil.

Quicá possa o presente artigo despertar a vontade da pesquisa, o aprofundamento dos conceitos e a busca por conhecimento dentro de um ramo que não deixará de existir.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. v. 7. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Comentários aos arts. 927 a 954 do Código Civil. In: PELUSO, Cezar (coord.). *Código civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 6. ed. rev. e atual. Barueri: Manole, 2012.

GOMES, Orlando. *Responsabilidade civil*. texto rev., atual. e ampl. por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. v. 4. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Responsabilidade civil*. 7. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.

MODRO, Nielson Ribeiro. *Considerações sobre a responsabilidade civil: um estudo comparado entre o dano imaterial nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007.

SILVA, Luiz Cláudio. *Responsabilidade civil: teoria e prática das ações*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa e socialização do risco*. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1962.

STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

THEODORO JR., Humberto. *Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. v. I. 4. ed. aument. Rio de Janeiro: AIDE, 1997.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. v. 4. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DANO MORAL COLETIVO

*Cláudio Antônio SOARES LEVADA*¹⁵⁷

Introdução: o Dano Moral Individual

Dano moral é um conceito em constante evolução. De sua inicial não aceitação, por argumentos vários, como a impossibilidade de se medir a dor ou o sofrimento, até a virtual imoralidade dessa busca, chega-se em meados do século passado à sua admissibilidade, restrita – a reparabilidade do dano moral – de início à pessoa física, como se verifica da definição do autor Wilson Melo da Silva, clássico na matéria¹⁵⁸: “são lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, em contraposição a patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico”. Silvio Rodrigues endossava essa visão e enfatizava o caráter extrapatrimonial da ofensa, apontando tratar-se “de dano sem qualquer repercussão patrimonial. Se a injúria,

assacada contra a vítima em artigo de jornal, provocou a queda de seu crédito e a diminuição de seu ganho comercial, o prejuízo é patrimonial, e não meramente moral. Este ocorre quando se trata apenas de reparação da dor causada à vítima, sem reflexo de seu patrimônio. Ou, na definição de Gabba, referida por Agostinho Alvim, é “o dano causado injustamente a outrem, que não atinja ou diminua o seu patrimônio. É a dor, a mágoa, a tristeza infligida injustamente a outrem”¹⁵⁹

Dessa aceitação restrita à pessoa física ou natural, passa-se à aceitação da reparabilidade à pessoa jurídica, ainda consideradas, pessoas físicas e jurídicas, em termos estritamente individuais. Defendemos então a ampliação do conceito restrito à pessoa natural, “por se entender que também a pessoa jurídica pode sofrer prejuízos de ordem moral, se e quando abalada injustamente sua imagem e reputação”, concluindo nosso conceito de que “dano moral é a ofensa injusta a todo e qualquer atributo da pessoa física como indivíduo integrado à sociedade ou que cerceie sua liberdade, fira sua imagem ou sua intimidade, bem como a ofensa à imagem e à reputação da pessoa jurídica, em ambos os casos, desde que a ofensa não apresente quaisquer reflexos de ordem patrimonial ao ofendido”¹⁶⁰.

A aceitação do dano moral à pessoa

¹⁵⁷ *Claudio Antonio Soares Levada, Mestre e Doutor pela PUC/SP. Desembargador do TJSP. Coordenador do Curso de Direito do UniAnchieta.*

¹⁵⁸ *SILVA, Wilson Melo da. O dano moral e sua reparação. Rio de Janeiro: Forense, 1955. p. 11.*

¹⁵⁹ *RODRIGUES, Silvio. Direito Civil, Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 1985. Vol IV. pp. 205/206.*

¹⁶⁰ *LEVADA, Cláudio Antônio Soares. Liquidação de Danos Morais. Campinas: Copola Editora, 1997. 2ª edição. pp. 23/24.*

física como dano extrapatrimonial puro, sem repercussão econômica, torna-se pacífica, bem como a visão de que isto se dá sem prejuízo à indenização material, desembocando em uma das primeiras Súmulas do então recém-criado Superior Tribunal de Justiça, cujo enunciado, de número 37, é o de que “São acumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”. A gradativa aceitação de que também a pessoa jurídica pode sofrer o dano moral, quando sua honra objetiva ou imagem tenham sido lesadas,

¹⁶¹ Art. 5º, V: é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

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.

¹⁶² Art. 186: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

¹⁶³ Seguimos sempre, com o devido respeito à posição contrária, o entendimento de que o dano moral no direito brasileiro foi concebido na Constituição Federal com a natureza dúplice, compensatória à vítima e punitiva ao ofensor, porque já vislumbrávamos, principiologicamente, a noção de que o dano moral consubstanciava uma proteção não apenas ao indivíduo mas também, em uma visão publicista, uma proteção à comunidade: “Espera-se que já se tenha conseguido esclarecer, no curso deste trabalho, que consideramos a indenização por dano moral como um misto de compensação à vítima e de punição ao ofensor. Sua inserção como direito fundamental, previsto no elenco do artigo 5º da Constituição Federal, desloca a análise da questão de uma ótica individualista, em que a única preocupação é com a figura da vítima ou membros de sua família, para uma ótica publicista, um comando que parte do Estado não apenas para os indivíduos, ativa e passivamente, mas também como forma de

desemboca por sua vez na Súmula 277 do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”.

Inexistente, a partir da Constituição Federal de 1988, qualquer discussão sobre o cabimento ou não do dano moral, já que expressamente previstos nos incisos V e X do artigo 5º da Carta Magna¹⁶¹, e hoje no artigo 186 do atual Código Civil¹⁶², estava pronto o arcabouço para o exame e aplicação da indenização moral como compensação ao desestímulo¹⁶³ ao dano moral puro, sem

*proteção da comunidade, que é sua essência em razão teleológica da existência. Daí nossa sugestão, endossando tantos outros pronunciamentos doutrinários e jurisprudenciais, de se considerar a gravidade do dano moral averiguando-se as condições pessoais do ofensor e da vítima, bem como os motivos, as consequências e as circunstâncias da lesão injustamente causada. A análise feita dessa forma dará ao julgador a possibilidade de reparar o dano de forma não só a satisfazer hedonisticamente a vítima, como também desestimulará, inibirá a prática de atos semelhantes por parte do ofensor, o que reverterá não só em prol da comunidade, mas também servirá de exemplo do que pode acarretar, a seus membros, o ato moralmente lesivo. Em suma, como já houvera anteriormente dito, menos do que um benefício à vítima, a indenização devida pelo dano moral, após o advento da Constituição Federal de 1988, tem caráter punitivo ao ofensor (à maneira dos punitive damages do Direito norte-americano), visando ao desestímulo de atos semelhantes, em proteção não apenas à vítima do prejuízo moral, mas – e principalmente – à comunidade como um todo. Indeniza-se, o que significa que se terá de apagar todas as consequências possíveis decorrentes do ato lesivo. Este, em síntese, nosso posicionamento. (LEVADA, Cláudio Antônio Soares. *Liquidação de Danos Morais*. Campinas: Copola Editora, 1997. 2ª edição. pp. 85/86).*

reflexos quaisquer de ordem econômica, no entanto ainda restrita a reparabilidade a situações fáticas individuais e não coletivas, aspecto inicialmente não aceito ou nem sequer cogitado pela doutrina e jurisprudência¹⁶⁴.

Noções de interesses transindividuais

Como visto, inicialmente só se admitia o dano na esfera da personalidade do indivíduo, negando-se o alargamento desse conceito aos danos sofridos pela sociedade considerada em sua coletividade. No entanto, a noção de transindividualidade vai-se aprofundando, a partir das definições de direitos difusos, coletivos “stricto sensu” e individuais homogêneos, normatizados de forma minudente no Código de Defesa do Consumidor, artigo 81, parágrafo único, incisos I a III¹⁶⁵, sem nenhuma ressalva quanto

à possibilidade de as ações ajuizadas abrangerem os danos morais, ao lado dos materiais causados aos consumidores.

Assim, quando se fala em dano moral coletivo, está-se diante, na verdade, de interesses de natureza tripla: serão ou difusos, caracterizados pela indivisibilidade e dos quais são titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; ou coletivos, em senso estrito, assim tidos os transindividuais de natureza indivisível de que sejam titulares grupos, categorias ou classes de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; ou, ainda, interesses individuais homogêneos, assim entendidos os de origem comum, cujos titulares são perfeitamente individualizáveis, mas de natureza coletiva no modo pelo qual são tutelados, já que dizendo respeito a inúmeros indivíduos¹⁶⁶.

¹⁶⁴ Paradigmático é o acórdão do Superior Tribunal de Justiça negando a possibilidade de reparação ao dano moral coletivo, sob argumento de que só o indivíduo é passível da proteção ao dano imaterial: *Processual Civil. Ação Civil Pública. Dano ambiental. Dano moral coletivo. Necessária vinculação do dano moral à noção de dor, de sofrimento psíquico, de caráter individual. Incompatibilidade com a noção de transindividualidade (indeterminabilidade do sujeito passivo e indivisibilidade da ofensa e da reparação. Recurso Especial improvido. (STJ, Rel. Min. Luiz Fux. Red. p/ acórdão Min. Teori Albino Zavascki. REsp nº 598.281/MG. 1ª Turma. J. 02/05/2006)*

¹⁶⁵ Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

¹⁶⁶ Excelentes exemplos são trazidos por Fernando Noronha (“Direito das Obrigações”, vol. 1, 2003, Saraiva, pp. 574/576). Começa o jurista catarinense a apontar hipóteses de interesses difusos e coletivos: “Bons exemplos de interesses coletivos são apontados por Kazuo Watanabe [1998, p. 624-9]: os dos

A polêmica sobre a existência dos danos transindividuais

Admitida a reparabilidade dos danos morais, o que se torna incontroverso com a normatização trazida pela Constituição Federal e posteriormente pelo Código Civil – além da farta legislação extravagante, como o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) e a anterior Lei da Ação Civil Pública (7.647/85) –, inicialmente essa reparação restringiu-se ao dano individual, em que pesem a ausência de ressalvas quanto ao cabimento à coletividade e a clareza das disposições nas leis retrocitadas, de abrangerem a aplicação dos danos morais ao meio ambiente, aos bens e aos direitos de valor estético, artístico, histórico, turístico e

paisagístico, bem como qualquer outro interesse difuso ou coletivo (Lei 7.347/85, artigo 1º, inciso IV).

Vigorava então o entendimento de que o dano moral era exclusivo da pessoa física, somente ela podendo sofrer agressão aos atributos da personalidade ou a seus valores pessoais (e mesmo quando se passou a admitir o dano moral à pessoa jurídica, era esse dano considerado na figura da empresa em si, sem considerá-la como parte integrante de uma coletividade). O dano, defendia-se, deveria atingir a esfera subjetiva das pessoas, físicas ou jurídicas, lesando-as em suas personalidades ou honra objetiva, de modo a gerar um dano passível de reparação. Em consequência, era inviável e incompatível reparar-se o prejuízo

membros de uma associação de classe ou acionistas de uma mesma sociedade, os dos contribuintes de um mesmo tributo, dos prestamistas de um mesmo sistema habitacional ou de contratantes de um segurador com o mesmo tipo de seguro. Exemplos de interesses difusos, indicados pelo mesmo autor, são, no âmbito do direito do consumidor, os decorrentes de publicidade enganosa ou abusiva, ou da colocação no mercado de produtos com alto grau de nocividade. Outro expressivo exemplo, fora do direito do consumidor, é a poluição de mananciais, que pode afetar a população de toda uma grande cidade. A diferença entre direitos difusos (que são de todos em geral, e de ninguém em particular) e coletivos (que são das pessoas pertencentes a um grupo ou categoria) é bem ilustrada por Brito Filomeno [1998, p. 34-5], a propósito dos planos de saúde: é interesse difuso o dos consumidores relativo à supressão de determinadas cláusulas abusivas, constantes de planos envolvendo “milhões de contratantes ou potenciais contratantes, sobretudo atraídos pela poderosa mídia televisiva”; é coletivo o

interesse na supressão das cláusulas abusivas eventualmente constantes de determinado contrato já firmado, porque aqui estão envolvidas “pessoas bem determinadas e em face de uma empresa contratante”. Em seguida, aponta esclarecedora hipótese de interesses individuais homogêneos: “Um exemplo esclarecedor destes interesses é constituído pelos danos causados pela colocação no mercado de veículo com grave defeito no sistema de freios, indicado por Brito Filomeno [1998, p.623 e s.]: cada um dos lesados “poderia, individualmente, ingressar em Juízo com a ação reparatória competente”, mas o Código permite “que, ao invés da pulverização de demandas individuais, seja ajuizada em uma única ação, passando-se depois da condenação obtida à liquidação, conforme a extensão de cada dano individualizado”. Outros bons exemplos, estes referidos por Watanabe [1998, p. 629], são os das “vítimas de publicidade enganosa (...) ou de um produto nocivo à saúde”, relativamente aos danos efetivamente sofridos”.

moral se houvesse a indeterminabilidade do sujeito passivo e a indivisibilidade da ofensa e da reparação. O acórdão do STJ no Recurso Especial de nº 598.281/MG, antes citado, é exemplo clássico da corrente que não admitia a reparação aos danos transindividuais.

Gradativamente, porém, fortalece-se a noção inversa, seja porque já embasada em textos legais expressos, seja porque passa a prevalecer a ideia de que também a coletividade possui em si uma dignidade própria, um orgulho coletivo de se integrar um

determinado grupamento, categoria ou classe, de modo a se poder defender a possibilidade mesma de defesa da dignidade do ente coletivo, de um sentimento comunitário ferido, como ao se verificar um dano impactando o meio ambiente de certa região, ou uma agressão diminuindo a qualidade de vida da população, em atos de poluição, supressão de árvores ou condutas causadoras de desequilíbrio ecológico, por exemplo. Para esse lado caminharam a melhor doutrina¹⁶⁷ e jurisprudência¹⁶⁸

¹⁶⁷ *No sentido do cabimento da reparabilidade do dano moral coletivo, citem-se as observações doutrinárias de José Rubens Morato Leite (“Dano Ambiental – Do individual ao Coletivo Extrapatrimonial”, 2ª ed., RT, pp. 316/317): “O dano extrapatrimonial coletivo não tem mais como embasamento a dor sofrida pela pessoa física, mas sim valores que afetam negativamente a coletividade, como é o caso da lesão imaterial ambiental. Assim, evidenciou-se, neste trabalho, que a dor, em sua acepção coletiva, é um valor equiparado ao sentido moral individual, posto que ligado a um bem ambiental, indivisível de interesse comum, solidário e ligado a um direito fundamental de toda coletividade. Revela-se que não é qualquer dano que pode ser caracterizado como dano extrapatrimonial, e sim o dano significativo, que ultrapassa o limite de tolerabilidade e que deverá ser examinado, em cada caso concreto. As dificuldades de avaliação do quantum debeat do dano extrapatrimonial são imensas; contudo, este há de ser indenizado sob pena de falta de eficácia do sistema normativo. Portanto, compete ao Poder Judiciário importante tarefa de transplantar, para a prática, a satisfação do dano extrapatrimonial ambiental. Abrindo-se espaço ao ressarcimento ao dano moral extrapatrimonial, amplia-se a possibilidade de imputação ao degradador ambiental.”*

¹⁶⁸ *Em julgado de maio de 2018, o Superior Tribunal de Justiça reafirma a reparabilidade*

dos danos coletivos, mostrando-se peculiar o caso por se tratar de interesses individuais homogêneos lesados, na venda de sardinhas em lata com vícios de quantidade e de informação. No acórdão relatado pela Ministra Nancy Andrighi (Recurso Especial nº 1.586.515-RS), ressaltou-se a legitimidade do Ministério Público para acionar judicialmente em defesa de interesses individuais homogêneos e, da ementa, destacaram-se os pontos seguintes, no que concerne à reparabilidade dos danos coletivos em sentido estrito: “5. O interesse individual homogêneo é um direito individual que acidentalmente se torna coletivo e, pois, indisponível, quando transcender a esfera de interesses puramente particulares, envolvendo bens, institutos ou valores jurídicos superiores, cuja preservação importa à comunidade como um todo. 6. O Ministério Público está legitimado a promover ação civil pública para a defesa de direitos individuais homogêneos, quando constatada a relevância social objetiva do bem jurídico tutelado. Precedentes. 7. In casu, os interesses tutelados na presente ação civil pública atingem a universalidade dos potenciais consumidores dos produtos da recorrente, e não apenas casos pontuais nos quais verificada a discrepância entre a quantidade de sardinha e a informação constante na embalagem, e o interesse individual homogêneo tutelado na presente ação refere-se aos deveres de confiança, boa-fé e informação, intrínsecos à relação consumerista, que possuem relevância social e

Da natureza da reparação do dano moral coletivo

O dano moral transindividual, entre nós conhecido como dano moral coletivo – e o é, mas não só no sentido estrito como também nos danos a interesses difusos e aos decorrentes das lesões a interesses individuais homogêneos –, pode ser identificado como aquela conduta injusta ao âmbito de uma determinada comunidade, ou, no dizer de Carlos Alberto Bittar Filho, é a “injusta lesão da esfera moral de dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos¹⁶⁹”.

Essa violação antijurídica deve ser de intensidade expressiva, significativa, de gravidade tal que legitime um pedido

potencial de afligir os valores fundamentais da proteção ao consumidor. 8. A ação coletiva pode ser ajuizada em face de um único fornecedor de produtos ou serviços, pois, entre ele e os demais, não há uma relação jurídica única e incidível que demande julgamento uniforme, não havendo, assim, litisconsórcio necessário. 9. A ação coletiva de tutela de interesses individuais homogêneos se desdobra em duas fases, sendo que, na primeira, são tratados os aspectos padronizados das relações jurídicas e, na segunda, os individualizados, entre os quais a definição do quantum debeatur. Assim, por se encontrar a presente ação na primeira fase, carece de interesse recursal o recorrente para discutir a prova do efetivo dano material causado aos consumidores. 10. O dano moral coletivo é categoria autônoma de dano que não se identifica com aqueles tradicionais atributos da pessoa humana (dor, sofrimento ou abalo psíquico), mas com a violação injusta e intolerável de valores fundamentais titularizados pela coletividade (grupos, classes ou categorias de pessoas). Tem

indenizatório moral pelo só fato da violação, mesmo porque não se poderá exigir uma “prova coletiva” do impacto, da lesão, do sofrimento causado ao corpo social como um todo. E se esse dano é aferido objetivamente, “in re ipsa”, não se pode vislumbrar somente uma compensação à coletividade, como também, necessariamente, um caráter sancionatório, punitivo, ao agente ofensor, pela ofensa aos direitos difusos e coletivos. Essa natureza sancionatória visa ao desestímulo, à inibição de recidivas no comportamento do ofensor, sem o que será claramente insuficiente a condenação no âmbito moral.

O fator de desestímulo é enfatizado mesmo por quem não defende a maior

a função de: a) proporciona uma reparação indireta à lesão de um direito extrapatrimonial da coletividade; b) sancionar o ofensor; e c) inibir condutas ofensivas a esses direitos transindividuais. 11. A grave lesão de interesses individuais homogêneos acarreta o comprometimento de bens, institutos ou valores jurídicos superiores, cuja preservação é cara a uma comunidade maior de pessoas, razão pela qual é capaz de reclamar a compensação de danos morais coletivos. 12. Na hipótese concreta, foram indicadas vulnerações graves à moralidade pública contratual, de significância razoável que ultrapassa os limites da tolerabilidade, razão pela qual foram verificados os requisitos necessários à condenação da recorrente à compensação de danos morais coletivos.”

¹⁶⁹ BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6183/do-dano-moral-coletivo-no-atual-contexto-juridico-brasileiro/>. Acesso em 21 agosto 2018.

relevância do caráter punitivo da reparabilidade moral, como Felipe Teixeira Neto, em obra abalizada sobre a matéria¹⁷⁰: “Conforme asseverado quando da abordagem da natureza da obrigação indenizatória devida pelos danos extrapatrimoniais, a compensação apresenta-se como alternativa adequada na maioria dos casos em razão da impossibilidade de ressarcimento, ou seja, da inviabilidade de recomposição do interesse lesado em si, com a restituição do ofendido ao *status quo ante*. Especialmente nas situações em que a imposição de uma obrigação de indenizar não basta a devolver o lesado à plenitude da sua situação jurídica anterior, mostra-se mais adequada, sem prejuízo da compensação pecuniária cabível (tutela corretiva), uma tutela preventiva por parte do ordenamento, tendente a evitar a supressão não consentida de determinada vantagem integrante de um dado círculo de relações. Objetiva-se, com isso, garantir a máxima eficiência no fim último perseguido pelo Direito, qual seja, a proteção dos interesses jurídicos. Fica clara a evidência, nessa seara, de que a prevenção é a alternativa mais condizente e, em razão disso, mais adequada, em face da infungibilidade de determinadas utilidades extraíveis de atributos inerentes à condição humana protegidos pelo Direito. Não sendo, pois, ressarcíveis quando atingidos por limitações não consentidas,

¹⁷⁰ TEIXEIRA NETO, Felipe. *Dano Moral Coletivo: A configuração e a reparação do Dano Extrapatrimonial por Lesão aos*

mostra-se mais sensato, até mesmo como meio de lhes garantir plenitude, induzir a adoção de condutas preventivas dos atos lesantes e/ou dissuadir a perpetração de atuações inconvenientes, ao invés de se adotar meras soluções paliativas de compensação”.

O valor reparatório devido nas indenizações coletivas

As mesmas objeções que se faziam ao dano moral individual costumam ainda ser feitas ao dano moral coletivo, qual seja, a dificuldade de sua mensuração. Essa incerteza eventual nada tem de empecilho à indenização moral ou extrapatrimonial coletiva, mesmo porque nos danos morais puros não se buscam, não se perquirem prejuízos aferíveis concretamente, como se faria na análise dos danos estritamente materiais.

O *quantum debeatur* será apurado, portanto – e tanto quanto o dano moral individual, de pessoas físicas ou jurídicas –, enquanto valores reparatórios estimáveis, consideradas as circunstâncias e consequências da conduta ofensiva, grau de reprovabilidade do comportamento do ofensor, sua maior ou menor responsabilidade na prevenção do dano causado em razão da natureza de suas atividades, a nocividade potencial destas, seu poderio econômico etc.

Interesses Difusos. Curitiba: Juruá, 2014, p. 233.

A imprescindibilidade da gravidade e relevância da ofensa

Em razão da própria amplitude de seu objeto no âmbito reparatório, mais até do que no dano individual, no qual já não bastam ocorrências caracterizadas como meros aborrecimentos ou transtornos cotidianos, no dano moral coletivo será essencial que se configure a ofensa concreta à comunidade como grave e de relevância ímpar. Ainda que existam irregularidades na conduta de um fornecedor de produtos ou serviços, como, por exemplo, a venda de produtos com datas vencidas, se isto se der esporadicamente e não sistematicamente, e sem que haja senão a evidência de descuidos e não de uma conduta dolosa, não haverá que se falar em dano coletivo reparável.¹⁷¹ Quando se diz ofensa concreta, não se quer dizer de “valor econômico concreto”, mas violação efetiva e não meramente abstrata ou potencial, como

¹⁷¹ “Ação civil pública. Legitimidade ministerial para pleitear danos morais coletivos, na espécie, pois pleiteados em face de interesses difusos e não individuais. Interesse processual e possibilidade jurídica existentes. Ausência de interesse processual, porém, para pleitear “astreintes” em face da própria lei, de cumprimento obrigatório; medida coercitiva que serve para forçar o cumprimento e a obediência a ordens judiciais, não à norma jurídica. Danos morais coletivos: inoocorrência diante da ausência de danos concretos, efetivos, que configurem lesão a interesses difusos; inexistência diante da mera possibilidade de aquisição de produtos nocivos ou armazenados irregularmente, sem ingestão ou prejuízo

uma mosca em um lanche que foi só observada visualmente, mas não ingerida.

Pode-se admitir, porém, e é importante a observação, que condutas tais, que tomadas isoladamente, sejam de pouca gravidade, adquiram essa relevância e intensidade pela sua prática cumulativa, reiterada e sistemática, a ferir os interesses e direitos difusos de uma determinada coletividade pela omissão continuada em fazer cessar ou em mitigar os efeitos do comportamento danoso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro.

LEITE, José Rubens Morato. Dano Ambiental – Do individual ao Coletivo Extrapatrimonial. São Paulo: Editora RT. 2ª Edição.

LEVADA, Cláudio Antônio Soares. *Liquidação de Danos Morais*. 2ª ed. Campinas: Copola, 1997.

efetivo à saúde. Autuações administrativas, preventivas, que não se confundem com a responsabilidade civil do estabelecimento empresarial, a exigir relevância social e a concretude dos danos para legitimar a reparação imaterial. Apelo do Ministério Público, para majorar a indenização moral, prejudicado. Preliminares rejeitadas. Apelo da ré provido, prejudicado o recurso ministerial.” (TJSP; Apelação 0907770-39.2012.8.26.0506; Relator(a): Soares Levada; Órgão Julgador: 34ª Câmara de Direito Privado; Foro de Ribeirão Preto - 8ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 21/03/2018; Data de Registro: 05/04/2018).

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil, Responsabilidade Civil. IV*. SP: Saraiva, 1985.

SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

TEIXEIRA NETO, Felipe. *Dano Moral Coletivo: A configuração e a reparação do Dano Extrapatrimonial por Lesão aos Interesses Difusos*. Curitiba: Juruá, 2014.

**PRECONCEITO E DANO MORAL.
SER CHAMADO DE *HOMOSSEXUAL*
NÃO CONFIGURA INJÚRIA,
DIFAMAÇÃO E/OU DANO MORAL**

*Paulo Roberto IOTTI VECCHIATTI*¹⁷²

Resumo

Este artigo visa demonstrar que o preconceito não é um parâmetro juridicamente válido para definição de um fato como crime de injúria e difamação ou como dano moral, analisando o caso de pessoas que se sentem “ofendidas” pelo fato de serem identificadas como “homossexuais”. A partir do art. 3º, inc. IV, da CF/88, que veda preconceitos de quaisquer espécies e, portanto, veda a utilização do preconceito na valoração jurídica e considerando que somente o puro preconceito pode concluir que a mera imputação de homossexualidade a uma pessoa heterossexual seria algo “ofensivo” à pessoa heterossexual, conclui-se pelo descabimento da condenação de alguém por injúria, difamação ou dano moral por tal circunstância, inclusive mediante análise crítica de três decisões judiciais.

Palavras-chave: dano moral; valoração jurídica; preconceito; inconstitucional.

Abstract

This article aims to demonstrate that prejudice is not a legal standard to define a fact as a crime of injury and defamation or as a moral damage, analyzing the case of persons that feel themselves “offended” by the fact of being identified as “homosexuals”. Starting from

article 3rd, IV, of the Federal Constitution of 1988, which prohibits prejudices of any kind and, therefore, prohibits the use of prejudice in the juridical reasoning and considering that only pure prejudice can conclude that the mere imputation of homosexuality to a heterosexual person would be something “offensive” to the heterosexual person, we conclude that it is an error to condemn someone for injury, defamation or moral damage for this circumstance, inclusively by critically analyzing the judicial decisions.

Keywords: moral damage; juridical reasoning; prejudice; unconstitutional.

Introdução

O presente artigo visa demonstrar que o preconceito pessoal ou social não pode ser usado como fundamento para caracterizar determinada situação como dano moral, na medida em que o preconceito não é parâmetro juridicamente válido para valorações jurídicas, consoante, inclusive, expressa dicção constitucional (art. 3º, inc. IV, da CF/88).

Faremos a análise de dois casos concretos, relativos à homossexualidade: o famoso *caso Rycharlison*, que teve grande repercussão na mídia no ano de 2007, bem como o caso relatado em um julgamento do Superior Tribunal de Justiça relativo a um homem que foi fotografado em um contexto no qual se inferiu que ele seria homossexual. O intuito é realizar uma análise crítica para

¹⁷² *Doutor em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru – ITE/Bauru. Especialista em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Especialista em Direito da Diversidade Sexual e de*

Gênero e em Direito Homoafetivo. Bacharel em Direito pelo Instituto Presbiteriano Mackenzie/SP. Diretor-Presidente do GADvS – Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual e de Gênero.

demonstrar que somente o puro preconceito pode considerar referidos casos como “dano moral”, na medida em que *ser chamado de homossexual não constitui ofensa e, portanto, dano moral, injúria e/ou difamação.*

Conceitos Preliminares

Inicialmente, cumpre explicitarmos os conceitos fundamentais à compreensão do presente artigo, a saber: preconceito, discriminação, homossexualidade, homoafetividade, intimidade, privacidade, imagem, honra e dano moral.

*Preconceito e discriminação*¹⁷³: o *preconceito* é um juízo de valor dezarrazoado, irracional, por desprovido de lógica e racionalidade que lhe fundamente – não apenas um “pré-conceito”, uma compreensão de um tema por alguém que nunca o tenha visto ou estudado antes, mas uma *compreensão errônea, incorreta e/ou arbitrária* sobre determinado tema, qualquer que seja ele. A *discriminação*, por sua vez, é o tratamento diferenciado arbitrário que se impõe a determinada pessoa por força de seu

preconceito – ou seja, a discriminação é a exteriorização do preconceito.

*Homossexualidade e homoafetividade*¹⁷⁴: a homossexualidade é a atração erótico-afetiva por pessoas do mesmo sexo. Refere-se à orientação sexual da pessoa, ou seja, ao sexo para o qual o desejo erótico-afetivo está direcionado. Já a homoafetividade refere-se à afetividade romântico-conjugal que se sente por pessoas do mesmo sexo – a potencialidade de se sentir atração romântico-conjugal por pessoas do mesmo sexo. No mesmo sentido, heterossexualidade é a atração erótico-afetiva por pessoas do sexo oposto, e heteroafetividade é a afetividade romântico-conjugal que se sente por pessoas do sexo oposto – a potencialidade de se sentir atração romântico-conjugal por pessoas do sexo oposto.

Intimidade e vida privada: não há que se confundir intimidade e vida privada, especialmente porque o art. 5º, inc. X, da CF/88 denota que a Constituição as considera como conceitos distintos por se referir a ambas de forma isolada. A doutrina bem define a diferença: para René Ariel Dotti, a intimidade é a esfera secreta da vida do indivíduo na qual

¹⁷³ Cf. VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Constitucionalidade da classificação da homofobia como racismo (PLC 122/2006)**. In: *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo* (org.: Maria Berenice Dias), 1ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011e, pp. 511-528.

¹⁷⁴ Para maiores desenvolvimentos: VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade. Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos**, 1ª Edição, São Paulo: Editora Método: Grupo GEN, 2008, pp. 75-85. No Prelo: *Op. Cit.*, 2ª Edição (revista e ampliada), 2012, capítulo 1, itens 1 e 1.1.

este tem o poder legal de evitar os demais¹⁷⁵, ao passo que André Ramos Tavares anota que a vida privada refere-se ao modo de ser, de agir e viver de cada pessoa sem ser atingido pela bisbilhotice alheia, o que implica a proibição, dirigida tanto à sociedade quanto ao Poder Público, de se imiscuírem na vida privada da pessoa ou de divulgá-la ao público¹⁷⁶. Assim, na feliz síntese de Paulo Gustavo Gonet Branco, o direito à privacidade tem por objeto os relacionamentos pessoais em geral e as relações comerciais e profissionais que o indivíduo não deseja que se espalhem ao conhecimento público, ao passo que o direito à intimidade refere-se a conversações e episódios ainda mais íntimos/pessoais, envolvendo relações familiares e amizades mais próximas, sendo proclamado como resultado da exigência de o indivíduo ‘encontrar na solidão aquela paz e aquele equilíbrio continuamente comprometido pelo ritmo da vida moderna’ [Paulo José da Costa Júnior]¹⁷⁷. Em suma, segundo Tércio Sampaio Ferraz Jr., o direito à privacidade consiste na faculdade de constringer os outros ao respeito e de resistir à violação do que lhe é próprio, isto é, das situações vitais que, por só a ele lhe

dizerem respeito, deseja manter para si, ao abrigo de sua única e discricionária decisão; e cujo objeto é a integridade moral do titular¹⁷⁸.

Sobre o *dano moral*, em lição referendada por Carlos Roberto Gonçalves, como forma de evitar excessos e abusos, Sérgio Cavalieri anota que só se deve reputar como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar, ao passo que mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo¹⁷⁹.

Segundo André Ramos Tavares, a *honra* constitui-se do somatório das qualidades que individualizam o cidadão, gerando seu respeito pela sociedade, o bom nome e a identidade pessoal que o diferencia no meio social, tendo o cidadão o direito de resguardar sua honra pessoal contra tudo o que depõe contra ela¹⁸⁰, sendo que José Afonso da Silva anota que

¹⁷⁵ DOTTI apud TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**, 5ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 587.

¹⁷⁶ TAVARES, Op. Cit., pp. 598-599.

¹⁷⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocência Mártires. BRANCO, Paulo Gonet Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**, 1ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2007, pp. 367-368.

¹⁷⁸ FERRAZ JR apud BRANCO, Op. Cit. p. 374,

¹⁷⁹ CAVALIERI apud GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**, 3ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2008, pp. 360-361.

¹⁸⁰ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**, 5ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2007, pp. 599-600.

isso vale inclusive contra ataques baseados na verdade, sob o fundamento de que aquilo que é contrário à dignidade da pessoa deve permanecer um segredo dela própria¹⁸¹.

Para Antonio Jeová Santos, a *imagem* diz respeito àquela representação em que a pessoa se reconhece e é reconhecida por outras, ao passo que o Direito ampara a imagem da pessoa quando a difusão prejudica a sua honra, ocorrendo a proteção contra a publicidade injuriosa¹⁸², muito embora haja forte jurisprudência no sentido de que o mero uso indevido da imagem, mesmo que de forma não ofensiva/não injuriosa à honra, geraria dano moral *in re ipsa*, ou seja, dano moral *na*

própria coisa, na própria conduta de usar a imagem sem autorização¹⁸³. Discordamos desse posicionamento, por entendermos que o dano moral no uso indevido da imagem está inerentemente vinculado ao menosprezo à honra e/ou à moral da pessoa exposta, já que inerente ao dano moral é a ofensa à pessoa (à sua honra, imagem e/ou à dignidade), sendo que o uso não autorizado da imagem deve gerar indenização por dano *material in re ipsa*, para que a pessoa prejudicada receba honorários pelo uso de sua imagem e seja, assim, devidamente remunerada pelo uso de sua imagem, só cabendo falar em dano *moral* se a representação não autorizada da imagem

¹⁸¹ SILVA apud TAVARES, *Op. Cit.*, p. 600.

¹⁸² SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral indenizável**, 4ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, pp. 363 e 365.

¹⁸³ Cf., v.g., STF, RE n.º 215.984/RJ, DJ de 28/06/2002, p. 143, e STJ, EREsp n.º 230.268/SP, DJ de 04/08/2003, p. 216, e REsp n.º 267.529/RJ, DJ de 18/12/2000, p. 208. Não cabe aqui analisar cada um destes julgados, mas vale anotar que referido julgamento do STF é altamente criticável por afirmar que gera dano moral qualquer “desconforto, aborrecimento ou constrangimento, não importando o tamanho desse desconforto, desse aborrecimento ou desse constrangimento”, já que consolidada a jurisprudência no sentido de que não é qualquer dissabor cotidiano ou mero percalço rotineiro que gera o dano moral, devendo ser algo que transcenda a normalidade para tanto, já que a hipersensibilidade não configura “dano moral”. Já o EREsp n.º 230.268/SP teve voto do ex-Ministro Salvo de Figueiredo no sentido de que “o dano moral, tido como lesão à personalidade, à honra da pessoa, mostra-se às vezes de difícil constatação, por atingir os seus reflexos parte muito íntima do indivíduo - seu interior”, donde “Foi visando, então, a uma ampla reparação que o sistema jurídico chegou à conclusão que

o uso indevido da imagem, por si só, gera direito à indenização por dano moral, sendo dispensável a prova do prejuízo para caracterização do dano moral”, o que é criticável na medida em que, sem comprovação da lesão à imagem, ao nome, à honra e/ou à dignidade da vítima (por testemunhas, pelo seu depoimento pessoal etc.), não cabe falar em “dano moral”. Dano moral *in re ipsa* supõe (ou deve supor) situações que, por si só, tragam ofensa à honra subjetiva e/ou objetiva da vítima, como a negativação indevida em cadastros de proteção ao crédito, caso no qual é notório que há um abalo à honra subjetiva e objetiva da pessoa pela aposição indevida de seu nome em cadastro de devedores. Só se pode falar em dano moral *in re ipsa* se houver ofensa à imagem, ao nome, à honra e/ou à dignidade da pessoa, ao passo que a violação ao seu decoro ou autoestima supõe necessariamente um caráter ofensivo na representação feita sem autorização, sob pena de isto caracterizar mero dissabor não caracterizador de “dano moral”. Essas são colocações que consideramos altamente relevantes sobre o tema, muito embora o amplo enfrentamento do mesmo não possa ser feito nesta oportunidade.

da pessoa for pejorativa ou lhe trazer, comprovadamente, prejuízos ou repercussões sociais negativas. Logo, concordamos com Yussef Said Cahali, para quem da prática pura e simples de ato ilícito representado pelo uso de fotografia em matéria publicitária, sem autorização, *não se pode presumir a existência de dano moral*, donde, relativamente ao uso da imagem para fins publicitários, sem autorização, que não faz a exposição de forma vexatória, de modo ridículo ou ofensivo ao decoro da pessoa retratada, não há como admitir a existência de dano moral, que não decorre pura e simplesmente da prática de ato ilícito¹⁸⁴, consoante, inclusive, já reconhecido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo¹⁸⁵ e pelo Superior Tribunal de Justiça¹⁸⁶. Assim, entendemos que o mero aborrecimento da pessoa de ter sua imagem usada indevidamente constitui *mero dissabor* não caracterizador de *dano moral*, só cabendo falar neste se houver representação injuriosa ou a representação trazer, comprovadamente, repercussões sociais negativas à pessoa em questão.

Esclareça-se que não estamos discordando do entendimento de que termos pejorativos efetivam uma inversão do ônus da prova, no sentido de que, ao invés da pessoa que se sentiu ofendida ter que provar que a

pessoa processada teve o intuito de ofender, cabe a este provar a ausência da referida intenção de ofender¹⁸⁷. O que estamos a afirmar é que a definição de algo como “dano moral” supõe, *necessariamente*, a presença de uma *ofensa à pessoa* (por exemplo, à sua imagem, honra, nome e/ou dignidade), razão pela qual entendemos que, inexistente algo “ofensivo” naquilo que foi imputado à pessoa, não há que se falar em dano moral *in re ipsa*, por este supor *necessariamente* que o fato respectivo seja efetivamente *ofensivo* à pessoa que se considera “ofendida”, donde ela assim se considerar por algo que não constitui “ofensa” não pode gerar a condenação da outra pessoa por “dano moral”, por não ter ocorrido *dano/ofensa* a ela, na medida em que o *preconceito* da pessoa que se considera “ofendida” não pode ter a si reconhecida qualquer significação pelo Direito, ao menos para definição de algo como “crime” de “injúria/difamação” ou como “dano moral”. O reconhecimento de “dano moral”, neste caso, deve depender de comprovação de que a representação não autorizada trouxe repercussões sociais negativas à pessoa (não se tratando, portanto, de dano moral *in re ipsa*, mas decorrente de comprovação dos prejuízos à pessoa, por exemplo, à imagem, honra, ao nome e/ou dignidade da pessoa).

¹⁸⁴ CAHALI apud STJ, REsp n.º 230.268/SP, DJ de 18/06/2001, p. 148.

¹⁸⁵ Cf., v.g., TJ/SP, Apelação n.º 278.622.4/7-00.

¹⁸⁶ Cf. STJ, REsp n.º 803.129/RS, DJe de 13/10/2009.

¹⁸⁷ Cf., v.g., RT n.º 624/334, TacrimSP, apud DELMANTO, Código Penal Comentado.

Dano moral e a inconstitucionalidade do reconhecimento de dano moral pelo preconceito social. Art. 3º, inc. IV, da CF/88.

Como visto, caracteriza-se o dano moral quando ocorre uma ofensa à honra, à imagem, ao nome e/ou à dignidade da pessoa, ao passo que não é qualquer dissabor cotidiano ou mero percalço rotineiro que gera indenização, por ser inerente à vida em sociedade o enfrentamento de dissabores e irritações pelo fato de não termos todas as nossas vontades e desejos imediatamente atendidos.

Nesse sentido, cumpre indagar: ser identificado como *homossexual* sem nenhum tom pejorativo nessa identificação pode constituir *dano moral in re ipsa*?

Em que pese aparentemente prevalecer entendimento contrário, a resposta deve ser negativa. Com efeito, a consideração da homossexualidade como uma característica “negativa” da pessoa decorre de puro e simples *preconceito*, ou seja, de juízo de valor

desarrazoado, irracional, por desprovido de lógica e racionalidade que lhe sustente¹⁸⁸. O homossexual não é “inferior” ao heterossexual: homossexualidade, bissexualidade e heterossexualidade são manifestações igualmente legítimas da sexualidade humana, sendo profundamente preconceituoso afirmar-se que a heterossexualidade seria superior às demais.

Com efeito, orientação sexual, que se refere ao sexo que atrai a pessoa de maneira erótico-afetiva, não tem nenhuma relação com promiscuidade ou pedofilia, por exemplo: inúmeros casos de heterossexuais promíscuos e/ou pedófilos comprovam que a heterossexualidade não é sinônimo de “moralidade sexual”, ao passo que a história do adultério no casamento heteroafetivo comprova que heterossexualidade não é sinônimo de fidelidade sexual ou de monogamia. Com essas considerações não queremos menosprezar a heterossexualidade, mas apenas derrubar noções preconceituosas de muitos que descabidamente vinculam homossexualidade a promiscuidade, pedofilia e/ou infidelidade. Por outro lado, vale

¹⁸⁸ Para estudos sobre a forma como a homossexualidade foi tratada ao longo da história, vide SPENCER, Colin. **Homossexualidade: Uma história**. 2ª Edição, Rio de Janeiro-São Paulo, Editora Record, Tradução de Rubem Mauro Machado. Título Original: *Homosexuality: A History*, 1999. Para o foco especificamente no Brasil, vide TREVISAN, João Silvério. **Devassos no paraíso: A homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade**, 6ª Edição, Rio de Janeiro-São Paulo: Editora Record, 2004, autor este que, em outra obra, mostra como o medo de ser qualificado como homossexual por conta do preconceito social contra a

homossexualidade aterroriza muitos homens, a saber: TREVISAN, João Silvério. Seis balas num buraco só: a crise do masculino, 1ª Edição, Rio de Janeiro-São Paulo: Editora Record, 1998. Explicitamos resumidamente o tema de tais obras em nosso VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade. Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos**, 1ª Edição, São Paulo: Editora Método: Grupo GEN, 2008, capítulo 1. No prelo: 2ª edição (revista e ampliada), 2012, capítulo 1.

lembrar que a Organização Mundial de Saúde reconheceu, na última revisão da Classificação Internacional de Doenças, em 1993, não haver nada de “patológico” na homossexualidade, (CID n.º 10/1993)¹⁸⁹, posição referendada pelo nosso Conselho Federal de Psicologia, que afirmou, em 1999, que a homossexualidade não constitui doença, desvio psicológico, perversão nem nada do gênero, razão pela qual proibiu psicólogos de proporem terapias de “cura” da homossexualidade (Resolução CPF n.º 01/99), já que, não sendo patologia nem desvio, não há nada a “curar”, ao passo que essas pseudo “terapias de cura” somente servem para incutir preconceito internalizado na pessoa homossexual e causam-lhe extremo sofrimento subjetivo quando constata que seu desejo erótico-afetivo por pessoas do mesmo sexo não desaparece com essas pseudo “terapias”, mas apenas restam reprimidos e latentes. Ademais, considerar a homossexualidade uma “inversão sexual”, como se entendia no passado, decorre de puro heterossexismo social, ou seja, da ideologia que prega a heterossexualidade como única sexualidade “aceitável” por se considerar que somente seria “natural” o desejo erótico-afetivo por pessoa de sexo oposto, o que é preconceituoso, por não haver nada de errado

no fato de se amar romanticamente pessoas do mesmo sexo. Logo, constitui puro e simples preconceito considerar a mera homossexualidade ou bissexualidade da pessoa uma *ofensa* e/ou algo *indignificante* à pessoa.

Nesse sentido, *o preconceito não é critério juridicamente válido para avaliações jurídicas*. A uma por afronta ao art. 3º, inc. IV, da CF/88, que veda preconceitos e discriminações de qualquer espécie e, portanto, também o preconceito por orientação sexual na valoração jurídica necessária à aferição se determinada imputação configura ou não “dano moral”. A outra porque a isonomia e a razoabilidade exigem motivação lógico-racional que justifique a decisão a ser tomada, ao passo que o preconceito é, em si, pautado pela arbitrariedade e não pela lógica e pela racionalidade. A invocação da isonomia justifica-se em razão de a consideração da homossexualidade como algo “ofensivo” à pessoa (à honra, ao nome e/ou à dignidade) de um heterossexual configurar uma clara *discriminação* contra homossexuais, por considerá-los como “inferiores” a heterossexuais, já que, do contrário, não seria considerado como “ofensivo” a estes serem identificados como “homossexuais”; a

¹⁸⁹ Quando ocorreu, assim, a “despatologização” da homossexualidade – valendo ressaltar as aspas pelo fato de ela nunca ter sido uma “patologia”, já que não causa danos físicos nem psicológicos à pessoa, já que o sofrimento subjetivo que o

homossexual e o bissexual experimentam decorre do preconceito social contra a sexualidade homoafetiva, não da homossexualidade nem da bissexualidade propriamente ditas.

invocação da razoabilidade decorre do fato de que uma decisão jurídica que não envolva diferenciações deve ser pautada por fundamento lógico-racional para que seja considerada juridicamente válida.

Assim, *ser chamado de “homossexual” ou ser assim identificado não gera, por si só, dano moral (ou seja, dano moral in re ipsa)*, já que não há nada na homossexualidade que seja indignificante, visto que somente o preconceito pessoal ou social pode entender que a homossexualidade seria algo “indigno” a uma pessoa. Logo, não há dano moral *in re ipsa* na mera identificação de uma pessoa como homossexual ou bissexual – bem como na mera identificação de uma pessoa como travesti, transexual ou intersexual, que são pessoas igualmente merecedoras de igual respeito e consideração relativamente àquele devido a pessoas heterossexuais.

Análise de casos

Analisemos dois casos concretos.

¹⁹⁰ *Processo n.º 936/07, que tramitou inicialmente perante a 09ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo/SP, posteriormente redistribuído ao Juizado Especial Criminal da mesma comarca, processo n.º 5520/07.*

¹⁹¹ *Processo n.º 583.00.2007.212366-7 (1754/07), que tramitou perante a 25ª Vara Cível do Fórum Central de São Paulo/SP.*

¹⁹² *Na contestação ao referido processo civil, ele alegou que estava preparado para responder a uma pergunta sobre o motivo de Rycharlison não ter assinado com o Palmeiras. Informa que, nos intervalos desse programa*

No caso *Rycharlison*, ocorreu o seguinte: no ano de 2007, em programa esportivo de televisão, um apresentador indagou a um diretor do Palmeiras se era do Palmeiras o jogador que iria se assumir homossexual no programa *Fantástico*, da Rede Globo de Televisão, consoante divulgado pela imprensa ao longo daquela semana. Em resposta, o referido diretor informou: “Não, o Rycharlison quase foi do Palmeiras...” (sic). Ou seja, o que ele fez foi pura e simplesmente, de maneira indireta, afirmar que Rycharlison seria “homossexual”, indiretamente identificando-o como tal pela comparação objetiva de sua resposta à pergunta que lhe foi formulada, sem absolutamente nenhum tom pejorativo em sua fala, o que sempre foi incontroverso. Contudo, o referido jogador ingressou com ação penal por *injúria*¹⁹⁰ e ação civil por *danos morais*¹⁹¹ contra o referido diretor, a despeito dos esclarecimentos dele de que não teria tido a intenção de dizer que o referido atleta seria homossexual¹⁹², por entender que sua *honra*

(que era ao vivo), “quase a totalidade dos participantes do programa, nos intervalos, tinha como certa a tese de que o jogador em questão, outro não era, senão o Rycharlison” (sic – fls. 65) e que o apresentador teria mudado a pergunta anteriormente acordada, de sorte a confundir-lo, por ter entendido que teria que responder sobre a quase contratação de Rycharlison pelo Palmeiras (fls. 65-66). In verbis: [após a sua resposta] “as pessoas riram, bem como o apresentador também fez um comentário sobre a resposta do réu, e este, por sua vez, não percebendo o desencontro que

teria sido abalada por tal afirmação sob o fundamento de que seu nome estaria sendo vinculado de forma preconceituosa à homossexualidade e que estaria sofrendo uma série de constrangimentos por tal declaração, afirmando que teve de se mudar para o Centro de Treinamento de seu time para fugir do assédio que estava sofrendo. O jogador firmou *acordo judicial* com o referido diretor, que se comprometeu a pagar dez cestas básicas, no valor de R\$70,00 (setenta reais) cada uma, a serem entregues a uma instituição beneficente de escolha de Rycharlison, bem como a prestar esclarecimentos escritos ou por entrevista à imprensa, ressaltando não ter ofendido nem ter tido a intenção de ofender o autor, a pagar as custas processuais e honorários advocatícios de seus patronos¹⁹³.

Que fique claro: não estamos de forma alguma duvidando aqui da afirmação do referido jogador de que ele não é homossexual, pois a questão não é essa. Se ele diz não ser homossexual, não somos nós que iremos duvidar. A questão é que ele considerou essa imputação algo suficiente para processar criminalmente e civilmente o referido diretor do Palmeiras pelo simples fato de ter sido

chamado de “homossexual”, o que só pode significar que considerou que sua *imagem*, seu *nome*, sua *honra* e/ou sua *dignidade* teriam sido abalados por tal declaração (afinal, a *injúria* supõe ofensa à *honra subjetiva*, que é *aquilo que a pessoa pensa sobre ela mesma*), com o que não se pode concordar, já que, como visto, o preconceito não é juridicamente válido para a definição de algo como *dano moral*, já que é puro preconceito considerar a homossexualidade como algo ofensivo à pessoa.

Outro esclarecimento deve ser feito: estamos a defender que não há que se falar em dano moral *in re ipsa* na mera identificação de uma pessoa como homossexual, não que a imputação dessa característica da pessoa não possa gerar uma repercussão que venha a causar constrangimentos que superem o grau de mero dissabor, de sorte a caracterizar o chamado *dano moral indenizável*. No caso do referido jogador, é notório que parte considerável da torcida de seu time parou de gritar seu nome durante os jogos (gritava o nome de todos os outros), bem como que passou a ser hostilizado por parte da torcida de seu time por sua suposta homossexualidade

havia ocorrido, mexeu seus ombros para cima e para baixo, e continuou a discorrer sobre a ‘quase’ contratação do autor pelo Palmeiras, pois achava que havia respondido a pergunta que fora previamente formulada, não encontrando nada de errado ou comprometedor em sua resposta, e tampouco imaginava a confusão que havia ocorrido”, anotando ainda, a fls. 68, que “não foi a intenção do réu dizer

que o jogador que iria ao programa ‘Fantástico’ assumir a sua condição de homossexual seria o autor, mas sim dizer o porquê deste atleta não ter jogado pelo Palmeiras” (grifo nosso).

¹⁹³ Cf. fls. 145 do citado processo n.º 583.00.2007.212366-7 (1754/07).

(ou seja, por a torcida assim considerá-lo), por ele negada a todo momento. Nesse caso, a imputação de homossexualidade ao jogador fez com que ele fosse hostilizado pela torcida de seu time e sofresse uma série de constrangimentos, inclusive com oposição de torcidas de outros times a sua contratação, o que justificaria a concessão de indenização por danos morais por tais fundamentos – não pelo fato de a homossexualidade ser algo supostamente “indignificante” ou pelo mero preconceito dos torcedores em questão, mas por essa imputação ter feito com que o jogador sofresse diversos constrangimentos em sua vida profissional por conta de uma declaração indevida do referido diretor do Palmeiras. A diferença parece fundamental: enquanto em um caso a mera imputação de homossexualidade “justificaria” a indenização, neste outro afirmamos que são necessários efetivos constrangimentos (que transcendam o *mero dissabor*) e, em suma, consequências negativas à vida da pessoa decorrentes da imputação (com nexo causal, portanto), para caracterizar o dano moral e, portanto, a pertinência da indenização.

Esse caso foi marcado, ainda, por decisão absurdamente preconceituosa do juiz Manoel Maximiliano Junqueira Filho, o qual,

entre outros impropérios, afirmou que o futebol seria um jogo “não homossexual” pelo fato de ser “viril e varonil”, sugerindo que atletas homossexuais deveriam “abandonar a carreira” ou fundar uma “federação própria” para continuar atuando, já que considerou inconcebível a existência de ídolos homossexuais e que seria “constrangedor” a torcedores (especialmente se acompanhados de seus filhos) irem a estádios torcer por atletas homossexuais, que considera pessoas com problemas existenciais ou de personalidade¹⁹⁴. Diante da profunda repercussão negativa, o referido juiz, por não ser o juiz responsável pelo caso (proferiu a referida decisão em substituição ao magistrado efetivamente responsável pelo caso), acabou por “cancelar” a decisão e remeter o caso ao juiz titular do caso – sendo que ele acabou sofrendo a pena de censura do Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo por conta da *impropriedade absoluta da linguagem* por ele utilizada em sua decisão¹⁹⁵. De qualquer forma, essa decisão profundamente segregacionista e afrontosa à dignidade humana de homossexuais, por considerá-los “inaptos” a jogar futebol, ao menos ao lado de heterossexuais (do contrário, não teria pregado que fundassem uma “federação própria” para

¹⁹⁴ Cf. <http://www1.folha.uol.com.br/folha/esporte/ult92u317411.shtml> (último acesso: 15/01/12), que traz um link para a íntegra desta absurda sentença, a saber: http://www1.folha.uol.com.br/folha/esporte/20070803-caso_richarlysson.pdf (último acesso: 15/01/12).

¹⁹⁵ Cf. <http://direito-desportivo.jusbrasil.com.br/noticias/2137536/juiz-do-caso-richarlysson-e-punido> (último acesso: 15/01/12).

jogarem), mediante ideologia claramente análoga à doutrina do *separados, mas iguais* que tanto assolou a convivência entre brancos e negros no passado nos EUA e na África do Sul, bem como por patologizar a homossexualidade quando a ciência médica mundial já não mais o faz, demonstra cabalmente o profundo preconceito que muitos ainda têm contra a homossexualidade nos dias de hoje...

Para finalizar a análise deste caso, vale citar trecho da sentença que extinguiu a queixa-crime, proferida pelo juiz competente¹⁹⁶:

Por fim, não se pode deixar de observar que é altamente questionável até mesmo que tenha sido imputado ao querelante um fato ofensivo à sua dignidade ou decoro. *Ao querelante teria sido atribuída apenas a condição de homossexual.* Ora, nos tempos de hoje, em que é tão difundida a ideia de que a homossexualidade é apenas uma opção da pessoa [sic], *chega mesmo a ser preconceituoso o entendimento de Rycharlison de que tal imputação caracterizaria injúria*, já que é o querelante quem, com tal entendimento, afirma que o homossexualismo é indigno ou indecoroso. Prefiro acompanhar os pensamentos mais modernos e igualitários, no sentido de que a opção sexual da pessoa nada a desmerece nem

a favorece, e considerar que tal imputação não caracteriza crime, *por não ser ofensiva.* [...] (grifos nossos)

Ressalvando que não há que se falar em “opção sexual”, na medida em que ninguém escolhe ser homossexual, heterossexual ou bissexual, simplesmente se descobrindo de uma forma ou de outra, precisas referidas colocações, aqui referendadas no sentido da ausência de algo injurioso na mera imputação de homossexualidade a uma pessoa.

Cabe anotar que, na petição inicial, Rycharlison afirmou, após aduzir que “não foi a primeira vez que um dirigente palmeirense atingiu a honra e tentou, de modo pejorativo, de menosprezar a carreira do atleta Requerente”, que “*Não que o fato de ser ou não homossexual o desabone como pessoa, a verdade é que o Requerente sentiu que a sua intimidade foi ultrajada e ainda, pelo fato de ter colocado da forma ‘insensata’, jocosa e irresponsável, com nítida intensão de menosprezo e prejuízo à carreira profissional, como foi feito pelo Requerido [...]*” (fls. 04), que, de sua parte, “houve um sentimento de revolta e angústia pelo Requerente, e ser perguntado sobre o por quê de *tamanha agressão* do Requerido em ter feito tal declaração, chegou-se a única conclusão: ‘*O declarante foi leviano em suas declarações*’,

¹⁹⁶ Cf. o referido processo n.º 583.00.2007.212366-7, fls. 69 e 97-98.

sendo esta a sua resposta aos inúmeros jornalistas”, que “a partir da declaração do Requerido, o *Requerente teve a sua imagem associada à forma preconceituosa, estando estampada e configurada a violação à sua vida íntima, à sua honra e à sua imagem*. Sob este mesmo prisma, o Requerente viu questionada a sua opção sexual como se no ‘viril’ futebol não importasse seu potencial atlético”, que “ao ter que dar explicações sobre a sua intimidade, noticiada por toda a imprensa, tornou sua vida ‘um inferno’”, que “repórteres entrevistaram vizinhos, porteiro, zelador, todos persuadidos a opinarem sobre a sexualidade do Requerente. Sendo ainda que o Requerente foi aconselhado por seu clube empregador a ‘isolar-se’ no Centro de Treinamento, ficando ali como se ‘confinado’ fosse [...]”, donde “não se questiona a intenção da injúria praticada, mas sim *as suas consequências e os danos decorrentes da violação da vida privada, intimidade, honra e imagem do Requerente*” (fls. 06). Anotou que “Evidentemente, *ser ou não homossexual não é situação que se amolda, de per si, a qualquer dano moral*, importando apenas a ‘lesão’ sofrida, ou violação de direitos protegidos. Porém, o fato é que a declaração do dirigente do Palmeiras teve sim nítida intenção de causar um incômodo e um prejuízo à carreira do Requerente”, sob o fundamento de que “Buscou o Requerido menosprezar ou excluir o Requerente do futebol, causando-lhe constrangimentos, mal estar e aborrecimentos

frente aos inevitáveis juízos sobre a sua opção sexual, feitas ao arrepio da proteção que se confere ao direito à imagem e à intimidade e à vida privada do atleta” (fls. 08). Grifos nossos.

A nosso ver, não é possível inferir, da mera declaração do referido diretor do Palmeiras, uma “intenção de ofender”. Parece-nos, realmente, ter sido um *ato falho*, seja ou não decorrente de suposta mudança de pergunta por parte do apresentador, como afirmado na contestação. Sobre as alegações do atleta, parece que a tese do mesmo foi a de que pleiteou indenização por danos morais por conta dos *constrangimentos* que teve em sua vida por conta de tal declaração, até porque, como visto, sua própria petição aponta que é evidente que “*ser ou não homossexual não é situação que se amolda, de per si, a qualquer dano moral*” por isso não ser algo desabonador (embora não se compreenda, por conta desta afirmação de não haver dano moral na mera imputação de homossexualidade, porque ele afirmou, ao mesmo tempo, que a imputação a ele de homossexualidade seria uma “tamanho agressão” contra ele, merecendo, assim, críticas por se considerar “agredido” por ser identificado como homossexual, já que agressão isto não é justamente por não haver nada de desabonador na singela imputação de homossexualidade a alguém). Sobre referida tese da petição inicial, comprovados os constrangimentos decorrentes do ato do dirigente do Palmeiras, caracterizar-se-ia tal situação como *dano*

moral – não por haver algo “indignificante” na imputação de homossexualidade, mas nos constrangimentos comprovadamente decorrentes de tal imputação, por ter sido feita sem concordância do jogador. Algo que precisaria ficar expresso para evitar mal-entendidos.

Analisemos agora outro caso.

No *REsp n.º 1.063.304/SP*, o Superior Tribunal de Justiça, não contente em ratificar o entendimento de que a mera identificação de uma pessoa como “homossexual” geraria “dano moral”, considerou “irrisória” a indenização fixada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, de R\$60.000,00 (sessenta mil reais), e a aumentou para R\$250.000,00 – *duzentos e cinquenta mil reais*, um valor extremamente vultoso, bem maior, inclusive, do que o Tribunal concedia na época a *morte de parente próximo*, que ficava entre R\$124.500,00 (cento e vinte e quatro mil e quinhentos reais) e R\$207.500,00 (duzentos e sete mil e quinhentos reais)¹⁹⁷, donde, ainda que consideradas divergências quanto a

valores, temos que a *morte de parente próximo* era indenizada em montante inferior pelo STJ na época em que proferida a decisão aqui criticada, que concedeu *duzentos e cinquenta mil reais* a uma pessoa pelo simples fato de ter sido identificada como homossexual e pelos constrangimentos que o acórdão relatou que ele teria sofrido por seus “valores pessoais” e pelas “chacotas” e questionamentos de sua sexualidade por terceiros... Explicitemos o histórico e os fundamentos do julgado.

O histórico do caso foi assim resumido por notícia do site Consultor Jurídico¹⁹⁸: “Numa de suas edições de domingo, em 2001, o jornal publicou reportagem intitulada ‘*Bairro de São Paulo atrai vizinhança homossexual*’, na qual incluiu a foto de um advogado numa suposta insinuação de se tratar de público gay. O valor da indenização foi fixado pelo Superior Tribunal de Justiça, que considerou irrisória a quantia arbitrada anteriormente. A foto foi publicada no caderno Cotidiano e fazia referência aos gays ‘de armário’ que agendavam encontros noturnos

¹⁹⁷ Este valor foi ratificado pelo STJ, v.g., no *AgRg no Ag n.º 1.413.118/RJ*, DJe de 17/10/11 (*morte de filho*); no *AgRg no Ag n.º 1.306.964/PR*, manteve o valor de R\$ 200.000,00 para caso de morte de mãe. Para ficarmos no ano de 2008, quando proferido o acórdão aqui criticado, o *REsp n.º 703.194/SC*, DJe de 16/09/2008, invocou jurisprudência da Corte no sentido de que o dano moral por morte de um filho importava em trezentos salários-mínimos, o que, considerado o valor de R\$ 415,00 de cada salário-mínimo, importava na quantia de R\$ 124.500,00 (cento e vinte e quatro mil e quinhentos reais). Considerando

que os citados *AgRg no Ag n.º 1.413.118/RJ* e *AgRg no Ag n.º 1.306.964/PR* mencionaram quinhentos salários-mínimos como parâmetro indenizatório por morte de parente próximo, aplicado este entendimento ao ano de 2008, teríamos a quantia de R\$ 207.500,00 (duzentos e sete mil e quinhentos reais), ou seja, valor ainda menor do que o concedido pela decisão aqui criticada...

¹⁹⁸ Cf. http://www.conjur.com.br/2008-ago-28/advogado_identificado_gay_indenizado (acesso: 15/01/12).

pela internet¹⁹⁹. A foto, segundo a defesa, foi tirada furtivamente, no momento em que o advogado abraçava um conhecido em frente a um café. Havia indicação de que o fotógrafo eliminou do enquadramento as respectivas mulheres, que também estavam no local. Apesar da imagem escura, era plenamente possível a identificação, alegou a defesa”. Ademais, segundo o referido informativo, “Para o ministro Ari Pargendler, relator do processo, *mesmo sem nenhum preconceito*, ser identificado como homossexual *pode*, em determinados setores, *ser extremamente negativo à imagem pública de um homem* [trecho este que, todavia, não consta do acórdão]. O advogado, que sustentou a defesa no STJ, ressaltou que até hoje responde a piadas em tom jocoso a respeito do assunto. A fotografia, aliada ao teor da reportagem, levava a crer, segundo o advogado, que ele pertencia ao público gay” (grifos nossos). Essa

¹⁹⁹ No resumo do relator: “Os autos dão conta de que B. S. S. ajuizou ação de indenização por danos morais contra Empresa Folha da Manhã - Ltda., responsável pelo Jornal Folha de São Paulo, alegando que no dia 27 de maio de 2001 foi publicada no Jornal Folha de São Paulo uma matéria com o título ‘Bairros de São Paulo atraem vizinhança homossexual’ com fotografia do Autor cumprimentando um amigo na Rua Haddock Lobo, ao lado do Fran’s Café que, segundo a matéria, é local destinado a encontro do público GLS na cidade de São Paulo; a forma como foi tirada a fotografia demonstra claramente a maldosa intenção de insinuar um possível beijo entre dois homens; a atitude da Ré causou-lhe um profundo abalo de ordem emocional porque a sua imagem ficou vinculada ao público homossexual; além de constrangimentos diante de amigos e

afirmação, contudo, não constou do acórdão, que teve uma fundamentação lacônica para afirmar que “Sem dúvida, a publicação da fotografia desrespeitou os valores do Autor, sua vida íntima, familiar e profissional, prejudicando sua imagem no meio social em que vive, trabalha e se relaciona” e que “Na espécie, a indenização fixada pelo tribunal *a quo* em R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) é irrisória à vista dos prejuízos morais sofridos pelo Recorrente, justificando a intervenção excepcional do Superior Tribunal de Justiça”, de sorte a aumentar o valor indenizatório para R\$250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais). Na ementa, constou o seguinte trecho, não constante do voto do relator: “A homossexualidade, encarada como curiosidade, tem conotação discriminatória, e é ofensiva aos próprios homossexuais; nesse contexto, *a matéria jornalística, que identifica como homossexual quem não é, agride a*

familiares, a matéria trouxe-lhe inúmeros aborrecimentos na vida profissional, pois no exercício da advocacia passou a ser motivo de chacota por parte de advogados e servidores públicos do Poder Judiciário; além disso, o Autor passou a conviver com a desconfiança dos amigos, familiares e clientes do escritório de advocacia acerca de uma possível homossexualidade (fl. 18/33)”. Relatou, ainda, que a matéria, citando nomes fictícios sobre o autor da ação e outro homem, narrou que “‘A primeira parada para a noite é no Fran’s Café, na rua Haddock Lobo, quase esquina com a avenida Paulista. O café é o local preferido para os ‘blind dates’, ou encontro às escuras, marcados pela internet entre pretendentes que ainda não se conhecem pessoalmente’ (fl. 35)”.

imagem deste, causando-lhe dano moral". Para piorar, o voto vencido do Ministro Massami Uyeda pretendia dar integral provimento ao recurso para *aumentar ainda mais* o valor da indenização²⁰⁰...

Ou seja, segundo o acórdão, o “dano moral” restaria configurado pelo fato de os valores do autor terem sido desrespeitados, de sorte a violar sua vida íntima, familiar e profissional sob o “fundamento” de que identificar como homossexual quem não o é agrediria a imagem deste, sem explicar exatamente o porquê disso nem de que forma teria se caracterizado a ofensa à vida íntima, familiar e profissional do autor da ação. A inferência que se pode fazer é a de que o Tribunal considerou que o fato de ter sido motivo de chacota (sic) por parte de advogados e servidores e de ter tido sua sexualidade

questionada a partir de então justificaria tais afirmações.

Ora, *data maxima venia*, referido acórdão é um exemplo cabal de *homofobia jurisprudencial*²⁰¹, pois é um verdadeiro absurdo o Tribunal da Cidadania considerar que a identificação de uma pessoa como “homossexual” seria algo “ofensivo” à pessoa heterossexual, de sorte a caracterizar “dano moral”, em postura que claramente menospreza a homossexualidade relativamente à heterossexualidade, absurdo este agravado pela decisão não se dignar a sequer afirmar o motivo pelo qual ser qualificado como homossexual seria algo “ofensivo” à honra, à imagem, ao nome e/ou à dignidade da pessoa humana que não seja homossexual...

Será que o Tribunal consideraria como “dano moral” e fixaria uma indenização

²⁰⁰ Referido ministro, no mesmo ano, havia proferido voto favorável no histórico REsp n.º 820.475/RJ, que pela primeira vez reconheceu o cabimento da analogia para reconhecimento da união estável homoafetiva (ou seja, da união homoafetiva como dentro do âmbito de proteção do regime jurídico da união estável) – logo, reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, mas afirmou, neste REsp n.º 1.063.304/SP, que a imputação de homossexualidade seria uma “ofensa” a um heterossexual...

²⁰¹ Segundo Daniel Borrillo, “A homofobia pode ser definida como a hostilidade geral, psicológica e social contra aquelas e aqueles que, supostamente, sentem desejo ou têm práticas sexuais com indivíduos de seu próprio sexo. Forma específica do sexismo, a homofobia rejeita, igualmente, todos aqueles que não se conformam com o papel predeterminado para seu sexo biológico.

*Construção ideológica que consiste na promoção constante de uma forma de sexualidade (hétero) em detrimento de outra (homo), a homofobia organiza uma hierarquização das sexualidades e, dessa postura, extrai consequências jurídicas” (BORRILLO, Daniel. **Homofobia. História e crítica de um preconceito**. Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira, 1ª Edição, Belo Horizonte: Editora Autêntica, 2000, p. 34), o que se aplica à decisão do STJ na medida em que claramente efetiva uma hierarquização da heterossexualidade acima da homossexualidade, pois, do contrário, não afirmaria que imputar homossexualidade a quem não seja homossexual seria uma “ofensa” caracterizadora de “dano moral”, bem como por ter sido praticada por uma instituição do Estado Brasileiro (o Poder Judiciário), donde se qualificar como homofobia institucional.*

milionária como esta se o advogado em questão tivesse sido identificado como *judeu*, *argentino* ou *baiano*, por exemplo, caso os valores de tal pessoa fizessem com que ela se sentisse “ofendida” com tal imputação? Troque-se o título da matéria (e adapte-se o conteúdo), de “Bairro de São Paulo atrai vizinhança homossexual” para “Bairro de São Paulo atrai vizinhança judaica/argentina/baiana” e imagine-se que a pessoa assim identificada pela foto tivesse sofrido “chacotas” pelo fato de a reportagem ter levado a crer “que ele pertencia ao público judeu/argentino/baiano”, contra os quais é notório que, inacreditavelmente, ainda existem pessoas que possuem profundos preconceitos antissemitas, xenófobos (especialmente, no Brasil, contra argentinos, ante a rivalidade futebolística entre os países) ou bairristas (no caso, contra pessoas da Bahia).

Ora, ser chamado de “homossexual” não pode configurar dano moral *in re ipsa* pela vedação constitucional de aceitação de preconceitos na valoração de um caso como *dano moral*, decorrente do art. 3º, inc. IV, da CF/88, bem como pela isonomia e pela razoabilidade exigirem motivações lógico-rationais para decisões judiciais, algo inexistente no preconceito justamente por ele se pautar na arbitrariedade. Logo, a menos que comprovado que referido advogado teria perdido clientes ou passado por *sérios constrangimentos* em sua vida pessoal, familiar ou profissional (no sentido de algo que

transcenda o *mero dissabor*), não poderia ser fixada indenização por danos morais – o acórdão só faz referência ao depoimento pessoal do autor da ação e mesmo assim sem transcrever seu teor, dando a entender que aceitou as declarações unilaterais do mesmo sobre os constrangimentos que teria sofrido, o que não podemos analisar já que não tivemos acesso aos autos. O absurdo deste acórdão é o trecho da ementa que afirma peremptoriamente que o singelo fato de ser identificado como homossexual alguém que não o é (logo, um heterossexual) seria algo caracterizador de “dano moral”...

Outrossim, a afirmação da ementa, não desenvolvida no acórdão, de que a imputação de homossexualidade seria ofensiva aos próprios homossexuais é absurda – nenhum homossexual se sente ofendido por ser identificado como homossexual, o que pode ocorrer é o homossexual não querer ter sua homossexualidade revelada para que não sofra discriminações homofóbicas por parte da sociedade. A diferença é brutal: não há que se falar que homossexuais neste contexto se sentiriam “ofendidos” por serem qualificados como “homossexuais”, mas que eles não querem ter essa sua característica revelada para não serem discriminados... Como o acórdão não se dignou sequer a explicitar o motivo pelo qual considera que homossexuais se sentiriam “ofendidos” por serem identificados como homossexuais, a afirmação é pura e simplesmente arbitrária, por não explicados

seus fundamentos... bem como a afirmação de que “a homossexualidade, como curiosidade, tem conotação discriminatória” – como homossexuais constituem uma minoria se comparados a heterossexuais, eventual “curiosidade” acerca da homossexualidade decorre de interesse em compreendê-la, não sendo qualquer “curiosidade” acerca da homossexualidade algo *em si* “discriminatório”. Embora evidentemente possa ocorrer tal intuito discriminatório na perquirição da homossexualidade alheia, a generalização feita pela ementa é absolutamente descabida e, novamente, arbitrária, por não explicitados seus fundamentos... especialmente porque uma matéria que destaque um local como de frequência predominante de homossexuais não tem necessariamente esse intuito, mas o de isto informar – se eventualmente a matéria em questão não se enquadrava nisso, o que não sabemos por não termos a ela tido acesso, isso não permite a generalização arbitrária feita pela ementa do acórdão, ainda mais sem este se dignar a explicitar os fundamentos de tal generalização...

Anote-se nada socorrer o referido julgado a afirmação de seu relator, fornecida pelo site Consultor Jurídico, no sentido de que esse entendimento teria sido formulado *sem nenhum preconceito* – provavelmente se referiu a nenhum preconceito de sua parte e da Turma julgadora no trato a pessoas homossexuais na vida cotidiana (não há como

saber ao certo, pois isso também não foi explicado), mas o fato é que o Tribunal admitiu como “válida” a utilização do preconceito social como parâmetro definidor de uma situação como “dano moral”, a despeito da vedação constitucional específica do art. 3º, inc. IV, da CF/88 e da exigência de lógica e de racionalidade da isonomia e da razoabilidade para decisões jurídicas... Logo, houve, no mínimo, *ratificação de preconceito social* por essa decisão do Superior Tribunal de Justiça, algo profundamente lamentável, já que o *Tribunal da Cidadania* afirmou, implicitamente, que a dignidade de um heterossexual não seria respeitada por sua identificação enquanto “homossexual”, algo extremamente indignificante à *cidadania* de homossexuais em geral, já que tal consideração inegavelmente aponta para uma suposta “superioridade” da heterossexualidade sobre a homossexualidade, o que só pode ser “afirmado” por puro e simples preconceito, ou seja, por juízo de valor desarrazoado, irracional, por desprovido de lógica e racionalidade que lhe sustente...

Já nos foi dito que como a *injúria* supõe afronta à *honra subjetiva* da pessoa, ou seja, *àquilo que a pessoa pensa de si mesma*, então o fato de a pessoa se sentir “ofendida” por ser identificada como “homossexual” faria incidir o tipo penal, pelo caráter *subjetivo* inerente à noção de honra *subjetiva*. Contudo, consideramos absurdo esse entendimento quando a pessoa se considere “ofendida” por

puro e simples *preconceito* de sua parte, já que preconceito não é paradigma juridicamente válido para valorações jurídicas (o que vale também para a *difamação*, que supõe afronta *àquilo que os outros pensam da pessoa* em questão: não pode ser considerada como “difamação” a atribuição de uma característica não ofensiva a uma pessoa, ainda que considerada como “ofensiva” por terceiros). Do contrário, ter-se-á de admitir que uma pessoa identificada, por exemplo, como “judia/argentina/baiana” possa processar criminalmente quem assim lhe identificou por *injúria*, se vier a se considerar “ofendida” por tal imputação e demonstre, em depoimento pessoal perante o juiz, as razões preconceituosas de considerar como “ofensiva” uma tal imputação a si...

A prevalecer o entendimento absurdo aqui criticado, então um homossexual que se considere “ofendido” por ser identificado como “heterossexual” deverá ser indenizado por “dano moral” por esta imputação de heterossexualidade a si caso isso viole seus *valores pessoais* (caso não goste desta imputação), em especial se começar a ser alvo de “chacotas” e de questionamentos sobre sua sexualidade no meio LGBT²⁰² no qual convive (por exemplo, a militância LGBT e/ou com seus amigos LGBT). Afinal, esses foram os fundamentos invocados pelo acórdão para justificar a indenização no caso aqui criticado... Logo, aceitos os “fundamentos” do

referido acórdão, então se um homossexual se sentir “ofendido” por ser identificado como heterossexual e, especialmente, demonstrar que foi *extremamente negativo* para sua imagem perante, digamos, a militância LGBT, a sua identificação como heterossexual, então a coerência argumentativa demandará que se reconheça essa situação como “dano moral” e, ainda, uma indenização de mesmo valor daquela fixada nesse precedente, sob pena de incoerência com os fundamentos do precedente aqui criticado...

Logo, percebe-se que a jurisprudência brasileira ainda tem muito a evoluir para garantir plena cidadania à população homossexual, já que esse entendimento esposado pelo STJ é, inegavelmente, uma afirmação da superioridade da heterossexualidade relativamente à homossexualidade por considerar como “ofensiva” a imputação de “homossexualidade” a uma pessoa que não é homossexual – afinal, do contrário, isso teria sido ressalvado no acórdão. Caso o dano moral tivesse sido concedido pelo entendimento de que a mera violação do direito à imagem configuraria dano moral *in re ipsa*, isso certamente teria sido ressalvado no acórdão. Não foi, todavia, o que aconteceu: o acórdão fundamentou a concessão de indenização por “dano moral” pelo fato de considerar a homossexualidade “ofensiva” à honra da pessoa em questão... Assim, profundamente

²⁰² Sigla destinada a designar “Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais”.

lamentável essa decisão do Superior Tribunal de Justiça.

Conclusão

O preconceito pessoal ou social não pode ser usado como fundamento para caracterizar determinada situação como dano moral, na medida em que o preconceito não é parâmetro juridicamente válido, consoante, inclusive, expressa dicção constitucional (art. 3º, inc. IV, da CF/88). Dessa forma, não se pode considerar que a mera identificação de uma pessoa como “homossexual” constituiria uma “ofensa” e, portanto, um crime de “injúria/difamação” e/ou um “dano moral” passível de indenização no âmbito cível, na medida em que a imputação de homossexualidade não é algo ofensivo à pessoa humana, pois somente por preconceito se pode considerá-la como algo “ofensivo”.

No *caso Rycharlison*, este ingressou com ação criminal de injúria e ação civil de indenização por danos morais sob o fundamento de que, a despeito de não haver nada de desonroso na identificação de alguém como “homossexual”, essa imputação feita a ele por um diretor do Palmeiras teria lhe causado constrangimentos que justificariam a indenização. De qualquer forma, a despeito da correta fala de que não haveria nada desonroso na homossexualidade, o referido jogador merece críticas por ter considerado como *ofensivo* (uma “tamanho agressão”) à sua

honra o simples fato de ter sido identificado como “homossexual”, já que não há nada de ofensivo nesta imputação, justamente por não haver nada de desabonador na singela imputação de homossexualidade a alguém.

No *REsp n.º 1.063.304/SP*, o Superior Tribunal de Justiça proferiu acórdão absurdo, no qual referendou que a identificação de um heterossexual como “homossexual” constituiria uma “ofensa” e, ainda por cima, considerou “irrisória” uma indenização de sessenta mil reais e aumentou-a para *duzentos e cinquenta mil reais*, valor superior ao que o Tribunal conferia a *morte de parente próximo* na mesma época... Referida decisão referendou preconceito social contra a homossexualidade, algo flagrantemente inconstitucional por conta da vedação de utilização de preconceitos em valorações jurídicas decorrente do art. 3º, inc. IV, da CF/88 e da exigência de lógica e de racionalidade da isonomia e da razoabilidade, donde merecedora de profundas críticas tal decisão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BORRILLO, Daniel. Homofobia. História e crítica de um preconceito. Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira, Belo Horizonte: Ed. Autêntica, 2000.

CAHALI, Yussef Said. Dano Moral, 2ª Ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

- FERRAZ, Carolina Valença. LEITE, Glauber Salomão. OMMATI, José Emílio Medauar. VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti (org.). *Diferentes, mas Iguais. Estudos sobre a Decisão do STF sobre a União Homoafetiva (ADPF 132 e ADI 4277)*. Coleção Teoria Crítica do Direito – Vol. 3, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*, 3ª Ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gonet Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Editora Saraiva, 2007.
- MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gonet Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*, 10ª Ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2015.
- NETO, Xisto Tiago de Medeiros. *Dano moral coletivo*, 2ª Ed., São Paulo: Ed. LTr, 2007.
- SANTOS, Antonio Jeová. *Dano moral indenizável*, 4ª Ed., São Paulo: RT, 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 13ª Ed., Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2018.
- SPENCER, Colin. *Homossexualidade: uma história*. 2ª Ed., RJ-SP, Record, Trad. de Rubem Mauro Machado. Título Original: *Homosexuality: A History*, 1999.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*, 5ª Ed., SP: Ed. Saraiva, 2007.
- TREVISAN, João Silvério. *Devassos no paraíso: A homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade*, 6ª Edição, Rio de Janeiro-São Paulo: Editora Record, 2004.
- TREVISAN, João Silvério. *Seis balas num buraco só: a crise do masculino*, RJ-SP: Ed. Record, 1998.
- VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Constitucionalidade das Decisões do STF, STJ e CNJ sobre as Uniões Homoafetivas*. In: FERRAZ, Carolina Valença. LEITE, Glauber Salomão. OMMATI, José Emílio Medauar. VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti (org.). *Diferentes, mas Iguais. Estudos sobre a Decisão do STF sobre a União Homoafetiva (ADPF 132 e ADI 4277)*. Coleção Teoria Crítica do Direito – Vol. 3, RJ: Lumen Juris, 2017, pp. 11-109.
- _____. *Constitucionalidade (e Dever Constitucional) da classificação da homofobia e da transfobia como crimes de racismo*. In: DIAS, Maria Berenice (org.). *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*, 3ª Edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pp. 87-140.
- _____. *Da homossexualidade à homoafetividade. Dos gregos à contemporaneidade*. In: NARDELLA-DELLOVA, Pietro. *Antropologia Jurídica. Uma contribuição sob múltiplos olhares*, São Paulo: Editora Scortecci, 2017, pp. 146-171.
- _____. *Direito à autodeterminação de gênero das pessoas intersexo*. In: DIAS, Maria Berenice (org.). *Intersexo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, pp. 105-116.
- _____. *Manual da Homoafetividade. Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos*, 1ª Ed., SP: Spessoto, 2019.
- _____. *Mobilização judicial pelos direitos da diversidade sexual e de gênero*. In: GREEN, James N. QUINALHA, Renan. CAETANO, Márcio. FERNANDES, Marisa. *História do Movimento LGBT no Brasil*, SP: Alameda Casa Editorial, 2018, pp. 449-470.
- _____. *União Estável Homoafetiva e a Constitucionalidade de seu Reconhecimento*

Judicial. In: Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Fev-Mar 2010a, Ano XI, n.º 14, pp. 66-88.

_____. A Família Juridicamente Protegida, a Lei Maria da Penha e a Proteção Constitucional da Família Homoafetiva – Equívocos dos Julgamentos do TJRS que Negaram o Direito ao Casamento Civil Homoafetivo. In: Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Jun-Jul 2010b, pp. 93-117.

_____. A hermenêutica jurídica. In: DIAS, Maria Berenice (org). *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*, 2ª Edição, São Paulo: RT, 2014, pp. 205-246.

_____. Os princípios fundantes. Dignidade da pessoa humana; liberdade; igualdade e respeito às diferenças; proporcionalidade e razoabilidade. In: DIAS, Maria Berenice (org). *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*, 2ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pp. 113-170.

_____. Colisão e antinomia entre princípios e regras. In: DIAS, Maria Berenice (org). *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*, 2ª Edição, SP: RT, 2014, pp. 181-204.

_____. O direito do transexual, com ou sem filhos, à cirurgia de transgenitalização e o direito de travestis e transexuais à retificação do seu prenome e do seu nome jurídico independentemente de cirurgia. In: DIAS, Maria Berenice (org). *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*, 2ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pp. 599-630.

_____. O STF e a união estável homoafetiva. Resposta aos críticos, primeiras impressões, agradecimentos e a consagração da homoafetividade no Direito das Famílias. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2870, 11 maio 2011f. Disponível em:

<<http://jus.com.br/revista/texto/19086>>. Acesso em 5 jan. 2012.

_____. Possibilidade de Conversão de União Estável Homoafetiva em Casamento Civil, 2011g. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=767>. Acesso em 5 jan. 2012.

_____. Minorias Sexuais e Ações Afirmativas. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues (org.). *Minorias Sexuais. Direitos e Preconceitos*, 1ª Edição, São Paulo: Consulex, 2012, pp. 29-54.

_____. O STF e a União Estável Homoafetiva: análise dos fundamentos da decisão da ADPF nº 132 e da ADIn n.º 4277. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues (org.). *Minorias Sexuais. Direitos e Preconceitos*, 1ª Edição, SP: Consulex, 2012, pp. 205-231.

_____. O reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar constitucionalmente protegida. In: FERRAZ, Carolina Valença. LEITE, George Salomão. LEITE, Glauber Salomão. LEITE, Glauco Salomão (org.). *Manual do Direito Homoafetivo*, São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, pp. 128-156

_____. Tutela jurídica de travestis e transexuais que não se submeteram à cirurgia de transgenitalização. In: FERRAZ, Carolina Valença. LEITE, Glauber Salomão (org.). *Direito à Diversidade*, São Paulo: Ed. Atlas, 2015, pp. 280-306

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. CHAVES, Marianna. Perspectivas Luso-Brasileiras. Equívocos do Tribunal Constitucional Português quando negou o direito constitucional ao casamento civil homoafetivo. In: FERRAZ, Carolina Valença. LEITE, Glauber Salomão. OMMATI, José Emílio Medauar. VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti (org.). *Diferentes, mas Iguais. Estudos sobre a Decisão do STF sobre a União Homoafetiva (ADPF 132 e ADI 4277)*. Coleção Teoria Crítica do Direito – Vol. 3, RJ: Lumen Juris, 2017, pp. 397-424.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti.
GORISCH, Patricia. Famílias Homoafetivas e
Direitos LGBTI nas Américas. In: VIEIRA,
Tereza Rodrigues. CARDIN, Valéria Silva
Galdino. BRUNINI, Bárbara Cossetin Costa
Beber (org.). *Famílias. Psicologia e Direito*,
Brasília: Editora Zakarewicz, 2017, pp. 289-
303.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil:
Responsabilidade Civil*, 8ª Ed., SP: Saraiva,
2007.

RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DO TEMPO

Regiane SCOCO LAURÁDIO²⁰³

Resumo

O presente estudo visa abordar o tema da responsabilidade civil pela perda do tempo. Vivemos em um mundo onde a velocidade das informações é dinâmica, estamos a todo tempo envolvidos em atividades do nosso cotidiano, nosso tempo é precioso. Então, gastar o nosso tempo com questões que poderiam ser resolvidas de imediato geram o dever de indenizar? Afinal, o que o direito busca com tal responsabilização? Toda perda de tempo deve ser indenizada? Existem critérios para saber se houve ou não a perda do tempo e como ela deve ser reparada? Não como uma forma de esgotar o tema, mas de trazer uma reflexão para a teoria que vem ganhando espaço em nosso ordenamento jurídico, passaremos a tecer comentários sobre a responsabilidade civil, seus pressupostos, a forma como ela pode ser classificada, chegando até o ponto central do trabalho: o que é a responsabilidade civil pela perda do tempo. Trata-se de um assunto atual, que vem ganhando força e espaço dentro da jurisprudência, inclusive da emanada pelo Superior Tribunal de Justiça, razão pela qual fica clara a importância da discussão sobre o assunto.

Palavras-chave: Responsabilidade. Civil. Perda. Tempo. Indenização.

Aspectos gerais sobre a responsabilidade civil

Antes de adentrarmos o tema central objeto do nosso estudo, passaremos a trazer um panorama geral sobre a responsabilidade civil.

Na lição do autor Rui Stocco²⁰⁴:

*[...] a noção de responsabilidade pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim *respondere*, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém por seus atos danosos.*

Neste conceito de responsabilidade civil, aquele que comete um ato danoso deve ser responsabilizado, sendo necessária uma ação (comportamento) que viole uma norma imposta pelas regras e normas vigentes.

Para Maria Helena Diniz²⁰⁵, a responsabilidade civil é:

A aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão do ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.

²⁰³ Mestra em Direito das Relações Sociais, subárea de Direitos Difusos e Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Graduada pelo Centro Universitário Padre Anchieta. Professora de Direito Civil e Prática Jurídica no Centro Universitário Padre Anchieta. Advogada.

²⁰⁴ STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil. 6. ed, São Paulo: RT, 2004. p. 118.

²⁰⁵ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 7, p. 35.

A noção de responsabilidade trazida é abrangente, pois fala em reparação de dano moral e patrimonial, decorrente de ato praticado pela pessoa ou por aqueles por quem ela responde, como, por exemplo, os pais em relação aos filhos menores.

A autora ainda complementa dizendo que a concepção de “culpa”, elemento definidor da responsabilidade civil para muitos doutrinadores, é de certo modo, incompleta, na medida em que a reparação do dano pode ocorrer em decorrência tanto da culpa do agente ou em decorrência de uma circunstância legal que a justifique, a chamada culpa presumida ou até mesmo pela incidência da responsabilidade objetiva.²⁰⁶

Apesar dos vários conceitos sobre a responsabilidade civil, podemos extrair que duas são as análises que necessitam ser feitas no caso concreto: a verificação da existência de um dano que acarrete o dever de indenizar e saber quem responderá pelo ressarcimento deste dano.

De modo geral, o dano causado deverá ser indenizado, “segundo o sistema jurídico de direito privado, a dívida se paga com bens do patrimônio material do sujeito e a isto se chama ‘*imputação civil dos danos*’”²⁰⁷.

²⁰⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil*. 23 ed. São Paulo. Saraiva, 2009. v. 7, p. 35.

²⁰⁷ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Noções preliminares de Direito Civil*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2002. p. 121.

No que tange à imputabilidade, é oportuno esclarecer que a mesma não se confunde com culpa. A imputabilidade está relacionada à capacidade do autor do dano responder pelos atos praticados, enquanto a culpa é a violação do dever jurídico que tanto pode ser praticada por um agente capaz ou não.

Para Sérgio Cavalieri Filho²⁰⁸, “a imputabilidade é, pois, o conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para poder responder pelas conseqüências de uma conduta contrária ao dever.”

A responsabilidade civil pode surgir em decorrência do não cumprimento de uma obrigação estipulada em contrato – responsabilidade civil contratual, ou ela pode ocorrer sem que haja um vínculo obrigacional entre as partes, ou seja, decorrente da violação dos preceitos legais – responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana, sendo que ambas prescindem da contrariedade da norma.²⁰⁹

Pressupostos da responsabilidade civil

Vários são os posicionamentos sobre os pressupostos da responsabilidade civil²¹⁰,

²⁰⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. SP: Atlas, 2010. p. 25.

²⁰⁹ PEREIRA, Caio Mario da. *Responsabilidade civil*. 2. ed. Forense. RJ: Forense, 1991. p. 267.

²¹⁰ Fernando Noronha aponta cinco pressupostos, sendo eles: i) dano; ii) cabimento

sendo que o presente estudo irá abordar apenas três pressupostos: i) ação ou omissão; ii) dano e iii)nexo de causalidade, não com o intuito de esgotar o tema, mas de dar subsídios para o seu entendimento e sua aplicação no que concerne à responsabilidade civil pela perda do tempo.

O primeiro elemento indispensável para a caracterização da responsabilidade civil é a ação (conduta comissiva ou positiva) ou omissão (conduta omissiva ou negativa). Uma conduta comissiva é aquela que consiste na realização de um ato que acabe gerando um dano. Já a conduta omissiva é aquela cuja inatividade do agente ou o seu comportamento consiste em se abster de fazer determinada coisa.

A ação ou a conduta deve ser voluntária, podendo ser decorrente de um ato lícito ou ilícito²¹¹ e deve vir aliada à culpa ou ao risco.²¹²

A culpa ou conduta culposa é o fundamento da responsabilidade civil

subjetiva e dispensada na responsabilidade civil objetiva.

A culpa pode ser entendida como uma “conduta voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível.”²¹³

É importante destacar que a culpa se diferencia do dolo, uma vez que neste “o agente quer a conduta e o resultado, a causa e a consequência”²¹⁴ e naquela “a vontade não vai além da ação ou omissão. O agente quer a conduta, não, porém, o resultado; quer a causa, mas não quer o efeito.”²¹⁵

Já a responsabilidade civil sem culpa, também conhecida como teoria do risco, surge no final do século XIX em decorrência do desenvolvimento industrial e dos problemas da reparação dos acidentes de trabalho que surgiam.²¹⁶

Diferentemente da esfera penal, o ordenamento jurídico privado admite que condutas desprovidas de culpa ou dolo sejam reparadas. Assim, em certos casos previstos

no âmbito de proteção de uma norma; iii) fato gerador; iv) nexo de causalidade e v) nexo de imputação. NORONHA, Fernando. Direito das Obrigações: fundamentos do direito das obrigações, introdução à responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 468.

²¹¹ Para a autora Maria Helena Diniz, o ato lícito é aquele praticado em conformidade com a lei, já o ilícito é aquele praticado culposamente ou em desacordo com norma jurídica, gerando um dever de ressarcimento e possui um duplo fundamento, qual seja: “a infração de um dever preexistente e a imputação do resultado à consciência do agente.” DINIZ, Maria Helena. Curso de

Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 7, p. 36-38.

²¹² DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, v. 7, p. 36-38.

²¹³ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 9. ed. SP: Atlas, 2010. p. 35.

²¹⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil, p. 35.

²¹⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil, p. 35.

²¹⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 9. ed. SP: Atlas, 2010. p. 142.

em lei haverá o dever de indenizar independentemente de o agente ter agido com dolo ou culpa, como, por exemplo, nas ações que envolvam o direito do consumidor.

Como podemos observar, na teoria do risco, a responsabilidade está ligada diretamente à atividade desenvolvida com a exclusão do elemento culpa. Essa é a grande novidade que esta teoria traz para o campo do direito, a qual foi duramente criticada pelos adeptos da teoria da responsabilidade subjetiva e rebatida por Luiz da Cunha Gonçalves²¹⁷, ao afirmar que “nos casos em que a culpa não se pode provar, é de intuitiva justiça que, entre dois inocentes, sofra as conseqüências quem criou o risco e provocou a possibilidade do desastre de outrem.”

O dano é outro elemento presente na estrutura da responsabilidade civil e sem ele não há que se falar em indenização. Vale salientar que existe responsabilidade civil sem culpa, como no caso da responsabilidade objetiva, porém, não existe responsabilidade civil sem dano.

Na lição de Fernando Noronha²¹⁸, o dano pode ser assim entendido:

²¹⁷ GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Princípios de Direito Civil Luso-Brasileiro: direito das obrigações*. São Paulo: Max Limonad, 1951. v. 2, p. 569.

²¹⁸ NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações: fundamentos do direito das obrigações, introdução à responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 474.

Dano é o prejuízo, de natureza individual ou coletiva, econômico ou não econômico, resultante de ato ou fato antijurídico que viole qualquer valor inerente à pessoa humana, ou atinja coisa do mundo externo que seja juridicamente tutelada.

Maria Helena Diniz²¹⁹ explica o dano nos seguintes termos:

[...] a lesão concreta que afeta um interesse relativo ao patrimônio da vítima, consistente na perda ou deterioração, total ou parcial, dos bens materiais que lhe pertencem, sendo suscetível de avaliação pecuniária e de indenização pelo responsável. Abrange o dano emergente (o que o lesado efetivamente perdeu) e o lucro cessante (o aumento que seu patrimônio teria, mas deixou de ter, em razão do evento danoso).

Os danos podem ser suportados por uma ou mais de uma vítima, sendo, portanto, considerados danos individuais aqueles que atingem apenas uma pessoa e sociais ou transindividuais aqueles que atingem uma coletividade.²²⁰

Os danos materiais são os “prejuízos econômicos que decorrem de uma determinada ofensa ao direito alheio”²²¹. Eles

²¹⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 7, p. 9.

²²⁰ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil: obrigações e responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 2, p. 305.

²²¹ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 374.

atingem o patrimônio presente ou futuro da vítima.²²²

Já o dano moral ou extrapatrimonial é aquele que fere direitos personalíssimos. Segundo Maria Celina Bodin de Moraes²²³, ele pode ser assim conceituado:

[...] dano moral é aquele que, independentemente de prejuízo material, fere direitos personalíssimos, isto é, todo e qualquer atributo que individualiza cada pessoa, tal como a liberdade, a honra, a atividade profissional, a reputação, as manifestações culturais e intelectuais, entre outras. O dano é ainda considerado moral quando os efeitos da ação, embora não repercutam na órbita de seu patrimônio material, originam angústia, dor, sofrimento, tristeza ou humilhação à vítima, trazendo-lhe sensações e emoções negativas.

O dano moral está devidamente amparado pela Constituição Federal, pelo

Código Civil e pelo Código de Defesa do Consumidor, desta forma, todo fornecedor que causar algum dano que venha a ferir os direitos personalíssimos dos consumidores está obrigado a repará-lo.²²⁴

A responsabilidade civil em decorrência da perda do tempo gera o dever de indenizar moralmente o ofendido.

O nexó de causalidade, por sua vez, é o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado²²⁵, portanto, ele é o *elemento referencial*²²⁶ entre a conduta do agente e o resultado.

Desta forma, não basta apenas o dano para que se possa responsabilizar; é necessário fazer a identificação do agente e demonstrar a relação entre a sua conduta e os efeitos que a mesma gerou.

²²² “Dano emergente, também chamado positivo, este, sim, importa efetiva e imediata diminuição no patrimônio da vítima em razão do ato ilícito.” Já quando o “ato ilícito pode produzir não apenas efeitos diretos e imediatos no patrimônio da vítima (dano emergente), mas também mediatos ou futuros, reduzindo ganhos, impedindo lucros, e assim por diante. Aí teremos o lucro cessante.” CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 74.

²²³ MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 157.

²²⁴ Segundo Maria Celina Bodin de Moraes, “Aquele que sofre um dano moral deve ter direito a uma satisfação de cunho compensatório. Diz-se compensação, pois o dano moral não é propriamente indenizável;

‘indenizar’ é palavra que provém do latim ‘in dene’, que significa devolver (o patrimônio) ao estado anterior, ou seja, eliminar o prejuízo e suas conseqüências – o que, evidentemente, não é possível no caso de uma lesão de ordem extrapatrimonial. Prefere-se, assim, dizer que o dano moral é compensável, embora o próprio texto constitucional, em seu artigo 5º, X, se refira à indenização do dano moral.” MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 145.

²²⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 47.

²²⁶ LISBOA, Roberto Senise. Manual de Direito Civil: obrigações e responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 2, p. 307.

Responsabilidade civil subjetiva e objetiva

A responsabilidade civil pode ser classificada como subjetiva ou objetiva, levando em conta os fatores culpa ou dolo²²⁷ e o risco.

A responsabilidade subjetiva é aquela calcada na culpa ou dolo do agente causador do dano em decorrência de uma ação ou omissão. Nesta modalidade, a vítima somente será reparada pelo dano sofrido se provada a culpa do agente.

Referida teoria vem com uma fundamentação ostensiva através do Código Napoleão, mas especificadamente através do artigo 1.382, que disciplinava que aquele que causasse um dano era obrigado a repará-lo. No direito brasileiro, o Código Civil de 1916, em seu artigo 159, também preconizava a reparação de forma subjetiva.²²⁸

No Código Civil atual, o artigo 186 determina que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

A grande inovação trazida pelo Código Civil de 2002 foi a inclusão da possibilidade de se reparar o dano, ainda que excepcionalmente, moral.

São pressupostos da responsabilidade subjetiva: o elemento formal, que é a violação de um dever jurídico mediante uma conduta voluntária; um elemento subjetivo – dolo ou culpa – e o elemento causal-material, que é o dano e a respectiva causalidade.²²⁹

A conduta voluntária se manifesta através da ação ou omissão, consiste na conduta comissiva ou omissiva do agente que acaba gerando o dano a ser indenizado; o dano ou dolo é o prejuízo advindo da conduta voluntária; o nexo de causalidade é o ponto de ligação entre a causa e o efeito.

Desta forma, a teoria da responsabilidade subjetiva “erige em pressuposto da obrigação de indenizar, ou de reparar o dano, o comportamento culposo do agente, ou simplesmente a sua culpa, abrangendo no seu contexto a culpa propriamente dita e o dolo do agente.”²³⁰

Concluimos que a prova da culpa ou do dolo é essencial para se caracterizar a

²²⁷ Compartilhamos do entendimento de Sergio Cavaliere Filho de que a culpa na responsabilidade subjetiva deve ser entendida em um sentido amplo, ou seja, entende-se a culpa não somente no sentido stricto sensu, como também o dolo. CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p.16.

²²⁸ SILVA, Caio Mario Pereira da. Responsabilidade civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 19.

²²⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 9. ed. SP: Atlas, 2010. p. 18.

²³⁰ SILVA, Caio Mario Pereira da. Responsabilidade civil, p. 35.

responsabilidade subjetiva, e ela é o regime geral no Código Civil brasileiro.

Em virtude da transformação da sociedade, importantes trabalhos, em especial realizados na Itália, na Bélgica e na França, começaram a sustentar a chamada responsabilidade objetiva, sem culpa, calcada na “teoria do risco”²³¹, isto em virtude de várias situações onde a prova da culpa ou dano se mostrava injusta com o ofendido, já que em determinadas situações era muito difícil ou até mesmo impossível fazer tal prova. O instituto foi se aperfeiçoando e criou-se a teoria da responsabilidade objetiva.

Em meados do século XIX, a responsabilidade civil objetiva foi tomando corpo e apareceu como um “sistema autônomo no campo da responsabilidade civil.”²³²

A responsabilidade objetiva aparece disciplinada no parágrafo único do artigo 927 e artigo 931 do Código Civil; no Código de Defesa do Consumidor; na Lei de Acidentes de Trabalho; no Código Brasileiro da Aeronáutica – Lei 7.565/86; na Lei que trata dos danos causados ao meio ambiente – Lei 6.938/81, dentre outras. Como podemos observar, a responsabilidade civil objetiva foi

tomando força em nosso ordenamento jurídico.

Enquanto na responsabilidade subjetiva o elemento culpa ou dolo deve estar presente, na responsabilidade objetiva a culpa é presumida, e o autor da demanda precisa demonstrar o nexo de causalidade entre a ação ou omissão e o dano gerado.

Caio Mário da Silva Pereira²³³, ao discorrer sobre o assunto, menciona que:

A doutrina objetiva, ao invés de exigir que a responsabilidade civil seja a resultante dos elementos tradicionais (culpa, dano, vínculo de causalidade entre uma e outro) assenta na equação binária cujos pólos são o dano e a autoria do evento danoso. Sem cogitar a imputabilidade ou investigar a antijuridicidade do fato danoso, o que importa é assegurar o ressarcimento é a verificação se ocorreu o evento e se dele emanou prejuízo [...]

Fica latente que na responsabilidade objetiva, o elemento culpa ou dolo não precisa ser analisado; o que importa é o nexo de causalidade e a consequência advinda da ação ou omissão do agente.

²³¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 9. ed. SP: Atlas, 2010. p. 16.

²³² GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 4, p. 31.

²³³ SILVA, Caio Mario Pereira da. Responsabilidade civil. 2. ed. RJ: Forense, 1991. p. 287.

Responsabilidade civil no código de defesa do consumidor

A responsabilidade objetiva vem preconizada no Código de Defesa do Consumidor, com exceção da responsabilidade pessoal dos profissionais liberais, que, a teor do parágrafo 4º do artigo 14²³⁴, é apurada mediante a verificação da culpa.

Diferentemente do Direito Civil, que distingue a responsabilidade contratual da extracontratual, o diploma consumerista tratou de disciplinar a responsabilidade pelo fato do produto e do serviço e a responsabilidade pelo vício do produto e serviço.

Ao legislar sobre a responsabilidade pelo fato do produto ou serviço, o legislador tomou como preocupação principal a proteção com a saúde e a segurança de todos os consumidores, de modo direto ou por equiparação.

Sérgio Cavalieri Filho²³⁵ aponta a diferença entre “fato do produto” e “vício do produto”:

A palavra-chave neste ponto é defeito. Ambos decorrem de um defeito do produto ou do serviço, só

que no fato do produto ou do serviço o defeito é tão grave que provoca um acidente que atinge o consumidor, causando-lhe dano material ou moral. É também chamado de defeito de segurança porque compromete a segurança do produto ou serviço, gerando riscos à incolumidade do consumidor ou de terceiro. Vício, por sua vez, é defeito menos grave, circunscrito ao produto ou serviço em si; um defeito que lhe é inerente ou intrínseco. É chamado de vício de adequação porque apenas causa o mau funcionamento, utilização ou fruição do produto ou do serviço; compromete a sua prestabilidade.

Concluímos que o “fato do produto” gera a falta de segurança para o consumidor, podendo vir a acarretar um acidente de consumo, enquanto que o “vício do produto” gera uma inutilidade total ou parcial do produto, interferindo na sua correta destinação.

O vício pode ser entendido como “falhas ocultas ou aparentes, que afetam apenas o próprio produto ou serviço tornando-os inadequados ao uso a que se destinam por não apresentarem a qualidade ou quantidade esperada pelo consumidor ou por deficiência de informação.”²³⁶

A responsabilidade decorrente do vício do produto ou do serviço decorre de uma “violação a um dever de adequação”²³⁷. Por adequação podemos entender “a qualidade do

²³⁴ Art. 14 [...]

§ 4º - A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

²³⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 9. ed. SP: Atlas, 2010. p. 488.

²³⁶ LIMA, Clarissa Costa de. Dos vícios do produto no novo Código Civil e no CDC. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Coords). Doutrinas essenciais: responsabilidade civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 4, p. 765.

²³⁷ MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 2. ed. SP: RT, 2010. p. 410.

produto ou serviço de servir, ser útil, aos fins que legitimamente dele se esperam.”²³⁸

Responsabilidade civil pela perda do tempo

Pois bem, feitas as colocações pertinentes, passamos a enfrentar o tema central do nosso trabalho: a responsabilidade civil pela perda do tempo, conhecida também por teoria do desvio produtivo do consumidor.

O voto emanado pelo Excelentíssimo Desembargador Jones Figueiredo Alves, do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, Apelação Civil nº 230521-7, traz uma forte reflexão sobre o tempo:

Em ser assim, diante do tempo e de todo tempo, determinado e preciso, o tempo que não para, o tempo que não cessa, tempo implacável e inexorável, há que se dizer, platonicamente, antes de qualquer tempo, que o tempo é a imagem móvel da eternidade imóvel e que, por isso mesmo, as horas e os dias talvez sejam, como pensou Marcel Proust, iguais para um relógio, mas não para um homem.

Diante dessa reflexão, podemos dizer que o desperdício do tempo deve ser indenizado.

Note-se que a má prestação de um serviço, que extrapole a razoabilidade e que leve o consumidor à exposição de um

sentimento de frustração, descaso, irritabilidade e que perturbe a sua paz, gera o dever de indenizar frente aos ditames da responsabilidade civil, bem como do princípio constitucional da dignidade humana.

Mas qualquer perda de tempo deve ser indenizada? Como mensurar esse tempo?

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, LXXVIII, assegura a razoável duração do processo. No âmbito do direito do consumidor, a Lei do SAC – 6.523/08 garante, dentre outras disposições, um atendimento com qualidade, eficácia, eficiência e cordialidade, consoante preceitua o artigo 8º.

Desta forma, ligar no serviço de atendimento ao consumidor e contar o mesmo fato para dois, três, quatro atendentes ou mais gera uma perda de tempo, e esta deve ser indenizada.

Adquirir um veículo zero quilômetro e ter de voltar à concessionária inúmeras vezes para sanar os defeitos que apareceram também gera o dever de indenizar.

O critério tempo deve ser analisado dentro do caso concreto. A ocorrência sucessiva de mau atendimento ao consumidor, que acaba gerando a perda do tempo, tem levado nossos Tribunais a firmarem entendimento de que existe a possibilidade de reparação do dano.

²³⁸ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*, p. 410.

Civil. Compra e venda de veículo. Ação objetivando a substituição do veículo. Cumulação com pedido de indenização por danos morais. Sentença de procedência. Pretensão à reforma manifestada por ambas as rés (concessionária e fabricante). Veículo "zero quilômetro" que apresentou sucessivos defeitos, ensejando diversas idas e vindas à concessionária. Recurso da concessionária. Petição inicial apta, que bem pode ser compreendida, como o foi, à luz da defesa apresentada. Interesse processual patente. Arguição de ilegitimidade passiva e ativa que não pode ser acolhida, pois deve ser aferida "in statu assertionis". Responsabilidade solidária a teor do parágrafo único do artigo 7º do CDC. Conjunto probatório que ampara a pretensão autoral. Razões recursais sem potência de alterar a solução dada à causa. Danos morais configurados. Não se mostra razoável um veículo, adquirido "zero quilômetro", necessitar de diversas trocas do motor, além de inúmeros reparos. Aplicação da teoria do desvio produtivo do consumidor. Quantum indenizatório mantido, por isso que razoavelmente arbitrado. Recurso da fabricante. Ausência de impugnação específica na contestação relativamente às alegações e documentos dos autos. Razões recursais que não impugnaram especificamente os fundamentos da sentença nem a prova dos autos, restritas à alegação genérica quanto a propalada ausência de vício de fabricação e inexistência de dano moral.

RECURSOS DESPROVIDOS.

(TJSP; Apelação 1018023-70.2015.8.26.0577; Relator (a): Mourão Neto; Órgão Julgador: 27ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José dos Campos - 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 28/01/2019; Data de Registro: 28/01/2019) – grifamos.

Note-se que os julgados vêm no sentido de fixar um valor, a título de dano moral, que possa reparar a perda do tempo amargurada pelo consumidor.

Concluimos então que a perda do tempo, esse desperdício do tempo, gera o dever de indenizar, devendo ser levados em consideração os critérios de razoabilidade e proporcionalidade para ser fixado o *quantum* a ser indenizado.

Ao admitir a aplicação da tese aqui apresentada, estaremos começando a trilhar um novo caminho da responsabilidade civil, que passará a indenizar o tempo perdido, aquele que poderia ter sido aplicado para o exercício de tantas outras atividades que melhor atendessem às necessidades do lesado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. SP: Atlas, 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 23 ed. São Paulo. Saraiva, 2009. v. 7.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Princípios de direito civil luso-brasileiro: direito das obrigações*. São Paulo: Max Limonad, 1951. v. 2.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 4.

LIMA, Clarissa Costa de. Dos vícios do produto no novo Código Civil e no CDC. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Coords). *Doutrinas essenciais: responsabilidade civil*. São Paulo: RT, 2010. v. 4. p.759-778.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil: obrigações e responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 2.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. SP: RT, 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

NERY, Rosa Maria de Andrade. *Noções preliminares de direito civil*. SP: RT, 2002.

PEREIRA, Caio Mario da. *Responsabilidade civil*. 2. ed. RJ: Forense, 1991.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. SP: RT, 2004.

**O DIREITO À MEMÓRIA ANCESTRAL:
NOTAS PRELIMINARES SOBRE A
PROPOSTA DE TUTELA DE UM
NOVO DIREITO RELACIONADO À
CONSTELAÇÃO FAMILIAR E A
RESPONSABILIDADE DECORRENTE
DE SUA VIOLAÇÃO**

Ivan de OLIVEIRA DURÃES²³⁹

Resumo

O presente artigo tem por objetivo apresentar à comunidade jurídica uma nova espécie de direito, vinculado aos direitos das famílias. Trata-se do que denominamos de Direito à Memória Ancestral, cuja proposta centra-se na compreensão de que, assim como nas sociedades clássicas, as famílias atuais guardam um conjunto de afetos relacionados aos seus laços de ancestralidade, sendo esse um bem jurídico digno de proteção, a partir de reflexos decorrentes da condição atual dos direitos fundamentais. Em consequência, este ensaio ainda discute as bases para a reparação civil de danos suportados pela violação do Direito à Memória Ancestral.

Palavras-chave: Direito à Memória Ancestral. Constelação Familiar. Responsabilidade Civil. Direitos Fundamentais. Dano Reparável.

Abstract

The purpose of this article is to introduce to the legal community a new type of law, associated with family rights. It is about what is called Right to an Ancestral Memory, which proposal focuses on the understanding that, as well as

²³⁹ Pós-doutor em Direito pela Universidade de Coimbra. Pós-doutor em Ciências da Religião pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pós-doutorando em Antropologia pela PUC/SP (participante do grupo Cultura, Identidade e Memória). Doutor e Mestre em Direito. Mestre

classical families, the present families keep a set of affections related to their ancestral ties, being a legal good worthy of protection, according to reflections based on the current condition of fundamental rights. Due to this fact, this essay still discusses the bases for the civil reparation of damages supported by the violation of the Right to an Ancestral Memory.

Keywords: Right to an Ancestral Memory. Family constellation. Civil Responsibility. Fundamental Rights. Reparable Damage.

INTRODUÇÃO

Este artigo científico diz respeito a um ensaio em que propomos uma nova espécie de direito, atrelado aos direitos das famílias, com íntima relação com os direitos fundamentais. Este novo direito é por nós denominado de Direito à Memória Ancestral.

Os tópicos que ora seguem compreendem nossos apontamentos propedêuticos de um projeto maior que estamos a desenvolver. Assim, nestas linhas tem-se um opúsculo com vistas a demonstrar que as famílias contemporâneas, assim como as famílias do passado remoto, guardam relações afetivas com os seus ancestrais que, em nosso sentir, merecem pronta tutela jurídica.

De longa data, o direito pátrio reserva espaço para a tutela das relações afetivas, no seio das atuais constelações familiares²⁴⁰,

em Ciências da Religião. Professor Universitário.

²⁴⁰ Por meio da expressão “constelações familiares”, fazemos referência às múltiplas formas pelas quais as famílias se constituem e se organizam. O termo constelação é utilizado exatamente para fortalecer a ideia de que o

motivo pelo qual apontamos uma nova categoria de direito, o *Direito à Memória Ancestral*, que na hipótese de sua efetiva ou provável violação abre espaço para a respectiva tutela jurisdicional.

A apresentação do tema que se segue não tem características dogmáticas, dada a sua pretensão de provocar reflexões aos leitores deste periódico. O direito é um campo fértil para novas propostas e pontos de partida. Diante disso, segue o presente artigo para meditação dos pesquisadores que se interessam pelo estado atual do direito e as suas orquestrações reais e simbólicas.

A Memória Ancestral na Antiguidade Greco-Romana

A morte sempre foi um mistério no curso da história. A mortífera cessação da vida é o primeiro mistério; “ela colocou o homem no caminho dos outros mistérios”²⁴¹. Na narrativa de Platão, Sócrates, em seus últimos instantes de vida, faz uma troça com os que

assistiam a sua condenação à pena de morte. Disse o condenado: “é chegada a hora de partirmos, eu para a morte, vós para a vida. Quem segue melhor rumo, se eu, se vós, é segredo para todos, menos para a divindade”²⁴². Com estas palavras, em nosso sentir, Sócrates recoloca uma questão bastante curiosa: *Qui habitus coram morte?* Ou seja, *como comportar-se diante da morte?* Os povos antigos, cada um ao seu modo, tinham suas maneiras de lidar com o passamento: ora com assombro, ora com esperança.

Os gregos e os romanos, e demais povos antigos, criaram um conjunto de práticas destinadas a promover honrarias aos finados, fossem eles ricos ou pobres²⁴³. Os vivos eram obrigados a ornamentar as sepulturas, depositar alimentos nas lápides, cuidar da aparência dos jazigos. Criou-se com essa relação com as sepulturas uma espécie de religião da morte, na medida em que, para eles, “cada morto era um deus”²⁴⁴.

Lembra Mumford que “a primeira coisa que saudava o viajante que se

direito de família não regulamenta apenas a família patriarcal, oriunda do casamento, com uma relutante tolerância ao instituto da união estável, como uma instituição social inferior. Em sentido contrário, há várias maneiras de se constituir famílias, devendo o direito viabilizar as correspondentes tutelas a cada uma delas e, neste sentido, permitir que todas as espécies de famílias sejam devidamente tuteladas pelo Estado.

²⁴¹ FUSTEL DE COLANGES, Numa-Denis. *A Cidade Antiga: estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*. Trad. José Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 33.

²⁴² PLATÃO. *Defesa de Sócrates*. Trad. Jaime Bruna. São Paulo: Victor Civita, 1972, p. 33.

²⁴³ No Brasil oitocentista, não era diferente a prática de prestar honrarias diversas aos mortos. A propósito, vide: REIS, João José. *A morte é uma Festa: rituais fúnebres e revolta popular no Brasil do século XIX*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

²⁴⁴ FUSTEL DE COLANGES, Numa-Denis. *A Cidade Antiga: estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*. Trad. José Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 29.

aproximava de uma cidade grega ou romana era a fila de sepulturas e lápides que ladeavam as suas estradas²⁴⁵. As necrópoles realizaram o papel de dar sentido²⁴⁶, significados²⁴⁷ e movimentação aos vivos. Ainda hoje, quando percorremos o Egito, as tumbas faraônicas permaneceram como firmes testemunhas do impacto que os mortos exerciam e exercem na rotina dos vivos.

A tumba não era apenas um lugar para depositar o corpo inerte, mas era um espaço representativo da nova morada do finado, guardando um importante conteúdo simbólico, acompanhado de diversas manifestações rituais e honrarias²⁴⁸. Mas, antes da morte, era garantido aos parentes acompanhar o suplício do enfermo, dado o fato de que a morte não assustava os vivos.

²⁴⁵ MUMFORD, Lewis. *A Cidade na Histórica: suas origens, transformação e perspectivas*. Trad. Neil R. da Silva. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 13.

²⁴⁶ RESENDE, Eduardo Coelho Morgad. *Cemitérios*. São Paulo: Necrópolis, 2007.

²⁴⁷ RESENDE, Eduardo Coelho Morgad. *O céu aberto na terra: uma leitura dos cemitérios na geografia urbana de São Paulo*. São Paulo. E. C. M. Rezende, 2006.

²⁴⁸ SANTOS, Sandra Ferreira. *Ritos funerários na Grécia antiga: um espaço feminino*. Acesso em: 01/09/2013 VOVELLE, Michel. *Imagens e imaginário na história*. São Paulo: Ática, 1997, p. 32.

²⁴⁹ Em português: “o morto se apodera do vivo”.

²⁵⁰ Cite-se, a título de exemplo, uma amostra de cemitérios mais visitados mundo afora: Cemitério Nacional de Arlington - Arlington, EUA; La Recoleta - Buenos Aires, Argentina; Trinity Churchyard - Nova York, EUA;

Há um antigo provérbio francês de conteúdo significativo: *le mort saisit le vif*²⁴⁹, que se aplica à notória influência que os mortos exercem sobre os vivos. Nos dias atuais, não é em vão que observamos o intenso crescimento do *necroturismo*²⁵⁰, pois os mortos ainda movimentam multidões²⁵¹⁻²⁵². Ainda, não podemos deixar de registrar que é fato notório que, não raro, a maioria de nossas pesquisas está alicerçada em teorias e teses de pessoas já mortas, por vezes, há centenas ou há milhares de anos.

Peso maior se atribuía aos mortos ancestrais, pois eles tinham o poder de estabelecer normas de conduta às famílias. Cada família tinha o direito-dever de prestar culto aos ancestrais, dado o fato de que eles, os mortos do passado, deveriam ser cultuados pelos vivos. Com isso, cada pessoa tinha a obrigação de fomentar a

Cemitério Boot Hill - Tombstone, Arizona, EUA; Hollywood Forever - Hollywood, EUA; Mt. Auburn - Cambridge, EUA; Père Lachaise - Paris, França; Cemitério Old Jewish - Praga, República Tcheca; San Michele - Veneza, Itália; St. Louis - Nova Orleans, EUA; Cemitério da Consolação - Brasil. (Fonte: <http://vidaeestilo.terra.com.br/turismo/necroturismo-os-cemiterios-mais-famosos-do-mundo-segundo-a-forbes>, f108392625237310VgnCLD100000bbcc eb0aRCRD.html pesquisa em 01.02.2019).

²⁵¹ Conf. SENNETT, Richard. *Carne e pedra: o corpo e a cidade na civilização ocidental*. Rio de Janeiro: Record, 1997.

²⁵² Conf. RODRIGUES, Cláudia. *A cidade e a morte: a febre amarela e seu impacto sobre os costumes fúnebres no Rio de Janeiro (1849-50)*. Revista História Ciência Saúde. Manguinhos, v. 1, n. 1, jul./out. 1994, Rio de Janeiro: Fundação Oswaldo Cruz, 1997.

fecundidade para que a religião doméstica fosse preservada, haja vista que “família desaparecida era culto morto”²⁵³.

No seio da religião familiar, o culto aos antepassados estava ligado à memória ancestral, devendo cada componente do núcleo lutar para que a memória de todos os seus mortos fosse preservada e defendida de ataques e infortúnios²⁵⁴. Um morto de uma determinada família, mesmo sendo ele jovem no instante do passamento, faria parte do rol dos antepassados digno de culto para aquele núcleo familiar. As crianças eram educadas sob essa perspectiva, sendo que na família o infante “tinha sua religião, praticava ritos, estava apto a fazer orações; cultuava ali os antepassados, e, mais tarde, ele devia ser ele mesmo, um antepassado a ser honrado”²⁵⁵.

Significativa é a passagem em que o rei de Tróia, Príamo, vai até a tenda de Aquiles reivindicar o corpo de Heitor para garantir a prática dos rituais fúnebres e a encomenda do corpo ao mundo dos mortos, colocando as moedas para que o barqueiro Caronte fizesse o transporte do finado²⁵⁶. Com isso, no imaginário grego, evidenciou-se a preservação da memória ancestral do falecido guerreiro que, na narrativa,

morreu em um combate honrado com o então invencível Aquiles.

Pelo que se observa acima, as instituições gregas e romanas criaram sólidos mecanismos para a proteção da memória ancestral, não havendo ruptura afetiva entre os finados e os vivos, pois mesmo após a morte eram aqueles venerados.

Direito à Memória Ancestral: Construção e Definição de uma Nova Categoria de Interesses Familiares

Diante do culto à ancestralidade presente, sobretudo, nas sociedades clássicas, bem como o respectivo cuidado com os mortos, temos a firme impressão de que cada família possui uma série de interesses imateriais dignos de preservação. Estes interesses imateriais vinculados às constelações familiares seguem-se inseridos no que aqui denominaremos *Direito à Memória Ancestral*. Neste item, segue-se uma definição mais bem articulada deste novo direito ora proposto.

Na constelação familiar, cada finado guarda um lugar de honra, sobretudo aqueles que têm suas histórias e manifestações afetivas

²⁵³ FUSTEL DE COLANGES, Numa-Denis. *A Cidade Antiga: estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*. Trad. José Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 29.

²⁵⁴ VERNANT, Jean-Pierre. *A Morte nos Olhos. Figuração do outro na Grécia Antiga*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

²⁵⁵ FUSTEL DE COLANGES, Numa-Denis. *A Cidade Antiga: estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*. Trad. José Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 69.

²⁵⁶ HOMERO. *Ilíada*. Trad. Carlos Alberto Nunes. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001, cânticos XXII e ss.

preservadas, transmitidas de uma geração à outra. Cultiva-se um sentimento de bem querer aos ancestrais. Cada família tem, sob sua guarda, um acervo cultural em que se encontram memórias dos respectivos ancestrais. Com esse cultivo, garante-se o sentido existencial do íntimo elemento que constrói a individualidade familiar, a ser inserido no *Direito à Memória Ancestral*.

O cultivo da memória ancestral não é exclusivo às sociedades antigas. Ainda hoje ele se encontra presente nas atuais famílias e, como tal, apresenta-se como um bem jurídico a ser tutelado em nosso ordenamento jurídico. No geral, as pessoas nutrem um bem querer aos seus ancestrais, mesmo que não os tenham conhecido ou que não possuam nenhuma informação a respeito de suas características. No âmbito do afeto, há um bem querer, em função do simples fato de se estar diante de um antepassado, que faz parte do acervo de interesses afetivos do clã familiar.

Mas, afinal, qual é o conteúdo do *Direito à Memória Ancestral*? Entendemos que o *Direito à Memória Ancestral* compreende o conjunto de bens imateriais relativos ao patrimônio existencial de cada família, sendo manifestação de interesses de preservação e de defesa das narrativas e registros históricos, cuja titularidade recai sobre cada família em suas relações afetivas com os seus ancestrais. Trata-se de bem de natureza *transindividual* (coletivo) cuja preservação e defesa pertencem a todos os

parentes vinculados afetivamente. Logo, o *Direito à Memória Ancestral* é indivisível, pois pertence simultaneamente a todos os membros da família, como uma emanção contínua do acervo cultural do núcleo familiar, com suporte no sentimento de valorização da ancestralidade.

O *Direito à Memória Ancestral* não se confunde com o direito da personalidade, não sendo sequer sua subespécie. Vai além dos direitos da personalidade, pois se destaca da pessoa do finado e compõe nova categoria de interesses pertencentes a uma determinada família, que tem o direito de ver a memória de seus ancestrais preservada e defendida, como uma manifestação de seu acervo cultural. Trata-se, como anotamos acima, de uma nova espécie de direito, que ora se propõe. Dada a sua importância e riqueza de significados, a violação desse direito sugere a respectiva reparação.

Seguem-se as primeiras notas sobre a nossa proposta relativa à tutela do dano causado à memória ancestral de um determinado núcleo familiar, a partir da proteção dos direitos fundamentais.

A Tutela Constitucional da Reparação de Danos Causados ao *Direito à Memória Ancestral*

A morte gera efeitos jurídicos que não se encerram na transmissão da herança aos herdeiros sucessíveis. Nesta linha de

raciocínio, o Direito Civil abre espaço para a tutela dos interesses da memória ancestral mesmo após o passamento de um membro da família. De acordo com nossa perspectiva, isso se dá em decorrência da possibilidade da tutela jurídica do *bem de memória ancestral*. Classe de bens, de natureza coletiva e imaterial, por nós proposta no tópico anterior.

Apesar de o artigo 6º do Código Civil dispor que a existência da pessoa natural termina com a morte²⁵⁷, não há hermenêutica que permita afirmar que a memória do finado esteja descoberta de tutela jurídica. Longe disso.

Acenamos para a possibilidade jurídica de defesa de um novo direito, para além dos direitos da personalidade do *de cujos*. Trata-se de tutela da natural afetividade que a família nutre pelos seus ancestrais, aqui entendida como um direito próprio, coletivo e indivisível. Sustentamos, ainda, que a tutela ao direito à memória ancestral poderá ser objeto de tutela tanto nas vias judiciais como extrajudiciais, dada a notória importância de se preservar a memória ancestral de clãs familiares.

O que aqui propomos não é absolutamente estranho ao direito pátrio. O artigo 12 do Código Civil prevê a tutela de direitos da personalidade envolvendo pessoa

morta, elencando como os legitimados para essa proteção os parentes sucessíveis. Essa abertura legislativa direcionou doutrina à tentativa de determinar a titularidade desse direito de tutela da personalidade jurídica *post mortem*.

No relato de Menezes Cordeiro²⁵⁸, há três correntes: a) a personalidade do morto não se extingue *in totum*, restando um resíduo a ser tutelado em seu nome; b) o direito da personalidade extingue-se totalmente com a morte. Não obstante, a tutela se dá em defesa da memória do finado; c) a tutela se dá em benefício dos vivos, sendo este um direito autônomo e individual do familiar.

Por outro lado, o Direito à Memória Ancestral, para além do que até então se discutiu acerca da tutela dos direitos da personalidade, entra noutra categoria de interesses que, em nosso sentir, acampa o direito coletivo e individual, permitindo que o membro de uma família, em nome próprio e também em nome do clã familiar do qual ele faça parte, ajuíze demanda para a preservação do acervo correspondente à memória ancestral para impedir ou reparar dano provocado ao acervo da memória ancestral da família sob ataque.

Quando um parente ajuíza demanda para proteger a honra de pessoa falecida em

²⁵⁷ A respeito da extinção e da tutela da personalidade jurídica, sob a ótica da Constituição Federal, vide: TEPEDINO, Gustavo. *A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro*.

In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil. Tomo I. 3 ed. RJ: Renovar, 2004.*

²⁵⁸ CORDEIRO, Menezes. *Tratado de Direito Civil Português: Parte geral. Coimbra: Almedina, 2000, p. 514 e ss.*

sua família, em verdade o interesse de tutela está relacionado à preservação do acervo cultural envolvendo os ancestrais do referido núcleo de indivíduos ligados por laços afetivos. Não se trata de uma medida apenas atrelada ao autor de eventual demanda judicial (ou procedimento extrajudicial); a manifestação do familiar tem como consequência a preservação de interesses de todo o seu núcleo. Assim, estaremos diante da possibilidade de um determinado indivíduo defender interesses em nome próprio, com consequências que se espelham em toda a sua respectiva família. Defenderá, também, interesses de terceiros, sendo estes terceiros seus parentes ligados às significações da memória ancestral que diz respeito ao grupo familiar correspondente.

Diante da compreensão da existência de um direito, o Direito à Memória Ancestral, inerente à família, há de se considerar a sua consequente tutela, sobretudo quando se propõe pensar a família (e todo o Direito²⁵⁹⁻²⁶⁰)

²⁵⁹ Vide: *SILVA, Virgílio Afonso. A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.*

²⁶⁰ *Acerca da constitucionalização do direito, não ficam de lado as relações de natureza privada, pois, na atual técnica hermenêutica, todos os ramos das relações sociais sofrem influência dos direitos fundamentais. A respeito, vide: CANARIS, Claus-Wilhelm. A Influência dos Direitos Fundamentais sobre o Direito Privado na Alemanha. Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais. N° 3. Jan-jul de 2004. Belo Horizonte: Del Rey, 2004; ALEXY, Robert. Teoria de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios*

a partir da Constituição Federal. Destarte, temos folga em destacar que o comando constitucional de que “a lei não afastará da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito” (CF, art. 5º, XXXV) abarca a tutela jurídica do direito à memória ancestral. Portanto, sendo a memória ancestral violada, ou estando em risco de violação, espera-se a possibilidade de mobilização de instrumentos jurídicos para a sua correspondente preservação e defesa.

Quando se cogita a tutela jurídica do Direito à Memória Ancestral, essa tutela propriamente dita solidifica-se, entre nós, como um direito fundamental constitucionalmente amparado, sendo possível, em nossa ótica, se cogitar que a legitimidade ativa, para fazer evitar ou reparar lesão à memória ancestral, seja atribuída a todos os membros pertencentes ao clã familiar cujos valores de ancestralidade foram atingidos. Desde a promulgação da Constituição de 1988, a família foi atingida pela órbita e efeitos dos direitos fundamentais²⁶¹. Cite-se, por exemplo, o

Políticos e Constitucionales, 1979; GUERRA FILHO, Willis. Direito das Obrigações e Direitos Fundamentais: sobre a projeção do princípio da proporcionalidade no direito privado. Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais. N° 1. Jan-jun de 2003). Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

²⁶¹ *A tutela da pessoa humana, em sua integralidade, está diretamente relacionada aos direitos fundamentais. A propósito, vide: SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. A esse respeito, o retorno dessa perspectiva demonstraria um retrocesso (SARLET, Ingo Wolfgang. A*

direito fundamental à igualdade, que impõe a isonomia entre casais²⁶² e pares afetivos.

A tutela jurídica da reparação de dano provocado à memória ancestral assume características de direito fundamental, na medida em que estamos diante de um bem de interesse às faculdades mais comezinhas da natureza humana, qual seja: o sentido de pertencimento e de relação afetiva de cada indivíduo aos seus ancestrais, fazendo valer a preservação da memória de seus entes queridos, de maneira efetiva.

Os direitos fundamentais não são estáticos, mas acolhem a possibilidade da construção de novos mecanismos para a tutela da pessoa humana, bem como dos grupos sociais que lhe dão suporte. Neste caso, levando-se em conta que o direito à memória ancestral está intimamente vinculado à tutela existencial da família, a imposição de reparação civil decorrente de dano à memória ancestral é de rigor, e consentâneo à atual dinâmica dos direitos fundamentais. No Estado Democrático, campo para gozo dos direitos fundamentais, não há sustentação para a impune violação dos direitos mantenedores da experiência da vida, sem a imposição da correspondente composição do dano, seja ela real ou iminente.

Considerações Finais

O Direito é uma via aberta a horizontes de possibilidades para construções intelectuais, com efeitos teóricos e práticos à realidade social. Diante disso, apresentou-se neste artigo nossa proposta de uma nova espécie de Direito, o *Direito à Memória Ancestral*, diretamente vinculado aos direitos das famílias e à constitucionalização do direito privado. A violação ou possível violação dos bens que compõem a memória ancestral de um determinado núcleo familiar reclama a imediata possibilidade de tutela judicial, com vistas à imposição da respectiva responsabilidade civil.

Trata-se de uma proposta que ora se apresenta à comunidade acadêmica, em que a compreensão do acervo hereditário dos ancestrais familiares não se resume num conjunto de bens, mas também em sentimentos de afeto que merecem tutela jurídica. Eis nossas primeiras considerações a respeito do Direito à Memória Ancestral, com votos de boas reflexões aos futuros leitores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: dignidade da pessoa humana, Direitos Fundamentais e proibição de retrocesso social no Direito Constitucional Brasileiro. Revista de Direito Social. Porto Alegre. Ano 4, nº 14, p. 9-49, abr- jun de 2004).

²⁶² LOBO NETO. Paulo Luiz. *A Repersonalização das Relações de Família. In: Revista Brasileira de Direito de Família. Nº 24. Ano VI. Jun-jul/2004.*

- ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 1979.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *A Influência dos Direitos Fundamentais sobre o Direito Privado na Alemanha*. Revista Latinoamericana de Estudos Constitucionais. Nº 3. Jan-jul de 2004. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- CORDEIRO, Antonio Menezes. *Tratado de Direito Civil Português: Parte geral*. Coimbra: Almedina, 2000.
- FUSTEL DE COLANGES, Numa-Denis. *A Cidade Antiga: estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*. Trad. José Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- GUERRA FILHO, Willis. *Direito das Obrigações e Direitos Fundamentais: sobre a projeção do princípio da proporcionalidade no direito privado*. Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais. Nº 1. Jan-jun de 2003). BH: Del Rey, 2003.
- HOMERO. *Iliada*. Trad. Carlos Alberto Nunes. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.
- LOBO NETO, Paulo Luiz. *A Repersonalização das Relações de Família*. In: Revista Brasileira de Direito de Família. Nº 24. Ano VI. Jun-jul/2004.
- MUMFORD, Lewis. *A Cidade na Histórica: suas origens, transformação e perspectivas*. Trad. Neil R. da Silva. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- PLATÃO. *Defesa de Sócrates*. Trad. Jaime Bruna. São Paulo: Victor Civita, 1972.
- REIS, João José. *A morte é uma Festa: rituais fúnebres e revolta popular no Brasil do século XIX*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- RESENDE, Eduardo Coelho Morgad. *Cemitérios*. São Paulo: Necropolis, 2007.
- _____. *O céu aberto na terra: uma leitura dos cemitérios na geografia urbana de São Paulo*. São Paulo: Necropolis, 2006.
- RODRIGUES, Cláudia. *A cidade e a morte: a febre amarela e seu impacto sobre os costumes fúnebres no Rio de Janeiro (1849-50)*. Revista História Ciência Saúde. Manguinhos, v. 1, n. 1, jul./out. 1994, Rio de Janeiro: Fundação Osvaldo Cruz, 1997.
- SANTOS, Sandra Ferreira. *Ritos funerários na Grécia antiga: um espaço feminino*. In: VOVELLE, Michel. *Imagens e Imaginário na História*. São Paulo: Ática, 1997.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- _____. *A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: dignidade da pessoa humana, Direitos Fundamentais e proibição de retrocesso social no Direito Constitucional Brasileiro*. Revista de Direito Social. Porto Alegre. Ano 4, nº 14, p. 9-49, abr- jun de 2004.
- SENNETT, Richard. *Carne e pedra: o corpo e a cidade na civilização ocidental*. Rio de Janeiro: Record, 1997.
- SILVA, Virgílio Afonso. *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. T. I. RJ: Renovar, 2004.

VERNANT, Jean-Pierre. *A Morte nos Olhos*. Figuração do outro na Grécia Antiga. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

DESCOBERTA: UMA VISÃO GERAL DO INSTITUTO

Antonio Carlos MORATO²⁶³

Resumo

O instituto da descoberta previsto no Código Civil apresenta um interessante ponto de intersecção com normas morais e religiosas, uma vez que a localização de um bem perdido não constitui forma de aquisição da propriedade móvel para o descobridor e gera, ao contrário, um dever de restituir o bem perdido ao titular do domínio. Há, todavia, a possibilidade de recompensar o descobridor assim como de ressarcir as despesas que efetuou para localizar o titular do bem perdido.

Palavras-chave: Descoberta. Dever de restituição. Direito de Propriedade.

Abstract

The institute of finding provided in the Civil Code presents an interesting point of intersection with moral and religious norms, since the location of a lost property does not constitute a form of acquisition of the movable property for the finder and generates, on the contrary, a duty to retribute the lost good to the domain holder. There is, however, the possibility of rewarding the discoverer as well as reimbursing the expenses that he made to locate the holder of the lost good.

²⁶³ Antonio Carlos Morato – Advogado: Professor Associado do Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Acadêmico da Academia Paulista de Direito (cadeira 78); Livre-Docente, Doutor e Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) e bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

²⁶⁴ Utilizaremos neste artigo os vocábulos “bem” e “coisa” como sinônimos, não olvidando da

Keywords: Finding. Duty of restitution. Right to own property

Noções e análise histórica

O instituto da descoberta, em princípio, consiste na localização pelo *achador* de um bem²⁶⁴ móvel que foi perdido, que constitui hipótese bastante diferenciada daquela que envolve o bem abandonado ou que nunca teve proprietário, pois diante de bem perdido, não há a possibilidade de atribuir ao descobridor, desde logo, o direito de propriedade sobre o bem.

Pontes de Miranda definiu o *achador* como aquele “*que apanha coisa perdida*”, esclarecendo a necessidade de ir além da simples localização, vez que “*é preciso que na pessoa se complete o suporte fático*”, com dois elementos necessários: “*encontrar e apanhar, no sentido que tem no sistema jurídico brasileiro*”, podendo tanto ser alguém com capacidade plena, como aquele que é absolutamente incapaz ou relativamente incapaz²⁶⁵.

existência de distinções doutrinárias que os colocam ora como gênero de um, ora como gênero de outro, dependendo do posicionamento adotado pelo doutrinador.

²⁶⁵ Asseverou Pontes de Miranda que “*é achador tanto o que acha e recolhe a coisa para entregar ao dono, ou à autoridade pública, quanto o que dela se apossa como sua*” e “*se alguém encontra a coisa, a toma para examinar e depois a solta, não se fez achador*”. Especificamente quanto à descoberta, “*o achador não precisa saber se a coisa é nullius*

A Descoberta é regulada por normas que transcendem os limites do Código Civil (Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002), que a previu entre os arts. 1.233 e 1.237, sendo o instituto igualmente regulamentado por normas processuais (art. 746 da Lei 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil²⁶⁶), assim como o descumprimento do dever de restituição constitui um crime tipificado no art. 169, parágrafo único, II do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal)²⁶⁷.

No Direito norte-americano, por exemplo, existe a *Law of finders*²⁶⁸ (a lei do que foi encontrado, em tradução livre, cujo escopo é justamente o de proteger os

verdadeiros proprietários), o que denota que o tema não é de forma alguma irrelevante.

Pensamos que, para além da análise normativa do instituto da descoberta no Livro das Coisas do Código Civil, seria ainda possível estabelecer uma série de ilações a respeito da percepção do que é ser honesto, do que é certo ou do que é errado em determinada sociedade, quando a norma é cumprida espontaneamente (nunca é demais lembrar o conhecido ditado que diz que “o que é achado não é roubado”) por meio do ato de devolução ao proprietário ou ao legítimo possuidor e que é até motivo de manchetes de jornais.

Há alguns anos, os jornais de todo o país noticiaram – como um fato surpreendente

ou perdida”, frisando que “se é coisa sem dono, não é ele achador”, complementando que “o achador pode ser o incapaz, absoluta ou relativamente” (Cf. Pontes de Miranda. *Tratado de Direito Privado: Parte Especial: Direito das Coisas: Propriedade Mobiliária (bens corpóreos)*. T. XV. p. 197)

²⁶⁶ Seção VIII - Das Coisas Vagas - Art. 746. Recebendo do descobridor coisa alheia perdida, o juiz mandará lavrar o respectivo auto, do qual constará a descrição do bem e as declarações do descobridor. § 1º Recebida a coisa por autoridade policial, esta a remeterá em seguida ao juízo competente. § 2º Depositada a coisa, o juiz mandará publicar edital na rede mundial de computadores, no sítio do tribunal a que estiver vinculado e na plataforma de editais do Conselho Nacional de Justiça ou, não havendo sítio, no órgão oficial e na imprensa da comarca, para que o dono ou o legítimo possuidor a reclame, salvo se se tratar de coisa de pequeno valor e não for possível a publicação no sítio do tribunal, caso em que o edital será apenas afixado no átrio do edifício do fórum. § 3º Observar-se-á, quanto ao mais, o disposto em lei.

²⁶⁷ Apropriação de coisa havida por erro, caso fortuito ou força da natureza - Art. 169 - Apropriar-se alguém de coisa alheia vinda ao seu poder por erro, caso fortuito ou força da

natureza: Pena - detenção, de um mês a um ano, ou multa. Parágrafo único - Na mesma pena incorre: (...) Apropriação de coisa achada - II - quem acha coisa alheia perdida e dela se apropria, total ou parcialmente, deixando de restituí-la ao dono ou legítimo possuidor ou de entregá-la à autoridade competente, dentro no prazo de quinze dias.

²⁶⁸ Examinando a *Law of finders*, Jesse Dukeminier e James E. Krier mencionaram que “the statement regarding mislaid property is correct, but the statement regarding lost property is not – at least in some jurisdictions. Notice, for example, that the statement neglects the distinctions, suggested in *Hannah v. Peel*, having to do with the circumstances under which lost goods are found: Embedded in the soil, or not? found in a public place, or a private one Such considerations can matter, Should they ? The statement is also probably inaccurate as to abandoned property, meaning items intentionally and voluntarily relinquished, with no intent to reclaim. The dominant concern of law of finders – to protect true owners – drops out in the case of abandoned property, because the true owner has renounced any claim, but the interests of the owner of the place of the find remain. Should they count ?” (Cf. Jesse Dukeminier e James E. Krier . *Property* . 5a ed. p. 120)

– a devolução de uma carteira com todos os pertences por um gari do Rio de Janeiro, como se o fato de alguém trabalhar em uma profissão com baixa remuneração interferisse em um valor básico como a honestidade, e o que deveria ser a regra acaba por se tornar a exceção.

Uma rápida pesquisa na Internet permite verificar que, em outros países, notícias sobre fatos semelhantes são igualmente veiculadas, tais como “*Mendigo devolve carteira com US\$ 900*” ou “*Homem recebe de volta carteira perdida há 43 anos*”, ressaltando aqui que mais interessante do que a notícia em si é a indisfarçável surpresa com que os fatos foram noticiados.

Tais situações, voltando à questão no Brasil, constituem um bom teste para a eficácia dos princípios da *eticidade* e da *socialidade*

apregoados por Miguel Reale como decisivos na elaboração do Código Civil²⁶⁹.

Em nosso país há não só um dever moral, mas também um dever jurídico na entrega de um bem perdido que foi localizado por alguém. Tal diferença – tanto em nosso sistema jurídico como em alguns outros, pois é importante registrar a visão distinta consubstanciada no tratamento do tema pelo Direito Italiano – é fundamental, justamente pelo fato de a localização da coisa perdida não ensejar a aquisição do direito de propriedade em relação à coisa localizada.

A regra comporta exceções – como veremos na sequência – pois não podemos olvidar que, subsidiariamente, existirá a possibilidade de que a aquisição da propriedade ocorra nos limites estabelecidos pelo parágrafo único do art. 1237, só que em tal hipótese ocorrerá *ocupação*²⁷⁰, em razão do abandono do bem.

Lembramos que – ao contrário do Código Civil de 1916 – a descoberta (então denominada de *invenção*²⁷¹) estava inserida

²⁶⁹ De acordo com Miguel Reale, a *eticidade* e a *socialidade* foram “os princípios que presidiram a feitura do novo Código Civil, a começar pelo reconhecimento da necessária indenização de danos puramente morais e pela exigência de probidade e boa-fé tanto na conclusão dos negócios jurídicos como na sua execução” e ressaltou que “estabelecidos esses princípios, não foi mais considerada sem limites a fruição do próprio direito, reconhecendo-se que este deve ser exercido em benefício da pessoa, mas sempre respeitados os fins ético-sociais da comunidade a que o seu titular pertence” (Cf. Miguel Reale . *História do Novo Código Civil* . p. 207)

²⁷⁰ A *ocupação* deriva de “(‘*occupatio*’, de *ob* + *cupatio* > *occupatio*; *cupio* < *cupio*; de *cápere* = *segurar, ocupar*)”, sendo “o modo originário e não convencional de aquisição da propriedade de uma coisa sem dono (‘*res nullius*’), mediante a tomada de posse

(‘*corpus*’) e a intenção de tornar-se dono (‘*animus domini*’)”” (Cf. José Cretella Júnior. *Curso de Direito Romano*. 18^a ed. p. 208)

²⁷¹ Talvez a dificuldade de um tratamento à parte da *invenção* (ou da descoberta) decorra da própria utilização do termo “*inventor*” ou “*descobridor*” inserido no instituto do tesouro (no qual não há memória do proprietário) e que continua previsto como forma de aquisição da propriedade móvel – por meio da *ocupação* – a partir do art. 1264 do Código Civil em vigor. Sem dúvida alguma, esse é o inconveniente de um termo equívoco (que apresenta significado distinto em contextos diversos). Para tanto, basta lembrar que José Cretella Júnior, ao explicar o tesouro como espécie de *ocupação*, mencionou que “*inventor* é o nome que se dá ao indivíduo que encontra o tesouro” e que “*tesouro* é o objeto móvel e valioso em relação ao qual desapareceu qualquer direito de propriedade por ter sido enterrado ou

entre as hipóteses de ocupação – o que acarretava certa dificuldade para explicar que a descoberta não constituía hipótese de aquisição da propriedade móvel e que isso só ocorreria em caráter excepcional²⁷², pois seu efeito principal é o de gerar o direito à recompensa (assim como o ressarcimento dos gastos realizados para a localização do proprietário ou possuidor) para o descobridor que localizou a coisa que foi perdida.

Tanto na atualidade como durante a vigência do Código Civil de 1916, a descoberta não constitui modo de aquisição da propriedade e só era prevista, como assinalou Washington de Barros Monteiro, em obra atualizada por Carlos Alberto Dabus Maluf, naquela parte do Código, “*reservada à aquisição e perda da propriedade móvel*”, por gerar “*um direito de recompensa em favor do descobridor*”, mas não porque atribuisse um direito real sobre o bem que foi encontrado pelo descobridor²⁷³.

Por sua vez, Carlos Alberto Bittar, tratando da antiga sistematização do instituto,

escondido, aparecendo depois de uma escavação ou busca, intencional ou casual. A descoberta recebe o nome técnico de invenção ('inventio')” (Cf. José Cretella Júnior. *op. cit.* p. 209-210)

²⁷² Como observaram Nélson Nery Júnior e Rosa Nery, em seus comentários ao art. 1233 do Código Civil em vigor, “o antigo sistema enquadrava a descoberta (invenção) como uma das formas de aquisição e perda da propriedade móvel (CC/1916 – 603 a 606), diferentemente do novo CC, que regula o instituto em seção autônoma dentro das disposições preliminares sobre a propriedade. A alteração se deve por ser a descoberta forma de aquisição da propriedade imóvel apenas quando da hipótese do CC 1237 par. ún.” (Cf. Nélson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery. *Código Civil Comentado*. 4ª ed. p. 740)

mencionou que “*embora não seja propriamente modo de aquisição de propriedade no sistema normativo – que, em verdade, impõe ao inventor a devolução da coisa ou a entrega à autoridade competente – convencionou-se versar a matéria nesse contexto*”, por gerar o direito de recompensa, bem como o reembolso das despesas realizadas com a guarda e a restituição da coisa, considerando acertado, na ocasião “*o deslocamento da matéria para as disposições gerais sobre propriedade feita pelo projeto, sob o nome de descoberta*”, que se tornaria o Código Civil em vigor²⁷⁴.

O texto normativo em vigor alterou a terminologia adotada, por meio da substituição do vocábulo “invenção” (termo que constava no art. 603 do Código Civil de 1916) por “descoberta”²⁷⁵.

A alteração, sob o prisma teórico, não traz grande relevância, ao menos no que tange

²⁷³ Cf. Washington de Barros Monteiro. *Curso de Direito Civil: Direito das Coisas*. v. 3. 37ª ed. revista e atualizada por Carlos Alberto Dabus Maluf. p. 190.

²⁷⁴ Cf. Carlos Alberto Bittar. *Curso de Direito Civil*. v. 2. p. 916.

²⁷⁵ O Projeto 634 (publicado no Diário do Congresso Nacional em 13 de junho de 1975 e que tramitou inicialmente na Câmara dos Deputados) manteve inicialmente a antiga designação (arts. 1271 a 1275 do Projeto), que foi alterada posteriormente. Há doutrinadores de renome que alegam que não houve alteração no projeto, mas é fato que encontramos o vocábulo “invenção” no Diário do Congresso Nacional de 13 de junho de 1975 (Suplemento (B). p. 062).

ao seu significado para o Direito Civil e adotado também pelos principais léxicos é a de que a descoberta (substantivo feminino, do latim *discooperire*) é “*aquilo que se descobriu ou encontrou por acaso ou mediante busca, pesquisa, observação, dedução ou invenção*” ou ainda o “*achado, invenção, descobrimento*”, e a invenção (substantivo feminino, do latim *inventione*) consiste no “*ato ou efeito de inventar, de criar, de engendrar*” ou um “*novo meio ou expediente para alcançar um fim; criação, descoberta*”²⁷⁶.

Todavia, somente para que evitemos a crítica de que não enfrentamos suficientemente a questão, cabe lembrar, recorrendo ao escólio de Aurélio Wander Bastos, no sentido de que quanto à propriedade industrial, os vocábulos “*descoberta*” e “*invenção*” possuem uma conotação absolutamente distinta, pois a invenção “*consiste na criação de algo inexistente como resultado da capacidade técnica e inventiva do homem*”, ao passo que a descoberta “*é a revelação ou identificação de fenômeno existente na natureza, alcançada através de observação científica do homem*”, acrescentando que esta não é suscetível de apropriação exclusiva “*constituindo-se em bens ou herança da humanidade*”²⁷⁷.

²⁷⁶ Tais definições podem ser encontradas tanto no Novo Dicionário Aurélio como no Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, além do Dicionário Etimológico Nova Fronteira, de Antônio Geraldo da Cunha. Entre os juristas, ressaltamos que Carlos Alberto Dabus Maluf salientou que o termo descoberta é “o mesmo que invenção, que quer dizer achar, encontrar, descobrir” (Cf. Carlos Alberto Dabus Maluf. Novo Código Civil Comentado. Ricardo Fiúza (coord.). 2ª ed. p. 1136)

Em nosso sentir, o fato de o termo apresentar um sentido plurívoco para cada ramo do Direito não constitui razão suficiente para que sejam iniciados quaisquer debates doutrinários acerca de tal mudança terminológica, ponderando com acerto Carlos Alberto Dabus Maluf que o tratamento doutrinário – em linhas gerais – deverá ser o mesmo, e “*há apenas, mudança terminológica no título, que usa o vocábulo ‘descoberta’, em vez de ‘invenção’, constante do Código Civil de 1916*”²⁷⁸.

Diversamente, de extrema relevância é saber se estamos ou não diante de um fato que envolve coisa que possa ser considerada ou não como perdida.

Há dois requisitos na coisa perdida, como é possível depreender da análise de penalistas como Paulo José da Costa Júnior, sendo “*um de natureza objetiva, consubstanciado no fato de a coisa ter saído da esfera de vigilância do possuidor (não será considerada perdida a coisa que esteja na casa de seu proprietário)*” e outro “*de natureza subjetiva, pelo qual o antigo possuidor não tem condições de identificar ou de recordar onde a coisa se encontre*”, esclarecendo ainda que existindo a lembrança “*de onde a coisa se encontre, não pode ser considerada perdida, mas sim esquecida*”²⁷⁹.

²⁷⁷ Ou seja, as descobertas “*não são avaliadas em função da novidade, atividade inventiva ou aplicação industrial, requisitos da invenção*” (Cf. Aurélio Wander Bastos. Dicionário Brasileiro de Propriedade Industrial e Assuntos Conexos. p. 72)

²⁷⁸ Cf. Carlos Alberto Dabus Maluf. *op. cit.* p. 1136.

²⁷⁹ E isso em razão de que, quanto à coisa esquecida, “*permanece um liame psicológico entre o sujeito e a coisa, que continua a*

No Direito Civil, tanto a coisa esquecida como a coisa perdida devam ser restituídas²⁸⁰ e gerem idênticos efeitos e não tenhamos a necessidade de recorrer a algumas sutilezas do Direito Penal a fim de precisar quando será aplicável a pena (muito mais drástica do que a sanção civil).

Todavia, o mesmo raciocínio já havia sido desenvolvido anteriormente por Pontes de Miranda a fim de analisar não a subjetividade do proprietário que perdeu, mas a do *achador* que localizou o bem perdido e destacou, assim, fundado nas lições de F. Walther, a irrelevância da opinião do achador sobre “*se tratar de coisa perdida ou esquecida, ainda que de boa-fé*”, posto que “*a coisa, o lugar e as circunstâncias é que decidem sobre se ter*

de considerar como coisa de que alguém se esquecer ou coisa perdida, ou como coisa que esquecida como foi (lugar, tempo, natureza ou qualidade da coisa) se há de ter por perdida” para concluir, quanto ao proprietário, que o fato de este ter ou não ciência da perda da coisa seria irrelevante, pois é possível que ocorra a perda com a visão da coisa perdida, como a caixa que cai em um rio ou o relógio que cai de um trem em marcha, sendo indiferente a negligência do proprietário²⁸¹.

Quanto à análise histórica, cumpre salientar que o dever de restituição de coisa que foi perdida ao proprietário ou possuidor está profundamente enraizado em concepções de natureza moral e religiosa²⁸², como é

conservar-lhe a posse, mesmo à distância” (Cf. Paulo José da Costa Júnior. *Código Penal Comentado*. 8ª ed. p. 542).

²⁸⁰ “O descobridor não poderá apropriar-se das coisas vagas, sob pena de responsabilidade civil, acrescendo-se a subsunção da conduta ao tipo esculpido no art. 169, parágrafo único, II do Código Penal. Com efeito, não poderá o descobridor confundir a perda da coisa com o seu abandono pelo proprietário, olvidando-se de que a ocupação é apenas modo de aquisição de propriedade de *res nullius* e *res derelictae* (art. 1.263 do CC)” (Cf. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald. *Direitos Reais*. 2ª ed. p. 191)

²⁸¹ “Em geral, é indiferente se houve negligência, ou não, do dono da coisa. Quem brincava de jogar pela janela do trem, ou da casa, algum objeto, ou fingia que o ia atirar fora, e o objeto escapole, ou cai, se não o pode ir buscar, ou se não o encontra, por certo que se entende tê-lo perdido” (Cf. Pontes de Miranda. *Tratado de Direito Privado: Parte Especial: Direito das Coisas: Propriedade Mobiliária (bens corpóreos)*. T. XV. p. 190-191)

²⁸² A breve análise que aqui empreendemos não pretendeu retirar o foco da questão, mas sim

melhor situá-la, pois ainda que o Direito Civil (assim como outros ramos do Direito) tenha sua base na dogmática, sempre é importante refletir, com San Tiago Dantas, que “o estudo puramente dogmático das instituições conduz, freqüentemente, a certos exageros e erros que precisam ser contrabalançados com o emprego de outros métodos”, pois “algumas vezes o dogmatista é levado a criar um corpo de conceitos tão perfeito que julga que já está a ordem jurídica fixada num molde mais ou menos imutável. A sua impressão é que o Direito é aquele sistema que já arrancou das normas jurídicas; e este sistema se torna no seu espírito mais ou menos inflexível. Ora, nada é mais flexível do que o Direito, o Direito acompanha as transformações da realidade, a vida jurídica é um perpétuo dinamismo. Nós aprendemos no estudo do Direito Romano de que modo as circunstâncias políticas, econômicas, sociais ou religiosas fazem com que as instituições se transformem, caso em que as regras jurídicas passam muitas vezes, a exprimir o contrário do dantes exprimiam” (Cf. Francisco Clementino de San Tiago Dantas. *Programa de Direito Civil*. 3ª edição, revista e atualizada por Gustavo Tepedino . p. 9) e, além

possível observar no Antigo Testamento, em versículo que determina que “*se vires extraviado o boi ou a ovelha de teu irmão, não te desviarás deles; sem falta os reconduzirás a teu irmão*” (Deuteronômio 22:1), assim como é advertido todo aquele que enriquece com o que não é seu (Habacuc 2:7)²⁸³.

No que tange ao tratamento diferenciado que é conferido às coisas perdidas

disso, “quando se fala em hermenêutica ou interpretação, advirta-se que elas não se podem restringir tão-somente aos estreitos termos da lei, pois conhecidas são as suas limitações para bem exprimir o direito, o que, aliás, acontece com a generalidade das formas de que o direito se reveste. Desse modo, é ao direito que a lei exprime que se devem endereçar tanto a hermenêutica como a interpretação, num esforço de alcançar aquilo que, por vezes, não logra o legislador manifestar com a necessária clareza e segurança” (Cf. Rubens Limongi França. *Hermenêutica Jurídica*. 4ª ed. p. 4)

²⁸³ A obrigação de restituir também está presente em outros pontos da Bíblia, tanto no Antigo como no Novo Testamento. Podemos mencionar ainda que em Eclesiástico 29:4 consta que “muitos consideraram como um achado o que pediam emprestado, e causaram desgosto àqueles que os ajudaram”, comentando Átila J. Gonzáles e Ernomar Octaviano – quanto a este versículo – que “incumbe ao devedor a obrigação de saldar sua dívida dentro do prazo legal” (Cf. Átila J. Gonzáles e Ernomar Octaviano. *Citações Jurídicas na Bíblia: anotadas*. 4ª ed.). Apesar disso, era na crítica à violação do direito de propriedade sobre bem imóvel que a Bíblia trazia ainda mais objetividade, como ressaltou Régis de Oliveira, quando comentou Deuteronômio 19:14: “não se pode aceitar que haja apropriação de terreno de quem quer que seja. Daí se dizer que não se pode invadir terreno de alguém, ‘mudando os marcos dos limites das terras’ (19:14). A vedação é reiterada em Provérbios 22:28. É o que se denomina esbulho possessório. Há a posse e a propriedade. A primeira é mera situação fática de que decorrem efeitos jurídicos, ou seja,

em relação às coisas sem dono e às coisas abandonadas, frisamos aqui que tais noções já eram suficientemente desenvolvidas pelos antigos romanos, como asseverou José Carlos Moreira Alves, ao esclarecer que “*são coisas sem dono (res nullius em sentido amplo) aquelas que nunca o tiveram (res nullius em sentido estrito; por exemplo: os animais selvagens*²⁸⁴), ou aquelas cujo dono as

alguém está em um imóvel para tê-lo como seu. A segunda hipótese é o direito de propriedade que ocorre após o registro aquisitivo” (Cf. Régis Fernandes de Oliveira. *O Direito na Bíblia: Uma análise do texto bíblico sob a ótica e perspectiva do Direito*. p. 54)

²⁸⁴ Quando aos animais, cabe ainda a transcrição dos ensinamentos do jurista quanto à caça (*aucupium*) e à pesca (*piscatio*), posto que eram objeto de caça “*as ferae bestiae* (isto é, os animais selvagens, e que, conseqüentemente, se encontram em estado de liberdade natural) e os animais domesticados que perdaram o hábito de regressar à casa do dono (*animus reuertendi*). Os juristas romanos discutiam sobre qual seria o momento em que ocorreria a aquisição da propriedade, por ocupação, dos animais caçados: alguns – como Trebácio – entendiam que o caçador que tivesse ferido o animal de modo que pudesse apreendê-lo e que o estivesse perseguindo já adquirira a propriedade sobre ele, tanto que cometeria furto outro caçador que, durante essa perseguição, se apoderasse do animal; outros, porém – e essa a opinião que predominou no direito clássico e que foi acolhida no direito justinianeu –, julgavam que a aquisição da propriedade, nesses casos, só se verificava com a apreensão efetiva do animal ferido. Por outro lado, o caçador, por ocupação, adquiria a propriedade da coisa ainda que tivesse caçado o animal em terreno alheio e contra a vontade do dono (que poderia, apenas, obter judicialmente indenização pelos danos que, porventura, seu imóvel tivesse sofrido), salvo se o imóvel se destinasse especialmente à caça (isto é, quando ocorria o que modernamente se denomina constituição de reserva de caça). O mesmo não sucedia, porém, com relação à

abandonou, renunciando o seu direito de propriedade (*res derelictae*), ou aquelas que pertencem aos hostes, isto é, aos que estavam em guerra com Roma, ou, mesmo em tempo de paz, aos que não mantinham tratado de amizade com os romanos (*res hostium*)” e que “quanto às *res derelictae*, não o são as coisas perdidas, mas sim as abandonadas. Para e ocorra a *derelictio* (abandono), é necessário que haja um comportamento do proprietário da coisa que inequivocamente traduza a sua intenção de abandoná-la²⁸⁵⁻²⁸⁶.

Da mesma forma, J. M. de Carvalho Santos ressaltou o elemento volitivo do proprietário como o traço diferenciador entre as coisas perdidas e as coisas abandonadas ao dizer que “o abandono voluntário por parte do proprietário, com a intenção de deixar a coisa passar a pertencer ao primeiro ocupante é o conceito que, desde o Direito romano, se faz da expressão – *res derelictae*” e “a intenção, para esse conceito, é tudo”, vez que “a simples

negligência em reclamar a coisa ou qualquer outro ato negativo não importa na transformação da coisa em *res derelictae*; a derrelição é sempre um ato positivo do proprietário, que abandona voluntariamente a posse da coisa, com intenção de deixar que ela seja adquirida pelo primeiro ocupante (*d. de acq. Vel amitt. Poss. 41, 2, l 1, pro derel. 41, 7*). Há de haver sempre, portanto, uma renúncia simultânea da posse e do domínio”²⁸⁷.

Quanto às coisas sem dono (*res nullius*), mesmo que tal reflexão transcenda os limites deste trabalho, registramos que a aquisição das coisas sem dono por meio da ocupação – ainda que importante para o Direito Romano e igualmente necessária para a fixação das premissas necessárias para a compreensão do instituto da descoberta – deve ser rediscutida como conceito e ter sua importância relativizada no contexto atual.

pesca, pois, além dos casos de reserva de pesca em águas de propriedade privada, havia concessões exclusivas de pesca, em favor de certas pessoas, feitas, a título oneroso, pelo Estado (na hipótese de águas públicas) ou por particular (no caso de águas privadas)” (Cf. José Carlos Moreira Alves. *Direito Romano*. 14^a ed. p. 306).

²⁸⁵ Da mesma forma, os antigos romanos tiveram o escopo de estabelecer o momento em que ocorreria o abandono, relatando que “os jurisconsultos romanos, no início do principado, divergiam sobre o momento em que o proprietário, que abandonara a coisa, perdia sua propriedade: segundo Prócuro, isso ocorria somente quando terceiro se apoderasse da coisa, fazendo-a sua por ocupação; para

Sabino e Cássio, a perda da propriedade se dava no instante mesmo em que se verificava o abandono – esta a opinião que prevaleceu no direito clássico, e que foi acolhida no direito justinianeu. Demais, segundo alguns autores modernos – no que não são seguidos pela maioria dos romanistas –, a aquisição da propriedade das *res derelictae* não se verificava, no direito romano, por ocupação, mas, sim, por aquisição derivada paralela à *traditio* (haveria como que uma *traditio*) a pessoa indeterminada” (Cf. José Carlos Moreira Alves. *op. cit.* p. 306-307).

²⁸⁶ Cf. José Carlos Moreira Alves. *op. cit.* p. 306.

²⁸⁷ Cf. J. M. de Carvalho Santos. *Código Civil Brasileiro Interpretado. Direito das Coisas* (arts. 554-673). v. VIII. 10^a ed. p. 21.

E isso porque tanto é limitado o número de coisas sem dono²⁸⁸ como há uma relevância crescente da proteção ao meio ambiente, que não mais admite a inserção da caça e da pesca como direitos exercitáveis sem qualquer limite, sob o argumento de que a coisa apreendida não teria dono²⁸⁹, lembrando que há a proibição da caça em algumas regiões do país²⁹⁰, como também uma reelaboração doutrinária pelos ambientalistas do conceito de que animais em estado natural seriam apropriáveis²⁹¹.

²⁸⁸ *Washington de Barros Monteiro enfatizou que a ocupação – como modo originário de aquisição e de apropriação de coisa sem dono – embora tenha tido a primazia como modo de aquisição da propriedade, sob o ponto de vista histórico, é – atualmente – “bastante restrita sua aplicação, porque extraordinariamente limitado o número de coisas sem dono” (Cf. Washington de Barros Monteiro. op. cit. p. 187)*

²⁸⁹ *Lembramos aqui que nossa observação nada tem a ver com a exceção tradicional, no sentido da existência de um proprietário de um terreno ou de rio não navegável – mediante a regra de que o proprietário do principal seria também proprietário do acessório – traria como consequência ser igualmente do proprietário o direito de ficar com o animal que foi abatido em seu terreno ou com o peixe que foi retirado do rio.*

²⁹⁰ *A Constituição do Estado de São Paulo, aprovada em 5 de outubro de 1989 coibiu a caça em todo seu território, por meio do artigo 204 (“fica proibida a caça, sob qualquer pretexto, em todo o Estado”). Há, no Supremo Tribunal Federal, ação (ADIN 350-0/600) que aguarda julgamento a respeito da constitucionalidade de tal dispositivo, mas a simples inserção – independente do resultado do julgamento – já demonstra a necessidade de um redimensionamento da questão, que não pode mais ficar adstrita aos estreitos limites de uma visão excessivamente privatista.*

²⁹¹ *Em tal sentido, mencionamos o posicionamento de Marcelo Abelha Rodrigues e Celso Antonio*

Dever de Restituição

O dever de restituição da coisa perdida, previsto no art. 1233 do Código Civil²⁹², deriva da ilegitimidade da posse que, dentro da concepção que defendemos, caracteriza-se como uma hipótese de posse precária²⁹³ e, por tal razão, insuscetível de convalidação pelo decurso do tempo. A razão do dever de restituição é justamente a impossibilidade de considerar a descoberta como um meio de aquisição da propriedade móvel.

Pacheco Fiorillo, defendendo a natureza difusa de tais bens: “o legislador constituinte demonstrou a sua existência quando aludiu a bem ambiental de natureza difusa (art. 225 da CF), de uso comum do povo, cuja defesa incumbe tanto ao Poder Público quanto à coletividade” e “o mesmo diapasão foi seguido pelo legislador infraconstitucional quando, em 1990 (Lei n. 8.078), cuidou de explicitar, conceituar e dar tratamento processual aos denominados bens difusos”, estando os autores alinhados ao pensamento de Sérgio Ferraz, para quem o patrimônio não seria res nullius, mas sim res communes omnium (Sérgio Ferraz em “Responsabilidade Civil por Dano Ecológico”, artigo publicado na Revista de Direito Público (p. 49-50) apud Marcelo Abelha Rodrigues e Celso Antonio Pacheco Fiorillo. Manual de Direito Ambiental e Legislação Aplicável. p. 94-95)

²⁹² *Art. 1.233 do Código Civil: “quem quer que ache coisa alheia perdida há de restituí-la ao dono ou legítimo possuidor”. Parágrafo único: “não o conhecendo, o descobridor fará por encontrá-lo, e, se não o encontrar, entregará a coisa achada à autoridade competente”.*

²⁹³ *Como já sustentamos nos comentários que apresentamos ao tema em outra obra (MORATO, Antonio Carlos. Comentários ao Livro III (Do Direito das Coisas) - arts. 1.196 a 1.276. In: Antonio Cláudio Costa Machado; Silmara Juny Chinellato. (Org.). Código Civil Interpretado: Artigo por Artigo, Parágrafo por Parágrafo. 4 ed. Barueri: Manole, 2011).*

Em tal contexto, acreditamos que o Projeto de Lei 699 de 2011, apresentado pelo Deputado Federal Arnaldo Faria de Sá²⁹⁴, ao tratar da possibilidade de reaver o bem perdido por meio do art. 1.210, § 2º, *reforça a concepção que defendemos* ao estabelecer que *“se a coisa móvel ou título ao portador houverem sido furtados ou perdidos, o possuidor poderá reavê-los da pessoa que o detiver, ressalvado a esta o direito de regresso contra quem lhos transferiu. Sendo o objeto comprado em leilão público, feira ou mercado, o dono, que pretender a restituição, é obrigado a pagar ao possuidor o preço pelo qual o comprou”*²⁹⁵.

A possibilidade de reaver o bem denota a inexistência de meios que convalidem a posse e a imperatividade de sua devolução, ainda que exista a necessidade de pagamento ao possuidor quando a compra tiver ocorrido em leilão público, feira ou mercado.

Quem encontrou o bem deverá entregá-lo ao proprietário ou ao legítimo

possuidor e, não os conhecendo, deverá entregar o bem à autoridade competente.

Como sublinhou Caio Mário da Silva Pereira, em trabalho atualizado por Carlos Edison de Rêgo Monteiro Filho, *“nem pelo fato de ser desconhecido este se ameniza o preceito”* (contido no *caput* do art. 1.233 do Código Civil), pois o parágrafo único do mesmo dispositivo destaca o fato de que ao descobridor cabe *“tudo fazer para descobri-lo, mediante comunicação às pessoas conhecidas ou aos prováveis interessados”* por meio de *“consulta aos anúncios em jornais, afixação de avisos pela imprensa, etc., até que apareça quem a ela tem direito”*²⁹⁶.

Haverá, inclusive, como ressalta Carlos Alberto Dabus Maluf, a expedição de editais se o valor da descoberta comportar tal medida, constatando o autor que tal artigo foi uma inovação do Código Civil em vigor: *“o artigo é uma inovação introduzida pelo Código Civil de 2002, restringindo a expedição do edital se o valor da descoberta o comportar”*²⁹⁷.

²⁹⁴ Na Câmara dos Deputados, a Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio em sessão legislativa realizada no dia 21 de dezembro de 2011, entre as proposições sujeitas à apreciação conclusiva pelas comissões, teve parecer do relator Deputado Federal Felipe Bornier pela aprovação do PL N° 699/11, com emendas.

²⁹⁵ As razões da inclusão de tal dispositivo estão expostas da seguinte forma: *“Art. 1.210: No que tange ao artigo 1210, por sugestão do professor Joel Dias Figueira Júnior, procedeu-se ao acréscimo de mais um parágrafo, no caso o 2º, renumerando-se o atual § 2º para § 3º. Com isso, mantém-se no sistema a proteção das*

vindicatórias da posse, colocando-as no devido lugar, isto é, nos “efeitos da posse” e não no capítulo da “perda da posse” como se encontrava, equivocadamente, inserido no CC/16. A exclusão das ações vindicatórias da posse do sistema legislativo representaria um retrocesso e, por conseguinte, um prejuízo manifesto ao jurisdicionado”.

²⁹⁶ Cf. Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de Direito Civil: Direitos Reais*. v. IV. 18ª ed. revista e atualizada por Carlos Edison de Rêgo Monteiro Filho. p. 165.

²⁹⁷ Cf. Carlos Alberto Dabus Maluf. *op. cit.* p. 1138.

Carlos Frederico Barbosa Bentivegna, discorrendo sobre os esforços que devem ser realizados pelo descobridor, ponderou que “os esforços esperados são aqueles atribuíveis ao *bônus pater familias*, o homem médio”, não se exigindo deste uma “busca frenética e dispendiosa ao verdadeiro dono ou legítimo possuidor”, “mas que procure informar-se quanto a seu paradeiro e atente a eventuais anúncios, podendo mesmo fazê-los publicar”, e a razão da necessidade de entrega à autoridade competente decorre da sanção que o atingirá caso não o faça, pois tal conduta é considerada como ilícito penal²⁹⁸.

Tal ilícito, previsto como “apropriação de coisa achada” no art. 169, parágrafo único, II do Código Penal, foi assim descrito pelo

legislador: “quem acha coisa alheia perdida e dela se apropria, total ou parcialmente, deixando de restituí-la ao dono ou legítimo possuidor ou de entregá-la à autoridade competente” deve devolvê-la em um prazo estipulado em quinze dias, sob pena de detenção de um mês a um ano ou multa.

Como esclareceu Júlio Fabbrini Mirabete, esse crime pode envolver mesmo a pessoa encarregada de localizar o bem perdido e, se o local for determinado mudará o tipo penal, pois cometerá o crime de furto quem se apossar da coisa perdida²⁹⁹ e, caso o agente considere que a coisa foi abandonada e não perdida ocorrerá o erro de tipo que excluirá o dolo³⁰⁰ da conduta³⁰¹. Paulo José da Costa Júnior, discorrendo a respeito da apropriação

²⁹⁸ Cf. Carlos Frederico Barbosa Bentivegna. *Comentários ao Código Civil: artigo por artigo*. Carlos Eduardo Nicoletti Camillo; Glauber Moreno Talavera; Jorge Shiguemitsu Fujita; Luiz Antonio Scavone Júnior (Orgs.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 917.

²⁹⁹ Segundo Júlio Fabbrini Mirabete, o “sujeito ativo do crime de apropriação de coisa achada é quem encontra e se apropria da coisa alheia perdida. O descobridor (inventor) deve entregar ao proprietário, se souber quem é ele, ou à autoridade competente, a coisa perdida que encontrar. Mesmo a pessoa que tiver sido encarregada de procurar a coisa pode cometer o crime se se apropriar dela. Caso, entretanto, seja ele enviado a buscar a coisa em local determinado cometerá furto se dela se apossar”. (Manual de Direito Penal. v. 2. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 1991. p. 268)

³⁰⁰ Comentando os aspectos gerais do art. 169 do Código Penal, ensina Paulo José da Costa Júnior que o dolo existe no momento da apropriação do bem e não da simples posse, já que “a lei não reprime o apossar-se, que se dá pelo casus; condena o comportamento ulterior

do agente, após ciente de estar na posse de coisa alheia, da qual passa a utilizar-se como se proprietário fosse. O agente haverá de conduzir-se com *animus lucrandi*, podendo o proveito injusto reverter em seu benefício ou de terceiro” (Código Penal Comentado. 8ª ed. São Paulo: DPJ, 2005. p. 539-540)

³⁰¹ Júlio Fabbrini Mirabete acentua que “o dolo é a vontade de não cumprir a obrigação civil de devolver a coisa ou entregá-la à autoridade, para dela se fazer dono (*animus rem sibi habendi*). É mister que fique positivado, assim, o propósito de não restituir ou a consciência de não mais poder fazê-lo (RT 493-345), não se equiparando ao dolo a simples negligência do inventor que demora a restituir a coisa ou entregá-la à autoridade. Supondo o agente que a coisa que encontrou foi abandonada, tais as condições dela, quando se trata, na verdade, de coisa perdida, há erro de tipo que exclui o dolo. É possível que, conforme as condições do sujeito, possa ocorrer o erro sobre a ilicitude do fato quando não tinha ele possibilidade de reconhecer a obrigação da entrega da coisa à autoridade” (op. cit. p. 269)

de coisa achada, destaca o fato de que tal delito “*configura outro tipo mitigado de apropriação indébita pela ausência da tradita fidúcia, em que o agente, após achar a coisa perdida, dela se apropria, total ou parcialmente*”, uma vez que “*pressupõe uma res deperdita, cujo encontro poderá até não ser casual, como quando o inventor tenha recebido do proprietário o encargo de procurá-la*”, sendo possível dissociar “*o apropriar-se de uma coisa perdida (vácua possessionis) do apropriar-se de uma coisa esquecida*”, pois “*a primeira conduta caracteriza o crime de que nos ocupamos, enquanto a outra consubstancia o furto*”³⁰².

Como ensinou o conhecido penalista, existem dois requisitos para considerar que o bem foi perdido, sendo o primeiro de natureza objetiva, pois o bem saiu da esfera de vigilância do possuidor (não é considerado

como perdido o bem que esteja no apartamento de seu proprietário), e outro de natureza subjetiva, diante da impossibilidade de identificação do local onde a coisa se encontra, se tal lembrança ocorrer, a coisa não foi perdida e sim esquecida, uma vez que “*em tal hipótese, permanece um liame psicológico entre o sujeito e a coisa, que continua a conservar-lhe a posse, mesmo à distância.*”³⁰³.

Os dispositivos penais impossibilitam o exercício do direito de retenção, ainda que não haja disposição expressa no âmbito civil, tal como assinalou Paulo Nader, para quem “*embora justo, revela-se incompatível com a prescrição do Código Penal*” e isso porque o descobridor “*sob pena de estar praticando ação criminosa, no prazo de quinze dias deve entregar a coisa alheia achada à autoridade policial*”, eis que “*se há o dever legal de*

³⁰² Cf. Paulo José da Costa Júnior. *Código Penal Comentado*. 8ª ed. São Paulo: DPJ, 2005. p. 542

³⁰³ *Completa seu raciocínio afirmando que “se o sujeito abandonar a coisa (res derelicta), torna-se coisa de ninguém (res nullius), podendo ser objeto de ocupação sem configurar crime algum. A objetividade jurídica imediata é a tutela do patrimônio e, mediadamente, poderá ser tutelada a posse”. São sujeitos de tal crime: “sujeito agente é quem encontrar a coisa perdida (inventor), apropriando-se dela. Agente poderá ser a própria pessoa incumbida pelo proprietário de achar a coisa perdida. Sujeito passivo do crime é o proprietário, ou mesmo o possuidor, que tenha perdido a coisa de outrem” e os pressupostos fáticos da conduta ilícita são: “1) a perda da coisa; 2) o seu encontro, que pode ser casual ou não. A conduta consiste em apropriar-se o inventor da*

coisa alheia perdida. Consuma-se o crime após o decurso de quinze dias da data em que a coisa perdida foi achada. Isto porque a lei dá esse prazo ao inventor para entregá-la a seu proprietário ou legítimo possuidor, se conhecê-lo. Não o conhecendo, terá igual prazo para consignar p. 543 a res desperdita encontrada à autoridade competente (policial ou judiciária). É a obrigação que lhe compete, conforme a lei (obligatio ex lege)”, sendo o elemento subjetivo “a consciência e a vontade de apropriar-se de coisa alheia perdida, sem restituí-la a seu legítimo titular ou à autoridade competente. Indispensável à configuração do dolo que saiba o agente de que se trata de coisa alheia perdida. Se imaginar tratar-se de uma res nullius, ou de uma res derelicta, a falta do dolo elimina o caráter culpável da conduta”. (Cf. Paulo José da Costa Júnior. op. cit. p. 542-543)

*entrega da coisa, como admitir-se sua retenção?”*³⁰⁴.

Inexiste ainda, no âmbito civil, prazo expresso a respeito do tempo para pleitear a devolução do bem, ao contrário do Código Civil francês (1804), que estabeleceu, no artigo 2279³⁰⁵, um lapso temporal de três anos, de natureza decadencial³⁰⁶, como apontaram Aubry e Rau ainda em 1897, para a reivindicação da coisa perdida, prazo igualmente aplicável à hipótese de roubo, o que, uma vez mais, deixa manifesta a opção do legislador em favor da caracterização como posse precária que ficará mais evidente, em nosso sentir, caso ocorra a aprovação da já mencionada alteração do art. 1.210 pelo PL 699/11.

Há, no Brasil, a soma dos quinze dias para a entrega à autoridade competente (art. 169, parágrafo único, II do Código Penal),

contados da descoberta, passando pela divulgação da descoberta, a cargo da autoridade, por meio da imprensa e outros meios de informação (art. 1.236 do Código Civil); passados sessenta dias da divulgação mencionada, há a possibilidade de venda em hasta pública, com a destinação da recompensa ao descobridor.

O art. 1.210 do PL 699/11 – que foi arquivado – resolveria parte do problema, pois haveria o pagamento do preço ao possuidor que comprou o bem em hasta pública pelo dono e em tal preço já teria sido incluído o valor da recompensa que foi paga ao descobridor, assim como seria resolvido o problema de reaver a coisa da pessoa que estivesse com o bem ao assegurar a esta o direito de regresso em face de quem transferiu o bem.

Entretanto, continua a ser uma situação delicada a que envolve o parágrafo único do art. 1.237 do Código Civil³⁰⁷, no qual o Município poderá “abandonar” o bem em

³⁰⁴ O autor citado embasou sua conclusão no argumento apresentado por Arnaldo Medeiros da Fonseca em sua obra “Direito de Retenção”, mencionando ainda que autores do porte de Pontes de Miranda admitem o direito de retenção para os possuidores de boa-fé (Cf. Paulo Nader. Curso de Direito Civil: Direito das Coisas. v. 4. 4a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 103-104).

³⁰⁵ “En fait de meubles, la possession vaut titre. Néanmoins celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose peut la revendiquer pendant trois ans à compter du jour de la perte ou du vol, contre celui dans les mains duquel il la trouve ; sauf à celui-ci son recours contre celui duquel il la tient”.

³⁰⁶ “La revendication d’un objet perdu ou volé ne peut s’exercer que pendant trois années, à partir de la perte ou du vol. En limitant à ce terme la durée de la revendication l’art. 2279 n’a établi, ni une usucapion triennale,

semblable à celle du Droit romain, ni même une prescription extinctive proprement dite, mais une simple déchéance, qui peut être invoquée par le possesseur actuel, quelque courte qu’ait été la durée de sa possession, et qui, d’un autre côté, peut être opposée à toutes personnes indistinctement, notamment aux mineurs et aux interdits” (Cf. Aubry; G. Rau. Cours de Droit Civil Français. Paris: Marchal et Billard, 1897. p. 151)

³⁰⁷ Art. 1.237 do Código Civil: “decorridos sessenta dias da divulgação da notícia pela imprensa, ou do edital, não se apresentando quem comprove a propriedade sobre a coisa, será esta vendida em hasta pública e, deduzidas do preço as despesas, mais a recompensa do descobridor, pertencerá o remanescente ao Município em cuja circunscrição se deparou o objeto perdido”. Parágrafo único: “sendo de diminuto valor, poderá o Município abandonar a coisa em favor de quem a achou”.

favor de quem o achou se este for considerado como de diminuto valor (já que podemos ter bens de valor sentimental), mas a solução, embora incompleta (e ainda envolvendo uma faculdade e não um dever), ainda é melhor do que a do Código Civil anterior, em que o bem necessariamente tornar-se-ia público³⁰⁸.

Diferenças	Código Civil / 2002	Código Civil / 1916
Ente legitimado para a titularidade do valor remanescente	Município	Estado, Distrito Federal e União, quando o bem móvel fosse localizado em território

Voltando à questão dos prazos, Carlos Alberto Dabus Maluf destacou a semelhança da redação atual à do Código Civil de 1916, mas com duas importantes alterações³⁰⁹: “a)

³⁰⁸ Art. 606 do Código Civil de 1916: “se, decorridos seis meses do aviso à autoridade, ninguém se apresentar, que o mostre domínio sobre a coisa, vender-se-á em hasta pública, e, deduzidas do preço as despesas, mais a recompensa do inventor (art. 604), pertencerá o remanescente ao Estado, onde se deparou o objeto perdido”. A redação anterior, dada pelo Decreto do Poder Legislativo 3.725 de 1919, estabelecia que “decorridos seis meses do aviso à autoridade, não se apresentando ninguém que mostre domínio sobre a coisa, será esta vendida em hasta pública, e, deduzidas do preço as despesas, mais a recompensa do inventor (art. 604), pertencerá o remanescente ao Estado ou ao Distrito Federal, se nas respectivas circunscrições se deparou o objecto perdido, ou à União, se foi achado em território ainda não constituído em Estado”.

³⁰⁹ Carlos Frederico Barbosa Bentivegna complementa tal constatação, relatando que “o prazo anteriormente assinado pelo art. 606 do CC/16 era bem maior (seis meses). Com a nova regra, deverá a autoridade depositária da coisa

reduz o prazo de seis meses para sessenta dias; b) faculta ao Município, agora o único ente público que pode beneficiar-se da descoberta, abandoná-la se o seu valor for ínfimo”³¹⁰.

Diferenças	Código Civil / 2002	Código Civil / 1916
Prazo para a venda em hasta pública	60 dias contados da divulgação da notícia pela imprensa ou do edital	6 meses contados do aviso à autoridade competente

Recompensa e Indenização na hipótese de dolo do descobridor

descoberta, após frustradas as providências determinadas pelo artigo anterior, vender a coisa em hasta pública, deduzindo do preço: i) as despesas havidas com sua conservação e procura pelo dono; ii) a recompensa devida ao descobridor e iii) as despesas comprovadas pelo descobridor com a conservação e transporte da coisa. Em havendo algum saldo do valor auferido na hasta pública, este será entregue ao Município em cuja área se tenha encontrado a coisa. A regra anterior atribuía este valor ao Estado, ou ao Distrito Federal, se nas respectivas circunscrições se deparou o objeto perdido, ou à União, se foi achado em território ainda não constituído em Estado (art. 606 do CC/16)” (Cf. Carlos Frederico Barbosa Bentivegna . Comentários ao Código Civil: artigo por artigo. Carlos Eduardo Nicoletti Camillo; Glauber Moreno Talavera; Jorge Shiguemitsu Fujita; Luiz Antonio Scavone Júnior (Orgs.). p. 918)

³¹⁰ Cf. Carlos Alberto Dabus Maluf. *op. cit.* p. 1138.

Como adiantamos há, em razão do disposto no art. 1.234 do Código Civil, o dever legal de restituição do objeto alheio que foi localizado pelo descobridor que, em contrapartida, terá direito a receber uma *recompensa* daquele que é o proprietário do objeto.

Utiliza-se um termo técnico – *achádego*³¹¹ – com o fito de descrever a recompensa devida quando ocorre a localização da coisa perdida, sendo também utilizado o termo “*alvissaras*”, derivando esta “*do árabe al-buxrã – boa nova*”, consistindo a recompensa um direito exercitável por “*aquele que restitui a coisa alheia perdida, que achou*”, levando à conclusão de que “*o portador da boa nova deve ser recompensado, independentemente da vontade do dono*”³¹², a não ser que este tenha a intenção de abandonar a coisa, sendo tal regra válida tanto no Código Civil atual como no anterior.

Em face do elemento volitivo do proprietário, qual seja, o de não abandonar o bem encontrado pelo descobridor, enfatizou Carlos Alberto Dabus Maluf que a “*recompensa deve ser entendida como a indenização paga pela conservação e*

transporte da coisa”³¹³, enquanto para Orlando Gomes, o direito seria o de “*receber uma recompensa ou gratificação denominada achádego, acrescida da indenização, a que também faz jus, das despesas efetuadas com a conservação e transporte da coisa*”³¹⁴.

Os critérios para a fixação do valor da recompensa, sempre tomando como parâmetro um percentual nunca inferior a cinco por cento, estão previstos no próprio texto legal (art. 1.234, parágrafo único do Código Civil) e envolvem o esforço desenvolvido pelo descobridor para a localização do proprietário ou do legítimo possuidor, as possibilidades que estes teriam de localizar a coisa (deve ser avaliada a dificuldade de acesso ao bem) e ainda a situação econômica de ambos.

Apropriando-se dolosamente o descobridor do bem localizado ou mesmo retardando sua entrega, responderá por perdas e danos, aplicando-se o princípio geral de responsabilização por ato doloso³¹⁵.

A indenização, como sustentou Carlos Frederico Barbosa Bentivegna, deverá ser a mais ampla possível, devendo o descobridor indenizar de forma efetiva o proprietário

³¹¹ No Novo Dicionário Aurélio, podemos encontrar a expressão com sentidos diversos, o primeiro em sentido mais amplo e o segundo em seu sentido jurídico: 1. Coisa achada; achado e 2. Jur. Recompensa devida a quem restitui coisa achada.

³¹² Cf. Comissão de Redação. “Achádego”. Enciclopédia Saraiva do Direito. v. 4. Rubens Limongi França (coord.). São Paulo: Saraiva, 1977. p. 80.

³¹³ Cf. Carlos Alberto Dabus Maluf. *op. cit.* p. 1137.

³¹⁴ Cf. Orlando Gomes. *Direitos Reais*. 17ª ed. atualização e notas de Humberto Theodoro Júnior. p. 177.

³¹⁵ Para Carlos Alberto Dabus Maluf, “este artigo prevê a indenização se o descobridor proceder com dolo – é a aplicação do princípio geral da responsabilidade pelo dolo” (Cf. Carlos Alberto Dabus Maluf. *op. cit.* p. 1137).

lesado, ainda que o texto legal não explicita parâmetros para o ressarcimento do dano em tal caso³¹⁶.

Diferenças	Código Civil / 1916	Código Civil / 2002
Ente legitimado para a titularidade do valor remanescente e	Estado, Distrito Federal e União, quando o bem móvel fosse localizado em território	Município
Percentual da recompensa	Recompensa sem percentual fixado	Recompensa não inferior a 5%

³¹⁶ Desta forma, “comprovada a intenção do descobridor em prejudicar o dono ou legítimo possuidor da coisa, tentando dela assenhorear-se ou retardando sua devolução, terá o descobridor o dever de indenizar todos os prejuízos experimentados pelo dono ou possuidor. Tal indenização, no nosso entender, deve dar-se do modo mais amplo, embora não tenha explicitado o Código; abrangendo os danos emergentes e os lucros cessantes” (Cf. Carlos Frederico Barbosa Bentivegna. Comentários ao Código Civil: artigo por artigo. Carlos Eduardo Nicoletti Camillo; Glauber Moreno Talavera; Jorge Shiguemitsu Fujita; Luiz Antonio Scavone Júnior (Orgs.). p. 918)

³¹⁷ Ao comentar o art. 604 do Código Civil de 1916, Rubens Limongi França relatou que “quanto ao direito à recompensa (art. 604), é acompanhado da indenização com a conservação e transporte da coisa ‘se o dono não preferir abandoná-la’. Por outro lado, não está determinado o quantum dessa recompensa. Diferentemente do que dispunha o Projeto, no art. 442, que estabelecia importância ‘não menor do que a décima parte do seu valor’, opina Bevilacqua (Código Comentado, III, 152) que a respectiva fixação fica ao critério das partes e, se não houver acordo, ao arbítrio da

Cumpra destacar a inexistência, no Código Civil de 1916, de um percentual fixado pelo legislador, ainda que – como bem ressaltou Rubens Limongi França – a omissão mencionada não existisse no Projeto que originou o Código, pois este determinava inicialmente que a importância não seria inferior à décima parte do valor do objeto encontrado³¹⁷.

Decidiu a 7ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por analogia, uma vez que analisou na ocasião um caso anterior à vigência do Código Civil atual, aplicar o percentual de 5% como recompensa ao descobridor³¹⁸.

autoridade competente” (Cf. Rubens Limongi França. Manual de Direito Civil. v. 3. p. 160)

³¹⁸ TRF-4 - MS: 40565 PR 2003.04.01.040565-4, Relator: Tadaaqui Hirose; Data de Julgamento: 17/12/2003, Sétima Turma, Data de Publicação: DJ 14/01/2004 CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. INQUÉRITO POLICIAL. INVENÇÃO. ART. 603 DO CC/1916. DINHEIRO EM SANITÁRIO DE AEROPORTO. ENCAMINHAMENTO PARA A AUTORIDADE COMPETENTE. IDENTIFICAÇÃO DO PROPRIETÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. RECOMPENSA. INDENIZAÇÃO SOBRE AS DESPESAS. 1. É definido como Invenção o fato de uma pessoa, aguardando vôo em sala de embarque de aeroporto, dirigir-se ao sanitário e, ao lado do mesmo, encontrar vultoso montante em dinheiro. Demonstra honestidade que merece ser premiada, ao dirigir-se à autoridade que entende competente e entregar a coisa achada. 2. Em tese, o procedimento a ser adotado no caso de Invenção é o disposto no art. 1.176 do CPC. Contudo, como se trata de dinheiro, bem que não possui proprietário ou possuidor identificável, impossível procurar-se pelo dono, por meio de publicação de edital. Se, no prazo de seis meses, nenhuma pessoa demonstra

Finalizamos ressaltando que os bens perdidos³¹⁹ em mares ou rios navegáveis³²⁰ recebem tratamento em lei especial (**Lei 7.542, de 26 de setembro de 1986**), existindo diferenças na questão dos prazos para

devolução do bem e na responsabilidade estatal quanto à devolução³²¹.

CONCLUSÃO

Verificamos que constitui um dado relevante a permanência de intersecções

direito ao valor, deverá ser aplicado o disposto no art. 606 do CC/1916. 3. No que se refere à recompensa (achádego) devida, frente ao fato de que o antigo Código Civil não estabeleceu parâmetros para seu valor, há que se aplicar, por analogia, o Novo Código Civil, que em seu artigo 1.234 estabelece o mínimo de 5% de o prêmio para o inventor. Além disso, há que ser indenizadas as despesas ocorridas em função do achado, mesmo que estas se resumam apenas aos honorários do advogado que atuou para ver reconhecido o antes negado direito à recompensa.

³¹⁹ O art. 3º da **Lei 7.542/86** considera o bem como perdido mediante uma declaração à autoridade naval ou mesmo se o responsável não for conhecido, se estiver ausente ou não manifestar sua disposição de providenciar imediatamente “a flutuação ou recuperação da coisa ou bem, mediante operação de assistência e salvamento”.

³²⁰ Os franceses, como observou Roberto Ruggiero, distinguem as coisas perdidas (épaves) em marítimas, fluviais e terrestres. Além disso, ao analisar o Código Civil Italiano, tal autor destacou o art. 933 (“I diritti sopra le cose gettate in mare o sopra quelle che il mare rigetta o sopra le piante e le erbe che crescono lungo le rive del mare sono regolati dalle leggi speciali (c. nav. 510)”), ensinando que “diversa é, finalmente, a disciplina relativa às coisas que foram lançadas ao mar por ocasião de um naufrágio, que foram arremessadas pelo mar, e às plantas e ervas que crescem nas praias. O art. 719 do CC remete nestes casos para as leis especiais, devendo ter-se em conta os arts. 125 e segs. Do código quanto à marinha mercante (art. 933 do CC). Pertencem ao Estado as plantas e as ervas das praias, visto serem estas, pelo nosso direito, propriedade sua. Pertencem aos seus proprietários as coisas lançadas ao mar para aligeirar os navios, pois que o lançamento não é abandono e não torna nullius

tais coisas. Também aqui os achadores têm a obrigação de dar parte e fazer entrega à autoridade (marítima ou municipal), mas igualmente lhes cabe um prêmio, avaliado diversamente segundo as circunstâncias do achado (a terça parte, a décima parte, ou, o máximo, a vigésima parte para os valores excedentes a duas mil liras), sendo da mesma forma diferente o prazo para reclamação por parte dos proprietários (um ano ou um quinquênio) ” (Cf. Roberto de Ruggiero . Instituições de Direito Civil . Direito de Família Direitos Reais e Posse. v. II. 3ª ed. Tradução da 6ª edição italiana, com notas remissivas aos Códigos Cívicos Brasileiro e Português por Ary dos Santos . 3ª edição inteiramente revista e adaptada aos novos Códigos Cívicos Italiano e Português por Antonio Chaves e Fábio Maria De Mattia. p. 358).

³²¹ **Art. 29** da Lei 7.542/86: “as coisas e os bens referidos no art. 1º desta Lei, encontradas nas condições previstas no artigo anterior, serão arrecadados e ficarão sob a custódia da Autoridade Naval, que poderá entregá-los, quando nacionais ou nacionalizados, aos seus responsáveis. § 1º As coisas e os bens que ainda não tenham sido alienados pela Autoridade Naval, poderão ser reclamados e entregues aos seus responsáveis, pagando o interessado as custas e despesas de guarda e conservação; § 2º Não sendo as coisas e os bens reclamados por seus responsáveis, no prazo de 30 (trinta) dias da arrecadação, a Autoridade Naval poderá declará-los perdidos; § 3º As coisas e os bens de difícil guarda e conservação poderão ser alienados em licitação ou hasta pública pela Autoridade Naval. O produto da alienação será guardado por aquela Autoridade Naval pelo prazo de 6 (seis) meses, à disposição do responsável pela coisa ou bem. Decorrido o prazo, o produto da alienação será convertido em receita da União”.

morais e religiosas no dever jurídico de restituir o que é alheio, posto que o conceito de honestidade é influenciado não só pelo receio da sanção aplicada pelo Estado, mas pela percepção do certo e do errado que sofrem influência de uma grave crise de valores, a tal ponto que, quando discutimos o tema da descoberta com aqueles que com ele travam um primeiro contato, encontramos reações que vão desde a ironia diante da dificuldade de aplicação do dispositivo até a surpresa de quem acreditava na veracidade do ditado de que o “*achado não é roubado*”.

Tal percepção de como o instituto da descoberta foi recebido – até mesmo entre as novas gerações de operadores do Direito – levou a refletir sobre o próprio destino da norma jurídica que, como destacou Pietro Perlingieri, tem um destino singular por exprimir uma realidade historicamente passada e ser “*chamada, ao contrário, a intervir em uma realidade presente, às vezes muito diversa daquela originária*” e “*quanto mais o ordenamento jurídico se identifica ou tende a se identificar com aquele social, político, econômico, tanto mais a identificação do valor fundado no critério normativo será conforme a realidade efetiva*”³²².

Portanto, a eficácia do instituto analisado no Código Civil em vigor, notadamente inspirado pelos princípios da

eticidade e da *socialidade*, como apregoou Miguel Reale, devem ser lembrados e seriam bem aplicados ao instituto em questão, o que contribuiria para que as relações sociais evoluíssem a ponto de tornarmos a devolução do bem alheio uma regra e não uma exceção digna de manchetes em meios de comunicação, como mencionamos no início deste artigo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES. José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 14^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

AUBRY ; RAU G. *Cours de Droit Civil Français*. Paris: Marchal et Billard, 1897.

BASTOS, Aurélio Wander. *Dicionário Brasileiro de Propriedade Industrial e Assuntos Conexos*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1997.

BENTIVEGNA, Carlos Frederico Barbosa. *Comentários ao Código Civil: artigo por artigo*. Carlos Eduardo Nicoletti Camillo; Glauber Moreno Talavera; Jorge Shiguemitsu Fujita; Luiz Antonio Scavone Júnior (Orgs.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BITTAR, Carlos Alberto. *Curso de Direito Civil*. v. 2. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.

COMISSÃO de Redação. “Achádego”. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. v. 4. Rubens

³²² Cf. Pietro Perlingieri. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*.

Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3^a ed. p. 30-31.

- Limongi França (coord.). São Paulo: Saraiva, 1977.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Código Penal Comentado*. 8ª ed. SP: DPJ, 2005.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Romano*. 18ª ed. RJ: Forense, 1995.
- DUKEMINIER, Jesse; KRIER, James E. *Property*. 5a ed. Nova Iorque: Aspen, 2002.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- FRANÇA, Rubens Limongi. *Hermenêutica Jurídica*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- _____. *Manual de Direito Civil*. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.
- GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 17ª ed. Atualização e notas de Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- GONZÁLES, Átila J.; OCTAVIANO, Ernomar. *Citações Jurídicas na Bíblia*. 4ª ed. São Paulo: LEUD, 1996.
- MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Novo Código Civil Comentado*. Ricardo Fiúza (coord.). 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MATOS, Benjamin Garcia de. *Direitos Reais sobre Coisas Móveis: Propriedade, Usufruto, Uso e Penhor*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. v. 2. 6ª ed. SP: Atlas, 1991.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito das Coisas*. v. 3. 37ª ed. revista e atualizada por Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MORATO, Antonio Carlos. Comentários ao Livro III (Do Direito das Coisas) - arts. 1.196 a 1.276. In: Antonio Cláudio Costa Machado; Silmara Juny Chinellato. (Org.). *Código Civil Interpretado: Artigo por Artigo, Parágrafo por Parágrafo*. 4 ed. Barueri: Manole, 2011.
- NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: Direito das Coisas*. v. 4. 4a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- NERY JÚNIOR, Néelson; NERY Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *O Direito na Bíblia: Uma análise do texto bíblico sob a ótica e perspectiva do Direito*. São Paulo: Bompastor, 2005.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direitos Reais*. v. IV. 18ª ed. revista e atualizada por Carlos Edison de Rêgo Monteiro Filho. RJ: Forense, 2003.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3ª ed. RJ: Renovar, 1997.
- RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de Usucapião*. v. 1. 3ª ed. SP: Saraiva, 2003.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha; FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Manual de Direito Ambiental e Legislação Aplicável*. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- REALE, Miguel. *História do Novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil. Direito de Família Direitos*

Reais e Posse. v. II. 3ª ed. Tradução da 6ª edição italiana, com notas remissivas aos Códigos Civis Brasileiro e Português pelo Dr. Ary dos Santos. Adaptada aos novos Códigos Civis Italiano e Português por Antonio Chaves e Fábio Maria De Mattia. SP: Saraiva, 1972.

SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino de. *Programa de Direito Civil*. 3ª ed. rev. e atual. por Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado. Direito das Coisas (arts. 554-673)*. v. VIII. 10ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963.

INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA: ASPECTOS JURÍDICOS GERAIS

Renato SOUZA DELLOVA³²³

Resumo

O presente artigo se dedica ao estudo das incorporações imobiliárias, precisamente os aspectos legais, doutrinários e jurisprudenciais. Temos, assim, a interpretação da norma a partir dos tribunais, bem como a identificação dos sujeitos relacionados à modalidade negocial, suas atribuições e responsabilidades. A ideia central do artigo é reunir os vários aspectos que circundam o referido instrumento contratual, para que se tenha uma noção geral sobre o seu alcance e importância no setor imobiliário.

Palavras-chave: Direito. Tribunais. Incorporação Imobiliária. Responsabilidades. Sujeitos.

Abstract

The present work is dedicated to the study of real estate incorporations, precisely the legal, doctrinal and jurisprudential aspects. We have, therefore, the interpretation of the norm from the courts, as well as the identification of the subjects related to the negotiation modality, its attributions and responsibilities. Therefore, the central idea of the article is to bring together the various aspects that surround the contractual instrument, so that a general notion of its scope and importance is obtained.

Keywords: Right. Courts. Real Estate Incorporation. Responsibilities. Subjects.

Introdução

Muito já se ouviu falar das incorporações imobiliárias, pelo que alguns denominam como a aquisição de imóveis na planta. Tal assunto é complexo e levanta uma série de preocupações e questionamentos sobre como construir o referido contrato com a devida segurança jurídica, e também sobre o objeto que o negócio jurídico pode abarcar, para que não se confunda com outros instrumentos.

Como se define um contrato de incorporação imobiliária e quais os sujeitos que fazem parte do mesmo; se é possível utilizá-lo para vendas de imóveis iniciados ou acabados; quais pessoas, naturais ou jurídicas, podem ser responsabilizadas, e em qual medida, numa eventual discussão em torno do contrato; quais cláusulas podem ser inseridas num contrato desta natureza; qual a legislação adequada para esta formalização; se o contrato é único ou existem outros instrumentos vinculados a ele; se há necessidade de registro e onde é realizado; e assim por diante.

Claramente o tema é complexo, e as discussões chegaram aos tribunais superiores do país, envolvendo não só os aspectos jurídicos materiais, mas também, para citar o mínimo, consequências econômicas e sociais.

³²³ *Doutorando em Direito e Ciências Sociais na Universidad Nacional de Córdoba. Mestre em Direito das Relações Econômicas Internacionais na PUC/SP. Pós-graduado em*

Direito Processual Civil na PUC/SP. Extensão em Educação na FAV/SP. Professor e Advogado.

Em sendo assim, o fundamento deste artigo se encontra na necessidade de reunir o máximo de informações sobre o contrato em comento, para que o leitor possa ter uma visão panorâmica do tema, mas sem afastar as peculiaridades que o definem.

Incorporação Imobiliária

A incorporação imobiliária, conceitualmente, abrangerá o negócio jurídico que, considerando a Lei do Condomínio e Incorporações, Lei 4.591/64, objetiva promover e realizar a construção de edificações compostas de unidades autônomas. Ou seja, a incorporação imobiliária é toda a atividade realizada com o desiderato de promover e efetivar a construção para alienação total ou parcial de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas que, conjuntamente, formam o condomínio.

Trata-se da atividade desenvolvida pelos “incorporadores”, na qual é idealizada a construção e promoção de determinadas edificações. A incorporação imobiliária parte do princípio de formalizar, perante a lei – representada pelo cartório imobiliário – o projeto a ser desenvolvido.

O artigo 1332 do Código Civil, reforçando o que já constava do art. 7º da lei 4.591/64, é estreme de dúvidas em estabelecer que o condomínio edilício, um direito real, sem personalidade jurídica, é instituído "por ato

entre vivos... registrado no Cartório de Registro de Imóveis", devendo constar desse ato "a discriminação e individualização das unidades de propriedade exclusiva, estremadas uma das outras e das partes comuns", "a determinação da fração ideal atribuída a cada unidade" e "o fim a que as unidades se destinam". Importante frisar que em uma incorporação imobiliária, compreende-se que o "ato entre vivos" é o próprio memorial de incorporação, que atende a todos os requisitos do art. 1.332.

Em sendo assim, a averbação do habite-se não só põe fim à incorporação imobiliária, permanecendo alguns efeitos dela decorrentes, como as obrigações e responsabilidades do incorporador, como altera a qualificação das unidades autônomas. O bem imóvel, presente, existente, e "a ser construído", transforma-se em bem imóvel, presente, existente e construído.

Por meio de contrato, a incorporadora tem a obrigação de registrar as especificações da obra, tais como a área total do empreendimento, área interna, área externa, área por unidade, número de unidades, dentre outras. Neste cenário, são incluídas todas as construções de cunho coletivo, tais como prédios, condomínios e loteamentos. Somente a partir disso é que o imóvel poderá ser comercializado. Dessa maneira, a incorporação imobiliária faz parte do negócio jurídico.

Importante salientar que a incorporadora e a construtora são sujeitos distintos, isto é, aquela é a responsável pelo projeto em geral e é quem, inclusive, contrata a construtora para o desenvolvimento da obra. A construtora tem apenas as responsabilidades ligadas à obra em si, tais como mão de obra, questões técnicas, material, dentre outras.

A incorporação imobiliária, nos termos da Lei 4.591/64, art. 28, parágrafo único, é a “atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas”.

É nesta descrição legal que se encontra uma problemática, porque não discrimina a espécie de pessoas, pelo que pode afastar, desta forma, a devida responsabilização. Demais disso, o melhor entendimento é de que qualquer que concorrer na publicidade, edificação ou desenvolvimento econômico será responsabilizado (antes da edificação ou antes de sua conclusão). Imperativo que a preservação da ordem econômica e a manutenção da fidelidade nos contratos requer que terceiros evitem violar os negócios em andamento (FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N., 2015, p.192).

Por outro lado, mister excluir algumas figuras desta responsabilidade, como o particular que adere à oferta de trabalho de administração e até corretagem; o profissional que se presta à edificação singular ou aquele

que comercializa unidades já edificadas e com habite-se.

Percebe-se que a incorporação imobiliária abrange os imóveis na planta e não os edificados, pois estes serão negociados em contratos de compromisso de venda e compra etc. Nada impede que antes do lançamento as unidades já estejam prometidas em permuta ou dação em pagamento.

Considerando a teoria geral dos contratos, os princípios serão aplicados aos diversos negócios, indistintamente, o que significa que determinadas cláusulas específicas dos contratos tipificados e nominados poderão ser utilizadas para construir um outro negócio jurídico, desde que não seja vedado pela legislação (FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N., 2015, p.117), nos termos dos artigos 104 e 421, do Código Civil.

As cláusulas especiais do contrato de venda e compra, por exemplo, podem fazer parte dos contratos relativos à incorporação imobiliária, como a retrovenda, em que o vendedor se reserva o direito de reaver, em certo prazo, o imóvel alienado, restituindo ao comprador o preço, mais as despesas por ele realizadas, inclusive as empregadas em melhoramentos do imóvel (arts. 505 a 508, Código Civil); a venda a contento e a sujeita a prova, que subordina o contrato à condição de ficar desfeito se o comprador não se agrada da coisa (arts. 509 a 512, Código Civil); a reserva de domínio, para coisa móvel infungível, pela qual o vendedor reserva para a si a propriedade

do bem, até o momento em que realize o pagamento integral do preço (arts. 521 a 528, Código Civil; art. 129, §5º da lei 6.015/73); a venda sobre documentos, em que a tradição da coisa se dá pela entrega do seu título representativo (arts. 529 a 532, Código Civil); a preempção, pelo que deve oferecer a quem lhe vendeu, para o direito de prelação de igualdade de condições (em venda ou dação em pagamento) (arts. 513 a 520, Código Civil); e pacto de melhor comprador, que não existe no Código Civil, mas é amplamente aceito em contratos.

Os contratos tipificados são aqueles que têm disciplinamento próprio, e nominado porque a lei lhe designa um nome específico. Estes contratos são exceções, pois no direito privado a regra é a da liberdade contratual, conforme se verifica no artigo 421 do Código Civil, o que significa que não possuem um disciplinamento ou nome específicos, mas são construídos a partir das regras gerais atinentes à teoria geral dos contratos para se adequar às exigências da nova realidade (TEPEDINO, G. (Coord.). Os Novos Paradigmas da Teoria Contratual: O Princípio da Boa-fé Objetiva e o Princípio da Tutela do Hipossuficiente. Rio de Janeiro: Renovar, 2001).

A incorporação, contrato típico/nominado, conhecido em duas modalidades: empreitada ou por administração

(AGHIARIAN, 2015, p. 288), é o único da espécie que jamais se celebra com uma só parte, mas possui um feixe de contratos em cada incorporação, também é sinalagmático, consensual e com forma de execução diferida.

A função social da incorporação imobiliária é a facilitação do uso do solo para a moradia. Antes da Lei de Incorporações e Condomínios horizontais, os imóveis de escritórios foram legalizados para fortalecimento da própria função social.

O art. 29 da Lei de Incorporações qualifica o sujeito e não a atividade (AGHIARIAN, 2015, p. 275), portanto, “considera-se incorporador a pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, que, embora não efetue a construção, compromisse ou efetive a venda de frações ideais de terreno objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas em edificações a serem construídas ou em construção.” Mas poderia ser qualquer pessoa física? Corretor? Engenheiro?

Como se pode notar, a complexidade do contrato de incorporação envolve diversos sujeitos, e resta saber quais são as atribuições de cada um, e se podem ser responsabilizados de alguma maneira. E a resposta é positiva, pois a promoção e venda das unidades pode gerar responsabilidades dos corretores de imóveis³²⁴, e a edificação vinculará o engenheiro civil.

³²⁴ *Sobre as responsabilidades atribuídas ao corretor de imóveis, importante acessar parecer exarado (Revista dos Tribunais. RT*

Vol. 966, abril 2016. Doutrina. Parecer). Também disponível no site do Ministério Público de São Paulo em

Qualquer outra pessoa, para ser responsabilizada, deverá estar integrada a um grupo econômico, como sócio de determinada empresa de incorporação ou sob a forma de “firma individual” (responsabilidade técnica indireta, apesar da lei dar brechas), conforme se verifica no art. 31, alínea “a”: “somente poderá ser incorporador, e a este cabendo a iniciativa e responsabilidade das incorporações: a) o proprietário do terreno, ou promitente comprador, o cessionário deste ou promitente cessionário com título que satisfaça os requisitos da alínea “a” do art. 32; b) o construtor, como tal, engenheiro civil, ou corretor de imóveis.”

O início da incorporação se dará pela venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão de cota ideal de terreno vinculada a projeto de construção, ou o contrato de construção assinado pelo incorporador, ou por adquirente. E as partes estarão vinculadas pela simples proposta, da proposição do negócio, ou através apenas da publicidade (irrevogável e sem prejuízo de responsabilização do incorporador), nos termos do art. 427 do Código Civil e do art. 30 do Código de Defesa do Consumidor.

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rtrib_n.966.13.PDF. Acesso em: 2 de dezembro de 2018, 11:39.

³²⁵ É possível deduzir que, salvo o caso de o proprietário do terreno ser, ao mesmo tempo, o construtor e o exercente de todas as funções do artigo 29, único em que só existirá um

Independerá de registro junto ao Registro de Imóveis, mas para terceiros, só se conceberá a partir do registro (ex. promessa de venda).

Assim como há distinção entre incorporadora e construtora, também há distinção entre o dono do terreno e o incorporador, mas em se tratando de responsabilidade, é possível afirmar que estes últimos são solidários (cabível regressiva indenizatória, para proteção dos adquirentes).³²⁵

Patrimônio de Afetação

As quebras empresariais no setor imobiliário fizeram com que muitas pessoas que haviam aderido às incorporações imobiliárias tivessem que amargar a experiência de perder tudo o que haviam pago.

Para garantir os aderentes, o Patrimônio de Afetação foi criado em 4 de setembro de 2001 pela Medida Provisória nº 2.221, alterando, portanto, a Lei 4.591/64. A ideia era criar um patrimônio autônomo ao do incorporador, garantindo os promissários compradores, já que o patrimônio não seria alcançado nos casos de falência ou insolvência

incorporador, nas demais hipóteses sempre haverá dois ou mais incorporadores. Isso esclarece a responsabilidade solidária do incorporador e do construtor, explicada pela teoria da substituição na execução do empreendimento imobiliário (TJRJ, Ap. Cív. 820/92, 6ª C., Rel. Des. Laerson Mauro, apud Programa de Responsabilidade).

do incorporador. Neste caso, os imóveis não estão registrados como patrimônio da construtora, pois há a abertura de uma empresa com CNPJ e contabilidade próprios para administrar o empreendimento.

Só havia um problema, pois tal patrimônio de afetação não era obrigatório, pelo que ficava a critério exclusivo do incorporador. Obviamente que não faltaram vozes críticas à norma, já que a mesma nascia sem qualquer efetividade.

O assunto foi novamente retomado quando da publicação da Lei 10.931/04, que inseriu na Lei 4.591/64 o referido instituto do patrimônio de afetação, tentando entabular mecanismos fiscais de estímulo à implantação deste meio de garantia. O artigo 31-A foi acrescido na Lei de Incorporação, pelo que passou a regulamentar tal garantia real, facultando: “a critério do incorporador, a incorporação poderá ser submetida ao regime da afetação, pelo qual o terreno e as acessões objeto de incorporação imobiliária, bem como os demais bens e direitos a ela vinculados, manter-se-ão apartados do patrimônio do incorporador e constituirão patrimônio de afetação, destinado à consecução da incorporação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes.”

Em 20 de novembro de 2018, o Senado Federal aprovou o texto-base de projeto que aumenta a multa para quem desiste de imóvel na planta. Nos dias atuais as construtoras ficam com 10% a 25% do valor pago por quem desistiu da compra do imóvel da planta, mas o projeto permite uma multa maior. Portanto, se o comprador desistir do negócio ou parar de pagar as prestações do imóvel, a construtora ou empresa responsável pela obra vai ficar com até 50% do dinheiro pago pelo comprador.³²⁶

Frise-se que estas considerações abrangem os imóveis do chamado regime do patrimônio de afetação.

Discussões nos Tribunais

O Superior Tribunal de Justiça realizou audiência pública (27/08/2018) para discutir dois pontos principais, (i) cumulação de indenização por lucros cessantes com a cláusula penal; e (ii) inversão, em desfavor da construtora, alienante do imóvel, da cláusula penal estipulada exclusivamente para o adquirente. A discussão foi importante e forneceu subsídios para que o tribunal possa julgar as controvérsias jurídicas registradas com os temas 970 e 971, em recursos

³²⁶

<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/11/20/plenario-aprova-texto-base-de->

projeto-sobre-distrato-imobiliario. Acesso em: 29 de janeiro de 2019, 14:04.

repetitivos, nos termos do artigo 1038, II, do Código de Processo Civil.³²⁷

Além dos dois aspectos apontados anteriormente, outros deverão ser considerados, como na hipótese de descumprimento do prazo de entrega do imóvel objeto de contrato de compromisso de venda e compra ou de contrato de venda e compra, em que é possível cumular a cláusula penal decorrente da mora com a indenização por lucros cessantes pela não fruição do imóvel, pois aquela tem natureza moratória, enquanto esta tem natureza compensatória.

Já a inexecução do contrato de promessa de venda e compra ou de venda e compra, consubstanciada na ausência de entrega do imóvel na data acordada, acarreta, além da indenização correspondente à cláusula penal moratória, o pagamento de indenização por lucros cessantes.

É possível, ainda, a inversão da cláusula penal moratória em favor do consumidor, na hipótese de inadimplemento do promitente vendedor, consubstanciado na ausência de entrega do imóvel no prazo pactuado.

O prejuízo do promitente comprador há de ser presumido a viabilizar a condenação por lucros cessantes pelo descumprimento do prazo para entrega de imóvel objeto de

contrato de compromisso de venda e compra ou de venda e compra.

Em caso de resolução de contrato de venda e compra de imóvel, a correção monetária do valor correspondente às parcelas pagas, para efeitos de restituição, deve incidir a partir de cada desembolso.

Importante também esclarecer que não é abusiva a cláusula de cobrança de juros compensatórios incidente em período anterior à entrega das chaves no contrato de promessa de venda e compra ou de venda e compra de imóveis em construção sob o regime de incorporação imobiliária.

Parece equilibrado o entendimento de que quando decretada a resolução do contrato de venda e compra de imóvel, com a restituição das parcelas pagas pelo comprador, o retorno das partes ao estado anterior implica o pagamento de indenização pelo tempo em que o comprador ocupou o bem, desde a data em que a posse lhe foi transferida.

Nos casos em que o promitente vendedor deixa de transferir o imóvel ao promissário comprador, mesmo depois do pagamento integral, haverá, nos termos da Súmula 239 do STJ, o direito à adjudicação compulsória sem se condicionar ao registro do

³²⁷

[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Natureza-jur%C3%ADdica-dos-](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Natureza-jur%C3%ADdica-dos-contratos-e-efeitos-para-o-consumidor-marcam-conclus%C3%A3o-do-debate-sobre-atraso-na-entrega-de-im%C3%B3veis)

[contratos-e-efeitos-para-o-consumidor-marcam-conclus%C3%A3o-do-debate-sobre-atraso-na-entrega-de-im%C3%B3veis](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Natureza-jur%C3%ADdica-dos-contratos-e-efeitos-para-o-consumidor-marcam-conclus%C3%A3o-do-debate-sobre-atraso-na-entrega-de-im%C3%B3veis). Acesso em: 15 de janeiro de 2019, 09:26.

compromisso de compra e venda no cartório de imóveis.

Mas em relação às despesas de condomínio será diferente, pois havendo compromisso de compra e venda não levado a registro, a responsabilidade pelas despesas condominiais pode recair tanto sobre o promitente vendedor quanto sobre o promissário comprador, dependendo das circunstâncias de cada caso concreto.³²⁸

No tocante ao IPTU, o promissário comprador do imóvel e o proprietário/promitente vendedor são contribuintes responsáveis pelo pagamento do referido imposto.³²⁹

CONCLUSÃO

Não há mais que se falar em Direito Privado, isoladamente. É um erro que não se pode cometer, haja vista o diálogo das fontes e a corrente metodológica relacionada ao direito civil constitucional, cuja defesa é a permanente releitura do direito civil à luz da Constituição Federal. Claramente se observou durante o texto o relacionamento intenso entre diversos profissionais de variadas áreas, além dos promissários compradores, pelo que o contrato de incorporação imobiliária desaguará na aplicação simultânea de diversas legislações

para que o direito possa, definitivamente, servir aos interesses sociais.

Nas discussões, ainda em andamento, tanto no Judiciário quanto no Legislativo, se percebe a necessidade de equilibrar as relações jurídicas, afastando os protecionismos que tanto prejudicam a eficácia do próprio sistema de Direito. Daí se pode notar a dinâmica interpretativa em relação ao sistema jurídico, de modo a incentivar e dar sentido ao contrato de incorporação imobiliária.

Por fim, os aspectos abordados relativos ao tema permitiram questionar, ainda mais, sobre o envolvimento de vários sujeitos e de suas responsabilidades nas relações contratuais, dando aos estudiosos da área uma oportunidade de pesquisar mais profundamente uma ou mais vertentes relacionadas aos contratos de incorporação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Natureza-jur%C3%ADdica-dos-contratos-e-efeitos-para-o-consumidor-marcam-conclus%C3%A3o-do-debate-sobre-atraso-na-entrega-de-im%C3%B3veis.

Acesso em: 15 de janeiro de 2019, 09:26.

<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/11/20/plenario-aprova-texto-base-de->

³²⁸ (Tese julgada sob o rito do art. 543-C do CPC/73 – TEMA 886).

³²⁹ (Tese julgada sob o rito do art. 543-C do CPC/73 – TEMA 122).

projeto-sobre-distrato-imobiliario. Acesso em: 29 de janeiro de 2019, 14:04.

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.966.13.PDF. Acesso em: 2 de dezembro de 2018, 11:39.

AGHIARIAN, Hércules. Curso de Direito Imobiliário. 12. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

FARIAS, C. C; ROSENVALD, N. Curso de Direito Civil: contratos – teoria geral e contratos em espécie. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil – introdução ao direito civil constitucional. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.12.

SCHREIBER, A.; KONDER, C. N. (cords.). Direito Civil Constitucional. 1. Ed. São Paulo: Atlas, 2016.

TEPEDINO, Gustavo. (coord). Problemas de Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SUCESSÃO DO CÔNJUGE E DO CONVIVENTE

Mauro ALVES DE ARAUJO³³⁰

Resumo

A escolha do tema para o presente artigo tem como finalidade demonstrar que a normatização de uma situação nem sempre pode ser interpretada de forma literal, sob pena de ofensa a princípios constitucionais. Mais, pretende-se com este estudo demonstrar um fato que se torna cada vez mais corriqueiro, ante a escolha das pessoas por uma constituição de nova família, com uma vida fora dos padrões convencionais, ou seja, a união estável em vez do casamento. E com isso, após uma vida em comum, quando um falece, surge o problema da sucessão, que pela letra fria da lei, em uma interpretação literal, dá ao convivente menos direito que teria se fosse casado, o que não é aceito pela sociedade, ante o tratamento desigual para situações idênticas, mormente pela ignorância da maioria da população quanto a seus direitos. Por força da divergência jurisprudencial criada na interpretação da norma sobre esse tipo de sucessão é que o Supremo Tribunal Federal decidiu, em sede de recurso repetitivo, a melhor interpretação da norma, em consonância com os princípios constitucionais.

Palavras-chave: *união estável, sucessão, novas famílias, entidades familiares*

Introdução

O tema escolhido para o presente estudo procura demonstrar uma situação em que a normatização de uma situação de fato não pode ser interpretada de forma literal, sob pena de ofensa a princípios constitucionais.

No caso em estudo, a sucessão, como fato social corriqueiro, necessita de um tratamento adequado à situação escolhida por boa parte dos que resolvem constituir uma nova família sem o formalismo exigido no passado.

Isso porque, a união estável, como forma insofismável de constituição de uma nova família, não pode tratar os conviventes diferentemente da situação a que o cônjuge tem direito.

Para tanto, inicia-se com algumas considerações sobre a interpretação e validade da norma jurídica e sobre a sucessão, passando-se ao direito das sucessões, os direitos sucessórios do cônjuge e do convivente, a interpretação da norma sobre o direito de sucessão desses, consoante o Supremo Tribunal Federal, e as consequências dessa interpretação dada pela Suprema Corte, finalizando-se com algumas considerações conclusivas sobre a questão.

Importante, entretanto, consignar que o presente estudo não visa se aprofundar no tema, eis que o artigo tem uma limitação física e o tema permite uma monografia extensa.

Breves considerações

É sabido que a norma é criada a partir da valoração de um fato, gerando o Direito³³¹,

³³⁰ *Professor e advogado. Bacharel em Direito pela FADIPA. Mestre e Doutor pela PUC/SP.*

³³¹ *Os elementos que compõem a Teoria Tridimensional do Direito, segundo Miguel*

que é a “*síntese ou integração do ser e do dever ser, é fato e é norma, pois é fato integrado na norma exigida pelo valor a realizar*”³³², e em todo fato jurídico “*se verifica uma integração de elementos sociais em uma ordem normativa de valores, uma subordinação da atividade humana aos fins éticos da convivência*”³³³.

Daí porque a interpretação de uma norma não pode ser apenas de forma gramatical (literal), mas especialmente de forma holística, permitindo que o texto legal seja interpretado de maneira interligada com a função social, histórica e, máxime, com uma Justiça maior, fim precípua do Direito. Mais, não pode haver uma incompatibilidade da norma com o ordenamento jurídico³³⁴, sob pena de haver inconstitucionalidade da norma jurídica.

Assim, a interpretação da norma jurídica é feita conforme essa orientação adotada pelo Supremo Tribunal Federal na aplicação do direito à sucessão pelo cônjuge e pelo convivente.

Direito das sucessões

Para o presente estudo, em que, repita-se, não se pretende de forma alguma esgotar o assunto, dada a compreensível limitação de

espaço, não se tratará da sucessão testamentária, eis que não pertinente ao tema, limitando-se à legítima e naquilo que é necessário ao presente trabalho.

O direito das sucessões cuida da transmissão de bens de uma pessoa morta (causa *mortis*), em que o seu sucessor o substitui no domínio dos bens. É um conjunto de normas que disciplina a transmissão dos bens e obrigações do falecido aos seus sucessores.

E essa sucessão causa *mortis* pode ocorrer de duas formas distintas, a testamentária (última vontade manifestada na forma da lei antes do falecimento) ou a legítima (quando os herdeiros serão os descendentes, ascendentes, cônjuge ou convivente, colaterais até 4º grau), consoante o disposto nos artigos 1573 e 1574, ambos do Código Civil. Isso quando a sucessão não ocorre por ambas as espécies (artigo 1575 do CC).

A sucessão legítima, que interessa ao presente estudo, compreende a partilha da herança deixada com o falecimento, se não existir testamento, ou sobre a parte que não foi compreendida no testamento, ou quando o testamento caducou, foi considerado ineficaz, reduzido ou nulo. Nessa situação, são convocados os herdeiros legítimos na ordem de vocação hereditária, primeiro descendentes, em concorrência com o cônjuge; depois os

Reale (Teoria Tridimensional do Direito. 5ª ed., Editora Saraiva, São Paulo, 2003)

³³² Miguel Reale, Teoria do direito e do Estado, 5ª ed., Editora Saraiva, São Paulo, 2000, p. 8

³³³ Miguel Reale, Teoria do direito e do Estado, p. 28

³³⁴ Conforme Teoria da Hierarquia das Leis, Hans Kelsen, Teoria pura do direito, 2ª versão. São Paulo, Martins Fontes, 3ª ed., 1991

ascendentes, também em concorrência com o cônjuge; em terceiro, o cônjuge, e, por último, os colaterais até o 4º grau.

Não se olvidando que na linha descendente cabe o direito de representação³³⁵, quando o herdeiro não puder receber a herança, como no caso de deserdação, ou quando o herdeiro descendente tiver falecido antes do seu ascendente.

Nestas situações, os descendentes do herdeiro falecido anteriormente ou deserddado serão chamados a receber por representação do seu ascendente³³⁶, recebendo por estirpe³³⁷.

Não há sucessão por representação na linha ascendente, por expressa disposição legal³³⁸, e na linha colateral essa representação é excepcional³³⁹, somente se admitindo quando os sobrinhos recebem no lugar do ascendente, juntamente com os tios.

Essa vocação hereditária, que significa o chamamento dos herdeiros legítimos na sequência legal de forma hierárquica³⁴⁰, exclui a classe seguinte quando existente uma mais próxima, dividindo-se em herdeiros legítimos necessários (descendentes, ascendentes e cônjuge) e os herdeiros apenas legítimos (colaterais até 4º grau). Exceção se faz quando ocorre a sucessão por representação acima mencionada, onde uma classe sucede com outra, mas isso somente é possível porque a

classe seguinte, que sucede por representação, não está recebendo a legítima por direito próprio como a classe anterior.

Para o presente estudo, vamos cuidar apenas da sucessão do herdeiro cônjuge e do herdeiro convivente, por ser a que sofreu grande modificação com a decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de recurso repetitivo, por causa do tratamento desigual que se tinha entre aqueles na sucessão.

Direito de sucessões do cônjuge e do convivente

O direito do convivente, previsto no Código Civil, em seu artigo 1790, resume-se “*aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável*”, observado o que segue:

- I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;*
- II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;*

³³⁵ Artigo 1851 do Código Civil

³³⁶ Artigo 1854 do Código Civil

³³⁷ Artigo 1855 do Código Civil

³³⁸ Artigo 1852 do Código Civil

³³⁹ Artigo 1853 do Código Civil

³⁴⁰ Artigos 1790, 1829 e 1830, todos do Código Civil

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.”

O cônjuge, por sua vez, conforme dispõe o mesmo diploma legal, tem direito à sucessão do falecido, se não separados judicialmente e nem de fato há mais de dois anos, exceto se inocente pela separação³⁴¹.

O direito do cônjuge, se existente, será concorrente com os descendentes, se não casado pelo regime da comunhão universal ou da separação obrigatória de bens³⁴², e nem sobre os bens comuns, se casado pelo regime da comunhão parcial de bens³⁴³.

Nesse caso, o direito do cônjuge é igual à parte que o descendente terá, não podendo a do cônjuge ser inferior à quarta parte, se for ascendente dos herdeiros descendentes³⁴⁴.

A não sucessão concorrente do cônjuge no regime da comunhão universal de bens deve-se ao fato de que o cônjuge sobrevivente terá direito à meação. Entretanto,

se existirem bens que não componham a comunhão universal de bens, o que é raro, mas não impossível, entende-se que o cônjuge sobrevivente terá direito à sucessão concorrente sobre esses bens particulares, como no caso da comunhão parcial de bens.

Tem o cônjuge direito concorrente, também, com os ascendentes, cabendo-lhe parte igual à do ascendente³⁴⁵, independentemente do regime de bens adotado no casamento. Isso representa a possibilidade de o cônjuge sobrevivente receber parte do patrimônio do falecido por direito próprio, meação, e também por sucessão.

Se não houver descendente e nem ascendente, o cônjuge herda por inteiro, sem que os colaterais sejam chamados à sucessão³⁴⁶.

Ainda, o cônjuge sobrevivente, independentemente de sua participação na herança do falecido cônjuge, concorrente ou por inteiro, bem como, do regime de bens do casamento, terá o “*direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar*”³⁴⁷.

Como se observa, há, no texto legal, uma diferença gritante entre o direito

³⁴¹ Artigo 1830 do Código Civil

³⁴² A intenção do legislador, nesse tipo de regime, foi impedir de todas as formas a participação do cônjuge no patrimônio do outro. Mas entende-se que no caso de separação convencional de bens, há a possibilidade de concorrência na sucessão.

³⁴³ Artigo 1829, I, do Código Civil

³⁴⁴ Artigo 1832 do Código Civil

³⁴⁵ Artigo 1837 do Código Civil

³⁴⁶ Artigo 1831 do Código Civil

³⁴⁷ Artigo 1838 do Código Civil

sucessório do cônjuge e do convivente, com uma odiosa desigualdade entre os mesmos, bastando reiterar que o convivente somente terá direito sucessório “*aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável*”. Nesse caso, igualava-se ao do cônjuge, se concorresse com filhos comuns; nas demais situações, o seu direito sucessório era reduzido, chegando ao ponto de concorrência até mesmo com os colaterais, e somente receberia por inteiro se não houvesse nenhum herdeiro descendente, ascendente ou colateral.

Essas diferenças foram tratadas no passado por uma razão simples: o texto legal, vale dizer, o artigo 1790 do Código Civil, é inconstitucional, por violar os princípios constitucionais da “*igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e da vedação do retrocesso*”, ao tratar como desiguais os que são iguais. Ambos, cônjuge e convivente, derivam de entidades familiares, e “*não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988*”³⁴⁸.

Assim, em 10 de maio de 2017, decidiu o Supremo Tribunal Federal, quando,

³⁴⁸ É o que se destaca do voto proferido no julgamento do Recurso Extraordinário nº 646721

³⁴⁹ É o que se constata no julgamento dos segundos embargos de declaração opostos pela

em sede de repercussão geral, ao julgar os Recursos Extraordinários nº 646721 e 878694, firmou a seguinte tese:

“No sistema constitucional vigente é inconstitucional a diferenciação de regime sucessório entre cônjuges e companheiros devendo ser aplicado em ambos os casos o regime estabelecido no artigo 1.829 do Código Civil.”

Isso significa que há igualdade de tratamento entre o cônjuge e o convivente, para fins sucessórios, devendo ser ignorado o artigo 1790 do Código Civil, tratando-se a sucessão apenas na forma do artigo 1829 do mesmo Diploma Legal, além de passar o convivente a ser considerado como herdeiro necessário, na forma do artigo 1845 do Código Civil, embora esse ponto não tenha sido objeto de discussão e decisão no referido julgamento³⁴⁹, mas que, pela melhor exegese, é o que se conclui.

Forçoso consignar que, embora o Código Civil vigente seja de autoria de um dos maiores juristas que este país já teve, e que o Código Civil tenha recebido inúmeras alterações para se adequar à Constituição

ASSOCIAÇÃO DE DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES – ADFAS, no REExt nº 646.721

Federal, somente sendo sancionado em 2002, portanto, 14 (quatorze) anos após a entrada em vigor de nossa Constituição Federal, isso não foi suficiente para impedir que houvesse um artigo de lei em dissonância com a Carta Magna.

Compreensível, pois até muito pouco tempo atrás, a sociedade não conseguia assimilar que a família pudesse ser formada de forma diversa daquela tradicional, ou seja, pelo casamento. Por força disso, não admitia que a união estável assegurasse a seus protagonistas os mesmos direitos dos cônjuges, daí o não reconhecimento de ofensa ao princípio da isonomia e da dignidade humana no odioso tratamento desigual dado pelo artigo 1790 do Código Civil.

É óbvio que a legislação infraconstitucional pode não ser recepcionada por uma nova Constituição Federal, mas não se pode imaginar que o legislador pátrio elabore uma lei em confronto com a Constituição Federal, a não ser pelo motivo mencionado, onde não se via igualdade entre convivente e cônjuge.

Efeitos da Tese firmada pelo STF nas partilhas concluídas

Questão interessante derivada dessa tese formada no julgamento de referidos

Recursos Extraordinários nº 646721 e 878694 é quanto aos seus efeitos.

Isso porque nos processos de inventário ainda não concluídos, é evidente que a aplicação da tese firmada é imediata e sem discussões, mas quanto aos processos de inventário concluídos e com trânsito em julgado, onde a partilha tenha ocorrido de forma contrária à tese do STF, ficaria a possibilidade de uma rediscussão da partilha em sede de ação rescisória, ou mesmo nulidade da partilha amigável, ante a reconhecida inconstitucionalidade do dispositivo legal aplicado à partilha.

Isso porque o convivente que ficou prejudicado com a aplicação do disposto no artigo 1790 do Código Civil, percebendo na partilha menos do que tem efetivamente direito pela aplicação do artigo 1829 do mesmo Código, poderia se recusar a entregar ao herdeiro o bem que está sob sua posse, apresentando impugnação ao cumprimento de sentença, na forma do artigo 525, § 1º, III, com a exegese apresentada pelo § 12º, do mesmo artigo 525, do Código de Processo Civil.

Entretanto, desde outrora³⁵⁰ há a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, como, aliás, consta no artigo 525, § 13º, do CPC.

Por isso essa discussão não ocorrerá, pois o Supremo Tribunal Federal, para evitar

³⁵⁰ Artigo 27 da Lei nº 9.868/99

uma insegurança jurídica para as situações decididas anteriormente à tese, modulou os efeitos deste julgamento nos seguintes termos:

“Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública.”

Isso representa a possibilidade de as partilhas ainda não transitadas em julgado serem adequadas à tese, mas as que transitaram em julgado não poderão ser rediscutidas, exceto se presente outro motivo autorizador para a rescisória ou anulabilidade da partilha³⁵¹, que não seja a inconstitucionalidade declarada na tese acima mencionada.

A Associação de Direito de Família e das Sucessões – ADFAS, admitida como *“amicus curiae”* no referido recurso extraordinário nº 646.721, teve os segundos embargos de declaração opostos para, entre outros fins, alterar a modulação dos efeitos da tese, reclamando a aplicação da mesma apenas às sucessões abertas após a publicação da tese, o que foi rejeitado, por não ser possível o pretendido caráter infringente.

Assim, o que se tem hoje é a possibilidade de se aplicar a tese acima exposta apenas às partilhas ainda não transitadas em julgado, independentemente da data de abertura da sucessão, com o direito assegurado aos conviventes como se casados fossem.

CONCLUSÃO

Durante este trabalho, algumas conclusões foram consignadas, ainda que de maneira mais simples, daí a necessidade de se enumerarem algumas conclusões do presente estudo, o que se faz de forma objetiva, com amparo na Tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos princípios que norteiam o Direito.

1. A interpretação de uma norma não pode ser apenas de forma gramatical (literal), mas especialmente de forma holística;
2. Na sucessão legítima, há o direito de representação apenas na linha descendente, excepcionalmente na linha colateral, jamais na linha ascendente;
3. Na sucessão legítima, somente haverá distintas classes de herdeiros quando ocorrer a sucessão por representação;
4. Não existe mais distinção do cônjuge e do convivente na sucessão, ante a declarada inconstitucionalidade do artigo 1790 do

³⁵¹ Artigo 966 do Código de Processo Civil para a ação rescisória, e artigos 657 e 658, ambos

do mesmo diploma legal, para a ação de anulabilidade

Código Civil pelo Supremo Tribunal Federal, ao fixar a Tese no julgamento dos Recursos Extraordinários nº 646721 e 878694, em sede de repercussão geral;

5. A declaração de inconstitucionalidade do artigo 1790 do Código Civil, igualando, portanto, os direitos do convivente e do cônjuge, na forma do artigo 1829, deve-se à ofensa aos princípios constitucionais da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e da vedação do retrocesso, por tratar como desiguais os que são iguais;

6. O convivente, além do mesmo quinhão a que terá direito na sucessão, em concorrência ou por inteiro, como se fosse casado, terá o direito real de habitação sobre o imóvel que servia de residência ao casal;

7. Convivente é herdeiro necessário, na forma do artigo 1845 do Código Civil;

8. A modulação dos efeitos da Tese firmada nos Recursos Extraordinários nº 646721 e 878694, julgados em sede de repercussão geral, foi necessária por segurança jurídica;

9. Com a modulação dos efeitos da referida Tese, as partilhas julgadas ou homologadas, com trânsito em julgado, não serão modificadas por força da inconstitucionalidade declarada, valendo a referida tese apenas para os inventários e partilhas não transitadas em julgado na data do julgamento dos referidos recursos extraordinários.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM, Sebastião Luiz; OLIVEIRA, Euclides de. Inventário e Partilha - Teoria e Prática do Direito das Sucessões. 24ª ed. Editora Saraiva, São Paulo, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Volume 7 – Direito das Sucessões. 8ª ed. Editora Saraiva, São Paulo, 2014.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, 2ª versão, SP, Martins Fontes, 3ª ed., 1991.

REALE, Miguel. Teoria do direito e do Estado. 5ª ed. Editora Saraiva. São Paulo, 2000.

_____. Teoria Tridimensional do Direito. 5ª ed., Editora Saraiva, São Paulo, 2003.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil. Direito das Sucessões. Volume 6. 10ª ed. Forense, 2017.

**ELEMENTOS PARA UMA TEORIA
CRÍTICA E CONSTITUCIONAL
APLICADA AO DIREITO CIVIL**

Prof. Dr. Pietro NARDELLA-DELLOVA³⁵²

E Estudantes de Direito, participantes do Grupo de Pesquisa NUDAR: Debora Sannomia Ito, Amanda Marcatti, Felipe Gomes da Silva, Lucas Corrêa, Márcia S. Fernandes, Claudia Maia, Larissa Torhacs, Natalia Cezario Carvalho, Guilherme Spezi, João Francisco do Prado Marçura, Henrique Vicente Ferreira Marinelli, Priscila Barros, Rodolfo Garcia Teixeira, Bruno Costa, Alexandre Tacla Martins, Rodnei Caio Baptista, Vinicius Gabriel de Camargo, Camila Cerqueira, Amalu Guimarães, Giovana de Castro B. da Silva, Fernanda Lopes, Jackeline Brito Carneiro, Camila

³⁵² *Pietro Nardella-Dellova é Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense, UFF; Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo, USP; Mestre em Ciência da Religião pela PUC/SP; Pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil; Pós-graduado em Literatura; Formado em Filosofia e Bacharel em Direito. É membro efetivo da Comissão de Direito e Liberdade Religiosa da OAB/SP – São Paulo; Membro Honorável da Comissão de Notáveis da OAB/BC, Balneário de Camboriú, Santa Catarina; Membro da “Accademia Napoletana per la Cultura di Napoli”, Nápoles, Itália; Associado ao Grupo Martin Buber, de Roma, para o Diálogo entre Israelenses e Palestinos; Associado à Resistência Democrática Judaica (grupo judaico para defesa da Democracia). É Autor de vários livros, artigos e pareceres jurídicos; é Poeta, com vários livros de Poesia publicados, e membro da UBE – União Brasileira de Escritores; Em 2011 criou o Grupo de Estudos e Pesquisas NUDAR – Teorias Críticas Aplicadas ao Direito Civil. É*

Ramos de Camargo e Giovanna S. de Moraes³⁵³.

Resumo

Ao longo do tempo, o Direito vem se libertando das amarras unidimensionais e, cada vez mais, assumindo um caráter de pluridimensionalidades, sobretudo no relacionamento entre direito abstrato e direito real, entre ideias e concretudes, entre justiça e justeza, entre moral e ética. Há um avanço nas Ciências Jurídicas e Sociais a partir de pressupostos das Teorias Críticas, nascidas do Iluminismo e crescidas ao longo da história das ideias, jurídicas, econômicas e sociais. Entre as áreas jurídicas, encontra-se o direito civil, cuja origem é romana, em especial, do cidadão romano e, sobretudo, do cidadão ligado ao seu *domus*, com forte caráter privatístico, individualista, mas vai ganhando contornos mais amplos. Desde a Revolução Francesa, o Direito Civil abre espaço para novos grupos e direitos. Atualmente, embora ainda mantendo seu caráter de direito privado, o Direito Civil ganhou uma qualidade de direito civil constitucional, e tem, diretamente da Constituição, não apenas uma chave hermenêutica, mas dispositivos com aplicação imediata.

Pesquisador do Grupo de Estudos do Programa de Pós-graduação, stricto sensu (Mestrado e Doutorado), em Educação da USF. É Professor, desde 1990, de Literatura, Direito Civil, Filosofia, História do Direito e Direitos Humanos em vários Cursos (graduação e pós-graduação), entre os quais, Universidade Federal Fluminense, USF, Fadipa, ESA – Escola Superior da Advocacia, Unimep, EMERJ - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Atuou como Professor visitante (2011-2013) na Faculdade de Direito da USP, abordando o tema “Direito Hebraico”. É Pesquisador bolsista CAPES no Programa de Estudos Pós-graduados da PUC/SP, abordando o tema “Direito, Direitos Humanos e Judaísmo”.

³⁵³ *Estudantes de Direito e orientandos do Grupo de Estudos e Pesquisa NUDAR – Teorias Críticas Aplicadas ao Direito Civil, da Faculdade de Direito, entre os anos 2013 a 2017, sob Coordenação do Prof. Dr. Pietro Nardella-Dellova;*

Palavras-chave: *teorias críticas, direito civil, novo direito civil, direito civil constitucional*

Introdução

Desde os eventos da Revolução Francesa de 1789³⁵⁴, e sua ruptura com a visão unidimensional que marcou todo período medieval, vêm-se buscando, e criando, meios alternativos de debate filosófico e jurídico. A passagem do teocentrismo para o antropocentrismo não apenas pôs termo à influência religiosa sobre as questões jurídicas, mas abriu caminho para novos fatos históricos, entre os quais o Renascimento e a Modernidade.

Tanto nas Artes quanto na Filosofia, o mundo está em constante movimento plural. Não foi, nem é, diferente no Direito. Orlando Gomes foi um dos primeiros a dizer isso em livro.³⁵⁵

Há uma presença marcante de hermenêuticas plurais, mormente no caso do Brasil após a Constituição Federal de 1988, que determinou o projeto de país plural, com respeito às diversidades e caracterização da pessoa humana como titular da dignidade. Mais que isso ainda, é preciso conhecer, e

reconhecer, que o direito civil não pode estar desvinculado da pessoa humana e de seu contexto histórico.³⁵⁶

No campo do Direito Civil, as repercussões são sensíveis. Obrigações, Contratos, Responsabilidade Civil, Direitos da Personalidade, Famílias, Consumidor e outras tantas áreas experimentaram mudanças profundas, tanto de compreensão enquanto instituições quanto direito material.³⁵⁷ A pessoa humana ganhou o lugar central do Direito Civil.³⁵⁸

A seguir, de modo ainda provocativo, o Artigo pretende apontar alguns destes aspectos, não como teoria ou doutrina cabal, mas como elementos de reflexão.

TEORIA CRÍTICA E O MOVIMENTO CRÍTICO DO DIREITO

A expressão *teoria crítica* foi cunhada por Horkheimer, em sua obra *Teoria Tradicional e Teoria Crítica*, para designar a continuidade do trabalho de Karl Marx, primeiramente, numa ruptura com outros pensadores e, depois, com o próprio Marx. Não se tratava de um simples rompimento, pois permaneceram os princípios críticos, mas

³⁵⁴ Fábio Konder Comparato. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. SP: Saraiva, 2013;

³⁵⁵ Orlando Gomes. *Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro*. Bahia: UBa, 1958;

³⁵⁶ Keila Grinberg. *Código Civil e Cidadania*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001;

³⁵⁷ Miguel Reale. *História do Novo Código Civil*. São Paulo: RT, 2005;

³⁵⁸ Luiz Edson Fachin. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. 2ª edição. RJ: Renovar, 2006;

com outras previsões teóricas. Para a *teoria crítica*, não basta entender o mundo como ele é, deve-se analisar a sua realidade concreta à luz da emancipação prometida pelo capitalismo, mas truncada pelo próprio sistema (pois ela é apenas aparente, uma simples ilusão criada pela lógica capitalista).

Dessa forma, parte da análise tal qual como deveria o mundo ser, pela potencialidade (emancipatória) nele existente. A crítica³⁵⁹ encontra-se na prática, na possibilidade de superar os obstáculos percebidos através da observação. Esse é o sentido da ação. Já a teoria só se confirma na prática transformadora das relações sociais vigentes.³⁶⁰

A dialética³⁶¹, portanto, constitui a essência do pensamento crítico. Há a compreensão de que o mundo é complexo, cuja realidade deve ser entendida como um processo constante de luta, de existência contraditória, que se reinsere na totalidade do passado e do futuro da sociedade vigente. Em resumo, o pensamento crítico não se contenta em apenas descrever um acontecimento social. Pretende-se ser, sobretudo, emancipatório,

pois compreende que a teoria sem a prática é inócua.

A Escola de Frankfurt e a Influência sobre o Direito

A Teoria Crítica tem origem na Escola de Frankfurt, que se refere simultaneamente a uma teoria social e a um grupo de intelectuais marxistas não ortodoxos, à margem do marxismo-leninismo militante muito presente à época, na década dos anos 1920.

Nasceu como *Instituto de Pesquisa Social*, criado em 1923, com dedicação à pesquisa e reflexão, concentradas primeiramente no socialismo e nos movimentos operários europeus. Sob a direção de Max Horkheimer, o Instituto muda de orientação, mostrando-se um centro de pesquisa centrado na análise crítica da superestrutura do capitalismo moderno:

O interesse documentário de como a classe operária enfrentava as crises específicas do capitalismo do início do século XX transformou-se no interesse teórico do porquê de a classe operária não ter assumido o seu

³⁵⁹ A crítica é traduzida para a Escola de Frankfurt como a aceitação da contradição e o trabalho permanente da negatividade, presente em qualquer processo de conhecimento. (FREITAG, Barbara. *A Teoria Crítica: Ontem e Hoje*. 5. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994. p. 51.)

³⁶⁰ Pietro Nardella-Dellova, in *Palestra "Direito Civil em Chave Crítica"*, proferida na

AJD – Associação Juizes para a Democracia, nov./2014;

³⁶¹ A dialética pressupõe a coexistência do Direito e do Antidireito, buscando um processo de desorganização da ordem estabelecida, mostrando a ineficácia de determinadas normas e propondo outras, de forma a abranger setores mais ou menos amplos da vida social.

*destino histórico de revolucionar a ordem estabelecida.*³⁶²

A ascensão do nazismo na Alemanha leva o Instituto a ser transferido para Genebra e, depois, para Nova Iorque, em 1934. No Novo Mundo, a produção dá-se sob o impacto causado pela cultura americana – expressão máxima do capitalismo moderno e da democracia de massa.

O Instituto volta à sede original em Frankfurt, em 1950, havendo uma redução do grupo de intelectuais, que foi superada pela adesão de jovens filósofos como Habermas, considerado o grande herdeiro intelectual da teoria crítica, criador da teoria da ação comunicativa, a qual posteriormente demonstrou ser a superação da própria teoria crítica.

A história da Escola de Frankfurt pode ser dividida em três grandes momentos. O primeiro compreende o período antes e durante a Segunda Guerra Mundial, com grande influência de Horkheimer, até a volta de Adorno e Horkheimer para Frankfurt. O segundo inicia-se com a reconstrução do Instituto, com Adorno no comando e a introdução da cultura e da teoria estética dentro da teoria crítica. Por último, temos Habermas liderando e propondo o novo paradigma da

razão comunicativo, que iniciou-se na década de 1970 e continua em pleno desenvolvimento.

Exposta a dimensão histórica da Escola de Frankfurt, em que pese a diversidade de seus autores, os quais não compartilhavam necessariamente um consenso epistemológico teórico e político³⁶³, atentaremos para seus eixos temáticos mais recorrentes: a dialética da razão iluminista e a crítica à ciência; a dupla face da cultura e a discussão da indústria cultural; e a questão do Estado e suas formas de legitimação na moderna sociedade de consumo.

Como já exposto, o norte teórico da Escola deslocou-se de problemas ligados à herança marxista para uma reflexão calcada em temas da cultura.

A dialética da razão e a crítica à ciência

O tema da dialética da razão é discorrido principalmente na obra *Dialética do Esclarecimento*, de Horkheimer. Para Kant, o *esclarecimento*/a razão seria o instrumento de libertação do homem. Esse ideal iluminista, entretanto, não veio a se concretizar; ao invés da emancipação, verificou-se na própria ciência um crescente processo de

reflexão dialética, sua competência dialógica ou aquilo que Habermas viria a chamar de 'discurso', ou seja, o questionamento radical dos pressupostos de cada posição e teorização adotada." (IDEM, p. 33-34).

³⁶² FREITAG, Barbara. *A Teoria Crítica: Ontem e Hoje*. 5. ed. SP: Brasiliense, 1994. p. 15.

³⁶³ Segundo Freitag, a atuação conjunta dos estudiosos frankfurtianos era caracterizada pela "sua capacidade intelectual e crítica, sua

instrumentalização da natureza, de dominação e repressão do homem. A razão (instrumental) domina a natureza, mas este conhecimento vem servir à dominação do homem. Logo, a natureza transforma-se em cega objetividade; a razão converte-se em razão alienada.

Em uma abordagem crítica, Horkheimer denuncia o caráter de alienação da ciência e da técnica positivista, através do conflito entre a filosofia de Descartes (teoria tradicional) e o pensamento de Marx (teoria crítica). A primeira objetiva sintetizar juízos universais, portanto, possui um caráter sistêmico e conservador. A segunda busca captar a dimensão histórica dos fenômenos, indivíduos e sociedades, o que demonstra um desejo humanístico e emancipatório.

Horkheimer, no entanto, não rejeita o pensamento de Descartes, adotando como único e verdadeiro o pensamento de Marx: ao compreender que o particular tende a ser a concretização do universal, busca englobar o primeiro ao segundo, confrontando suas estruturas lógicas, objetivos e finalidades, resultando em uma única teoria.

O mesmo autor, na obra *Teoria Crítica*, afirma que a ciência não pode resumir sua concepção epistemológica aos juízos de valor e juízos de fato, mas deve incluir os juízos existenciais, comprometidos com a liberdade e autonomia do homem.

Muito próximo aos ensinamentos de Marx, nesse momento intelectual, Horkheimer edita o ensaio *A Teoria Crítica: Ontem e Hoje*,

no qual revisa a teoria marxista e aponta seus grandes equívocos: 1) a tese da proletarianização progressiva é falsa; 2) a tese das crises cíclicas do capitalismo é falsa; 3) a justiça social não se realiza com liberdade. Igualdade econômica traz homogeneização dos indivíduos. “A homogeneização generalizada é o preço que se paga para assegurar o bem estar generalizado.”

Os regimes totalitários do nazismo, na Alemanha, e do socialismo, no leste europeu, desiludem Horkheimer acerca das teses de Marx, pois aqueles se valem da razão instrumental em detrimento da razão emancipatória, destruindo a liberdade individual em nome do bem geral. Assim, a *teoria crítica* continuava presa a um juízo existencial: libertar a humanidade da repressão, da ignorância e da inconsciência.

Outro debate que se travou sobre a razão humana deu-se entre Karl Popper e Adorno, em 1961, em Tuebingen, sobre os fundamentos epistemológicos do positivismo e da dialética. O positivismo de Popper se manifesta na defesa de um método nas ciências sociais, a lógica situacional, que se caracteriza por ser entendida como uma teoria pronta, acabada, feita com sentenças e hipóteses gerais, em que os casos são amoldados dentro desse sistema de sentenças.

Assim, a cientificidade é garantida pelo método, quando são respeitados os princípios básicos da lógica formal cartesiana: princípio da identidade, não-contradição, dedução ou indução, etc. A crítica consistiria

apenas em demonstrar os erros no percurso de construção do conhecimento.

Já Adorno considera que a teoria crítica não é meramente formal e metodológica, mas material, existencial, seguida sempre de uma crítica, uma desconfiança face ao conhecimento, questionando sempre seus resultados, e não os aceitando somente porque se amoldam perfeitamente aos moldes preestabelecidos. O estudioso deve sempre se guiar pela perspectiva do todo, mesmo quando se debruça sobre um objeto particular; entretanto, o todo consiste em resultado histórico e indicação para realização futura, não é, pois, um sistema estabelecido.

Este pensamento dialético negativo visa buscar no passado os anseios que não se tornaram realidade e tentar efetivá-los no futuro, rompendo com o *status quo*. Transcende o pensamento da razão *iluminista* conceituada por Kant e Hegel, na medida em que mantém como paradigma final a emancipação social, incluindo nela os elementos da contradição e da transformação. Lembremos que a razão iluminista tinha as dimensões emancipatória e instrumental, simultaneamente, mas na sociedade burguesa se desenvolveu somente a razão instrumental, em detrimento da emancipatória.

Adorno percebeu que a utilização da razão instrumental pelo positivismo moderno é problemática, pois não questiona as suas bases e a sua lógica. Dessa forma, ao atribuir

um caráter sistêmico ao processo histórico, a ciência positivista naturaliza os processos sociais. O *positivismo* e a razão instrumental não refletem sobre seus pressupostos; não se percebem como saber interessado e naturalizam o que é histórico.

À guisa de conclusão, a *teoria crítica* inclui, no seu arsenal teórico, a prática do cientista; o *positivismo* só vê a prática metodológica como integrante do seu arcabouço teórico.

Posteriormente, o embate entre a *teoria crítica* e o *positivismo* se travou entre Habermas e Luhmann, respectivamente.

A dupla face da cultura e a discussão da indústria cultural

O tema da crítica feita à cultura de massa esteve presente desde o começo na Escola de Frankfurt e foi o eixo temático responsável pela sua popularização entre diversos países do mundo. Influenciou seus principais pesquisadores, como Adorno, que escreveu sobre a música, Benjamin, ao tratar sobre a obra de arte, Marcuse, sobre o tema da cultura, e Horkheimer, sobre a arte e a cultura de massa.

No contexto burguês, o mundo cultural seria a forma de os oprimidos se libertarem; os ideais de felicidade, liberdade, amor e humanidade são expressos como uma promessa de alcançá-los.

Marcuse entende que a cultura passa a ser utilizada como uma forma alienante na realidade material de exploração, fazendo com que os homens se ajustem às formas desumanas de se viver, prevendo que estas mudariam com o futuro, conforme eram retratadas nas obras de arte.

Com o tempo, essa forma de controle da classe trabalhadora torna-se ineficaz: os bens culturais, expressos em obras literárias, filosóficas e de arte, deixam de ser considerados bens de consumo somente da burguesia, passando a bens de consumo de massa. Isto se dá face à revolução tecnológica-industrial, que permitiu a reprodução em série da obra de arte.

A reconciliação da cultura com a civilização, entretanto, foi apenas aparente, pois aquele ideal de felicidade, justiça e humanidade, contido em seu discurso, quando integrado ao processo de produção, passa a exercer outro valor, o de troca, recebendo o nome de *indústria cultural*, termo este criado por Horkheimer e Adorno.

A indústria cultural assume um novo papel no meio social, o de mascarar e procurar eliminar ainda qualquer forma de pensamento crítico do presente na busca de uma transformação social. Tira do operário qualquer possibilidade de pensar na realidade, ao lhe oferecer a ilusão da felicidade no tempo presente, não mais no futuro.

Percebe-se o ideal de que apenas através do consumo se alcança a verdadeira

realização pessoal. A indústria cultural transforma sua postura inicial em anticultural: dissolução da obra de arte, produção e reprodução das mercadorias anteriormente chamadas de culturais.

Em relação à obra de arte, Benjamin verifica que, em sua origem, sob o manto religioso, praticamente não existia um olhar específico sobre a obra de arte, que teria só um valor de culto (*aura*). No processo de dessacralização, a obra de arte ganha espaço paralelamente ao culto, criando o valor de exposição. A *aura* se manteve até o período burguês; quando saiu desse universo, através do processo incessante de reprodução, massificação e tecnificação, houve perda de sua aura, e assumiu um novo valor, o de consumo.

Benjamin, nesse processo, entende que a obra de arte apenas passa a ser apreciada, acessada por todos. Já Adorno, Marcuse e Horkheimer têm um pensamento contrário e negativista, ao entenderem como uma forma de dissolução na realidade banal da obra de arte, perdendo, assim, seu caráter crítico.

Habermas acompanha o pensamento de Benjamin, ao criticar aqueles três autores, que partiram do referencial burguês, olvidando outras manifestações artísticas populares, como o jazz e o surrealismo. A obra de arte vivencia a mudança de maneira que possui outras funções além das tradicionais (promessa de felicidade), e a solução estaria na busca de uma razão comunicativa, cuja análise

da cultura leva a outras conclusões que não aquelas pessimistas.

A questão do Estado e a dominação tecnocrática

As temáticas que envolvem o Estado também têm lugar permanente na obra dos pesquisadores frankfurtianos, que desenvolveram seus pensamentos em três momentos distintos. No primeiro momento, discutem-se as mudanças ocorridas na base econômica da sociedade capitalista desde Marx. Posteriormente, já nos Estados Unidos, aborda-se a questão do Estado e a dominação, confundindo-se com a crítica à razão instrumental. E, por último, no terceiro momento, após o retorno a Frankfurt, busca-se refletir sobre a legitimação e os problemas de funcionamento do Estado frente ao capitalismo.

O primeiro momento coincide com o período inicial de funcionamento do Instituto de Pesquisa Social em Frankfurt, a partir de 1932. As discussões eram sobre a intervenção estatal na economia das sociedades capitalista e socialista. Para os economistas, nenhuma economia moderna poderia ficar a salvo da intervenção do Estado, tanto para regular seu mercado interno quanto para manter o equilíbrio no plano internacional.

A pura regulação do mercado pela livre concorrência era insuficiente para manter vivo o modo de produção capitalista. Nesse

sentido, o Estado moderno torna-se empresarial. Ao administrar crises, desativa a luta de classes, pois amortece o impacto do conflito da classe trabalhadora com a capitalista.

No segundo momento, verifica-se que aquela razão abstrata pela busca em dominar a natureza para a libertação do homem transformou-se em uma dominação calculada, exercida tanto na natureza como nos homens por uma minoria detentora do poder, inclusive político. O conhecimento e a ciência acabam por servir à lógica técnica e econômica, em detrimento das necessidades dos homens, das lutas políticas.

A ciência e a técnica, vistas como formas concretas para o progresso social, acabam se tornando a base legitimadora do sistema capitalista, transformando-se na ideologia tecnocrática, que busca a dominação econômica e política e, claro, o acúmulo de capital. Por fim, no terceiro momento, Habermas aponta as crises do Estado moderno, oriundas do capitalismo avançado. As soluções para essas crises apontavam para o fascismo ou o socialismo, mas Habermas, de acordo com sua teoria da ação comunicativa, vislumbra um retorno à *polis*, o lugar da sociedade ou societário.

Teoria crítica e o Direito

Sob a influência do criticismo kantiano, da dialética hegeliana, da psicanálise freudiana e do materialismo histórico marxista, emergiu a *teoria crítica do direito*. Através dela, passou-se a questionar a racionalidade da dominação, bem como teorias jurídicas hegemônicas, tais como a corrente normativista do positivismo jurídico e a teoria imperativista.

A primeira, fortemente influenciada pelos estudos de Kelsen, reduz o direito à norma, por compreendê-la como ato volitivo da autoridade estatal constituída. A segunda teoria, também reducionista, concebe somente o lícito como via de acesso ao direito, negando a bilateralidade atributiva; sua lógica consiste nas ideias de ordem, comando e na prescrição de obrigações. Tais teorias ainda estão presentes na atividade dos juristas, em sua grande maioria, positivista-legalistas, que partem da completude e da suposta coerência do ordenamento que, no entanto, resta independente da realidade política, social e econômica. O direito acaba, portanto, reduzido à lei.

Optar pelo discurso da neutralidade de valores significa manter a continuidade do status quo. Nesse sentido, temos que a tecnicidade é uma falácia, pois a pretensa neutralidade é uma manifestação política. Dessa forma, com a teoria crítica, o direito tem a percepção de que deve ser

constantemente reinterpretado, de acordo com o dinamismo e pluralismo dos fatos sociais.

A CRÍTICA DO DIREITO E DOGMATISMO JURÍDICO

O caráter dogmático do direito está intrinsecamente ligado ao jusnaturalismo, pois, segundo Tercio Sampaio Ferraz Júnior³⁶⁴, o conhecimento dogmático do Direito é tributário de algumas heranças do pensamento jurídico europeu continental, dentre elas, a herança jurisprudencial dos romanos.

Como juristas práticos, os romanos mantiveram inalterado o dado normativo, ao construírem a sistematização para adequar as normas às finalidades práticas surgidas depois de seu estabelecimento. Logo, trata-se de uma abstração que parte das normas, de proposições determinadas por uma autoridade, que permitiu a própria codificação.

CRÍTICA, JUSNATURALISMO E POSITIVISMO: DIREITO CRÍTICO

O direito desmembra-se em diversas formas de pensamento ao longo da história, destacando-se como mais importantes o Jusnaturalismo e o Positivismo. Apesar de muitos pensadores jurídicos contemporâneos

³⁶⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. SP: Atlas, 1980. p. 19.

negarem seguir um desses pensamentos, suas bases teóricas são enquadradas nesses pilares do direito. O pensamento jusnaturalista (*iussum quia iustum* – ordenado porque justo) nasce na Grécia, sendo relativizado com a natureza, algo metafísico, expondo uma lei superior e anterior aos humanos, um direito natural. O direito natural é apresentado de três formas: cosmológico; teológico; antropológico.

O direito natural de forma cosmológica está ligado à “natureza das coisas”, ao cosmo, de maneira que o direito é utilizado para justificar uma determinada ordem social estabelecida. Já a forma teológica, presente na estrutura aristocrático-feudal, volta suas atenções para ordens de Deus que abençoa o soberano, que dita os preceitos divinos em suas leis, cabendo ao povo aceitar, acreditar e obedecer.³⁶⁵ Usado pela burguesia para contestar o sistema feudal, o direito natural antropológico conceitua que os princípios supremos advêm da razão e inteligência humana. Tais princípios protegiam as posições e reivindicações burguesas, sendo trocados pelo positivismo após a ascensão da burguesia ao poder.

Já o pensamento positivista jurídico (“*iustum quia iussum*” – justo porque ordenado) reduz a amplitude do direito natural a um pensamento voltado à compreensão das

normas e o sistema em que elas estão inseridas, com ideal de transformar o direito em texto escrito. Com início nos pensamentos de Augusto Comte, mas sendo Hans Kelsen o seu mais influente pensador, que volta seus pensamentos para o sacrifício dos valores para desenvolver um sistema dotado de certeza, rigorismo e especificidade, tendo como fundamento único e principal a norma jurídica. Podemos dividi-lo em muitas espécies, mas neste trabalho destacaremos a legalista, a historicista ou sociologista e a psicologista. O positivismo legalista outorga uma superioridade à lei, esta afastando qualquer costume que a contrarie. Já o historicista foca nos pressupostos da lei, ou seja, na sua fonte de inspiração (normas não escritas, costumes, etc.), que é conhecida como “espírito do povo”, mas quem dita “o que é” ou “não” no costume é a classe dominante; o sociologista volta-se para o estudo do controle social, interpretado como função do direito, que significa ordem estabelecida e tem o Estado como porta-voz das classes dominantes. E, por fim, o psicologista, que busca a essência fenomenológica do direito, ou seja, foca nos pensamentos dos ideólogos; são os fatos de dominação chamados de “jurídicos”.

Em 1977, a partir de um congresso de docentes norte-americanos para discutir críticas ao estudo do direito e da sociedade,

³⁶⁵ Pietro Nardella-Dellova, in *Palestra “Por uma Formação Jurídica Plural e Emancipatória”*, proferida na EMERJ – Escola

da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, agosto de 2013;

iniciaram-se os movimentos que criticavam a forma de construção e aplicação do direito.

A crítica ao direito, nos tempos atuais, tem uma forte propensão para transformar a imposição do direito positivo imposto pela classe dominante para um direito mais equilibrado e discutido por todos. A teoria crítica desenvolve, basicamente, seus pensamentos no equilíbrio entre as classes através do direito, dando voz às classes dominadas para que discutam e imponham suas reivindicações diante da criação de uma lei.

Ao lado da crítica ao modo de preparo das leis, está a crítica ao modo de preparo dos futuros juristas, que são desenvolvidos de uma forma estática (Direito como sistema perfeito), parcial (limitada ao Direito positivado) e paralisante (atitudes conservadoras). Com isso, a teoria crítica vem indagar o modo de preparação e aplicação das leis, mas também a forma como serão criados os futuros legisladores e aplicadores do sistema jurídico. A solução seria uma abordagem global, dinâmica e progressista do direito, gerando normas mais benéficas a todas as classes, criando-se um sistema dialético-jurídico, tendo como ponto de partida a Sociologia jurídica, ou seja, a ciência dos fatos sociais.

Sociologia Jurídica

Para combater a hegemonia do direito positivo e direito natural deve ser construído um processo histórico-social, levantando não apenas dados históricos relacionados ao mundo jurídico, mas também a fatos sociais e ao comportamento dos povos ao longo do tempo. Isso poderá resultar na análise de revoluções que, na verdade, algumas delas, não passaram de mero golpe de Estado conservador maquiado de revolução. Mesclando as abordagens históricas científicas e sociológicas científicas, encontraremos a composição da Sociologia geral, fazendo parte desta a Sociologia Jurídica.

A Sociologia Jurídica vai além das normas e do sistema jurídico contemporâneo, entende Direito e Justiça ao longo do tempo, em suas diversas facetas e povos no decurso da história. A Sociologia era dividida em dois vieses: primeiro a Sociologia da estabilidade, harmonia e consenso, onde a legitimidade é presumida. Por este motivo, apresenta instrumentos de controle social, de forma a meramente controlar esta estrutura, sendo que as mudanças devem ocorrer seguindo apenas as regras do jogo. Neste sistema, qualquer tipo de mudança social é controlada e limitada, e o direito é visto como a parte mais atuante dos mores repressivos (sendo estes ligados às classes dominantes). Seria esta a raiz dos positivismos jurídicos, e é considerado um modelo "centrípeto", visto que todas as mudanças são orientadas para dentro do

sistema. Tal modelo pode ser atribuído à burguesia recém-chegada ao poder. Já para a Sociologia da mudança, conflito e coação, diversamente do modelo anterior, são modelos "centrífgos". O espaço social é ocupado por diversos grupos em conflito. Isto torna o bloco de normas dominantes altamente instável, sendo constantes as reivindicações por mudança. Contudo, não se verifica neste modelo um programa coerente de ação e objetivos nítidos de reestruturação social, sendo marcado pelas contrainstituições e pela contracultura. Tais padrões de comportamento forçam a ordem estabelecida a agir com coação. Este modelo, assim como o anterior, é burguês.

O que há em comum entre as posições sociológicas acima discutidas é a tentativa consciente ou não de afastar a dialética.

A Dialética Social do Direito

Vivemos em uma sociedade fortemente influenciada por padrões internacionais, e dentro desta sociedade se insere uma dialética. Sua estrutura modela-se de acordo com a infraestrutura socioeconômica, marcada pelo imperialismo. Neste cenário, há a convivência de grupos de opressores e oprimidos, modos de produção e de organização distintos, que é o que movimenta a dialética social. A dialética social

permite-nos aferir conclusões sobre a essência do Direito que apontaremos a seguir.

Independentemente do sistema capitalista ou socialista, a questão das classes sociais não esgota o problema do Direito, permanecendo a opressão a determinados grupos, cujos direitos humanos são postergados.

A dialética pressupõe a coexistência do Direito e do Antidireito, buscando um processo de desorganização da ordem estabelecida, mostrando a ineficácia de determinadas normas e propondo outras, de forma a abranger setores mais ou menos amplos da vida social. Neste âmbito, é importante destacar o trabalho do sociólogo português Boaventura de Souza Santos que, ao pesquisar determinadas favelas brasileiras, concluiu que numa estrutura com diversas classes sociais superpostas, irrompem inúmeros conflitos classistas, o que tende a desenvolver subculturas paralelas à ordem estabelecida, ou seja, um Direito paralelo.

A opção de adotar uma perspectiva teórica que entenda que este Direito paralelo não é inferior ao direito estatal é tanto científica quanto política. A dialética cuida da opção científica.

As ideologias jusnaturalistas e positivistas são limitadas, pois buscam definir o Direito, enquanto que o direito não "é"; ele "vem a ser". Isto porque o Direito é uma construção constante da sociedade, que se desenvolve no decorrer dos séculos, dentro da

história. Determinadas classes sociais que se encontravam marginalizadas em certo tempo podem se tornar a classe dominante (como ocorreu com a burguesia). Cada classe dominante busca impor suas normas para se sustentar no poder, e isto implica tornar legítimas instituições e padrões de comportamento, o que é formalizado pelo Direito.

A grande problemática do Direito atual, que é bastante utilizada pela doutrina, está em tomar as normas como Direito e, depois, definir o Direito pelas normas, limitando estas às normas do Estado e grupos que o dominam.

Mais do que utilizar o Direito enquanto forma de perpetuar determinados grupos no poder, está na visão de que o Direito, como ciência social, se constrói e se desconstrói com as relações sociais e a história, com as contradições, resistências e vanguardas. O Direito tem um perfil autêntico, em eterna reconstituição e em busca de avanços e áreas novas de libertação. Deve estar sempre ligado à Justiça e não totalmente ao legalismo engessado. É aí que se insere a dialética.

A CRÍTICA DO DIREITO E OS DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos, diferentemente dos outros ramos do direito, não podem ser

entendidos como um sistema, porque fazem parte de um movimento emancipatório em constante construção. Veremos que a luta e a conquista desses direitos, bem como sua efetiva proteção, nascem com a própria ideia de humanidade.

Direitos Humanos e Direitos Fundamentais

Os direitos humanos começaram a tomar forma a partir da baixa idade média, quando a monarquia e o clero iniciaram uma disputa pelo poder, que culminou na Carta Magna, em 1215, documento que representa a limitação dos poderes do rei. Deixava expressa em seus termos que os reis deveriam respeitar alguns procedimentos legais, tais como as garantias de algumas prerrogativas, como a liberdade e a propriedade.

Com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, marca da Revolução Francesa, veio a primeira manifestação jurídica e política em relação aos direitos humanos. Embora de caráter burguês e localizado, a Declaração é tida como o nascedouro das liberdades civis e políticas. As primeiras Constituições a aderir aos ideais da Revolução Francesa foram a do México e a de Weimar (Alemanha), as quais trouxeram os direitos sociais, econômicos e culturais.

Após a Segunda Guerra Mundial, os direitos humanos começaram a tomar uma

força maior, retomando-se os ideais da Revolução Francesa. Com todas as atrocidades praticadas, especialmente pelos nazistas e fascistas, a humanidade se reconheceu como uma grande e mundial sociedade de seres humanos, para além das suas nacionalidades.

Em decorrência, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) promulgou a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948. A partir de então, esse processo, que trouxe os direitos de solidariedade, inspirou muitos países, que passaram a adotar os pressupostos dos Direitos Humanos em suas constituições.

Os direitos fundamentais consistem, portanto, na constitucionalização dos direitos humanos. Dessa forma, direitos humanos pertencem ao gênero, e direitos fundamentais, à espécie, quando positivados.

No Brasil, a positivação dos direitos humanos deu-se somente em 1988, com a Constituição Cidadã. A partir de então, criaram-se várias leis específicas com o objetivo de reconhecer o direito fundamental de grupos e pessoas.

Direitos Humanos e Aplicação Imediata

Com o reconhecimento desses direitos, veio, porém, o questionamento sobre

a sua efetivação, acerca da grande distância entre o direito formal e o direito real. Norberto Bobbio³⁶⁶, em *A Era dos Direitos*, aponta a necessidade de serem efetivados os direitos humanos conquistados e reconhecidos.

No mesmo sentido, Lênio Streck³⁶⁷ questiona exatamente o fato de a Constituição Federal não ser cumprida da forma correta. Para o autor, faltam políticas públicas cumpridoras do Estado democrático e, por este motivo, surge o judiciário como instrumento para o resgate desses direitos.

Embora seja perceptível a desfuncionalidade do direito e das instituições encarregadas de aplicar a lei, a noção de Estado Democrático de Direito está indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais.

O artigo 5º, §1º, da Constituição Federal prescreve que “As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Esse preceito constitucional alcança todos os direitos fundamentais reconhecidos pelo estado pátrio. De acordo com o §2º do mencionado artigo, não está adstrito ao seu artigo 5º, pois abarca todos os outros direitos fundamentais, independentemente de previsão na Constituição Federal.

³⁶⁶ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 17.

³⁶⁷ STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da*

construção do Direito. Porto Alegre: 2005, p. 325.

O fato é que o direito passou por diversas mudanças e, nesse processo, talvez tenha perdido parte de sua essência, ou seja, o que antes era para atuar como um guardião dos direitos dos cidadãos agora se transformou em instrumentos de sonegar esses direitos.

A elaboração de um texto constitucional não vem sendo suficiente para suprir a efetividade das estruturas sociais; aliás, muitas vezes o direito ampara somente as classes médias/superiores. Como exemplo, temos o coeficiente da impunidade do Brasil, em que muitas vezes aquele que pratica o crime de “colarinho branco” fica impune, já os crimes contra o patrimônio são praticados em grande parte por pessoas das camadas sociais mais baixas, as quais compõem a maioria do sistema carcerário brasileiro.

Logo, o próprio Estado Social brasileiro não se efetivou, o que fez aumentar as desigualdades sociais. O que se procura demonstrar é que mesmo com a trajetória de muitas lutas e transformações dos direitos humanos, ainda faltam mecanismos para a sua concretização na prática, de maneira a garantir um estado democrático de direito mais justo e menos desigual.

Para entender a dificuldade da efetivação dos direitos humanos e fundamentais, é importante analisar a influência das condições presentes na

Declaração dos Direitos Fundamentais do Homem e na maneira como ela é encarada hoje por vários segmentos da sociedade. Segundo afirma o constitucionalista José Afonso da Silva³⁶⁸, as condições históricas demonstram a existência de uma contradição entre um regime de monarquia absolutista beirando a decadência e uma sociedade nova com perspectivas de avanço comercial e cultural. O conflito deu-se porque a atividade da segunda estava sujeita à arbitrariedade da primeira e à opressão jurídica que partia das classes privilegiadas.

Já as condições subjetivas partem das fontes de inspiração filosófica da doutrina francesa, que foram o pensamento cristão, a doutrina do direito natural dos séculos XVII e XVIII e o pensamento iluminista. O pensamento cristão só é considerado como fonte na sua ideia primitiva (aquele vigente à época apoiava a monarquia e sustentava a ideologia da supremacia desta), que continha, em relação à dignidade da pessoa humana, uma mensagem de libertação do homem, na medida em que é criado à imagem e semelhança de Deus, todos os homens seriam iguais de natureza.

Porém, o pensamento propagado pelo cristianismo primitivo também pode ser interpretado como um conformismo da escravidão porque, apesar de ter sustentado a

³⁶⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

igualdade de natureza, também ajudou a construir a ideia de bom e mau, que colaborou para criar estereótipos negativos maniqueístas.

Como exposto em outro capítulo, a doutrina do *direito natural* aparece em contraposição à ideia de “divinização”, base do sistema absolutista. Essa doutrina parte de uma natureza racionalista, ou seja, fundamenta o poder político na capacidade racional do homem e também transporta essa ideia para o *direito positivo*. A partir da sustentação dos direitos inatos, reconheceu-se um conjunto de direitos inerentes à pessoa humana.

Por sua vez, o pensamento iluminista é o responsável pelo caráter individualista das primeiras declarações dos direitos do homem, já que ressaltava a crença nos valores individuais acima dos valores sociais.

Duas das condições subjetivas apresentam características que são relevantes na análise da moral contemporânea: (1) a ideia cristã da classificação dos indivíduos entre bons e maus e (2) a crença dos valores individuais acima dos sociais. A primeira característica influencia na ideia equivocada de que os direitos humanos não deveriam destinar-se a todos os homens, mas apenas àqueles que seguem o caminho do “bem”, ou seja, aqueles que estão no lado “bom” da sociedade. Já a segunda característica, presente na Declaração Universal dos Direitos dos Homens, parte da ideia de que, apesar de cada indivíduo ser único, todos têm a mesma natureza e por isso são iguais. Entretanto, o

individualismo presente nos dias atuais reforça a ideia de diferença na essência dos homens, o que reforça a desigualdade social.

Alguns justificam as desigualdades sociais pela meritocracia; nessa linha de pensamento, aqueles que têm menos direitos não fizeram por merecê-los. Essa afirmação, além de confortar aqueles que ocupam posições mais altas, transforma a vítima na culpada pela sua própria condição.

Ainda que seja preciso se esforçar para atingir determinado padrão de vida, em muitos casos, apenas isso não é suficiente para atingir o básico para se ter uma vida digna e saudável, pois está claro que não falta esforço a uma criança que passa a manhã trabalhando (muitas vezes em um ambiente muito insalubre até para adultos) e a tarde na escola, e ainda assim tem chances mínimas de sair da condição na qual vive.

A CRÍTICA DO DIREITO: EXPERIÊNCIAS PONTUAIS

O chamado Direito Achado na Rua, cuja análise aguda da realidade se firma de acordo com a ideia de que o Direito é um todo orgânico, que tem como imediato princípio fundamental a dignidade da pessoa humana, foi uma das correntes acadêmicas de debate nos anos 1980, reunindo professores de Direito tanto da USP quanto de outras Universidades

públicas, entre os quais, Roberto Lyra Filho,³⁶⁹ Professor titular da Universidade de Brasília, José Eduardo Faria³⁷⁰, Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, José Geraldo de Sousa Junior³⁷¹, Professor da Universidade do Distrito Federal, Antonio Carlos Wolkmer³⁷², Professor da Universidade Federal de Santa Catarina. Esse movimento circunscreveu-se ao meio acadêmico, inspirando uma busca de pluralidades e diversidades.

O direito alternativo, outra experiência, mas de caráter judicial, tendo recebido forte influência do Direito Achado na Rua, teve como premissa o reconhecimento e a efetivação do direito como prática social. Dessa forma, buscou romper com a idealização do princípio da neutralidade judicial. Trata-se de uma herança tanto do Direito Achado na Rua quanto da *Teoria Crítica* da Escola de Frankfurt, que provocou no direito a mudança de paradigmas face aos métodos da hermenêutica constitucional clássica. Entre seus atores, encontravam-se juízes gaúchos que consideravam que o juiz

não deveria simplesmente aplicar a lei, sem qualquer aplicação interpretativa que desconsiderasse a pessoa humana. Não se tratava de abandonar o direito e a aplicação das leis, mas de lhes dar uma interpretação multifacetada, interdisciplinar e, sobretudo, considerar a realidade para além da lei. Entre os representantes dessa experiência, encontravam-se juízes como Amilton Bueno de Carvalho³⁷³, juiz gaúcho, Lédio Rosa de Andrade,³⁷⁴ Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, e João Batista Herkenhoff³⁷⁵, juiz no Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Todos estudados, de alguma forma, por vários acadêmicos, entre os quais, José Eduardo Faria³⁷⁶, Professor da Universidade de São Paulo, e Edmundo Lima de Arruda Junior³⁷⁷, Professor da Universidade Federal de Santa Catarina.

A *teoria crítica do direito*, em quaisquer de suas manifestações, consiste no questionamento das normas jurídicas e na análise, reflexiva e fundamentalmente, dos aspectos sociais, da realidade e da aplicação da lei peculiar das ideias já existentes. A

³⁶⁹ Roberto Lyra Filho. *Para Um Direito sem Dogmas*. Porto Alegre: Fabris, 1980;

³⁷⁰ José Eduardo Faria. *A Reforma do Ensino Jurídico*. Porto Alegre: Fabris, 1987;

³⁷¹ José Geraldo de Sousa Junior. *Para uma Crítica da Eficácia do Direito*. Porto Alegre: Fabris, 1984;

³⁷² Antonio Carlos Wolkmer. *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*. SP: Ed. Acadêmica, 1991;

³⁷³ Amilton Bueno de Carvalho. *Magistratura e Direito Alternativo*. RJ: Luam Editor, 1996;

³⁷⁴ Lédio Rosa de Andrade. *O que é Direito Alternativo?* Florianópolis: Obra Jurídica Editora, 1998;

³⁷⁵ João Batista Herkenhoff. *Direito e Utopia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1999;

³⁷⁶ José Eduardo Faria (org). *Direito e Justiça: A Função Social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1994;

³⁷⁷ Edmundo Lima de Arruda Junior. *Direito Alternativo e Contingência: História e Ciência*. Florianópolis: Cesus, 2007;

consciência crítica percebe a imprescindibilidade da visão holística no enfrentamento dos problemas cotidianos. Nesse aspecto, a Constituição Federal de 1988 representou mudança de paradigmas hermenêuticos, abrindo mais espaço à teoria crítica do direito no país.

Entretanto, persistem fortemente resquícios das ideologias (*jusnaturalismo* e *positivismo jurídico*) que impedem a inovação do direito e a própria aplicação da Constituição em sua forma plena e eficaz, garantindo a toda a sociedade o exercício de seus direitos (formalmente e materialmente). A *teoria crítica do direito*, ao reconhecer e denunciar essas posturas, permitiu a abertura de um leque de soluções para esse impasses (como o *direito alternativo*, o *pluralismo jurídico*, o *direito achado na rua*), com forte influência no Direito Civil, entre outras áreas jurídicas.³⁷⁸ No caso do Direito Civil, a influência mais forte foi sentida nas relações obrigacionais, contratuais, de direitos reais e, sobretudo, direito da família. Neste caso, tal foi a influência que o Direito de Família passou a ser chamado de Direito das Famílias³⁷⁹, inclusive com reconhecimento de direitos aos homoafetivos.³⁸⁰

³⁷⁸ Sílvio Donizete Chagas (org.). *Lições de Direito Civil Alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1994;

³⁷⁹ Maria Berenice Dias. *Direito das Famílias*. São Paulo: RT;

A Recepção da Teoria Crítica no Brasil

A *teoria crítica* ainda hoje nos permite refletir sobre a realidade, buscando uma renovação e uma autocrítica acerca do que é tido como verdadeiro ou imutável. Segundo Antonio Carlos Wolkmer³⁸¹,

A intenção da teoria crítica é definir um projeto que possibilite a mudança da sociedade em função do novo tipo de homem. Trata-se da emancipação do homem de sua condição de alienado, de sua reconciliação com a natureza não repressora e com o processo histórico por ele moldado.

O saber jurídico atual, como mencionado em outro capítulo, estrutura-se em duas racionalidades, o *jusnaturalismo* e o *positivismo jurídico*. Por não mais satisfazer a vontade e os anseios de quem realmente deveria ser seu beneficiário, o direito necessita reconstruir-se e mudar seus paradigmas, através de um discurso crítico desmistificador.

A crítica no direito implica justamente o exercício de questionar a normatividade legitimada, admitindo outras formas de práticas diferenciadas no jurídico, as quais

³⁸⁰ Maria Berenice Dias. *Diversidade Sexual e os Direitos Homoafetivos*. São Paulo: RT;

³⁸¹ Antonio C. Wolkmer. *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*. 5 ed. rev. SP: Saraiva, 2006.

podem oferecer outros referenciais epistemológicos que acompanhem as complexas transformações sociais e econômicas e suas contradições. Além disso, a emergência de categorias de rupturas ao instituído devem ensejar implementação de transformações necessárias.

No Brasil, não existe uma coesão de autores de maneira a constituir uma escola, mas as produções crítico-culturais e os núcleos que surgiram em decorrência da Escola de Frankfurt não podem ser olvidados. Vale citar as obras de maior influência: as “*Contradogmaticas*”, da ALMED; “*Sequência*”, do curso de pós-graduação em Direito da UFSC; “*Direito & Avesso*”, da Nova Escola Jurídica Brasileira — NAIR (Grupo de Brasília); “*Revista Trimestral da OAB*”, a qual teve circulação nacional durante os anos de 1988 e 1989; “*Direito, Estado e Sociedade*”, do Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-RJ; e a revista de “*Direito Alternativo*”, organizada pelo magistrado Amilton Bueno de Carvalho.

É válido salientar os núcleos teórico-críticos existentes nas décadas de 1980 e 1990, como o Grupo de Trabalho *Direito e Sociedade*, vinculado à Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais, o *Instituto de Direito Alternativo* (IDA), o *Grupo de Magistrados Gaúchos*, a *Associação Juizes para a*

Democracia, o *Movimento da Magistratura Fluminense pela Democracia* (MMFD), o *Programa Especial de Treinamento* (PET), em que cada um utiliza o método que julga mais eficaz para promover o incômodo crítico.³⁸² Feita essa exposição sobre a recepção da mencionada teoria no Brasil, atentaremos mais adiante ao *direito alternativo*, considerado a via mais coesa da concepção crítico-dialética no Brasil.

Direito alternativo: qual sua origem e motivadores na Itália fascista e na Ditadura Militar?

O direito alternativo não é um movimento contra a lei, que luta contra a existência de um sistema de normas escritas no Brasil ou que não defende a livre interpretação do juiz; estes são alguns argumentos que juristas legalistas utilizam para descrevê-lo. A intenção do movimento é trabalhar para ir contra o conteúdo de algumas leis, como nos casos dos países *anti-apartheid*, que combatiam o regime legal e segregacionista dos países adeptos ao regime. Tem como intenção contestar a falta de aplicação de algumas leis e a interpretação reacionária aos textos legais.

O direito alternativo teve sua origem no Brasil na época da ditadura militar, quando

³⁸² *Idem.* p. 90-92;

a população viveu um período de total ausência de reivindicação dos seus direitos, ficando submetida ao governo, que exercia seu poder mediante temor e violência.

Entretanto, nessa época o poder judiciário não modificou de forma considerável suas funções e, muitas vezes, seus magistrados sentiam-se até mais autoritários, tanto que no ano de 1975, um juiz tentou, em congresso nacional dos magistrados, obter a volta do Estado de Direito; no entanto, ao conquistar o apoio de somente três ou quatro colegas, teve seu plano frustrado.

Com o fim da ditadura militar, houve a promulgação da nova constituição e, com ela, vários problemas considerados como políticos, pelos juízes, foram levados à justiça. O poder judiciário, até então, sempre agia de forma neutra quando se tratava de problemas políticos, e assim, a maioria permaneceu agindo, sem perceber que essa neutralidade consistia em práxis ideológica.

Entretanto, nem todos os magistrados agiram de forma indiferente aos problemas trazidos pelo povo, surgindo então os primeiros juízes alternativos.

O primeiro passo para o início do *direito alternativo* foi a criação de um grupo de estudos, organizado por magistrados gaúchos, alguns deles influenciados pelo movimento italiano do *uso alternativo do direito*. Mas a criação do movimento só veio a ocorrer com

uma manchete em um jornal de São Paulo que visava ridicularizar e desmoralizar o grupo gaúcho, tendo como principal alvo o magistrado Amilton Bueno de Carvalho, um dos organizadores do grupo de estudos.

A matéria jornalística, ao invés de ter uma repercussão negativa, serviu como grande veículo de propaganda, ao unir vários juízes com ideologia semelhante e descontentes com a postura tradicional do judiciário. Após a publicação da referida manchete, foi organizado o Encontro Internacional de Direito Alternativo. Desse modo, criou-se um movimento de crítica à ordem estabelecida, cujo cenário era de revoltas, de um espírito de reivindicação social e de luta por liberdade.

Muitos congressos acadêmicos aconteceram e livros foram lançados, aumentando cada vez mais a popularização do direito alternativo. O movimento foi rapidamente se espalhando entre promotores de justiça, professores, alunos, transformando-se em uma corrente organizada do pensamento jurídico crítico ao direito tradicional.

A origem do direito alternativo foi inspirada em movimentos do direito alternativo italiano, que se deu ao fim da estrutura jurídica fascista, abrindo caminho para um novo ordenamento jurídico, mais democrático do que a ordem vigente até então. Após a promulgação da nova constituição, foi criada a Associação Nacional de Magistrados Italianos (antes era vedada a sua criação), a qual dizia-se ser um grupo apolítico. O poder

judiciário não se adaptou à nova ordem, interpretando da forma mais restritiva possível as recentes leis democráticas. Após algumas décadas, foi criada a Corte Constitucional, a qual declarou inconstitucional quase toda a herança legislativa fascista.

Magistrados da segunda instância se retiraram da Associação Nacional de Magistrados Italianos e fundaram a União das Cortes, que em pouco tempo se tornou União de Magistrados Italianos. A União possuía a intenção de arrebatar os juízes conservadores de primeira instância, representando assim uma posição moderada. A associação era uma espécie de frente ampla, com a presença de várias correntes que se debatiam entre si, sendo criadas a mesa direita e a mesa esquerda, sendo a esquerda responsável pela formação do uso do direito alternativo.

No ano de 1964 foi criada a Magistratura Democrática; muitos de seus membros se aproximavam da ideologia marxista, eram pessoas preocupadas com problemas sociais, que tomavam parte em toda função jurisdicional e na solução dos mesmos, sendo esta a primeira vez que um grupo de magistrados se declarou contrário ao grupo dominante, nesse caso a burguesia. Esse grupo agitou toda a sociedade italiana por suas ideologias e ações; buscaram se aproximar dos sindicatos, partidos políticos, estudantes e

outros. Apesar de a Magistratura Democrática ter sido reprimida e ter sofrido muitos processos administrativos e penais, esta continua com suas atividades até os dias atuais.

A crítica do direito e magistratura/judiciário

Vimos que o direito alternativo entende o direito como uma conjunção de ideias que se modificam junto com a sociedade, ou seja, um organismo vivo em constante mudança, o que faz com que não seja um “ramo exclusivo dos juristas”.

Ora, se a matéria de direito está sempre em processo de mudança, espera-se que os operadores do direito não fiquem estagnados perante as modificações. Por isso, o papel social de um magistrado é de extrema importância, sendo necessária também a presença de advogados que provoquem o poder judiciário, para influenciar nas decisões daquele.³⁸³

O *direito alternativo* se caracteriza como um movimento de juízes que, conscientes da neutralidade como opção política inerte, buscam uma política de libertação e de comprometimento com o povo,

³⁸³ Mauro Cappletti e Bryant Garth. *Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988;*

*é uma consequência de todo o processo de crítica do Direito desenvolvido, principalmente a partir do início da década de 70. A falta de resultados concretos, oriunda da ausência de estratégias específicas, levou ao desenvolvimento de uma série de ações individuais ou grupais e que em determinado momento começaram a despontar, às quais foi dada essa denominação. (...) O Direito alternativo em relação à maioria dos movimentos críticos anteriores inova. Ele fez uma opção pelos pobres – uma opção prática e não apenas retórica como se via anteriormente. Sua proposta (...) se desloca do acadêmico para a rua (...).*³⁸⁴

Aquele grupo formado por juízes gaúchos talvez represente o movimento brasileiro de maior destaque na construção de uma sociedade mais igualitária e de um ativismo judicial. O direito alternativo, movimento criado por esse grupo de magistrados, buscava resgatar a possibilidade transformadora e libertadora do jurídico.

Em São Paulo, há também a Associação Juízes para a Democracia, criada com o objetivo de discutir a função do judiciário para a sociedade, bem como a democratização da administração da justiça, em consonância com os preceitos constitucionais.

O que esses movimentos perceberam é que, não raro, o dispositivo legal a ser aplicado ao caso concreto é justo; desse modo, é necessário que os operadores do direito não sejam engessados e que consigam absorver as necessidades sociais, bem como vislumbrem que as normas têm um objetivo social.

A CRÍTICA APLICADA AO DIREITO CIVIL

Para além da superação do positivismo, a *teoria crítica* busca apreender o fenômeno jurídico como algo complexo, cujos conceitos – em contraposição ao mito da neutralidade – sofrem constantes transformações decorrentes da própria realidade fática.

No tocante ao Direito Civil brasileiro, destaca-se a transposição de um positivismo rígido para uma constitucionalização de diversos institutos jurídicos considerados privados.

Esse processo teve início com a intervenção do Estado no Direito Privado, através da regulação da ordem econômica e social, o que provocou a mudança do Estado liberal para um Estado social. Até então, o Código Civil estava em perfeita consonância

³⁸⁴ RODRIGUES, Horácio W. *Ensino Jurídico e Direito Alternativo*. SP: Acadêmica, 1993, p. 135;

com as necessidades individuais, que em nada se assemelhavam com as públicas.

Barroso explica que

No início do constitucionalismo moderno, na Europa, a Constituição era vista como uma Carta Política, que servia de referência para as relações entre o Estado e o cidadão, ao passo que o Código Civil era o documento jurídico que regia as relações entre particulares, (...) o papel da constituição era limitado, (...) não desfrutava de aplicabilidade direta e imediata.³⁸⁵

A clássica dicotomia entre Direito Privado e Direito Público, uma herança romana, espelhava, portanto, todo o ordenamento jurídico, em que os dois grandes ramos, até então, não se comunicavam.

Entretanto, o cenário modificou-se, havendo mudanças profundas a partir da Constituição de 1934 e até os dias de hoje, enquanto os Códigos Civis pátrios (de 1916, já revogado, e de 2002, vigente) permaneceram quase que inertes e ancorados em um ultrapassado liberalismo.

Esse paradoxo se verificava na índole puramente patrimonial do Direito Civil, presente numa sociedade cujo Estado gradualmente exercia intervenção na

economia, dado o fracasso da “mão invisível”, que servia somente à classe social privilegiada.

As contradições desse sistema só puderam ser superadas com, em um primeiro passo, a publicização do direito privado e a sua consequente constitucionalização, decorrente da *teoria crítica*, o que, nas palavras de Carlos Eduardo Pianovski, pode ser traduzido como: “Constitucionalizar o Direito Civil é, mediante a abertura do sistema formal, recolher a axiologia que aflora do social e, sobretudo a força normativa dos fatos.”³⁸⁶

O rompimento da *summa divisio* entre Direito Público e Direito Privado e a afirmação do texto constitucional como vértice axiológico e normativo do ordenamento jurídico, bem como a aplicação dos dispositivos constitucionais nas relações privadas, evidenciam a descentralização do Código Civil em todo ordenamento jurídico.

A Crítica do Direito e os Fundamentos do Direito Civil

Segundo Luiz Edson Fachin³⁸⁷, o Direito Civil possui três pilares fundamentais: o contrato, o patrimônio (titularidades) e a família, os quais devem ser analisados numa releitura crítica do próprio estudo civilista.

³⁸⁵ Luis Roberto Barroso, em palestra proferida no Rio de Janeiro;

³⁸⁶ PIANOVSKI, Carlos Eduardo. *A Teoria Crítica do Direito Civil de Luiz Edson Fachin e a superação do positivismo jurídico*. In: FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito*

Civil à luz do novo Código Civil Brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. XXII.

³⁸⁷ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil à luz do novo Código Civil Brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. 27-189.

Nas palavras desse eminente jurista³⁸⁸,

os três pilares fundamentais, cujos vértices se assenta a estrutura do sistema privado clássico, encontram-se na alça dessa mira: o contrato, como expressão mais acabada da suposta autonomia da vontade; a família, como organização social essencial à base do sistema, e os modos de apropriação, nomeadamente a posse e a propriedade, como títulos explicativos da relação entre as pessoas sobre as coisas.

O Código Civil de 1916 era conservador nessas relações de ordem patrimonial, contratual e familiar; muito alinhado ao seu contexto histórico e aos valores dominantes. Não nos olvidemos do papel central da propriedade na realização da pessoa, como expressão da própria liberdade.

As atrocidades da Segunda Guerra Mundial fizeram emergir a pessoa humana, na sua potencialidade moral e ética, e o conceito de Direitos Humanos.

Esse novo cenário mundial provocou uma crescente complexidade do próprio Direito e de suas instituições, em que a distinção entre Direito Público e Direito Privado não podia mais sustentar o ideário jurídico vigente.

Segundo Paulo Luiz Netto Lôbo³⁸⁹,

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 apenas como limite, da propriedade, nas dimensões variadas; o princípio da equivalência material e a tutela do contratante mais fraco, no contrato.

Assim nasceram as normas especiais que tratavam de relações jurídicas cíveis especiais (legislação trabalhista, estatuto da terra e outras), deixando de ser o código o texto exclusivo e sistematizador da esfera privada.

Além das leis especiais, o texto constitucional passou também a tratar de conceitos anteriormente reservados ao Código Civil, nas diversas áreas, a exemplo da família (equiparação da união estável ao casamento), direitos da mulher (mesmo tratamento dado ao homem), propriedade (função social), entre outras.

Nessa esteira, o direito de família, de propriedade e do contrato, fixados no Código Civil, fundamentos primeiramente bem limitados apenas à esfera individual, aos poucos foram recebendo contornos sociais, estatais e, mais além, constitucionais.

³⁸⁸ *Idem.* 12-13.

³⁸⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. Revista

de Informação Legislativa, a.36, n. 141, jan/mar. Brasília, 1999, p. 108.

A Crítica do Direito e Direito das Obrigações

Um dos primeiros a criticar o sistema de obrigações é Carvalho de Mendonça, para quem a relação obrigacional trazia algo de perverso, sobretudo no que respeitava ao pagamento e seus desdobramentos em execução.³⁹⁰

O direito civil das obrigações surge no momento em que a sociedade passa a necessitar de mecanismos de viabilidade da segurança jurídica e facilidade mercantilista para estabelecerem meios à atividade *negocial*, corporificando-se, atualmente, no que chamamos de negócios jurídicos. Tradicionalmente, à luz do Código Civil, os negócios jurídicos representam um pacto entre indivíduos autônomos e formalmente iguais, satisfazendo apenas a função individual a qual aquele contrato visou estabelecer.

As obrigações civilistas, que já passaram por substanciais transformações e moldaram a sociedade como ela é reconhecida hoje, constituem a ordem econômica nacional, com o fomento da atividade econômica. E esta última, nos dizeres de Paulo Luiz Netto Lôbo³⁹¹, compõe “um complexo de atos contratuais direcionados a fins de produção e

distribuição dos bens e serviços que atendem às necessidades humanas e sociais”.

Observando-se tais princípios pela ótica constitucional, ainda que as relações entre particulares reguladas pelo Código Civil guardem sua essência individualista, regradas pelo *pacta sunt servanda* e acobertada pelo véu da inviolabilidade do Estado, a Constituição Federal de 1988 trouxe uma nova vinculação à validade do contrato: atendimento à função social.

Sob este viés, a Carta Magna brasileira condicionou a existência das obrigações contratuais aos interesses da justiça social, redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º e inciso VII do art. 170 da CF). Percebe-se que as relações particulares, a partir de então, submetem-se ao interesse da sociedade e as estas devem servir plenamente, sob pena de invalidade.

É nítido o objetivo traçado pela inserção dos princípios constitucionais no ordenamento civil e relações particulares, qual seja o de atingir a função social constitucionalmente estipulada, estruturando deveres socialmente esperados e decorrentes do ato de contratação, criando padrões de comportamentos de informação, proteção recíproca da pessoa e do patrimônio,

³⁹⁰ Manoel Ignácio Carvalho de Mendonça. *Doutrina e Prática das Obrigações ou Tratado Geral do Direito de Crédito*. Curitiba: Imp. Paranaense, 1908, pp. 264 e segs.;

³⁹¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. Revista de Informação Legislativa, a.36, n. 141, jan/mar. Brasília, 1999, p. 107.

colaboração e etc., e, ademais, limitando os direitos subjetivos inseridos na relação.

E sendo este um claro conceito do que é “boa-fé objetiva”, resta evidente que o próprio Código Civil é atento aos valores constitucionais expressos em seus artigos e princípios, não havendo outra interpretação mais acertada do que aquela que lida à luz da Constituição Federal.

A Crítica do Direito e Direitos Reais

A concepção mais clássica dos direitos reais tem sua origem desde os Estados Liberais, na qual é regra a garantia absoluta da propriedade ao indivíduo. Logicamente, esta concepção tem encontrado diversos entraves nas últimas décadas, e especialmente nos ordenamentos jurídicos sujeitos ao atendimento de direitos sociais.

Este caso é o da Constituição Federal de 1988 (criada a partir de uma concepção de Estado Democrático e Social de Direito), a qual apresenta um conflito ideológico acerca da propriedade.

Em seu artigo 5º, inciso XXII, o texto constitucional afirma que o estado garantirá o direito de propriedade, atendendo a máxima liberalista. Já no inciso XXIII, está previsto que a propriedade atenderá a sua função, em

observância dos princípios coletivistas e sociais do Estado social.

Evidente que esta antinomia é resolvida, no campo teórico, por meio dos mecanismos apresentados pela hermenêutica jurídica, cabendo ao intérprete aplicar a proporcionalidade e razoabilidade nos casos em que o conflito comporte apenas os interesses de uma das concepções.

Entretanto, no plano da prática, este conflito hermenêutico de normas não possui tanta força. Em países como o Brasil, nos quais a economia gira em torno de insumos primários (agropecuária e afins) e que são dotados de grandes extensões de terra, as grandes porções de propriedade da terra estão nas mãos de poucos latifundiários, que fazem uso famigerado da garantia absoluta dos direitos reais, ignorando a função social a que esta deve se submeter.

Em contrapartida, os menos abastados, que não têm acesso à propriedade e dela necessitam para retirar seu sustento, são tolhidos do referido direito. Estes não conhecem quais são as características clássicas da propriedade, pois o direito de propriedade liberal não foi delineado para beneficiar os corpos coletivos. A propriedade, neste sentido, é vista como um instituto que se perdeu na história, segundo Pontes de Miranda.³⁹²

O Código Civil em nada ajuda a resolver os novos conflitos, pois ainda está adstrito aos bens imóveis. Decerto, a CF/88 apresenta um direito de propriedade muito

³⁹² Pontes de Miranda. *Sistema de Ciência Positiva. Tomo IV. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972 (o texto é de 1922); p. 174 e segs;*

mais amplo, que reverencia os interesses ambientais, os interesses urbanos e rurais, e outros que viabilizam o atendimento do objetivo último: a função social.

A Crítica do Direito e o Direito das Famílias

Nas últimas décadas, a sociedade contemporânea experimentou várias transformações, com a crescente garantia de direitos, aceitação da diferença e dos diferentes. Nesse norte, o Direito das Famílias, antes marcado pela valorização do patriarcalismo, que implicava a exclusão dos interesses dos demais membros da família e a prevalência do patrimônio em detrimento das relações, hoje contempla a busca permanente pela realização das pessoas, valorizando-se, assim, o princípio da afetividade.

Sob o viés patriarcalista, o vínculo do casamento era indissolúvel, sob pena de colocar em risco a própria sociedade, já que o matrimônio era a sua célula fundamental: além da formação dos indivíduos no seio da família, era, principalmente, a base econômica da sociedade. Gilberto Freyre³⁹³ nos adverte que, mesmo com a predominância da família patriarcal, existiam diferentes núcleos familiares, desde os tempos da *casa grande e senzala*:

Em ligação com o assunto devemos nos recordar que o familismo no Brasil compreendeu não só o patriarcado dominante – e formalmente ortodoxo do ponto de vista católico-romano – como outras formas de família: parapatriarcais, semipatriarcais e mesmo antipatriarcais (...).

A atual nomenclatura *Direito das Famílias* possui o espírito de proteção das mais diversas formas jurídicas de expressão do afeto, com liberdade e responsabilidade, e vem a corrigir o profundo abismo entre o texto normativo e a realidade social, que comporta composições plurais de famílias.

Núcleos familiares e entidades familiares

A família no Código Civil de 1916 era constituída apenas pelo casamento. Como mencionado anteriormente, o vínculo do matrimônio não podia ser dissolvido, tendo em vista seu forte conteúdo moral e religioso no seio da sociedade. Ao homem cabia a chefia da família, já a mulher era equiparada aos relativamente incapazes, e somente os filhos oriundos do casamento eram considerados legítimos.³⁹⁴

Em um primeiro momento do processo de evolução, de acordo com Mylène Glória Pinto

³⁹³ FREYRE, Gilberto. *Casa-grande & senzala*. 50ª ed. São Paulo: Global, 2005, p. 130-131;

³⁹⁴ Pietro Nardella-Dellova. *Themis e Dikè: os Núcleos Familiares*. Revista da AJD – Associação Juízes para Democracia, 2011;

Vassal³⁹⁵, tem-se o instituto do *desquite*, permitido apenas para as hipóteses de adultério, tentativa de morte, sevícias, injúria grave e abandono voluntário e injusto do lar por prazo não inferior a dois anos. Podia ser consensual ou litigioso, e, neste último caso, era necessariamente associado à culpa, o que gerava sanções patrimoniais e não patrimoniais ao cônjuge faltoso, como a proibição de exercer a guarda dos filhos.

No entanto, o *desquite* não dissolvia o vínculo matrimonial, pois este era indissolúvel. Para as relações extramatrimoniais não existia nenhuma regularização, ficando completamente desprotegidas. Além disso, o marido podia pedir a anulação do casamento, alegando o desvirginamento da mulher.

Com o advento do Estatuto da Mulher Casada, Lei 4.121 de 1962, embora o homem permanecesse na gerência da entidade familiar, a mulher passa a ter o direito de discordar judicialmente de questões atinentes à sociedade conjugal. O divórcio surge com a Lei 6.515/1977, sendo permitido somente após cinco anos de separação de fato ou três anos depois da separação judicial, e por apenas uma vez. Com a Constituição de 1988, advém a igualdade entre homens e mulheres, bem como entre os filhos, sejam adotados, havidos ou não na constância do casamento. O seu artigo 226

equiparou as uniões estáveis ao casamento, além de admitir as famílias monoparentais. O instituto conjugal deixa de ser a única forma de entidade familiar e passa a pertencer à categoria dos institutos de promoção da dignidade humana.

Pouco tempo depois, edita-se a Lei 7.811/89, que permite divórcios sucessivos. Com a Lei 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a criança passa a ser sujeito de direitos; assim, no tocante à guarda e visitação, deve prevalecer o seu melhor interesse, sendo irrelevante a inexistência de culpa do cônjuge para a dissolução do casamento.

Em que pese todo o processo de evolução crítica, o Código Civil de 2002 manteve a estrutura patrimonial e patriarcal do casamento, mas a linha evolutiva seguiu em outras leis: no ano de 2010, foi publicada a Emenda Constitucional 66, que permite o divórcio direto, sem a prévia separação de fato, bem como elimina o conceito de culpa nos rompimentos conjugais. Verifica-se, assim, no conceito de família e suas novas acepções, que emergem as ideias de afetividade e solidariedade, enfatizando o sentido da busca pelo sujeito de sua felicidade. O que hoje caracteriza uma família é o vínculo afetivo entre seus integrantes, com união de esforços para um bem comum de busca da felicidade.

³⁹⁵ VASSAL, Mylène Glória Pinto. *Evolução das famílias e seus reflexos na sociedade e no direito*. Revista da EMERJ: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. *Família do século XXI: aspectos jurídicos e*

psicanalíticos. Série de Aperfeiçoamento de Magistrados, 12. Rio de Janeiro, 2013, p. 126-131.

No momento em que o formato hierárquico da família cedeu à sua democratização, em que as relações são muito mais de igualdade e de respeito mútuo, e o traço fundamental é a lealdade, não mais existem razões morais, religiosas, políticas, físicas ou naturais que justifiquem a excessiva e indevida ingerência do Estado na vida das pessoas. A família identifica-se pela comunhão de vida, de amor e de afeto no plano da igualdade, da liberdade, da solidariedade e da responsabilidade recíproca.³⁹⁶

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito, como vimos, ganhou contornos humanistas que, ao passo da história, venceram os contornos meramente institucionais. A pessoa humana ocupa seu lugar como destinatária do direito, fim último do direito e, sobretudo, em face de quem o direito se constrói.

As correntes filosóficas críticas que começam com Descartes, Espinosa, Beccaria, Vico, bem como as correntes antropológicas a partir de Levi-Strauss, as correntes psicanalíticas com Freud, Jung, Fromm, David Cooper, as correntes econômicas com Adam Smith, David Ricardo, Marx, Proudhon, Stuart Mill (todos representantes das correntes liberais, marxistas e libertárias), bem como a

evolução da compreensão humana da diversidade sexual e da pluralidade religiosa, enfim, o próprio movimento humano foi criando possibilidades para um direito humanista. Dizer direito em chave crítica deveria parecer a mesma coisa que direito humanista ou direito que reconhece na pessoa humana o valor supremo e inegociável.

Todas essas correntes ajudaram a compreender melhor o papel das instituições em face da pessoa humana. Colaboraram para um melhor Direito Civil, desde a defesa dos Direitos da Personalidade à repercussão obrigacional, mormente no que respeita à responsabilidade patrimonial; desde as relações contratuais com base no *pacta sunt servanda* até a compreensão de uma hermenêutica constitucional; desde a família tradicional a partir do casamento aos muitos núcleos familiares e o reconhecimento jurídico das relações de afeto (afeto não mais como ideia ou sentimento, mas como valor jurídico).

As muitas experiências críticas pouco ajudam, vistas em modo particularizado, mas, quando vistas em um conjunto maior, em um movimento humano milenar, permitem a compreensão e o alcance do direito. O presente Artigo não tinha, nem tem, a pretensão de apresentar “conclusões”, mas apenas de provocar o pensamento e, por isso mesmo, ficam aqui estas considerações finais.

³⁹⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*, 9ª ed. SP: RT, 2014. p. 58.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, Lédio Rosa de. *O que é Direito Alternativo?* Florianópolis: Obra Jurídica Editora, 1998;
- ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima de. *Direito Alternativo e Contingência: História e Ciência.* Florianópolis: Cesus, 2007;
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça.* Tradução de Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre: Fabris, 1988;
- CARVALHO, Amilton Bueno de. *Magistratura e Direito Alternativo.* RJ: Luam, 1996;
- CHAGAS, Sílvio Donizete (org.). *Lições de Direito Civil Alternativo.* SP: Acadêmica, 1994;
- COMPARATO, F. Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.* SP: Saraiva, 2013;
- DIAS, Maria Berenice Dias. *Diversidade Sexual e os Direitos Homoafetivos.* SP: RT, 2014;
- DIAS, Maria Berenice. *Direito das Famílias.* São Paulo: RT, 2015.
- FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo.* 2ª edição. RJ: Renovar, 2006;
- FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil à luz do novo Código Civil Brasileiro.* 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012;
- FARIA, José E. (org). *Direito e Justiça: A Função Social do Judiciário.* SP: Ática, 1994;
- FARIA, José Eduardo. *A Reforma do Ensino Jurídico.* Porto Alegre: Fabris, 1987;
- FERRAZ JÚNIOR., Tércio Sampaio. *A ciência do direito.* 2. ed. SP: Atlas, 1980;
- FREITAG, Barbara. *A Teoria Crítica: Ontem e Hoje.* 5. ed. SP: Brasiliense, 1994;
- FREYRE, Gilberto. *Casa-grande & senzala.* 50ª ed. São Paulo: Global, 2005;
- GOMES, Orlando. *Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro.* Salvador: UBa, 1958;
- GRINBERG, Keila Grinberg. *Código Civil e Cidadania.* Rio de Janeiro: Zahar, 2001;
- HERKENHOFF, João Batista. *Direito e Utopia.* Porto Alegre: Livr. do Advogado Ed., 1999;
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil.* Revista de Informação Legislativa, a.36, n. 141, jan/mar. Brasília, 1999;
- LYRA FILHO, Roberto. *Para Um Direito sem Dogmas.* Porto Alegre: Fabris, 1980;
- MIRANDA, Pontes. *Sistema de Ciência Positiva do Direito.* Tomo IV, Rio de Janeiro: Borsoi, 1972 (1922);
- MENDONÇA, Manoel Ignácio Carvalho de. *Doutrina e Prática das Obrigações ou*

Tratado Geral dos Direitos de Crédito. Curitiba: Imp. Paranaense, 1908;

NARDELLA DELLOVA, Pietro. *A Morte do Poeta e Outros Monólogos*. São Paulo: Scortecci Editor, 2009;

NARDELLA-DELLOVA, Pietro. *Themis e Dikè: Os Núcleos Familiares*. Revista Jurídica da AJD – Associação Juizes para Democracia, 2011;

NARDELLA-DELLOVA, Pietro (org. e coautor). *Antropologia Jurídica: Uma Contribuição sob Múltiplos Olhares*. 2ª edição. São Paulo: Scortecci Editor, 2018;

PIANOVSKI, Carlos Eduardo. *A Teoria Crítica do Direito Civil de Luiz Edson Fachin e a superação do positivismo jurídico*. In: FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil à luz do novo Código Civil Brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. XXII.

REALE, Miguel. *História do Novo Código Civil*. São Paulo: RT, 2005;

RODRIGUES, Horácio W. *Ensino Jurídico e Direito Alternativo*. SP: Acadêmica, 1993;

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25 ed. Malheiros: SP, 2005;

SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. *Para uma Crítica da Eficácia do Direito*. P. Alegre: Fabris, 1984;

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: 2005;

VASSAL, Mylène Glória Pinto. *Evolução das famílias e seus reflexos na sociedade e no direito*. Ver. da EMERJ: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Família do século XXI: aspectos jurídicos e psicanalíticos. Série de Aperfeiçoamento de Magistrados, 12. RJ, 2013, p. 126-131;

WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*. SP: Ed. Acadêmica, 1991;