



UNIANCHIETA

Revista de

DIREITO CÍVIL

ISSN 2596-2337

FICHA TÉCNICA

Revista de Direito Civil, ISSN 2596-2337, v. 1, n. 2, jul./dez. 2019

Capa: Cláudia Maria Pedro Ruiz Hespanha

Editoração e Diagramação: Gláucia Satsala

Revisão: Denise Pozzani de Freitas Barbosa

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. Cláudio A. Soares Levada (**Fadipa, TJSP**)
- Prof. Dr. Cláudio Ribeiro Lopes (**Univ. Federal do Mato Grosso, UFMS**)
- Prof. Dr. Dalmir Lopes Junior (**Universidade Federal Fluminense - UFF**)
- 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**)
- Prof. Dr. Ivan de Oliveira Durães (**Faculdade de Direito Brás 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

Aspectos Gerais do Contrato de Alienação Fiduciária em Garantia de Coisa Imóvel.....	3
<i>Alexandre Marchioni Leite de Almeida</i>	
Casamento Putativo.....	23
<i>Camila Fernanda Pinsinato Colucci</i>	
O Conceito e a Estrutura dos Negócios Jurídicos a Partir da Teoria Preceptiva de Emilio Betti.....	37
<i>Caroline Garcia Ermano e Dalmir Lopes Jr.</i>	
Adoção Homoparental no Contexto Social Brasileiro.....	56
<i>Glicia Édeni de Lima Teixeira e Fernando Menezes Lima</i>	
Defeito do Serviço Funerário: Dano Estético ao Cadáver entregue para Velório sob a Ótica dos Direitos da Personalidade e do Código de Defesa do Consumidor.....	69
<i>Ivan de Oliveira Durães</i>	
Aspectos Teóricos para a Responsabilidade Civil do Estado: Uma Análise da Lei N° 6.683/79 – Lei de Anistia, sob o Prisma da Teoria de Pontes de Miranda.....	83
<i>Janaina Helena de Freitas e Daniel Alan Miranda Borba</i>	
O Direito das Famílias e seu Possível Retrocesso – Uma Violação ao Princípio da Dignidade Humana, ao Princípio da Felicidade e ao Direito à Liberdade.....	100
<i>Lilian Dias Coelho Lins de Menezes Guerra</i>	
Il Codice Leuciano, La Lezione Di Napoli Per La Felicità.....	109
<i>Massimiliano Verde</i>	

Alienação Parental e Lesbofobia: A Constelação Familiar como Alternativa ao Ódio.....122

Paloma Leles Conceição de Jesus e Taysa Matos do Amparo

A Cláusula Geral da Boa-Fé e o Dever Anexo da Informação.....136

Regiane Scoco Laurádio

Aspectos Controvertidos da Arbitragem no Brasil.....145

Paola Cantarini e Ricardo Sayeg

**ASPECTOS GERAIS DO
CONTRATO DE ALIENAÇÃO
FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE
COISA IMÓVEL**

Alexandre Marchioni Leite de Almeida¹

RESUMO

Este artigo desenvolve o tema dos aspectos gerais do contrato de alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel, partindo-se de seus aspectos conceituais e normativos. Objetivamos situar a alienação fiduciária de bem imóvel na teia do ordenamento jurídico brasileiro, bem como apontar o momento de sua inserção por força da Lei nº 9.514, de 20.11.1997, dissertando também sobre natureza jurídica, a propriedade fiduciária e seus desdobramentos no aspecto possessório, elementos, características, requisitos de validade e hipóteses de extinção.

Palavras-chave: contrato – alienação – fiduciária – bem – imóvel.

ABSTRACT

This article develops the theme of the general aspects of chattel mortgage, starting from its conceptual and normative aspects. We aim to place the chattel mortgage in the web of the

¹ Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Pós-graduado em Direito Privado pela Escola Paulista da Magistratura do Estado de São Paulo.

Brazilian legal system, as well as point out the moment of its insertion under Law No. 9,514, dated 11/20/1999, also discussing legal nature, fiduciary property and its consequences in the possessory aspect, as well as their legal nature, elements, characteristics, validity requirements and extinction hypotheses. Key-words: contract – chattel - mortgage - property - real estate.

1. INTRODUÇÃO

A fidúcia, sinônimo de confiança, é a liga que solda as relações humanas. É por meio da fidúcia que as sociedades crescem e se fortalecem, e é pela falta dela que as sociedades perecem, tornando-se fracas e vulneráveis. O direito contempla a fidúcia. Ambos enxergam a humanidade do mesmo mirante e, por isso, procuram atuar sempre juntos.

Neste artigo, tem-se por objetivo apresentar os aspectos gerais do contrato de alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel. Para tanto, está dividido em nove capítulos: 1. Introdução, em que são delineados os aspectos gerais do instituto; 2. Conceito, que apresenta os aspectos conceituais da alienação fiduciária e negócio fiduciário, bem

Mestre em Educação pela Universidade São Francisco - USF. Doutorando em Educação pela Universidade São Francisco - USF. Advogado.

como sua situação normativa; 3. Natureza Jurídica, em que se traçam pontos a respeito da acessoriedade do instituto temático. 4; Elementos, capítulo no qual são elencadas as partes componentes do contrato. 5; Características, que retratam os aspectos que identificam o ajuste fiduciário. 6; Requisitos de validade do contrato, capítulo que apresenta os pressupostos para que o contrato seja válido. 7; Extinção do contrato, que compreende as situações em que o ajuste tem seu encerramento. 8; Conclusão, em que se expõe a amplitude de utilização do contrato de alienação fiduciária para a segurança jurídica e vigor da atividade econômica no setor imobiliário.

Primeiramente, é necessário entender o significado de negócio fiduciário, que consiste em negócio jurídico adjetivo ao objeto da transmissão do bem, baseado na confiança, e que serve de garantia de adimplemento da obrigação substantiva.

A partir da confiança que serve de elo na confecção dos contratos, desenvolveu-se o instituto da alienação fiduciária, em virtude da consolidação da tipicidade dos direitos reais, que tem suas origens na concepção originária de *fiducia* do direito romano, e no *trust* do direito anglo-saxão. A confiança, elemento garantidor das avenças entre os

homens, é paulatinamente substituída pela força vinculante da lei.

No Brasil, alguns diplomas legais compreendendo o tema foram instituídos, v.g., a Lei 4.728, de 1965 que trata da alienação fiduciária de bens móveis, e a Lei 4.864, de 1965, que trata da cessão fiduciária de direitos creditórios.

Após as crises no setor imobiliário iniciadas na década de 1980-1989, vários setores da sociedade se mobilizaram a fim de discutir e encontrar soluções para as dificuldades concernentes aos financiamentos imobiliários, inseridos ou não no contexto de empréstimos por instituições financeiras e bancárias.

É certo que existe a grande dificuldade do acúmulo originário de capital pelo pretendente à aquisição do imóvel, o que faz com que o financiamento imobiliário seja, via de regra, o aporte de capital para a complementação de um valor agregado ao da poupança. Soma-se a tal fator a crise de direito real de hipoteca, uma vez que tal instituto não mais atendia aos anseios do mercado imobiliário, bem como a morosidade de satisfação do crédito em caso de inadimplemento obrigacional do devedor, uma vez que a execução hipotecária, salvo raríssimos

casos, leva muitos anos para promover o adimplemento da obrigação.

O legislador ordinário buscou contemplar a celeridade de operações de financiamento e a facilidade de recuperação do crédito em caso de inadimplemento do devedor, oferecendo às pessoas uma nova modalidade de garantia lastreada em direito real, não revogando outras modalidades de garantia, *v.g.*, o direito real de hipoteca, mas acrescentando ao rol então existente mais esta garantia imobiliária, pretendendo maior eficácia e rapidez, com a mesma segurança jurídica.

Para dar sustentação à necessária mudança, foi criado o Sistema de Financiamento Imobiliário – SFI, com o advento da Lei Federal nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, que em seus artigos 22 a 33 dispôs sobre a alienação fiduciária sobre coisa imóvel, que fez surgir no ordenamento jurídico nacional a propriedade fiduciária imobiliária, que é a base de sustentação deste estudo, fruto do Projeto de Lei nº 3.242 de 1997.

Consideram-se também as adequações ocorridas pelo advento da Lei nº 10.406, de 10.1.2002, e as mudanças operadas pelas Leis 10.931, de 2.8.2004, 11.706, de 10.12.2004, 11.481, 31.5.2007, 12.810, de 15.05.2013, 13.043, de 13.11.2014, 13.097, de 19.01.2015, e 13.465, de 11.07.2017.

Aspecto interessante a ser ressaltado concerne à autonomia conferida ao instituto da alienação fiduciária imobiliária, que garante operações de crédito dentro ou fora do Sistema de Financiamento Imobiliário com o qual foi criado, não sendo de exclusiva utilização do referido sistema, pois extrapola os limites dos sistemas estatais de financiamento imobiliário. Para tanto, pode operar na esfera privada, visto que o direito real em tela é perfeitamente consolidado e com seus aspectos jurídicos claramente delineados, podendo a garantia imobiliária ser prestada pelo devedor ou terceiro em seu nome.

O instituto sob exame não trata de direito real de garantia sobre coisa alheia imóvel, pois o direito real não recai sobre coisa alheia, mas própria, motivo pelo qual se difere das demais categorias de direitos reais de garantia até então conhecidas no cenário jurídico nacional.

A alienação fiduciária imobiliária possui elastério suficiente para abarcar diversas operações de crédito nas quais uma das partes empresta dinheiro à outra e esta ou terceiro em seu nome, dá como garantia um bem imóvel, apto à garantia do adimplemento contratual.

Na teia do ordenamento jurídico civil pátrio, a alienação fiduciária de

bens imóveis insere-se, indiscutivelmente, em um microsistema de direito civil destinado às garantias de financiamento mobiliário e imobiliário. Extrapola, como já dito, os limites dos sistemas estatais de financiamento imobiliário, o SFI e o SFH, podendo disciplinar relações jurídicas obrigacionais entre particulares, obtendo a plena autonomia de sua aplicabilidade ante a disposição normativa estabelecida. Além disso, a alienação fiduciária conflui com o microsistema de direitos do consumidor quando se comporta a contratação sob forma de adesão, e ainda, questionando-se a devolução das parcelas já pagas ao devedor fiduciante.

2. CONCEITO

Os artigos 17, inciso IV, e 22, *caput*, da Lei nº 9.514, de 20.11.1997 trazem ao cenário jurídico pátrio a atualização do instituto da alienação fiduciária de bem imóvel.

Sobre a alienação fiduciária em garantia, ensina-nos Cândido Rangel Dinamarco (2001):

A alienação fiduciária em garantia é em si mesma e à primeira vista um negócio jurídico translativo de domínio, situando-se por isso entre os modos de aquisição deste. Ao lado desse perfil puramente jurídico e aparentemente unitário, ela se caracteriza também como ato de constituição de garantia, e é

essa expressiva feição econômica que explica a sua real destinação e permite visualizá-la em todos os seus elementos. A alienação fiduciária em garantia não é mero ato translativo de domínio, mas um ato translativo de domínio com o escopo de garantia (p. 236).

Devemos também considerar a conceituação dada por Paulo Nader (2018), que, ao dispor sobre o contrato de alienação fiduciária, aduz:

Pelo contrato de alienação fiduciária em garantia o devedor transfere ao credor o domínio resolúvel de coisa móvel infungível ou imóvel, conservando-lhe a posse direta e a responsabilidade de depositário. Via de regra o contrato é praticado entre particular e instituição financeira, mas é possível também entre particulares, consoante a norma permissiva do art. 22, § 1º, da Lei nº 9.514/97, aplicável, por interpretação extensiva, quando o objeto for coisa móvel.

Uma vez que a alienação fiduciária em garantia é definida como um negócio jurídico, que não se limita à translação de domínio, mas aufere o objetivo de se tornar uma garantia ao adimplemento pelo devedor, e ainda, explicitamente designado na lei em exame, lembramo-nos que o negócio jurídico, segundo Sílvio de Salvo Venosa: “consiste na manifestação de vontade que procura produzir determinado efeito jurídico” (2005, p. 365).

Caio Mário da Silva Pereira (2006) conceitua o negócio jurídico como “toda declaração de vontade, emitida de acordo com o ordenamento legal, e geradora de efeitos jurídicos pretendidos” (p. 478).

Combinando os conceitos de negócio jurídico e alienação fiduciária, temos o conceito de negócio fiduciário, nas palavras de Melhim Namem Chalhub (2017):

Entende-se por negócio fiduciário o negócio jurídico inominado pelo qual uma pessoa (fiduciante) transmite a propriedade de uma coisa ou a titularidade de um direito a outra (fiduciário), que se obriga a dar-lhe determinada destinação e, cumprido esse encargo, retransmitir a coisa ou direito ao fiduciante ou a um beneficiário indicado no pacto fiduciário.

Da leitura do art. 22 da Lei nº 9.514/97, verifica-se que o devedor é denominado *fiduciante*, pelo motivo de que confere a propriedade resolúvel ao credor, denominado *fiduciário*. O objetivo da transmissão do domínio da coisa é a garantia do adimplemento da obrigação principal, via de regra consubstanciada em dinheiro, e frequentemente apresentada sob a forma de mútuo.

Para Orlando Gomes (1994 *apud* Clóvis Beviláqua), a propriedade resolúvel, ou revogável, é a que, no próprio título de sua constituição,

encerra o princípio que tem de extinguir, realizada a condição resolutória, ou advindo o termo.

O traço característico da propriedade resolúvel reside na previsão de sua extinção no próprio título que a constitui. A causa da revogação há de ser estabelecida, em cláusula informativa de condição ou termo. Necessária a declaração de vontade nesse sentido. Do contrário, não será propriedade resolúvel, como, por exemplo, se a revogação decorre de causa superveniente (p.221).

A garantia a que se refere o art. 22 da Lei nº 9.514/97 ostenta o nítido caráter acessório de uma obrigação de dar coisa fungível, *v.g.*, dinheiro. Adimplida a obrigação principal, resolve-se a condição em que se fundamenta a garantia do imóvel,volvendo-a em benefício do antigo devedor, por força do que preceitua o art. 1.359 do Código Civil.

Pagando o devedor a sua dívida, a propriedade resolúvel, por encerrar cláusula resolutiva quanto ao domínio do imóvel em favor do credor fiduciário, faz com que se encerre a propriedade em favor do credor, tornando a propriedade conferida em caráter permanente ao então devedor fiduciante. Este então que pode reivindicar o bem imóvel de quem esteja em sua respectiva posse ou detenção, salvo se o imóvel já estiver na

posse do próprio fiduciante, situação em que se conjugam a posse e a propriedade.

Existem dois momentos diversos na aplicação da alienação fiduciária de bem imóvel. O primeiro momento se refere à fase contratual, em que existe a celebração do negócio jurídico entre devedor fiduciante e credor fiduciário, através de um contrato que serve como título aquisitivo e apto à transcrição no registro imobiliário. Até o registro, só existe o contrato de alienação fiduciária, que tem a natureza de direito das coisas, mas ainda não existe a garantia real, isto é, a propriedade fiduciária.

Tal garantia real se dá com o registro do contrato de alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel no competente cartório de registro de imóveis, momento após o qual se tem efetivada a constituição da propriedade fiduciária em prol do credor fiduciário, observando-se o sistema de título e modo, operante em nosso sistema jurídico.

O bem imóvel oferecido em garantia fiduciária pode ser de propriedade do próprio devedor fiduciante ou de terceiro que intervém em garantia. Depreende-se tal interpretação da leitura do art. 22 da Lei nº 9.514/97, quando utiliza a expressão “*devedor, ou fiduciante*”, sendo a conjunção alternativa *ou* elemento

essencial para a caracterização da dupla possibilidade de oferecimento de garantia.

Assim também, a contratação de alienação fiduciária de bem imóvel como contrato acessório de outro reputado principal, não se encerra no contexto de entidades financeiras pertencentes ao Sistema de Financiamento Imobiliário – SFI, diante da disposição expressa do artigo 22, da Lei nº 9.514/97, em especial, em especial, seu § 1º, que confere ao instituto sob exame a necessária autonomia útil de aplicação, inclusive entre particulares, tanto que a figura do terceiro interveniente pode ser acompanhada de bem objeto de garantia que, a princípio, não guarde relação direta com o objeto do contrato principal. Ou seja, o bem imóvel dado em garantia de alienação fiduciária pode ser somente garantia acessória de cumprimento da obrigação principal.

3. NATUREZA JURÍDICA

A partir da análise da natureza jurídica da alienação fiduciária, e, em especial do contrato que a origina, ensina Afranio Carlos Camargo Dantzger (2007):

A alienação fiduciária em garantia se dá pela feitura de um contrato acessório, de garantia, como o

próprio nome diz, típico, formal, oneroso, bilateral ou sinalagmático e comutativo. Este contrato é o título aquisitivo da propriedade fiduciária (p. 38).

O caráter de acessoriedade do contrato de alienação fiduciária se dá pela finalidade de garantia da avença. Ou seja, o fim não é a alienação definitiva do bem ao credor, mas somente o escopo de garantia do bem imóvel em face de outra obrigação dita principal.

Levando-se em consideração a regra geral de que o acessório segue o principal, consoante preceitua a regra insculpida no art. 92 do Código Civil, e que o contrato acessório tem dependência jurídica do contrato principal, não havendo motivo de se manter a obrigação acessória sem o ajuste principal, tem-se que a garantia lastreada em alienação fiduciária não subsiste de per si, mas sempre se atrela a outra obrigação que se considera principal. Assim, não há motivo para sua existência sem que haja um contrato básico que lhe sirva de referência, v.g., um contrato de mútuo, em que o bem imóvel dado em garantia, seja pelo devedor, ou por terceiro interveniente garantidor, será acoplado a um contrato de alienação fiduciária para dar suporte a eventual inadimplemento do devedor fiduciante.

A natureza de contrato de garantia se dá não só pelos argumentos antecedentes quanto à acessoriedade da instituição de alienação fiduciária sobre bem imóvel para o adimplemento da obrigação principal, mas também pela constituição de direito real sobre tal bem por força do *registro* da garantia no ofício imobiliário. O registro gera o denominado efeito *erga omnes*, através da origem e publicização da propriedade fiduciária.

Ao dissertar sobre a natureza jurídica da alienação fiduciária e do respectivo contrato, Frederico Henrique Viegas de Lima (2008) analisa a constituição da propriedade fiduciária por via do competente registro, asseverando:

Em prestígio ao princípio de inscrição constitutiva dos direitos reais, estampada no art. 531 do Código Civil de 1916 e reafirmada no art. 1.245 do Código Civil de 2002 – segundo o qual as mutações jurídico-reais só existem a partir do registro do contrato que lhe dá causa no ofício imobiliário da localização do imóvel – o art. 40 da mesma Lei 9.514/97, acrescenta o item 35 ao inc. I do art. 167 da Lei 6.015/73, para permitir o registro, no livro 2 de Registro Geral, do contrato de alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel.

Trata-se, pois, de ato de registro, mediante o qual é possível a transferência da propriedade pertencente ao devedor fiduciante para o credor fiduciário, nos moldes da propriedade resolúvel. Esta transferência, operada a partir

do registro, oportuniza o aparecimento da propriedade fiduciária com escopo de garantia, pelo tempo que perdurar a obrigação principal, da qual é acessória, usualmente, um contrato de mútuo.

Com o adimplemento da obrigação principal, espelhada em termo de quitação fornecido pelo credor fiduciário, o registrador imobiliário efetuará o cancelamento, por averbação, do registro da propriedade fiduciária (p. 71).

Pelas lições acima colacionadas, verifica-se que tanto o ato que promove o registro do contrato de alienação fiduciária quanto o ato que desconstitui o direito real em tela, apresentam-se sob a forma de averbação, e não registro, malgrado o posicionamento do professor Frederico Henrique Viegas de Lima (2008), que vê em tal ato muito mais uma natureza de registro do que de averbação, em virtude de ocorrer a transferência da propriedade; e não somente o levantamento de garantia, como ocorre em outros direitos reais de garantia.

Quanto à tipicidade, a alienação fiduciária em garantia de bem imóvel, moderniza a visão romano-germânica com base na *fiducia*, enraíza sua força vinculante na tipificação legal, *in casu*, a constante no artigo 17, inciso IV, da Lei nº 9.514/97 e demais disposições. Sobre a tipicidade dos direitos reais; e atentando para a natureza de ordem pública das normas atinentes a tais

direitos, Sílvio de Salvo Venosa (2003) ensina:

A idéia central enuncia que somente a lei pode criar direitos reais. São elas em número fechado (*numerus clausus*). A esse respeito, nosso Código anterior, após tratar da propriedade, elencava no art. 674 os direitos reais além da propriedade. O novo Código descreve o rol de todos os direitos reais no art. 1.225. Somente a lei pode criar outros direitos reais. Embora não tenhamos conceito *peremptório* em nosso ordenamento, como, por exemplo, o do art. 2.502 do Código argentino (os direitos reais somente podem ser criados pela lei), outra não pode ser a conclusão em nosso sistema (p. 39).

A alienação fiduciária deve ser realizada através de um ato formal, visto que o respectivo contrato, seja ele lavrado em escritura pública ou particular, será levado a registro no ofício imobiliário para a efetiva constituição de propriedade fiduciária, sob pena de valer somente em relação às partes e não a terceiros.

A onerosidade advém da existência de obrigações conferidas a ambas as partes contratantes, para que estas afirmem as vantagens objetivadas na celebração da avença. Assim, o contrato que trata da alienação fiduciária é oneroso.

O contrato de alienação fiduciária é também bilateral ou sinalagmático. Para elucidar a questão,

trazemos a lição de Orlando Gomes (1995):

O fundamento desse direito é intuitivo. Visto que a essência dos contratos bilaterais é o sinalagma, isto é, a dependência recíproca das obrigações, nada mais conseqüente que cada qual das partes se recuse a executar o acordo, opondo a exceptio non adimpleti contractus. Se não cumpre a obrigação contraída, dado lhe não é exigir do outro contraente que cumpra a sua. (sublinhamento nosso) (p. 91).

No caso do contrato de alienação fiduciária de bem imóvel, ao gerar a reciprocidade de obrigações entre o devedor fiduciante e o credor fiduciário, atribui-se ao devedor fiduciante a obrigação de adimplir sua dívida na forma e termo convencionados, ostentando a posse direta do bem imóvel objeto de garantia. Ao credor fiduciário, sem prejuízo de ter a posse indireta do bem, cabe a propriedade do bem garantidor, ainda que sob forma resolúvel. Uma vez adimplida a dívida pelo fiduciante, resolve-se a obrigação, sendo devida pelo credor a transferência do bem imóvel.

O contrato de alienação fiduciária de bem imóvel é um contrato comutativo, pois tanto fiduciante quanto fiduciário têm prévio conhecimento das prestações a que se vinculam, guardando tais prestações a necessária equivalência ao equilíbrio do contrato.

Para esclarecer o significado da comutatividade dos contratos, e sua diferença em relação aos contratos aleatórios, pedimos *venia* para transcrever trecho da obra de Sílvio de Salvo Venosa (2008), que encerra o capítulo atinente à natureza jurídica do instituto em exame:

É comutativo o contrato no qual os contraentes conhecem, ex radice, suas respectivas prestações. É aleatório o contrato em que ao menos o conteúdo da prestação de uma das partes é desconhecido quando da elaboração da avença. O conhecimento do que deve conter a prestação ocorrerá no curso do contrato, ou quando do cumprimento da prestação. Nos contratos comutativos, as partes têm, de plano, conhecimento do que têm a dar e a receber. (sublinhamento nosso) (p. 391).

Desta forma, verifica-se que, no contrato de alienação fiduciária de bem imóvel, não há que se falar em álea, ou risco, uma vez que as partes contratantes, ao celebrarem a avença, sabem de antemão a extensão e limites em que se situam as obrigações principal e acessória, principalmente em face da tipicidade da lei quando trata de direitos reais.

4. ELEMENTOS

Os elementos do contrato de alienação fiduciária dividem-se em *sujeito, objeto e forma*.

Quanto aos sujeitos, são eles: o credor, denominado fiduciário, e que é o adquirente do imóvel dado em garantia resolúvel; e o devedor, denominado fiduciante, que é o alienante do sobredito imóvel.

O fiduciário é, na relação jurídica de alienação fiduciária, aquele que concede o crédito através de uma obrigação principal, via de regra, por meio de contrato de mútuo. A ele cabe receber o bem imóvel dado em garantia do adimplemento da obrigação principal, diga-se, sob forma de propriedade resolúvel.

Por sua vez, o fiduciante, na relação jurídica, é aquele que recebe o crédito oriundo de uma obrigação principal, alienando o bem imóvel ao fiduciário sob condição resolutória de adimplemento da obrigação principal, ocasião em que o bem imóvel voltará à posse direta e propriedade plena do fiduciante, uma vez que este pagou a dívida em sua integralidade. No caso de inadimplemento, consolidar-se-á o domínio em favor do credor fiduciário.

Não se pode olvidar da figura do terceiro interveniente garantidor, que pode, em nome do devedor fiduciante, oferecer à garantia de adimplemento da obrigação principal um bem imóvel do qual necessariamente seja proprietário, para que seja gravado com o escopo de

garantia de pagamento sob a titulação de propriedade fiduciária.

Pode-se separar as figuras do tomador do empréstimo que sustenta a obrigação principal e o devedor fiduciário, figurado na pessoa do terceiro garantidor. *In casu*, ambos são considerados devedores, o que se realça ainda mais na hipótese de não-adimplemento da obrigação principal pelo devedor, quiçá mutuário, uma vez que o bem dado em garantia pelo terceiro, ora devedor fiduciário, é subtraído de seu patrimônio ante a consolidação da propriedade plena em mãos do credor fiduciário, com o conseqüente prosseguimento em leilão. Assegura-se, assim, ao terceiro garantidor a sub-rogação nos direitos de crédito, se este adimplir a obrigação principal, ou a cobrança do valor do imóvel dado em garantia em desfavor do devedor da obrigação básica ou matriz, na hipótese de perda do imóvel, ambos os casos a título de regresso.

A priori, legitima-se o devedor fiduciante a partir do momento em que, ao celebrar um contrato no qual a garantia seja a alienação fiduciária de bem imóvel, seja o próprio devedor fiduciante proprietário pleno de bem imóvel, podendo ser ele substituído na oferta da garantia pelo terceiro interveniente garantidor.

O devedor fiduciante, ao oferecer como garantia um imóvel de sua propriedade, passa, após o registro da propriedade resolúvel a favor do fiduciário, a apresentar uma condição suspensiva de direito real, o que difere de mera expectativa de direito.

Ao adimplir a obrigação, o devedor fiduciante tem a certeza de que irá restabelecer-se na propriedade plena do bem dado em garantia, não só por força contratual, mas principalmente em face da tipicidade da lei, razão pela qual o devedor fiduciário escapa da caracterização de simples expectador de direito para a de detentor de prerrogativa jurídica de índole real. Confirma-se tal asserção mediante a observância do art. 26, § 8º da Lei nº 9.514/97, que confere ao devedor fiduciante, com a anuência do fiduciário, dar o seu direito eventual do imóvel objeto de garantia no pagamento de uma dívida.

No que toca ao objeto da alienação fiduciária, o texto legal deixa expresso que tal objeto é coisa imóvel. Admite-se a atribuição de propriedade fiduciária a imóveis construídos ou em fase de construção, o que se depreende da redação dos artigos 21 e 22 da Lei nº 9.514/97. A finalidade é de conferir maior volatilidade econômica aos empreendimentos imobiliários e respectivas incorporações, já que muitos

negócios jurídicos imobiliários referem-se justamente a lotes de terrenos ou frações ideais sem ou com início de construção, bastando somente que o imóvel esteja plenamente apto a ser alienado.

Quanto à forma pela qual se perfaz a aplicação do instituto da alienação fiduciária na área contratual, por óbvio se exige a forma escrita para a sua realização. O contrato servirá de instrumento hábil ao registro no ofício imobiliário da situação do imóvel dado em garantia fiduciária. Realizado o registro, ocorre a consolidação da propriedade fiduciária em favor do credor fiduciário.

O contrato, que pode ser lavrado em escritura pública ou em escrito particular, deve observar os requisitos do art. 24 da Lei nº 9.514/97. Outrossim, é prudente observar o correto valor do imóvel dado em garantia para a oferta em leilão público, recuperando o credor fiduciário o valor da obrigação e o adimplemento da dívida.

5. CARACTERÍSTICAS

A alienação fiduciária imobiliária apresenta características básicas e peculiares. São elas: o desdobramento da posse; a resolubilidade da propriedade fiduciária em caso de adimplemento da

obrigação principal, de purgação da mora pelo devedor fiduciante ou de arrematação em leilão público; e a restrição dominial em face do credor fiduciário.

O desdobramento da posse se bifurca em posse direta e posse indireta, a primeira cometida ao devedor fiduciante e a segunda atribuída ao credor fiduciário, considerado o art. 1.197 do Código Civil.

Na constituição da propriedade fiduciária, em razão da existência de norma especial a respeito, qual seja, o art. 23, e respectivo parágrafo único, da Lei nº 9.514/97, atribui-se expressamente a posse direta ao devedor fiduciante, e a posse indireta ao credor fiduciário. Esse desdobramento possessório é temporário e expressamente delimitado por lei e por contrato, mantendo-se a pretensão do possuidor indireto em face do possuidor direto, enquanto vigorar o contrato de alienação fiduciária de bem imóvel, exaurindo-se tal pretensão, inevitavelmente, ante o adimplemento ou não da obrigação principal, caso em que versar-se-á sobre a posse justa ou injusta do devedor fiduciante.

Ao tratarmos da resolubilidade da propriedade fiduciária em caso de adimplemento da obrigação principal, de purgação da mora pelo devedor

fiduciante ou de arrematação em leilão público, temos que a resolubilidade é uma característica ínsita à formação de propriedade fiduciária. Transfere-se a propriedade resolúvel ao credor fiduciário a título de garantia, com tempo certo de duração, esperando-se que, mediante o adimplemento da obrigação principal pelo fiduciante, opere-se a condição resolutória, com efeito *ex tunc*, voltando o bem imóvel à propriedade do fiduciante.

Se o devedor fiduciante não adimplir a obrigação a contento, ou seja, dentro do prazo estabelecido para o respectivo vencimento, nos termos do art. 26, § 1º, da Lei 9.514/97, o devedor fiduciante não sofre os efeitos do *dies interpellat pro homine*, mas a lei a sua intimação para constitui-lo em mora.

Uma vez operada tal constituição, cabe ao fiduciante realizar a purgação da mora de sua dívida no prazo de quinze dias. Efetuada a purgação da mora, convalesce o contrato de alienação fiduciária, satisfazendo o devedor a sua obrigação principal, motivo pelo qual a propriedade resolúvel extingue-se, retornando ao patrimônio do fiduciante ou do terceiro interveniente o bem imóvel objeto de caução, arcando o devedor com os consectários legais.

Pode acontecer também que o devedor fiduciante não consiga ou não

queira purgar a mora e adimplir sua obrigação, caso em que, de acordo com a lei sob enfoque, consolida-se a propriedade em favor do credor fiduciário, e o imóvel vai a leilão público, nos termos do art. 27 da Lei nº 9.514/97.

A terceira característica se refere à restrição dominial em face do credor fiduciário, que não tem o domínio pleno do bem imóvel, que deve promover o leilão público do bem imóvel consolidado em sua propriedade. A limitação dominial ao credor fiduciário fundamenta-se em ser o bem imóvel atrelado ao escopo de garantia de adimplemento da obrigação principal, resguardado o que dispõe o art. 27, § 5º da Lei nº 9.514/97.

É importante salientar que, malgrado estejam bem delineadas as características e elementos do contrato de alienação fiduciária de bem imóvel, e a Lei nº 9.514/97 já tenha mais de vinte anos de vigência, o tema ainda encontra vigor para discussões nas instâncias recursais, inclusive no que toca ao entrelaçamento do assunto com as normas do Código de Defesa do Consumidor, v.g., a não-aplicação do art. 53 do C.D.C. em face da existência de norma específica a regular o instituto da alienação fiduciária imobiliária (Lei 9.514/97).

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1791893 - SP (2019/0009645-5) RELATOR: MINISTRO MARCO BUZZI

EMENTA AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C PEDIDO CONDENATÓRIO - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO. INSURGÊNCIA RECURSAL DA DEMANDANTE.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento no sentido de que, ocorrendo o inadimplemento de devedor em contrato de alienação fiduciária em garantia de bens imóveis, a quitação da dívida deverá observar a forma prevista nos arts. 26 e 27 da Lei nº 9.514/97, por se tratar de legislação específica, o que afasta, por consequência, a aplicação do art. 53 do CDC. Incidência da Súmula 83/STJ.

2. Na hipótese, o Tribunal de origem, com base nos elementos fático-probatórios constantes dos autos, concluiu que o contrato firmado pelas partes não se tratou de mero compromisso de compra e venda, contendo também pacto de alienação fiduciária, em que as próprias vendedoras são as credoras fiduciárias. Alterar tal conclusão demandaria o reexame de fatos e provas, bem como a interpretação das cláusulas contratuais, inviável em recurso especial, a teor do disposto nas Súmulas 5 e 7 do STJ.

3. Quanto ao dissídio jurisprudencial, a agravante não comprovou as semelhanças fáticas e o tratamento jurídico diferenciado entre os casos confrontados, não obedecendo às normas contidas nos artigos 1.029, §1º do CPC/15 e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ. 4. Agravo interno desprovido.

As questões objeto de controvérsia não se restringem à Corte Especial, visto que o instituto faz parte

do cotidiano econômico da sociedade, razão pela qual se exige o constante estudo do tema, como se pode verificar de ementa de Venerando Acórdão proferido pelo Egrégio Tribunal de Justiça Bandeirante:

Agravo de Instrumento nº: 2052070-96.2019.8.26.0000.
Comarca: Campinas 6ª Vara Cível.
Voto nº 26.220
Agravo de instrumento. Alienação fiduciária de bem imóvel. Possibilidade de purgação da mora até a consolidação da propriedade. Observância do artigo 26-A, §2º, da Lei n. 9.514/97, com redação alterada pela Lei n. 13.465/17. Necessidade de depósito das parcelas vencidas e das que se vencerem no decorrer da lide, no montante total. Recurso improvido.

Desta forma, apresentadas sumariamente as características do instituto sob foco, passamos a verificar os requisitos de validade contratual.

6. REQUISITOS DE VALIDADE DO CONTRATO

Os requisitos de validade do contrato de alienação fiduciária baseado em garantia de coisa imóvel são divididos, segundo leciona Frederico Henrique Viegas de Lima (2008), em três ordens principais: requisitos subjetivos, que dizem respeito à capacidade e legitimação dos contratantes; requisitos objetivos, que

tratam das coisas que podem ser objeto de contrato de alienação fiduciária de bem imóvel; e requisitos formais, que dizem respeito aos aspectos de exteriorização dos contratos, a fim de que surtam os efeitos jurídicos pretendidos não só em relação às partes contratantes, mas em face dos demais membros da coletividade.

Tratando primeiramente dos *requisitos subjetivos*, sendo o contrato de alienação fiduciária bilateral, são basicamente dois os sujeitos da relação jurídica, com a possibilidade de inserção de um terceiro: devedor ou fiduciante, que é aquele que se compromete à prestação de dar na obrigação principal, alienando fiduciariamente um bem imóvel para garantia do adimplemento dessa obrigação; o credor fiduciário, que é aquele a favor de quem se realiza a obrigação principal de dar, e a ele se dirige a propriedade resolúvel do bem imóvel, até que seja adimplida a obrigação principal (ocasião em que se extingue tal propriedade, salvo o caso de inadimplemento, hipótese em que a propriedade do bem imóvel, antes resolúvel, consolida-se em suas mãos).

Qualquer pessoa física ou jurídica pode participar da alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel, por expressa determinação legal, não se circunscrevendo, como já dito, às

instituições financeiras, embora estas sejam comumente utilizadas em tais negócios jurídicos.

Possibilita-se a inserção de terceira pessoa na relação jurídica negocial, que irá fornecer um bem imóvel de sua propriedade para que sobre este recaia o gravame real e tal bem sirva de garantia ao adimplemento da obrigação principal pelo devedor fiduciante. Surge a figura do terceiro interveniente garantidor, que, através do oferecimento de um bem imóvel de sua propriedade, possibilita ao devedor fiduciante a assunção da dívida consubstanciada na obrigação principal, atribuindo a propriedade resolúvel do bem imóvel ao credor fiduciário. Se não houver o adimplemento da obrigação pelo fiduciante, o terceiro interveniente garantidor corre o risco de perder o bem imóvel, sem prejuízo de ação de regresso contra o devedor fiduciante.

O objeto da contratação deve ser um bem imóvel, urbano ou rural, pois a Lei nº 9.514/97 não faz distinção a respeito, embora tenha surgido originariamente para dar guarida ao mercado imobiliário urbano. O imóvel pode ter qualquer destinação, desde que, em território urbano, obedeça às posturas urbanísticas. Na obrigação principal a ser contraída, via de regra um contrato de mútuo, o bem imóvel objeto de garantia

fiduciária já pode compor anteriormente o patrimônio do devedor fiduciante ou do terceiro interveniente garantidor, nos termos do que dispõe a Súmula 28 do S.T.J., com o seguinte enunciado: “O contrato de alienação fiduciária em garantia pode ter por objeto bem que já integrava o patrimônio do devedor”.

Em se tratando de imóvel sobre o qual haja a instituição de usufruto, possibilita-se a aplicação da alienação fiduciária, desde que se opere em momento distinto e independente, contudo, podendo ser materializado em um único instrumento.

No caso de imóvel adquirido sob compromisso de compra e venda, objeto de disciplina do Decreto-lei nº 58/37, da Lei nº 4.591/64, da Lei nº 6.766/79, e dos artigos 1.225, 1.417 e 1.418 do Código Civil, e a aplicação do instituto sob enfoque, no entendimento de Frederico Henrique Viegas de Lima (p. 2008), constata-se a inaplicabilidade da Lei nº 9.514/97, pois esta regulamenta somente a aplicação da alienação fiduciária em garantia sobre direito de propriedade, e não direito à *aquisição* da propriedade.

7. EXTINÇÃO DO CONTRATO

O contrato de alienação fiduciária de bem imóvel, sendo acessório de uma obrigação principal,

encerra-se mediante duas situações básicas: o adimplemento da obrigação principal e a extinção da garantia fiduciária que recaía sobre o imóvel alienado, retornando o bem imóvel ao domínio do devedor ou do terceiro interveniente garantidor (art. 25 da Lei nº 9.514/97); e o inadimplemento, voluntário, ou não, da obrigação principal, caso em que, salvo os casos de força maior e caso fortuito, a obrigação se resolve em desfavor do fiduciante, transferindo-se a propriedade ao credor, que por meio de leilão público extrajudicial converte, em uma primeira fase, sua propriedade limitada à liquidação do imóvel e correspondente auferimento de dinheiro equivalente ao valor da dívida e suas despesas. Neste processo, em um segundo momento, não havendo a arrematação do imóvel, adquire a propriedade plena do bem fiduciariamente alienado.

Cancelado o registro pelo oficial do respectivo cartório mediante a apresentação do termo de quitação, volta o antigo devedor a ostentar a propriedade plena do bem. Este cancelamento é feito com base no art. 167, II, 2, da Lei nº 6.015/73, sob a forma de *averbação*, posicionamento com o qual não concorda o professor Frederico Henrique Viegas de Lima (2008), uma vez que a propriedade fiduciária não se perfaz nos

mesmos termos dos demais direitos reais de garantia, mormente os direitos reais sobre coisa alheia.

Na situação oposta, qual seja, a de inadimplemento de obrigação principal e a consequente utilização da propriedade fiduciária, que é direito real, a obrigação principal pode consistir em uma obrigação de dar – via de regra, um contrato de mútuo – ou obrigação de fazer. Perfilando o ensinamento de Moreira Alves, o jurista Frederico Henrique Viegas de Lima (ano) entende que há a possibilidade de descumprimento total ou parcial da obrigação principal, sendo cabível, na segunda hipótese, a purgação da mora da dívida pelo devedor fiduciante, o que acaba por convalidar a obrigação e retornar à plenitude a propriedade do bem imóvel dado em garantia em favor do devedor fiduciante, em cumprimento ao art. 26, § 5º, da Lei nº 9.514/97, já mencionado neste estudo.

O inadimplemento da obrigação principal descortina-se diante da inexistência total ou parcial da efetiva prestação em seu termo, resultando no rompimento do contrato e a caracterização da mora do devedor fiduciante, observando-se, no que for necessário e pertinente, o que dispõe o art. 1.425, do Código Civil. Destaque-se em caso de vencimento antecipado o que

dispõe o inciso IV do referido artigo, porém evitando-se a aplicação do inciso I, visto que o reforço ou substituição do bem desnaturariam a garantia fiduciária ofertada em sede de caução à obrigação matriz, o que também conduz à conclusão que a deterioração ou perda total do bem imóvel garantidor inviabiliza a continuidade da obrigação principal em virtude do perecimento do direito real.

A regra geral acerca da insolvência do devedor fiduciante é regulada pelo art. 26 da Lei nº 9.514/97. Quando o devedor fiduciante, sendo pessoa jurídica, o campo da falência, ocorre o vencimento antecipado da dívida, e permite-se ao credor fiduciário a restituição do imóvel dado em garantia, para consolidação e venda em público leilão, depositando-se na falência eventual valor remanescente em prol da massa falida.

Para a hipótese de expropriação, distribuem-se os valores de indenização entre o credor fiduciário e o devedor fiduciante, na proporção de seus haveres.

Presente a mora do devedor fiduciante, que se perfaz nos termos dos arts. 394 e 397 do Código Civil, a este não é possível a atribuição de pacto comissório, por regra expressamente consignada no art. 1.428 do Código Civil. Ou seja, impossibilita-se a

incorporação do bem imóvel no patrimônio do credor fiduciário. Ainda, com referência ao art. 397 do Código Civil, observar o que dispõe expressamente o art. 26 da Lei nº 9.514/97.

Outrossim, o prazo da intimação a que se refere o art. 26, § 1º da Lei nº 9.514/97 pode ser livremente convencionado pelas partes, resguardado o prazo quinzenal do mesmo diploma para a purgação da mora. Não estipulação expressa de tal prazo no competente instrumento, aplica-se o art. 397 do Código Civil, ou seja, vencido o prazo para cumprimento da obrigação principal, constitui-se em mora o devedor.

Quanto à intimação pessoal do devedor fiduciante, o oficial do competente Registro de Imóveis pode delegar a terceiro a prática do ato, com base no art. 20 da Lei nº 8.935/94, não esquecendo que, em sendo casado o devedor fiduciante, aplica-se a regra do art. 10, § 1º do Código de Processo Civil, sendo necessária a intimação de seu cônjuge. Disposições relativas à intimação editalícia também aparecem claras no texto legal, sendo despiendo o exaurimento metuculoso da matéria ante a precisão normativa.

Tratando do conteúdo básico da intimação a que se refere o art. 26, § 1º,

da Lei nº 9.514/97, verificamos que é condição *sine qua non* para a perfectibilização do ato a subserviência da referida intimação às seguintes exigências: valor das prestações vencidas e também das vincendas nos quinze dias seguintes à data da intimação para a purgação da mora; juros e penalidades contratuais, encargos legais, e, se for o caso, despesas condominiais, além das despesas próprias para intimação do devedor inadimplente. Essa intimação pode ser cometida pelo Oficial de Registro a delegatário por lei designado, mas não pode ser feita por empresa de cobrança, sendo nulo o ato em tal caso.

Não se purgando a mora, assiste ao credor fiduciário a propriedade limitada com escopo de garantia. Já tratamos deste assunto no estudo, mas em face do contexto vale a pena lembrá-lo. Significa que, a despeito de se consolidar a propriedade em favor do credor fiduciário, por ocasião do inadimplemento da obrigação principal e inexistência de purgação da mora pelo devedor fiduciante, tal propriedade é legalmente limitada ao escopo de garantia. Ou seja, em um primeiro momento, o credor não tem o poder pleno das faculdades de proprietário do bem imóvel, tendo o dever de colocar o imóvel à venda em público leilão.

Somente se, por força do segundo leilão, não houver a arrematação do bem, o imóvel consolida-se plenamente na propriedade do credor fiduciário, ocasião em que haverá a possibilidade irrestrita de uso, gozo e fruição da coisa pelo fiduciário. Em se tratando de leilão, este pode ser feito, segundo a lei vigente, na esfera extrajudicial, mas também se permite a intervenção do Poder Judiciário em sua realização.

Tratando da cessão dos créditos e obrigações constantes do contrato de alienação fiduciária de bem imóvel, há norma explícita a respeito em favor da sobredita cessão, conforme preceituam os artigos 28 a 30 da Lei nº 9.514/97. Havendo a efetiva transferência da propriedade fiduciária resolúvel com escopo de garantia ao cessionário, operação na qual, sendo o credor o cedente, prescinde-se da interveniência do fiduciante, ante a inexistência de preempção.

De outro lado, se o fiduciante for o cedente de seu direito sobre o bem dado em garantia, é necessária a anuência expressa do credor fiduciário no âmbito do contrato, em vista do mandamento contido no art. 29 da Lei nº 9.514/97.

8. CONCLUSÃO

Ao concluir este artigo e pautando-nos nas lições de Afranio Carlos Camargo Dantzger (2007), podemos dizer que a alienação fiduciária de bem imóvel consiste no negócio jurídico através do qual o devedor, ora denominado fiduciante, contrata com o credor, denominado fiduciário, com o escopo de garantia acessória da obrigação principal, a transferência de bem imóvel sob a forma de propriedade resolúvel.

Em face da demanda crescente do mercado imobiliário, da necessidade de uma regulamentação jurídico-normativa célere e eficaz, a fim de substituir institutos mais vetustos e ineficazes como a hipoteca, foi introduzido em nosso ordenamento jurídico a Lei nº 9.514, de 20.11.1997, criando o Sistema de Financiamento Imobiliário e inaugurando o instituto da alienação fiduciária de coisa imóvel no País, disciplinando que, em caso de inadimplência, cabe ao credor fiduciário a utilização do bem imóvel dado em garantia para a satisfação de seu crédito oriundo da obrigação principal, seja através da conversão em dinheiro obtido pela venda do bem imóvel em leilão extrajudicial, em um primeiro momento, seja através da consolidação da

propriedade plena em seu favor em caso de inexistência de venda no advento do segundo leilão, sem olvidar a possibilidade de purgação da mora do valor da dívida e seus acréscidos pelo devedor fiduciante no momento legal oportuno.

Robusta doutrina sustenta a constitucionalidade do leilão extrajudicial para satisfação do crédito do devedor fiduciante inadimplente, uma vez que não se viola o Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional, que a todo tempo pode ser invocado para a garantia dos direitos de quaisquer das partes integrantes da relação contratual.

As principais vantagens da utilização do instituto da alienação fiduciária de coisa imóvel para ambas as partes contratantes reside no aspecto de celeridade, tanto na obtenção do crédito, quanto no respectivo resgate desse mesmo crédito em face do eventual inadimplemento do devedor fiduciante, uma vez que os procedimentos de recuperação creditícia são feitos extrajudicialmente, sem resvala constitucional, e com a vantagem de não se infiltrar na morosidade ínsita ao processamento das ações judiciais, evitando um acúmulo maior de ações nesta seara por conta da grande procura

de financiamentos imobiliários lastreados em tal instituto.

Por derradeiro, a dinâmica legislativa atualizadora da Lei nº 9.514/97, de uma forma geral, só aumentou a rapidez e volatilidade na aferição, concessão dos créditos e consolidação das propriedades fiduciária e plena, o que demonstra a evolução do sistema jurídico nacional neste campo, oferecendo ao mesmo tempo a necessária rapidez para a solução de lides envolvendo questões imobiliárias, sem abrir mão da segurança jurídica estritamente necessária à manutenção do Estado de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação Fiduciária - Negócio Fiduciário, 5ª edição*. Atual. Rev. Ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. Disponível em: <[https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530976576/epubcfi/6/32\[vnd.vst.idref=html14\]](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530976576/epubcfi/6/32[vnd.vst.idref=html14])>. Acesso em 4.12.19.

DANTZGER, Afranio Carlos Camargo. *Alienação fiduciária de bens imóveis*. 2. ed. São Paulo: Método, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Alienação fiduciária de bens imóveis*. Revista de direito imobiliário. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 51, jul./dez., 2001.

GOMES, Orlando. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

_____. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

LIMA, Frederico Henrique Viegas de. *Da alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil - Vol. 3 - Contratos, 9ª edição*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. [Minha Biblioteca]. Disponível em: <[https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530979621/epubcfi/6/98\[vnd.vst.idref=html48\]!/4/42/2\[h-554\]/2@0:0](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530979621/epubcfi/6/98[vnd.vst.idref=html48]!/4/42/2[h-554]/2@0:0)>

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. I.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003. v.V.

_____. *Direito civil*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005. v.I.

_____. *Direito civil*. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008. v.II.

CASAMENTO PUTATIVO

Camila Fernanda Pinsinato Colucci²

RESUMO

Trata o presente artigo da análise do casamento putativo, instituto jurídico peculiar, eis que, apesar de ser considerado como uma união matrimonial nula ou anulável, produzirá efeitos no mundo jurídico. Essa contradição é explicada pelo fato de haver necessidade da presença da boa-fé, seja da parte de apenas um dos cônjuges, seja da parte de ambos. Assim, se estudar a origem do instituto e sua evolução no Direito brasileiro, serão investigados os efeitos da putatividade em relação aos cônjuges, bem como em relação a terceiros.

Palavras-chave: Casamento; putatividade; boa-fé; efeitos; terceiros.

ABSTRACT

This article deals with the analysis of the putative marriage, a peculiar legal institute which, although is considered as a null or nullable marriage union, will have effects in the juridical world. This contradiction is explained by the fact that good faith is mandatory, either by

only one spouse or by both. Thus, after studying the origin of the institute and its evolution in Brazilian law, the effects of putativity on spouses as well as on third parties will be investigated.

Key words: Marriage; putativity; good faith; effects; third parties.

1. INTRODUÇÃO

Nosso sistema civil privilegia a boa-fé nas relações jurídicas. Dentre essas relações, podemos encontrar o casamento. Por vezes, situações que caracterizam casamentos nulos ou anuláveis acabam por gerar efeitos na prática, tendo em vista a boa-fé de um ou de ambos os cônjuges. Tem-se, então, a figura do casamento putativo, que é o “casamento que se acredita ser verdadeiro, legal e certo, e não o é”.³ Porém, apesar desta invalidade, ainda assim será um casamento apto a gerar efeitos, desde que a boa-fé esteja presente. Com isso, “mesmo que o casamento venha a ser anulado, mantém sua eficácia da data de sua celebração até ser desconstituído”.⁴

² Camila Fernanda Pinsinato Colucci. 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.

³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 286.

⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 286.

Como situar o casamento putativo dentro do ordenamento? Seria ele um casamento válido por conta dos efeitos produzidos, decorrentes da boa-fé? Ou seria modalidade de casamento inválido ao qual seriam dados os efeitos jurídicos?

Yussef Said Cahali, discorrendo sobre a natureza jurídica do casamento putativo, traz que para alguns autores, como Washington de Barros Monteiro, ou Lafayette e Faria Coelho, tratar-se-ia de uma ficção jurídica.⁵ Esta é a posição, também, de Álvaro Villaça Azevedo, que entende que “A lei, por ficção e ante a boa-fé dos contraentes ou de um deles, atribui efeitos de casamento válido ao anulável e mesmo nulo, até a data da sentença que o invalida”.⁶ Outros o consideram uma exceção aos efeitos da nulidade, eis que a sentença judicial teria o condão de retirar o instituto do mundo jurídico, ressaltando, porém, os efeitos já produzidos. Porém, conclui o autor que se trata de situação com características próprias, não sendo simples exceção.⁷

⁵ CAHALI, Yussef Said. *O casamento putativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 5-6.

⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Curso de direito civil: direito de família*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 116. Também neste sentido: NADER, Paulo. *Curso de direito civil:*

Segundo Levenhagen, a putatividade foi o meio que a legislação encontrou para minimizar os efeitos do casamento nulo e anulável, especialmente quanto aos filhos. Se pensarmos que, no modelo de direito de família sob a égide do Código Civil de 1916, em que eram ilegítimos os filhos advindos de relações que não fossem o casamento válido, os efeitos da putatividade vieram, e muito, em auxílio de muitas famílias que seriam desfeitas por conta de o casamento conter algum tipo de vício. Para Levenhagen

casos há em que os contraentes são iludidos na sua ignorância ou traídos na sua confiança, vindo a contrair casamento cuja realização a lei proíbe por existirem impedimentos absolutos ou relativos. Atendendo a esse princípio de humanidade, a lei empresta aos casamentos assim realizados todos os efeitos do casamento válido, até a data da decretação da nulidade. Reconhece-se, desse modo, na boa fé dos cônjuges ou de um deles, força bastante para validar o ato, enquanto este durou.⁸

Ensina Yussef Said Cahali que não caberia resposta tão grave quanto a perda dos efeitos do casamento, “ferindo

direito de família. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 210).

⁷ CAHALI, Yussef Said. *O casamento putativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 5-6.

⁸ LEVENHAGEN, Antônio José de Souza. *Do casamento ao divórcio*. São Paulo: Atlas, 1992, p. 85.

gente que foi levada ao matrimônio na ignorância do impedimento, ligando-se através de uma união que parecia regular aos olhos de todos”.⁹ Ainda segundo o mesmo autor, seja por motivos

políticos, ou por indulgência para com o cônjuge de boa-fé e comiseração para com a prole; ou devido a razões humanitárias e de equidade, o ordenamento jurídico foge à sistemática própria e empresta àquele casamento anulado, ou mesmo nulo, efeitos do casamento válido, até que a nulidade seja pronunciada.¹⁰

2. CONCEITO

Nas palavras de Rolf Madaleno, “diz-se putativo o casamento que, mesmo nulo ou anulável, ainda assim a lei lhe reconhece os efeitos jurídicos àquele que o contraiu de boa-fé, podendo incidir sobre um ou sobre ambos os cônjuges”.¹¹ Já Levenhagen

ensina que casamento putativo “é aquele celebrado de maneira nula ou anulável, mas cujo vício era inteiramente ignorado pelos nubentes ou por um deles, levados, assim, pela boa-fé, a acreditarem na licitude do ato. O casamento assim realizado tem, por lei, reconhecidos os seus efeitos até a

data da sentença que decretou ou declarou sua nulidade”.¹²

Na definição de Alípio Silveira, “casamento putativo é aquele nulo ou anulável, mas que, em atenção à boa-fé com que foi contraído por um ou ambos os cônjuges, produz, para o de boa-fé e os filhos, todos os efeitos civis até passar em julgado a sentença anulatória”.¹³

Segundo Rolf Madaleno,

o matrimônio putativo surge como uma forma de amenizar as danosas consequências da retroatividade do reconhecimento judicial da nulidade ou de anulação do casamento, no tocante aos interesses dos cônjuges e dos filhos, passando o instituto a reconhecer os efeitos retroativos à sentença aos que havia casado com inequívoca boa-fé, desconhecendo ao tempo da celebração das núpcias os impedimentos geradores da invalidade do matrimônio.¹⁴

São requisitos do casamento putativo a decisão judicial declarando o casamento nulo ou anulável e a boa-fé, por pelo menos um dos cônjuges. Apesar de vários autores trazerem esses dois requisitos, Carlos Roberto Gonçalves filia-se à corrente que entende que basta

⁹ CAHALI, Yussef Said. *O casamento putativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 2.

¹⁰ CAHALI, Yussef Said. *O casamento putativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 2.

¹¹ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 146.

¹² LEVENHAGEN, Antônio José de Souza. *Do casamento ao divórcio*. São Paulo: Atlas, 1992, p. 84.

¹³ SILVEIRA, Alípio. *O casamento putativo no direito brasileiro*. São Paulo: Universitária de Direito, 1972, p. 7.

¹⁴ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 146.

a boa-fé, eis que a declaração de nulidade ou anulabilidade é apenas pressuposto lógico para aplicação da putatividade.¹⁵

Washington de Barros Monteiro, tratando sobre a boa-fé na relação matrimonial, define como o “estado psicológico que se resume no ignorar a circunstância decisiva, que ao ato imprimiria caráter ilícito, se presente fosse ao espírito do agente”.¹⁶ De acordo com Paulo Nader, a “boa-fé se caracteriza simplesmente com a ignorância, antes do casamento, da causa determinante da invalidade (...)”, devendo ser entendida como boa-fé subjetiva, por se referir à ignorância de vício que atinge o casamento.¹⁷

Ainda sobre a boa-fé, Washington de Barros Monteiro relembra que em nosso ordenamento a boa-fé se presume, devendo a má-fé ser provada. Com isso, “o ônus da prova compete a quem a negue [boa-fé]. O reconhecimento da putatividade não

depende, pois, de comprovação da boa-fé”.¹⁸

Fundamental ressaltar que o momento em que a boa-fé deve existir é o da celebração do casamento.¹⁹ Assim, eventual conhecimento posterior, pelo cônjuge que estava de boa-fé no momento da celebração, de motivo que leve à nulidade ou anulabilidade do casamento, não retirará dele sua característica de putatividade.

Ponto importante lembrado por Washington de Barros Monteiro diz respeito ao fato de que não importa o motivo que tenha levado o casamento à nulidade ou anulabilidade: o ponto a que devemos nos ater é a boa-fé de pelo menos um dos cônjuges.²⁰

Caio Mario da Silva Pereira, por sua vez, ressalta que a putatividade é decorrente de lei. Assim, nessas situações, “não cabe ao juiz conceder ou recusar o favor; compete-lhe, tão somente, apurar a boa-fé, em face das

¹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. v. 6. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 124.

¹⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*. v. 2. 38. ed. rev. e atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 139.

¹⁷ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: direito de família*. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 210.

¹⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*. v.

2. 38. ed. rev. e atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 142.

¹⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. v. 6. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 124.

²⁰ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*. v. 2. 38. ed. rev. e atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 139.

circunstâncias do caso, e, sendo a prova positiva, proclamar a putatividade”.²¹

Pode-se considerar que a aplicabilidade prática do casamento putativo se reduziu após a Constituição Federal ter igualado os filhos, acabando com a classificação de filhos ilegítimos, assim entendidos aqueles não advindos do casamento válido. Os efeitos, porém, estendem para além dos filhos, atingindo os próprios cônjuges e eventuais terceiros.

Rolf Madaleno ensina que, antes da Constituição Federal, se não fosse pela putatividade, ao se ter judicialmente invalidado um casamento, não se reconhecera

qualquer direito aos nubentes, mesmo se houvessem contraído suas núpcias de boa-fé, por completa ignorância do insanável vício que povoava seu matrimônio. Dessa forma a sentença tornava ilegítimos os

filhos havidos tanto antes quanto durante a constância do casamento, e não reconhecia nenhum resultado econômico relacionado com o regime de bens eleito, justamente para um casamento cuja eficácia havia sido cassada pelo decreto judicial de nulidade ou anulação.²²

Com a putatividade, então, quando reconhecida posteriormente à Constituição Federal, estar-se-ia conferindo, em um primeiro momento, legitimidade aos filhos de união que fosse posteriormente considerada nula ou anulável por sentença judicial.²³

Esta figura matrimonial permeada pela boa-fé é tão importante que se encontra presente em outros ordenamentos jurídicos. Podemos citar, como exemplo, o Direito francês, no qual o casamento putativo vem previsto pelo artigo 201²⁴ do Código Civil francês. Já na Itália encontramos semelhante disposição no art. 128 do Código Civil²⁵.

²¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. v. 5. 14. ed. atual. por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 155.

²² MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 146.

²³ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Curso de direito civil: direito de família*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 117.

²⁴ “Article 201. Le mariage qui a été déclaré nul produit, néanmoins, ses effets à l’égard des époux, lorsqu’il a été contracté de bonne foi. Si la bonne foi n’existe que de la part de l’un des époux, le mariage ne produit ses effets qu’en faveur de cet époux”.

Em tradução livre: “Art. 201. O casamento declarado nulo produz, no entanto, seus efeitos em relação aos cônjuges, quando foi contratado de boa-fé.

Se a boa-fé existe apenas por parte de um dos cônjuges, o casamento produz seus efeitos apenas em favor desse cônjuge”.

²⁵ “Art. 128. Se il matrimonio e’ dichiarato nullo, gli effetti del matrimonio valido si producono, in favore dei coniugi, fino alla sentenza che pronunzia la nullita’, quando i coniugi stessi lo hanno contratto in buona fede, oppure quando il loro consenso e’ stato estorto con violenza o determinato da timore di eccezionale gravita’ derivante da cause esterne agli sposi. ((Il matrimonio dichiarato nullo ha gli effetti del matrimonio valido rispetto ai figli.))

Na Espanha, o instituto está presente no art. 79 do Código Civil.²⁶ Por fim, no Código Civil português, podemos encontrar o instituto nos artigos 1.647 e 1.648.²⁷

3. ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves que a palavra putativo vem do latim *putare*, significando reputar ou

estar convencido da verdade de um fato, ou ainda se referindo ao que é imaginário, fictício e irreal.²⁸ Já segundo Yussef Said Cahali, putativo vem de *putativus*, que significa “reputado, tido como tal, pensado, crido tal como é imaginado”.²⁹ Noticia este último autor que essa denominação parece ter sido utilizada pela primeira vez pelo canonista Johannes Andreae.³⁰ Álvaro Villaça Azevedo, na mesma linha, ensina

Se le condizioni indicate nel primo comma si verificano per uno solo dei coniugi, gli effetti valgono soltanto in favore di lui e dei figli.

Il matrimonio dichiarato nullo, contratto in mala fede da entrambi i coniugi, ha gli effetti del matrimonio valido rispetto ai figli nati o concepiti durante lo stesso, salvo che la nullità dipenda da ((...)) incesto”.

Em tradução livre: “Art. 128. Se o casamento for declarado inválido, os efeitos de um casamento válido são produzidos, a favor dos cônjuges, até a sentença que pronuncia a nulidade, quando os próprios cônjuges o tiverem contratado de boa-fé ou quando o consentimento for extorquido com violência ou medo de gravidade excepcional decorrente de causas externas aos cônjuges.

((O casamento declarado inválido tem o efeito de um casamento válido em relação aos filhos)).

Se as condições indicadas no primeiro no primeiro parágrafo ocorrerem apenas para um dos cônjuges, os efeitos se aplicam apenas a ele e seus filhos.

O casamento declarado inválido, contratado de má-fé por ambos os cônjuges, tem o efeito de um casamento válido em relação aos filhos nascidos ou concebidos durante o mesmo, a menos que a nulidade dependa de ((...)) incesto”.

²⁶ “Artículo 79. La declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe. La buena fe se presume”.

Em tradução livre: “Artigo 79. A declaração de nulidade do casamento não invalidará os efeitos já produzidos com relação aos filhos e ao contraente ou contraentes de boa-fé. A boa-fé se presume”.

A boa-fé se presume”.

²⁷ “Art. 1.647º. 1. O casamento civil anulado, quando contraído de boa fé por ambos os cônjuges, produz os seus efeitos em relação a estes e a terceiros até ao trânsito em julgado da respectiva sentença

2. Se apenas um dos cônjuges o tiver contraído de boa fé, só esse cônjuge pode arrogar-se os benefícios do estado matrimonial e opô-los a terceiros, desde que, relativamente a estes, se trate de mero reflexo das relações havidas entre os cônjuges.

3. O casamento católico declarado nulo pelos tribunais e repartições eclesíásticas produz os seus efeitos, nos termos dos números anteriores, até ao averbamento da decisão, desde que esteja transcrito no registo civil.

Art. 1.648º. 1. Considera-se de boa fé o cônjuge que tiver contraído o casamento na ignorância desculpável do vício causador da nulidade ou anulabilidade, ou cuja declaração de vontade tenha sido extorquida por coacção física ou moral.

2. É da exclusiva competência dos tribunais do Estado o conhecimento judicial da boa fé.

3. A boa fé dos cônjuges presume-se”.

²⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. v. 6. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 123-124.

²⁹ CAHALI, Yussef Said. *O casamento putativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 3.

³⁰ CAHALI, Yussef Said. *O casamento putativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 4.

que “o verbo latino *puto,are* quer dizer imaginar, julgar, pensar”.³¹

Aduz Carlos Roberto Gonçalves que apesar de ter sua origem no Direito romano, foi o direito canônico que desenvolveu sua teoria, com o objetivo de mitigar os efeitos da nulidade, já que havia muitos casamentos contraídos em situações de impedimento e, no caso de prole, haveria a ilegitimidade.³² Já de acordo com Rolf Madaleno, a teoria do casamento putativo surgiu com o direito canônico na Idade Média, sendo desconhecido pelo Direito romano.³³

Washington de Barros Monteiro compartilha da ideia de que o casamento putativo, embora desenvolvido pela Igreja Católica, tem suas origens no Direito romano, que trazia como seus requisitos a boa-fé, o erro escusável e a celebração.³⁴

Nesse sentido também é a lição de Paulo Nader, que ensina que o *Corpus Juris Civilis* romano trazia referências isoladas a esta modalidade de casamento, em especial para benefício dos filhos. Segundo outra corrente, apontada pelo

autor, o *matrimonium putatiuum* podia ser inferido em disposições legislativas esparsas.³⁵

No Brasil, Teixeira de Freitas já trazia a regulamentação do casamento putativo em seu Esboço de Código Civil, escrito de 1860 a 1864, nos artigos 1.447 e seguintes. O Esboço, porém, foi rejeitado pelo governo brasileiro.

O Decreto n. 181, de 1890, por sua vez, previa em seu art. 79 que o cônjuge de má-fé, que deu causa à anulação do casamento, perderia todas as vantagens havidas do outro cônjuge, devendo, assim, ceder a metade de seus bens e dos bens adquiridos na constância do casamento, se no regime da comunhão de bens. O cônjuge de boa-fé poderia, ao contrário, preferir a separação dos bens, retirando o que era seu anteriormente ao casamento, mais a metade dos bens adquiridos em sua constância. Já o art. 75 previa que

Quando o casamento nulo ou anulável tiver sido contraído de boa-fé, produzirá os seus efeitos civis, quer em relação aos cônjuges, quem em relação aos filhos, ainda que estes fossem

³¹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Curso de direito civil: direito de família*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 116.

³² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. v. 6. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 123.

³³ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 146.

³⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*. v. 2. 38. ed. rev. e atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 137.

³⁵ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: direito de família*. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 213.

havidos antes do mesmo casamento. Todavia, se um só dos cônjuges o tiver contraído de boa-fé, o casamento só produzirá efeitos em favor dele e dos filhos.

Com o advento do Código Civil de 1916, o tratamento do casamento putativo foi regulamentado pelo art. 221:

Art. 221. Embora anulável, ou mesmo nulo, se contraído de boa fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos civis até o dia da sentença anulatória.

P. único. Se um dos cônjuges estava de boa fé, ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só a esse e aos filhos aproveitarão.

Até mesmo antes da Constituição de 1988, que excluiu do ordenamento brasileiro a ideia de ilegitimidade de filhos, a Lei 6.515/77 (Lei do Divórcio), no parágrafo único do art. 14, determinava que independentemente da boa-fé dos cônjuges, os efeitos do casamento aproveitariam aos filhos. Como consequência, os filhos provenientes de casamentos nulos ou anuláveis seriam considerados legítimos.

No Código Civil atual, de 2002, o casamento putativo vem regulado pelo art. 1.561:

Art. 1.561. Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória.

§ 1º Se um dos cônjuges estava de boa-fé ao celebrar o casamento, os

seus efeitos civis só a ele e aos filhos aproveitarão.

§ 2º Se ambos os cônjuges estavam de má-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só aos filhos aproveitarão.

4. EFEITOS

Com a decretação da anulação ou nulidade do casamento, vários efeitos prejudiciais eram gerados em detrimento da família, isto é, em detrimento dos filhos e do cônjuge de boa-fé. Ao ser invalidado por sentença, o casamento não gerava quaisquer efeitos, tornando, por exemplo, ilegítimos os filhos provenientes da relação, e sem efeito as disposições patrimoniais do regime de bens. Embora a Constituição Federal tenha terminado com a diferenciação entre filhos legítimos e filhos ilegítimos, ainda assim o cônjuge de boa-fé deixava de ter direitos com relação ao patrimônio gerado pelo casamento.

A regra geral para que se tenha casamento na modalidade putativo é a boa-fé de pelo menos um dos cônjuges, sendo esta boa-fé presumida. E a consequência jurídica para o cônjuge de boa-fé é a produção de efeitos para ele. Assim, faz-se necessária a declaração judicial de putatividade, já que, por intermédio dela, alteram-se os efeitos temporais da anulação. De acordo com o art. 1.563 do Código Civil, a anulação do

casamento provoca efeitos *ex tunc*, isto é, os efeitos retroagem à data da celebração do casamento. Porém, reconhecida judicialmente a boa-fé, os efeitos da anulação do casamento vigoram apenas a partir da sentença, isto é, *ex nunc*. Observa-se, assim, que os efeitos se assemelham aos do caso de dissolução do vínculo conjugal pelo divórcio ou pela morte de um dos cônjuges.

Discorrendo sobre os efeitos da putatividade, ainda sob a égide do Código Civil de 1.916, Arnaldo Wald entende que “o cônjuge de boa-fé tem todos os direitos que lhe caberiam caso o casamento não fosse nulo, enquanto o cônjuge de má-fé não tem nenhum desses direitos e tem todos os deveres oriundos de sua condição”.³⁶

Maria Berenice Dias ressalta que o casamento putativo em que apenas um dos cônjuges está de boa-fé gera efeitos de forma diferente para os cônjuges, já que para o de boa-fé, o casamento produz efeitos até a anulação por sentença. Para o cônjuge de má-fé, haverá efeitos retroativos da sentença. Segundo ela, “nesse caso ocorre um fenômeno no

mínimo inusitado: durante um período de tempo, o cônjuge de boa-fé foi casado e o outro, o que agiu de má-fé, não”.³⁷ Também neste sentido são as palavras de Yussef Said Cahali que, ao tratar da peculiaridade da situação, afirma que “o mesmo casamento se considera, até a sentença anulatória, como se tivesse sido validamente contraído, mas pela metade: válido com relação ao cônjuge de boa-fé, nulo com relação ao outro (...)”.³⁸

E não haveria mesmo razão jurídica para que o cônjuge de má-fé recebesse os benefícios da produção de efeitos. Segundo Yussef Said Cahali,

A discriminação se justifica em razão de equidade, ou devido à proteção que merece a boa-fé, ensejando efeitos que normalmente não poderiam derivar do casamento anulado, não se estendendo assim ao cônjuge de má-fé, preocupada a lei em que este não retire qualquer proveito do casamento que ele contraiu com desprezo da ordem jurídica e da moral social; o diferente estado de ânimo de cada cônjuge determina o tratamento diferenciado.³⁹

Para o cônjuge de má-fé, tem-se, basicamente, de acordo com o art. 1.564 do Código Civil, efeitos de ordem patrimonial, perdendo ele quaisquer vantagens havidas do cônjuge de boa-fé.

³⁶ WALD, Arnaldo. *O novo direito de família*. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 75.

³⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 287.

³⁸ CAHALI, Yussef Said. *O casamento putativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 126.

³⁹ CAHALI, Yussef Said. *O casamento putativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 126.

Maria Berenice Dias traz, como exemplos, a perda da meação, dependendo do regime de bens do casamento, e a perda da eficácia de eventual pacto antenupcial, embora o cônjuge de má-fé deva ainda cumprir obrigações nele assumidas em favor do cônjuge de boa-fé.⁴⁰ Já Yussef Said Cahali⁴¹ ensina que o cônjuge de má-fé não pode ser herdeiro do de boa-fé.

Já o cônjuge de boa-fé teria efeitos diferenciados. Paulo Nader os exemplifica: “direito a alimentos até a sentença; subsistência de herança havida antes da sentença; subsistência das doações recebidas do consorte ou de terceiros em razão do casamento; direito à liquidação dos interesses pecuniários de acordo com o regime de bens adotado no casamento”.⁴² Acrescenta Yussef Said Cahali a hipótese de autorização do cônjuge, nos casos necessários, e que permanecerá válida. Já os atos que dependiam de tal autorização, não sendo esta dada, deverão ser anulados nos mesmos termos caso fosse válido o casamento. Ademais, todas as restrições

impostas ao casamento válido refletem no putativo, como a imposição obrigatória do regime da separação de bens no caso de casamento de menor de 18 anos. Ainda, as dívidas contraídas durante o casamento deverão ser partilhadas entre os cônjuges, se ambos de boa-fé, dependendo do regime de bens; não correrá prescrição entre os cônjuges de boa-fé na constância do casamento putativo; a emancipação, caso tenha sido atingida com a celebração do casamento, permanecerá.⁴³

Levenhagen narra interessante caso julgado pelo STF em 1943 (Revista Forense, 102/155), que declarou a putatividade em casamento realizado entre sogra e genro. Eram ambos viúvos e vieram a se casar, infringindo, apesar da boa-fé dos dois, o impedimento gerado pelo parentesco por afinidade em linha reta, que não se extingue com a dissolução do casamento. O casamento foi anulado, mas o STF, ao declarar a putatividade, garantiu todos os efeitos advindos deste casamento, até a data da decretação da nulidade.⁴⁴

⁴⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 287.

⁴¹ CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 258.

⁴² NADER, Paulo. *Curso de direito civil: direito de família*. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 213.

⁴³ CAHALI, Yussef Said. *O casamento putativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 124-125.

⁴⁴ LEVENHAGEN, Antônio José de Souza. *Do casamento ao divórcio*. São Paulo: Atlas, 1992, p. 85-86. Este caso também é narrado por Alvaro Villaça Azevedo (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Curso de direito civil: direito*

Deve-se analisar, ainda, a gama de efeitos que podem vir a ser produzidos perante terceiros. Embora a lei não trate do assunto, é uma lacuna facilmente supriável se levarmos em conta que a boa-fé geradora da putatividade deve se estender na relação dos cônjuges com terceiros. O que deve primeiramente ser levado em conta é a validade do casamento quanto à produção de efeitos até que seja decretada sua nulidade, inclusive com relação aos eventuais terceiros. Assim, nas palavras de Washington de Barros Monteiro: “Sobretudo quanto aos terceiros de boa-fé, o casamento putativo produz todos os efeitos do casamento válido”.⁴⁵

Neste sentido, Yussef Said Cahali ensina que devemos nos valer da teoria da aparência para determinar em que medida terceiros podem se beneficiar da putatividade, auferindo direitos que adquiririam caso o casamento fosse válido.⁴⁶ O autor cita, entre outros exemplos, que as doações

realizadas por terceiro em contemplação do casamento, caducarão quanto ao cônjuge de má-fé, já que a condição para sua efetividade não se realiza, sendo efetivas, por outro lado, para o cônjuge de boa-fé.⁴⁷

Já com relação aos filhos advindos do casamento putativo, visto que não se fala mais em ilegitimidade, poder-se-ia afirmar que seu único resultado prático seria a presunção de paternidade do art. 1.597 do Código Civil.

Para ilustrar tudo quanto dito, foram separados alguns julgados que tratam sobre a matéria em estudo. Primeiramente, ressalta-se acórdão exarado em Recurso Especial (1995/0032729-5), da lavra do Min. Nilson Naves, 3ª Turma, j. 16.12.1999, cuja ementa é como segue:

Casamento putativo. Boa-fé. Direito à alimentos. Reclamação da mulher. 1. Ao cônjuge de boa-fé aproveitam os efeitos civis do casamento, embora anulável ou mesmo nulo (Cód. Civil, art. 221, parágrafo único).
2. A mulher que reclama alimentos a eles tem direito, mas até a data da

de família. São Paulo: Atlas, 2013, p. 117-118).

⁴⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*. v. 2. 38. ed. rev. e atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 139.

⁴⁶ CAHALI, Yussef Said. *O casamento putativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 175.

⁴⁷ CAHALI, Yussef Said. *O casamento putativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 176-178. Este exemplo da doação feita por terceiro em contemplação de casamento também é dado por Washington de Barros Monteiro (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*. v. 2. 38. ed. rev. e atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 141).

sentença (Cód. Civil, art. 221, parte final). Anulado ou declarado nulo o casamento, desaparece a condição de cônjuges.

3. Direito a alimentos “até o dia da sentença anulatória”.

4. Recurso especial conhecido pelas alíneas a e c e provido.

Destaca-se, em sequência, acórdão mais atual sobre o tema, também em Recurso Especial (2018/0176652-5), levando o conceito de putatividade para dentro do instituto da união estável, tendo por relator o Min. Luis Felipe Salomão (4ª Turma, j. 13.12.2018). No caso em tela, houve o início de um relacionamento quando um dos envolvidos ainda era casado, não sendo separado nem mesmo de fato. A pessoa envolvida no segundo relacionamento tinha ciência dos fatos e, por não poder ser ela considerada de boa-fé, os efeitos da putatividade não se aplicariam:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL C/C PEDIDO DE ARROLAMENTO E PARTILHA DE BENS. UNIÃO ESTÁVEL CONCOMITANTE A CASAMENTO SEM SEPARAÇÃO DE FATO.

1. À luz do disposto no §1º do artigo 1.723 do Código Civil de 2002, a pedra de toque para o aperfeiçoamento da união estável não está na inexistência de vínculo matrimonial, mas, a toda evidência, na inexistência de relacionamento de fato duradouro concomitante àquele que pretende proteção jurídica. Nesse viés, apesar de a dicção da referida norma também fazer referência à

separação judicial, é a separação de fato (que, normalmente, precede a separação de direito e continua após tal ato formal) que viabiliza a caracterização da união estável de pessoa casada.

2. Consequentemente, mantida a vida em comum entre os cônjuges (ou seja, inexistindo separação de fato), não se poderá reconhecer a união estável de pessoa casada. Nesse contexto normativo, a jurisprudência do STJ não admite o reconhecimento de uniões estáveis paralelas ou de união estável concomitante a casamento em que não configurada separação de fato.

3. No caso dos autos, procedendo-se à reavaliação do quadro fático delineado no acórdão estadual, verifica-se que: (a) a autora e o réu (de cujus) mantiveram relacionamento amoroso por 17 anos; (b) o demandado era casado quando iniciou tal convívio, não tendo se separado de fato de sua esposa; e (c) a falta de ciência da autora sobre a preexistência do casamento (e a manutenção da convivência conjugal) não foi devidamente demonstrada na espécie, havendo indícios robustos em sentido contrário.

4. Desse modo, não se revela possível reconhecer a união estável alegada pela autora, uma vez que não foi atendido o requisito objetivo para sua configuração, consistente na inexistência de relacionamento de fato duradouro concomitante àquele que pretende proteção jurídica.

5. Uma vez não demonstrada a boa-fé da concubina de forma irrefutável, não se revela cabida (nem oportuna) a discussão sobre a aplicação analógica da norma do casamento putativo à espécie.

6. Recursos especiais do espólio e da viúva providos para julgar improcedente a pretensão deduzida pela autora.

Por fim, colaciona-se acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, da lavra do Des. Miguel Brandi (Apel.

0000993-83.2003.8.26.0472, 7ª Câm. Dir. Priv., j. 03.06.2014, v.u.), no sentido de que a nulidade do casamento não pode atingir terceiros de boa-fé:

ANULATÓRIA DE DOAÇÃO, USUFRUTO VITALÍCIO E ALIENAÇÃO DE BENS IMÓVEIS. Casamento putativo. Nulidade declarada que não atinge terceiro de boa-fé. Apelação objetivando a nulidade da doação feita aos filhos do segundo casamento (anulado por bigamia), ao fundamento de ofensa aos direitos sucessórios. Inadmissibilidade. Doação de ascendente para descendente que não implica em nulidade, mas em possível adiantamento da legítima. Fato que enseja apenas em necessidade de levar o bem à colação a fim de igualar as legítimas de todos os herdeiros necessários. Ação improcedente. Sentença incensurável. RECURSO DESPROVIDO.

O corpo do acórdão faz menção aos próprios termos da sentença: “(...) a regra de que o ato nulo não produz nenhum efeito não é absoluta, haja vista que, algumas vezes dele emanam consequências, como ocorre no denominado casamento putativo, contraído de boa-fé por ambos ou um dos cônjuges”.

5. CONCLUSÃO

Verificou-se, por tudo o que foi exposto, que o casamento putativo, embora não tenha mais ampla

aplicabilidade em relação à prole, que será sempre legítima, expressa proteção à conduta de boa-fé. Embora se trate de casamento que a princípio seria considerado nulo ou anulável, a lei fez por bem emprestar a este os efeitos jurídicos, privilegiando a boa-fé, contornando, assim, o defeito que o inquinava.

Pode-se considerar, assim, que a sociedade estaria duplamente protegida: a uma, eis que a proteção da ordem pública ainda estaria resguardada, já que o casamento contraído com algum impedimento seria retirado da ordem jurídica; a duas, já que se protegem também os efeitos de um casamento que se acreditava livre de quaisquer vícios.

Se considerarmos que a posse do estado de casados existia, e que a família é ainda um pilar da sociedade brasileira, não há porque não serem os vícios contornados, empregando-se efeitos válidos como se o casamento não estivesse sendo invalidado, mas apenas como se estivesse sendo dissolvido o vínculo, da mesma forma que ocorreria com casamentos libertos de vícios.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*. SP: Atlas, 2013.

CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *O casamento putativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. Rev, Atual. e Ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GARCEZ, Martinho. *Do Direito de Família*. Campinas: LZN, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro: Direito de Família*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LEVENHAGEN, Antônio José de Souza. *Do casamento ao divórcio*. SP: Atlas, 1992.

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*. v. 2. 38. ed. rev. e atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2007.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*. v. 5. RJ: Forense, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*. v. 5. 14. ed. atual. por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVEIRA, Alípio. *O casamento putativo no Direito brasileiro*. São Paulo: Universitária de Direito, 1972.

WALD, Arnaldo. *O novo direito de família*. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.

**O CONCEITO E A ESTRUTURA
DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
A PARTIR DA TEORIA
PRECEPTIVA DE EMILIO BETTI**

Caroline Garcia Ermano^{1*}

Dalmir Lopes Jr.^{2**}

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto de estudo a estrutura dos negócios jurídicos de acordo com a teoria de Emílio Betti, mais precisamente os elementos essenciais para sua formação. A teoria do negócio de Emílio Betti parte do pressuposto de que os negócios jurídicos são estruturas sociais construídas a partir de declarações ou de comportamentos por meio dos quais se pode aduzir uma manifestação volitiva. Na medida em que os negócios jurídicos passam a ser considerados preponderantemente um fenômeno empírico – e não um ato do querer individual – tornam-se passíveis de ser interpretados tanto do ponto de vista fático-normativo, como do ponto de vista axiológico. Nesse sentido, a teoria de Betti explica que o negócio jurídico se constitui essencialmente sob a forma de relação, para a qual a sociedade atribui relevo e o ordenamento jurídico reconhece validade. Como teoria preceptiva, o negócio jurídico é

explicado não como uma realidade individual, mas como uma estrutura fática de natureza social, contrapondo-se às teorias voluntaristas.

Palavras-chave: Negócios jurídicos; teoria preceptiva; manifestação de vontade; declaração; forma.

ABSTRACT

The present work has as object of study the structure of the legal transactions according to the theory of Emilio Betti, more precisely the essential elements for its formation. Emilio Betti's transactions theory starts from the assumption that an legal transaction is a social structure constructed out of declarations or behaviors by means of which a volitional manifestation can be adduced. To the extent that legal transactions are considered primarily an empirical phenomenon - and not an act of the individual's will - it becomes susceptible of being interpreted both from the factive and normative point of view and from the axiological point of view. In this sense, Betti's theory explains that legal transactions are essentially in the form of relations, to which society attributes relevance and the legal system recognizes validity. As a prescriptive theory, a legal transaction is explained not as an individual reality, but as a fact structure of a social nature, opposing voluntarist theories.

^{*1} Bacharela em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF), polo de Volta Redonda/RJ. Atualmente é Professora Substituta do Departamento de Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), no polo de Volta Redonda/RJ, Residente Jurídico da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro e Advogada. E-mail: carolermano@hotmail.com.

^{**2} Professor Adjunto do Departamento de Direito do Instituto de Ciências Humanas e Sociais (ICHS) da Universidade Federal

Fluminense (UFF/VR) e do Programa de Pós-Graduação em Bioética, Ética Aplicada e Saúde Coletiva - PPGBIOS (programa em Associação UFRJ/FIOCRUZ/UERJ/UFF).

Doutor em Bioética e Ética Aplicada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense - UFF. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UNIRIO.

Keywords: *Legal transactions; prescriptive theory; manifestation of will; declaration; form.*

1. INTRODUÇÃO

Os negócios jurídicos possuem uma posição central na dogmática jurídica civil, pois são a mais contundente expressão da liberdade e da autonomia individual tutelada pela ordem jurídica. Como expressão da vontade humana, os negócios jurídicos compreendem tantos os contratos em geral quanto os atos jurídicos unilaterais como o testamento, a escritura pública de emancipação, as promessas públicas etc.

Vale afirmar que de todos os fatos humanos para os quais a ordem jurídica atribui efeitos normativos, os negócios jurídicos são os mais numerosos e os mais importantes. Isso porque estes existem como uma expressão da vontade humana direcionada a um objetivo socialmente útil que o direito visa proteger. Daí a afirmação comum na doutrina jurídica de que o negócio jurídico é a manifestação de vontade direcionada a um certo fim, cujos efeitos são igualmente queridos

pelos partes, sendo estes regulados pela norma jurídica.⁴⁸

A importância de revisitar o conceito de negócio jurídico está principalmente na elucidação de sua função e nas consequências que esse entendimento produz sobre sua eficácia jurídico-social. Isso porque o negócio jurídico pode ser compreendido como uma *manifestação individual de vontade* que visa produzir certos efeitos jurídicos, ou, ao contrário, ser compreendido como uma *estrutura jurídico-social* que vincula as pessoas na vida cotidiana. A primeira visão põe acento na gênese do negócio e a doutrina germânica passou a nomeá-la como teoria da vontade (*Willenstheorie*), enquanto a segunda vertente sustenta que o negócio é uma configuração social construída por uma declaração preceptiva, uma declaração de vontade (*Erklärungstheorie*).

O embate entre essas tradicionais concepções da doutrina civilista repercute na concepção e na concretização das normas de Direito Civil, pois, como explica Orlando Gomes (2001), essa

controvérsia não é [apenas] acadêmica. A aceitação da teoria

⁴⁸ Assim Santoro Passarelli explica que “O negócio jurídico é um ato de uma vontade autorizada pelo ordenamento jurídico para perseguir um fim próprio. Mais especificamente [...] o negócio jurídico é um ato de autonomia privada, encaminhada a um fim que o

ordenamento considera merecedor de tutela”. (SANTORO PASSARELLI, Francesco. *Doctrinas generales del derecho civil*. Tradução para o espanhol por A. Luna Serrano. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1964, p. 139).

da declaração conduz à solução diversa no trato dos problemas dos vícios do consentimento e determina orientação diferente na interpretação dos negócios jurídicos (p. 272).

Enquanto a teoria da vontade tem como pano de fundo uma concepção mais individualista-liberal, subjetiva e com pouca intervenção na relação jurídica, a teoria da declaração é mais próxima de uma ideologia intervencionista, calcada em valores de ordem ético-social como a confiança, a solidariedade e a cooperação.⁴⁹

Neste caso, a teoria da declaração, partindo do referencial de que os negócios jurídicos não encontram sua validade e eficácia apenas na vontade individual, princípios como o da boa-fé objetiva, da vedação à onerosidade excessiva e à lesão, e da função social dos contratos, ganha contornos mais efetivos de aplicação.

A teoria da vontade centra-se na autonomia da vontade como elemento fundamental para definição de validade de determinado negócio jurídico. Isso significa que a validade dos negócios depende de requisitos formais e de uma manifestação de vontade em

consonância com as representações mentais do agente. Essa teoria estabelece que a manifestação da vontade é um fenômeno individual, ligada que está a uma vontade psicológica, e não a uma manifestação social-objetiva.

Essa dimensão hiperbólica da vontade individual atrelada à validade de um negócio jurídico produz interpretações subjetivas, como a exigência de “esculpabilidade” para a configuração do erro de um negócio jurídico, o “dolo de aproveitamento” para a configuração de negócios lesivos, ou a comprovação de um acordo entre o devedor insolvente e terceiro na caracterização de negócio fraudulento realizado para prejudicar um credor, apenas para citar alguns exemplos. No fundo, a ênfase posta sobre a vontade interna exige que declaração do agente dependa de uma mínima correspondência com aquela, subsistindo a necessidade de se verificar, no âmbito interpretativo, essa correlação entre a vontade interna e a externa, o que é assaz oneroso em termos probatórios e questionável como fundamento da norma jurídica concreta.

⁴⁹ Teoria que, em nossa visão, prevalece na atual codificação. Razão por que Miguel Reale explica que um dos princípios ordenadores da atual codificação é a socialidade, a qual deve ser compreendida como uma forma de tentar

“superar o manifesto caráter *individualista*” do código anterior. (Cf. REALE, Miguel. Visão geral do novo código civil. In: TAPAI, Giselle de Melo (coord.). *Novo código civil brasileiro: estudo comparativo com o código de 1916*. São Paulo: revista dos Tribunais, 2002, p. XIII).

A teoria da declaração, por sua vez, transpassa os aspectos da subjetividade relativos à vontade individual, pois entende que o negócio é ato comunicativo e social resultante de uma vontade declarada, logo, é uma estrutura normativa objetivamente colocada; uma declaração preceptiva que ganha relevância jurídica. É a partir dessa perspectiva que parte a teoria de Emilio Betti. Nesse texto, procuramos expor os elementos gerais mais relevantes para a formação dos negócios jurídicos.

Além de ser uma oportunidade para revisitar sua teoria, é igualmente um convite ao leitor para refletir sobre como os negócios jurídicos são formados e essa explicação é particularmente diferente das adotadas pela maioria dos manuais de Direito Civil, que, em geral, assumem a teoria ponteano como ponto de partida explicativo do negócio jurídico, dividindo-o em três planos de análise: o plano da existência, o da validade e o da eficácia.

Betti, ao contrário, convida-nos a uma reflexão distinta e que, no mínimo, nos leva a compreender que os negócios

jurídicos são estruturas sociais construídas a partir de declarações (ou de comportamentos de que se pode aduzir uma manifestação volitiva) e como tais, são objetos dados à interpretação fático-axiológica, para as qual a sociedade atribui relevo e o ordenamento jurídico reconhece validade. Trata-se de uma teoria operativamente coerente, pois há uma correlação harmônica entre concepção e função, o que conduz a forma singular de compreensão desse fenômeno jurídico.

2. O CONCEITO DE NEGÓCIO JURÍDICO

A mais precípua função atribuída aos negócios jurídicos é servir como instrumento para a autonomia das pessoas. Como alude Orlando Gomes, “é através dos negócios jurídicos que os particulares autorregulam seus interesses, estatuinto as regras a que voluntariamente quiseram subordinar o próprio comportamento”.⁵⁰ O negócio jurídico representa o poder atribuído à vontade de constituir, modificar ou extinguir uma situação jurídica.⁵¹ Os

⁵⁰ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 264.

⁵¹ “[...] *situação jurídica* é a situação que de direito se instaura em razão de uma determinada situação de fato, revelada como fato jurídico, e que se traduz na disposição normativa de sujeitos

concretos posicionados perante certo *objeto*; isto é, posicionados em certa medida de participação de um *res*, que se define como seu *objeto*. À expressão *res* se dá aqui o sentido genérico que logrou este termo na última fase do direito romano, abrangendo tudo quanto pode ser objeto

negócios jurídicos são, portanto, uma expressão da autonomia privada voltado para fins socialmente úteis e juridicamente regulados e protegidos pela ordem jurídica.

A iniciativa privada é, nas palavras de Betti, o “aparelho motor” do regulamento consciente dos interesses privados.⁵² É por intermédio do negócio jurídico que os interesses privados são regulados a partir de necessidades socialmente construídas. Os negócios jurídicos, por isso, atendem a diversas funções econômico-sociais, como as relações contratuais que são sua expressão mais abrangente, colocando em movimento a circulação de bens e serviços necessários para a vida em sociedade.

Segundo Betti (*ibidem*), tanto os negócios jurídicos como os direitos subjetivos representam uma solução para um problema prático. Embora ambos estejam a serviço da liberdade e da autonomia privada com objetivos correlacionados, cada um deles possui funções diferentes.⁵³ Enquanto os

direitos subjetivos resolvem, de modo estático, o problema de proteger o interesse privado no ordenamento econômico-social que o tutela, os negócios jurídicos deixam à iniciativa individual o modo de como se deve atuar para modificar as posições daqueles interesses mais convenientes para os agentes.

Os negócios jurídicos não são apenas mera expressão da autonomia individual. Existe uma correlata “noção de dever” que subscreve a noção. Essa noção é na verdade um requisito implícito de *responsabilidade pessoal*. A pessoa é livre para atuar conforme seu próprio juízo, logo deve suportar as consequências de seu comportamento, sejam elas vantajosas ou não. Eis que isso é que se convencionou chamar de autonomia privada.

A autonomia privada é a potestade de autorregulação de interesses e relações próprias, responsável pela criação de relações jurídicas. O ordenamento jurídico reconhece aos particulares a faculdade

de direito, desde a parcela do mundo físico, os atos humanos externos, até às qualificações de valor moral ou social, enquanto tais realidades sejam passíveis de experiência jurídica, que é experiência de *atribuição*.” (CASTRO, Torquato. *Teoria da situação jurídica em direito privado nacional*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 50-51).

⁵² Cf. BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora,

1969, p. 89. E ainda: “O negócio é instrumento de autonomia privada, precisamente no sentido de que é posto pela lei à disposição dos particulares, a fim de que possam servir-se dele, não para invadir esfera alheia, mas para comandar a própria casa, isto é, para dar uma organização básica aos interesses próprios de cada um, nas relações recíprocas” (Idem, p. 102).

⁵³ Cf. idem, p. 96 e ss.

de criar vínculos entre si. É justamente essa possibilidade de criação de vínculos jurídicos que distingue a autonomia privada das demais manifestações do agir autônomo e o negócio jurídico é seu instrumento de atuação.⁵⁴

De acordo com Betti,

“negócio jurídico é um ato consistente ora numa declaração, ora num simples comportamento, que contém e dá vida a uma disposição volitiva, sob a forma de um preceito da vida privada que regula concretos interesses de quem o formula”.

Preceito este destinado a ter eficácia constitutiva, isto é, apto a desempenhar imediatamente os efeitos correspondentes.

De acordo com o autor, o negócio jurídico dá lugar a três diferentes questões: a) como é (forma); b) o que é (conteúdo); c) porque é (causa). As duas primeiras dizem respeito à *estrutura* (forma e conteúdo), enquanto a terceira refere-se a sua *função*. Neste artigo, abordaremos a questão relativa à *estrutura*, isto é, os elementos necessários para o surgimento dos negócios jurídicos.

No que toca à forma dos negócios, Emilio Betti explica que:

à primeira pergunta deve responder-se que o negócio é um acto que ora consiste numa declaração ora num simples comportamento. Se qualquer negócio é, essencialmente, um facto social, e a autonomia privada é um fenómeno social, é fácil compreender que o negócio jurídico deve, também, satisfazer àquela *exigência de recognoscibilidade* que domina a vida social, isto é, deve ser um facto socialmente reconhecível. (p. 108).

A exigência de recognoscibilidade é uma característica distintiva das teorias objetivas em relação às teorias subjetivas do negócio, além de ser uma necessidade que domina toda vida social (BETTI). Isso porque um fato deve ser socialmente reconhecível, quer dizer, deve ser objetivamente verificável por suas circunstâncias.

A recognoscibilidade é uma exigência intrínseca da vida social, “[...] quer se trate de entender as manifestações de espiritualidade alheia, quer se trata de regular relações entre sócios.” (*ibidem*, p. 108). Não é possível existir negócio jurídico sem comunicação. Isso porque a própria realidade social depende de atos comunicativos para a criação de

⁵⁴ Nesse sentido, Cf. CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. *Curso de direito civil – parte geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 469.

estruturas sociais de sentido. Sem comunicação, não se criam sistemas sociais nem estruturas aptas a enlaçar expectativas normativas.

[...] “a vontade”, como factio psicológico meramente interno, é qualquer coisa em si mesma incompreensível e incontrolável, que pertence, unicamente, ao foro íntimo da consciência individual. Só na medida em que se torne reconhecível no ambiente social, que por declarações, quer por comportamentos, ela passa a ser um factio social, susceptível de interpretação e de valoração, por parte dos consociados. Somente declarações ou comportamentos são entidades socialmente reconhecíveis e, portanto, capazes de poder constituir objeto de interpretação, ou instrumento da autonomia privada. (*ibidem*, p. 109).

Quanto ao *conteúdo*, o negócio é um *preceito de ordem privada*⁵⁵ dirigido a regular interesses concretos de quem o estabelece. A declaração de vontade ou o comportamento negocial cria um vínculo jurídico que extrapola, por assim dizer, o querer individual puro, na medida em que esse querer passa a constituir norma jurídica. Declaração e comportamento instituem uma expectativa social juridicamente garantida, uma regra para a conduta por meio da qual o indivíduo regula as suas relações com os outros, com eficácia operativa própria.⁵⁶

Quanto à *função* do negócio jurídico, não se pode olvidar que todo o

negócio tem um fim econômico-social e cada um, em particular, um objetivo específico. Sua função social e econômica é aquilo que faz o negócio ser necessário e, em última instância, reconhecido pela ordem jurídica como uma estrutura que deve ser garantida. Não se trata, portanto, de uma manifestação simples da autonomia da vontade, mas de uma vontade que deve ser submetida a certos requisitos para que o ato se revista de validade e eficácia.

Função está ligada à *causa* do negócio, a qual fornece o suporte fático para a incidência da regra jurídica. Trata-se da própria razão de ser do negócio voltada para a dinâmica econômica-finalística de troca, aquisição, alienação ou renúncia de determinados bens jurídicos, pois quem pratica negócios jurídicos não o faz pelo ato em si, mas para alcançar a satisfação de interesses sociais e econômicos que estes comportam.

Neste artigo, entretanto, limitamo-nos a trabalhar a estrutura dos negócios jurídicos, a fim de oferecer uma explicação teórica diferente da que tem predominado nos manuais brasileiros mais contemporâneos, firmes na concepção ponteana que contempla uma

⁵⁵ Cf. BETTI, Emílio. Op. Cit., p. 110.

⁵⁶ Cf. *idem*, p. 111.

estrutura de planos lógicos para a explicação dos negócios jurídicos. De acordo com a lógica interpretativa criada por Pontes de Miranda, os negócios jurídicos devem ser considerados a partir de três planos de análise: o da existência, o da validade e o da eficácia.

Esse artifício interpretativo oferece um raciocínio analítico útil para os operadores do Direito, pois um negócio deve existir em primeiro lugar para que possa vir a ser objeto de proteção/consideração jurídica. Presentes os pressupostos, o intérprete deve verificar se os requisitos legais foram obedecidos para atestar sua validade. Enquanto o plano da eficácia, diz respeito à produção concreta de efeitos. Esse sistema de análise conceitual é atualmente o que tem predominado na civilística nacional.⁵⁷

A única objeção que talvez se possa fazer a este modelo consiste na

dupla análise realizada tanto no plano da existência, quanto no plano da validade. No primeiro plano, a análise seria objetiva, se há ou não uma declaração exterior emitida com seriedade e com finalidade negocial. Já no plano da validade haveria uma suposta análise intrínseca do querer, a fim de verificar se essa vontade declarada é qualificada juridicamente como válida. Supostamente, esse expediente metodológico seria suficiente para superar a tradicional dicotomia existente na velha escola germânica do voluntarismo com a concepção social e objetiva do negócio jurídico.⁵⁸

Neste artigo, apresentamos uma versão exclusiva da interpretação objetiva dos negócios jurídicos. Para Betti (ano?), o negócio jurídico é declaração exterior, não há que se perquirir sobre sua compatibilidade com o “querer interno”. As análises que

⁵⁷ “Ao nosso ver, o aparentemente insolúvel problema das nulidades está colocado de pernas para o ar. É preciso, em primeiro lugar, estabelecer, com clareza, quando um negócio existe, quando, uma vez existente, vale, e quando, uma vez existente e válido, ele passa a produzir efeitos. Feito isso, a invalidade e a ineficácia surgirão e se imporão à mente com a mesma inexorabilidade das deduções matemáticas” (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 25)

⁵⁸ Notadamente, essa é a principal tese sustentada por Antônio Junqueira de Azevedo: “A nosso ver, a vontade não é elemento do negócio jurídico; o negócio é somente declaração de vontade. Cronologicamente, ele não surge, nasce,

por ocasião da declaração. [...] A vontade poderá, depois, influenciar a *validade* do negócio e às vezes também a eficácia, mas tomada como *iter* do querer; ela fica inteiramente absorvida pela declaração[...]. Não há que discutir qual dos dois elementos há de, em princípio, prevalecer; somente a declaração de vontade é elemento do negócio jurídico (plano da existência). Mesmo sem vontade o negócio existe, e apenas poderá acontecer de ser nulo ou anulável (plano da validade), ou de não produzir efeitos (plano da eficácia) [...]. **Aliás, diversos autores salientam que nenhuma das duas teorias jamais teve aceitação integral e, acrescentamos nós, nem poderiam ter, visto que o ponto de partida de ambas não estava metodologicamente correto.**” (*Idem*, p. 82-83, grifo nosso).

eventualmente recaem sobre as divergências existentes entre o plano da vontade individual e da vontade exteriorizada, devem ser analisadas objetivamente, a partir de parâmetros sociais como: a recognoscibilidade, a boa-fé objetiva e as circunstâncias fático-negociais.

3. A FORMA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS: DECLARAÇÃO E COMPORTAMENTO

A forma, segundo Emílio Betti (ano?), *é o meio pelo qual o negócio jurídico se torna reconhecível aos outros, por intermédio de uma declaração verbal ou por um comportamento.*⁵⁹

A declaração é a exteriorização do “[...]pensamento do íntimo de cada um, para se tornar expressão objectiva, dotada de vida própria, perceptível e apreciável no mundo social”.⁶⁰ A declaração, na esteira do autor, é, em sua natureza, um ato consciente destinado a ser conhecido por outros a partir de um determinado conteúdo. Consiste, portanto, num ato que se dirige, necessariamente, aos outros. A consequência dessa afirmação é que toda

declaração visa um destinatário, que em algum momento – mais cedo ou mais tarde – a conhecerá.

Não é um requisito para o negócio que o destinatário seja imediatamente determinado. Exemplo desse fato é quando o agente que lança uma garrafa ao mar, uma declaração de vontade nela contida não produz efeito algum até que encontre um destinatário. No entanto, o conhecimento da declaração pelo destinatário não pode faltar, sob pena de perder sua relevância social, como uma voz clamada no deserto.⁶¹ Não havendo destinatário, a declaração não terá relevância social, não formará um negócio.

Por outro lado, diferindo da declaração,

o comportamento puro e simples não pode contar com a colaboração psíquica alheia, representando uma exigência a satisfazer numa relação com os demais; não apela para a consciência ou para a vontade das pessoas em cuja esfera deverão desenvolver-se os efeitos do negócio.⁶²

O comportamento caracteriza-se pelo fato de esgotar o seu resultado numa modificação objetiva, socialmente reconhecível e relevante, da situação de fato preexistente. Este efetua e realiza uma regulamentação de interesses privados, porém, não pretende torná-la

⁵⁹ BETTI, Emílio. Op. Cit., p. 247.

⁶⁰ *Idem*, p. 248.

⁶¹ *Idem*, p. 249.

⁶² *Idem*, p. 249.

conhecida aos outros, apesar de, por se configurar numa modificação no mundo exterior, ser reconhecível no ambiente social.

[...] negócios como a ocupação e o abandono [...] que realizam, respectivamente, o abandono e a tomada de posse, com os consequentes efeitos da perda ou da aquisição da propriedade, sem que para tanto, seja necessário um conhecimento por parte de outros, e, portanto, ainda que se tenha agido em segredo. Também aqui, naturalmente, se mostra certo que não pode haver um acto relevante no ambiente social sem uma forma de conduta, através da qual ele seja reconhecível pelos demais indivíduos; mas aqui, a recognoscibilidade é uma qualidade objectiva do ato, e não uma condição de evento, que não é destinado a produzir-se na mente alheia, mas puramente no mundo dos factos.⁶³

O comportamento exige uma interpretação distinta da declaração: enquanto a *declaração vincula o autor*, segundo seu significado objetivo, criando uma responsabilidade por sua decorrência, o *comportamento não vincula o agente* por um significado social objetivo, pois este depende da verificação de uma intenção efetiva na sua realização.⁶⁴

Seja como declaração, seja como comportamento, por *forma* do negócio deve se entender um meio que o torne

socialmente reconhecível, e, a forma do ato obriga, em regra, o agente, segundo o seu significado social objetivo.

Se o negócio se estruturar por meio de uma declaração de vontade, requer um destinatário (embora não seja condição para sua realização, ainda que indefinido). Por ser declaração, gerará no seu destinatário uma expectativa normativa em torno de um laço de confiança. No entanto, sendo um comportamento, o ato não é dirigido a alguém (não há destinatários), não produz nos outros uma expectativa de comportamento, mas, segundo Betti, apenas justifica ilações, inferência ou deduções⁶⁵.

[...] o negócio que consista num comportamento não dirigido a qualquer destinatário, é construído, não já como “indício” de uma vontade hipotética, eventualmente averiguável por outro modo, e que pode deduzir-se de outros indícios, mas também como expressão objectiva da autonomia privada, por meio da qual se toma posição e se dá vida a uma regulamentação de interesses privados. Também aqui, e não menos que nos negócios declarativos, o comportamento tem uma função constitutiva insubstituível, não meramente probatória, mas reveladora. O carácter concludente que se requer no comportamento, não é já entendido como referido a um indício, para permitir uma dedução segura acerca de um acto que não

⁶³ *Idem*, p. 250.

⁶⁴ Mais uma vez Betti critica o dogma da vontade: “Seria, porém, um erro explicar essa diferença, recorrendo à ideia de que nos negócios que consistam num simples

comportamento, a <<vontade>> se encontra no estado puro, sem necessidade de uma forma”. *Idem*. p. 251.

⁶⁵ *Idem*. p. 252.

tem, por si, função comunicativa de uma incontável vontade puramente interna, mas é entendido como uma univocidade da manifestação de autonomia, tomada no seu significado social, a avaliar, não segundo a existência subjectiva de uma consciente “manifestação”, mas segundo a necessidade objetiva da sua recognoscibilidade por parte dos outros.⁶⁶

Nos negócios declarativos, a parte é livre, até certo ponto, quanto à escolha das palavras, e, por isso, tem o ônus de se expressar adequadamente, pois deve suportar o risco de uma expressão inadequada, obscura ou ambígua. Em outras palavras, a intenção de regular certos interesses só tem eficácia na medida em que as palavras empregadas resultem no conteúdo essencial do negócio jurídico.

A declaração é o resultado da manifestação volitiva, ao ganhar o mundo exterior, e, desde que seja emitida com intencionalidade, passa a ter uma existência independente de seu autor. A emissão consiste no

[...] acto com que o autor da expressão desprende esta de si, desapossando-se dela e tornando-a uma coisa independente, estranha a ele e idónea para chegar ao conhecimento do destinatário, determinado ou não, fazendo dela

uma declaração irrevogável propriamente dita (...).⁶⁷

O momento da separação pode ocorrer de forma mediata ou imediata, nesse caso se alcançar o destinatário no momento de sua emissão ou no primeiro se chegar até por um meio interposto. Tratando-se de declaração imediata, feita diretamente ao destinatário, presente ou em comunicação verbal transmitida imediatamente, o ato da separação se confunde com o ato da expressão. Emissão e expressão passam a ser uma só coisa e, uma vez acessadas pelo destinatário, têm caráter irrevogável.

Por outro lado, tratando-se de declaração mediata, feita por meio escrito ou por outro meio similar de comunicação (não-imediata),⁶⁸ a *expressão* precede e adquire existência com a formação da escrita e a *emissão* consiste no processo de dar ciência ao destinatário do conteúdo da declaração, como ocorre com a postagem de uma carta numa agência dos correios.⁶⁹

A declaração de vontade em certos negócios precisa ser feita *por meio de um documento para que produza efeitos jurídicos*. O documento assume, em relação à declaração documentada,

que a comunicação feita de forma intencional, vincula o agente na medida em que chega ao seu destinatário.

⁶⁹ *Idem*. p. 255-256.

⁶⁶ *Idem*. p. 253.

⁶⁷ *Idem*. p. 256.

⁶⁸ Aqui é preciso considerar que hoje os aplicativos de mensagens pela internet propiciam uma comunicação em tempo real, de tal modo

uma função de *garantir* ou de *preservar* a declaração já formada. No primeiro caso, possui uma função constitutiva, quer como instrumento de comunicação entre ausentes, quer como requisito necessário ao negócio, tendo, portanto, função essencial. Em contrapartida, no segundo caso, atribui-se ao documento uma função meramente representativa ou probatória, sendo, portanto, facultativo.

Já o comportamento distingue-se da declaração na estruturação dos negócios jurídicos, porque embora não se destine a comunicar certo conteúdo preceptivo, pode, entretanto, adquirir no ambiente social um *significado e valor de declaração*, na medida em que tornar reconhecível, de acordo com as experiências comuns, uma posição a respeito de algum interesse que afeta a esfera jurídica alheia.

Enquanto as declarações de vontade são meios diretos de estruturação do negócio, o comportamento é um meio indireto. Isso porque a declaração de vontade produz a recognoscibilidade necessária não só por intermédio da palavra escrita e oral, mas também por gestos e sinais. O comportamento, por sua vez, é sempre uma manifestação tácita e indireta, mas,

por ele, socialmente se torna reconhecível a vontade do agente, assumindo a mesma função de uma declaração direta. Trata-se de uma declaração concludente, como afirma Betti:

O comportamento qualifica-se como *concludente*, quando impõe uma conclusão, uma *ilação* lógica, que não se fundamenta na consciência do agente (que até poderia nem dar conta da conclusividade da sua conduta), mas sobre o espírito de *coerência* que, segundo os pontos de vista comuns, deve informar qualquer comportamento entre membros da sociedade, e sobre a auto-responsabilidade que se liga, por uma exigência social, ao ónus de conhecimento (...).⁷⁰

Dentro da perspectiva objetiva do negócio, o comportamento do agente é causa do negócio, porque é possível inferir a declaração de vontade em face do conjunto de circunstâncias. Não é a vontade interna que se deduz do comportamento e que torna possível estruturar o negócio, mas o conjunto fático-circunstancial presente no comportamento que estrutura o negócio jurídico de forma implícita e indireta.⁷¹

Quanto ao silêncio, Betti (*ibidem*) investiga em sua obra até que ponto a inércia consciente, na presença de certas circunstâncias e situações por parte de quem tenha a concreta

⁷⁰ *Idem.* p. 269.

⁷¹ *Idem.* p. 270.

possibilidade de agir, é suficiente para dar formação a um ato de autonomia privada e revestir o significado de negócio jurídico. O autor enfatiza que não se pode considerar a existência de um negócio sem algum tipo de manifestação. No entanto, a inércia consciente, ainda assim, pode tornar reconhecível a exteriorização da vontade formando um negócio, sobretudo em razão de costumes ou de circunstâncias em torno do quais o negócio se estrutura:

Se ao comportamento andam ligados efeitos jurídicos, em consideração da sua conformidade com a intenção normal que o determina, deverá reconhecer-se-lhe o valor de negócio, quer ele configure uma verdadeira declaração, ainda que silenciosa, ou se concretize numa conduta concludente. [...] Aliás, para que o silêncio adquira significado de negócio, é suficiente uma apreciação, que é contingente e variável, conforme o ambiente histórico, os usos e a consciência social, bem como segundo a qualidade das pessoas (por ex. comerciantes acostumados com aquele gênero de contratações) e conforme as circunstâncias em que elas actuam, no caminho da objectivação, segundo as concepções do comércio. O silêncio pode ser tornado significativo, objectivamente, por um costume prevalente num determinado sector social, ou então, subjectivamente, por uma prática introduzida (é o caso dos chamados usos interpretativos), ou por um acordo estabelecido entre os interessados. Costumes, práticas e acordos desse género, têm, sobretudo, razão de ser em matéria contratual, na qual a

conduta do destinatário de uma proposta, que se abstenha de responder a ela negativamente, é por vezes, interpretável como uma aceitação.⁷²

Insta destacar ainda que, como já explicitado, é um ato cujo evento se concretiza sempre no espírito alheio, ora apelando só para a consciência, ora também para a vontade do destinatário, conforme tenda apenas a informar, a dar conhecimento de um fato (declaração de ciência), ou pretenda apontar uma orientação de uma conduta (declaração de vontade).⁷³

Betti (*ibidem*) diferencia também as *declarações dispositivas* (preceptivas) das *declarações enunciativas ou meramente representativas* nos seguintes termos:

(...) conforme o conteúdo seja socialmente destinado apenas a informar ou a esclarecer (*docere*), ou a estatuir ou regulamentar (*iubere*), isto é, seja destinado, no primeiro caso, a enunciar algo existente ou, no segundo, a dispor um dever ser para o futuro, a declaração deverá qualificar-se como enunciativa ou puramente representativa, quando *docet*, ou, respectivamente, como dispositiva, preceptiva ou ordenativa, quando *iubet*.⁷⁴

As *declarações enunciativas* possuem uma função específica na elaboração dos contratos, principalmente

⁷² *Idem*, p. 275.

⁷³ *Idem*, p. 289.

⁷⁴ *Idem*, p. 291.

no que diz respeito aos deveres de informação e de lealdade decorrentes do princípio da boa-fé objetiva.⁷⁵ As declarações enunciativas desempenham igualmente uma função esclarecedora quanto ao conteúdo do regulamento prescrito pelo negócio. A declaração de reconhecimento adquire valor de negócio, instrumento da autonomia privada, quando traz certo conteúdo preceptivo, ainda que enunciativa. Esta é a conclusão que se pode chegar a partir da obra de Emílio Betti Betti (*ibidem*), acerca da classificação destrinchada.

Por fim, Betti Betti (*ibidem*) aduz que as declarações enunciativas, de conteúdo meramente representativo podem trazer em seu corpo uma comunicação essencial para a eficácia do negócio jurídico, como ocorre na resilição de um contrato ou na revogação de um mandato.

As *declarações dispositivas (ou preceptivas)*, ao seu turno, revestem-se de caráter normativo, assumindo uma função constitutiva insubstituível para a

definição do conteúdo do negócio. A diferenciação entre declarações enunciativas e declarações dispositivas possui especial relevo na análise do conteúdo do negócio jurídico.

4. O CONTEÚDO PRECEPTIVO DO NEGÓCIO JURÍDICO

O segundo elemento que estrutura o negócio jurídico na doutrina de Emílio Betti Betti (*ibidem*) é o *conteúdo*, cujo papel é central para a formação do negócio.

[...] a declaração ou o comportamento só deve qualificar-se como negócio jurídico, quando tenha um conteúdo preceptivo relativo a uma matéria de autonomia privada, e a respeito desse conteúdo assuma função constitutiva insubstituível, no sentido de que o preceito só por essa forma pode atingir os efeitos jurídicos correspondentes.⁷⁶

Deve se destacar que o conteúdo preceptivo do negócio encontra seu fundamento na recepção que o ordenamento jurídico dá ao preceito da autonomia privada. O direito acolhe e

⁷⁵ “A boa-fé objetiva é, em sua versão original germânica, uma cláusula geral que, assumindo diferentes feições, impõe às partes o dever de colaborarem mutuamente para a consecução dos fins perseguidos com a celebração do contrato.” (TEPEDINO, Gustavo e SCHREIBER, Anderson. A Boa-Fé Objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *A Parte Geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 32).

⁷⁶ BETTI, Emílio. Op. Cit., p. 300.

sanciona os interesses nas relações entre os sujeitos, vale dizer, regulamenta um suporte fático que considera importante e o transforma em um fato jurídico.⁷⁷

Assim, o preceito de autonomia privada, expresso na forma de declaração ou comportamento, produz os efeitos jurídicos correspondentes à sua função econômica e social.

[...] no reconhecimento da autonomia privada, procede-se a uma recepção e, ao mesmo tempo, a uma correlação, mercê da qual o ser ideal da relação jurídica consequente é, logicamente, congruente (segundo a apreciação do direito positivo), precisamente com o dever ser do preceito em que consiste o negócio, como manifestação daquela autonomia na vida social. Dessa maneira, o auto-regulamento de interesses adquire relevância jurídica: o preceito da autonomia privada, sem perder esta sua natureza, transformando-se, ele próprio, em preceito jurídico, torna-se juridicamente relevante em vista das situações e das relações a que o negócio se destina a dar vida.⁷⁸

Dito isto, indaga-se como se determinaria e se delimitaria o conteúdo do negócio, preceito de autonomia

privada. O que deve ser declarado? Ou, ainda, que espécie de comportamento pode ser causa de um negócio?

Betti (*ibidem*) explica que a determinação do conteúdo do negócio escapa à iniciativa individual e ingressa na competência da consciência social e da ordem jurídica.⁷⁹ O conteúdo abrangerá toda a expressão ou a execução necessária de acordo com a consciência social e a ordem jurídica, consoante a função social e econômica que a declaração ou o comportamento comporta, como exemplo, a venda, o mútuo, a aceitação da herança. Assim, uma típica regulamentação de interesses privados e o preceito de autonomia privada serão considerados identificados e expressos de forma socialmente suficiente quando seu significado seja social e objetivamente compartilhado no âmbito interacional.⁸⁰ A falta de uma declaração dispositiva oriunda da

⁷⁷ “Na realidade, o que o indivíduo declara ou faz com o negócio, é sempre uma regulamentação dos próprios interesses nas relações com outros sujeitos: regulamentação, da qual ele compreende o valor socialmente vinculante, mesmo antes de sobrevir a sanção do direito. É característica do negócio que a sua fatispécie, ainda mais que o seu efeito, prescreva uma regulamentação obrigatória, a qual, uma vez reforçada pela sanção do direito, está destinada a elevar-se a preceito jurídico. Não quer isto dizer – com tantas vezes se repete – que a vontade privada possa, só por si, por virtude própria, ser causa imediata do efeito jurídico, já que sem uma ordem jurídica que estabeleça o nexo ‘causal’,

esse efeito nem sequer é concebível. Acontece, porém, que, aqui, a previsão a que está ligado o efeito jurídico, contém em si mesma um preceito de autonomia privada, cujo reconhecimento por parte da ordem jurídica representa, na sua essência, um fenómeno de recepção. A ordem estabelecida pelas partes para os seus interesses, é valorada pelo direito de acordo com os seus pontos de vista gerais, tornada própria com as oportunas modificações e traduzida nos termos de uma relação jurídica.” (*Idem*, p. 300-301).

⁷⁸ *Idem*, p. 303-304.

⁷⁹ *Idem*, p. 304.

⁸⁰ *Idem*, p. 305.

autonomia privada acarretará a inexistência do negócio jurídico.

Segundo Betti Betti (*ibidem*), um preceito é, primeiramente, concreto, ou seja, “concernente a interesses determinados, sujeitos ao poder dos particulares e suscetíveis de passar de um para o outro”.⁸¹ Segundo, o preceito é “atinentes à vida de relação e, neste sentido, social, e socialmente reconhecível (mas não jurídico), e portanto de tal sorte, que considera aqueles interesses em relação com os outros consociados”,⁸² isto é, o vínculo jurídico não consiste no conteúdo, mas no efeito do negócio, pressupondo já uma valoração de relevância por parte da ordem jurídica. Finalmente, o preceito é “vinculativo para quem o estabelece e dotado de uma eficácia perante terceiros. Sua eficácia é mais sensível no âmbito social que no âmbito jurídico, e por tal característica, torna-se um preceito idóneo para se elevar a fato juridicamente relevante, uma vez que é recepcionado e valorado pelo ordenamento jurídico.”⁸³

O preceito é o que dá conteúdo ao negócio, devendo ser visto de forma independente da vontade interna e psíquica que o gerou, bem como da

pessoa que o exprimiu. Somente o preceito pode ser objetivamente considerado para posterior alteração.

Assim traz Betti (*ibidem*):

Só o preceito, como entidade socialmente apreciável, destacado de quem lhe dá vida, é objeto possível de uma subsequente modificação, revogação, confirmação, interpretação autêntica [...], assim como de uma contextual suspensão, ou de uma posterior resolução ou vicissitude extintiva.⁸⁴

Vale dizer, no que tange ao efeito vinculativo do negócio, que o ato de autonomia privada, social e juridicamente, está adstrito à responsabilidade e à liberdade do agente.

O negócio é um acto humano de importância social, e, portanto, fruto de liberdade, de iniciativa consciente. É um acto a cujas consequências, ainda que onerosas, o autor deve submeter-se no mundo social, e, por conseguinte, é fonte de auto-responsabilidade. Liberdade e auto-responsabilidade são termos correlativos, que no mundo social se pressupõem e se evocam alternadamente. Liberdade, ou seja, iniciativa consciente, antes do acto; auto-responsabilidade, ou seja, necessidade de suportar as consequências, depois de realizado o acto vinculativo, sem outro limite e correctivo além da boa-fé. [...] liberdade de criar um regulamento de interesses próprios, nas relações com outros, pondo em acção os mecanismos e os instrumentos que o direito põe à disposição dos indivíduos para esse fim. Por outro lado, uma vez que esses mecanismos e instrumentos hajam sido usados e,

⁸¹ *Idem*, p. 310-311.

⁸² *Idem*, p. 311.

⁸³ Cf. *Idem*, p. 311.

⁸⁴ *Idem*, p. 314.

por assim dizer, postos em movimento, o indivíduo já não é livre de se subtrair às consequências, boas ou más para ele, do seu funcionamento.⁸⁵

Vale ressaltar que o preceito criado pelo e com o conteúdo do negócio é independente da pessoa que o gerou, isto é, sua existência e validade não encontram fundamento no querer interno do agente, em sua psiquê, mas na realidade fático-jurídica criada pelo agente através de uma forma de manifestação objetiva.⁸⁶ A responsabilidade pela emissão do preceito é tal que não se requer uma análise psíquica do agente, subjetiva, e sim uma análise objetiva do comportamento ou da declaração, que servem como limitadores desta responsabilidade, sob uma perspectiva social e legal, isto é, dos costumes negociais como também da disposição normativa que embasa o negócio.

O conteúdo preceptivo do negócio está sujeito à competência dispositiva dos indivíduos, na órbita em que é admitida e circunscrita pela lei; os efeitos jurídicos, pelo contrário, submetidos exclusivamente à disciplina da lei, são reservados à competência normativa desta. Enquanto às partes incumbe a tarefa de organizar o conteúdo do

negócio, configurando-lhe e orientando-lhe o objeto do modo mais conveniente, segundo a sua apreciação, é função da ordem jurídica, e só dela, não das partes, determinar os efeitos jurídicos a atribuir ao negócio.⁸⁷

Vale dizer, há limitações ao poder dispositivo da vontade. Os elementos essenciais – necessários à existência do negócio - e os pressupostos de validade escapam à disposição privada, bem como o tratamento do negócio validamente efetuado. Em outras palavras, a autonomia da vontade encontra limites na estruturação dos negócios jurídicos. Contudo, é impossível negar o papel exercido pela vontade individual, subjetiva, na criação dos negócios. Esse seria o aspecto subjetivo que todo negócio jurídico comporta.

Betti (*ibidem*) enuncia que o *elemento subjetivo do negócio* compreende aspectos da atitude do sujeito que são relevantes juridicamente e atinentes à forma, ao conteúdo, e à causa do negócio.⁸⁸

Primeiramente, à forma corresponde um ato de vontade, e este deve ser voluntário. Deve haver vontade de declaração ou vontade de

dotada de vida própria, comunicável e apreciável no mundo social.” (*Idem*, p. 36)

⁸⁷ *Idem*. p. 168-169.

⁸⁸ *Idem*. p. 318-319.

⁸⁵ *Idem*, p. 316.

⁸⁶ Assim enuncia Betti: “O fenómeno que se nos apresenta na declaração, pode caracterizar-se como uma evasão do pensamento de dentro de nós, uma objectivação, para se tornar expressão

comportamento. Nas palavras do autor: “não basta (...) que o acto seja materialmente realizado: ele deve, também, ser querido como declaração daquela espécie ou como comportamento socialmente relevante perante outros”.⁸⁹

Segundo, em relação ao conteúdo, ao preceito de autonomia privada, este deve corresponder, no agente, à consciência do seu significado e valor.

É preciso que o autor esteja consciente do significado objetivo da declaração emitida, no seu conteúdo total e nos vários elementos de que conta, e se dê conta do específico valor social do comportamento que tem [...].⁹⁰

Essa consciência, é, inclusive, fundamento da autorresponsabilidade do agente.⁹¹

Terceiro, à causa, corresponde a orientação da vontade para um escopo prático, que é uma tomada de posição vinculativa a respeito de certos interesses. Esta se identifica, na maioria das vezes, com a realização da função típica do negócio no caso concreto.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sob a perspectiva da teoria preceptiva de Emilio Betti, todo negócio deve possuir uma forma, um conteúdo e uma causa. A *forma* é uma exigência para que o negócio seja socialmente reconhecível, podendo ocorrer por intermédio de uma declaração ou de um comportamento. A declaração é ato consciente destinado a ser conhecido por outros. Por outro lado, o comportamento esgota seu resultado numa modificação objetiva, no mundo exterior, socialmente reconhecível e relevante. Apesar das diferenças entre declaração e comportamento, não existe negócio sem uma forma que o torne socialmente reconhecível.

No que tange ao conteúdo, este se refere ao teor preceptivo da declaração ou do comportamento. Encontra fundamento na recepção que o ordenamento jurídico fornece ao preceito de autonomia privada, produzindo os efeitos jurídicos correspondentes à sua função econômica e social. O conteúdo preceptivo é delimitado pela consciência social e pela

tutela desta que exista ou não, em nós, a consciência efectiva desse valor vinculativo: o lugar do saber é ocupado pelo dever saber, e a este ónus está ligada, no caso de negligência, uma auto-responsabilidade correlativa, que corresponde à imputação da conduta.” (*Idem*. p. 322-323)

⁸⁹ *Idem*. p. 319.

⁹⁰ *Idem*. p. 319.

⁹¹ “Quando a nossa conduta seja idónea para suscitar nos outros, com quem estamos em relações, a impressão razoável de uma vinculação da nossa parte, e portanto baste para justificar uma expectativa, não é relevante para a

ordem jurídica: estende-se a tudo aquilo cuja expressão ou execução seja necessária, de acordo com a consciência social e a ordem jurídica, para que a declaração ou o comportamento – a forma – possa desempenhar sua função econômico-social, tipicamente designada. O preceito ainda, é independente da vontade interna que o gerou, bem como da pessoa que o exprimiu. É, desse modo, considerado de forma plenamente objetiva. Sem forma e conteúdo, na teoria de Emílio Betti (*ibidem*), o negócio, portanto, não existe.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

AZEVEDO, Fábio de Oliveira de. *Direito civil: introdução e teoria geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 1969.

CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. *Curso de direito civil – parte geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CASTRO, Torquato. *Teoria da situação jurídica em Direito Privado Nacional*. São Paulo: Saraiva, 1985.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

REALE, Miguel. *Visão geral do novo código civil*. In: TAPAI, Giselle de Melo (coord.). *Novo código civil brasileiro: estudo comparativo com o código de 1916*. São Paulo: revista dos Tribunais, 2002.

SANTORO PASSARELLI, Francesco. *Doctrinas generales del derecho civil*. Tradução para o espanhol por A. Luna Serrano. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1964.

TEPEDINO, Gustavo e SCHREIBER, Anderson. *A Boa-Fé Objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil*. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *A Parte Geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

**ADOÇÃO HOMOPARENTAL NO
CONTEXTO SOCIAL
BRASILEIRO**

**HOMOPARENTAL ADOPTION IN
BRAZILIAN SOCIAL CONTEXT**

Glicia Édeni de Lima Teixeira¹

Fernando Menezes Lima²

RESUMO

O presente artigo acadêmico avalia diferentes implicações sociais e jurídicas acerca da adoção de menores por famílias homoafetivas no Brasil. A adoção por pais ou mães *gays* deveria ser um tema amplamente discutido em sociedade por ser uma forte tendência nos últimos tempos, entretanto, esta é uma das pautas sociais que mais se negligencia no Brasil contemporâneo. Este trabalho objetiva compreender quais as principais causas e consequências sociais dos preconceitos sofridos por famílias constituídas por pais ou mães de mesmo sexo que se dispõem a adotar crianças e adolescentes no Brasil. De caráter qualitativo, o artigo e desenvolveu-se a partir de uma abordagem dedutiva e de métodos procedimentais monográfico e comparativo. Sabe-se que, apesar da resistência social a respeito da constituição ou expansão de famílias homoafetivas, não há em nossa legislação qualquer óbice na adoção por pares ou indivíduos homoafetivos. Em vez disso, entende-se que todos possuem os mesmos direitos constitucionais, o que inclui, dentre outros, a dignidade da pessoa humana e o direito à afetividade. Segundo a legislação brasileira atual, todos possuem direito ao afeto, bem como à livre constituição e ao pertencimento familiar, sem qualquer

juízo discriminatório. Desta maneira, os requisitos legais necessários ao processo de adoção não podem discriminar os candidatos a pais e mães adotantes apenas por sua sexualidade. Para que tal condição de equidade social seja efetivada, é necessário que a sociedade abra mão de seus prejulgamentos e preconceitos a respeito das pessoas e famílias homoafetivas, que são também dignas de pleno respeito e proteção constitucional.

Palavras-chave: adoção homoafetiva. famílias homoparentais. preconceito homoafetivo.

ABSTRACT

This paper intends to evaluate the main social and legal implications concerning the adoption of minors by homosexual Brazilian families. In fact, adoption by gay parents should be widely discussed because it is a strong social tendency but ironically this is one of the most neglected social behaviors in contemporary Brazil. This article aims to understand the main causes and social consequences of the prejudices suffered by same-sex parents willing to adopt children and teenagers in Brazil.

This article has a qualitative character and develops from a deductive, monographic and comparative methodological approach. Despite social resistance to the constitution or expansion of gay families, there is no obstacle in our legislation to adoption by homosexual couples or individuals. Instead, we all have the same constitutional rights, which includes the dignity of the human person and the right to affection. According to current Brazilian legislation, everyone has the right to affection, as well as the freedom to constitute their own family, with no discriminatory judgment. Following this reasoning, the legal requirements for the adoption process cannot discriminate

the potential adoptive parents considering only their sexuality. In order to achieve justice and equity, society must rid itself of its judgments and prejudices regarding individuals and homosexual families, which are also worthy of respect and constitutional protection.

Keywords: *homosexual adoption. homosexual families. homosexual prejudice.*

¹ Discente do curso de Direito da Universidade Regional do Cariri – URCA.

² Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad Del Museo Social Argentino – UMSA, professor auxiliar do curso de Direito da Universidade Regional do Cariri – URCA e pesquisador no GEDHUF/URCA (CNPq) na linha de pesquisa da Efetividade dos Direitos Humanos Fundamentais, Direito das Famílias e Educação em Direitos Humanos.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo busca explorar diferentes implicações no que diz respeito ao procedimento de adoção de menores no Brasil por parte de famílias homoparentais. Sabe-se que o instituto jurídico da adoção tem como finalidade transferir os direitos e deveres de uma família natural para um núcleo familiar substituto, que possa garantir condições favoráveis de vida e de desenvolvimento social ao menor adotando.

A adoção intentada ou legalmente efetivada por indivíduos homoafetivos constitui relevante

fenômeno social que deve ser discutido aberta e urgentemente pela sociedade brasileira, apesar de ser permeada por inúmeros tabus e despertar acaloradas e polêmicas discussões. De fato, a legislação nacional não impede que casais homoafetivos constituam suas próprias famílias ou que se coloquem como candidatos a pais e mães adotivos, entretanto, há grande resistência e preconceito coletivos em desfavor desta possibilidade jurídica.

Este trabalho investiga dispositivos legais, bem como os possíveis motivos e as principais implicações do preconceito social enfrentado por famílias homoafetivas no Brasil. Sua relevância busca justificativa no preceito constitucional de que todos possuem direito à afetividade e à constituição familiar segundo suas próprias orientações e íntimas convicções. Tais liberdades afetivas, naturalmente inerentes a cada indivíduo, são legalmente resguardadas pelo Estado e devem ser acessíveis a todos, independentemente de quaisquer possíveis intervenções por parte da sociedade.

2. OBJETIVOS

O artigo em questão tem como objetivo geral a observação de determinados aspectos do procedimento de adoção homoparental no Brasil contemporâneo. Como objetivos específicos, elencaram-se: apontar a evolução do procedimento legal de adoção de menores segundo a legislação brasileira; avaliar possíveis entraves legais para a adoção homoafetiva no Brasil; e investigar determinados fatores sociais capazes de influenciar no processo de adoção homoparental no país.

3. METODOLOGIA

Este trabalho utilizou o método de pesquisa descritiva e tem por finalidade analisar os fatores capazes de influenciar o procedimento de adoção homoparental no Brasil. A pesquisa partiu de uma revisão bibliográfica composta pelos principais autores e juristas da área e tem por base estudos de autores como Sílvio de Salvo Venosa, Maria Helena Diniz e Maria Berenice Dias.

Enquanto objetos empíricos, foram utilizados dados de levantamentos feitos pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), além de textos legais relacionados e julgamentos proferidos a respeito do tema.

De caráter essencialmente qualitativo, o estudo possui ênfase na investigação documental e observação de dados fornecidos por entidades governamentais a respeito das tendências de constituição familiar homoafetiva brasileira nos últimos anos.

4. REFERENCIAL TEÓRICO

4.1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO DE FAMÍLIA

Muitas são as definições na literatura jurídica que intentam definir e elucidar os princípios gerais de Direito. Estes constituem verdadeira base das normas legais e podem estar implícitos ou explícitos em nosso ordenamento jurídico. Os preceitos gerais do Direito objetivam estabilizar as relações em sociedade, além de orientar a interpretação normativa pátria de um modo geral. Segundo Reale (2002), princípios são "verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a cada porção de realidade".

O Direito de família representa uma subdivisão do Direito Civil, naturalmente dotado de características peculiares. Segundo Venosa (2005) este é "integrado pelo conjunto de normas que regulam as relações jurídicas

familiares, orientado por elevados interesses morais e bem-estar social”. Os princípios do Direito de família constituem rol exemplificativo, pois a intensa dinâmica social exige que as elaborações de normas legais e as decisões jurídicas adequem-se constantemente aos mais diversos casos concretos observados no cotidiano comunitário.

Uma sociedade tradicional costuma considerar a mulher como um verdadeiro peso para a família e um ser inferior ao homem, ao qual deve sua incondicional submissão. Neste modelo de comunidade, o casamento representa muitas vezes um ato político e social com fins exclusivos de unir sobrenomes em prol da continuidade destes. Aqui, apenas os herdeiros do sexo masculino e também considerados como legítimos possuem o poder de decisão, não apenas sobre o patrimônio da família, mas inclusive sobre os membros que compõem o seu clã.

Desta maneira, o organismo familiar em nossa sociedade permanece tradicionalmente concebido como o compromisso firmado entre homem e mulher sob as bênçãos do matrimônio civil ou religioso, geralmente de cunho cristão. Este modelo de família patriarcal burguesa impôs um padrão idealizado de relacionamentos a fim de controlar as

relações afetivas de seus membros e impor determinados paradigmas como únicos modelos aceitáveis de comportamento.

Assim, Dias (2016) define família como “uma construção social organizada através de regras culturalmente elaboradas que conformam modelos de comportamento”. A jurista afirma ainda que um organismo familiar

dispõe de estruturação psíquica na qual todos ocupam um lugar, possuem uma função - lugar do pai, lugar da mãe, lugar dos filhos - sem, entretanto, estarem necessariamente ligados biologicamente.

Sob esta perspectiva, o ordenamento jurídico pátrio deve evoluir de modo a acompanhar a dinâmica das transformações sociais, fazendo-se necessário que o Direito Civil contemple as formações próprias e singulares dos mais diversos grupos familiares, de forma a resguardá-los em seus interesses perante a comunidade em que estes encontram-se inseridos. Ainda de acordo com este raciocínio, Engels (2017) defende que “a família deve progredir na medida em que progrida a sociedade, que deve modificar-se na medida em que a sociedade se modifique; como sucedeu até agora. A família é produto do sistema social e refletirá o estado de cultura desse sistema”.

Neste ínterim, a legislação brasileira passou a assegurar aos filhos concebidos fora do matrimônio os mesmos direitos e garantias dispostos àqueles que eram considerados como filhos legítimos. Expressões discriminatórias utilizadas popularmente, como filho bastardo, incestuoso ou adúltero também tiveram seu uso abominado. A evolução legislativa pátria também cunhou o princípio legal da igualdade e isonomia dos filhos, o que inclui aqueles inseridos no seio familiar por meio do instituto da adoção, bem como indivíduos gerados com a utilização de técnicas de inseminação artificial, por exemplo.

A respeito dos princípios do Direito de família contemplados no sistema jurídico nacional, destaca-se o da dignidade da pessoa humana, positivado no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988. Tal preceito encontra-se diretamente vinculado ao direito legal à afetividade - que não está explicitamente sancionado em nosso ordenamento positivo, mas se depreende da união de outros princípios, como por exemplo, as orientações legais de proteção da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar.

O princípio do pluralismo das entidades familiares está protegido pelos artigos 226, § 5º, da Constituição

Federal, e 1.511 do Código Civil de 2002. Tal mandamento encontra-se intimamente interligado ao imperativo da igualdade e isonomia dos filhos (art. 227, § 6º, da Constituição Federal de 1988, e art. 1.596 do Código Civil de 2002). O par de artigos citados entre parênteses possui a mesma redação, qual seja: “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

O melhor interesse da criança e do adolescente é princípio que se infere do art. 227, caput, da Constituição Federal de 1988, e arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil de 2002. Trata-se de uma orientação ampla e abstrata e que não está literalmente prevista no ordenamento jurídico pátrio. A respeito deste tema, o Estatuto Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) preconiza em seu art. 3º que:

a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

A orientação legal sobre a solidariedade familiar (Constituição Federal de 1988 art. 3º, inc. I) possui duas vertentes. A primeira diz respeito ao relacionamento íntimo entre os membros de uma família, uma vez que entre eles deve haver compreensão e respeito mútuos. A segunda dimensão deste princípio apregoa que os núcleos familiares devem manter um convívio equilibrado e responsável na sociedade na qual estão inseridos.

O preceito da proteção integral a crianças, adolescentes, jovens e idosos está intrinsecamente relacionado a indivíduos que não possuem integral autonomia para agir ou para proteger próprios. A esse respeito, o artigo 227 do texto constitucional defende que a família, a sociedade e o Estado possuem o dever de assegurar com absoluta prioridade à criança, ao adolescente e ao jovem:

o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A Lei nº 9.263/96 trata sobre os temas da paternidade responsável e do planejamento familiar - importantes questões sociais e de saúde pública em

âmbito nacional. O artigo 2º desta lei ordinária define planejamento familiar como “o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”.

Na observância deste princípio da paternidade responsável e do planejamento familiar, cabem diversas ações governamentais de conscientização populacional, que podem abranger desde a gratuita distribuição de preservativos, até o controle sobre questões de concepção e do quantitativo de filhos a serem gerados e/ou acolhidos por cada família.

4.2 ASPECTOS GERAIS DA ADOÇÃO

A constituição familiar enfrentou significativas transformações na esfera mundial no decorrer dos séculos XIX e XX. Diferentes contextos sociais impulsionaram mudanças comportamentais significativas, a exemplo de fenômenos sociopolíticos e econômicos, que acabaram por refletir inclusive nos arcabouços afetivos construídos pela sociedade.

Dentre estas transformações comportamentais vivenciadas de maneira coletiva, merece destaque a eclosão dos movimentos feministas em

sua luta por igualdade e pela liberdade das mulheres. Tais grupos possuem grande responsabilidade no processo de ampliação do conceito de família, uma vez que encorajou a contestação de modelos comportamentais sexistas há muito preestabelecidos.

A revolução feminista estimulou a alteração do padrão de organização familiar considerado tradicional ao levantar bandeiras de causas que passaram a ser vistas como direitos inerentes às mulheres e que até então lhes eram amplamente negados, como a decisão sobre o próprio corpo ou mesmo a opção pela não constituição de família.

Seguindo este viés revolucionário de conduta, a sociedade gradualmente adquiriu mais liberdade para estabelecer seus próprios vínculos familiares. Um diploma legal, por si, é incapaz de determinar ou impor determinados padrões de comportamentos, bem como é impotente em controlar a íntima constituição dos laços afetivos nos mais diversos casos particulares.

Dentre as possibilidades de constituição e ampliação do núcleo familiar, destaca-se o instituto da adoção de crianças e adolescentes. Este ato foi largamente observado em todos os momentos históricos da humanidade, pois todas as eras e agrupamentos culturais presenciaram a concepção de

filhos indesejados ou rejeitados por seus pais biológicos. Sob o ponto de vista jurídico, a adoção consiste em procedimento legal capaz de transferir direitos e deveres dos genitores para um núcleo familiar substituto. Diniz (2014) doutrina que este é:

(...) ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que geralmente, lhe é estranha.

O instituto da adoção visa garantir aos adotandos idênticos deveres e prerrogativas inerentes aos filhos biológicos. A finalidade é assegurar ao menor os elementos fundamentais ao seu adequado desenvolvimento, como a saudável convivência familiar e o acesso à educação e à dignidade, por exemplo. Vale salientar, porém, que a adoção deve realizar-se apenas como o último recurso legal cabível, o que significa dizer que só deve ser efetivada quando inviável ou impossível a convivência da criança ou adolescente com seu grupo familiar originário.

O Código Civil de 1916 estabeleceu pela primeira vez no ordenamento pátrio nacional - ainda de forma revogável - o instituto da adoção. Este, atualmente, consiste em ato irrevogável, mas para

tanto, a legislação determina que haja um período de convivência entre o menor e sua pretensa família substituta. A autoridade judiciária determina um prazo de duração para esta espécie de estágio conforme as peculiaridades de cada caso concreto.

Os diplomas jurídicos nacionais que tratam especificamente do assunto são o Estatuto da Criança e do Adolescente, dos artigos 39 ao 52, o Código de Direito Civil, artigos 1.618 ao 1.629, além da Nova Lei de adoção, de número 12.010/09. Tal procedimento deve ser tutelado pelo Estado, ao qual incumbe assegurar o respeito ao melhor interesse da criança e do adolescente, dentre outros princípios garantidos legalmente aos adotandos.

Dias (2016) ressalta algumas dificuldades encaradas por famílias e indivíduos dispostos a adotar no Brasil. A autora cita que comumente as crianças albergadas tornam-se “inadotáveis”, visto que a maioria dos adotantes demonstra preferência por bebês ou crianças menores, situação agravada pela morosidade que usualmente dita o ritmo em que tramitam estes processos – um preocupante entrave existente nos procedimentos de adoção.

O Estatuto da Criança e do Adolescente garante prioridade no que concerne às causas que envolvam adoção

de crianças e adolescentes, no entanto, dados divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça indicam que este tratamento preferencial não tem sido suficiente para encaminhar menores aos seus devidos lares substitutos.

Neste sentido, o CNJ aponta que em 2018 havia 8,7 mil crianças e adolescentes brasileiros aguardando por uma família adotiva - número contrastante com os mais de 43 mil pretendentes a adotantes inscritos até este mesmo ano no Cadastro Nacional de Adoção. Ainda segundo o órgão, foram efetivadas 9 mil adoções no Brasil entre os anos de 2008 e 2018, proporção flagrantemente menor que o contingente ideal ao longo de uma década em um país que possui atualmente mais de 200 milhões de habitantes.

4.3 IMPLICAÇÕES E DESAFIOS NA ADOÇÃO POR CASAS HOMOAFETIVOS NO BRASIL

O Estatuto da Criança e do adolescente preceitua em seu artigo 42, *caput* que "podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil." Este diploma legal determina, dentre outras condições para a adoção, que o adotante seja pelo menos 16 anos mais velho que o adotado (art. 42 § 3º).

Além disso, verifica-se que não há restrição na legislação brasileira a respeito da orientação afetivo-sexual dos adotantes, pois segundo o art. 5º da Constituição Federal de 1988, somos todos "iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...)", seja esta religiosa, material, étnica ou comportamental, dentre outras possibilidades.

Um instrumento jurídico amplamente utilizado na constituição das famílias brasileiras é o instituto da união estável, que encontra amparo legal no artigo 1.723 do Código Civil e no artigo 226, parágrafo terceiro da Constituição Federal de 1988. Em maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal equiparou a união estável homoafetiva à união legal heteronormativa e decidiu, por unanimidade, que a união estável entre casais do mesmo sexo deve ser tratada efetivamente como entidade familiar. Na ocasião, o Ministro Luiz Fux proferiu que:

O que faz uma família é, sobretudo, o amor – não a mera afeição entre os indivíduos, mas o verdadeiro amor familiar, que estabelece relações de afeto, assistência e suporte recíprocos entre os integrantes do grupo. O que faz uma família é a comunhão, a existência de um projeto coletivo, permanente e duradouro de vida em comum. O que faz uma família é a identidade, a certeza de seus integrantes quanto à

existência de um vínculo inquebrantável que os une e que os identifica uns perante os outros e cada um deles perante a sociedade. Presentes esses três requisitos, tem-se uma família, incidindo, com isso, a respectiva proteção Constitucional.

Em março de 2015 o STF proferiu decisão inédita sobre a temática da adoção homoafetiva, pois concedeu o direito de adoção a um casal de mesmo sexo. De fato, a garantia à paternidade ou à maternidade ampara-se no próprio direito de personalidade, motivo suficiente para que não se negue aos indivíduos homoafetivos a prerrogativa da livre constituição de seus próprios núcleos familiares.

A função parental não está relacionada à sexualidade dos indivíduos, mas à maneira pela qual os indivíduos dispõem das práticas de poder e hierarquia com os filhos. Indivíduos homoparentais devem ser avaliados, como quaisquer outros, por sua competência na imposição de limites e disciplina à sua prole, bem como por sua capacidade afetiva e de tomada de decisões que visem prioritariamente ao bem-estar destes. Segundo Dias (2016):

não é possível excluir o direito à paternidade e à maternidade, em face da preferência sexual de alguém, sob pena de infringir-se o mais sagrado cânone do respeito à dignidade humana, que se sintetiza no princípio da igualdade e na

vedação de tratamento discriminatório de qualquer ordem.

O que acontece na prática, entretanto, é que a sociedade tende a colocar em segundo plano o bem-estar e a felicidade de um casal de mesmo sexo disponível a adotar. Desta forma, é mitigada a oportunidade de inserção de uma criança ou adolescente no seio de uma família, pois a coletividade, de um modo geral, prioriza paradigmas sociais pré-fixados que devem ser reconsiderados com a evolução dos tempos.

No que diz respeito à resistência social quanto ao tema, acredita-se que a ampla divulgação e a oportunização de acesso a informações com bases científicas sobre este assunto sejam capazes de mitigar o preconceito sofrido por famílias homoparentais no seio da sociedade brasileira.

Neste sentido, o IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia Estatística) apontou que entre os anos de 2016 e 2017, o número de casamentos entre pessoas do mesmo sexo no país cresceu em 10%. Ainda de acordo com esta pesquisa, divulgada em outubro de 2018, este incremento nas uniões homoafetivas representa um aumento de 5.354 para 5.887 nas uniões civis oficializadas no país.

De fato, a procura por adoção de crianças e adolescentes por parte de casais homoafetivos ganhou maiores proporções nos últimos anos, entretanto, observa-se a resistência social a respeito do reconhecimento da legitimidade da adoção nestes núcleos familiares. A este respeito, sabe-se que conceitos morais particulares fogem do viés da legalidade, visto que se sustentam em concepções individuais de comportamento e fundam-se em noções de senso comum, especialmente em idealismos religiosos.

Na contramão de manifestações preconceituosas sobre este tema, a ciência costuma defender a ideia de que o indivíduo homoafetivo não sofre necessariamente com desvios psicológicos ou de caráter. A respeito da homossexualidade, o ilustre psicanalista austríaco Sigmund Freud escreveu certa vez que:

não há vícios, não há degradação; isso não pode ser classificado como uma doença; consideramos como uma variação da função sexual (...). Muitos indivíduos altamente respeitáveis da antiguidade e também dos tempos modernos foram homossexuais, diversos homens grandiosos.

Apesar da evolução da sociedade sob os mais diversos aspectos, a luta enfrentada por casais homoafetivos adotantes no Brasil mostra-se intensa, uma vez que o preconceito vitimiza inclusive as crianças e adolescentes que

necessitam deste amparo afetivo. Comumente se relata que estes menores acolhidos em lares homoafetivos sofrem *bullying* e isolamento em ambientes familiares e escolares.

Estas situações de preconceito social em torno das famílias homoafetivas devem ser combatidas, pois são capazes de fomentar o desenvolvimento de problemas psíquicos nos menores disponíveis para adoção, a exemplo da depressão, situação agravada pelo fato de que estes indivíduos se encontram naturalmente fragilizados devido às suas condições prévias de sofrimento e abandono parental.

4.4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A adoção por famílias homoparentais mostra-se um tema polêmico da atualidade, que não se pretende esgotar nas páginas deste breve artigo. Ao contrário, este trabalho foi produzido com o intuito de incentivar a reflexão e o debate a respeito desta temática.

Entende-se que a adoção por pais ou mães homoafetivos deveria ser um tema amplamente discutido em sociedade, mas ironicamente, esta é uma

das pautas sociais que mais se negligencia no Brasil contemporâneo.

Sabe-se que os relacionamentos homoeróticos foram tratados sob diferentes pontos de vista ao longo dos tempos: na antiguidade clássica - em civilizações como a grega antiga - as práticas homossexuais eram tidas como naturais e até mesmo encorajadas entre os homens. De uma forma geral, o preconceito acerca da homossexualidade fortaleceu-se com o crescimento do cristianismo, o qual condena as relações de cunho erótico entre indivíduos de mesmo sexo.

De fato, notáveis avanços marcaram o instituto jurídico da adoção desde a sua tutela na legislação pátria com o Código Civil de 1916. Em seus primórdios legais no Brasil, a adoção possuía caráter de mero contrato social, de forma que os filhos aceitos por meio de prática adotiva eram naturalmente discriminados em relação aos descendentes biológicos da família adotante.

Esta diferenciação sobre os filhos acolhidos de forma não natural configurava-se como uma prática socialmente tolerável. Em seus primórdios, a adoção no Brasil não perpassava por laços afetivos: sua finalidade era permitir que famílias ricas utilizassem de piedade em favor de

pessoas materialmente carentes, além de prover mão-de-obra barata e sem regularização no âmbito dos clãs sociais mais abastados.

Apesar do preconceito social que circunda a temática da adoção homoparental, percebem-se os tímidos avanços legais a este respeito na legislação pátria. Apesar da resistência social acerca da constituição ou expansão de famílias homoafetivas, não há em nossa legislação qualquer óbice à adoção por pares ou indivíduos homossexuais.

Desta forma, a lei brasileira não proíbe que indivíduos homoafetivos adotem, embora estes casos venham sendo decididos individualmente nos tribunais, como medidas excepcionais.

Esta perspectiva de decisões individualizadas é prejudicial aos interessados nesta matéria por alguns motivos, tais como: as famílias e os menores envolvidos costumam esperar muito além do tempo razoável por uma decisão judicial. Some-se a isso o fato de que, se as sentenças proferidas são individualizadas, não há como se elaborar jurisprudência e uniformizar um entendimento único a respeito do tema.

Segundo a legislação brasileira atual, todos possuem as mesmas garantias constitucionais, o que inclui, dentre outros direitos, a dignidade da

pessoa da humana e o acesso à afetividade. De acordo com este raciocínio, os requisitos legais necessários ao processo de adoção não podem utilizar a sexualidade dos candidatos a pais e mães adotantes de forma exclusiva.

De fato, não há um padrão ideal de família, como não há um comportamento sexual correto, capaz de excluir todos os outros como sendo reprováveis ou depravados. Se por um lado, há crianças ou adolescentes que aguardam por adoção e necessitam de amparo, afeto e segurança emocional, por outro lado, há adultos disponíveis e aptos a serem pais e mães substitutos, mas que veem seus sonhos de constituição familiar serem frustrados por motivos de discriminação sexual.

Segundo a legislação brasileira atual, todos possuem o direito ao afeto, bem como à constituição ou ao pertencimento familiar, sem qualquer julgamento discriminatório. Para que tal condição seja efetivada, é necessário que a sociedade abra mão de seus prejulgamentos e preconceitos sem base científica a respeito das pessoas e famílias homoafetivas, que são também dignas de total respeito e proteção constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição, 1988. *Constituição: República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. *Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Estatuto da criança e do adolescente: Lei federal nº 8069, de 13 de julho de 1990*. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 2002.

_____. Lei 12.010, de 03 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm>. Acesso em 24 de dez. de 2018.

_____. Lei 9.263, de 12 de janeiro de 1996. In: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm> Acesso em 24 de dez. de 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Dia da adoção: 8,7 mil crianças à espera de uma família*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86909-dia-da-adocao-8-7-mil-criancas-a-espera-de-uma-familia-no-cadastro-nacional-do-cnj>>. Acesso em 24 de dez. de 2018.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das famílias* [livro eletrônico] 4ª ed. São Paulo. Editora Revista dos tribunais, 2016.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro: Direito de Família*. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ENGELS, Friedrich. *Origem da família, da propriedade privada e do Estado*. [livro eletrônico] 1ª ed. Rio de Janeiro: BestBolso, 2017.

FREUD, Sigmund. *Amor, sexualidade, feminilidade*. Tradução: Maria Rita Salzano Moraes. Belo Horizonte: 1ª ed. Autêntica Editora, 2018.

IBGE. *Estatísticas do registro civil 2017*. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2017_v44_informativo.pdf> Publicado em: 31 de out. de 2018. Acesso em 22 de dez. de 2018.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

STF. ADI 4.277 / DF. Relator: Ministro Luiz Fux. DJ. 05/05/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277LF.pdf>>. Acesso em: 14 de nov. de 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 5ª ed. Rev. Atual. São Paulo: Atlas, 2005.

FEITO DO SERVIÇO
FUNERÁRIO: DANO ESTÉTICO
AO CADÁVER ENTREGUE PARA
VELÓRIO SOB A ÓTICA DOS
DIREITOS DA PERSONALIDADE
E DO CÓDIGO DE DEFESA DO
CONSUMIDOR

Ivan de Oliveira Durães⁹²



Velório da Noiva, 1974. Maria Auxiliadora da Silva. Guache e massa de poliéster sobre tela⁹³.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo discutir o que denominamos defeito dos serviços funerários, provocado por dano

estético ao cadáver e o consequente aviltamento de sua memória no rito do velório. Defendeu-se a tese de que o cadáver, enquanto representação da pessoa humana, é destinatário de direitos da personalidade e, como tal, tem o direito de ser exposto ao velório de maneira digna, com a garantia de sua boa apresentação estética nesse antigo ritual de despedida.

Palavras-chave: Cadáver. Dano estético. Responsabilidade civil. Direito da personalidade. Código de Defesa do Consumidor.

ABSTRACT

This article has the aim to discuss what is called defect of funeral services, caused by aesthetic damage to the corpse and the consequent debasement of its memory in the ritual of the funeral. The thesis defends that the corpse, as a

⁹² 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. Doutor e Mestre em Direito. Mestre em Ciências da Religião. Bacharel em Direito, Filosofia e Teologia. Atuação como professor em Cursos de graduação, especialização, mestrado e doutorado em Direito e em outras áreas do conhecimento, com destaque para Ciências da Religião e Filosofia. Autor de dezenas de livros.

⁹³ Foto do acervo pessoal do autor, capturada em exposição no Museu de Arte de São Paulo – MASP, em 17.03.2019. Maria Auxiliadora da Silva, pintora engajada na defesa dos vulneráveis, trabalhou como empregada doméstica para contribuir com o sustento

material dos seus 18 irmãos. Começou a pintar aos 32 anos, participando de discussões sobre cultura e resistência afro. Alcançou reconhecimento internacional, em exposições nos Alemanha, Estados Unidos, França e Suíça. Tornou-se conhecida pelos seus autorretratos em que aparece sendo velada com vestido de noiva. Morreu de câncer aos 39 anos. Fica aqui nossa homenagem a essa artista brasileira de notável talento. Por meio deste destaque, este autor presta respeitosa homenagem à Maria Auxiliadora da Silva que, por meio da pintura, conquistou um lugar de honra na memória de todos aqueles que não se rendem diante das adversidades. Maria Auxiliadora Silva, ao lado dos grandes mestres universais da pintura, vive por meio de sua arte!

representation of the human person, is the recipient of personality rights and, such as, has the right to be exposed to the wake in a dignified manner, with the guarantee of its good aesthetic presentation in this ancient farewell ritual.

Keywords: *Cadaver. Aesthetic damage. Civil responsibility. Right of personality. Consumer protection code.*

1. INTRODUÇÃO

Os pesquisadores e práticos do Direito devem reservar espaço em suas atividades jurídicas para refletir a respeito do sofrimento humano. A mera tristeza ou, ainda, a mais profunda angústia existencial não pode passar ao largo do Direito, visto que este, além de estar presente nos fatos corriqueiros do cotidiano humano, também figura nos momentos limítrofes da vida. Nem mesmo a morte e as suas consequências escapam ao crivo do Direito. Desse modo, a sensibilidade de lidar com esse conjunto de imanências e transcendências merece atento cuidado

daqueles que lidam com o fenômeno jurídico⁹⁴.

Nos contornos acima invocados, o presente artigo ocupa-se com o cuidado estético que os fornecedores de produtos e serviços funerários devem ter com o cadáver apresentado para o ritual de despedida, o velório. Diante disso, apresenta-se a tese de que o cadáver, enquanto representação física do finado, é destinatário de direitos da personalidade, devendo ser condignamente acondicionado na urna funerária para a sua derradeira apresentação pública.

Demonstrou-se a incidência de relação de consumo nos serviços funerários, permitindo-se a aplicação do Código de Defesa do Consumidor para alimentar a busca da reparação do dano estético no cadáver. Ao longo deste artigo, o leitor observará a necessidade do estabelecimento do diálogo das fontes normativas⁹⁵ em defesa da digna apresentação do cadáver no rito fúnebre do velório.

Espera-se que esta pesquisa tenha força para demonstrar que a dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade não se esgotam com a

⁹⁴ Conf. SILVA, Ivan de Oliveira. *Curso de Lógica Geral e Jurídica*. São Paulo: Atlas, 2009.

⁹⁵ A respeito do que se convencionou denominar diálogo das fontes, vide: MARQUES, Cláudia

Lima (Coord.). *Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

morte, abrindo-se a oportunidade da compreensão de que a violação dos valores estéticos do *cujus*, imposta ao seu corpo-morto, seja objeto da competente reparação de danos decorrentes do aviltamento de sua memória.

O problema de pesquisa deste artigo científico cinge-se nos seguintes questionamentos: em qual medida é possível sustentar o direito de preservação da estética do cadáver em seu velório e quais as consequências da violação desse direito? Diante desse duplo questionamento, a pesquisa seguiu pela hipótese de que mesmo diante do evento morte, a pessoa humana ainda continua destinatária de direitos da personalidade, notadamente daqueles atrelados à preservação de sua boa memória entre os vivos, sendo este um direito indisponível.

2. VELÓRIO: ANTIGO RITO DE DESPEDIDA

O velório diz respeito a um ritual fúnebre há muito praticado entre os povos. Breve ou prolongado, faz ele

parte do luto e nele se manifesta. A literatura, secular ou sacra, é bastante pródiga em registrar peculiaridades do antigo rito de despedida. Após cuidadosa investigação, destaca Hertz que a morte diz respeito a um significativo evento social, inaugurando um processo cerimonial representativo de homenagens ao finado⁹⁶. Desse modo, o velório apresenta-se como um rito de passagem para os vivos que, coletivamente, agasalham o luto em atos de celebração da vida, por meio do reconhecimento de sua finitude. Mas, isso não retira do luto um espaço para sofrimento e angústia, pois no velório há pranto e, por vezes, desesperança.

No fato morte, em todas as manifestações culturais, “a família e seu círculo social respondem de maneira estruturada com base nos sentidos compartilhados pelo grupo”⁹⁷. Em função disso, “as referências culturais determinam os cuidados com o corpo e seu destino, além da configuração e prescrição de normas para o período de luto”⁹⁸.

Entre os gregos, na lavra de Homero, tem-se a fantástica narrativa do

⁹⁶ HERTZ, Robert. *Death and the Right Hand*. Routledge, Londres, 2008.

⁹⁷ MENEZES, Rachel Aisengart; GOMES, Edlaine de Campo. “*Seu Funeral, sua Escolha*”: rituais fúnebres na

contemporaneidade. *Revista de Antropologia*. São Paulo: USP, 2011, V. 54 Nº 1, p. 91.

⁹⁸ *Ibidem*.

momento em que o monarca Príamo, entre os beijos nas mãos do vingativo Aquiles, requisita o cadáver de seu filho Heitor, herdeiro natural do reino de Tróia, há pouco morto pelo destinatário da súplica. Em atenção ao pedido do enlutado Príamo, Aquiles providenciou os seguintes cuidados rituais: i) remoção do corpo para local reservado, cessando-se a ignomínia que outrora fora ele exposto como troféu de batalha, apaziguando a dor de Príamo; ii) determinação para que os empregados lavassem e ungissem o corpo que jazia deteriorando no acampamento; iii) acondicionamento cauteloso do corpo em uma carruagem para transporte; iv) concessão de armistício de doze dias para que os ritos fúnebres fossem cumpridos no tempo e conforme o estilo da cultura em que o finado estava inserido⁹⁹. Na narrativa, observa-se que Príamo, além de perseguir o direito à despedida dos familiares do finado Heitor, também estava preocupado em permitir o rito público do luto, com exposição do corpo aos troianos para o *pranteamento* coletivo.

⁹⁹ HOMERO. *Iliada*. Trad. Manoel Odorico Mendes. Lisboa: Typographia Guttemberg, 1874, canto XIV, p. 428 e ss.

¹⁰⁰ Fixamos no cabeçalho deste artigo a imagem do quadro *Velório da Noiva* de autoria de Maria Auxiliadora da Silva. Na gravura, entre outros detalhes, é possível observarmos uma clara representação do

Não raro, no Brasil o rito de despedida elementar, denominado velório, ocorre em locais públicos (por vezes, na própria casa do finado) em que o corpo é acomodado numa urna funerária, popularmente denominada caixão, com os braços cruzados. Parentes e amigos pranteiam a sua passagem, em momento anterior ao sepultamento ou cremação. A depender da condição econômica do morto e de sua família, esse rito fúnebre é acompanhado de um *buffet*. Ao lado do caixão, ornamentado com flores, costuma-se acondicionar cadeiras para os parentes mais próximos sentarem-se e receberem os cumprimentos de todos¹⁰⁰. O ritual do velório, costuma durar, no máximo, 12 horas.

Ainda na realidade nacional, à vista do caixão, os presentes no velório permanecem cabisbaixos, trocando palavras monossilábicas de consolo mútuo. Não é muito comum que se levantem discursos em homenagem ao morto, como ocorrem noutras culturas. As famílias de tradição cristã, em momentos próximos ao sepultamento,

velório. Tem-se, na imagem, o caixão em destaque, com os enlutados pranteando a morte da finada. É possível perceber também a cadeira próxima à urna funerária, as crianças participando do rito (para que assim se garanta a sua continuidade nas gerações futuras) e, ainda, uma pessoa servindo bebida aos presentes.

após cantarem hinos com temáticas ligadas à esperança e superação da morte, abrem espaço para que os líderes de suas agremiações religiosas façam sermões de consolo aos presentes, com rigoroso destaque à vida além-túmulo. Não raro, alguns pregadores¹⁰¹, especialmente os de vertente pentecostal, aproveitam seu espaço no velório para fazer proselitismo religioso.

3. A RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO FUNERÁRIA

O Código de Defesa do Consumidor será aplicado aos negócios jurídicos somente quando se constituir o que se denomina relação jurídica de consumo. Este fenômeno se concretiza com a observância dos seguintes elementos: consumidor, fornecedor, produtos ou serviços. Ausente um deles, não há que se falar em relação jurídica de consumo, escapando o negócio jurídico da incidência do CDC. Mas, convém ressaltar que a aplicação do referido

Estatuto Normativo, não exclui a aplicação de outras normas para enfrentamento do conjunto de disposições jurídicas decorrentes do negócio jurídico entabulado entre consumidores e fornecedores.

A configuração de uma sociedade de consumo¹⁰², com sua idiossincrasia e problemáticas, exige do pesquisador e prático do direito um olhar atento às novas exigências que a realidade lhes impõe, visto que não é possível que, em pleno século XXI, o fenômeno jurídico seja interpretado com olhares simplistas e ingênuos¹⁰³.

3.1. A FIGURA DO FORNECEDOR FUNERÁRIO

Por força do Código de Defesa do Consumidor, no *caput*¹⁰⁴ de seu artigo 3º, os fornecedores são compreendidos como quaisquer pessoas que, de fato e de direito, ofereçam produtos e serviços no

¹⁰¹ *Pregador*: termo bastante utilizado, entre os cristãos de influência pentecostal, para denominar o indivíduo que toma a palavra diante dos presentes para proferir o sermão.

¹⁰² Acerca da dinâmica da sociedade de consumo, vide: BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

¹⁰³ A respeito dos desafios da sociedade de consumo, vale leitura de BAUMAN, Zygmunt. *A Ética é Possível num Mundo de Consumidores?*

Trad. Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

¹⁰⁴ Eis o conteúdo do referido texto normativo: “Art. 3º. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.

mercado de consumo¹⁰⁵. Há de se considerar que a legislação é abrangente no sentido de vincular a condição de fornecedor a todo aquele que esteja envolvido na cadeia de fornecimento de produtos e serviços.

Quando nos deparamos com o mercado de consumo relativo à atividade funerária¹⁰⁶, encontramos uma variedade de espécies de fornecedores, organizados conforme opções presentes no Código Civil e legislação correlata (e.g.: Lei das Sociedades Anônimas – Lei 6404/76). A título de exemplo, citem-se fornecedores organizados como empresários individuais (art. 966 do CC); sociedades empresárias (art. 982 e ss, do CC); Empresários Individuais de Responsabilidade Limitada – EIRELI (art. 980-A do CC).

É possível, também, encontrar a pessoa natural, não empresária, oferenda de produtos e serviços funerários na condição de fornecedora. Em sede de

exemplo, cita-se: vendedores de lápides em tumbas e flores nos cemitérios de nosso país que assim agem na condição do que, na linguagem popular, se denomina *vendedor ambulante*. Com o acentuado desemprego em nosso país, basta circular nos cemitérios para se observar o aumento desses vendedores ambulantes que se apresentam até mesmo para ornamentar, semanalmente, os jazigos com flores de época.

3.2. O CONSUMIDOR DE PRODUTOS E SERVIÇOS FUNERÁRIOS

Em nosso sistema jurídico, por conta de opção legislativa, o conceito de consumidor encontra-se previsto no *caput* do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor. Neste dispositivo evidencia-se que “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”¹⁰⁷. Esta disposição é

¹⁰⁵ Lembra Rizzatto Nunes que “o mercado é uma ficção econômica, mas também é uma realidade concreta. Como dissemos, ele pertence à sociedade. Não é da propriedade, posse ou uso de ninguém em particular e também não é exclusividade de nenhum grupo específico. A existência do mercado é confirmada por sua exploração diuturna concreta e histórica. Mas essa exploração não pode ser tal que possa prejudicar o próprio mercado ou a sociedade. O mercado é composto, como se sabe, não só pelos empreendedores da atividade econômica, mas também pelos consumidores. Não existe mercado sem consumidor” (*Curso de Direito do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 56).

¹⁰⁶ Já há algum tempo temos dedicado nossa atenção para o mercado de consumo e suas ramificações. Vide, a respeito: Oliveira, Ivan. *Consumidores da Fé: ensaio sobre a fragilidade, contracultura e revanche no mercado de consumo neopentecostal*. São Paulo: Reflexão, 2015; SILVA, Ivan de Oliveira. *Relação de Consumo Religiosa: a vulnerabilidade do fiel-consumidor e a sua tutela por meio do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2012.

¹⁰⁷ Optamos, neste trabalho, apresentar apenas o consumidor padrão presente no *caput* do artigo 2º do CDC, embora não desconsideremos que o mesmo Diploma normatize mais três espécies de consumidores, elencados entre os equiparados, quais sejam: coletividade de pessoas (parágrafo

significativa, uma vez que é dela que fluem todas as demais espécies de consumidores previstas no mencionado Código. O consumidor destinatário final é considerado *consumidor padrão*.

Filomeno destaca que o consumidor padrão deve ser entendido como aquele “que compra produtos ou contrata serviços, visando ao atendimento de uma necessidade pessoal, ou de seu grupo familiar, ou ainda para oferecer como presente a outrem”.¹⁰⁸

A aquisição de produtos ou serviços no mercado de consumo coloca a pessoa natural na condição de consumidora mesmo quando o objeto da relação jurídica não seja para ela própria, podendo ser destinado para outra pessoa de seu círculo de contato. Em tais casos, no mercado de consumo funerário, estaremos diante do consumidor padrão quando alguém adquire produtos e serviços funerários para si, para familiar

ou, ainda, para presentear pessoa de seu círculo de amizade. Em tais casos, desencadeia-se a arquitetura de uma relação de consumo, regulamentada pelo Código de Defesa do Consumidor.

3.3. PRODUTOS E SERVIÇOS FUNERÁRIOS

Dispõe o parágrafo § 1º, do artigo 3º, do Código de Defesa do Consumidor que “produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”. Rizzatto Nunes, com acerto, afirma que este conceito legal de produto é adequado, pois toma técnica “universal nos dias atuais e está estreitamente ligado à ideia do bem, resultado da produção no mercado de consumo das sociedades capitalistas contemporâneas”.¹⁰⁹⁻¹¹⁰

Em outras palavras, aquilo que a tradição civilista denomina *bem*¹¹¹, o Código de Defesa do Consumidor optou pela designação de *produto*. Contudo, o

único do art. 2º); consumidor vítima (art. 17) e consumidor alcançado por práticas publicitárias (art. 29). A propósito, vide, de nossa autoria: SILVA, Ivan de Oliveira. *Relação de Consumo Religiosa: a vulnerabilidade do fiel-consumidor e a sua tutela por meio do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2012.

¹⁰⁸ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de Direitos do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 26.

¹⁰⁹ RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. *Curso de Direito do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2005.

¹¹⁰ Filomeno, por sua vez, discorda da acepção utilizada pelo Código e, ao contrário de Rizzatto

Nunes, entende que o correto, segundo nossa tradição jurídica, seria a utilização do termo *bem*, ao invés de produto. (FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de Direitos do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 40-42).

¹¹¹ Salienta o Washington de Barros Monteiro: “juridicamente falando, bens são valores materiais ou imateriais, que podem ser objeto de uma relação de direito. O vocábulo é amplo no seu significado, abrange coisas corpóreas e incorpóreas, coisas materiais ou imponderáveis, fatos e abstenções humanas. (*Curso de Direito Civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 135).

referido diploma legislativo não contém maiores disposições sobre o referido objeto da relação jurídica de consumo, limitando-se a dispor que o produto é qualquer bem, seja ele móvel ou imóvel, material ou imaterial. Diante disso é no Código Civil, entre os artigos 79 a 103, que se absorvem os pormenores acerca dos produtos constantes nas relações de consumo em nossa realidade jurídica.

Feitos os comentários sobre o produto, resta-nos agora discorrer sobre outros elementos possíveis na relação jurídica de consumo, quais sejam: os serviços. Nos termos do parágrafo 2º, do artigo 3º, do Código de Defesa do Consumidor, explicita-se que “serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes de relação de caráter trabalhista”.

Pelo que se observa na norma, qualquer tipo de atividade resultante da ação humana ou dela decorrente é reconhecida como serviço para fins do Código de Defesa do Consumidor, sejam as atividades duráveis ou não duráveis. Excluem-se tão somente as atividades

típicas de caráter trabalhista que, por sua vez, serão regulamentadas por legislação diversa, concentradas principalmente na Consolidação das Leis do Trabalho, CLT.

Por outro lado, o serviço deve comportar um ônus para o consumidor, visto que, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, a atividade deverá ter como contrapartida uma remuneração. Há, de se afirmar que “a característica marcante da abrangente definição de serviços, para fins de proteção do consumidor, é a de que os mesmos devem ser prestados mediante remuneração”¹¹², caso contrário não há de se falar em aplicação da citada norma protetiva.

De longa data, a doutrina concebeu a incidência de remuneração direta e também indireta. Assim, para o Código de Defesa do Consumidor a

remuneração pode se dar de maneira direta – quando o consumidor efetua o pagamento diretamente ao fornecedor – ou de maneira indireta – isto é, quando proporcionados benefícios comerciais indiretos ao fornecedor, advindos da prestação de serviços apenas aparentemente gratuitos, visto que a remuneração já se encontra diluída e embutida em outros custos.¹¹³

¹¹² CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 65.

¹¹³ *Ibidem*, p. 67. Continua Cavalieri Filho com exemplos de serviços de remuneração indireta,

observemo-los: “por exemplo, estacionamentos gratuitos em supermercados, venda de produtos com a mão-de-obra de instalação gratuita, compra de produtos a distância com frete grátis, serviços gratuitos de manobristas em

Mesmo os serviços aparentemente gratuitos, compreendem a modalidade de remuneração indireta, pois a remuneração mostra-se pulverizada entre outras atividades lucrativas do fornecedor. É, ainda, possível que os serviços sejam prestados por entes públicos, aplicando-se a legislação de proteção do consumidor, sempre que isso se der em regime de concorrência com entes privados.

Pelo que se observa acima, presentes os elementos, há marcante relação jurídica de consumo no contexto dos negócios jurídicos envolvendo a atividade funerária, pois os agentes econômicos que atuam nesse segmento oferecem, a um mercado específico, uma série de produtos e serviços relacionados aos ritos cerimoniais atrelados ao evento morte.

O mercado de consumo funerário oferece para a concretização de seus rituais inerentes, uma série de produtos e serviços, tais como urnas, traslados de corpos, coroas e flores, cremação, *buffet*,

espaços de velório, *tanatopraxia*, *tanatoestética*¹¹⁴, planos funerários, cremação, seguro funerário¹¹⁵, assessoria e consultoria para o desembaraço de documentação para sepultamento etc. Enfim, nessa ampla oferta de produtos e serviços, fácil observar a incidência dos elementos da relação de consumo, o que permite a aplicação do Código de Defesa do Consumidor no conjunto de negócios jurídicos entabulados no âmbito da atividade econômica funerária.

4. O DANO ESTÉTICO AO CADÁVER COMO DEFEITO DO SERVIÇO FUNERÁRIO

4.1. DIREITOS DA PERSONALIDADE: TUTELA JURÍDICA *POST-MORTEM*

Pontes de Miranda, em tempos idos, afirmou que “para o direito, com a morte, tudo, que se refere à pessoa, acaba”¹¹⁶. Barros Monteiro, a seu turno, ao discorrer sobre a morte, não abre nenhum espaço para discutir os direitos da personalidade do morto, mas, reserva-

estabelecimentos comerciais, transporte coletivo gratuito para idosos e deficientes físicos, isenção de tarifas em certas atividades bancárias, hospitais beneficentes etc.” (Ibidem, p. 65-66).

¹¹⁴ Com o capitalismo de consumo, novos mercados são abertos para a exploração econômica e criação de demandas (Conf. LIPOVETSKI, Gilles; SERROY, Jean. *O Capitalismo Estético na Era da Globalização*.

Lisboa: Edições 70, 2014). Criou-se, assim, um mercado para a oferta de serviços estéticos envolvendo cadáveres.

¹¹⁵ A respeito do Contrato de Seguro, vide: SILVA, Ivan de Oliveira. *Curso de Direito do Seguro*. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹¹⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral (Tomo I). Campinas-SP: Bookseller, 2000, p. 282.

se a afirmar: “os mortos não são mais pessoas. Não são mais sujeitos de direitos e obrigações. Não são mais ninguém”¹¹⁷.

As sentenças dos mestres acima expressas, embora tenham marcante valor retórico, não se sustentam, na medida em que, não sendo o morto mera coisa desprovida de tutela jurídica, um plexo de direitos é aplicável em seu benefício ou, pelo menos, em sua memória. Desse modo, tanto Pontes de Miranda (*idibem*) quanto Barros Monteiro (*idibem*) desconsideraram que, para o morto, permanecem um conjunto e direitos, pois para ele é reconhecido o direito ao sepultamento digno, direito ao zelo de sua reputação e nome, direito à boa apresentação de seu cadáver, preservação do direito de imagem etc.

A doutrina italiana do século XX, representada Roberto Ruggiero, apesar da tendência em afirmar que, com a morte, cessam os direitos do finado, chega a reconhecer fundamentação normativa para a “tutela jurídica da

memória do defunto”¹¹⁸. Representativa doutrina portuguesa não admite qualquer tipo de direito do morto, argumentando que “o morto, portanto, não adquire, nem conserva direitos”¹¹⁹. O final desta afirmação, não abre espaço para a garantia da tutela de direitos da personalidade em benefício do finado.

Atualmente, o artigo 12 do Código Civil, em seu parágrafo único, reconhece ao morto a tutela dos direitos da personalidade, estabelecendo que o cônjuge sobrevivente¹²⁰, qualquer parente em linha reta ou colateral, até o quarto grau, poderá fazer cessar ameaça ou lesão aos direitos intrínsecos à personalidade do finado. Lembra Renan Lotufo que o parágrafo único sob análise

deixa explícita a ideia de que, com a morte de um indivíduo, certos direitos lhe são assegurados e devem ser respeitados, em função de sua personalidade que se projeta no tempo, não por continuar tendo vida, a qual já cessou¹²¹

Com base nessa afirmação, com base na legislação em vigor, há de se

defender a ameaça ou violação de direitos da personalidade do cônjuge pré-morto, por óbvio esse direito também se estende ao companheiro sobrevivente, em relação ao pré-morto. Não é demais anotar que se mostra inconstitucional qualquer desqualificação arbitrária, mesmo quando advinda da legislação, elaborada em detrimento dos pares afetivos que decidiram estabelecer união estável.

¹²¹ LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado*: volume 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 57.

¹¹⁷ BARROS MONTEIRO, Washington. *Curso de Direito Civil*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 69.

¹¹⁸ RUGGIERO, Roberto. *Instituições de Direito Civil*: Vol. I. São Paulo: Bookseller, 1999, p. 512.

¹¹⁹ CUNHA GONÇALVES, Luiz da. *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*: Vol. I. Coimbra: Coimbra, 1929, p. 183.

¹²⁰ O artigo 12 do Código Civil em vigor merece atualização hermenêutica, pois já que é atribuída a legitimidade ativa para o cônjuge sobrevivente

considerar que a morte não permite a afirmação de cessação dos direitos da personalidade do finado. Compreensão em sentido diverso, em nosso sentir, apenas reproduz momento jurídico felizmente já ultrapassado. O *status* constitucional da pessoa humana, e a sua consequente guarida pelo sistema jurídico, alcança até mesmo a sua memória e tudo o que lhe diz respeito, enquanto destinatária da condição de epicentro da Constituição Federal de 1988. Por conseguinte, essa compreensão dos direitos da personalidade, em sua dimensão *post-mortem*, abre espaço, inclusive, para se discutir os aspectos processuais para a tutela dos interesses relacionados ao finado¹²².

4.2. O DANO ESTÉTICO NOS SERVIÇOS FUNERÁRIOS COMO DEFEITO DO SERVIÇO E A POSSIBILIDADE JURÍDICA DE SUA REPARAÇÃO

O sistema de responsabilidade civil presente no Código de Defesa do Consumidor é articulado a partir do princípio da reparação integral do dano

(art. 6º, VI), sendo este elevado à condição de direito básico do consumidor, mostrando-se como um direito indisponível. Assim, a disposição contratual em que o consumidor abra mão do seu direito à reparação integral de dano será considerada nula de pleno direito, dada a sua natureza de cláusula abusiva (art. 51, I e IV).

A reparação civil em benefício do consumidor é tratada por meio das seguintes expressões sinônimas: acidente de consumo, fato do serviço ou fato do produto; defeito do serviço ou defeito do produto. Desse modo, nas relações de consumo, caso o objeto do negócio jurídico seja um *serviço*, estar-se-á diante de um *defeito do serviço*, que também poderá ser denominado fato do serviço ou, simplesmente, acidente de consumo.

O caput do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, ao disciplinar a respeito do defeito do serviço, estabelece que o fornecedor de serviços se encontra obrigado a reparar o dano suportado pelos consumidores, independentemente da existência de culpa daquele. O fornecedor também responderá pelas informações

¹²² A propósito dos aspectos processuais para a tutela dos direitos da personalidade *post-mortem*, vide fundamental artigo de BELTRÃO, Sílvio Romero. *Tutela Jurídica da Personalidade*

Humana após a Morte: conflitos em face da legitimidade ativa. In: Revista de Processo. Vol. 247, 2015.

insuficientes ou inadequadas sobre a fruição os riscos inerentes ao serviço por ele oferecido no mercado de consumo, pois de igual modo também estaremos diante de um defeito do serviço.

Na aquisição de esquife de um fornecedor atuante em atividade funerária, o acondicionamento digno do cadáver no caixão é um pressuposto contratual não sendo nem mesmo necessário que esse tipo de cautela esteja presente em cláusula contratual, pois decorre da natureza e dinâmica dessa espécie contratual. A violação desta premissa, segundo sustentamos, faz nascer o direito à reparação de danos em decorrência da violação ao direito da personalidade do finado, dado o ataque à dignidade do corpo humano. Observe que, em tal episódio, o coração do tema é a violação da dignidade do finado e não de seus parentes e amigos.

Ademais, o direito que o cadáver tem de ser devidamente acondicionado para o velório está presente na legislação infraconstitucional antes mesmo do Código Civil de 2002. É o que se encontra no artigo 8º, da Lei 9.434/97, ao determinar que em hipóteses de doação de órgãos, o cadáver deverá ser “condignamente recomposto para ser entregue, em seguida, aos parentes do morto ou seus responsáveis legais para sepultamento”. Com efeito, na medida

em que o artigo 12 do Código Civil abre espaço para a atribuição de direito da personalidade ao *de cuius*, com muito mais força surge o direito de o morto ser dignamente apresentado à despedida derradeira de seus familiares e amigos. Este direito é do morto, pois em tais casos está em jogo a sua imagem e memória.

Pelo exposto, caracterizará dano indenizável, na categoria defeito dos serviços funerários, cadáver acondicionado no caixão com a boca e/ou olhos abertos ou entreabertos, tamponamento à mostra (com tufos de algodão expostos nos orifícios superiores da cabeça do finado), cadáver vestido com flagrante desleixo e outras indignidades assemelhadas. Não se afastando o Código de Defesa do Consumidor na reparação de danos decorrentes de violação de direitos da personalidade do cadáver, dada a condição estética indigna a que o fornecedor de serviços funerários eventualmente o tenha exposto durante o velório.

5. CONCLUSÃO

Ao longo desta pesquisa demonstramos que nosso sistema jurídico admite a preservação do direito à memória estética da pessoa humana,

garantindo-se que o cadáver seja dignamente apresentado ao rito fúnebre do velório. Por conseguinte, a violação dos valores estéticos do cadáver abre espaço para a correspondente reparação de danos a ser estabelecida pelo diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil, todos interpretados à luz da Constituição Federal¹²³.

Portanto, segue-se este artigo com a demonstração de que a pessoa humana, mesmo após a sua morte, tem o direito à preservação de sua memória estética, o que resulta no direito a ser apresentada de modo digno no velório, compreendido como um significativo rito de despedida na tradição nacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS MONTEIRO, Washington. *Curso de Direito Civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1993.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

_____. *A Ética é Possível num Mundo de Consumidores?* Trad. Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

BELTRÃO, Sílvio Romero. *Tutela Jurídica da Personalidade Humana após a Morte: conflitos em face da*

legitimidade ativa. In: *Revista de Processo*. Vol. 247, 2015.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008.

CUNHA GONÇALVES, Luiz da. *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português: Vol. I*. Coimbra: Coimbra, 1929.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de Direitos do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2007.

HERTZ, Robert. *Death and the Right Hand*. Routledge, Londres, 2008.

HOMERO. *Iliada*. Trad. Manoel Odorico Mendes. Lisboa: Typographia Guttemberg, 1874.

LIPOVETSKI, Gilles; SERROY, Jean. Trad. Luis Filipe Sarmiento. *O Capitalismo Estético na Era da Globalização*. Lisboa: Edições 70, 2014.

LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado: volume 1*. São Paulo: Saraiva, 2003.

MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MENEZES, Rachel Aisengart; GOMES, Edlaine de Campo. “*Seu Funeral, sua Escolha*”: rituais fúnebres na contemporaneidade. *Revista de Antropologia*. São Paulo: USP, 2011, V. 54 N° 1.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*.

Bioética e Patrimônio Genético Brasileiro. São Paulo: Pillares, 2008.

¹²³ O tema também invoca apoio no que já se produziu nas áreas da Bioética e do Biodireito. Conf. SILVA, Ivan de Oliveira. *Biodireito*,

Parte Geral (Tomo I). Campinas-SP: Bookseller, 2000.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. *Curso de Direito do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2005.

RUGGIERO, Roberto. *Instituições de Direito Civil: Vol. I*. São Paulo: Bookseller, 1999.

SILVA, Ivan de Oliveira. *A Morosidade Processual e a Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Pillares, 2004.

_____. *Biodireito, Bioética e Patrimônio Genético Brasileiro*. São Paulo: Pillares, 2008.

_____. *Curso de Direito do Seguro*. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Curso de Lógica Geral e Jurídica*. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. *Relação de Consumo Religiosa: a vulnerabilidade do fiel-consumidor e a sua tutela por meio do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. *Consumidores da Fé: ensaio sobre fragilidade, contracultura e revanche no mercado de consumo neopentecostal*. São Paulo: Reflexão, 2015.

**ASPECTOS TEÓRICOS DA
RESPONSABILIDADE CIVIL DO
ESTADO: UMA ANÁLISE DA LEI
Nº 6.683/79 – LEI DE ANISTIA, SOB
O PRISMA DA TEORIA DE
PONTES DE MIRANDA**

**AN ANALYSIS OF LAW Nº 6.683 /
79 - ANISTIA LAW, UNDER THE
PRISM OF THE THEORY OF
PONTES DE MIRANDA**

*Janaina Helena de Freitas*¹²⁴

*Daniel Alan Miranda Borba*¹²⁵

RESUMO

A Lei de Anistia, editada no ano de 1979, foi questionada no Supremo Tribunal Federal através da ADPF n.º 153, trazendo novamente o tema para debate. O tema possui grande relevância, especialmente em virtude do fato de ter anistiado os agentes públicos responsáveis por repressão e por todos os crimes conexos aos políticos. Por outro lado, questiona-se, em razão do fato do Brasil ser signatário de diversos tratados de direitos humanos, como por exemplo, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), se a citada lei se sustentaria. Para analisar esta questão, utilizar-se-á a teoria da supraestatalidade dos direitos fundamentais e os planos da norma jurídica de Pontes de Miranda.

¹²⁴ Mestra em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas. Doutoranda pelo Programa de Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Coordenadora de Publicação e Pesquisa da Escola Superior de Advocacia da OAB – AL. Advogada e Pesquisadora.

¹²⁵ Mestre em Direito pela Universidade Federal de Alagoas. Doutorando em Direito pela

Palavras-chave: Lei de Anistia. Direitos Fundamentais. Pontes de Miranda.

ABSTRACT

The Amnesty Law, published in 1979, was challenged in the Federal Supreme Court through ADPF 153, bringing the issue back to debate.

The issue is highly relevant, especially as it has amassed public officials responsible for repression and all crimes related to politicians. On the other hand, it is questioned, due to the fact that Brazil is a signatory to several human rights treaties, such as the American Convention on Human Rights (Pact of San José, Costa Rica), if said law would be sustained.

In order to analyze this question, we will use the suprapstate theory of the fundamental rights and plans of the legal standard of Pontes de Miranda.

Keywords: Amnesty Law. Fundamental rights. Pontes de Miranda.

1. INTRODUÇÃO

“Se tentamos executar o que pensamos, prendem-nos, porque só nos deram a liberdade de pensar. Portanto, a própria premissa é falsa. Se podemos pensar e não podemos ser livres fisicamente, não é certo que podemos pensar.”¹²⁶

Universidade de Salamanca/ES. Professor do Centro Universitário CESMAC e Procurador do Município de Maceió.

¹²⁶ MIRANDA, Pontes de. **Democracia, Liberdade e Igualdade:** os três caminhos. 2ª ed. Campinas: Saraiva, 1979, p. 324.

A Lei de Anistia, promulgada em 28 de agosto de 1979 pelo então Presidente da República João Figueiredo, considerada por alguns como um grande pacto nacional pela redemocratização do Brasil, desvela importantes questões que voltaram a ser debatidas quando a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB - a questionou perante o Supremo Tribunal Federal – STF , através da ADPF nº 153. O argumento principal da OAB para pedir a não conformidade da lei em relação à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88 - foi que, ao anistiar de forma ampla todos os que cometeram crimes conexos a políticos, até mesmo crimes comuns e graves contra a vida e integridade física – homicídio, desaparecimento forçado e tortura, por exemplo –, incluindo os agentes públicos, a referida lei violou tratados internacionais e direitos fundamentais.

O Brasil é signatário de tratados de direitos humanos, entre eles a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), instrumento que faz parte do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, mecanismo essencial na prevenção e repressão à violação de

direitos. Constam do Pacto diversos direitos fundamentais, como o direito à vida, à liberdade, à integridade física, às garantias judiciais etc. Ademais, o Brasil foi condenado na Corte Interamericana de Direitos Humanos por fatos relacionados à Lei de Anistia, no caso Gome Lund e outros x Brasil. Este caso versava sobre a “detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 70 vítimas”. A referida Corte entendeu que o país violou direitos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos

Com o intuito de discutir e avaliar se a Lei de Anistia e a decisão do STF estariam em conformidade com o fato de o Brasil ser signatário de tratados internacionais, especialmente a Convenção Americana de Direitos Humanos, será utilizada a teoria da supraestatalidade dos direitos fundamentais, do jurista alagoano Pontes de Miranda, importante instrumento para uma melhor compreensão do tema proposto neste trabalho.

O artigo será dividido em três tópicos. Inicialmente será realizada uma contextualização da Lei de Anistia e da condenação do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos. Em seguida, será abordada a teoria da supraestatalidade dos direitos fundamentais em Pontes de Miranda,

buscando com isso traçar aspectos da importante teoria do jurista alagoano. Posteriormente, no tópico final, em contraponto à decisão do STF, aponta-se uma (in)adequação com os planos da norma jurídica.

Dessa forma, busca-se com este artigo analisar um tema que é tão caro para a história brasileira utilizando balizas de direitos fundamentais e de direito privado: a teoria da norma jurídica de Pontes de Miranda.

2. BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO DA LEI DE ANISTIA E DA CONDENAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Assim como a Segunda Guerra Mundial foi um acontecimento histórico que deixou profundas marcas no plano mundial, os diversos momentos de autoritarismo governamental pelos quais passou o Brasil também marcaram o país, influenciando e provocando muitas discussões no plano sociológico e histórico. São de conhecimento público os diversos acontecimentos que

marcaram este período autoritário: mortes, desaparecimentos e supressão de direitos, especialmente os ligados à liberdade do indivíduo.

No mundo jurídico, recorte que nos interessa, notam-se algumas questões que merecem ser destacadas e que marcaram o período de transição para a democracia¹²⁷ após o término do regime militar que se iniciou em 1964: a Constituinte, a anistia e a abertura dos arquivos sobre o período. A Constituinte possibilitou a abertura das discussões para uma constituição democrática, não mais fruto da vontade de um grupo, mas sim mediante uma Assembleia Nacional Constituinte. A abertura dos documentos relacionados ao período e a instalação de comissões incumbidas de investigar os acontecimentos também são de grande relevância. Outro marco importante foi a Lei 6.683/79 – Lei da Anistia, que será analisada neste trabalho.

Ainda sobre o prisma jurídico, o regime militar de 1964 desvelou no país três caminhos para os juristas. O primeiro direcionou aqueles que não se manifestaram sobre o ocorrido, seja por não terem uma opinião formada ou por

¹²⁷ “Temos, pois que as democracias podem permanecer como um mecanismo, interior, adaptado dentro de uma caixa resistente e homogênea. Os seus movimentos não poderão arrebatá-la, nem sequer feri-la. Para isto, será de mister que os fins sejam precisos, nítidos e então,

preliminarmente, se terá de procurar quaes ‘sejam’ estes fins ou quaes ‘devem’ ser”. MIRANDA. Pontes de. **Os novos direitos do homem**. Coleção dos 5 direitos do homem. 5º Milheiro. p. 20.

receio de perseguição; o segundo, aqueles juristas que se alinharam ao regime militar, como Francisco Campos¹²⁸; e, por fim, aqueles que foram defensores incontestáveis de um Estado pautado pelo regime democrático de direito, como Pontes de Miranda. Assim escreveu o jurista alagoano:

mutilou-se o Congresso Nacional e implantou-se ditadura de ligações inconfessáveis e oligárquicas, chegando-se ao ponto de termos uma Constituição sem Assembleia Constituinte, autêntica, nem feita de acordo com os princípios¹²⁹.

Com o início da abertura do processo democrático, ainda sob a égide de um governo militar e da Constituição de 1967, foi promulgada pelo então Presidente João Figueiredo, em 28 de agosto de 1979, a Lei 6.683, que ficou conhecida como Lei de Anistia. A

referida lei¹³⁰, em seu artigo primeiro, concedeu anistia a todos que entre os dias 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979 cometeram crimes políticos ou conexos com estes¹³¹, tanto para civis quanto para militares, servidores públicos ou não.

A Lei da Anistia foi proposta pelo então presidente João Figueiredo com a intenção de promover uma abertura política “lenta, gradual e segura”, iniciada pelo Presidente Geisel. Nos termos do art. 1º, § 2º, da referida lei, não foram anistiados os condenados por crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal. Por outro lado, possibilitou o retorno de servidores públicos, civis e militares, que perderam seus cargos em virtude de terem sido exonerados pela Administração Pública.

A lei, contudo, foi questionada

¹²⁸ “Não cabe discutir o alcance da influência de Francisco Campos (1891-1968), que, além de ter trabalhado para a legitimação da ditadura de Getúlio Vargas, tendo escrito a Constituição de 1937 (apelidada popularmente de “Polaca”, em irônica alusão à Carta fascista da Polônia e às prostitutas de proveniência da Europa oriental), ainda participou da ditadura militar. Nessa época, redigiu o preâmbulo do Ato Institucional nº 1, de 1964, participou da elaboração do Ato Institucional nº 2, de 1965, e encaminhou ao governo sugestões para a Constituição de 1967”. FERNANDES, Pádua. Setenta anos após 1937: Francisco Campos, o Estado Novo e o pensamento jurídico autoritário. **Revista Prisma Jurídico**, São Paulo, v. 6, p. 351-370, 2007.

¹²⁹ MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo. RT, 1970, p. 448.

¹³⁰ Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683compilada.htm Acesso em 30 de dezembro de 2017.

através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, de autoria da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Uma das alegações que motivaram o ajuizamento da ADPF 153 foi a “necessidade de se interpretar o que se considerou como perdão aos crimes conexos de qualquer natureza”, uma vez que evidenciava uma anistia indefinida quanto aos crimes. Dessa forma, requereu a entidade que a anistia não fosse estendida a agentes públicos que houvessem cometido crimes comuns, como homicídio, abuso de autoridade, lesões corporais etc.

A OAB argumentou que a dignidade da pessoa humana invalidaria a conexão criminal entre os crimes comuns praticados por agentes públicos e os crimes “políticos” citados na Lei de Anistia. O STD entendeu que o conceito de crime político abarcado pela lei foi no sentido de abranger os crimes cometidos por motivação política, abrangendo os dois lados: os agentes públicos ligados ao governo militar e os opositores. Foi, portanto, uma anistia bilateral.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é a medida judicial adequada para se questionar uma lei federal e guarda compatibilidade com

a Constituição vigente.

Argumentou a OAB¹³² sobre o art. 1º, § 1º:

É sabido que este último dispositivo legal foi redigido intencionalmente de forma obscura, a fim de incluir sub-repticiamente, no âmbito da anistia criminal, os agentes públicos que comandaram e executaram crimes contra opositores políticos ao regime militar. (...) Ressalte-se, em primeiro lugar, que até hoje desconhece-se o que seja o crime de “terrorismo”. Mas supondo-se que ele designe, de modo geral, a prática de violência generalizada, é de perguntar: por acaso, a prática sistematizada e organizada, durante anos a fio, de homicídio, sequestros, tortura e estupro contra opositores políticos não configura um terrorismo de Estado?

A Ordem dos Advogados do Brasil fundamentou-se, ainda, na violação de preceitos fundamentais como a isonomia em matéria de segurança, preceito fundamental da não ocultação da verdade, estabelecido no art. 5º, XXXIII, da CRFB/88 e nos princípios democráticos e republicanos, por ter sido a lei votada sob a égide de um Congresso cujos membros foram eleitos sob o *placet* dos comandantes militares, sendo importante destacar, ainda, que 1/3 dos senadores que votaram a lei foram escolhidos por eleição indireta, conhecidos como “senadores biônicos”.

¹³² Petição inicial da ADPF nº 153, ajuizada pela Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/586_

ADPF%20153%20-%20peticao%20inicial.pdf
Acesso em 2 de agosto de 2019.

O STF¹³³, por sete votos a dois, posicionou-se de forma contrária à revisão da Lei de Anistia, sob o fundamento de ser ela compatível com a Constituição Federal de 1988. A anistia concedida pela lei foi ampla e geral, alcançando todos os crimes cometidos por agentes da repressão, inclusive os agentes públicos. Os ministros, a despeito de reconhecerem todo o mal que ocorreu no período, opinaram que a anistia consistia num processo de conciliação nacional durante a redemocratização do país.

Por sua vez, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, parte do sistema interamericano do qual o Brasil faz parte, processou o caso *Gomes Lund e outros x Brasil*, que versava sobre a “detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 70 vítimas. O caso foi enviado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos para a Corte Interamericana de Direitos Humanos, pedindo que esta declarasse o Estado brasileiro responsável pela violação dos direitos estabelecidos na Convenção Americana de Direitos Humanos: direito ao reconhecimento da personalidade

jurídica; direito à vida, direito à integridade e à liberdade pessoal, garantias judiciais, liberdade de pensamento e expressão e proteção judicial.

Além dos direitos supracitados, o Brasil violou as previsões de obrigação geral de respeito e garantia dos direitos humanos e o dever de adotar disposições de direito interno, todos constantes da Convenção Americana de Direitos Humanos, doravante conhecida como Pacto de San José da Costa Rica. O referido tratado foi ratificado pelo Brasil em 7 de setembro de 1992, e a aceitação de se submeter à Corte Interamericana de Direitos Humanos deu-se em 12 de outubro de 1998.

A decisão do processo *Gomes Lund e outros x Brasil* foi favorável aos autores, tendo a Corte declarado a invalidação da Lei de Anistia, condenando o país a providenciar a sua revogação e a proceder à investigação do ocorrido com os desaparecidos na Guerrilha do Araguaia, punindo os responsáveis pelos crimes cometidos durante o período do governo militar.

Salientou a sentença¹³⁴ que:

¹³³ ADPF 153
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960> Acesso em 2 de agosto de 2019.

¹³⁴

<https://daiane003.jusbrasil.com.br/artigos/16311911/a-anistia-em-debate-adpf-153-e-a-corte-interamericana-de-direitos-humanos> Acesso em 5 de agosto de 2019

Desde sua primeira sentença, esta Corte destacou a importância do dever estatal de investigar e punir as violações de direitos humanos. A obrigação de investigar e, se for o caso, julgar e punir, adquire particular importância ante a gravidade dos crimes cometidos e a natureza dos direitos ofendidos, especialmente em vista de que a proibição do desaparecimento forçado de pessoas e o correspondente dever de investigar e punir aos responsáveis há muito alcançaram o caráter de *jus cogens*. (...) Quanto à Lei de Anistia, a interpretação a ela conferida no âmbito interno é a que considera como “crimes conexos” todos aqueles cometidos pelos agentes do Estado, inclusive as graves violações de direitos humanos. Essa interpretação constitui o maior obstáculo à garantia do direito de acesso à justiça e do direito à verdade dos familiares dos desaparecidos, o que criou uma situação de total impunidade. Essa interpretação foi referendada recentemente pelo Supremo Tribunal Federal, o que torna maior o obstáculo que a lei representa para a investigação dos fatos, pelos efeitos vinculantes e eficácia *erga omnes* dessa decisão. (grifo nosso)

A Corte Interamericana de Direitos Humanos decidiu, ainda, ao analisar e validar a Lei de Anistia, considerando como crimes conexos todos aqueles cometidos por agentes estatais, inclusive os considerados como violadores diretos de direitos humanos, que o STF violou a garantia do acesso à justiça e o direito à verdade, porquanto não realizou o controle de

convencionalidade, uma vez que o Brasil é signatário de diversos tratados de Direitos Humanos, especialmente da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José).

Sobre o equívoco em que incorreu a decisão do STF e sobre a condenação do Brasil numa Corte Internacional, dissertou Plínio Almeida¹³⁵:

Do diálogo travado entre um poder armado estabelecido ditatorialmente há anos e uma sociedade civil carente de liberdade, vivendo uma espécie de “estado de necessidade democrática,” não se poderia esperar um pacto, e sim uma imposição mediante coação da parte mais forte. (...) Isso demonstrou não apenas o equívoco do STF ao ignorar a necessidade de se responsabilizar agentes públicos que praticaram crimes contra a humanidade, como também revelou o descontentamento dos cidadãos e da comunidade internacional com o acanhamento da mais alta Corte brasileira na defesa do Estado Democrático de Direito, já que expedientes transicionais são sabidamente importantes para a retomada e o fortalecimento de uma nova cultura.

Posto e contextualizado o tema, especialmente a Lei de Anistia e a condenação do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos, passa-se, no tópico a seguir, à introdução da teoria da supraestatalidade dos

¹³⁵ ALMEIDA, Plínio Régis Baima de. **Poder Judiciário e Política: o dilema do**

constitucionalismo democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 133-134.

direitos fundamentais em Pontes de Miranda.

3. A SUPRAESTATALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA TEORIA DE PONTES DE MIRANDA

Após uma breve contextualização sobre a Lei de Anistia e a condenação do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos – Caso Gomes Lund e outros x Brasil –, passa-se neste tópico a introduzir apontamentos sobre a teoria da supraestatalidade dos direitos fundamentais na teoria do jurista alagoano Pontes de Miranda e, posteriormente, verifica-se a (in)adequação da decisão do STF que declarou a compatibilidade da referida lei com a Constituição da República do Brasil de 1988.

Apesar da doutrina – neste particular, sobre os direitos fundamentais – de Pontes de Miranda ter sido escrita no século passado, ela demonstra incrível longevidade e atualidade. O Brasil vem enfrentando desafios para consolidar sua jovem democracia, e tal fato passa

necessariamente pela estabilização de sua Constituição, questão integrante do projeto constitucional elaborado pelo jurista, que traz também o fortalecimento dos direitos fundamentais e o equilíbrio entre liberdade, igualdade e democracia como importantes pilares¹³⁶.

O autor, especialmente como já abordado no início deste trabalho, posicionou-se de forma contrária ao modo como a Constituição de 1967 foi promulgada, manifestando clara posição favorável a um Estado Democrático de Direito. “Pontes de Miranda nunca escondeu sua opção pelo Estado Democrático de Direito, baseado na supraestatalidade dos direitos fundamentais, na democratização do poder estatal, no controle de constitucionalidade e no respeito ao princípio da legalidade”¹³⁷.

O jurista alagoano entende que quando o Estado nega algum destes pilares – liberdade, igualdade e democracia –, passa-se para o despotismo (fato que pode ser observado no Brasil nos períodos autoritários, a exemplo da ditadura militar de 1964). Verifica-se, assim, a importância que o autor deu aos catálogos de direitos

¹³⁶ LINS JÚNIOR, George Sarmiento. **Direitos Fundamentais e técnica constitucional: reflexões sobre o positivismo científico de Pontes de Miranda.** Revista do Mestrado em

Direito da UFAL. V. 2, n. 3, dez. 2006. Maceió: Edufal, 2008, p. 49.

¹³⁷ Ibidem, p. 61

fundamentais, bem como ao fato de que o seu “fortalecimento na ordem jurídica internacional é um grande passo para o progresso da humanidade rumo à civilidade e à crescente adaptação social. Daí a necessidade de criar mecanismos para assegurá-los e garanti-los na ordem constitucional.¹³⁸”

O fortalecimento da ordem internacional pressupõe uma ordem constitucional interna fortalecida e estável; isso passa, necessariamente, pela proteção dos direitos fundamentais. A liberdade foi trabalhada pelo autor sob diversos prismas: liberdade econômica, religiosa, de ensino, física etc., sempre pontuando a importância de sua diferenciação para que confusões sejam evitadas¹³⁹.

Para Pontes de Miranda, a proteção dos direitos fundamentais passa pela defesa da Constituição, pela técnica da supraestatalidade dos direitos fundamentais e pela técnica de conteúdo das normas constitucionais¹⁴⁰. Em

relação à técnica de defesa da Constituição, Pontes de Miranda traz vários apontamentos, entre eles a diferenciação entre a legislação ordinária e os textos constitucionais, procedimento mais dificultoso para emendas constitucionais¹⁴¹, entre outros mecanismos. A supraestatalidade dos direitos fundamentais, recorte teórico da teoria de Pontes de Miranda deste trabalho, será mais bem explorada para que, posteriormente, seja analisada a (in)adequação da Lei de Anistia.

Uma distinção utilizada pela doutrina conceitua os direitos fundamentais como aqueles positivados na ordem interna constitucional de um país. Por sua vez, os direitos humanos estariam relacionados com os “documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, (...) aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, (...) e

¹³⁸ Ibidem, p. 69.

¹³⁹ “Ao declararem os direitos constitucionais, alguns textos do fim do século XVIII e de todo o século XX misturaram direitos e liberdades. As consequências foram más. Teve-se, depois, de aprofundar a diferença. Mas a confusão prejudicou as liberdades. (...) Assim, a campanha contra o liberalismo econômico feria, ou por falta de cultura dos atacantes, ou por má-fé, assim ao liberalismo econômico como às liberdades. Não foi essa a única consequência nociva da grave confusão entre os Direitos do Homem à liberdade – ao ir e vir ultra e citra, ao

pensamento e manifestação do pensamento, à defesa em juízo, e a chamada liberdade econômica, no que se refere às coisas, ao objeto” (Comentários à Constituição de 1934, Tomo I, 10). MIRANDA, Pontes de. **Democracia, Liberdade e Igualdade**: os três caminhos. 2ª ed. Campinas: Saraiva, 1979, p. 370.

¹⁴⁰ LINS JÚNIOR, George Sarmento. *Op. cit.*, p. 69.

¹⁴¹ Este procedimento mais dificultoso aparece em diversos livros de direito constitucional de autores posteriores à época em que Pontes de Miranda escreveu a sistematização.

revelam um inequívoco caráter supranacional¹⁴².

Dessa forma, ligam certos doutrinadores os direitos fundamentais à ordem interna – positivados nas Constituições Federais –, o que concederia aos direitos humanos um caráter supranacional. Para Pontes de Miranda (*ibidem*), esta diferenciação não se operacionaliza da forma supracitada, porquanto a característica da supraestatalidade é intrínseca aos direitos fundamentais. “O fundamento da existência de tais direitos não deve ser procurado no direito interno. Salvo quando o legislador constituinte decide fundamentalizar determinados direitos antes que sejam proclamados em tratados internacionais.¹⁴³”

O Brasil faz parte do Sistema Regional Interamericano, que possui entre seus principais documentos a Carta de Organização dos Estados Americanos, de 1948, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, também de 1948, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de 1969. Também integra o Sistema Global de Proteção aos Direitos Humanos. Já o

Sistema Global de Direitos Humanos tem como órgão principal a Organização das Nações Unidas – ONU.

A adesão do Brasil aos sistemas de proteção supracitados demonstra que o país reconhece a ordem exterior acima do próprio Estado e que o “Estado atua como definidor de exceções e clarificador de conteúdo pela mediação do legislador constituinte ou ordinário¹⁴⁴”. Além disso, os direitos fundamentais reconhecidos em tratados internacionais limitam o próprio legislador, pois possuem um caráter dúplice – limite e tarefa. Como limite, o legislador, constituinte ou ordinário, não poderia agir contrariando os tratados internacionais; como tarefa, ao legislador e a toda a Administração Pública impõe-se a necessidade de medidas que operacionalizem e efetivem os direitos advindos dos tratados.

Introduzidos os apontamentos sobre a teoria da supraestatalidade das normas de direitos fundamentais em Pontes de Miranda, passa-se, no próximo tópico, à análise concreta da Lei de Anistia em face das teorias da super

4. UMA ANÁLISE SOBRE A

¹⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012, p. 29.

¹⁴³ LINS JÚNIOR, George Sarmiento. *Op. cit.*, p. 70.

¹⁴⁴ *Ibidem*.

(IN)ADEQUAÇÃO DA LEI DE ANISTIA EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS RATIFICADOS PELO BRASIL E OS PLANOS DA NORMA JURÍDICA

Antes de se adentrar propriamente na questão da (in)adequação da Lei de Anistia ante os tratados internacionais ratificados pelo Brasil, importa tecer algumas considerações sobre a norma jurídica em si, a fim de se ter uma melhor compreensão sobre o tema, bem como uma visão global.

Assiste razão a Marcos Bernardes de Mello¹⁴⁵ quando diz que “o mundo jurídico é formado pelos fatos jurídicos e estes, por sua vez, são resultado da incidência da norma jurídica sobre o seu suporte fático quando concretizado no mundo dos fatos”. Dessa forma, conclui-se que é a norma jurídica que tem o condão de definir o fato jurídico, e assim, em razão de sua incidência, gerar o mundo jurídico, “possibilitando o nascimento de situações jurídicas que se desdobram em relações jurídicas, com a produção de toda a sua eficácia como sanções, ônus e

prêmios¹⁴⁶”.

Dessa forma, nos termos da teoria do jurista alagoano, a norma jurídica estabelece uma máxima segundo a qual, ocorrendo um fato (ou fatos), ou seja, o suporte fático, a ele devem ser conferidas algumas consequências, os efeitos jurídicos. “Então, a proposição jurídica, para ser completa, há de conter, ao menos: a) a descrição de um suporte fático, do qual resultará o fato jurídico; b) a prescrição dos efeitos jurídicos atribuídos esse fato jurídico”¹⁴⁷. Portanto, continua o autor, uma norma jurídica que não impute uma consequência jurídica ao fato jurídico, a despeito de poder ser considerada uma proposição linguística completa, não possui sentido do ponto de vista lógico-jurídico¹⁴⁸.

A incidência é, após composto o seu suporte fático suficiente, nas palavras do jurista Marcos Bernardes de Mello¹⁴⁹:

A incidência é, assim, o efeito da norma jurídica de transformar em fato jurídico a parte do seu suporte fático considerado relevante para ingressar no mundo jurídico. Somente depois de gerado o fato jurídico, por força da incidência, é que se poderá tratar de situações jurídicas e de todas as demais categorias de eficácia jurídica [...]. Não é possível, dessarte, falar de

¹⁴⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: plano da existência. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 54.

¹⁴⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. *Op. cit.*, p. 54.

¹⁴⁷ *Ibidem*.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 55

¹⁴⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: plano da validade. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 118

eficácia jurídica (relação jurídica, direitos, deveres e demais categorias eficácias) antes de ocorrida a eficácia normativa (incidência). Podemos, então, assim descrever, em sua essência e em suma, o fenômeno da juridicidade: a norma jurídica, incidindo sobre seu suporte fático concretizado, gera o fato jurídico, o qual poderá produzir os efeitos jurídicos que lhe são imputados. [Grifo nosso]

Em tese, não seria correto e juridicamente possível se falar em qualquer eficácia jurídica antes de ocorrida a eficácia normativa, ou seja, a incidência. Soma-se a isso, nos dizeres do jurista alagoano, o fato de que “a incidência de uma norma jurídica somente se dá, invariavelmente, sobre seu suporte fático específico, e não sobre outro qualquer¹⁵⁰”. Dessa forma, não seria possível que a incidência retroaja e atinja situações inexistentes quando da criação da norma, uma vez que, o suporte fático seria também inexistente ou outro, mas não o correto. Todavia, isso é flagrantemente frágil quando se está diante de violação de normas fundamentais. Poderia, em razão de aspectos formais, uma norma contrariar mortalmente um direito fundamental e no o caso da Lei de

Anistia, vários direitos foram contrariados.

Quando se passa para a análise do plano da validade, verifica-se que a invalidade é, nos termos do que lecionou Marcos Bernardes de Mello¹⁵¹, decorrente de uma atividade de cunho axiológico, valorativa e dogmática, podendo variar de legislação para legislação, bem como se alterar no tempo e no espaço. Dessa forma, cabe ao legislador de cada Estado dispor sobre a questão da validade, definindo todos os aspectos que a circundam – características, causas e sanções.

Leciona Marcos Bernardes de Mello¹⁵²:

Há questões limites que relativizam a sua liberdade: a ilicitude em sentido lato, que inclui a moralidade e a impossibilidade natural do objeto. Na realidade, o problema da ilicitude do objeto do ato jurídico, inclusive sua moralidade, precisamente porque envolve contrariedade a direito e à moral, implicando, assim, a negação da própria ordem jurídica, se põe no estrito plano dos valores, acima, portanto, do puro dogmatismo. Por isso, em relação à ilicitude e à imoralidade do objeto não se pode admitir ao legislador a liberdade para desconsiderá-las como causas de invalidade ou mesmo de atenuar-lhes as consequências. (...) Não estaremos no plano da ilicitude propriamente dita, mas sim num plano axiológico onde os problemas têm outro matiz, vão

¹⁵⁰ Ibidem, p. 121.

¹⁵¹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: plano da validade. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 44.

¹⁵² Ibidem, p. 44-45.

mais além, e dizem respeito à própria legitimidade do ato legislativo, que, por si, já constitui questão limite do próprio direito.

Por outro lado, a questão da impossibilidade natural do objeto está relacionada com o problema da natureza das coisas, que o direito não pode desconhecer ou desprezar. Do mesmo modo, a impossibilidade de conhecer o objeto, inclusive por conduzir à sua indeterminação absoluta, é insuperável: o que não pode conhecer não pode ser objeto de ato jurídico. [Grifo nosso]

As lições acima são essenciais para a compreensão do objeto principal deste trabalho. O artigo 1º, § 1º, da Lei de Anistia, questionado no STF através da ADPF nº 153 e declarado em conformidade com a Constituição da República de 1988 (argumentos já trazidos no primeiro tópico deste trabalho), possui o seguinte conteúdo:

Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.

§ 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

Verifica-se que ele possui a

descrição do suporte fático, resultando no fato jurídico, e também, traz a prescrição dos efeitos jurídicos atribuídos a esse fato jurídico: a anistia ampla e irrestrita a todos os que cometeram crimes durante o período pós-regime militar de 1964, incluindo os agentes públicos. Entretanto, tendo em vista as lições acima trazidas por Marcos Bernardes de Mello (*ibidem*), sobre a legitimidade do ato legislativo em si e os limites que possuem o legislador, bem como a teoria da supraestatalidade das normas de direito fundamental em Pontes de Miranda, questiona-se: a Lei de Anistia, considerada em conformidade com a CRFB/88 pelo STF, se sustenta-se?

Apenas a título de exemplificação, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), ratificada pelo Brasil, traz vários direitos fundamentais: direito à vida (art. 4), à integridade pessoal (art. 5), à liberdade pessoal (art. 7), garantias judiciais (art. 8), proteção da dignidade (art. 11), liberdade de pensamento e de expressão (art. 13), direitos políticos (art. 23)¹⁵³.

O tratado é de 1969 e, apesar de o Brasil tê-lo ratificado em 1992, já no

153

<https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.C>

onvencao_Americana_Ratif..htm Acesso em 12 de agosto de 2019.

período democrático, ocorreu a sua violação quando os ministros do STF declararam que a Lei de Anistia encontra compatibilidade com a Constituição Federal, esquecendo-se de que já havia, quando da análise da ADPF 153, aderência do Brasil a direitos fundamentais constantes de um tratado do qual o país é signatário. Portanto, entende-se que haveria um limite claro ao legislador e este não poderia ter editado a Lei da Anistia da forma como foi feita, anistiando todos os agentes públicos pelos crimes cometidos durante o período autoritário pós-64. Por sua vez, os argumentos trazidos pela maioria dos ministros do STF de que ocorreu um pacto nacional pela redemocratização devem ser contrapostos ao fato de que o acordo beneficia agentes públicos que violaram direitos fundamentais, entre eles, a liberdade, a integridade física e a vida.

Um acordo selado por agentes públicos violadores e fechado através de uma lei não possui o condão de se contrapor a um tratado internacional. Este argumento, inclusive, foi utilizado na condenação do país na Corte Interamericana de Direitos Humanos, e a chancela que o STF concedeu à lei não

se mostra adequada, especialmente quando se verifica a teoria da supraestatalidade dos direitos fundamentais na doutrina de Pontes de Miranda.

Ademais, a Lei de Anistia viola frontalmente um dos pilares de estabilização das Constituições trazidos por Pontes de Miranda – a democracia: “A democracia existe, porque funciona, escolhe os agentes do povo, principalmente os legisladores. Ainda se escolhesse um só legislador, só por isso não deixaria de ser democracia. O povo participou ou atuou na formação da ordem estatal”¹⁵⁴.

Sobre a técnica da supraestatalidade dos direitos fundamentais na teoria de Pontes de Miranda, disserta George Sarmiento¹⁵⁵:

Os direitos fundamentais supraestatais são paradigmas de validade das normas de direito interno, inclusive das normas constitucionais. Por estarem contidos em ordem jurídica superior, impõem limites tanto ao poder estatal quanto ao poder constituinte, que são obrigados a incorporá-los à Constituição, cercando-os das garantias necessárias à sua efetividade. Nesse sentido, nenhuma das regras do sistema jurídico nacional pode ser interpretada ou executada em contradição com a Constituição e com as Declarações de Direito. A técnica da supraestatalidade tem

¹⁵⁴ MIRANDA, Pontes de. **Democracia, Liberdade e Igualdade**: os três caminhos. 2ª ed. Campinas: Saraiva, 1979, p. 135.

¹⁵⁵ LINS JÚNIOR, George Sarmiento. *Op. cit.*, p. 71.

sido um dos principais instrumentos de estabilidade das Constituições. Através dela, os Estados integrantes das Nações Unidas são obrigados a adotar um conjunto de direitos fundamentais reconhecidos como válidos pela ordem jurídica internacional. Daí Pontes de Miranda afirmar que são direitos declarados e executórios. Declarados porque a Constituição não os cria, apenas os introduz no ordenamento jurídico; executórios porque, ao fazê-lo, o Estado cumpre o compromisso assumido no momento da subscrição e ratificação dos tratados internacionais sobre direitos humanos. [Grifo nosso]

Assim, tendo em vista a técnica da supraestatalidade dos direitos fundamentais, entende-se que o legislador ordinário não poderia ter editado a Lei de Anistia como o fez, violando flagrantemente tratados internacionais sobre direitos humanos, como, por exemplo, a Convenção Americana de Direitos Humanos.

CONCLUSÃO

Ao se ter em mente o caminho que o Brasil percorreu para deixar seu período autoritário no passado e ingressar novamente no regime democrático, percebe-se que, apesar de avanços, ainda há resquícios daquela época em diversos campos, como o histórico e o social. No que tange ao Direito, tem-se, por exemplo, a Lei de Anistia, promulgada ainda durante a

vigência de um regime não democrático e efetivada com o aparente intuito de pacificar o país, abrindo-se novamente para a redemocratização. Tem-se a Lei de Anistia como um grande pacto realizado entre o Estado e a sociedade civil. No entanto, com uma lei que anistia agentes públicos por crimes graves cometidos na repressão, torna-se difícil se falar em pacto.

O Brasil é signatário de diversos tratados de direitos humanos, verdadeiros instrumentos do “direito das gentes”, aos quais os Estados aderem, comprometendo-se com uma série de questões que ultrapassam sua ordem interna. Em razão da Lei de Anistia, o Brasil foi condenado na Corte Interamericana de Direitos Humanos por descumprir flagrantemente a Convenção Americana de Direitos Humanos e não propiciar a punição dos agentes públicos envolvidos em graves crimes que violam direitos fundamentais – assassinatos, desaparecimento forçado e tortura. A Lei de Anistia foi considerada em conformidade com a Constituição de 1988 pelo STF, desvelando uma verdadeira contradição entre a decisão desta Corte e a condenação do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Buscou-se neste trabalho contrapor a Lei de Anistia à decisão do

STF e à condenação do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos, contando com o auxílio da importante teoria de Pontes de Miranda, que entende que para a estabilização da Constituição é preciso o apoio em alguns pilares, entre eles a democracia e o respeito aos direitos fundamentais.

Como parte considerável da análise, utilizou-se a teoria da supraestatalidade dos direitos fundamentais, que representa um verdadeiro mandamento para o legislador – constituinte e ordinário. O mandamento revela a aderência do legislador aos tratados de direitos fundamentais de que o país é signatário, demonstrando a impossibilidade de se adotar leis ou dispositivos na Constituição que contrariem tais tratados.

Nos termos do que leciona Marcos Bernardes de Mello, há questões limites que relativizam a liberdade do legislador, como a moralidade, por exemplo. Portanto, não teria o legislador a liberdade de desconsiderar, ao fazer uma lei como a da Anistia, direitos importantes como os direitos fundamentais. Isso colocaria em xeque a legitimidade da referida lei.

Tendo em vista o exposto neste trabalho, entende-se que apesar da decisão do STF, há uma verdadeira

inadequação da Lei de Anistia de forma ampla, a revelar flagrante violação aos direitos das pessoas. A teoria da supraestatalidade dos direitos fundamentais de Pontes de Miranda, adequada e essencial para analisar o tema, evidencia que o legislador brasileiro não poderia ter editado uma lei que violasse flagrantemente direitos fundamentais reconhecidos num tratado internacional de direitos humanos do qual o Brasil é signatário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Plínio Régis Baima de. *Poder Judiciário e Política: o dilema do constitucionalismo democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BRASIL. Lei n. 6.683, de 28 de agosto de 1979. Concede anistia. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 28 de agosto de 1979. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683compilada.htm>. Acesso em 30 de dezembro de 2017.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. Disponível em <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao_Americana_Ratif..htm> Acesso em 12 de agosto de 2019.

FERNANDES, Pádua. Setenta anos após 1937: Francisco Campos, o Estado Novo e o pensamento jurídico autoritário. *Revista Prisma Jurídico*. São Paulo, v. 6, p. 351-370, 2007.

JUS BRASIL. **A Anistia em debate: a ADPF 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Disponível em <<https://daiane003.jusbrasil.com.br/arti>>

gos/116311911/a-anistia-em-debate-adpf-153-e-a-corte-interamericana-de-direitos-humanos>. Acesso em 3 de agosto de 2019.

LINS JÚNIOR, George Sarmiento. Direitos Fundamentais e técnica constitucional: reflexões sobre o positivismo científico de Pontes de Miranda. Revista do Mestrado em Direito da UFAL. V2, n3, dez 2006. Maceió: Edufal, 2008.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da existência*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. *Teoria do Fato Jurídico: plano da validade*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 1970.

MIRANDA, Pontes de. IN: *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo, RT, 1970.

_____. *Democracia, Liberdade e Igualdade: os três caminhos*. 2ª ed. Campinas: Saraiva, 1979.

MIRANDA, Pontes de. *Os novos direitos do homem*. Coleção dos 5 direitos do homem. 5o Milheiro.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **ADPF Nº 153**. Disponível em <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/586_ADPF%20153%20-%20peticao%20inicial.pdf>

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF Nº 153**. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>.

**O DIREITO DAS FAMILIAS E SEU
POSSÍVEL RETROCESSO –
UMA VIOLAÇÃO AO
PRINCÍPIO DA DIGNIDADE
HUMANA, AO PRINCÍPIO DA
FELICIDADE E AO DIREITO
À LIBERDADE**

*Lilian Dias Coelho Lins de Menezes
Guerra¹⁵⁶*

RESUMO:

O presente artigo discutirá a temática da felicidade nas relações familiares, sob uma ótica civil-constitucional, tendo por escopo demonstrar que preconceitos sociais e ideologias políticas poderão gerar sérios riscos aos princípios da dignidade humana e ao direito à liberdade, traduzindo, assim, violação ao próprio Estado Democrático de Direito.

Palavras chave: Felicidade. Dignidade. Liberdade. Violação.

ABSTRACT

This article will discuss the theme of happiness in family relationships, from a civil-constitutional perspective, with the aim of demonstrating that social prejudices and political ideologies can

create serious risks to the principles of human dignity and the right to freedom, thus translating into violation of the Democratic State of Law.

Key-words: *Happiness. Dignity. Freedom. Violation*

1. INTRODUÇÃO

Nos momentos mais remotos de nossa história, a família já estava presente na vida humana, visto é nesse núcleo essencial, que o ser humano nasce e se desenvolve.

Com o passar do tempo, as relações familiares foram se modificando, deixando seus membros de ficar ligados por vínculos dissociados do verdadeiro afeto, uma vez que a felicidade, como princípio implícito no princípio da dignidade humana passou a ter maior valoração do que as tradições sociais e alguns preestabelecidos.

Assim, o presente artigo discutirá a temática, inicialmente trazendo uma evolução da família, bem como, do princípio da dignidade humana. Depois, apresentará as novas convicções sociais

¹⁵⁶ Possui graduação em Direito e mestrado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professora da Universidade Estácio de Sá, professora convidada da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro e da pós-graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Coordenadora da pós-graduação de Direito Civil e Processual Civil e de Direito

Público da Universidade Estácio de Sá. Autora de obras em Direito das famílias e em Direito Processual Constitucional. Pesquisadora com ênfase em Direito, principalmente nos temas: lide e processo e família e afetividade. Advogada militante.

sobre a elas, os prejuízos e retrocessos que a lei civil referente às famílias poderá sofrer por preconceitos e interesses políticos, todos violadores do direito à liberdade e do princípio da dignidade humana.

2. O DIREITO DAS FAMÍLIAS E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

O conceito de *família* foi deveras ampliado, diante de vários princípios consagrados na Carta Constitucional de 1988, podendo ser reconhecida a família formada por pai, mãe e filhos, por linhagem em linha reta ou colateral uniparental ou multiparental, parental ou anaparental, unindo pessoas por afinidade e ou por mera afetividade. A família homoafetiva também está incluída, pouco importando conceitos antes estabelecidos ou condutas que, aos olhos da sociedade mais retrógrada, seriam os mais corretos, razão pela qual o direito que regula tais grupos de afeto, passou a tratar de Direito das Famílias.

Tal posicionamento não poderia ser diferente, se associado aos princípios e Direitos Constitucionais. Se uma avó cria sozinha o seu neto, vez que este teve seus pais mortos ou, e hipótese diversa, se esse neto foi abandonado por seus pais, e evidente abandono afetivo e

material, tal avó não mantém com esse neto uma estrutura familiar?

Os casais que se unem por afeto e trazem seus filhos para juntos formarem um novo grupo afetivo, em que seus membros se amam, respeitam-se e vivem juntos, em total consagração da afetividade e da solidariedade, não podem viver em unidade familiar sem preconceitos?

A questão é muito mais ampla do que parece, pois, na verdade, a grave questão de preconceito a que passamos a vivenciar, aqui também incluída, a mascarada ou não questão de posições políticas e sociais homofóbicas, núcleos desta discussão hipócrita, acabará por trazer retrocessos ao direito das famílias e a outras formas de reconhecimento dela.

Pensamentos retrógrados fundamentam posição política e preconceituosa, violadora do princípio da isonomia e, por que não afirmar, violadora também do princípio da solidariedade, na ideia de que o afeto não pode ser considerado elemento construtivo de uma relação ou para constituição de famílias que não ostentem, apenas as concepções tradicionais.

Tal pensar não pode prosperar. Na sociedade contemporânea temos inúmeros arranjos de uniões que levam

ao conceito de família. Na verdade, o mais importante elemento do núcleo familiar é a afetividade existente entre seus membros, não podendo somente ser reconhecida a união entre homem/mulher como entidade familiar, mas, sim, ter-se na reunião de pessoas que, pelos vínculos de sangue, afinidade e, especialmente, ou tão somente, de afeto e solidariedade, agregam-se buscando o bem comum, a formação de valores essenciais e a paz social. Tal visão da família baseia-se, em especial, nos princípios da dignidade humana e da felicidade.

Muito se tem abordado no ordenamento jurídico acerca do princípio da felicidade, que seria inerente ao princípio norteador de todo o texto constitucional, no que concerne aos cidadãos, qual seja, o princípio da dignidade humana, em especial para definição e respeito ao instituto máximo de consagração da afetividade, que é a família.

O objeto do Direito das Famílias consiste nas relações geradas no núcleo familiar, o qual se incumbe de produzir inúmeras hipóteses nem sempre previstas pelo legislador derivado.

O ilustre professor Cleyson de Moraes Mello¹⁵⁷ com enorme clareza, elucida a questão:

Não resta dúvida que em assuntos relativos ao Direito de Família, o julgador sempre que possível deve afastar-se do processo mecanicista, dando maior relevo a jurisprudência e aos argumentos apresentados pelos advogados e pela doutrina, mais consentâneo com as questões dos valores e da justiça .

A sociedade busca constantemente pelo respeito às novas convicções e formações familiares.

3. DA VISÃO MODERNA DOS IDEAIS DE FELICIDADE

A nova visão das famílias baseia-se, em especial, nos princípios da dignidade humana e da felicidade.

Uma vez que o princípio da felicidade tem vinculação íntima com o princípio da dignidade da pessoa humana, é necessário tecermos algumas considerações sobre a dignidade humana e sua evolução.

São Tomás de Aquino referia-se a *dignitas*, defendendo a ideia de que o homem tinha dignidade uma vez que fora feito à imagem e semelhança de Deus,

¹⁵⁷ MELLO, Cleyson de Moraes. Temas Polêmicos de Direito de Família. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, p. 5.

tendo desenvolvido a capacidade de autodeterminação¹⁵⁸.

Nos séculos XVII e XVIII, a concepção da dignidade da pessoa humana passou por um processo de racionalização, restando mantida a noção fundamental de que todos os homens eram iguais em dignidade e liberdade. Entretanto, foi através de Kant que a dignidade da pessoa humana atingiu seu apogeu, haja vista a rediscussão feita por ele em relação ao conceito de pessoa. O renomado filósofo defendia a ideia de que somente os seres humanos racionais têm a faculdade de autodeterminação e a capacidade de agir em conformidade com a representação de certas leis¹⁵⁹. O próprio conceito do vocábulo dignidade confirma o pensamento kantiano: **consciência do próprio valor**¹⁶⁰.

Segundo Kant (*ibidem*), os seres humanos, em decorrência de sua potencial racionalidade são denominados pessoas, o que os difere das coisas e, em razão da natureza humana que ostentam, não podem ser vistos como um meio, eles são a essência de tudo e a razão de todo agir, uma vez

que o homem é um objeto de respeito, dotado de dignidade.¹⁶¹

De forma clara, o renomado filósofo deixou evidente o conceito de dignidade ao definir que tudo tem um preço ou uma dignidade e, em assim sendo, qualquer coisa poderia ter um equivalente, porém, quando essa coisa está acima de qualquer preço, não podemos falar em existência de equivalências, mas sim, na maior expressão da existência da dignidade.

Complementando seu pensamento, Kant (*ibidem*) declinava que a natureza racional não se traduz meramente como o princípio, mas o próprio fim, como fim em si mesmo e tal fator é de extrema relevância dentro do contexto da dignidade que declinava: “[...] o imperativo prático será, pois, o seguinte: age de tal maneira que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio.”¹⁶² (página)

Ainda citando o autor:

¹⁵⁸ Cf. HERDEGEN, M. Neyarbeitung von art. 1 abs *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 78.

¹⁵⁹ KANT, Emmanuel. **Fundamentos da Metafísica dos Costumes**. in *Os Pensadores*.

São Paulo: Abril Cultural, 1980. p. 58 *cit.*, p. 134 e 141.

¹⁶⁰ KOOGAN & HOUAISS. **Dicionário Houaiss**. 1 ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 142.

¹⁶¹ KANT, *op. cit.*, p. 59.

¹⁶² *Idem*, p. 59.

[...] supondo que haja alguma coisa cuja existência em si mesma tenha um valor absoluto e que, como fim em si mesma, possa ser o fundamento de determinadas leis, nessa coisa, e somente nela, é que estará o fundamento de um possível imperativo categórico, quer dizer, de uma lei prática. Agora eu afirmo: o homem – e, de uma maneira geral, todo o ser racional – existe como fim em si mesmo, e não apenas como meio para uso arbitrário desta ou daquela vontade. Em todas as suas ações, pelo contrário, tanto nas direcionadas a ele mesmo como nas que o são a outros seres racionais, deve ser ele sempre considerado simultaneamente como fim.¹⁶³

Neste diapasão, a dignidade é o valor que se reveste de tudo aquilo que não pode ser valorado, que não tem preço e, como tal, que não admite uma mera substituição.

Reale (ano), em sua obra *Introdução à Filosofia* deixou transparecer, com total exatidão, o posicionamento kantiano:

Quando Kant dizia – “Sê uma pessoa e respeita os demais como pessoas” – dando mandamento a força de um imperativo categórico, de máxima fundamental de sua ética, estava reconhecendo na pessoa o valor por excelência.¹⁶⁴

Agasalhando o entendimento de Kant, Cunha, assim entende:

O grande legado do pensamento Kantiano para a filosofia dos direitos humanos, contudo, é a igualdade na atribuição da dignidade. Na medida em que a liberdade no exercício da razão prática é o único requisito para que um ente se revista de dignidade, e que todos os seres humanos gozam dessa autonomia, tem-se que a condição humana é o suporte fático necessário e suficiente à dignidade, independentemente de qualquer tipo de reconhecimento social.¹⁶⁵

O ideal de entendimento acerca da dignidade humana, porém, significa muito mais. A dignidade perpassa por três valores distintos. Vejamos: o primeiro deles se traduziria como o próprio valor de cada ser humano. O segundo deles seria concernente à liberdade de cada indivíduo de ser feliz, num núcleo familiar dotado de solidariedade e de afetividade. Já o terceiro valor se traduziria nas limitações impostas à amplitude da dignidade, por força de valores sociais ou interesses políticos estatais.

A nova visão das famílias, à luz do entendimento daqueles que representam o Estado, está a causar graves violações do direito à liberdade, ao princípio da autonomia das vontades e da dignidade humana.

¹⁶³ *Idem*, p. 58.

¹⁶⁴ REALE, Miguel. **Introdução à Filosofia**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 168.

¹⁶⁵ CUNHA, Alexandre dos Santos. **A Normatividade da Pessoa Humana: O Estudo Jurídico da Personalidade e o Código Civil de 2002**. Rio de Janeiro: Forense, s/d. p.87 e 88.

Em total retrocesso da questão de ponderação de princípios e interesses, inclusive, valores religiosos de pequeno grupo da sociedade estão sendo lançados como os valores reais, violando de morte a laicidade do Estado.

Luís Roberto Barroso ao discutir a questão afirma, de forma categórica que: "... a Igreja e Estado devem ser separados, que a religião é uma questão privada de cada indivíduo, e que na política e nos assuntos públicos, uma visão racional e humanista deve prevalecer."¹⁶⁶.

Na verdade, o direito das famílias é muito mais importante do que preconceitos ou valores retrógrados. O comportamento humano e as regras sociais ou jurídicas nunca deverão estar afastados de afetos ou solidariedades, sob pena de se caracterizarem abusos, violação de liberdades e da própria autonomia das vontades, causando um grande abismo entre os preconceitos ilegais e a verdade social, traduzindo o verdadeiro sentido das normas.

O homem, embora se tenha uma visão individualista dele e de seus direitos, nada mais é do que membro de um complexo grupo social, em que as relações são fundadas em uma

enormidade de preceitos, de normas de conduta e de valores éticos e morais, que passam por constante evolução e construção, sendo relevante estudarmos o fato de que, somente através da felicidade e de mecanismos legais que a reconheçam e, efetivamente, implementem-na, é que conseguiremos afastar a individualidade e, concretamente, alcançar a efetivamente perquirida assim como a finalidade social da norma.

Não se pode ver nas transformações sociais e no aparecimento de novas famílias que não possuem, a mesma formação tradicional, um câncer que ameaça a sociedade.

Um dos elementos de maior importância do tema em discussão diz respeito à autonomia das vontades - somente o dano a terceiros pode autorizar restrição de direitos, mais especificamente, do direito à liberdade. Mill afirmava que "a única liberdade que merece o nome é a de perseguir o nosso próprio bem da nossa própria maneira".¹⁶⁷

Dessa forma, cada independentemente de sua formação familiar, deve ser respeitado, pois a dignidade é uma qualidade a ser

¹⁶⁶ BARROSO, Luis Roberto A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo, p. 72, ed. Forum, 4ª ed. 2016..

¹⁶⁷ MILL, Stuard. **On Liberty**. In Great Books of de Western World . 1971.

conquistada, sendo, pois, digno; aquele que assume, exerce e vê respeitada a sua condição de cidadão, independentemente preconceitos estabelecidos pelas tradições sociais ou por questões políticas e religiosas.

Em suma, as pessoas devem ter oportunizado o direito de se autodeterminar e de viver, seguindo as suas escolhas de vida, desde que tal escolha não traduza danos aos outros integrantes do grupo social, pois cada ser social é um ser dotado de moral e, como tal, deve ser respeitado.

Seguindo a ideia kantiana (ano), ninguém, nem mesmo o Estado, pode intervir na visão de felicidade do outro, tentando fazer crer que somente uma norma de conduta seria a adequada, vinculando-a a determinados valores sociais ou religiosos.

Cada ser humano tem o direito constitucional de buscar sua felicidade de acordo com suas concepções, inclusive; no direito das famílias, desde que não viole a liberdade e a autonomia da vontade dos demais seres que no grupo social com ele convivem ou ainda, que pensem diferente dele por convicções diferenciadas.

O princípio do dano como limitador das liberdades, porém, é relativo. Este pode pecar pelo excesso porque nem sempre o dano causado ao outro ser social justifica violação do princípio da autonomia da vontade, da felicidade, da dignidade ou restrições às liberdades, consagradas no texto constitucional; mas também pode pecar pela falta, porque em determinados momentos; a restrição às liberdades tem sido posta como admissível.¹⁶⁸

Felicidade é um substantivo designado como qualidade ou estado de feliz; estado de uma consciência plenamente satisfeita; satisfação, contentamento, bem-estar, originado na palavra grega *eudaimonia* (eu = bem, daimon = espírito), que significaria então “ter um espírito bom”.

Na visão aristotélica; a felicidade seria, pois, a finalidade da natureza humana, e seria perfeita, assim como a dádiva dos deuses, além de ser um bem supremo que a existência humana deseja e persegue. Porém, depende de bens exteriores para ser realizada, e a grande maioria das coisas que o homem faz é para atingir esse bem maior, que é a felicidade. Entende-se

¹⁶⁸ SARMENTO, Daniel. Dignidade da Pessoa Humana. Belo Horizonte. Editora Fórum. , 2019, p.165.

então que a felicidade é um bem inato ao homem e essencial para a vida.

Dessa forma e tão somente dessa forma que as novas famílias devem ser respeitadas nas suas mais diversas concepções, pois o que une aqueles integrantes é o amor, das mais variadas formas, afetividade essa que consagra a máxima da dignidade humana.

4. CONCLUSÃO

A nova hermenêutica constitucional não pode ser atropelada por interesses políticos ou por conceitos sociais e morais ultrapassados. Impõe-se uma real e profunda reflexão sobre o tema. A Constituição se realiza por suas próprias garantias, que consagram seu conteúdo.

O princípio da felicidade deve e tem que receber a devida reflexão legal, moral e social. As novas famílias devem ser respeitadas, uma vez que cada integrante tem o direito de manifestar escolhas à luz da lei civil e da norma constitucional.

Somente assim a atenção, o acolhimento e o suporte familiar se traduzem como elementos de completude da busca da felicidade humana, uma vez que a formação moral e da personalidade do indivíduo se

iniciam no seio do núcleo familiar, independente de sua formação.

A felicidade não pode ser dissociada da afetividade. O dever de amparo parental foi elevado como um dos alicerces da proteção à dignidade da pessoa humana e se atrela ao dever de preservar a higidez do desenvolvimento psicológico e mental dos seres que compõe cada núcleo familiar, consagrando suas liberdades.

Na verdade, as profundas mudanças no direito das famílias traduzem a gritante defesa daqueles que vivem como seres únicos, que respeitam a personalização não só do homem, como ser social, mas também de seu núcleo familiar, pouco importando a forma, passando aquela família a concretizar o próprio ideal de dignidade.

O afeto traduz a completude da dignidade humana e da solidariedade e visões e interesses políticos retrógrados ou valores tradicionais sociais não podem atropelar os avanços sociais, em especial, no direito das famílias, sob pena de se afastar a importância do homem, como destinatário das ações do próprio Estado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito*

Constitucional Contemporâneo. Ed. Fórum, 4ª ed. Cidade, 2016.

KANT, Emmanuel. Fundamentos da Metafísica dos Costumes. *In: Os Pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

MADALENO, Rolf. *Manual de Direito de Família*. Ed. Forense. Cidade, 2017.

MELLO, Cleyson de Moraes. *Temas Polêmicos de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. Ed. Cidade, 2002.

MILL, Stuard. On Liberty. In Great Books of de Western World, 1971;

REALE, Miguel. *Introdução à Filosofia*. 2 ed. São Paulo: Saraiva.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana*. Belo Horizonte. Editora Fórum. Cidade, 2019.

**IL CODICE LEUCIANO, LA
LEZIONE DI NAPOLI PER LA
FELICITÀ**

Massimiliano Verde¹⁶⁹

ABSTRACT

lo Statuto di San Leucio, la legislazione per la Felicità di Ferdinando IV di Borbone, poi I° re delle Due Sicilie: una realizzazione politica, sociale ed economica anticipatrice di secoli delle più avanzate conquiste sociali in tema di Famiglia, Proprietà ed Uguaglianza. L'esperimento di San Leucio quale realizzazione giuridico-sociale della pubblica felicità come codificata dai napoletani, Gaetano Filiangieri e dell'Economia Civile di Antonio Genovesi. L'anticipazione delle conquiste giuridiche in tema di libertà, uguaglianza sostanziale, rimozione delle disuguaglianze e benessere sociale. La realizzazione di un sistema di eguali e liberi, fondato e rivolto al bene comune, abolitore degli egoismi sociali per una economia degli interessi comuni, della protezione delle diversità, della donna, dei fanciulli. La città celeste agostiniana alla luce dell'umanesimo napoletano, ricondotta giuridicamente e socialmente, nella sostanza storica, alla città terrestre.

Parole chiave: pubblica felicità; uguaglianza, libertà, Ferdinando IV di Borbone

ABSTRACT

The Statute of San Leucio, the Ferdinand IV of Bourbon's legislation to the Happiness: a political, social and economic realization that anticipated several centuries before the most advanced social achievements in terms of Family, Property, and Equality. The experiment of San Leucio as the juridical-social realization of the public happiness as codified by the Neapolitans, Gaetano Filiangieri with the Science of Legislation and Antonio Genovesi with the Civil Economy. The realization of a system of equals and free, founded and directed to the common good, abolisher of social egoisms for an economy of common interests, to the protection of diversity, of women, of children. The legal and social realization of the Augustinian celestial city thanks to the Neapolitan humanistic tradition.

Keywords: public happiness; equality, freedom, Ferdinand IV of Bourbon, Civil Economy

¹⁶⁹ Dott. Massimiliano Verde

Dottore Magistrale in Scienze Politiche, formatore esperto del patrimonio linguistico storico-culturale della Campania; Presidente del gruppo scientifico internazionale "Accademia Napoletana" per la tutela e promozione della cultura e lingua napoletana. Interlocutore UNESCO per l'IYIL 2019 (International Year of Indigenous Language) e l'International Mother Language Day 2018 e 2019 per la lingua Napoletana; Membro ed amministratore del

gruppo "Language Rights, Derechos Lingüísticos, Lenguas en riesgo"; autore del primo corso di lingua e cultura napoletana realizzato secondo il QCER (CEFR) riconosciuto dal Comune di Napoli; collabora con l'AIAE (Association of Italian American Educators), l'Italian Community of Westbury (NY), la Real Academia de Cultura Valenciana, l'Institut d'Estudis Valencians, l'Università Capodistiana di Atene, la Universidad URCA do Cariri.

**In onore al 230° anniversario dalla
pubblicazione del Codice di San
Leucio**

Presidente Accademia Napoletana,

Tutela Lingua e Cultura Napolitane

*«Vera gloria del Re, documento del
secolo e impulso non leggiero alle
opinioni civili».*

1. INTRODUZIONE

Il 1789 non è sólo l'anno che cambiò le sorti della storia in Occidente ovvero quello dello scoppio della Rivoluzione Francese ma anche quello che vide, ancor prima della stessa, la realizzazione storica di principi di uguaglianza, solidarietà e protezione sociale dei lavoratori della donna e dei fanciulli che poi saranno sanciti nelle molteplici convenzioni internazionali dei diritti umani ma che purtroppo ad oggi, a differenza di quello Statuto, non vedono una concretizzazione né piena né generalizzata.

La colonia reale di San Leucio, situata sull'omonima collina, attualmente frazione del comune di Caserta (Campania, ora Italia), era il piccolo nucleo cittadino che, nelle

intenzioni di Ferdinando I delle Due Sicilie, sarebbe dovuto diventare la città modello di "Ferdinandopoli".

Città, Ferdinandopoli che purtroppo non venne mai alla luce a causa dell'invasione francese che portò alla realizzazione dell'effimera Repubblica Napoletana del 1799 (repubblica tra l'altro mai riconosciuta dal Direttorio di Parigi) poi crollata sotto la spinta delle popolazioni del Regno di Napoli che mai sentirono propria quella costruzione "passiva", imposta da conquistatori stranieri ("questo paese è mio, sono io che l'ho conquistato", citando il generale Championnet).

Il sito di San Leucio era stato acquistato dai Borbone come residenza di caccia ma Ferdinando, dopo la morte prematura del suo primogenito, lo adibì a sito per la lavorazione su scala industriale della seta. Oltre alle abitazioni per i lavoratori, il progetto prevedeva strutture educative e sanitarie. Una siffatta città ideale necessitava di un **codice di leggi** contenente i principi fondamentali che avrebbero dovuto guidare la comunità e favorirne il florido sviluppo.

Fu così che nel 1789 nacque lo **Statuto di San Leucio** o Codice Leuciano, ispirato ad ideali di uguaglianza sociale e di solidarietà. All'inizio della sua appassionante storia,

San Leucio vide arrivare commesse di seta da tutta l'Europa: tessuti del Vaticano, del Quirinale, dello Studio Ovale, le bandiere di Buckingham Palace e della Casa Bianca ne danno ancora oggi testimonianza. Oggi è patrimonio mondiale dell'Umanità.

2. PROBLEMATICATA

Il Codice o Statuto di San Leucio fu opera non di un repubblicano né di un rivoluzionario tout court ma di un monarca napoletano: Ferdinando I re, delle Due Sicilie.

Lo Statuto riceve la grande lezione della **Scienza della Legislazione** di Gaetano Filangieri e dell'**Economia Civile** di Antonio Genovesi, ovvero il programma attuatore del principio della **Pubblica Felicità** che secondo i due summenzionati napolitani deve essere alla base di uno Stato, improntato alla Virtù e all'Uguaglianza, al Progresso ed alle relazioni sociali, a differenza dell'Economia Politica britannica di Adam Smith finalizzata all'esclusiva ricchezza della Nazione.

La Scienza della Legislazione chiede alla Corona di farsi portatrice di una "rivoluzione pacifica", una sorta di modello di monarchia illuminata, secondo i canoni illuministici, da conseguire attraverso una seria *azione*

reformatrice da attuarsi sugli strumenti giuridici. Importanti sono l'affermazione dell'esigenza di attuare una *codificazione delle leggi* e una riforma progressiva dalla procedura penale, la necessità di operare una *equa ripartizione delle proprietà terriere* ed anche un *miglioramento qualitativo dell'educazione pubblica* oltre ad un suo rafforzamento su quella privata. Senza infingimenti, dunque, si delinea il destino del mondo moderno: "*Le ricchezze sono diventate il primo oggetto della legislazione*".

Dal seno stesso della nuova situazione sorgeva un'indicazione fondamentale. "*Lo stato crescente delle Nazioni d'Europa (...) è che il tutto si trova tra le mani dei pochi. Bisogna fare che il tutto sia tra le mani dei molti*". Insomma una comunità fondata sulla *reciprocità* e sulla creazione di legami di -fiducia tra le varie parti sociali per un vero *progresso civile* di una nazione, di cui ancor oggi si sente un disperato bisogno come ci ricordano le stesse Nazioni Unite.

La tradizione economica classica di derivazione anglosassone percorrerà invece vie diverse nel trattare della felicità, concentrandosi più sulla ricchezza delle nazioni e trascurando l'importanza delle vita civile, oggi

invece al centro di rinnovati studi economici.

Per Genovesi i cittadini e le loro virtù sono indicati come la vera base della ricchezza e della felicità di una nazione, più delle stesse materie prime. Infatti con l'ingegno è possibile risolvere i problemi e trovare soluzioni, mentre con *l'ignoranza* è impossibile raggiungere mete elevate od anche solo una ordinata vita sociale. *“La felicità di una nazione è inseparabile dalle vere virtù”*. *La terza cosa, che abbiám detto conferire alla grandezza e felicità d'uno stato, e la quale vuol essere considerata come primaria, sono il severo e casto costume, e le buone leggi scrupolosamente osservate, genitrici ed educatrici del costume”*.

I fini dell'economia devono essere connessi al benessere civile; lo Stato (ed il suo apparato) non è antitetico al benessere economico, individuale e sociale ma è chiamato ad assolvere il compito di **garante** e **promotore** in quanto espressione dell'interesse collettivo; la società con le sue caratteristiche, relazioni e valori, non è un sistema separabile da quello economico, ma strettamente *interdipendente*, quindi l'economia non è analizzabile astraendola dal sistema sociale.

Lo Statuto o meglio ancora la Legislazione di San Leucio si inserisce in quel filone filosofico culturale e *civile* ma anche della grande tradizione giuridica neapolitana che imbevve di sé il secolo XVIII in Europa e che diede dei fecondi sviluppi anche oltre Oceano, essendo noti infatti i rapporti di amicizia ed epistolari tra Gaetano Filangieri e Benjamin Franklin ad esempio, nella codificazione del diritto alla Felicità, cui Franklin è debitore al napoletano ma mentre negli USA rimane un principio, in San Leucio si fa programma politico e realizzazione giuridica e sociale. Esso è concretizzazione storica non sólo enunciazione giuridica.

La codificazione leuciana è a-utopistica, sorta di *reconductio ad unum* delle contraddizioni (Libertà-Uguaglianza) secondo la grande lezione di Vico, modello a-capitalistico oltre il capitalismo. Sarebbe bastato in un'epoca di proto-capitalismo? Non possiamo rispondere ma possiamo verificare come quel modello del *bene comune* sia oggi ciò che manca disperatamente alla società umana sull'orlo di un'estinzione “civile”.

3. TEMA

Il Codice Leuciano, composto di 5 capitoli e 24 brevi paragrafi, descrive

una società fondata sul lavoro, in particolare sulla *pari dignità tra i lavoratori*, e sul merito, nella quale sono riconosciuti il **diritto all’abitazione** (fornita dal sovrano al momento del matrimonio, insieme a ciò che è “*necessario pe’ comodi della vita*”), il **diritto all’istruzione gratuita** per uomini e donne, **la libera scelta del coniuge** garantita dal sovrano – contro ogni interferenza della famiglia di origine– **l’abolizione della dote femminile** e la **parità di genere nell’asse ereditario**. Inoltre, il Codice definisce un sistema di assistenza sociale straordinariamente avanzato per l’epoca: si prevede una “**casa degli infermi**” per i **malati** (e per l’annuale vaccinazione dei giovani contro il vaiolo) e una **cassa comune “di carità”** per i lavoratori “*non istato di potersi lucrare il pane*” (per vecchiaia, per infermità o invalidità).

Il Codice prevede la **garanzia di impiego** (si direbbe oggi di piena occupazione) per tutta la popolazione e l’**integrazione dei lavoratori stranieri**, che potevano acquisire gli stessi diritti dei cittadini leuciani se i loro costumi erano adeguati e se si applicavano assiduamente al lavoro, e stabilisce le pene per i trasgressori delle leggi. In questa sede esaminiamo la codificazione leuciana relativa alla **Famiglia** ed alla **Proprietà**.

Si può azzardare che il Codice Ferdinando anticipa di secoli in molti aspetti la c.d. **riforma del diritto di famiglia** ispirata ai contenuti programmatici della costituzione italiana del 1948 nonché a quell’**utilità sociale** in contrasto con la cui non può svolgersi l’iniziativa economica privata (art.41 Costituzione Italiana).

Il concetto di *utilità* ricorre in tutto il Codice Leuciano per la realizzazione di una società giusta, di eguali e solidale ove l’unica distinzione fosse il **merito**: “*pensai di ridurre quella Popolazione, che sempre più aumenta, utile allo Stato, utile alle famiglie ed utile finalmente ad ogni individuo di esse in particolare*” si legge nel Preambolo a cura del sovrano.

S’intende considerare le differenti epoche storiche ma alcuni punti sono da evidenziare in una possibile ed approssimata analisi comparativa giuridico-sociale tra il codice leuciano e codice civile italiano attuale ispirato alla costituzione repubblicana.

Esaminiamo da vicino quanto al **Diritto di Famiglia** le previsioni del codice civile italiano. Innanzitutto in questo viene sancito che nell’ambito del contesto familiare i singoli abbiano diritto a realizzarsi, ad esprimersi, a sviluppare la loro *personalità* secondo il

contenuto dispositivo dell'art. 2 della Costituzione Italiana, in una parola al “**benessere**”, espressione essenziale dell'evoluzione completa ed integrata della personalità umana.

Il Codice leuciano testualmente recita (De' Padri di famiglia): “*Il Padre è nell'obbligo di **sovvenire**, di **assistere**, di **sostenere insiem colla madre** i propri figli. **Entrambi** son tenuti di educarli e di procurar loro uno **stato di felicità** in questo Mondo*”. Ed ecco l'art.147 del c.c. italiano: “*Il matrimonio impone ad **ambidue** i coniugi l'obbligo di **mantenere, istruire, educare e assistere** moralmente i figli, nel rispetto delle loro capacità, inclinazioni naturali e aspirazioni*”. In una parola garantendo il loro *benessere* fondato sull'istruzione.

Il Codice Leuciano riprende programmaticamente quel **diritto alla felicità** elaborato dal Filangieri e progetto economico-sociale del Genovesi che è anche il fine concreto (e non sólo principio enunciato) di una giusta comunità umana che trova fondamento nella (società) naturale nella Famiglia fondata sul Matrimonio, (come puntualmente confermato secoli dopo dall'art.29 della Cost.Italiana: “*La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio*”).

Ma il Codice Leuciano anticipando di secoli la codificazione italiana repubblicana impone anche quell'**obbligo all'istruzione** quale *legge per la buona educazione de' Figli* (poi ripreso ex art.147 c.c.italiano) laddove espressamente: “*già è situata in Belvedere la Scuola normale, in cui s'insegna a' fanciulli, ed alle fanciulle sin dall' età di anni 6 il leggere, lo scrivere, l' abbaco; ma anche l'insegnamento “delle più perfette manifatture”, e tutte quelle altre arti , che hanno immediato rapporto coll'introdotte, ad oggetto di avervi quell'insieme , che indispensabilmente vi si richiede per l'economia, e per la perfezione*”(Leggi per la buona educazione de' Figli). Da notare che il sovrano rendeva d'obbligo l'istruzione per l'utilità “*di essoloro*” ovvero degli stessi figli, che pertanto venivano riconosciuti come soggetti “utili” ovvero per il raggiungimento del benessere non sólo della comunità ma anche di *loro stessi*.

L'esame qui in essere necessita anche di porre l'accento sull'obbligo ex art. 143 c.c italiano: “**Diritti e doveri dei coniugi**” derivante dal matrimonio, di reciproca **fedeltà, assistenza morale e materiale, collaborazione** nell'interesse della famiglia e alla coabitazione, conseguenza di una scelta d'amore.

E' qui evidente l'anticipazione statutaria leuciana nell'obbligo alla **mutua assistenza genitoriale** dei figli (*insieme colla madre*) onde garantire a questi ultimi quello status di felicità o di "benessere" dei futuri cittadini di uno Stato.

A questi cittadini sempre dal Codice Leuciano è fatto **obbligo** a loro volta l'"*aiutarsi l'un l'altro* (Doveri verso lo Stato, rapporti tra cittadini), precetto che ritroviamo in quel "*dovere di solidarietà*" puntualmente sancito nell'art.2.2 della Costituzione Italiana, richiesto inderogabilmente ai singoli cittadini e nelle formazioni sociali (quindi anche la Famiglia) *nelle quali si svolge la loro personalità*.

Obbligo alla **solidarietà** e fedeltà ed all'assistenza morale tra coniugi che intravediamo nel Codice Leuciano in quell'obbligo del marito verso la moglie "*di amarla, di difenderla e di garantirla da' pericoli e nella protezione e di vigilanza e **previdenza***" ma anche materiale, nell'obbligo "*agli **alimenti**, e alle fatiche più penose della vita*" e della moglie verso il marito alla "*tenera amicizia e cura sollecita per cimentare da più in più la cara unione*".

L'obbligo al lavoro (*fatiche*) dei cittadini sancito nel Codice Leuciano lo ritroveremo nella parte dedicata alla Proprietà ma già qui pare anticipare,

come meglio più avanti vedremo, quel "*dovere di ogni cittadino di svolgere, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società,*" sancito dall'art.4.2.Cost.Italiana.

L'educazione genitoriale nel Codice Leuciano deve tendere infatti a formare **cittadini operosi**, eguali, *solidali* perché "*l'amore è l'anima di questa Società*" e *l'amore* e non gli interessi particolaristici dei genitori, è alla base della scelta del coniuge per la formazione di una Famiglia attraverso il Matrimonio.

Il Codice Leuciano sembra donare per così dire quella *veste giuridica* all'amore coniugale ribadita dall'art.143 dell'attuale codice civile italiano nella previsione che il sentimento di amore voglia essere riconosciuto e insieme sorretto nella sua intrinseca debolezza "*passando di qui il significato profondo del matrimonio come istituzione, e dunque come essenziale momento di incontro fra persona e società*" (G. Campanini).

La portata "rivoluzionaria" del Codice Leuciano, per quei tempi ma non sólo, si concreta nella **libertà di scelta del coniuge**: "*nella scelta non si mischino punto i Genitori, ma sia libera de' giovini*", toccando alle ragazze accettare o rifiutare la richiesta di

matrimonio “*senza permesso-contestazione alcuna*” (Origine della popolazione di S. Leucio, De’ Matrimonj) e stabilendo per legge un’età minima a contrarre matrimonio “*l’età del giovine non dovrà esser meno di anni 20 e quella della fanciulla di 16*” e sempreché “*siano attestati dichiarati provetti nell’arte, a segno di potersi lucrar con sicurezza il mantenimento*” (Origine della popolazione di S. Leucio, De’ Matrimonj).

Il sovrano prevedeva la costruzione gratuita di nuove case per i novelli sposi (**prima istituzione di case popolari**) che godranno del rispetto della comunità grazie *all’arte* (ovvero a quell’attività o funzione che ritroveremo ex art.4 Cost.Italiana) *che già hanno appresa* mercè la costruzione di *scuole gratuite* realizzate dal sovrano medesimo (**istituto della gratuità della pubblica istruzione** finalizzata all’insegnamento di un’arte, di una “professione”) dimostrandosi così “*utili a loro, alle famiglie, allo Stato e che per tutto il tempo della lor vita non vivranno mai a peso di alcuno*”, avendo il sovrano per questo scopo “*provveduto questo luogo di macchine, di strumenti, e di artisti abili ad insegnar loro le più perfette manifatture*”.

Sembrano davvero notevoli le anticipazioni leuciane rispetto all’art.4

della Costituzione Italiana: “*La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto.*”

Ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un’attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società.

La non suggestione quanto all’anticipazione leuciana di questo *dovere* è contro provata dal fatto che addirittura il Codice di San Leucio prevedeva per i giovani di anni 16 (ai quali per legge era **garantito un lavoro** con orari prestabiliti) ma che “*non volessero impiegarsi nelle manifatture per mancanza di volontà...una Casa di correzione, col divieto di non poter mai più tornare*” (si potrebbe far facile ironia: altro che napoletani sfaticati!).

Il Codice Leuciano non sólo pone le **condizioni ma attua misure atte a garantire** istruzione e lavoro, affinché “*siano alleviate le famiglie dai pesi che ora soffrono e portandole ad uno stato da potersi mantenere con agio, e dandosi ai loro figli fin dalla fanciullezza mezzo di lucrar col travaglio per essi e per tutta la famiglia, del pane da potersi mantenere con comodo*”.

La legislazione leuciana regola una società in cui la Famiglia quale nucleo

fondante la società riceve *assistenza e protezione per il suo benessere e quella dei suoi componenti* e dove il sovrano, ovvero lo Stato subentra nell'attività genitoriale nel caso tale **garanzia** non sia naturalmente attuabile come nel caso di morte, prendendosi direttamente cura dell'educazione, del mantenimento dei fanciulli e "*per il "quotidiano alimento"*" attraverso una sorta di Previdenza Pubblica ovvero la **Cassa degli Orfani**.

Siamo in sostanza in presenza di un'eccezionale anticipazione di quanto enunciato dal Preambolo della **Convenzione Internazionale sui Diritti dell'Infanzia** del 1989, ratificata in Italia nel 1991 la cui espressamente recita: "*Convinti che la famiglia, quale nucleo fondamentale della società e quale ambiente naturale per la crescita ed il benessere di tutti i suoi membri ed in particolare dei fanciulli debba ricevere l'assistenza e la protezione necessarie per assumere pienamente le sue responsabilità all'interno della comunità*".

In questa sede anche : "*La famiglia è il nucleo naturale e fondamentale della società e ha diritto a essere protetta dalla società e dallo Stato*" (**art. 16.3 Dichiarazione Universale dei Diritti Umani del 1948**).

Nel Codice troviamo frequenti e ripetuti richiami all'uguaglianza quale

valore di riferimento dello spirito della legge della piccola colonia. Per esempio, in merito al **diritto di eredità** si legge: "*Abbian i figli porzione eguale nella successione degli ascendenti; nè mai resti esclusa la femina dalla paterna eredità, ancorchè vi sian de' maschi*". Ed ancora: "*ai figli succedano i Genitori, e i Genitori ai figli. Abbian luogo i collaterali, ma nel solo primo grado. In mancanza di questi succeda la moglie , ma nel solo usufrutto , e fino a che manterrà la vedovanza. Al nuovo impiegato non si darà, che la metà del soldo del defunto, quando quello lasci la vedova (con figli che non siano ancora in grado di lucrarsi il proprio sostentamento) alla quale si darà l'altra metà. Rimanendo poi la vedova sola , o con due figli almeno, che guadagnino già due carlini al giorno per ciascheduno , resterà alla vedova il solo terzo, ed il rimanente si darà al nuovo impiegato , per averlo tutto alla morte della vedova*".

Abolite le doti dal sovrano fino alla quarta generazione, restando a carico di questi quanto necessario alla moglie: "*Essendo lo spirito, e l'anima di questa Società l'eguaglianza tra gl'Individui, che la compongono, abolisco tra' medesimi le Doti, e dichiaro, che ciocché da Me sarà per beneficenza somministrato sarà solo per premio*

della buona riuscita, che gli sposi avran fatta nell'arte, e nel buon costume; beneficenza, che a loro accorderò col divino ajuto sino alla quarta generazione, dopo di che la donna porterà il solo necessario corredo dovendo aver dopo la morte de' Genitori, la parte eguale coi maschi” (De'Matrimonj).

Lo Stato dopo aver realizzato le condizioni concrete per rendere effettiva in sostanza la **piena occupazione per uomini e donne** si prodigava ad assistere alla costituzione del nucleo fondante della società, ovvero la **Famiglia**, nell'elemento fino ad allora più debole, la futura sposa.

Per la società dell'epoca grande rilievo assumeva sicuramente la **parità tra uomini e donne**, marcando un'uguaglianza tra i generi che veniva ribadita anche in un altro passaggio, laddove si specificava: «*Nessuno di voi pertanto, sia uomo, sia donna, presuma mai pretendere a contrassegni di distinzione [...]* A questo oggetto per evitar la gara nel lusso, e *il dispendio in questo ramo quanto inutile, altrettanto dannoso, comando, che 'l vestire sia eguale in tutti*». Come si osserva da questo passaggio, l'uguaglianza tra uomini e donne è in realtà inserita all'interno di un'architettura egualitaria più ampia che intende riguardare tutti i

membri della colonia senza distinzione. Ritorna ancora una volta la lezione del Filangieri e del Genovesi. Il lusso come spreco, dannoso per l'armoniosa relazione tra cittadini e quindi per la **pubblica felicità** (economia civile).

Infatti, nel Codice, l'eccessiva disuguaglianza è considerata un male per le conseguenze negative che essa avrebbe. Questa preoccupazione – benché controversa – è oggi diffusa tra molti studiosi della disuguaglianza, che mettono in guardia contro il suo alto prezzo in termini di **coesione sociale**, tasso di criminalità ed altri problemi sociali che compromettono il benessere della società nel suo complesso.

In questo modo veniamo ad esaminare più da vicino la questione dell'Uguaglianza e del **Diritto di Proprietà** nel Codice Leuciano anche in relazione all'attuale Costituzione Repubblicana Italiana. San Leucio o comunità finalizzata al benessere di tutti ovvero della felicità rispondeva ai seguenti principi che puntualmente troveremo nella costituzione repubblicana italiana del 1948 ed ancora una volta non ci sembra affatto azzardato tale accostamento. Lo Stato, come abbiamo più volte visto, deve realizzare la pubblica felicità, il benessere, l'abbattimento delle diseguaglianze, la valorizzazione del merito, portando la

popolazione ad una crescita armonica, solidaristica e civile (coniugando così sviluppo e progresso). Libera era l'iniziativa economica (bisogna che molto sia nelle mani di tutti) *“liberamente si permette a chiunque voglia, di aprire Forni, Macelli, Cantine ed ogni altra bottega di commestibili”* ma non ammesso lo spreco bensì invece incoraggiato il **risparmio** come contributo di solidarietà e previdenza **sociale** *“con l'obbligo di tener le provviste per comodo della Società”*. Il risparmio dunque a fini di utilità sociale secondo la Codificazione Leuciana ci riconduce a ciò che secoli dopo la Corte Costituzionale Italiana ha sancito come espressione del principio di equità-razionalità dell'art.3 Costituzione (*Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. E' compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese*). Si trattava dunque della codificazione di un sistema economico in cui la libertà

d'iniziativa economica fosse temperata o regolata *“dal principio fino alla fine dell'anno e di vendere a giusto prezzo i generi”* ancora una volta per *“comodo della Società”* o se vogliamo per fini di *“utilità sociale”* (di nuovo!) E lo Stato, nella figura dei Seniori democraticamente eletti dai Capi famiglia, sarebbe intervenuto ad una **regolamentazione** in una sorta di *“economia mista”* affinché *“se tra voi si trovi un' artista, privo di moglie, e di figli, o con questi, ma non in istato di lucrarsi il pane per loro, e pel povero padre caduto in miserie o per vecchiaja, o per infermità, o per altra fatal disgrazia, ma non mai per pigrizia, ovvero in infingardaggine; sia da tutti comunemente soccorso, acciò non si riducano nello stato di andar mendicando, che è lo stato più infame, e detestabile, che sia sulla terra”*.

Una sorta di **Stato sociale** ante-litteram che prevedeva anche a tale scopo una Cassa di Carità, con il **contributo obbligatorio** dovuto da ogni lavoratore di San Leucio. Ritorna per questa via quel *dovere inderogabile di solidarietà* espressamente previsto e richiesto dall'attuale Costituzione Italiana (art.2.2) e di *assistenza sociale* (art.38 Costituzione Italiana) che lo Statuto Leuciano codificava ben due

secoli prima della Costituzione repubblicana.

4. CONCLUSIONI

La comunità di San Leucio è una società che per la prima (l'unica?) volta storicamente riesce a combinare *libertà ed uguaglianza sostanziale*, di donne ed uomini **felici** in quanto membri di una comunità di fratelli in cui l'economia non è quella politica di Smith ma appunto quella civile del napolitano Genovesi, improntata sulla reciprocità, sociale, affettiva e spirituale e profondamente rispettosa del "creato". Una società concreta dell'amore tra gli uomini in cui "il mercato" ed il diritto di proprietà sono declinati in 'mutua assistenza', secondo l'intuizione programmatica del grande Antonio Genovesi, un'anticipazione originale che oggi sta vivendo una nuova giovinezza, e non solo in Italia. La felicità in siffatto sistema ma potremmo dire alla luce della contemporaneità, di ogni sistema realmente "umano", è **pubblica** o non è, poiché la ricchezza cercata contro gli altri produce malessere per tutti. Ma c'è qualcosa che va molto oltre: la felicità in San Leucio non è esclusivamente benessere economico o sociale bensì uno *status giuridico e sociale* permanente che sembra effettivamente combinare

nella realtà storica la *città terrena e città divina* agostiniana ma lo fa giuridicamente e socialmente appunto. San Leucio non a caso è patrimonio dell'Umanità.

San Leucio è la codificazione ed attuazione di un sistema delle buone leggi, per l'educazione di una comunità protesa al bene comune, a quell'amore sociale che, per Agostino, è lo specifico amore fraterno dei cristiani, l'amore dell'*agape*; che coincide, per lui, con la carità e con l'autentico "volere bene". Insomma San Leucio è realizzazione di un'utopia ma che in quel preciso momento finisce di essere utopia "civile", ma sistema politico, sociale, economico. L'attuazione dell'economia dell'abate Genovesi che ci ricorda che perciò stessa se non è civile è semplicemente incivile, mai eticamente neutrale, perché attività umana. Se l'impresa crea posti di lavoro, rispetta l'ambiente, lavoratori, società, migliora beni e servizi, è civile; se non lo fa è incivile, non c'è terza possibilità. La terza possibilità è infatti la distruzione dell'uomo e dell'ambiente sociale e naturale in cui si trova...

Ecco quali erano i principi giuridici del codice leuciano, cos'era San Leucio ed ecco a cosa era declinata la libera iniziativa e la proprietà in questa società spazzata via dalla "democrazia"

portata dalle baionette degli eserciti della rivoluzione francese. Un “esperimento” storico, economico e sociale formidabile, realizzato da quel monarca, Ferdinando IV di Borbone poi I delle Due Sicilie, passato alla storia ingiustamente come “re Lazzarone” (nell’accezione negativa di questo termine, datone per motivi politici dal giacobinismo che provvide alla distruzione dell’esperimento leuciano, appunto), i cui echi e le cui istanze sono tuttora delle conquiste da attuare per il genere umano, di cui molto ancora va analizzato e i cui principi e realizzazioni da riproporre in chiave contemporanea, auspicando non sia oramai troppo tardi.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

“Origine della popolazione di S. Leucio e suoi progressi fino al giorno d'oggi colle leggi corrispondenti al buon governo di essa” di Ferdinando IV, re delle Sicilie;

Maurizio Franzini e Eleonora Romano, “Prove di società giusta: San Leucio, 228 anni fa”, in *Eticaeconomia*;

Diego Lazzarich-Gianfranco Borrelli, “I Borbone a San Leucio: un esperimento di polizia cristiana”, in “Alle Origini di Minerva Trionfante, Caserta e l’utopia di

S.Leucio”, a cura di Imma Ascione, Giuseppe Cirillo e Gian Maria Piccinelli;

Annamaria Fasano, “La famiglia e il matrimonio”, in Giappichelli, *Matrimonio e Regolamentazione dei Rapporti*;

“ALLE ORIGINI DELLA CRISI. Genovesi. La rivincita dell’abate contro Adam Smith”, Luigino Bruni in “Avvenire” del 13 Gennaio 2013

**ALIENAÇÃO PARENTAL E
LESBOFOBIA: A CONSTELAÇÃO
FAMILIAR COMO
ALTERNATIVA AO ÓDIO**

**PARENTAL SALE AND
LESBOFOBIA: THE FAMILY
CONSTELLATION AS AN
ALTERNATIVE TO HATE**

*Paloma Leles Conceição de Jesus¹⁷⁰
Taysa Matos do Amparo¹⁷¹*

RESUMO

A família se perpetua como alicerce fundamental para a estruturação social. Esse padrão familiar é cada dia mais plural e diverso e, diante disso, surgem novos conflitos permeados de velhos preconceitos. O presente artigo apresenta a alienação parental na perspectiva lesbofóbica a serviço do machismo e da masculinidade hegemônica, que após a separação do casal heterossexual e a nova estruturação familiar da mulher numa relação lesboafetiva, desconstrói a relação entre mãe e filho. Por fim, apresenta a possibilidade de resolução do conflito e promoção de um ambiente familiar saudável através da Constelação

Familiar. Para tanto se utilizou o método bibliográfico e de caráter exploratório a partir do conjunto de obras sobre o assunto.

Palavras-chave: Alienação Parental. Família. Masculinidade Hegemônica. Lesbofobia.

ABSTRACT

The family perpetuates itself as a fundamental foundation for social structuring. This family pattern is becoming more plural and diverse, and new conflicts arise with old prejudices. This article presents parental alienation in the lesbophobic perspective at the service of machismo and hegemonic masculinity, which after separation of the heterosexual couple and new family structure of the woman in a lesboffective relationship deconstructs the relationship between mother and child. Finally, it presents the possibility of conflict resolution and the promotion of a healthy family environment through the Family Constellation. For this, the bibliographic method and exploratory character was used, from the set of works on the subject

¹⁷⁰ Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA); Extensionista em Mediação de Conflito no Observatório da Pacificação Social (UFBA); Extensionista em Justiça Restaurativa no Centro de Pesquisas Jurídicas (UFBA).

¹⁷¹ Doutoranda em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA); Mestra em Gestão em Organizações Aprendentes pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB); Especialista em Metodologia e Gestão do Ensino; Graduada em Direito; Professora Substituta da Universidade Federal da Bahia

(UFBA); Assessora da Ordem dos Advogados do Brasil Seção do Estado da Bahia; Coordenadora da Coluna Direito e Arte do Empório do Direito (<http://emporiiododireito.com.br/resultado>); Membro do Instituto Baiano de Direito Processual Penal (IBADPP); Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM); Parecerista do IBCCRIM (2018); Avaliadora Ad Hoc da Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM; Membro da Rede Brasileira de Direito e Literatura (RDL); Membro do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP).

Keywords: *Parental Alienation. Family. Hegemonic masculinity. Lesbophobia.*

1. INTRODUÇÃO

O estudo jurídico acerca da família, bem como as normas pertinentes às relações familiares, modifica-se em decorrência de mudanças e anseios sociais. Desta forma é imprescindível que se entenda o Direito como um instrumento social, ou seja, uma possibilidade de disciplinar normas a partir do comportamento da sociedade. Assim, a hermenêutica jurídica desenvolve-se em decorrência das relações sociais, interpessoais, e da relação entre sujeitos e Estado (FARIAS; ROSENVALD, 2018). Acreditar que o Direito molda a sociedade é perigoso. Esta crença passeia pela atecnia, além de guardar certa ingenuidade acerca do estudo da sociedade e do próprio Direito.

Em vista do exposto, pretende-se compreender uma parcela peculiar da sociedade e fundamental para a

formação do indivíduo: a família. Analisar o conceito e as estruturas familiares dentro de uma perspectiva de “lesboafetividade”¹⁷² e gênero foi o desafio que impulsionou a escrita deste artigo.

Nessa perspectiva, o objetivo central é discutir as possibilidades de uso da alienação parental¹⁷³, a serviço da lesbofobia¹⁷⁴, e os danos causados para além da família e da parte alienada. Para isso, propõe-se aqui uma leitura preliminar acerca da família “lesboafetiva” e de sua invisibilidade. Em seguida, discute-se a projeção da família para além da heteronormatividade, ainda que a figura masculina não exista fisicamente, mas paire no imaginário coletivo como fundamental. Por fim, a apresentação da Constelação Familiar como ferramenta terapêutica para o estabelecimento/restabelecimento do vínculo familiar e desconstrução do padrão social lesbofóbico, machista e heteronormativo, apresentando a

¹⁷² Entende-se por lesboafetividade as relações afetivas estabelecidas entre mulheres. A escolha pela utilização do termo “lesboafetividade” em detrimento de “homoafetividade” enfatizar as singularidades e especificidades das relações sexo-afetivas entre duas mulheres.

¹⁷³ Segundo a Lei n.º 12.318/2010, a Alienação Parental é uma forma de induzir ou promover o afastamento da criança ou adolescente da convivência com o outro genitor causando prejuízo na manutenção dos vínculos

com este, como interferindo negativamente na formação psicológica da criança ou do adolescente. Cf. BRASIL, Lei n.º 12.318, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre alienação parental e altera o art. 236 da Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível no sítio eletrônico www.planalto.gov.br.

¹⁷⁴ Entende-se por Lesbofobia as várias formas de negatividade e situações de violência que atingem as mulheres lésbicas, seja em sua individualidade, seja em suas relações sexo-afetivas ou como um grupo social.

Constelação Familiar e o Direito Sistêmico como caminhos para o estabelecimento de uma vivência saudável no ambiente familiar e fora dele.

2. AS TRANSFORMAÇÕES SOCIAIS TECENDO A FAMÍLIA: O DIREITO ALÉM DAS PERCEPÇÕES HETERONORMATIVAS

O núcleo primário de constituição do indivíduo enquanto ser social, civilizado, inserido e exposto à coletividade, bem como o modelo para as primeiras experimentações entre o sujeito e a percepção de autoridade e suas linhas iniciais de autoconhecimento e reconhecimento enquanto possuidor de direitos e deveres é, sem maiores questionamentos, a família.

A formação embrionária do ser enquanto indivíduo, reconhecendo-se como parte de um coletivo, projeta-se a partir do núcleo familiar, ambiente extremamente fecundo para experiências públicas e privadas de felicidade, amor, frustração, dor, perdas, conquistas, demonstrações de violência, afetividade, respeito e outros tantos sentimentos e suas expressões.

Embora pare no imaginário coletivo, o que é uma família, por mais importante e essencial que seja essa

instituição, não existe uma definição rigorosa a fim de a conceituar (CECCARELLI, 2007). Não indiferente às perspectivas políticas, sociais e culturais do ambiente de sua criação, ainda que figure como diversa, livre e isonômica, a Carta Magna Brasileira, capilar que permeia toda e qualquer relação jurídico-legal no conjunto de normas e regras do Estado Brasileiro, destacou a importância da família, bem como o valor de sua proteção com um diferencial notadamente parental:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. (BRASIL, 1988).

Vê-se que a Constituição Federal de 1988 (CF/88) não se furtou à conceituação de entidade familiar, discorrida no artigo 226 em seus terceiro e quarto parágrafos, respectivamente. Embora seja de fundamental importância para o regramento jurídico, bem como para a instrumentalização do próprio Direito e da sociedade, a Lei Maior,

assim como a sociedade em que se contextualizou, manteve o padrão de invisibilidade de outras conjunturas familiares, dentre elas, no caso específico a ser desenvolvido neste artigo, a formação familiar lesboafetiva.

Ainda que o estudo da família seja um material vasto para inúmeras discussões e entendimentos e que seja compreendido como um tema para amplas percepções, observações, descrições e análises, não há rigorosidade para que se conceitue a família, uma vez que a definição desse aparelho social varia de acordo com a sociedade e com a época. Como afirmou Brito (2013, p. 78),

[...] família é palavra que não oferece um conceito fechado — nem para a Antropologia, nem para o Direito —, mas que pode ser estudada como uma noção processual, dinâmica, visto que é uma instituição cultural e, por isso, modifica-se geográfica e historicamente.

Para Santiago e Feitosa (2011, p. 33), “a realidade urbana brasileira apresenta uma grande variedade de arranjos familiares”, entretanto, as relações familiares diversas às construções heteronormativas, embora existentes, permanecem veladas. Já a família parental, patriarcal e/ou derivada da relação afetiva/familiar heterossexual, ainda que em falta de um de seus membros nucleares, dispõe da

proteção da Lei Fundamental do País. Daí infere-se que nada se constituiu além do heteronormativo e com o pai como figura central, uma vez que a CF/88 avançada e extremamente vasta, também se permeou da toxicidade de uma sociedade que nega e repele a existência de formações familiares homoparentais.

Ao longo do processo de democratização do Estado Brasileiro, avanço e conquista de direitos pertinentes ao reconhecimento social e jurídico, a partir da mobilização dos movimentos sociais — com destaque para os Movimentos Negros, Feministas e LGBTQIA+⁶—, as configurações relacionadas ao conceito de família modificaram-se, caracterizando-se, sobretudo, pelo reconhecimento e estudo de núcleos familiares mais diversos e amplos (RODRIGUES; GOMES, 2012). A doutrina jurídica abriu-se para uma concepção mais ampla e fluida das percepções familiares, acompanhando as mudanças e anseios sociais, aprofundando-se nas leituras das outras ciências sociais, bem como em seus estudos.

Diante do exposto, reconhece-se que o Direito no Brasil também caminhou positivamente, ainda que sob a coação de movimentos sustentados por concepções de família baseados em dogmas religiosos e vertentes político

parlamentares, que negavam abertamente o direito de setores sociais multifacetados e diversos do que se tem como família tradicional, configurada a partir da mola propulsora do sistema colonial brasileiro agrícola, colonial e patriarcal. (FARIAS; ROSENVALD, 2018)

No ano de 2011, diante do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277 (ADI 4277) e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 (ADPF 132), ainda que pressionada por grupos pró-família tradicional, a Suprema Corte Brasileira adotou a união homoafetiva como real, reconhecendo como um vínculo também a ser protegido pelo Direito. Em seguida, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) celebrou a Resolução 175/2013, em face de notabilizar a conversão da união estável em casamento civil, uma vez que os cartórios não deveriam rejeitar a habilitação, celebração e ou conversão da união estável de pessoas de mesmo sexo em casamento.

Na mesma direção caminhava o Superior Tribunal de Justiça (STJ), uma vez que, para as cortes, não havia obstáculo para reconhecer a união formal entre casais homoafetivos, amparados sob o argumento de que a expressão da sexualidade ou afetividade não

fundamentaria o tratamento discriminatório, nem encontrava suporte na CF/88. Desta forma, o CNJ seguiu com o entendimento das duas cortes.

A mudança do judiciário brasileiro e a explicitação do reconhecimento do casamento homoafetivo figuraram como um marco, pois ainda que a isonomia e não discriminação fizessem parte da forma motriz da Constituição de 1988, fez-se de extrema necessidade o reconhecimento do casamento e união de pessoas do mesmo sexo, pois que ampliou a concretização do direito à dignidade e rede de proteção, não só às uniões destacadas nesse artigo, como à própria ideia de instituição familiar.

Pesquisadores das mais diversas áreas têm corroborado a necessidade de reconhecimento das famílias homoparentais. Estudiosos da dogmática jurídica familiar têm, inclusive, desvinculado-se do conceito de família amparado, sobretudo, nas doutrinas religiosas, dominantes que baseiam formação familiar, apenas, a partir da união heteroafetiva.

Nesse contexto, não existe mais proteção de família pela família. O que deve haver é o amparo do indivíduo em virtude de sua própria existência enquanto ser humano, bem como a proteção e fomento de um núcleo

familiar adequado onde esteja inserido. Diante disso o que se deve buscar é valorização, respeito às especificidades e dignidade.

A proteção familiar deve estar intimamente ligada à liberdade, respeito à diversidade, isonomia e à própria dignidade em se por diante da sociedade e do Estado. A noção de família acompanhou a diversidade e as transformações sociais, assim como o Direito, ao debruçar-se sobre o estudo dos vínculos afetivos e às ações que deles decorrem no aspecto patrimonial e assistencial (FARIAS; ROSENVALD, 2018).¹⁷⁵

3. A MASCULINIDADE HEGEMÔNICA E O DISCURSO LESBOFÓBICO: DANOS PARA ALÉM DA ALIENAÇÃO PARENTAL

O avanço social e econômico e a modificação da própria sociedade apoiados pelos movimentos feministas acerca do lugar do homem tornaram-se

emergenciais no discurso vanguardista a respeito da democratização sexual, com um destaque para o estudo psicanalítico, na observada não padronização natural acerca da sexualidade humana (CECCARELLI, 2007).

O estudo do protagonismo feminino em relação às conquistas econômicas, políticas e sociais, de notável importância na atualidade, não descarta a necessidade de perceber o machismo, a misoginia e a lesbofobia, movimentos perigosos que junto ao racismo transitaram na contramão das gerações de luta feminista, LGBTT e racial no Brasil, opondo-se à conquista pela liberdade, respeito, equidade e dignidade do gênero feminino, sobretudo em relação às mulheres negras.

Para entender o quão danoso se torna um discurso estruturado sobre uma perspectiva de dominação masculina de controle e força sobre o feminino, é imprescindível compreender o que se entende por masculinidade hegemônica. Conforme salientam Connel e Messerschmidt (2013), pode-se

¹⁷⁵ “[...] o conceito de núcleo familiar estável não pode ficar restrito às fórmulas clássicas de família, mas pode, e deve, ser ampliado para abarcar uma noção plena de família, apreendida nas suas bases sociológicas [...]. O primado da família socioafetiva tem que romper os ainda existentes liames que atrelam o grupo familiar a uma diversidade de gênero e fins reprodutivos, não em um processo de extrusão, mas sim de evolução, onde as novas situações se

acomodam ao lado de tantas outras, já existentes, como possibilidades de grupos familiares [...]. Nessa senda, a chamada família anaparental — sem a presença de um ascendente —, quando constatado os vínculos subjetivos que remetem à família, merece o reconhecimento e igual status daqueles grupos familiares descritos no art. 42, §2, do ECA(Estatuto da Criança e do Adolescente)” (STJ, RESP. N. 1.217.415/RS, 3ª Turma, Min. Rel. Nancy, D.J. 19/06/2012).

entender como um padrão de práticas que possibilita a dominação histórica de homens sobre mulheres, a masculinidade hegemônica foi normatizada e incorporada como a “forma mais honrada de ser um homem” (CONNELL E MESSERSCHMIDT, 2013, p.245).

Apesar de não ser necessariamente adotado por todos os homens, o ideal hegemônico atrelado à masculinidade pode nortear o comportamento de homens e mulheres, inclusive permeando todas as outras formas de exercício de masculinidades, sendo o alicerce que constrói uma ideia universal do que consiste em “ser homem” e como deve ser seu comportamento diante das mulheres, da sociedade e do mundo (CONNELL E MESSERSCHMIDT, 2013).

Mesmo não obedecendo aos critérios de força física e exercício de poder propriamente ditos, ou subjugando fisicamente os demais, a hegemonia aqui aplicada ao conceito de masculinidades opera em virtude da chamada “cumplicidade masculina”. Longe de ser sinônimo de violência, o poder hegemônico da masculinidade se afirma quando se nota que aos homens é dado o benefício decorrente da estrutura patriarcal da sociedade, que lhes permite conquistar e impor um poder através da cultura, da ascendência e da persuasão,

sem que precisem usar a violência, embora essa não seja dispensada (CONNELL E MESSERSCHMIDT, 2013).

Dentre várias problemáticas que perpassam pela noção de masculinidade hegemônica e seus impactos nas relações sexo-afetivas, o comportamento tóxico, que caracteriza relacionamentos abusivos é uma característica frequente. A toxicidade nas relações dos homens sobre as mulheres, ainda que combatida, permanece ganhando novos moldes para a aplicação de violências antigas.

Em relação aos relacionamentos lesboafetivos, o exercício dessa masculinidade tóxica e hegemônica esbarra não só numa perspectiva homofóbica — ou melhor, lesbofóbica — explícita com a legitimação social da invisibilidade das uniões entre duas mulheres. Além disso, perpassa por uma subjetividade perversa e ainda mais tóxica, haja vista que o corpo da mulher é coisificado e transformado em mero instrumento de desejo e satisfação de um imaginário coletivo fetichista e machista, em que a mulher permanece objetificada.

Em larga medida a figura feminina ainda é concebida apenas como mero instrumento de concretização de um núcleo familiar e vista unicamente como aquela a quem cabe gerar a prole que descende do homem. Esta percepção

do feminino baseia-se numa cultura patriarcal, machista e misógina, alicerçada na sobreposição do homem em relação à mulher; da submissão do feminino em relação ao masculino e na objetificação do gênero e do corpo feminino, dando-lhe um tratamento peculiar, segundo o qual o corpo feminino não pertence à mulher, sendo apenas mais uma propriedade anexa ao conjunto de propriedades do homem.

A Lei 12.318/2010 dispõe sobre alienação parental com o objetivo coibir a invisibilização, descaracterização, menosprezo e desqualificação da figura materna ou paterna em razão de uma separação ou distanciamento de um dos genitores no término do relacionamento ou na iminência dele. Numa família heteronormativa, a figura do pai ou da mãe é notadamente distorcida quando apresentada à criança. Dá-se, assim, uma espécie de morte simbólica de um dos genitores e o filho(a) torna-se “órfão de pai/mãe vivo”. Desse processo pode decorrer o apagamento de lembranças afetivas, possibilitando inclusive o falseamento de memórias.

A expressão em inglês “Parental Alienation Syndrome” traduz-se em Síndrome da Alienação Parental e foi cunhada por Fichard Gardner em 1985, ao se referir às ações judiciais norte-americanas relacionadas a combates

entre os genitores, que em busca de romper os vínculos afetivos entre as crianças e os pais, investiam contra a imagem do cônjuge em vista de tomar a guarda dos filhos (GONÇALVES, 2014).

O art. 2º da Lei 12.318/2010 apresenta formas exemplificadas de alienação parental daquelas que podem ser declaradas, constatadas ou praticadas por terceiros:

- I – realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;
 - II - dificultar o exercício da autoridade parental;
 - III – dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;
 - IV- dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;
 - V- omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;
 - VI- apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;
 - VII – mudar o domicílio local, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.
- (BRASIL, 2010)

A partir do exposto no referido artigo, o magistrado tem a possibilidade de entender, conforme os dados levados e provas apresentadas, outras ações que possam figurar como alienação parental. Como se vê, a lei apresenta uma

configuração diferenciada do primeiro conceito relacionado à alienação parental, já que contempla não só os genitores, como os avós ou quem quer que tenha o menor sob sua guarda, e em razão de sua autoridade impossibilite o vínculo saudável entre o filho e o não guardião/não guardiã.

Importa ressaltar que a alienação afeta o crescimento e desenvolvimento infanto-juvenil e embora cada indivíduo encare os desafios e a vida de acordo com sua personalidade, as reações aos estímulos da vida adulta estão intimamente ligadas às percepções e experimentações da infância. Ocorrem momentos mais tensos e que podem provocar danos para além da primeira fase da vida, como experiências relacionadas ao abandono familiar, ausência das figuras que configuram o núcleo da instituição familiar, violência em suas diversas manifestações e outras ações danosas à saúde física e psíquica do indivíduo (ASSIS, 2005).

Como mencionado antes, o falseamento de memórias é um dos impactos da alienação parental. A criança ou adolescente alienado torna-se incapaz de distinguir o que é real ou fantasioso, sendo comum que acredite no que lhe é passado pelo alienante, principalmente em virtude da relação de

confiança e afeto construída entre ambos.

As violências sofridas no ambiente familiar, quando não observadas e tratadas, revelam-se potencialmente ainda mais perigosas na vida adulta. Uma infância experimentada na presença constante do machismo, abuso doméstico e lesbofobia, não só expõe o menor ao sofrimento como pode projetar tais comportamentos na vida adulta.

Diante do exposto, entende-se que a ampliação da noção de família para além da heteroafetividade e da compreensão binária fundamentada nas figuras do pai e da mãe é ratificada levadas em consideração as formações familiares lesboafetivas. Nesta perspectiva, a alienação parental aliada à lesbofobia se configura se, ao término de uma relação sexo-afetiva heteronormativa, a mulher inicia um relacionamento lesboafetivo e passa a ser vítima de agressões e violências simbólicas e indiretas praticadas pelo ex-cônjuge em razão de sua orientação sexual, para que desta forma sua imagem e o seu poder familiar sejam desconstruídos diante do menor, projetando-se no imaginário da criança a desconstrução da imagem da mãe, usando majoritariamente argumentos

depreciativos relacionados diretamente à sua orientação sexual.

4. CONSTELAÇÃO FAMILIAR COMO FERRAMENTA TERAPÊUTICA CONTRA A ALIENAÇÃO BASEADA NA LESBOFOBIA

Nas situações em que a alienação parental é aliada à lesbofobia, no âmbito da resolução de conflitos a constelação familiar aparece como um caminho possível e fecundo. Em situações de crise, a vontade de exterminar se alimenta da necessidade de sobreviver. Estanto em perigo, a fuga é sempre uma alternativa e a vontade de exterminar está também relacionada ao ato de escapar da violência alheia. Assim, expurgar o adversário do caminho é o ápice da vontade de extermínio, pois em princípio não apenas se quer se livrar do outro, mas também se apropriar de seus pertencimentos. A lei define fronteiras para limites mortais, impedindo o uso da violência como solução de conflitos, seja individualmente ou em relação aos grupos mantidos sob subordinação (HELLINGER, 2007).

O Estado possui o monopólio da força e da subordinação do indivíduo às suas vontades e às normas de controle social, de maneira que a necessidade de vencer e/ou dominar o outro tenha

limites bem demarcados. O domínio estatal alcança todos os capilares sociais. Desta forma a instituição familiar também reflete e se submete à sua força.

Ao longo do processo de maturação, emancipação social e democratização do Estado brasileiro, acenderam-se discussões mais amplas em relação às técnicas de dissolução dos litígios. A necessidade de promover o protagonismo do indivíduo frente à autocomposição urgiu. Diante disso o uso de instrumentos terapêuticos de outras áreas da ciência passou a transversalizar a instrumentalização do Direito.

A resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, confirmou a importância em ver o Direito para além de mero instrumento técnico, mostrando que a resolução de conflitos deve ser compreendida de maneira mais universalizada e humana.

Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe, nos termos do art. 334 do Novo Código de Processo Civil combinado com o art. 27 da Lei de Mediação, antes da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão (CNJ, 2010)

O marco normativo supracitado destaca o reconhecimento do Judiciário acerca de métodos alternativos para a

solução das lides, denotando resultado da busca pela transformação e humanização do olhar jurídico, numa perspectiva de Direito de Família.

A Constelação Familiar é uma alternativa palpável para diluir os conflitos intrafamiliares, sobretudo na quebra de ciclos de danos relacionados à violência de gênero. A técnica estudada e difundida por Bert Hellinger baseia-se no reconhecimento e aplicação de regras ligadas à perpetuação de um clã e que compõem o comportamento do indivíduo e os entendimentos das repetições de padrão, a saber: hierarquia, pertencimento e equilíbrio.

No Brasil, tais regramentos foram aplicados *prima facie* no Direito de Família pelo juiz Sami Storch, para a solução dos conflitos nas ações familiares recebidas pelo Tribunal de Justiça da Bahia. O conjunto de técnicas desenvolvidas e aplicadas pelo magistrado foi batizado de Direito Sistemático.

Na aplicação das técnicas de Constelação Familiar pode-se avaliar como o destino influenciará o indivíduo em determinados períodos, de forma que, ao seu alcance, possa haver uma espécie de reconciliação e o estabelecimento de uma relação amigável, mas não necessariamente menos densa. Cada indivíduo próximo se

torna parte de nosso destino, assim como nós também nos tornamos parte do destino do outro, como num emaranhado de destinos pessoais. (HELLIGNER, 2007).

Em vista do entendimento acima, infere-se que a vida de uma pessoa, assim como seu destino, está intimamente ligada à relação com as personagens que protagonizam suas experimentações. Logo, as faltas, repetições e reações ao longo de sua trajetória também são reflexos de sua vivência infantil. Desta forma percebe-se também que a replicação de padrões sociais depreciativos baseados numa vivência de violência e falta de uma figura central no núcleo familiar — a mãe —, repercute não só na infância, mas na vida adulta e nas gerações posteriores.

Hellinger defende que fugir da culpa ou do destino deságua na assunção de fardos alheios, adotados por outro indivíduo. Numa conjuntura familiar, essa personagem toma a responsabilidade do destino alheio como seu. Quando esse movimento é detectado nas constelações, há possibilidade de desprendimento, ainda que parcialmente e tal situação é entendida como uma espécie de libertação.

Diante das percepções das conjunturas de violência, machismo e

lesbofobia aliadas à leitura de Hellinger (*ibidem*) e sua percepção acerca da Constelação, acredita-se que pode haver quebra de um padrão danoso à interação familiar e repetição de abusos, uma vez que constelados os indivíduos se percebem em outro contexto familiar, possibilitando amenizar o distanciamento entre os sujeitos e os reflexos do afastamento e da violência vivida a partir das práticas lesbofóbicas no âmbito familiar.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito de Família acompanhou o desenvolvimento das transformações sociais protagonizando as mudanças basilares dos instrumentos jurídicos, assim como a modificação da postura dos operadores do Direito. O uso de instrumentos terapêuticos nas ações de família é uma realidade que se multiplica nos tribunais brasileiros. Porém, problemas antigos relacionados às práticas misóginas e lesbofóbicas também continuam a acontecer e evidenciam-se a cada dia, desvelando-se em violência, dor e abandono dos laços afetivos.

A abordagem negativa das questões de gênero e lesbofobia, além de atingir a criança, levam a morte psíquica e simbólica da figura da mãe, ainda que

a progenitora seja a guardiã do(a) menor. Tendo em vista a infinidade de possibilidades de alienação destacadas em linhas anteriores, esta não figura somente como um dano psíquico causado ao guardado, mas o adoecimento da própria genitora, bem como seu olhar diante do filho e do mundo.

O direito ao poder familiar e exercício da maternidade pode se equilibrar dentre outros argumentos sobre a perspectiva dos direitos fundamentais e de personalidade. Diante dos princípios consagrados constitucionalmente (SAPKO, 2005), entende-se como fundamental para a jurista, ao propor a técnica de Constelação, a compreensão de que não se está apenas diante de uma relação de saúde do(a) menor, que sofre a alienação, mas também se está diante do direito de exercer a maternidade de maneira plena, sem que, por força de enquadramentos sociais permeados de preconceitos, perca-se um direito tão fundamental como o de poder ter um ambiente familiar sadio.

A Constelação familiar traz uma possibilidade de experimentar quebra de laços e repetições maléficas ao indivíduo, vivenciados a partir de uma relação familiar desajustada, baseada na falta, na violência, no afastamento e nas

experimentações entre a felicidade e a dor. Como visto anteriormente, os estudos que permeiam a constelação denotam o grau de influência da família em toda a vida de um indivíduo e dos seus descendentes.

A prática consteladora permite não só a consciência das dores e traumas vividos, mas a noção e o poder de redimensionar um caminho anteriormente bloqueado a partir da repetição de padrões familiares adocedores, o que se revela dimensionalmente projetado além da relação de genitor e filho, pois as relações são sistêmicas e, dessa forma, tensionadas não só no que consiste em relação familiar linear direta, mas para as relações do indivíduo com o mundo.

Por fim, como afirma Maria Berenice Dias (2011) a felicidade é um anseio social e deve ser um norte para os princípios constitucionais. Desta forma, acredita-se na Constelação como um caminho para amenizar as dores e evitar o arremesso dos traumas e faltas da infância para a vida adulta. A compreensão dos danos causados pela violência, dor e desamparo é terapêutica e fundamental para quebra de repetições de padrões misóginos, machistas e lesbofóbicos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADI. *Ação direta de inconstitucionalidade*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em 25 ago. 2019.

ADPF 132. *Ação de descumprimento de preceito fundamental*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em 25 ago.2019.

ASSIS, Simone Gonçalves de. *Encarando os desafios da vida: uma conversa com adolescentes*. Rio de Janeiro: FIOCRUZ/ENSP/CLAVES/CNPq, 2005. Disponível em:<<http://www.soperj.org.br/download/encarando%20os%20desafios%20da%20vida.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2019.

BRASIL. *Revista de Informação Legislativa/Senado Federal*. Ano 1, n. 1 (mar. 1964). – Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas,1964. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496917/RIL185.pdf?sequence=1%20-%20page=196>> . Acesso em: 12 ago. 2019.

BRASIL. Resolução 175/2013, CNJ. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4156062&disposition=inline>>. Acesso em 25 ago. 2019.

BRITO, Laura Souza Lima e. *Família e Parentesco. Direito e Antropologia*. São Paulo. Ano 2013. Disponível em: <[file:///C:/Users/Alline/Downloads/19608-35901-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Alline/Downloads/19608-35901-1-PB%20(1).pdf)>.

CECCARELLI, Paulo Roberto. Novas configurações familiares: mitos e verdades. In: *Jornal de Psicanálise*, São Paulo, 40(72), jun. 2007. p. 89-102.

Disponível em:
<<http://pepsic.bvsalud.org/pdf/jp/v40n72/v40n72a07.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2019.

CONNELL, Robert W.; Messerschmidt, James W. *Masculinidade hegemônica: repensando o conceito*. In: *Estudos Feministas*, Florianópolis, 21(1): 424, janeiro-abril/2013. p. 241-282. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ref/v21n1/14.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2019.

DIAS, Maria Berenice. Direito fundamental à felicidade. In: *Revista Interdisciplinar de Direito*, [S.l.], v. 8, n. 01, dez. 2011. p. 201-205. Disponível em: <http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/358>. Acesso em: 12 ago. 2019.

FARIAS, Cristian Caves de. *Curso de Direito Civil: famílias*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2015.

HELLINGER, Bert. *Conflito e paz: uma resposta*. São Paulo: Cultrix, 2007. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=_fxwCFKXXl0C&oi=fnd&pg=PA11&dq=os+conflitos+familiares+e+o+c%C3%ADrculo+da+paz&ots=D7PhqywsZD&sig=iv8wYerUt938NDHLUa-gKOyGHgY#v=onepage&q=os%20conflitos%20familiares%20e%20o%20c%C3%ADrculo%20da%20paz&f=false>. Acesso em: 12 ago. 2019.

RODRIGUEZ, Brunella Carla; GOMES, Isabel Cristina. Novas formas de parentalidade: do modelo tradicional à homoparentalidade. In: *Boletim de*

Psicologia, Vol. LXII, n 136, 2012. p. 29-36. Disponível em: <<http://pepsic.bvsalud.org/pdf/bolpsi/v62n136/v62n136a04.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2019.

SANTIAGO, Marcelo; FEITOSA, Lourdes Conde. Família e gênero: um estudo antropológico. In: *Mimesis*, Bauru, v. 32, n. 1, 2011, p. 29-41. Disponível em: <https://secure.usc.br/static/biblioteca/mimesis/mimesis_v32_n1_2011_art_03.pdf> Acesso em: 12 ago. 2019.

SAPKO, Vera Lúcia da Silva. *Do direito à maternidade e a paternidade dos homossexuais: sua viabilização pela adoção e reprodução assistida*. Curitiba: Juruá, 2005.

A CLÁUSULA GERAL DA BOA-FÉ E O DEVER ANEXO DA INFORMAÇÃO

*Regiane Scoco Laurádio*¹⁷⁶

RESUMO

Em decorrência das céleres mudanças políticas e econômicas vivenciadas no século XX, houve a necessidade de se criar um sistema dotado de normas flexíveis, capaz de resistir às alterações da nossa realidade.

Nosso ordenamento jurídico sofreu algumas transformações importantes. Deixamos de ter um ordenamento jurídico rígido, para dar um lugar a um sistema móvel e flexível, impermeável às modificações sociais e econômicas.

O código Civil de 2002 mesclou conceitos rígidos a outros mais flexíveis, sendo as cláusulas gerais, exemplos desta flexibilidade.

Em pleno século XXI o sistema jurídico não comporta mais um sistema rigoroso e fechado, com normas definidas e indicação precisa das consequências. “A técnica legislativa moderna se faz por meio de conceitos legais indeterminados e cláusulas gerais, que dão mobilidade ao sistema flexibilizando a rigidez dos institutos jurídicos e dos regramentos do direito positivo.”¹⁷⁷

A técnica legislativa do Código Civil de 2002 privilegia as cláusulas gerais, como por exemplo, a função social do contrato – art. 421 do CC e a boa-fé objetiva – art. 422 do CC. Esses são apenas alguns

exemplos das cláusulas gerais imprimidas no ordenamento jurídico civilista. Nosso estudo vai abordar uma delas, a boa-fé e o dever anexo da informação.

Palavras Chaves: Cláusulas gerais. Princípios. Boa-fé. Dever. Informação.

1. PRINCÍPIOS E CLÁUSULAS GERAIS

Na lição da professora Rosa Maria de Andrade Nery, os princípios gerais do direito “são regras de conduta que norteiam o juiz na interpretação da norma, do ato ou negócio jurídico.”¹⁷⁸ Eles não são positivados no ordenamento jurídico, mas servem para auxiliar e orientar o juiz no preenchimento das lacunas da lei.

A grande diferença entre princípio e cláusula geral do ponto de vista da atividade judicial, está, pois, em que estes permitem a formação da norma não através da interpretação do princípio, mas pela criação, através da síntese judicial onde encontram como elemento de atuação fatos ou valores éticos, sociológicos, históricos, psicológicos, ou até mesmo soluções advindas da análise comparativista, atuando tais critérios tradicionalmente tidos como extralegais através das verdadeiras “janelas” consubstanciadas em tais cláusulas.¹⁷⁹

¹⁷⁶ 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.

¹⁷⁷ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao Pensamento Jurídico e à Teoria Geral do Direito Privado*. 204 p.

¹⁷⁸ *Ibidem*. p. 210.

¹⁷⁹ COSTA, Judith Martins. *As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico*. 51 p.

A cláusula geral é uma técnica legislativa que produz efetividade ao princípio por meio da atividade julgadora.

Nas palavras de Costa, as cláusulas gerais

constituem janelas, pontes e avenidas dos modernos códigos civis. Isto porque conformam o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos, ainda inexpressos legislativamente, de *standards*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente¹⁸⁰.

São normas orientadoras, sendo que ao mesmo tempo em que vinculam o juiz a tomar decisões seguindo os parâmetros do ordenamento jurídico, dão liberdade para que o magistrado possa decidir de acordo com os usos e costumes, achando uma solução adequada para a lide levada em juízo.

A sua expressão não delimita as hipóteses e suas consequências, apenas traça uma moldura, que deve ser interpretada.

Segundo a professora Rosa Maria de Andrade Nery, as cláusulas gerais

têm função instrumentalizadora, porque vivificam o que se encontra contido, abstrata e genericamente, nos princípios gerais do direito e nos conceitos legais indeterminados, são mais

concretas e efetivas do que esses dois institutos. Cláusula geral não é princípio, tampouco regra de interpretação; é também norma jurídica, isto é, fonte criadora de direitos e de obrigações¹⁸¹

A mesma autora afirma que o juiz deve aplicá-la de ofício, cabendo a ele, diante de um caso concreto, preencher o conteúdo da cláusula geral.

Como podemos perceber, as cláusulas gerais são normas “vagas” e o aplicador do direito tem a função de adequá-las ao caso concreto. Elas atuam instrumentalizando os princípios que necessitam de concreção.

Importante destacar que uma mesma norma jurídica pode ser interpretada como princípio e como cláusula geral, como ocorre, por exemplo, com os artigos 113 e 422 do Código Civil, que tratam da cláusula geral da boa-fé e remetem o julgador ao princípio da boa-fé. Sobre esta coincidência, Costa (*apud* Luiz Felipe Amaral Calabró), nos ensina que

Na verdade, a confusão entre princípio jurídico e cláusula geral decorre, no mais das vezes, do fato de uma norma que configura cláusula geral conter um princípio, reenviando ao valor que este exprime, como ocorre com o reiteradamente citado parágrafo 242 BGB. Assim, se poderá dizer que determinada norma é ao mesmo tempo princípio e cláusula geral. (...) Em suma, não se pode afirmar que cláusulas gerais e

¹⁸⁰ COSTA, Judith Hofmeiste Martins. *O direito privado como um “sistema em construção”*: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil

brasileiro. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 41, maio 2000. Disponível em: 19 out. 2009.

¹⁸¹ NERY. *op.cit.* p. 213.

princípios são o mesmo, se tomarmos a expressão princípio jurídico em toda a extensibilidade que lhe é própria. (...) Boa parte da incerteza acerca dos lindes das cláusulas gerais e dos princípios é devida à confusão entre sintagma cláusula geral e o enunciado, com a correspondente proposição normativa, contida num texto que consubstancia cláusula geral. Aí se fala, indistintamente, no ‘princípio da boa-fé’ desenhada pelo mesmo texto legislativo, como se poderia falar no conceito juridicamente indeterminado revelado na expressão lingüística ‘boa-fé’.¹⁸²

As cláusulas gerais, como vimos acima, não preveem uma solução para o caso concreto, apenas desenharam os contornos que o magistrado deve seguir, permitindo que ele preencha de acordo com sua convicção o conteúdo delas.

2. POSICIONAMENTO FAVORÁVEL E DESFAVORÁVEL À APLICAÇÃO DAS CLÁUSULAS GERAIS

Existem críticas no tocante à utilização das cláusulas gerais. Podemos mencionar como positiva a questão de que elas possibilitam uma abertura do direito legislado, dando uma maior mobilidade à norma conceitual.

Segundo os comentários trazidos no Código Civil por Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery, as cláusulas

gerais fazem “o sistema ficar vivo e sempre atualizado, prolongando a aplicabilidade dos institutos jurídicos, amoldando-se às necessidades da vida social, econômica e jurídica”. Para tanto, os autores defendem que isso evita a desatualização da lei civil.¹⁸³

Costa acrescenta ainda que

o código, tido como ‘centro’ do sistema, se apresentará como um modelo amplo e abrangente de valores metajurídicos, flexível e sensível à dinâmica social, em razão, basicamente de sua linguagem compreensiva das cláusulas gerais¹⁸⁴

Como podemos verificar, as cláusulas gerais dão, aos operadores do direito, flexibilidade na interpretação.

Vale ainda ressaltar que devido à grande abertura semântica, as cláusulas gerais não pretendem trazer uma resposta para todos os problemas, mas sim, orientar os julgadores, já que é através da jurisprudência que estas respostas estarão sendo construídas.

Como o mundo está em constante modificação, fazendo surgir novos “direitos” e deveres, as cláusulas gerais são extremamente necessárias para que possamos acompanhar referida evolução.

¹⁸² CALIBRÓ, Luiz Felipe Amaral.: *As Obrigações e Seus Deveres Anexos, Analisados à Luz da Boa-Fé Objetiva: Mandamento e Sanção*. 105/106 p.

¹⁸³ NERY, Nelson Junior; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 191 p.

¹⁸⁴ COSTA. op. cit. p. 52.

Se pensarmos em um período de dez, quinze anos atrás, quanta evolução ocorreu? Quantos meios de contratação surgiram? Se tivéssemos um código rígido, inflexível, seria necessário a cada novo fato, criar-se uma nova lei para que o direito pudesse acompanhar a evolução histórica.

Contudo, existem algumas críticas negativas à inserção no ordenamento jurídico das cláusulas gerais, ou seja, há os que defendem que estas podem gerar certo grau de incerteza, uma vez que o magistrado vai preencher o conteúdo da norma e, até que se tenha uma consolidação da jurisprudência, há a probabilidade de mudança incertas acerca da efetiva dimensão dos seus contornos.

Para alguns críticos isso implicaria no recrudescimento de ideias, como instrumento de dominação por regimes totalitários ou pela economia.¹⁸⁵

3. CONCEITO DE BOA-FÉ

Larenz (*apud Santos*) destaca que

O princípio da boa-fé significa que cada um deve guardar ‘fidelidade’ a palavra dada e não defraudar a confiança ou abusar dela, já que esta forma a base indispensável de

todas as relações humanas, supõe o conduzir-se como cabia esperar de quantos com pensamento honrado intervém no negócio como contratantes ou nele participando em virtude de outros vínculos jurídicos. Se trata, portanto, de um módulo que ‘necessita de concreção’, que unicamente nos indica a direção em que temos que buscar a resposta à questão de qual seja a conduta exigível em determinadas circunstâncias. Não nos dá uma regra apta para ser simplesmente ‘aplicada’ a cada caso particular e para ler nela a solução do caso quando concorram determinados pressupostos. Senão que em cada hipótese se exige um juízo valorativo do qual deriva o que o momento e o lugar exigiam¹⁸⁶

Costa, nos ensina que a boa-fé é “uma norma de conduta que impõe aos participantes da relação obrigacional um agir pautado pela lealdade, pela consideração dos interesses da contraparte.”¹⁸⁷

No Código Civil de 1916, a boa-fé era tratada como uma regra de conduta. Hoje ela é tratada como uma cláusula geral. Silva faz menção a essa regra de conduta quando afirma que o Código Civil revogado traz a boa-fé elencada como um mandamento de conduta que “engloba todos os que participam do vínculo obrigacional e estabelece, entre eles, um elo de

¹⁸⁵ NERY. op. cit.p.213.

¹⁸⁶ SANTOS, dos Murilo Rezende. *As funções da boa-fé objetiva na relação obrigacional*. 214 p.

¹⁸⁷ JUDITH. Martins Costa. *Comentários ao Novo Código Civil – Do Direito das Obrigações. Do adimplemento e da Extinção das Obrigações*. 42 p.

cooperação, em face do fim objetivo que visam.”¹⁸⁸

Acrescenta ainda que os deveres da boa-fé são diferentes dos bons costumes, ou seja, a boa-fé “tem atinência com a conduta concreta dos figurantes na relação jurídica”¹⁸⁹ e os bons costumes, “referem-se a valores morais indispensáveis ao convívio social.”¹⁹⁰

No Direito Civil a boa-fé possui duas vertentes: possui o sentido subjetivo, segundo o qual juiz deve investigar a intenção daquele que manifestou sua vontade, já que podemos considerá-la como uma “situação psicológica de ignorância em prejudicar o direito de outrem”¹⁹¹ e o sentido objetivo, caracterizando-se como um princípio de justiça superior, de solidariedade contratual que transcende o regulamento negocial.

O artigo 422 do Código Civil elenca que os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé.

Salienta-se que a boa-fé mencionada do referido artigo vem como cláusula geral e deve ser interpretada como boa-fé objetiva. Nas palavras de

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

A cláusula geral da boa-fé objetiva é norma jurídica que, entretanto, possui características próprias que a distinguem de outras normas jurídicas positivas. É uma ordem geral da lei ao juiz para que profira sentença, observando a lealdade e a boa-fé, segundo os usos e costumes, ou que simplesmente possa agir mediante juízo lógico de subsunção.¹⁹²

A boa-fé objetiva é um dever ético existente entre os contratantes, de agir com lealdade, honestidade e retidão. O princípio da boa-fé objetiva traz consigo várias funções na teoria contratual, quais sejam: (1) emanam os direitos anexos; (2) limita os direitos subjetivos, seja no controle da transferência dos riscos profissionais seja limitando as cláusulas abusivas; (3) ajudam na concreção e interpretação dos contratos. Salienta-se ainda que a Constituição Federal de 1988 preconiza a boa-fé, assim como o Código de Defesa do Consumidor.

4. A BOA-FÉ NO DIREITO DO CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor prevê a vulnerabilidade e a hipossuficiência do consumidor,

¹⁸⁸SILVA, Clovis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. 33 p.

¹⁸⁹ Ibidem. p. 35.

¹⁹⁰ Ibidem. p. 35.

¹⁹¹ NERY. ob. cit. 254 p.

¹⁹² NERY. ob. cit. 505 p.

inserindo a boa-fé como cláusula geral, o que possibilita a inversão do ônus da prova, a admissão da quebra da base objetiva do negócio, além de ter imposto a responsabilidade objetiva do fornecedor de produtos ou serviços.

A Política Nacional de Relação de Consumo, disciplina a boa-fé como princípio a ser seguido nas relações reguladas pelo referido código, sendo que a harmonia buscada se dá através da exigência da boa-fé nas relações entre consumidor e fornecedor.

Portanto, a boa-fé objetiva vem estampada no Código de Defesa do Consumidor como princípio – artigo 4º, III e como cláusula geral de conduta – artigo 51, IV.

Marques, afirma que

a boa-fé objetiva” é um *standard*, um parâmetro objetivo, genérico, que não está a depender da má-fé *subjetiva* do fornecedora A ou B, mas de um patamar geral de atuação, do homem médio, do bom pai de família, que agiria de maneira razoável naquela situação analisada¹⁹³

Para referida autora, as relações de consumo devem estar pautadas em uma atuação “refletida”, em que as partes devem pensar no seu parceiro contratual, “agindo com lealdade, sem

abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva”¹⁹⁴.

Em suma, a boa-fé objetiva impõe às partes um comportamento jurídico de lealdade e cooperação, integrando consumidor e fornecedor, respeitando as condutas éticas esperadas num fim comum.

5. FUNÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA

Costa (*apud* Santos), menciona que são três as funções da boa-fé no campo do direito obrigacional, sendo elas: (a) função hermenêutico-integrativa; (b) função limitativa ao exercício de direitos subjetivos; (c) função de criação de deveres anexos.¹⁹⁵

Nosso estudo vai abordar uma dessas funções: o dever anexo da informação. Na celebração do contrato, o dever principal corresponde à própria prestação desejada e os deveres anexos ou secundários correspondem às obrigações decorrentes da boa-fé.

Os deveres anexos (*Nebenpflichtem*) acompanham a relação contratual.

Para Cordeiro, estes deveres são divididos em três grandes grupos: (a)

¹⁹³ MARQUES. Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais*, 216 p.

¹⁹⁴ *Ibidem*. p. 216.

¹⁹⁵ SANTOS, ob. cit. 220 p.

deveres de proteção; (b) deveres de informação; (c) deveres de lealdade.¹⁹⁶

Dentre os inúmeros deveres decorrentes da boa-fé objetiva, que por alguns autores são chamados de deveres “secundários, anexos ou instrumentais”¹⁹⁷, está o da informação.

Oriundo do direito alemão, o dever da informação nasce da necessidade de se prestar um esclarecimento exigido pela boa-fé. É um dos requisitos essenciais para que a exteriorização da vontade na formação das relações contratuais não seja afetada.

O dever da informação é necessário para que o contratante possa obter antes, durante ou depois da finalização do contrato, todos os conhecimentos necessários que de certa forma podem influenciar a celebração do negócio, portanto, ele é exigido na fase pré-contratual, contratual e pós-contratual.

Tercier (*apud* Santos), destaca que

o dever de informar consiste na proibição de enganar, e pode ser desenvolvido em três postulados. São eles: (a) quando uma pessoa é indagada sobre fatos relativos ao contrato tem o dever de explicá-los, na medida de suas possibilidades, (b) constatando que o contratante incide em erro deve a parte desfazer o equívoco. É claro que não se lhe pode

transferir toda a obrigação de evitar erros, obrigação que incumbiria, em princípio ao próprio interessado. Todavia, sendo perceptível tal erro e do conhecimento do contratante, exige a boa-fé que ele informe a parte contrária; (c) quando uma pessoa sabe ou supõe que o outro contratante ignore fatos importantes, deve, mesmo sem ser solicitado, dar as informações necessárias. Tal hipótese assemelha-se à hipótese precedente, mesmo porque o desconhecimento de uma situação relevante seria o erro, em sentido amplo¹⁹⁸

Para Silva, o dever da informação, que ele chama de dever de esclarecimento, presta-se a

tornar clara certa circunstância de que o *alter* tem conhecimento imperfeito, ou errôneo, ou ainda ignora. Esclarecimento, evidentemente, relacionado com alguma circunstância relevante. Não se trata de dever para consigo mesmo, mas em favor de outro.¹⁹⁹ Vale ressaltar que a doutrina não diverge no tocante ao dever da informação, contudo, o que se discute é o alcance desta, ou seja, a sua amplitude, principalmente no tocante as relações de consumo.

A posição de Rosenvald (*apud* Santos), é que a informação “que deve ser prestada é apenas aquela que é pertinente, representando um interesse objetivamente justificado.”²⁰⁰ Para referido autor os fatos notórios não precisam ser esclarecidos.

Azevedo (*apud* Santos), salienta que “na fase pré-contratual o dever de

¹⁹⁶ CORDEIRO. Antonio Menezes. *Da boa-fé no direito civil*.

¹⁹⁷ SILVA. ob. cit. 91 p.

¹⁹⁸ REZENDE. ob. cit. 246/247 p.

¹⁹⁹ SILVA. ob. cit. 94.

²⁰⁰ SILVA. ob. cit. 247 p.

informar se limita ao conteúdo do contrato, especificadamente no que diz respeito às qualidades essenciais do objeto e não às oportunidades ou vantagens do contrato.” Para ele, o comprador precisa investigar o negócio entabulado.

Já para Marques,

o elaborador do contrato e aquele que o utiliza no mercado de consumo, o fornecedor, devem ter em conta o seu dever próprio de informar, que inclui o dever de redação clara e com destaque, além do dever de considerar a condição leiga do outro, evitando dubiedades na redação contratual.²⁰¹

A doutrina estrangeira divide o dever da informação em dois outros, quais sejam: o dever de conselho ou aconselhamento e o dever de esclarecimento.

O dever de esclarecimento, segundo Marques,

obriga o fornecedor do serviço, como por exemplo, o do seguro-saúde e de assistência médica, a informar sobre os riscos do serviço do atendimento ou não em caso de emergência, exclusões da responsabilidade contratual (...)²⁰²

O dever de esclarecimento obriga o fornecedor a prestar toda e qualquer elucidação sobre o negócio firmado em todas as fases contratuais. O dever de aconselhamento por sua vez, só existe “nas relações entre um profissional,

especialista, e um não especialista”²⁰³, com estas informações a parte contrária pode optar por um procedimento ou por outro.

Nota-se que a informação precisa ser clara e precisa, fazendo com que a parte contrária possa entender as informações prestadas. Salienta-se ainda que o consumidor também possui o dever de prestar informações verdadeiras, como ocorre, por exemplo, nos casos das informações prestadas às seguradoras.

6. CONCLUSÃO

O direito privado vem passando por uma reestruturação, tendo deixado de lado a visão individualista, fundada no liberalismo, para dar lugar a um direito de cunho social.

Tivemos também grandes avanços quando permitimos a entrada das cláusulas gerais dentro do sistema normativo, já que estas dão mobilidade e flexibilidade ao direito legislado.

Em tempos modernos, os direitos estão sempre se renovando e é necessária a inserção de novas técnicas que permitam o rejuvenescimento do direito,

²⁰¹ MARQUES. ob. cit. 229 p.

²⁰² MARQUES. ob. cit. 228 p.

²⁰³ Ibidem. 229 p.

o que é obtido através das cláusulas gerais.

A boa-fé, tratada como cláusula geral, tanto no Direito Civil, quanto no Direito do Consumidor, veio para conduzir os operadores do Direito a levar em consideração a lealdade e a confiança existentes entre as partes contratantes.

Decorrente da conduta da boa-fé objetiva, veio dentre outros, o dever de informação, que deve ser respeitado por todas as partes envolvidas na contratação. Assim, a inserção da boa-fé objetiva tanto no Código Civil quanto no Código de Defesa do Consumidor conferiu ao sistema um instrumento multifuncional que prima pelos valores éticos de conduta.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *A boa-fé na relação de consumo*. Revista de Direito do Consumidor 15: São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.-set. 1995.

CALIBRÓ, Luiz Felipe Amaral: *As Obrigações e Seus Deveres Anexos, Analisados à Luz da Boa-Fé Objetiva: Mandamento e Sanção*. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo: 2005.

CORDEIRO. Antonio Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedino, 2001.

COSTA, Judith Martins. *As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do*

sistema jurídico. RT, 680, 1 p. junho de 1992.

_____. *Comentários ao Novo Código Civil – Do Direito das Obrigações. Do adimplemento e da Extinção das Obrigações*. 2ª ed. Rio de Janeiro: 2005, Forense,

_____. *O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro*. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 4d1, maio 2000. Disponível em 19.out.2009.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direito do consumidor*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

LEÃO, Luis Gustavo de Paiva. *As cláusulas Gerais e os princípios gerais do direito*. Revista de Direito Privado, ano 10, n. 37: Revista dos Tribunais, 2009.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais*. 5ª ed. São Paulo: 2006.

NERY, Nelson Junior; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SANTOS, Murilo Rezende dos. *As funções da boa-fé objetiva na relação obrigacional*. Revista de Direito Privado n. 38: Revista dos Tribunais, 2009.

SILVA, Clóvis V. do Couto. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: 2006, FGV.

ASPECTOS CONTROVERTIDOS DA ARBITRAGEM NO BRASIL

Paola Cantarini²⁰⁴

Ricardo Sayeg²⁰⁵

RESUMO

Pretende-se abordar alguns dos principais aspectos controvertidos envolvendo o tema da arbitragem no Brasil, em especial quanto à sua natureza jurídica, trazendo repercussões práticas em tal seara. Em um segundo momento visa-se analisar a possível inconstitucionalidade do instituto jurídico tendo em vista o desvirtuamento que está a ocorrer, particularmente quando se fala na arbitragem na Bolsa de Valores de São Paulo, por trazer um sistema incompatível com a principal característica qual seja, sua facultatividade. Por derradeiro, passa-se à análise sistêmica do instituto à luz da Teoria dos Sistemas Sociais de N. Luhmann, questionando a autonomia do direito arbitral como um sistema social, face ao sistema do Direito, uma vez que se reputa indispensável a aplicação subsidiária do CPC – Código de Processo Civil na arbitragem, não configurando, por conseguinte, um microsistema no sentido de sua completa autonomia frente a outros subsistemas jurídicos, como o Processual.

PALAVRAS-CHAVE:

Constitucionalidade da Arbitragem.

Teoria dos Sistemas Sociais. Natureza jurídica. Bolsa de Valores de São Paulo

ABSTRACT

It is intended to address some of the main controversial aspects involving the subject of arbitration in Brazil, especially regarding its legal nature, bringing practical repercussions in this area. In a second moment, the aim is to analyze the possible unconstitutionality of the legal institute in view of the distortion that is occurring, particularly when it comes to arbitration on the São Paulo Stock Exchange, as it brings a system incompatible with the main characteristic, namely: its facultativity. Finally, there is the systemic analysis of the institute in the light of N. Luhmann's Theory of Social Systems, questioning the autonomy of arbitral law as a social system, compared to the system of law, since the subsidiary application of the law is indispensable. CPC - Code of Civil Procedure in arbitration, therefore not configuring a micro system in the sense of its complete autonomy from other legal subsystems, such as the Procedural.

KEY WORDS: *Constitutionality of Arbitration. Social Systems Theory. Legal nature. Sao Paulo Stock Exchange*

²⁰⁴ Pós-Doutora em Filosofia, Arte e Pensamento Crítico na European Graduate School (EGS). Pós-Doutora em Sociologia no Centro de Estudos Sociais (CES) da Universidade de Coimbra, Pós-Doutoranda em Direito na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FD-USP) em Filosofia na Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP), e em Antropologia na PUCSP. Mestre e doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Doutora em Filosofia do Direito pela Università del Salento (Itália).

Visiting researcher na Scuola Normale Superiore de Pisa – Itália. Doutoranda em Filosofia pela PUCSP. Advogada, artista plástica e professora Universitária – FATEC- Bahia.

²⁰⁵ Professor Livre-Docente em Direito Econômico pela Faculdade de Direito da PUC-SP, Mestre e Doutor pela PUC-SP, advogado, membro do Conselho Superior de Assuntos Jurídicos da Federação das Indústrias de São Paulo. Membro do Conselho Superior da CAPES.

1. PROBLEMATIZAÇÃO

A arbitragem assim como os demais meios de solução extrajudicial ou alternativa de conflitos, também denominadas de ADRs - Alternative Dispute Resolution nos países que seguem o sistema da Common Law, situa-se dentro dos escopos de socialização do processo e de justiça participativa, podendo ser caracterizados como instrumentos de democratização da Justiça, ou de privatização da Justiça, sendo essencial diante da crise do Judiciário e da crise do processo.

A arbitragem encontra-se prevista em nosso ordenamento jurídico, desde as Ordenações Filipinas de 1595, ratificadas em 1603, desde a Constituição Federal do Império de 1824, encontrando atualmente previsão na Lei 9.370/96, com alterações promovidas pela Lei 13.129/2015.

Envolvendo o direito de acesso à justiça como direito fundamental e essencial à garantia de uma ordem jurídica justa, a arbitragem é um dos meios extrajudiciais ou alternativos de resolução de conflitos, ao lado da mediação, da conciliação e segundo alguns da negociação. Trata-se de um sistema pluriprocessual de solução de

litígios, denominado pelos americanos de “tribunais ou sistema multi-portas” (Multi-door Courthouse System), consoante conceito da lavra de Frank E. A. Sander, professor da Universidade de Harvard. O sistema multiportas é um modelo alternativo de solução de litígios que prevê a integração de diversos modos de processamento de conflitos, judiciais ou extrajudiciais. Segundo tal instituto a parte após uma triagem realizada por um profissional especializado seria encaminhada à porta mais adequada para solução de seu caso.

Na década de 1970, também surgia o projeto de pesquisa denominado Projeto Florença, desenvolvido pelos professores Mauro Cappelletti e Bryan Garth, conhecido pela denominação de “as três ondas do acesso à justiça”. A primeira onda abrange a assistência judiciária aos necessitados; a segunda onda, a representação dos interesses difusos e a terceira, a arbitragem, a conciliação e a mediação. Em tal estudo foram identificados como principais entraves do acesso à Justiça o aspecto econômico, a natureza organizacional e o aspecto processual²⁰⁶, envolvendo a busca de soluções práticas para o problema do acesso à justiça.

²⁰⁶ Fredie Didier Jr., “Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios

de solução adequada de conflitos”. São Paulo: Jus Podivm, 2017.

A arbitragem relaciona-se com a busca pela Justiça e com a efetividade do Direito, bem como com a denominada deformalização do contencioso, por consubstanciar a própria deformalização das controvérsias, pois é instrumento propício para a deformalização também do processo, já que as regras procedimentais podem ser estabelecidas pelos interessados, havendo certa flexibilidade procedimental, que resulta em um procedimento pragmático e com maior informalidade (art. 2º, p. 1º, 11, IV, 19, p. 1º., 21 caput e p. 1º. e 2º. da Lei de arbitragem).²⁰⁷

Arelado à natureza jurídica da arbitragem está o conceito que se tem de jurisdição, sendo certo que a análise de qualquer instituto jurídico demanda a correta compreensão de sua natureza jurídica, considerando esta uma questão teórica com diversas implicações práticas. Neste sentido, pretende-se abordar as diversas teorias e entendimentos doutrinários acerca de tal questão, envolvendo em um segundo momento a questão da obrigatoriedade ou facultatividade da arbitragem e da constitucionalidade ou não de legislações que prevejam tal instituto de forma compulsória.

Questiona-se: como pode ser a arbitragem considerada jurisdição se esta é um atributo exclusivo do Poder Judiciário? Como pode ser a sentença arbitral equiparada à sentença judicial, se carece de coercibilidade e autoexecutoriedade?

2. NATUREZA JURÍDICA DA ARBITRAGEM E CONCEITO DE JURISDIÇÃO

Não há um entendimento pacífico da doutrina acerca da natureza jurídica da arbitragem, sendo que tal questão afeta ao conceito de jurisdição. Considerando-se a jurisdição como atribuição, poder e atividade do Estado, por intermédio do Judiciário, de aplicar o ordenamento jurídico ao caso concreto, teríamos afastada a natureza jurisdicional da arbitragem, pois sua organização não integra o Estado, sendo um sistema privado de solução de conflitos. Caso seja entendido, ao contrário, que a jurisdição é o poder de solucionar um conflito independentemente da qualidade pública ou privada de quem a exerce, seguirá o entendimento de que arbitragem é jurisdição.

²⁰⁷ Francisco José Cahali, “Curso de arbitragem”, p. 79.

Segundo entendimento de Scavone, a arbitragem é um meio privado, jurisdicional e alternativo para a solução de conflitos disponíveis, sendo a sentença arbitral título executivo judicial, prolatada pelo árbitro especialista da área. As partes, ao abdicarem da jurisdição estatal, submetem-se à decisão da sentença arbitral por livre iniciativa de vontade.²⁰⁸

Para Guilherme a convenção arbitral é de natureza contratual, devendo ser revestida pelos princípios do consensualismo, obrigatoriedade da convenção, relatividade dos efeitos do contrato, confidencialidade e competência-competência, sob pena de restar prejudicada²⁰⁹.

Cahali afirma que não há mais razão de se manter a crença no dogma da exclusividade do Estado no exercício da função jurisdicional e na indelegabilidade da jurisdição, considerando a arbitragem uma jurisdição privada e sua natureza jurisdicional.²¹⁰ Para Cahali²¹¹(*ibidem*) há 4 quatro teorias acerca da natureza jurídica da arbitragem. A privatista ou contratualista, entendendo ser a

arbitragem um negócio jurídico, perdeu sua justificação com o advento da Lei 9.307/96 ao dispensar a homologação pelo Judiciário do laudo arbitral. A jurisdicional ou publicista, entendendo sua natureza como jurisdicional, como forma de exercício da função jurisdicional, aos árbitros confere uma jurisdição extraordinária de caráter público. A decisão arbitral é denominada pela Lei da Arbitragem, Lei nº 9.307/96, sentença arbitral, enfatizando-se ainda, nos termos dos artigos 18 e 23, que o árbitro é juiz de fato e de direito, sendo este um dos principais argumentos da tese doutrinária que afirma ter a arbitragem natureza jurídica de jurisdição. A teoria intermediária ou mista, abrangendo o aspecto contratual e o jurisdicional, e a teoria autônoma, entendendo ser a jurisdição um sistema de solução de conflitos totalmente desvinculado de qualquer sistema jurídico existente, sendo de relevância no tocante à arbitragem internacional.

Dinamarco afirma de forma original uma diversa natureza jurídica quanto à função do árbitro, qual seja, parajurisdicional, em suas palavras:

²⁰⁸ Luiz Antônio Scavone Junior, “Manual de arbitragem, mediação e conciliação”, 7ª.ed., São Paulo: Ed. Forense, 2016, p. 02 e ss.

²⁰⁹ Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme, “Manual de arbitragem”, São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, p. 36-37, p. 222.

²¹⁰ Francisco José Cahali, “Curso de arbitragem”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 82, p.83-88.

²¹¹ *Ibidem*, p. 84 e ss.

“embora ele não exerça com o escopo jurídico de atuar a vontade da lei, na convergência em torno do escopo social pacificador reside algo muito mais forte a aproximar a arbitragem da jurisdição estatal”.²¹²

Por sua vez, Neto define a arbitragem²¹³ como jurisdição do árbitro, possuindo uma dupla faceta, sendo ao mesmo tempo um mecanismo judicialiforme, e procedimento, revelando-se verdadeiro contrato (litígios nacionais) ou tratado internacional (litígios interestatais). Sustenta que o Estado conferiu o poder de julgar também aos particulares, em determinadas situações e relativamente a certas matérias, havendo, portanto, dois mecanismos de solução de litígios, o estatal ou jurisdicional e o particular ou arbitral. Segundo Neto (*ibidem*) há duas correntes principais quanto à natureza jurídica da arbitragem, a contratualista e a jurisdicionalista. A corrente contratualista, defendida principalmente por Balladore-Palieri e Klein, consagrada em decisão na França no caso *Roses* de 1937, entende, em suma, que a arbitragem possui natureza jurídica de obrigação criada por contrato, já que se baseia na autonomia de vontade das

partes, enquanto que a jurisdição baseia-se no “*ius imperium*” estatal, imposto a todos. Esta corrente encontrava fundamento no fato de ser exigida a homologação judicial do laudo arbitral, sendo tal exigência retirada, contudo, posteriormente pela Lei 9307/86; o laudo arbitral deverá ser cumprido de forma voluntária pela parte, caso contrário será necessária a intervenção do Poder Judiciário. Ou seja, como o árbitro não dispõe de “*ius imperium*”, do poder de fazer cumprir coativamente a decisão arbitral, a parte vencedora deverá entrar com ação de execução no Poder Judiciário, com base na sentença arbitral que vale como título executivo judicial, não sendo dotada de coercibilidade.

A segunda corrente, conforme expõe Neto sustenta que o árbitro é dotado de “*ius dicere*”, equiparando-se ao poder estatal de julgar, pois na arbitragem estão contidos os mesmos elementos daquela, quais sejam, a “*notio*”, a “*avocatio*” (poder de convocar as partes), a “*coercio*” (poder de dispor de força para forçar o cumprimento das ordens e diligências), e a “*executio*” (poder de obrigar o vencido à execução da decisão). Segundo seu entendimento a corrente jurisdicionalista encontra-se

²¹² Cândido Rangel Dinamarco, “Nova era do processo civil”, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 28-29.

²¹³ José Cretella Neto, “Curso de arbitragem”, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 11; p. 22-23.

superada e a doutrina moderna veria a arbitragem como instituto misto, “sui generis”, com os traços de contratualidade e jurisdicionalidade, embora ressalve que o árbitro exerce verdadeira jurisdição. Tal posição é defendida atualmente por Lalive e Fouchard, contando com o prestígio do Instituto de Direito Internacional representado pelo Prof. Sauser-Hall.²¹⁴ Segundo tal entendimento, portanto,²¹⁵ a natureza da arbitragem é contratual em seu fundamento, e jurisdicional na forma de solução de litígios.

Destacam os autores Olavo Augusto Vianna A. Ferreira, Matheus Lins Rocha e Débora Cristina F. A. A. Ferreira as quatro correntes doutrinárias principais acerca da natureza jurídica da arbitragem, sendo estas²¹⁶ contratual, com fundamento anterior à edição da Lei 9.307-96, portanto com base no CC de 1916, o qual previa a necessidade de homologação judicial do laudo arbitral; jurisdicional, sendo esta a corrente predominante atualmente, entendendo que apesar da arbitragem ser instituída por negócio jurídico, que o artigo 18 ao prever o árbitro como juiz de fato e de

direito, e o artigo 31 ao equiparar a sentença arbitral à judicial, corroborariam a natureza jurisdicional do instituto; teoria mista ou híbrida ou sincrética, afirmando haver um contrato na origem da arbitragem e sua função jurisdicional quanto a sua finalidade; teoria autônoma, afirmando a natureza autônoma da arbitragem internacional.

Referidos autores entendem ser a natureza jurisdicional, por ter o artigo 18 da Lei 9.307 afirmado tal natureza e em razão de serem aplicados aos árbitros os mesmos impedimentos e suspeições para os juízes, bem como em razão da sentença arbitral produzir os mesmos efeitos da sentença judicial, configurando título executivo judicial. Alegam ainda que o CPC equiparou a carta arbitral à carta precatória, corroborando mais uma vez a natureza jurisdicional da arbitragem. No mesmo sentido os ensinamentos de Carmona, afirmando que a atividade do árbitro é idêntica à do juiz togado²¹⁷, bem como Nelson Nery e Rosa Nery, afirmando possuir a arbitragem natureza de jurisdição, já que o árbitro aplica o

²¹⁴ “Comentários à lei de arbitragem brasileira”, p. 35.

²¹⁵ José Cretella Neto, “Curso de arbitragem”, p. 15-16.

²¹⁶ Olavo Augusto Vianna A. Ferreira, Matheus Lins Rocha e Débora Cristina F. A. A. Ferreira,

“Lei de arbitragem comentada artigo por artigo”, p. 41 e ss.

²¹⁷ Carlos Alberto Carmona, “Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9307/96”, 3ª. Ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 268-269.

direito ao caso concreto, colocando fim à lide.²¹⁸

Importa ressaltar a corrente que sustenta a natureza jurídica autônoma ou própria da arbitragem, que, embora seja uma corrente minoritária no Brasil é a teoria com maior destaque nos EUA e na França, entendendo que a arbitragem possui natureza jurídica autônoma ou própria, isto é, totalmente desvinculada de qualquer sistema jurídico existente. É considerada uma evolução da teoria intermediária ou híbrida e defende uma completa desvinculação do procedimento arbitral em face da lei do país sede da arbitragem.²¹⁹ Cahali assim dispõe: “essa teoria tem importância nos procedimentos de arbitragem internacional, nos quais há certa independência à ordem local de uma ou outra parte”. Strenger que sustenta que ao contrário da arbitragem brasileira a arbitragem internacional possui natureza autônoma e independente de qualquer ordenamento sistemático.²²⁰

3. STF E NATUREZA FACULTATIVA DA ARBITRAGEM

²¹⁸ Nelson Nery e Rosa Nery, “Comentários ao Código de processo Civil”, São Paulo: Revista dos Tribunais; Edição: 1ª, 2015, p. 1531.

²¹⁹ Neste sentido Debora Visconte. “A jurisdição dos árbitros e seus efeitos”. Dissertação. Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2009, p. 21.

Apesar de alguns pontuais e antigos entendimentos acerca da inconstitucionalidade da arbitragem como o de Pontes de Miranda²²¹, tal questão encontra-se atualmente pacificada pelo STF. Pontes de Miranda considerava a arbitragem, quando ainda prevista tão somente pelo CPC de 1939 e de 1973, dependente de homologação, sendo que tal homologação jamais poderia ser banida dos sistemas por absoluta impossibilidade jurídica decorrente da CF ao fixar os princípios do juiz natural e da garantia e monopólio da jurisdição estatal.

A questão, portanto, encontra-se superada, diante do posicionamento do Supremo Tribunal Federal a favor da constitucionalidade da Lei de Arbitragem (Lei 9307/96), por maioria de votos, no julgamento de recurso em processo de homologação de Sentença Estrangeira (SE 5206), sendo este também o entendimento do STJ, frisando este que não há que se falar em compulsoriedade na aplicação da arbitragem (RESP 1189050/SP). O Ministro Sepúlveda Pertence, relator do recurso, bem como Sydney Sanches,

²²⁰ Irineu Strenger, “Arbitragem Comercial internacional”, Ed. LTR, 1996, p. 33.

²²¹ Pontes de Miranda “Comentários ao Código de Processo Civil”, tomo XV/232-234, n. 7. Forense: Rio de Janeiro, 1977.

Néri da Silveira e Moreira Alves entenderam que a lei de arbitragem, em alguns de seus dispositivos dificulta o acesso ao Judiciário, direito fundamental previsto pelo artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. Segundo o Ministro Carlos Velloso por se tratar de direitos patrimoniais e, portanto, disponíveis as partes têm a faculdade de renunciar a seu direito de recorrer à Justiça, afirmando que o inciso XXXV representa um direito à ação, e não um dever.

Importante ressaltar que a constitucionalidade da arbitragem está condicionada à sua facultatividade, ou seja, deixaram claro os Ministros do STF que esta deve ser uma opção voluntária das partes e não uma imposição, mantendo assim íntegro aos interessados o acesso à jurisdição estatal.

Segundo Filomeno²²², há uma certa incompatibilidade na aplicação da arbitragem às relações de consumo, já que a autonomia da vontade é princípio fundador da arbitragem. Entende que seria inconstitucional portanto, a Lei 9307-96, por afrontar o inc. XXXV do art. 5 da CF que dispõe que a lei não

excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Acerca da não possibilidade de obrigatoriedade da arbitragem dispõe Araújo que se trata de jurisdição privada, não estatal, consensual, voluntária e, qualquer lei que imponha a arbitragem é inconstitucional por violar o direito fundamental de acesso à justiça. Dispõe ademais que “devido a esse caráter voluntário, a cláusula estabelecida em contrato de adesão que obriga as partes a solucionar seus conflitos por meio da arbitragem é abusiva”²²³.

4. AUTONOMIA DA ARBITRAGEM E APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CPC

Parte da doutrina entende ser o processo arbitral um sistema autorreferente, logo, um sistema autônomo, merecendo um tratamento autônomo, considerando-se sistema, com características próprias, possuindo autonomia científica.²²⁴

Há divergência na doutrina quanto à possibilidade de aplicação do CPC de forma subsidiária, destacando-se dois entendimentos: parte da doutrina

²²² José Geraldo Brito Filomeno, “Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 8ª. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 81.

²²³ Vitor Carvalho C. Costa de Araújo, “A arbitragem aplicada do Direito Internacional

Privado”. Conteúdo jurídico. Brasília. Ww.w conteúdojurídico.com.br.

²²⁴ Rômulo Greff Mariani, “Precedentes na arbitragem”, Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 84.

defende a aplicação subsidiária da legislação processual civil, mesmo sem previsão na cláusula compromissória e no compromisso arbitral; é a posição de Cândido Rangel Dinamarco²²⁵; parte da doutrina entende não ser possível a aplicação subsidiária das normas do CPC, adotando tal posição Carlos Alberto Carmona²²⁶. Há alguns julgados do STJ neste sentido (RESP 1.519.041/RJ, RESP 1.636.102/SP), e decisão do TJSP (APL 1771302220108260100 SP 0177130-22.2010.8.26.0100, j. 03.12.2012). As partes podem convencionar no sentido de aplicação do CPC. Neste sentido, pronuncia-se Elio Fazzalari²²⁷. Adotam a segunda corrente Olavo Augusto Vianna A. Ferreira, Matheus Lins Rocha e Débora Cristina F. A. A. Ferreira²²⁸, salvo se a convenção de arbitragem previr expressamente a aplicação subsidiária.

Por sua vez, Fredie Didier Júnior²²⁹ afirma, ao analisar a natureza jurídica da arbitragem, que tal questão foi solucionada pelo artigo 3º. do novo

CPC, sendo jurisdição, dispondo que há a jurisdição civil estatal, regulada pelo CPC e a jurisdição civil arbitral, regulada por lei extravagante. O art. 3º do NCPC indicaria a opção do legislador corroborando o entendimento da doutrina majoritária: a arbitragem é, no Brasil, jurisdição. O “caput” do art. 3º repete o enunciado constitucional que cuida do princípio da inafastabilidade da jurisdição: “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”. O § 1º do art. 3º, assim estabelece: “É permitida a arbitragem, na forma da lei”, deixando claro, segundo parte da doutrina, que o processo arbitral seria uma espécie de microsistema jurídico, previsto em lei extravagante, assim como o Código de Defesa do Consumidor, servindo o Código de Processo Civil como diploma de aplicação subsidiária.

Apesar da questão ser altamente complexa e ainda controvertida na doutrina e jurisprudência, alguns autores afirmam não haver mais dúvidas nem divergências à não aplicação subsidiária

²²⁵ Cândido Rangel Dinamarco “Arbitragem na teoria geral do processo”. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 46.

²²⁶ Carlos Alberto Carmona, “O processo arbitral”, Revista da arbitragem e mediação. São Paulo, ano 1, jan.-abr. 2004, n. 9, p. 28; “Lei da arbitragem comentada artigo por artigo”, p. 48-49.

²²⁷ Elio Fazzalari, “L’ arbitrato”, Turim, UTET, 1997, p. 55.

²²⁸ Olavo Augusto Vianna A. Ferreira, Matheus Lins Rocha e Débora Cristina F. A. A. Ferreira, “Lei de arbitragem comentada artigo por artigo”, p. 50

²²⁹ Fredie Didier Júnior, “A arbitragem no novo Código de Processo Civil (versão da Câmara dos Deputados – Dep. Paulo Teixeira)”, https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/55987/004_didier_jr.pdf?sequence=1&isAllowed=y), p. 05 e ss

do CPC à arbitragem, tal como Leonardo de Faria Beraldo²³⁰, entrando todavia em contradição ao alegar que seria consenso a não aplicação do CPC como fonte subsidiária da lei de arbitragem, mas que seriam utilizadas algumas regras do CPC pelo árbitro, sendo portanto incorreta a afirmação de que o CPC nunca seria aplicável. O CPC estabelece a diferença entre regras de natureza processual e de natureza procedimental, afirmando que apenas as de natureza procedimental não seriam aplicáveis à arbitragem.

Um dos mais importantes princípios previstos tanto no CC como no CPC e aplicado pela jurisprudência à arbitragem trata-se do princípio da boa-fé objetiva, abrangendo o dever de cooperação (art.6º. CPC). A boa-fé objetiva é um princípio dividido em três funções: interpretativa, integradora e limitadora, sendo a função integradora a que cria os deveres anexos da boa-fé objetiva, aplicáveis à arbitragem, tais como os deveres de lealdade, informação e de cooperação, dever de prevenção, de esclarecimento, de prestar assistência e de consulta às partes. Tais deveres, no

entender de Beraldo, devem ser cumpridos pelos árbitros, concluindo, contudo, de forma novamente contraditória²³¹:

(...) é preciso haver coerência para aplicar o novo CPC no processo arbitral. Não se pode manter um discurso raso e horizontal de que essa lei não é aplicável à arbitragem, tão somente porque não consta da Lei de arbitragem que o CPC é sua fonte subsidiária ou norma supletiva

Em suma, entende o que não seria o CPC norma subsidiária ou supletiva, mas que são é utilizada tal lei, por exemplo, no tocante aos requisitos para a concessão e tutela de urgência e na coisa julgada, embora não para outros aspectos. Por derradeiro afirma que as regras de natureza processual do novo CPC na medida do possível devem ser aplicadas ao processo arbitral, exceto quando houver incompatibilidade com este.

Interessante observar que apesar dos autores Vianna, Rocha e Ferreira²³² afirmarem a completa autonomia da arbitragem, de modo a não ser aplicada a legislação processual civil nem sequer subsidiariamente, afirmam que deverão ser observados os princípios processuais

²³⁰ Leonardo de Faria Beraldo “Arbitragem e o novo CPC”, p. 01, http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_bibliotec/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RArbMed_n.49.09.PDF, p. 05 e ss..

²³¹ *Ibidem*, p. 14.

²³² Olavo Augusto Vianna A. Ferreira, Matheus Lins Rocha e Débora Cristina F. A. A.Ferreira, “Lei de arbitragem comentada artigo por artigo”, p. 72 e ss.

infraconstitucionais, evitando que a arbitragem não esteja eivada de vícios ou nulidades.

Relacionada à questão da aplicação subsidiária ou não do CPC à arbitragem encontra-se a questão de aplicação ou não dos precedentes vinculantes consoante disposição do artigo 927 do CPC. Caso as partes tenham convencionado que a arbitragem deverá observar os precedentes obrigatórios, estes devem ser observados, sob pena de afronta ao princípio da autonomia da vontade das partes e de nulidade da sentença arbitral. Contudo, no caso de silêncio das partes, não há entendimento pacífico na doutrina quanto à obrigatoriedade da aplicação dos precedentes do artigo 927 do CPC, havendo duas correntes distintas.

A corrente que postula pela obrigatoriedade da aplicação pelo árbitro dos precedentes vinculantes sustenta que o árbitro não pode violar a confiança e expectativa das partes²³³. No mesmo

sentido Tucci, com fundamento no artigo 489, p. 1º., VI do CPC, e Bellochi²³⁴. A segunda corrente sustenta a inexistência de nulidade da sentença arbitral já que não haveria que se falar em aplicação subsidiária das normas sobre precedentes obrigatórios do CPC na arbitragem. Neste sentido André Vasconcelos Roque e Fernando Fonseca Gajardoni, Leonardo de Faria Beraldo, Leonardo Greco e Olavo Augusto Vianna A. Ferreira, Matheus Lins Rocha e Débora Cristina F. A. A. Ferreira²³⁵.

Fredie Didier Junior²³⁶ afirma ser possível a aplicação subsidiária do CPC, apesar de se caracterizar a arbitragem como um microssistema, contrariando a lógica portanto, de ser um microssistema por pressupor autonomia completa quanto a outros subsistemas jurídicos.

Outro fundamento a favor da aplicação subsidiária do CPC à lei de arbitragem é lembrado por Joel Dias Figueira Júnior²³⁷ ao afirmar que no caso do microssistema dos Juizados Especiais, o procedimento arbitral será

²³³ Guilherme Rizzo Amaral, “Arbitragem e precedentes” in Curso de Arbitragem, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 285-288.

²³⁴ José Rogério Tucci e Márcio Bellochi, “Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na Convenção de arbitragem”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 178-179.

²³⁵ Olavo Augusto Vianna A. Ferreira, Matheus Lins Rocha e Débora Cristina F. A. A. Ferreira, “Lei de arbitragem comentada artigo por artigo”, p. 304 e ss.

²³⁶ Fredie Didier Júnior, “A arbitragem no novo Código de Processo Civil (versão da Câmara dos Deputados – Dep. Paulo Teixeira)”, https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/55987/004_didier_jr.pdf?sequence=1&isAllowed=y, p. 05 e ss.

²³⁷ Joel Dias Figueira Júnior “Arbitragem, jurisdição e execução”, São Paulo: Editora RT, 1999, p. 146 e ss.

regulado pela Lei 9.099/95, apesar de ressalvar, com apoio também em Carlos A. Carmona e Cláudio Viana de Lima, haver inadequação da arbitragem em tal instância.

5. ARBITRAGEM OBRIGATÓRIA NA BOLSA DE VALORES DE SÃO PAULO

Em razão da característica essencial da arbitragem como instituto facultativo e não obrigatório, questiona-se acerca da constitucionalidade da Lei das Sociedades Anônimas - Lei 6.404/1976, ao prever a obrigatoriedade da arbitragem,²³⁸ consoante disposto em seu artigo 136-A, conforme alteração da Lei nº 13.129/2015,²³⁹ conflitando com o artigo 109, p. 3º, com redação dada pela

Lei 10.303/01,²⁴⁰ já que este último consagra a sua facultatividade.

Os juristas divergem sobre constitucionalidade de arbitragem compulsória, por entenderem alguns que afrontaria o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, consagrando norma idêntica às anteriores Cartas políticas do Brasil, prevendo o princípio da reserva legal, ou da inafastabilidade da jurisdição. Observa-se que o caput do artigo 3º do novo Código de Processo Civil reitera essa mesma regra, reservando ao Estado-juiz o monopólio da jurisdição. Olavo Augusto Vianna A. Ferreira, Matheus Lins Rocha e Débora Cristina F. A. A. Ferreira entendem ser difícil aceitar a constitucionalidade diante da afronta ao princípio constitucional da tutela jurisdicional efetiva que impede que a lei exclua da

²³⁸ Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme, “A arbitragem no mercado de capitais- o novo mercado da Bovespa”, <https://luizfernandodovale.jusbrasil.com.br/artigos/121943921/a-arbitragem-no-mercado-de-capitais-o-novo-mercado-da-bovespa>, e “A arbitragem na bolsa de valores de São Paulo e Madrid”, Belo Horizonte: Editora Letramento, 2019.

²³⁹ Art. 136-A. A aprovação da inserção de convenção de arbitragem no estatuto social, observado o quórum do art. 136, obriga a todos os acionistas, assegurado ao acionista dissidente o direito de retirar-se da companhia mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 45. § 1º A convenção somente terá eficácia após o decurso do prazo de 30 (trinta) dias, contado da publicação da ata da assembleia geral que a aprovou. § 2º O direito de retirada previsto

no caput não será aplicável: I — caso a inclusão da convenção de arbitragem no estatuto social represente condição para que os valores mobiliários de emissão da companhia sejam admitidos à negociação em segmento de listagem de bolsa de valores ou de mercado de balcão organizado que exija dispersão acionária mínima de 25% (vinte e cinco por cento) das ações de cada espécie ou classe; II — caso a inclusão da convenção de arbitragem seja efetuada no estatuto social de companhia aberta cujas ações sejam dotadas de liquidez e dispersão no mercado, nos termos das alíneas “a” e “b” do inciso II do art. 137 desta Lei.

²⁴⁰ O estatuto da sociedade pode estabelecer que as divergências entre os acionistas e a companhia, ou entre os acionistas controladores e os acionistas minoritários, poderão ser solucionadas mediante arbitragem, nos termos que especificar.

apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito, sendo aplicáveis os fundamentos externados pela doutrina portuguesa. Esclarecem²⁴¹ que não há previsão no Direito Brasileiro vigente de hipóteses de arbitragem obrigatória, tendo sido abolida em 1866, havendo tentativa de sua implementação pela MP 2221/2001, revogada pela Lei 10.931/2004. Adotam a lição de José Emilio Nunes Pinto no sentido de inexistência de caráter compulsório da arbitragem na comercialização de energia elétrica.

Acerca da obrigatoriedade da arbitragem esclarece José Cretella Neto ser contrária ao verdadeiro espírito da arbitragem²⁴², sendo tal obrigatoriedade prevista, por exemplo, no Código Comercial de 1850, em alguns casos (arbitragem compulsória – artigos 20 c/c 783); e nas matérias relativas ao direito marítimo, sendo abolida já em 1860, passando-se a considerar como inconstitucional tal obrigatoriedade, havendo decisões jurisprudenciais do STF de 1918 a 1923 neste sentido, considerando não obrigatório o disposto

no artigo 783 do Código Comercial, assim como as determinações de arbitragem compulsória no direito marítimo²⁴³.

Joel Dias Figueira Júnior²⁴⁴, por sua vez, entende ser da essência do instituto a faculdade concedida às partes litigantes de buscarem tal forma alternativa de solução de conflitos, afirmando que ocorreria inconstitucionalidade caso as partes estivessem sempre obrigadas a buscar a solução de seus conflitos por intermédio do juízo arbitral, por significar a inadmissível exclusão e afronta ao artigo 5º., XXXV e art. 126 da CF88. Em sentido semelhante esclarecem os autores Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira²⁴⁵ afirmando que a arbitragem compulsória deverá ser considerada inconstitucional, por violar o princípio do acesso à justiça. No entender de José Cretella Neto a facultatividade na adoção da arbitragem é elemento essencial desta, devido a seu caráter facultativo, essencial para que a cláusula compromissória adquira eficácia.

²⁴¹ Olavo Augusto Vianna A. Ferreira, Matheus Lins Rocha e Débora Cristina F. A. A. Ferreira, “Lei de arbitragem comentada artigo por artigo”, p. 157 e ss.

²⁴² José Cretella Neto, “Curso de Arbitragem”, p. 11; p. 22.

²⁴³ José Cretella Neto, “Comentários à lei de arbitragem brasileira”, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2007, p. 11.

²⁴⁴ Joel Dias Figueira Júnior, “Arbitragem, jurisdição e execução”, p. 26 e ss.

²⁴⁵ Olavo Augusto Vianna A. Ferreira, Matheus Lins Rocha e Débora Cristina F. A. A. Ferreira, “Lei de arbitragem comentada artigo por artigo”, p. 20 e ss.

Importante destacar que em Portugal há previsão de arbitragem necessária, quando inexistir convenção arbitral, mas a lei impuser tal solução²⁴⁶, como em matéria de medicamentos de referência e medicamentos genéricos previstos pelo art. 2º, da Lei 62/2011. Há, contudo pareceres de Gomes Canotilho e Paulo Otero²⁴⁷ no sentido da inconstitucionalidade por violar o princípio da igualdade e o princípio do acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva, contemplados, respectivamente nos artigos 13 e 20 da Constituição. Paulo Otero assim dispõe:

O direito de escolher entre o acesso aos tribunais do Estado ou a mecanismos de arbitragem voluntária. A criação pelo legislador de arbitragens necessárias retira, visto deste último ângulo, esse direito de escolha do modo de acesso à justiça que todos os restantes particulares têm em áreas ou matérias suscetíveis de arbitragem.²⁴⁸(...).O Estado não pode renunciar ao exercício da função jurisdicional; o Estado não pode privatizar o exercício da justiça, enquanto função típica de soberania do próprio Estado; o Estado não pode desrespeabilizar-se da garantia dos direitos fundamentais através dos seus tribunais.

²⁴⁶ Susana Filipa Pereira Bastos, “Arbitragem necessária”, Universidade de Coimbra, dissertação de mestrado.

²⁴⁷ Gomes Canotilho, parecer de 15.03.2011, p. 04, e Paulo Otero, parecer de 01.06.2012, pp. 12-18, in Susana Filipa Pereira Bastos, “Arbitragem necessária”, Universidade de Coimbra, dissertação de mestrado.

²⁴⁸ Paulo Otero, Parecer, 12-18; p. 67.

Portanto há a barreira intransponível da inconstitucionalidade, sendo ainda da essência do conceito de arbitragem a facultatividade, não podendo esta ser imposta. No sentido da inconstitucionalidade da arbitragem compulsória o Tribunal Constitucional de Portugal²⁴⁹ proferiu importante decisão quanto à previsão de arbitragem necessária nos artigos 4º e 5º do Decreto 128/XII, editado pela Assembleia da República Portuguesa criando o Tribunal Arbitral do Desporto, submetendo alguns litígios ao regime de arbitragem necessária. Tal disposição foi julgada inconstitucional por violar o direito de acesso aos tribunais e o princípio da tutela jurisdicional efetiva, previsto no artigo 268 n. 4 da Constituição da República Portuguesa²⁵⁰.

As recomendações da BM&FBOVESPA, bem como a governança corporativa, o princípio da transparência e a adesão à arbitragem, seguindo as disposições da Lei das S/As (§3º do art. 109 da Lei 6.404/76), visando à proteção dos investidores e a

²⁴⁹ Tribunal Constitucional de Portugal, julgado n. 251/2017 de 7/7, disponível em www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20170251.html

²⁵⁰ Tribunal Constitucional de Portugal, processo 230/2013, disponível em www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130230.html.

adequação das empresas abertas a uma política de governança corporativa.

Em 2000, a Bovespa – Bolsa de Valores de São Paulo, atual BM&FBovespa, instituiu o denominado “Novo Mercado”, bem como o “Bovespa Mais”, o “Bovespa Mais Nível 2” e “Nível 1”, consistindo estes em segmentos especiais de governança corporativa, ou seja, classificações a que as empresas fariam jus no caso de apresentarem níveis diferenciados de governança corporativa, após a adoção de uma série de medidas com vistas ao incremento do mercado de investimentos no Brasil em razão de maior segurança e proteção fornecidos pelo mercado e Sistema Judiciário.

Existem, portanto, três níveis de governança corporativa, dependendo do grau de compromisso adotado pela empresa. As companhias de nível “2” e do “novo mercado” são obrigadas a aderir à Câmara de Arbitragem da própria Bovespa para dirimir conflitos societários, sendo obrigadas a se vincular ao regulamento da Câmara de Arbitragem do Mercado, enquanto que as companhias de nível “1” não necessitam adotar tal medida. Os participantes da Câmara de Arbitragem do Mercado, instituída pela Bovespa são: a própria Bovespa, companhias abertas do “novo mercado” e do nível “2”,

controladores das companhias, administradores, membros do Conselho Fiscal, investidores e acionistas (vinculados a Companhias listadas no nível “2” e “novo mercado”).

No Brasil, com fulcro na Lei nº 9.307/96, foi instituída a Câmara de Arbitragem do Mercado (CAM), à composição de conflitos no Mercado de Capitais, oferecendo foro adequado e julgamentos especializados.

É certo que a adoção das boas práticas de governança pelas Sociedades é uma exigência do mercado financeiro, do capitalismo neoliberal e da globalização, como forma de se fomentar o interesse dos investidores no mercado de capitais no Brasil. A adoção da governança corporativa visa a dar maior transparência às companhias por meio da adoção de valores como *fairness* (senso de justiça), *disclosure* (transparência nas informações), *accountability* (prestação de contas) e *compliance* (conformidade no cumprimento de normas).

O Regulamento do Novo Mercado traz um conjunto de regras e práticas de governança, conforme Anexo I À Resolução CMN nº 2.829/ 2001, entre eles a obrigatoriedade da adoção da arbitragem, mediante cláusula compromissória arbitral, para as Sociedades Anônimas classificadas como Novo Mercado e Nível 2,

estipulando-se ainda compulsoriamente o árbitro, qual seja, a Câmara de Arbitragem do Mercado (CAM). Os participantes do mercado de ações se tornam automaticamente, após assinarem o Termo de anuência, subordinados ao Regulamento da CAM.²⁵¹

Contudo, questiona-se se é possível em termos de legitimidade e constitucionalidade a adoção da governança corporativa a ponto de alterar a natureza jurídica e característica de um instituto jurídico implicando em abusiva interferência do poder econômico e do sistema econômico no Direito.

Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme²⁵² aponta que as Instituições do mercado de capitais vêm

investindo cada vez mais na implementação da Governança Corporativa, tendo em vista inúmeras vantagens, como a utilização da arbitragem, criticando a Diretiva 2014-65 adotada pela União Europeia, por apenas encorajar o uso dos mecanismos de resolução extrajudicial de conflitos, mas não os obrigar, como presenciado no mercado financeiro brasileiro, questionando, contudo, a obrigatoriedade apenas no tocante ao investidos de fundos atrelados a papéis Nível Novo mercado.

Por conseguinte é de se frisar o entendimento do Brasil nesta questão contrário ao da Europa consoante seu principal instrumento jurídico, a Diretiva pela União Europeia 2014-65 do Parlamento Europeu, o qual ressalva a

²⁵¹ Anexo I À Resolução CMN nº 2.829/ 2001. Cláusula compromissória” consiste na cláusula de arbitragem, mediante a qual a companhia, seus acionistas, administradores, membros do conselho fiscal e a BM&FBovespa obrigam-se a resolver, por meio de arbitragem, perante a Câmara de Arbitragem do Mercado, toda e qualquer disputa ou controvérsia que possa surgir entre eles, relacionada com ou oriunda, em especial, da aplicação, validade, eficácia, interpretação, violação e seus efeitos, das disposições contidas na Lei das Sociedades por Ações, no estatuto social da Companhia, nas normas editadas pelo Conselho Monetário Nacional, pelo Banco Central do Brasil e pela Comissão de Valores Mobiliários, bem como nas demais normas aplicáveis ao funcionamento do mercado de valores mobiliários em geral, além daquelas constantes deste Regulamento de Listagem, do Regulamento de Arbitragem, do Regulamento de Sanções e do Contrato de Participação no Novo Mercado.

13.1 Arbitragem. A BM&FBovespa, a Companhia, o Acionista Controlador, os demais acionistas da Companhia, os Administradores e os membros do conselho fiscal da Companhia comprometem-se a resolver toda e qualquer disputa ou controvérsia relacionada com ou oriunda deste Regulamento de Listagem, do Contrato de Participação no Novo Mercado, do Regulamento de Sanções, das Cláusulas Compromissórias, em especial, quanto à sua aplicação, validade, eficácia, interpretação, violação e seus efeitos, por meio de arbitragem, perante a Câmara de Arbitragem do Mercado, nos termos do seu Regulamento de Arbitragem.

13.2 A informação sobre a existência e a vinculação da Companhia à Cláusula Compromissória de arbitragem deve constar da página da Companhia na rede mundial de computadores.

²⁵² Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme, “Arbitragem na Bolsa de Valores de São Paulo (B3) e Madrid (Bme)”, p. 38-39; p. 40-43 e ss.; p. 93 e nota 52 e ss.

natureza facultativa da adoção do instituto da arbitragem, ao apenas sugerir sua utilização por parte dos agentes econômicos de meios extrajudiciais de solução de controvérsias.

6. CONCLUSÃO

Partindo-se do conceito de Niklas Luhmann do Direito como sistema imunológico da sociedade, ocorre o risco da autoimunidade, quando o Direito (Estado) ao invés de defender ataca membros da sociedade. A crise autoimunitária revela-se também como uma crise de desdiferenciação, como corrupção sistêmica. Ocorre a crise autoimunitária como corrupção sistêmica quando a ordem jurídica não consegue mais decidir os conflitos com base no código binário direito/não direito (lícito/ilícito), passando a utilizar outros códigos, de outros subsistemas, como ter/não ter, ou poder/não poder, ocorrendo a alopoiese do direito. O Direito, estaria situado entre o real da violência, que é atual, e o ideal da justiça, que é eterno e, logo, por definição, divino – com o potencial de suprimir cada vez mais a violência, nas relações humanas, para torná-las, propriamente, isso: uma relação proporcional entre seres dotados de humanidade, com respeito mútuo, e respeito pela diferença,

pelo diferente; aí estaria a santidade, com tudo que tem de próximo, não só semanticamente, da sanidade, do que é são e saudável.

Por conseguinte, ao analisarmos a obrigatoriedade da utilização da arbitragem em certos casos afetos ao Mercado de Capitais no Brasil, promovendo-se com isso interesses econômicos do mercado de capitais e do sistema neoliberal, excludente, egoísta, que promove uma verdadeira lei da selva e da seleção natural, descartando milhões de pessoas de todos os aspectos sociais, promovendo a pobreza da grande parcela da população, verifica-se a (i)legitimidade do Direito como aí está produzido, já que altera a natureza jurídica do instituto jurídico da arbitragem, afrontando o Princípio da inafastabilidade da jurisdição, e tampouco promove a proteção adequada do consumidor, direito fundamental consagrado na Constituição Federal. Os excluídos vinculam-se ao conceito de *homo sacer* desenvolvido por Giorgio Agamben, vinculando-se ao de “estado de exceção”, o qual se faz presente quando o Estado ao não mais cumprir seu papel de proteção da dignidade humana e direitos fundamentais e humanos de todas as parcelas da população, deixa grande parte desta à

deriva, para além da linha abissal, tornando-se invisíveis ou mortos-vivos.

Destarte, do que se trata é da constatação de que vivemos em verdadeira corrupção sistêmica, tomando-se como ponto de partida a teoria de Niklas Luhmann, já que os subsistemas do sistema global da sociedade mundial, com ênfase aqui ao Direito e à Política, não vêm cumprindo com sua função, encontrando-se em processo de desacoplamento estrutural e desdiferenciação. Vivemos um momento de todo o tipo de crises. “Crise” etimologicamente significa “julgar”, “separar”. A crise da modernidade pode ser constatada como uma crise de desdiferenciação, que é o que estamos vivendo em escala mundial. A crise vem justamente da diferenciação, da individuação. Há uma crise da diferenciação social, pois tem um sistema devorando outros sistemas. Anarquia sistêmica. *Inputs* e *outputs* desgovernados na nova Torre de Babel pós-apocalíptica. Algumas das atuais crises em que vivemos podem ser verificadas com características sistêmicas, as quais, por sua vez, agravam as incertezas já dominadoras de nossa subjetividade. Crise sistêmica

como resultado da dupla excesso e mal-estar, mas, visto de forma positiva, as crises propiciam o questionamento, como uma espécie de *pharmakon*, fonte de perigo, mas também de oportunidade.

Marcelo Neves explica o conceito de alopoiese do direito atrelado ao conceito por ele desenvolvido de “Constituição simbólica”, quando há uma expansão da esfera do político em detrimento do desenvolvimento autônomo de um código específico de diferença entre lícito e ilícito. Isto aconteceria no caso de leis supraconstitucionais ou de textos constitucionais de exceção²⁵³. Com relação à legislação simbólica sustenta Kinderman, lembrado pelo A., que se trata de um mecanismo de negação da diferença entre sistemas político e jurídico, em detrimento da autonomia do último. É colocada em xeque a autonomia do Direito. Segundo Marcelo Neves ocorre a politização dejuridicizante da realidade constitucional, respaldada nas relações econômicas. Parafraseando Habermas: trata-se da colonização política e econômica do mundo do Direito. A constitucionalização simbólica como alopoiese do sistema jurídico é um

²⁵³ Marcelo Neves. “A constitucionalização simbólica”, 3ªEd. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 130 e ss.; p. 147.

problema típico de um Estado periférico como o Brasil.²⁵⁴

Trata-se, portanto, da questão estudada desde sempre e cada vez mais tanto na filosofia como nas ciências sociais, da origem das sociedades e seu vínculo com a violência, mais recentemente relacionada com o tema do bando e do abandono (banimento), através de conceitos como o de *homo sacer*. Um Estado Democrático de Direito, portanto, deverá estar comprometido com o respeito aos direitos fundamentais de todas as parcelas da população e não fomentar ainda mais a discriminação por meio de políticas públicas na maioria das vezes voltadas a setores abastados da população ou então pela não observância dos princípios constitucionais do acesso à justiça e da inafastabilidade da jurisdição. Somente desta forma o Estado de Direito não será mais um estado de exceção, em que grande parcela da população se vê em uma situação de exclusão-inclusiva, ou de suspensão.

Verifica-se, destarte, a necessidade de se considerar o Direito, posto e em discussão, fonte de sentido para a vida humana, desmistificando-o como ciência e prática distantes do

cotidiano, para além, portanto, da positividade e do formalismo que atualmente predominam, favorecendo o debate de ideias e uma melhor consideração de questões atuais de suma importância para uma maior compreensão do ser humano próprio Direito. Assim, ao nos aprofundarmos na questão do que se anuncia como uma crise autoimunitária do Direito e buscarmos alternativas à ela, evitaremos com isso que o Direito destrua quem deveria proteger, os seres humanos, quer seja por um excesso de proteção, quer seja pelo fenômeno da exclusão, evidenciada nos casos que se repetem com cada vez mais frequência, do *homo sacer*, do “estado de exceção” que se tornou a regra (Giorgio Agamben/Walter Benjamin), o que pode ser vislumbrado em qualquer ordenamento jurídico das sociedades de cunho ocidental.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Guilherme Rizzo. Arbitragem e precedentes. *In Curso de Arbitragem*, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

ARAÚJO, Vitor Carvalho C. Costa de. *A arbitragem aplicada do Direito Internacional Privado*. Conteúdo jurídico. Brasília. Disponível em: <<http://www.conteúdojurídico.com.br>>

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 147 e ss.

BASTOS, Susana Filipa Pereira. *Arbitragem necessária*. Universidade de Coimbra, Dissertação de Mestrado. Portugal.

BERALDO, Leonardo de Faria. *Arbitragem e o novo CPC*, p. 01, Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RArbMed_n.49.09.PDF>

CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O acesso à justiça no plano dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. *O processo arbitral*, Revista da arbitragem e mediação. São Paulo, ano 1, jan.-abr. 2004, n. 9.

CARVALHOSA, Modesto. *Reforma da Lei das Sociedades Anônimas: inovações e questões controvertidas da Lei nº 10.303, de 31.10.2001*. In: LOBO, Jorge (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CRETTELA JÚNIOR, José. Conceito categorial de arbitragem. In: *O direito internacional do terceiro milênio*, São Paulo: Ed. LTR, 1998.

CRETTELA NETO, José. *Curso de arbitragem*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

_____. *Comentários à lei de arbitragem brasileira*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

DIAS, João Álvaro. “Porquê a arbitragem? Idoneidade e Eficácia”, in “Estudos em memória do prof. Doutor José Dias Marques”, Coimbra, Almedina, 2007.

DIDIER JR., Fredie. *Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. São Paulo: Jus Podivm, 2017.

_____. *A arbitragem no novo Código de Processo Civil* (versão da Câmara dos Deputados – Dep. Paulo Teixeira). <Disponível em https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/55987/004_didier_jr.pdf?sequence=1&isAllowed=y .>

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*, São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013.

EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*. 2ª edição. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

FAZZALARI, Elio, *L' arbitrato*, Turim, UTET, 1997.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna A., ROCHA, Matheus Lins e FERREIRA, Débora Cristina F. A. A. *Lei de arbitragem comentada artigo por artigo*, São Paulo: Editora Juspodivm, 2019.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução*, São Paulo: Editora RT, 1999.

FILOMENO, José Geraldo Brito, *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8ª. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (org.). *Soluções extrajudiciais de controvérsias empresárias*, volume 2. Editora Casa do Direito, 2017.

_____. “Arbitragem na Bolsa de Valores de São Paulo (B3) e Madrid (Bme)”, Disponível em <<https://luizfernandodovale.jusbrasil.com.br/artigos/121943921/a-arbitragem-no-mercado-de-capitais-o-novo-mercado-da-bovespa>>

_____. *A arbitragem no mercado de capitais- o novo mercado da Bovespa*. Disponível em <<https://luizfernandodovale.jusbrasil.com.br/artigos/121943921/a-arbitragem-no-mercado-de-capitais-o-novo-mercado-da-bovespa>>

_____. *A arbitragem na bolsa de valores de São Paulo e Madrid*, Belo Horizonte: Editora Letramento, 2019.

MARIANI, Rômulo Greff. *Precedentes na arbitragem*, Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Tomo XV/232-234, n. 7. Forense: Rio de Janeiro, 1977.

NERY, Nelson e NERY, Rosa. *Comentários ao Código de processo Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais; Edição: 1ª, 2015.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*, 3ªEd. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio, *Manual de arbitragem, mediação e conciliação*, 7ª.ed., São Paulo: Ed. Forense, 2016.

STRENGER, Irineu. *Arbitragem Comercial internacional*, Ed. LTR, 1996.

TUCCI, José Rogério e BELLOCHI, Márcio. *Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na Convenção de arbitragem*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

VISCONTE, Debora. *A jurisdição dos árbitros e seus efeitos*. Dissertação. Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2009.