



UNIANCHIETA

Revista de

DIREITO CÍVIL

ISSN 2596-2337

FICHA TÉCNICA

Revista de Direito Civil, ISSN 2596-2337, v. 3, n. 2, jul./dez. 2021

Capa: Cláudia Maria Pedro Ruiz Hespanha

Editoração e Diagramação: Gláucia Satsala

Revisão: Profa. Esp. Isabel Cristina Alvares de Souza

Editora: UNIANCHIETA

Profa. Ma. Juliana Savoy Fornari

Diretora Acadêmica

Prof. Me. João Vasconcelos

Diretor de Graduação

Prof. Dr. Cláudio Antônio Soares Levada (in memoriam)

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 (**UFF**)
Profa. Dra. Ana Paula Teixeira Delgado (**Escola da Magistratura do RJ**)
Prof. Dr. Antonio Carlos Morato (**USP**)
Profa. Dra. Carolina Pereira Lins Mesquita (**UFRJ**)
Prof. Dr. Claudio A. Soares Levada (*in memoriam*) (**TJSP**)
Prof. Dr. Claudio Ribeiro Lopes (**UFMS**)
Prof. Dr. Dalmir Lopes Junior (**UFF**)
Prof. Me. Elvis Brassaroto Aleixo (**FADIPA**)
Prof. Dr. Ênio José da Costa Brito (**PUC/SP**)
Prof. Dr. Ivan de Oliveira Durães (**GP CNPq Direito Civil Constitucional**)
Prof. Dr. José Antonio Callegari (**UFF**)
Prof. Dr. José Patrício Pereira Melo (**Universidade Regional do Cariri**)
Prof. Dr. Lúcio Picanço Facci (**UFF/UNESA, Procurador Federal**)
Profa. Dra. Luzia Batista de Oliveira Silva (**USF**)
Profa. Dra. Marcia Simoni Fernandes (**GP CNPq Direito Civil Constitucional**)
Prof. Dr. Marcus Fabiano Gonçalves (**UFF**)
Dr. Massimiliano Verde (**Accademia Napoletana**)
Prof. Dr. Mauro Alves de Araújo (**FADIPA**)
Profa. Dra. Myriam Benarrós (**GP CNPq Direito Civil Constitucional**)
Prof. Dr. Paulo R. Iotti Vecchiatti (**Ordem dos Advogados**)
Prof. Dr. Pietro Nardella Dellova (**GP CNPq Direito Civil Constitucional**)
Prof. Dr. Sidnei Agostinho Beneti (**Ministro-aposentado do STJ**)
Prof. Dr. Wagner de Oliveira (**Universidade Estadual de Santa Cruz**)
Prof. Dr. Wilson Madeira Filho (**UFF**)

ADVERTÊNCIA

Nossa **RDC - Revista de Direito Civil** tem publicação semestral e, como sói acontecer com nossa produção, tem, além dos fundamentos dogmáticos e técnicos, também caráter pluralista, com respeito às diversidades culturais, políticas e religiosas, reverência aos valores constitucionais consagrados na Constituição Federal de 1988, defesa inegociável do Estado de Direito, dos Direitos Humanos e Fundamentais, assim como atenção com os princípios do valor social do trabalho, da livre-iniciativa, função social da propriedade, atividade empresarial, cambial, financeira e econômica constitucionais, humanização das obrigações jurídicas, função social do contrato e fundamentos dos núcleos familiares e sucessórios. Não é demais dizer que a RDC aprecia a abordagem dogmática, assim como a zetética, com acento na construção ética, filosófica, histórica e socioantropológica dos Institutos tradicionais de Direito Privado (Empresarial e Civil).

Os textos aqui publicados, suas anotações bibliográficas, seus posicionamentos teóricos, dogmáticos, zetéticos, filosóficos, políticos, culturais e sociais, são de inteira responsabilidade de seus autores e coautores, não refletindo necessariamente o pensamento da Revista, da Coordenação ou da Instituição que a abriga e a publica.

Prof. Dr. Pietro Nardella-Dellova

SUMÁRIO

Apresentação e um <i>a priori</i> em homenagem à memória do Prof. Dr. Claudio A. Soares Levada.....	6
	<i>Pietro Nardella-Dellova</i>
O divórcio e o novo casamento entre os evangélicos: análise dos pareceres jurídicos de Jesus de Nazaré e de Paulo de Tarso sob a ótica da dissolubilidade do vínculo conjugal no estado laico.....	8
	<i>Ivan de Oliveira Durães</i>
Autonomia do microempreendedor individual como parceiro de grandes corporações: uma reflexão acerca da mitigação de direitos.....	26
	<i>Yan Almeida Caldas Saulo Bichara Mendonça</i>
Dados pessoais no Brasil: normativas e diálogos institucionais rumo à atual lei geral de proteção de dados pessoais.....	43
	<i>Wagner de Oliveira Rodrigues Vanderson Barbosa da Rocha</i>
Breves reflexões sobre o acesso à justiça e a sua relação com os meios adequados de resolução de conflitos do Direito Material.....	73
	<i>Lucio Picanço Facci</i>
Da nulidade do casamento infantil inferior à idade núbil como política de prevenção da gravidez.....	88
	<i>Rafael Pereira Gilberto Giacoia</i>
Direito real de laje: aspectos jurídicos e sociais.....	110
	<i>João Francisco do Prado Marçura</i>
Dos princípios contratuais da autonomia e da boa-fé em correlação com o princípio bioético da autonomia do paciente no âmbito clínico.....	139
	<i>Dalmir Lopes Jr.</i>
Aspectos do direito de família na Grécia antiga.....	155
	<i>Décio Sanchis</i>
Uma análise do livro “A Teoria Crítica: ontem e hoje”, de Barbara Freitag, como antessala dos estudos filosóficos do Direito Civil contemporâneo.....	161
	<i>Pietro Nardella-Dellova</i>

Estatuto da pessoa com deficiência: consequências para a tutela jurídica dos interesses das pessoas com deficiência na prática de atos negociais e na determinação da responsabilidade civil.....183

*Carolina de Paula Santos
Elvis Brassaroto Aleixo*

Responsabilidade civil dos pais em casos de obesidade infantil.....206

*Bruna Martins Gomes Dellova
Renato Dellova*

APRESENTAÇÃO E UMA *PRIORI* EM HOMENAGEM À MEMÓRIA DO PROF. DR. CLAUDIO A. SOARES LEVADA

Prezados amigos e amigas, salve!

Uma vez mais, apresentamos nossa RDC - Revista de Direito Civil com grande satisfação. É sempre motivo de alegria ver reunidos tantos articulistas com suas ideias, estudos e posicionamentos jurídicos, críticos e filosóficos acerca do Direito e, sobretudo, assim como ocorreu com nossa edição anterior, em meio a uma terrível pandemia, isolamento, reinvenção e redescobertas temáticas.

Nossa RDC tem contribuído com o tripé da Educação Superior, não apenas do Direito, mas de outras áreas afins e, em qualquer campo, apresentado temas e debates para propiciar a realização e fortalecimento do Ensino, Pesquisa e Extensão.

Na presente Edição, percorremos o fio de debate acerca do Divórcio e suas conexões com o pensamento religioso, tendo em vista o debate que ainda persiste. Outrossim, fomos visitar a autonomia do microempreendedor individual enquanto parceiro das grandes corporações. Não poderíamos passar à margem do tema acerca da proteção dos dados pessoais e, por isso mesmo, percorremos a lei geral de proteção de dados pessoais. Fomos buscar as conexões entre o direito instrumental e o direito material para a solução de conflitos, mormente no que respeita ao direito privado. Ademais, publicamos, também, uma discussão bastante atual sobre a nulidade do casamento infantil inferior à idade núbil, conforme alterações contemporâneas no Código Civil.

Outra realidade socioeconômica e de moradia, afeita aos direitos reais, é trabalhada a partir da perspectiva do direito de laje, enquanto espelho da realidade brasileira, sobretudo nas áreas periféricas. Em tempos de pandemia e redescoberta da medicina como direito, assim como debates que se apresentam acerca de terapias específicas, poderemos ler algo mais profundo acerca dos princípios contratuais da autonomia e da boa-fé e sua interface com o princípio bioético. A respeito das discussões dos novos núcleos familiares, recebemos a revisitação às fontes gregas sobre a família a fim de percebermos a evolução desta entidade perpétua.

E como sói acontecer com nossa RDC, propomos, também, uma reflexão acerca das teorias críticas como antessala hermenêutica do direito civil, assim como um estudo sobre o estatuto da pessoa com deficiência, pois acima de tudo, há um movimento de exclusão visível e desavergonhada no cenário nacional para, enfim, refletirmos sobre algo que se tornou uma doença: a obesidade infantil e sua responsabilização sobre os genitores.

Sentimo-nos, assim, com a missão editorial da RDC cumprida neste semestre, propiciando boa leitura, boas fontes de estudos e debates pertinentes sempre, com fundamento na dignidade da pessoa humana e nos contornos do Direito Civil Constitucional.

Finalmente, esta edição não poderia deixar de mencionar, e homenagear, o Prof. Dr. Claudio A. Soares Levada, digníssimo Coordenador da Faculdade de Direito Padre Anchieta, egresso da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Professor há décadas e honorável Desembargador do TJSP – Tribunal de Justiça de São Paulo, cujo passamento se deu, de forma inesperada. Todos e todas, em setembro último, foram tomados por profunda emoção e sentimento de perda do amigo, colega, pai, juiz, coordenador e incentivador.

A nossa RDC contou com seu apoio irrestrito, assim como esta Coordenação de Revista, contou sempre com seu entusiasmo, encômios, aplausos públicos, testemunho de apreço e confiança e plena liberdade editorial, marca indelével de sua gestão acadêmica. Nosso trabalho foi plenamente fácil com o apoio do saudoso Professor Levada, pessoa afeita ao bem, ao diálogo, à defesa inegociável do Corpo Docente e aos processos de desenvolvimento e evolução da Educação Jurídica.

Em hebraico, diríamos que a relação com o Prof. Levada, cuja memória honramos aqui, foi de *emunah* – confiança ou, ainda, relação plena de confiança e construção. Mas, valendo-nos ainda do hebraico, a relação foi também de *ahavah* – amor construtivo, pois é impossível qualquer construção no processo civilizatório, especialmente do Direito, sem *emunah* e sem *ahavah*.

É essa relação *emunah-ahavah* que marcou a trajetória profícua do Juiz, do Desembargador, do Professor e do Coordenador de Curso Prof. Dr. Claudio A. Soares Levada, mas não apenas, pois além dos atributos de amizade, inteligência, dialogicidade, compreensão e incentivo, restam e ressoam, ainda, pelos corredores, salas e cafés, seus sonoros risos, sua voz de barítono e sua presença num misto de irmão, amigo, pai e construtor.

Resta-nos desejar perpetuidade à memória do Professor Levada e, nesse sentido, uma ótima leitura e bons estudos a todos e todas, pois o melhor que podemos fazer ao homenagear um amigo é continuar no trabalho e na realização, sentindo que ele está aplaudindo, rindo e dizendo: ótimo trabalho!

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

**O DIVÓRCIO E O NOVO
CASAMENTO ENTRE OS
EVANGÉLICOS: ANÁLISE DOS
PARECERES JURÍDICOS DE JESUS
DE NAZARÉ E DE PAULO DE TARSO
SOB A ÓTICA DA DISSOLUBILIDADE
DO VÍNCULO CONJUGAL NO
ESTADO LAICO**

Ivan de Oliveira Durães¹

RESUMO

Este não é um trabalho teológico. Assim, o presente artigo científico, a partir do Direito Civil Antigo, se propõe a investigar um recorrente dilema presente na mentalidade dos evangélicos católicos e protestantes a respeito do divórcio e do novo casamento. Há grupos que afirmam a indissolubilidade do vínculo matrimonial, enquanto há outros que sustentam a possibilidade, a depender do motivo. Como os evangélicos costumam utilizar as palavras de Jesus de Nazaré e de Paulo de Tarso para fundamentarem seus posicionamentos, a presente pesquisa tem por objetivo apresentar proposta hermenêutica em que as manifestações constantes nos documentos evangélicos são compreendidas como pareceres jurídicos, ficando a temática do divórcio e do novo casamento sujeitas à legislação dos Estados Laicos. Desse modo, impor

¹ Pós-doutor em Direito pela Universidade de Coimbra, Portugal. Pós-doutor em Ciências da Religião pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pós-doutor em Antropologia pela PUC-SP. Pós-Doutorando em Educação pela Universidade São Francisco – USF. 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 áreas correlatas. Coordenador do Curso de Direito do Centro Universitário Braz Cubas. Autor de dezenas de livros e artigos científicos. Integrante da linha de pesquisa CNPq DCCT-CE (Direito Civil Constitucional, Teoria Crítica e Educação Jurídica).

a legislação cível do Antigo Israel aos cristãos atuais mostra-se como um anacronismo jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Civil Antigo. Divórcio. Evangélicos. Controvérsias Religiosas. Estado Laico.

ABSTRACT

This is not a theological work. So, this scientific article, based on Ancient Civil Law, proposes to investigate a recurring dilemma present in the mentality of Catholic and Protestant Evangelicals regarding divorce and remarriage. There are groups that claim the indissolubility of the marriage bond, while there are others that support the possibility, depending on the reason. As evangelicals often use Jesus of Nazareth and Paul of Tarsus' words to support their positions, this research aims to present a hermeneutic proposal in which the manifestations contained in the evangelical documents are understood as legal opinions, with the theme of divorce and remarriage subject to the legislation of the Secular States. Thus, imposing civil law from Ancient Israel on today's Christians appears to be a legal anachronism.

KEYWORDS: Ancient Civil Law. Divorce. Evangelicals. Religious Controversies. Laic State.

INTRODUÇÃO

De início, convém destacar que este não é um trabalho de Teologia. Não é nosso interesse discutir ou questionar dogmas religiosos nesta pesquisa. Trata-se de uma pesquisa atrelada às Ciências Jurídicas, notadamente do Direito Civil.

O divórcio e o novo casamento são temas causadores de grandes embates entre os cristãos em épocas variadas. Este artigo analisa a mentalidade evangélica sobre os dilemas relacionados à ruptura do matrimônio, sob a

perspectiva de que as manifestações de Jesus de Nazaré e do Apóstolo Paulo, comumente utilizadas para sustentar rígidos posicionamentos de indissolubilidade do vínculo conjugal, têm natureza de pareceres jurídicos aplicáveis ao antigo Direito Civil Mosaico.

Com o devido respeito às compreensões religiosas de que tanto Jesus como Paulo firmaram normas antivorcistas supratemporais e transnacionais, o presente artigo acena para caminho diverso, até então não ventilado entre os membros das comunidades evangélicas, pois parte da análise jurídica do assunto.

Este trabalho valeu-se da máxima de que os ensinamentos do Nazareno e do Apóstolo aos Gentios, quando indagados a respeito do divórcio ou ruptura de relacionamentos conjugais, foram exarados em sede de atividade intelectual de natureza jurídica e, portanto, agiram como intérpretes da legislação civil contida no Código Mosaico. Assim, com zelo às opiniões contrárias, o presente artigo sugere que aplicar as regras e princípios jurídicos do Antigo Direito Civil Mosaico trata-se de proposta anacrônica no âmbito jurídico, embora aceitável por critérios de liberdade religiosa sem força normativa aos demais membros da comunidade constitucional integrante dos Estados laicos.

Para a elaboração deste trabalho, o autor se valeu do método de interpretação histórico-gramatical, valendo-se de suporte

bibliográfico destinado à investigação do contexto sociocultural em que as discussões a respeito do divórcio foram colocadas em pauta para religiosos situados no tempo e no espaço, a partir de rigorosos sistemas éticos, religiosos e jurídicos.

Esta pesquisa foi organizada em três partes, iniciando-se pela compreensão do casamento em ambientes dominados pelo monopólio eclesiástico relacionado à construção de sua natureza, validade, objetivos e ritos. Nesse primeiro item, observaram-se os efeitos do estabelecimento de Estados laicos em que as famílias não são constituídas sob a tutela exclusiva da religião, sendo que a ruptura do matrimônio passa a ser admitida, com maior ou menor facilidade, pelos sistemas legislativos. Noutra oportunidade, foi reservado item para a investigação da percepção evangélica do divórcio e do novo casamento, com a exposição de diversas correntes e fundamentos. Por fim, no último tópico, avançou-se para a análise do que se denominou *pareceres jurídicos de Jesus de Nazaré e de Paulo de Tarso* acerca do divórcio, sob a compreensão de que eles agiram como juristas e, assim, valeram-se do acervo técnico-hermenêutico absorvido pela tradição judaica de seus respectivos momentos históricos.

Com estas observações introdutórias, consignamos o convite à leitura de nossa proposta hermenêutica, de índole jurídica, a respeito de tão instigante e complexo tema.

1. A PERDA DO MONOPÓLIO DO CASAMENTO PELA RELIGIÃO NO CONTEXTO DO ESTADO LAICO

Ao que parece, desde tempos imemoriais, o casamento esteve vinculado, de uma forma ou outra, à religião. Fato este de grande relevo, notadamente quando levamos em conta que “a primeira instituição que a religião doméstica estabeleceu verdadeiramente foi o casamento”². Na antiguidade romana, havia um rito religioso para o casamento, denominado *confarreatio*, que contava com dez testemunhas. O maior número de testemunhas para ritos à época. Por meio dessa “cerimônia solene e religiosa do casamento: os noivos ofereciam a Júpiter um bolo feito de farinha—*farreum libum*”³.

Na estrutura jurídico-religiosa romana, era por intermédio do casamento que a mulher estava autorizada a participar da religião doméstica do marido⁴. Na antiguidade, no geral, o casamento detinha natureza íntima, centrada no seio da família.

Os antigos atos sacramentais do casamento não tinham conotação pública, apresentando-se indiferente aos deuses estatais.

Logo após o casamento, a mulher prestava culto aos mortos. Contudo, não eram aos seus ancestrais que ela prestava culto, pois o casamento a desligava completamente de sua família sanguínea, afastando-a da casa paterna. “Aos antepassados do marido é que ela agora vai levar a oferenda, que é de sua família; eles tomaram-se seus antepassados. O casamento deu-lhe segundo nascimento”⁵.

Os atos cerimoniais do casamento não ocorriam nos templos romanos ou gregos da antiguidade. Ocorria na casa dos nubentes, sendo o ato oferecido ao deus ou aos deuses da família do marido. Em alguns momentos, os noivos até ofereciam, previamente, oferendas nos templos públicos, “cerimônia que se dava o nome de *prelúdios do casamento*. Mas, a parte principal e essencial da cerimônia continuava realizando-se sempre diante do fogo doméstico”⁶.

Na realidade em destaque, era o casamento que designava a religião da mulher, pois ela era obrigada a abandonar as crenças e ritos da religião de sua família paterna. Isso se impunha regularmente, pois para os gregos e romanos antigos, “não se pode pertencer nem a duas famílias, nem a duas religiões

² COULANGES, Numa Denis Fustel de. *A Cidade Antiga*: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e Roma. Trad. José Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 56.

³ ABIB NETO. *Curso de Direito Romano*. São Paulo: Letras e Letras, 1993, p. 39.

⁴ CAMPELLO, Manoel Netto Carneiro. *Direito Romano*. São Paulo: Francisco Alves/Paris: Aillaud, Alves e Cia., 1914, p. 258.

⁵ COULANGES, Numa Denis Fustel de. *A Cidade Antiga*: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e Roma. Trad. José Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 61.

⁶ COULANGES, Numa Denis Fustel de. *A Cidade Antiga*: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e Roma. Trad. José Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 58.

domésticas, e, assim, a mulher pertence completamente à família e à religião do marido”⁷.

Constituído o casamento, a família não era um local totalmente seguro. O *paterfamilias* tinha poder de vida ou de morte sobre os membros da família⁸. Era ele, ao mesmo tempo, o proprietário, o administrador e o sacerdote de todos os bens e pessoas que compunham o acervo familiar. Lembra Will Durant que “o próprio nascimento já era uma aventura em Roma. Se a criança vinha deformada ou do sexo feminino, o costume permitia ao pai abandoná-la à morte. [...] A religião favorecia a fecundidade proclamando o martírio sem fim da alma de quem não deixasse filhos para cuidar de seu túmulo”⁹.

Agostinho de Hipona, representante da versão oficial do cristianismo ocidental, nos idos do Século V, sustentou que o matrimônio é uma bem-aventurança e, nesta condição, apresenta três bens, quais sejam: a fidelidade, a prole e o sacramento¹⁰. Na compreensão do hiponense, é o sacramento que impõe ao

casamento a sua indissolubilidade¹¹. Parte das obras apologéticas de Agostinho foi direcionada para a defesa do casamento e daquilo que se denomina virgindade consagrada¹².

Tomás de Aquino, em sua monumental *Suma Teológica* do Século XIII, reservou espaço para discutir sobre o casamento nas questões 41 a 68. Para o referido pensador, no artigo 3º, da Questão 44, o casamento, enquanto união destinada a constituir família, é regido pela lei, divina e humana. Mesmo diante dessa afirmação de tripla regência, ao que parece, não pretendeu o Doutor Angélicus retirar a conotação religiosa do matrimônio em prenúncio ao laicismo. Não há subsídios para esta ideia em nenhuma das questões atinentes ao casamento constantes na *Suma*, pois é ele classificado como sacramento no artigo 1º, da Questão 42¹³.

Com o avançar da Idade Média a Igreja Católica Romana, no ocidente cristianizado, manteve o monopólio do casamento. Sendo considerado como

⁷ COULANGES, Numa Denis Fustel de. *A Cidade Antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e Roma*. Trad. José Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 61.

⁸ CRETELLA JR, José. *Curso de Direito Romano*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 106 e ss.

⁹ DURANT, WILL. *História da Civilização: César e Cristo*. 3ª Parte, Tomo I. Trad. Monteiro Lobato. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1957, p. 68.

¹⁰ AUGUSTINE. *De Bono Conjugali*. Oxford: Oxford Early Christian Texts, 2001.

¹¹ AGOSTINHO. *Comentário Literal ao Gênesis*. São Paulo: Paulus, 2005, IX, 8, p. 322.

¹² AGUSTÍN. *Obras completas de San Agustín: Escritos antiarianos y otros herejes*. vol. XXXVIII. Edición bilingüe. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1990.

¹³ No artigo 1º, da Questão 63, afirma Tomás de Aquino: “SOLUÇÃO. — O vínculo matrimonial não dura senão até a morte, como o diz o Apóstolo. Por onde, morrendo um dos cônjuges, esse vínculo desaparece. Portanto, por causa de um precedente matrimônio ninguém fica impedido de contrair segundo, desde que morreu o outro cônjuge. E assim, não só as segundas núpcias são lícitas, mas também as terceiras e todas as demais”.

casamento válido apenas o que fosse celebrado sob a presidência de seus clérigos¹⁴. Esse monopólio religioso, após a Reforma Protestante, foi compartilhado com as religiões estatais, de variação protestante¹⁵. Ambas não abriram mão da máxima de que o casamento válido era somente o celebrado em seus respectivos ritos.

No Brasil, sob os ditames da legislação portuguesa, desde o século XVI, o casamento foi considerado um sacramento, um ato de natureza religiosa¹⁶. O compêndio das regras religiosas seguidas pela Sé Católica, de 1707, as *Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia*, em seu artigo 259, estabeleciam que o casamento era contrato de vínculo perpétuo e indissolúvel, entre homem e mulher. O artigo 261, por sua vez, impunha *status* de pecado perpétuo aos que o

contraíssem fora da comunhão com o sagrado¹⁷.

A exemplo das nações sob o domínio da religião cristã, antes de 1890, no Brasil, o único casamento compreendido como válido era o celebrado conforme os ritos católicos¹⁸. Manteve-se, assim, o monopólio do casamento religioso, de modo que os indivíduos não católicos que mantinham relações afetivas fora do matrimônio foram classificados, pela Sé Católica, como conviventes em estado de fornicção. Classificação bastante infeliz, em que a Igreja, então dominante, apresentava-se como detentora do direito absoluto de dizer quem estava ou não casado.

Ainda na realidade de nosso país, lembra Rui Magalhães que a Igreja chamou para si “a competência exclusiva para regular toda a matéria matrimonial. Passou a exigir que a benção matrimonial fosse ministrada por

¹⁴ Entende Calvino que, por meio do casamento, os cônjuges “se acham atados simultaneamente por um laço indestrutível” (CALVINO, João. *Comentário à Sagrada Escritura: Exposição de 1Coríntios*. São Paulo: Paracletos, 1996, p. 210)

¹⁵ Na visão de Calvino, o homem e a mulher que coabitarem fora do casamento, de acordo com os ritos eclesiais, estariam amaldiçoados por Deus (CALVINO, João. *As Institutas*. Vol. 2. Trad. Waldyr Carvalho Luz. São Paulo: Casa Editora Presbiteriana, 1985, p. 168).

¹⁶ No Direito Canônico, “o matrimônio é concebido como sacramento, reconhecendo-se a indissolubilidade do vínculo e só se discutindo o problema do divórcio em relação aos infiéis, cujo casamento não se reveste de caráter sagrado” (WALD, Arnold. *Direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 9).

¹⁷ VIDE, D. Sebastião Monteiro da. *Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia*. São Paulo: Typographia de Antonio Lousada Antunes, 1853.

¹⁸ A Constituição Imperial de 1824, em seu artigo 5º estabeleceu que a religião oficial do Império continuaria sendo a Católica Apostólica Romana, sendo as demais toleradas, sendo-lhes proibida a organização de templos, impondo-se a elas apenas o culto doméstico. Além disso, outros artigos da referida Carta Política estabeleciam que o Imperador e seus sucessores deveriam jurar, diante do Senado, que manteriam a Religião Católica Apostólica Romana como a oficial do país (artigos 103 e 106), impondo-se aos conselheiros do Estado o mesmo juramento (art. 141). BRASIL. *Constituição Imperial de 1824*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm Acesso em 07/08/2021.

sacerdotes”¹⁹, sendo os Tribunais Eclesiásticos, sob a égide do Direito Canônico, os únicos competentes para apresentar respostas para solução de problemas relativos ao matrimônio. Em 1861, entretanto, surgiu um regulamento disciplinando o casamento de não católicos, devido à chegada dos europeus protestantes em território imperial, conforme ressaltou o parlamentar Bandeira Filho²⁰.

Em 1890, surge no horizonte jurídico nacional o Estado Laico²¹, com expressa proibição de intervenção estatal em matéria religiosa, bem como estabelecendo a liberdade de cultos. Desse modo, criaram-se duas instâncias no contexto social: a religiosa e a estatal, ambas, teoricamente, com trajetos independentes. O instrumento normativo para essa nova realidade no Brasil foi o Decreto 119-A, de 7 de janeiro de 1890²². Após quase

quatrocentos anos de domínio europeu, este foi o primeiro documento no Brasil a estabelecer a liberdade religiosa sob a égide do Estado laico.

Com o advento do Decreto 119-A, a manutenção do casamento religioso, nos moldes de monopólio, perdeu o seu sentido. Em decorrência disso, em 24 de janeiro de 1890, o monopólio do casamento religioso foi definitivamente extinto no Brasil. Por força do decreto nº 181/1890, o casamento válido no Brasil passa a ser o civil, celebrado sob a tutela do Estado, por meio do Oficial de Registro Civil, via processo de habilitação, e celebrado pelo juiz de casamento, sem a exigência de um clérigo. Com isso surgiu novo monopólio: o casamento cartorário, nas mãos do Estado.

Com o advento do casamento civil, a análise dos requisitos deixou de ser atributo de organizações religiosas e ficou sob a competência exclusiva do Estado, expressa na legislação. Na época de transição, ao final do Século XIX, os simpatizantes do casamento civil afirmavam que o poder estatal não teve o interesse de subjugar a espiritualidade dos contraentes, mas estabelecer os requisitos e solenidades para o contrato de casamento,

¹⁹ MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. *Instituições de Direito de Família*. Leme SP: Editora de Direito, 2000, p. 31.

²⁰ BANDEIRA FILHO, Antonio Herculano de Souza. Commentario a Lei n.1144 de 11 de setembro de 1861 e subsequente legislação sobre casamento de pessoas que não professam a religião do Estado. Rio de Janeiro: Garnier, 1876, p. 6.

²¹ “Estado laico é um Estado não clerical, conforme as correntes políticas que defendem a autonomia de instituições públicas e da sociedade civil das diretrizes emanadas pelo magistério eclesiástico e de interferência de organizações confessionais. [O Estado Laico diz respeito a] Um regime em que vigora a separação entre o Estado e a Igreja” (ZANONE, Valério. *Laicismo*. In: BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (org.). *Dicionário de Política*. Trad. Carmen C. Varriale. Brasília: Universidade de Brasília, 1998)

²² O artigo inaugural do Decreto 119-A estabeleceu que: “Art. 1º E’ proibido á autoridade federal, assim como á dos Estados federados, expedir leis,

regulamentos, ou actos administrativos, estabelecendo alguma religião, ou vedando-a, e crear differenças entre os habitantes do paiz, ou nos serviços sustentados à custa do orçamento, por motivo de crenças, ou opiniões philosophicas ou religiosas”

capazes de produzir efeitos cívicos²³ no âmbito do Estado laico.

Atualmente, na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil em vigor, o casamento civil é o reconhecido pela legislação, permitindo o legislador, como privilégio à liberdade religiosa, a celebração do casamento em espaços religiosos, vinculando a sua validade ao cumprimento de formalidades junto ao Cartório de Registro Civil. Neste sentido, mantém-se a destituição do monopólio das correntes religiosas em território nacional para o casamento.

2. A PERCEPÇÃO EVANGÉLICA DO DIVÓRCIO E DO NOVO CASAMENTO

Neste item, sem interesses teológicos, apresentaremos os diversos argumentos presentes na mentalidade evangélica acerca do divórcio e, por conseguinte, do novo casamento.

As franjas religiosas cristãs sustentam que o casamento faz parte de um plano divino, com tendência à manutenção do entendimento de sua indissolubilidade, pelo menos em regra. Os católicos romanos, de longa data, fixaram a compreensão de que não é possível o divórcio; porquanto os protestantes oscilam ora pela possibilidade do divórcio, ora pela impossibilidade, com o meio termo em que ele

é admitido em algumas hipóteses. Assim, o tema mostra-se polêmico na comunidade evangélica como um todo.

Na controvérsia do divórcio e do novo casamento, as diversas correntes apresentam um consenso, qual seja: Na hipótese de viuvez, o cônjuge sobrevivente está autorizado ao novo casamento. Não sendo o caso, impõe-se acesa a controvérsia.

A doutrina católica atual, seguindo antiga tradição das igrejas do rito latino, rejeitam o divórcio e o segundo casamento, em que não há viuvez, por meio de vários documentos oficiais. A Carta Encíclica *Arcanum Divinae Sapientiae*, de 1880, do Papa Leão XIII, elaborada por ocasião do Concílio Vaticano I, é reservada à apresentação da posição da Igreja a respeito do matrimônio. Por meio dela, reafirma o Magistério a posição de que o casamento, instituição criada por Deus, é matéria religiosa e não deveria ser legislada pelo Estado²⁴.

Com suporte em remota tradição e antigos concílios, bem como no Papa Inocêncio III (Pontífice entre 1198 e 1216), a *Arcanum Divinae Sapientiae* reitera o entendimento da Sé de que até mesmo os não católicos deveriam se sujeitar às regras da Igreja em matéria de casamento. Em oposição

²³ TOTVÁRAD, Carlos Boris de. *Reflexões sobre a Emenda Substitutiva: Os Paradoxos do Discurso*. Rio de Janeiro: Henrique Laemmert, 1861.

²⁴ PAPA LEÃO XIII. *Carta Encíclica Arcanum Divinae Sapientiae*. Santa Sé: Vatican, 1880, s. p. Disponível em: https://www.vatican.va/content/leo-xiii/it/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_10021880_arcanum.html Acesso em 08/08/2021.

à legislação civil e à posição de parte dos protestantes que admitia o divórcio, o referido documento papal faz menção ao fato de que, de longa data, a Igreja se coloca contra o divórcio em rejeição ao que se denomina de

repreensíveis leis civis que foram promulgadas neste assunto há cem anos; por ter trovejado a maldição contra a péssima heresia dos protestantes sobre o divórcio; por ter reprovado de muitas maneiras a separação de casamentos praticada entre os gregos com tanta frequência; por ter decretado a nulidade do casamento celebrado com a condição de ser dissolvido uma vez; enfim, por ter rejeitado desde os primeiros tempos as leis imperiais que eram fatalmente favoráveis ao divórcio e ao repúdio²⁵.

Em 31 de dezembro de 1930, Pio XI, na *Carta Encíclica Casti Connubii*, retoma o tema do casamento e do divórcio, ratificando a *Arcanum Divinae Sapientiae* de Leão XIII. E, com base em Agostinho de Hipona, pontua a indissolubilidade do casamento, regra aplicável tanto a cristãos como a não cristãos²⁶.

Durante as primeiras décadas do Século XX, começaram a surgir intensas discussões entre os católicos a respeito do

divórcio. Essas disputas foram nominadas de controvérsias entre os antidivorcistas e divorcistas. Curiosamente, os grupos que se aliaram à tese da dissolubilidade do casamento, por meio do divórcio, foram estigmatizados como comunistas e contrários à família. As posições mais intensas desse período, entre os antidivorcistas, foram defendidas pelo Padre Leonel Franca²⁷ e pelo Monsenhor Arruda Câmara²⁸.

Por outro lado, a oposição, pelo labor divorcista, é bem representada pelo parlamentar Nelson Carneiro que, a seu turno, propunha a criação de normas jurídicas e laicas, a respeito do divórcio e pela autorização de novo casamento em proveito dos divorciados²⁹. Sendo ele o responsável pela evolução das discussões legislativas que culminaram na promulgação da emenda constitucional que, em 1977, instituiu o divórcio no Brasil, autorizando o novo casamento, extinguindo o instituto jurídico do desquite, garantindo aos divorciados o direito ao novo casamento.

No sistema católico-romano, relevante a disposição contida no cânone 1141, do Código Canônico de 1983. Na norma em vigor, tem-se que “o matrimônio ratificado e consumado não pode ser dissolvido por

²⁵ PAPA LEÃO XIII. *Carta Encíclica Arcanum Divinae Sapientiae*. Santa Sé: Vaticano, 1880, s. p. Disponível em: https://www.vatican.va/content/leo-xiii/it/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_10021880_arcanum.html Acesso em 08/08/2021.

²⁶ PAPA PIO XI. *Carta Encíclica Casti Connubii*. Santa Sé: Vaticano, 1930, s. p. Disponível em https://www.vatican.va/content/pius-xi/es/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19301231_casti-connubii.html Acesso em 08/08/2021.

²⁷ FRANCA, Leonel. *O Divórcio*. São Paulo: Editora Agir, 1946.

²⁸ CÂMARA, Arruda. *A Batalha do divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1960.

²⁹ CARNEIRO, Nelson. *A Instituição do Divórcio e as Razões que o Justificam*. Brasília: Senado Federal, 1975.

nenhum poder humano nem por nenhuma causa, além da morte”³⁰. A referida norma codificada representa a tradição da Igreja, ratificando as disposições dos Concílios Vaticano I e II. Eis a posição oficial dos católicos romanos.

No campo religioso protestante, quanto às controvérsias acerca do divórcio (e novo casamento), destaca Norman Geisler³¹ a existência de três grandes linhas de pensamento a respeito do tema, a saber:

a) *Não há fundamento para o divórcio:*

Os adeptos desta corrente costumam se valer de um ou mais dos seguintes argumentos: i) o divórcio viola o propósito de Deus para o casamento, enquanto pacto indissolúvel; ii) o divórcio quebra o voto realizado diante de Deus; iii) Jesus, nos Evangelhos, proibiu todas as espécies de divórcio; iv) o Apóstolo Paulo, assim como Jesus, condenou o divórcio, exortando os casados à manutenção do casamento; v) os líderes religiosos, notadamente os bispos, são qualificados como *maridos de uma só mulher* (1 Tm

3.2); vi) o único parceiro verdadeiro é o primeiro; vii) o divórcio viola a tipologia sagrada em que Cristo é considerado o marido da Igreja. Assim, o divórcio sugeriria que Cristo poderia repudiar a Igreja.

b) *Há apenas uma possibilidade para o divórcio:*

Em síntese, os argumentos recorrentes desta alternativa dizem respeito à infidelidade conjugal como causa autorizativa para o divórcio. Há variações no sentido de que essa infidelidade pode ser entendida somente para adultério; permitindo-se, para alguns grupos, a consideração da expressão *práticas sexuais ilícitas*, a ser definida pela igreja.

c) *Há muitos motivos para o divórcio:*

Esta corrente apresenta várias hipóteses de autorização, sendo as principais: i) o divórcio é permitido em caso de deserção (quando um cônjuge *abandona o lar*, conforme exposto no Capítulo 24 da Confissão de Fé de Westminster, orientadora dos cristãos calvinistas); ii) A fragilidade humana, no descumprimento de votos e promessas, de importância religiosa e civil; iii) o casamento é uma aliança que depende de mútuo cumprimento de suas cláusulas. Desse modo, o cônjuge vítima da inadimplência dos

³⁰ PAPA JOÃO PAULO II. *Código de Direito Canônico*. Santa Sé: Vaticano, 1983. Disponível em https://www.vatican.va/archive/cod-iuris-canonici/portuguese/codex-iuris-canonici_po.pdf. Acesso em 08/08/2021.

³¹ GEISLER, Norman L. *Ética Cristã: Opções e questões contemporâneas*. Trad. Alexandros Meimaridis, Djair Dias Filho. São Paulo: Vida Nova, 2010, p. 360 e ss.

deveres do casamento poderá se divorciar; iv) o próprio Deus se divorciou de Israel (Jr 3.8), portanto, para os adeptos dessa corrente, os seres humanos estão autorizados a se divorciarem em hipótese de infidelidade reiterada; v) A não permissão do divórcio assemelha aos legalismos extremos, que não admitiam exceções necessárias, tão rejeitados por Jesus quando da análise do modo com que alguns judeus de sua época guardavam o sábado; vi) o arrependimento é sempre eficaz, não sendo o divórcio um pecado imperdoável. Logo, é possível o divórcio seguido de pedido de perdão.

Os evangélicos, em suas variadas matizes, não negam a laicidade do Estado. Contudo, os que rejeitam a possibilidade do divórcio costumam fazer uma espécie de cotejo entre a lei humana e a lei divina, com sobreposição desta última para as questões de ordem doutrinária. Assim, para os que adotam a doutrina da indissolubilidade, a gestão e manutenção do casamento é questão de foro religioso, com a possibilidade de punição eclesiástica em desfavor dos que se divorciam e casam novamente. Os adeptos desta posição costumam buscar fundamento nos Evangelhos, notadamente nas palavras de Jesus e de Paulo, conforme se observará no item abaixo.

3. OS PARECERES JURÍDICOS DE JESUS DE NAZARÉ E PAULO DE TARSO A RESPEITO DO DIVÓRCIO E DO NOVO CASAMENTO: UMA PROPOSTA HERMENÊUTICA

Os textos bíblicos, organizados de Gênesis a Apocalipse de João, merecem ser lidos e interpretados, sob a consideração de que são expressões da antiga e rica tradição judaica³². Assim, mesmo diante de passagens que compõem o Evangelho, as lentes interpretativas devem ser judaicas, pelo menos como ponto de partida³³. Esta afirmação costuma chocar alguns cristãos, por haver antiga tentativa de distanciamento da perspectiva judaica. Este fato já é de conhecimento notório entre as comunidades cristãs e também judaicas que, eventualmente, estejam interessadas na leitura dos livros constantes entre o Evangelho de Mateus até a literatura apocalíptica de autoria joanina.

Neste item, para a análise da questão do divórcio e das suas consequências religiosas na mentalidade dos evangélicos, será utilizada a inquestionável máxima de que Jesus de Nazaré e o apóstolo Paulo eram judeus. Partindo desta premissa, nossa proposta

³² FLUSSER, David. *"Christianity", Contemporary Jewish Religious Thought*. New York: Charles Scribner's Sons, 1987.

³³ Vide: SANDERS, Ed Parish. *Paolo e il Giudaismo Palestinese: Studio comparativo su modelli di religione*. Brescia: Paideia, 1986; SCHUBERT, Kurt. *Os Partidos Religiosos Hebraicos da Época Neotestamentária*. São Paulo: Paulinas, 1979.

hermenêutica será de que a interpretação a respeito da polêmica relacionada ao divórcio, em que ambos se envolveram, seguirá a tradição judaica de interpretação de temas complexos da Lei Judaica, haja vista que, ao se manifestarem sobre esse assunto, tinham eles o conteúdo das diretrizes éticas, jurídicas e religiosas da tradição judaica.

Nossa proposta hermenêutica segue a seguinte perspectiva: sendo Jesus de Nazaré e Paulo de Tarso judeus experimentados na leitura e interpretação de textos da Torá, quanto aos recorrentes debates a respeito do divórcio contemporâneos ao momento em que eles se manifestaram, mostra-se coerente considerarmos que ambos utilizaram da tradição judaica que lhes cercava³⁴. Assim, utilizaram-se de premissas do antigo Direito Civil Hebraico³⁵ para que os seus ouvintes compreendessem suas manifestações, fossem eles simpatizantes ou não com a mensagem adventícia pregada pela corrente religiosa que se iniciou a partir dos ensinamentos de Jesus de Nazaré³⁶.

³⁴ Conf. JEREMIAS, Joachim. *Jerusalém no Tempo de Jesus: Pesquisa de História Econômico-Social no Período Neotestamentário*. Trad. Cecília de M. Duprat. São Paulo: Paulus, 1983.

³⁵ Para melhor compreensão da percepção do Direito Civil Antigo e seus reflexos na vida social e religiosa dos judeus, OTZEN, Benedikt. *O Judaísmo na Antiguidade: A história política e as correntes religiosas de Alexandre Magno até o imperador Adriano*. Trad. Rosângela Molento Ferreira. São Paulo: Paulinas, 2003; PAUL, André. *O Judaísmo Tardio: História política*. Trad. Benôni Lemos. São Paulo: Paulinas, 1983.

³⁶ Com a compreensão de que Jesus de Nazaré e Paulo de Tarso, ao se manifestarem sobre a Torá,

Diante das preliminares acima, seguem-se dois pontos que, em nosso entendimento, compreendem necessárias chaves de leitura para uma possível interpretação a respeito do divórcio entre os cristãos.

Ponto 1: A Bíblia contém normas e princípios éticos, religiosos e jurídicos. Neste sentido, i) as normas e princípios éticos dizem respeito à arte do bem viver em sociedade, podendo ser adotadas em diversos ajuntamentos sociais; ii) as diretrizes normativas e principiológicas de natureza religiosa dizem respeito à adoração e ao culto à divindade presente nas Escrituras. Aceitar ou recusar essas diretrizes diz respeito a questão de fé; iii) por fim, as Escrituras contêm normas e princípios de caráter estritamente jurídico, aplicáveis a uma determinada comunidade étnica delimitada no tempo e no espaço, qual

assim o fizeram a partir das ferramentas hermenêuticas do momento histórico em que estavam inseridos, para mais bem compreender suas manifestações sobre a Lei Civil Mosaica é preciso considerar o aplicar as regras do distanciamento contextual e cultural. No primeiro caso, vale destacar que “os livros da Bíblia foram escritos para atender a determinadas situações, que se perderam no passado distante. [...] A hermenêutica bíblica historicamente sempre buscou transpor as dificuldades criadas pela distância contextual” (LOPES, Augustus Nicodemus. *A Bíblia e seus Intérpretes*. São Paulo: Editora Cultura Cristã, 2007, p. 24). Quanto ao distanciamento cultural, “os intérpretes da Bíblia devem levar em conta o jeito de escrever daquela época, a maneira de expressar conceitos e ilustrar verdades, para poder transpor a distância cultural” (*Ibidem*, loc. cit.).

seja: o povo de Israel, ora organizado em ajuntamentos tribais, por vezes enquanto Estado, ora como cativos ou peregrinos em terras estranhas.

Ponto 2: Não fazer a devida diferenciação da aplicação e alcance das normas e princípios bíblicos provocará anacronismos bastante inconvenientes, compreendendo equívocos éticos, religiosos e jurídicos. Assim, a discussão bíblica de uma passagem para a extração de parâmetros éticos, religiosos ou jurídicos reclama a identificação da natureza do texto, com vistas a saber a quem ele se aplica. Nada impede que um mesmo tema, em análise e/ou discussão, diga respeito a múltiplas naturezas e aplicações.

Apresentadas as chaves de leitura acima, uma pergunta merece espaço: Quando Jesus e Paulo se manifestaram sobre o divórcio estavam eles diante de propósitos éticos, religiosos ou jurídicos?

Não há dúvidas, a princípio, de que Jesus e Paulo falavam como religiosos, sendo o primeiro compreendido pelo segundo como o Messias de Israel. Mas este fato não retira a possibilidade de que a manifestação deles sobre o divórcio (ou novo casamento) não tenha avançado para outros campos. Neste artigo, evidenciamos que tanto Jesus de Nazaré como Paulo de Tarso manifestaram-se sobre os aspectos jurídicos do divórcio presentes nos idos do Século I desta era.

Em sede de abertura a esta proposta interpretativa, há de se destacar o seguinte: Quando Jesus de Nazaré e Paulo de Tarso se manifestaram a respeito do divórcio, enquanto integrantes e representantes de parcela da tradição judaica, foram elevados à condição de intérpretes da Torá³⁷. Aliás, a prática de consultar sábios em questões complexas era comum na tradição judaica. Por exemplo, em Deuteronômio 17.8-11, na concepção de um sistema judiciário de interpretação e aplicação da Lei Mosaica³⁸, o escritor orienta o direcionamento de casos jurídicos complexos aos julgadores designados naquela organização social³⁹.

O texto mais significativo em que Jesus se manifesta a respeito do divórcio

³⁷ Conf. MEEKS, Wayne. *Os primeiros cristãos urbanos, o mundo social do Apóstolo Paulo*. São Paulo: Paulinas, 1992.

³⁸ Nas questões de índole ético-religiosa, também havia orientação no profetismo do Antigo Israel à procura de intérpretes da Lei previamente estabelecidos, *verbi gratia*, o Capítulo 2, do Livro do Profeta Ageu. Ademais, o sacerdote era compreendido como o responsável pelo reto ensino da Lei, sendo o responsável pela sua interpretação, conforme se observa no livro de Malaquias, notadamente no capítulo 2.

³⁹ Eis o texto, em sua íntegra: “Se para os seus tribunais vierem casos difíceis demais de julgar, sejam crimes de sangue, litígios ou agressões, dirijam-se ao local escolhido pelo Senhor, o seu Deus, e procurem os sacerdotes levitas e o juiz que estiver exercendo o cargo na ocasião. Apresentem-lhes o caso, e eles lhes darão o veredicto. Procedam de acordo com a decisão que eles proclamarem no local que o Senhor escolher. Tratem de fazer tudo o que eles ordenarem. Procedam de acordo com a sentença e as orientações que eles lhes derem. Não se desviem daquilo que eles lhes determinarem, nem para a direita, nem para a esquerda” (Dt 17:8-11, NVI).

encontra-se no Evangelho de Mateus, capítulo 19. Diante das controvérsias reinantes à época, os judeus, vinculados ao grupo dos fariseus, fizeram a Jesus duas perguntas. A primeira foi a seguinte: “É permitido ao homem divorciar-se de sua mulher por qualquer motivo?” (Mt 19.3, NVI).

Jesus respondeu à pergunta acima formulada, sem entrar no âmago dos debates jurídicos a ela atrelados. Assim, com base no capítulo 2 do livro de Gênesis, o Nazareno apresentou uma resposta religiosa acerca do divórcio. Ou seja, apresentou o casamento como um projeto do Eterno à humanidade. Mas não era este o tipo de resposta que os seus questionadores queriam ouvir. Afinal, havia debates a respeito da interpretação da lei mosaica, que ia além dos parâmetros religiosos.

Ato contínuo, após Jesus apresentar o tipo de casamento presente no *Bereshit*, Gênesis, o questionamento foi emendado pelos fariseus, desta vez fazendo menção direta aos aspectos jurídicos relativamente ao divórcio, conforme segue: “Então, por que Moisés mandou dar uma certidão de divórcio à mulher e mandá-la embora?” (Mt 19.7, NVI). Esta foi a segunda pergunta, já direcionada para a controvérsia jurídica da legislação civil constante no Livro de Deuteronômio, capítulo

24.1-4⁴⁰, em que consta a possibilidade de o homem dar carta de divórcio à mulher.

A nova pergunta, ao que nos parece, foi diretamente vinculada à Lei de Moisés acerca do divórcio, expressa nos aspectos jurídicos da referida legislação. Ou seja, os fariseus solicitaram a manifestação de Jesus sobre a complicada questão da Torá. Agora, o questionamento estava diretamente relacionado à interpretação da antiga legislação civil de Israel a respeito do fim do casamento, aplicável ao Antigo Israel e também aos Judeus na época de Jesus.

A interpretação da passagem de Deuteronômio 24.1-4 acerca do divórcio era bastante delicada, havendo duas grandes escolas rabínicas, com posições divergentes, a de Shammai e de Hillel⁴¹. Shammai sustentava que a Lei de Moisés somente permitia o divórcio na hipótese de infidelidade conjugal; porquanto Hillel afirmava que além da infidelidade, seria possível a emissão da carta de divórcio por qualquer motivo,

⁴⁰ Eis o texto objeto da controvérsia: “Se um homem casar-se com uma mulher e depois não a quiser mais por encontrar nela algo que ele reprova, dará certidão de divórcio à mulher e a mandará embora. Se, depois de sair da casa, ela se tomar mulher de outro homem, e o seu segundo marido não gostar mais dela, lhe dará certidão de divórcio, e mandará embora a mulher. Ou também, se ele morrer, o primeiro marido, que se divorciou dela, não poderá casar-se com ela de novo, visto que ela foi contaminada. Seria detestável para o Senhor. Não tragam pecado sobre a terra que o Senhor, o seu Deus, lhes dá por herança” (Dt. 24.1-4, NVI).

⁴¹ ZEITLIN, Irving M. *Jesus and the Judaism of his Time*. Oxford University Press, 1988.

centrado no desinteresse do homem pela continuidade do casamento⁴²⁻⁴³.

Diante da controvérsia, repita-se jurídica, ao que parece Jesus acolheu o posicionamento do rabino Shammai, após a afirmação de que o divórcio é fruto da dureza do coração, conforme Mateus 19.9, *in verbis*: “Eu lhes digo que todo aquele que se divorciar de sua mulher, exceto por imoralidade sexual, e se casar com outra mulher, estará cometendo adultério” (NVI).

Nesse diapasão, vale destacar o seguinte: A posição de Jesus, ao que entendemos, diz respeito a sua interpretação jurídica a respeito do divórcio. Ou seja, ele interpretou o cânone jurídico da Lei Mosaica, em sua variante civil. Neste sentido, diante da questão controvertida, o Nazareno apresenta um parecer jurídico atinente à legislação civil, até então em vigor. Assim, tratava-se de um posicionamento sobre a legislação civil, que regulava o Antigo Israel. Não sendo possível, do ponto de vista estritamente jurídico, aplicar

a interpretação jurídica de Jesus aos demais ordenamentos jurídicos.

Por outro lado, Paulo de Tarso⁴⁴ também se manifestou sobre a crise no casamento, capaz de provocar distanciamento entre os cônjuges. Em seu parecer, ele vai além do que foi apresentado pelo seu Mestre, quando se manifestou a uma comunidade religiosa de prevalência não judaica na cidade grega de Corinto. Paulo, avocando para si a condição de intérprete da Lei Civil, amplia o posicionamento de Jesus e acrescenta outra hipótese para o divórcio⁴⁵.

Após a afirmação de que há um projeto divino para a indissolubilidade do casamento, Paulo ensina à comunidade cristã de Corinto que é possível o divórcio e novo casamento quando a sociedade conjugal envolver um cônjuge crente e outro não crente. Nos detalhes desse tipo de casamento com professantes de religiões diferentes, e o não

⁴² Conf. DAUBE, David. Rabbinic Methods of Interpretation and Hellenistic Rhetoric. *Hebrew Union College Annual*, vol. 22, 1949, pp. 239-264. JSTOR, JSTOR.

⁴³ “É certo que o fariseísmo do séc. I estava longe de ser uniforme, mas terá sido marcado pela disputa entre duas escolas, uma muito rigorista quanto ao cumprimento da Torah e defensora da libertação da Palestina, a de Shammai, e a outra, de maior compromisso com o helenismo e com a aceitação de prosélitos, a de Hillel” (RAMOS, José Augusto; PIMENTEL, Maria Cristina de Sousa; FIALHO, Maria do Céu; RODRIGUES, Nuno Simões (coords.). *Paulo de Tarso: Grego e Romano, Judeu e Cristão*. Lisboa: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010, p. 26).

⁴⁴ Para maiores informações sobre o Apóstolo Paulo, vide: MURPHY-O'CONNOR, Jerome. *Paulo de Tarso: História de um apóstolo*. Trad. Valdir Marques. São Paulo: Paulus/Loyola, 2004.

⁴⁵ Não é nossa pretensão colocar os pareceres de Jesus e Paulo em contraposição, prática bastante comum em correntes teológicas desde a modernidade. Nesse método teológico de contraposição costuma-se colocar personagens/autores canônicos em choque, criando e ampliando dúvidas (conf. LINNEMANN, Eta. *Crítica Histórica da Bíblia*. Trad. Wadislau Martins Gomes. São Paulo: Cultura Cristã, 2009, p. 98). Não seguimos essa corrente metodológica, pois entendemos que o hermeneuta deve assumir o desafio de buscar instrumentos de interpretação integrativa.

cristão ir embora, o cristão estaria autorizado ao divórcio e a contrair novo casamento⁴⁶.

Paulo, em sua interpretação de um tema de natureza civil, acena com outra possibilidade para a ruptura do casamento, que não estava presente no parecer jurídico de Jesus. Há quem entenda que, inclusive, Paulo seguia a escola rabínica de Hillel⁴⁷. Isso não era sem razão, pois o Raban⁴⁸ Gamaliel, o preceptor intelectual de Paulo⁴⁹, era neto de Hillel.

Temos a impressão de que as manifestações de Jesus e de Paulo não devem ser vistas em lados antagônicos. Isso seria uma tentativa de simplificar as manifestações de ambos. Contudo, o que merece atenção é que ambos se manifestaram, com os seus respectivos pareceres jurídicos, a respeito de temas relacionados à ruptura da sociedade conjugal, invocando a interpretação civil da legislação em vigor.

Sendo o divórcio, bem como as suas consequências e possibilidades, objeto de múltiplas legislações nos estados laicos, não

entendemos razoável aplicar antigas normas jurídicas, vigentes em realidades específicas, aos tempos atuais, sob pena de se praticar anacronismo jurídico ao cotidiano de pessoas, que ficariam submissas a dubiedades normativas. Caso a legislação civil a respeito do casamento fosse de obrigatoriedade nos presentes dias, todos os seus demais aspectos deveriam ser aplicados, o que causaria impropriedades diversas. A título de exemplo, vale destacar que Deuteronômio 24.5 impõe ao marido recém-casado o direito de licença de um ano após o casamento, proibindo-o de compromisso público⁵⁰. Ora, não se observa nos dias atuais a reivindicação de licença ânua do casamento, com base na Lei Civil de Moisés. Complicado seria reivindicar essa benesse ao recém-casado, presente em antiga legislação civil, para a realidade jurídica dos Estados laicos, a exemplo do Brasil.

Com o devido respeito às inclinações religiosas, afirmamos que os pareceres jurídicos de Jesus e de Paulo, reservados à interpretação do Direito Civil Mosaico, do ponto de vista estritamente jurídico, não são aplicáveis aos Estados laicos, sob pena de anacronismo. Contudo, nada impede que os membros de determinadas confrarias religiosas façam votos de submissão às diretrizes cívicas da legislação mosaica, sem a possibilidade de

⁴⁶ *Ipsis litteris*: “Todavia, se o descrente separar-se, que se separe. Em tais casos, o irmão ou a irmã não fica debaixo de servidão; Deus nos chamou para vivermos em paz” (1 Co 7.15, NVI). No contexto, a expressão “não fica debaixo da servidão”, pelo que entendemos, significa a autorização para novo casamento.

⁴⁷ Jeremias, J. Paulus als Hillelit in E. E. Ellis; M. Wilcox, (Coord.). *Neotestamentica et Semitica: Studies in Honour of Matthew Black*. Edinburg: T. & T. Clark, 1969.

⁴⁸ Raban: Título superior ao de rabino.

⁴⁹ É o próprio Paulo que afirma ter sido aluno do Raban Gamaliel, no Livro de Atos dos Apóstolos, 22.3.

⁵⁰ Eis o texto: “Se um homem tiver se casado recentemente, não será enviado à guerra, nem assumirá nenhum compromisso público. Durante um ano estará livre para ficar em casa e fazer feliz à mulher com quem se casou” (Dt 24.5, NVI).

estender essa opção a todos os membros da sociedade que não estejam vinculados à mesma inclinação. Mas, caso assim optem, o Direito Humano à Liberdade Religiosa não abrirá espaço para que os Estados laicos obriguem as organizações religiosas a mudarem seus estatutos de fé. A cláusula constitucional de liberdade religiosa garante até mesmo o culto aos sistemas jurídicos revogados ou a entendê-los como normas de caráter religioso ao invés de jurídicas.

CONCLUSÃO

Este texto não seguiu aspirações teológicas. Ao contrário, a sua composição segue trilhas e instrumentais jurídicos. Esta foi a orientação e cuidado do autor, durante a investigação dos diversos pontos polêmicos presentes neste trabalho e na construção da proposta ora apresentada.

Conforme observamos, os sistemas jurídicos são estruturados para vigência em determinadas porções geográficas e temporais. A Bíblia contém diversas normas e princípios, com destaque para os éticos, religiosos e jurídicos. O intérprete, em muitos momentos, se vê diante do desafio de compreender qual é a natureza dos princípios e normas que estabelecem comportamentos. Este é um grande desafio para todos os textos clássicos – em especial a Bíblia, compreendida como rico acervo cultural e, para muitos religiosos, um

estatuto divino e fundamento de regra de fé e prática para todas as dimensões da existência.

Nesta pesquisa, procurou-se destacar que o debate multimilenar a respeito do divórcio e do novo casamento, quando analisados a partir do antigo Direito Civil presente na Lei de Moisés teve aplicação, enquanto norma jurídica, para um tempo e localização específicos. Assim, impor essas disposições aos Estados laicos, salvo melhor juízo, mostra-se aplicar impróprio, quando absorvidas como regras estritamente jurídicas.

As manifestações de Jesus de Nazaré e de Paulo de Tarso a respeito do divórcio foram compreendidas, neste artigo, como pareceres jurídicos situados para as comunidades religiosas sujeitas à legislação civil constante na Torá, não sendo aplicáveis à realidade dos países laicos, haja vista a concorrência de novos sistemas jurídicos aplicáveis aos atores sociais contemporâneos. Jesus e Paulo, influentes intérpretes da Lei Mosaica, ao serem consultados acerca do casamento e do divórcio, manifestaram-se de acordo com regras de Antigo Direito Civil, para atores sociais sujeitos a sistemas jurídicos de seus respectivos tempos. Neste aspecto, cada Estado laico estabelece as suas normas e princípios jurídicos a disciplinar a vida social.

Os evangélicos que fizeram a opção de se sujeitarem ao Antigo Direito Civil Mosaico ou, ainda, entenderem que as palavras de Jesus e de Paulo não são pareceres jurídicos, mas religiosos, devem encontrar

amparo para levar adiante suas convicções de fé. Esta possibilidade encontra fundamento no direito fundamental à liberdade religiosa. Contudo, os religiosos (e suas organizações) que assim optaram não poderão impor suas convicções aos demais membros da comunidade que, por outro lado, seguem caminhos e aspirações diversas.

REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO

- ABIB NETO. *Curso de Direito Romano*. São Paulo: Letras e Letras, 1993.
- AGOSTINHO. *Comentário Literal ao Gênesis*. São Paulo: Paulus, 2005, IX, 8.
- AGUSTÍN. *Obras completas de San Agustín*. Escritos antiarianos y otros herejes. vol. XXXVIII. Edición bilingüe. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1990.
- AUGUSTINE. *De Bono Conjugali*. Oxford: Oxford Early Christian Texts, 2001.
- AQUINO, Santo Tomás de. *Suma Teológica*. Trad. Carlos Arthur Ribeiro do Nascimento. Uberlândia: EDUFU, 2016.
- BANDEIRA FILHO, Antonio Herculano de Souza. Commentario a Lei n.1144 de 11 de setembro de 1861 e subsequente legislação sobre casamento de pessoas que não professam a religião do Estado. Rio de Janeiro: Garnier, 1876.
- BRASIL. *Constituição Imperial de 1824*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm Acesso em 07/08/2021.
- CALVINO, João. *As Institutas*. Vol. 2. Trad. Waldyr Carvalho Luz. São Paulo: Casa Editora Presbiteriana, 1985.
- CALVINO, João. *Comentário à Sagrada Escritura: Exposição de 1Coríntios*. São Paulo: Paracletos, 1996.
- CÂMARA, Aruda. *A Batalha do divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1960.
- CAMPELLO, Manoel Netto Carneiro. *Direito Romano*. São Paulo: Francisco Alves/Paris: Aillaud, Alves e Cia., 1914.
- CARNEIRO, Nelson. *A Instituição do Divórcio e as Razões que o Justificam*. Brasília: Senado Federal, 1975.
- COULANGES, Numa Denis Fustel de. *A Cidade Antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e Roma*. Trad. José Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- CRETELLA JR, José. *Curso de Direito Romano*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- DAUBE, David. *Rabbinic Methods of Interpretation and Hellenistic Rhetoric*. *Hebrew Union College Annual*, vol. 22, 1949, pp. 239-264. *JSTOR*, JSTOR.
- DURANT, WILL. *História da Civilização: César e Cristo*. 3ª Parte, Tomo I. Trad. Monteiro Lobato. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1957.
- FLUSSER, David. *"Christianity", Contemporary Jewish Religious Thought*. New York: Charles Scribner's Sons, 1987.
- FRANCA, Leonel. *O Divórcio*. São Paulo: Editora Agir, 1946.
- GEISLER, Norman L. *Ética Cristã: Opções e questões contemporâneas*. Trad. Alexandros Meimaridis, Djair Dias Filho. São Paulo: Vida Nova, 2010.
- JEREMIAS, Joachim. *Jerusalém no Tempo de Jesus: Pesquisa de História Econômico-Social no Período Neotestamentário*. Trad. Cecília de M. Duprat. São Paulo: Paulus, 1983.
- JEREMIAS, Joachim. *Paulus als Hillelit*. In: E. E. Ellis; M. Wilcox, (Coord.). *Neotestamentica et Semitica: Studies in*

- Honour of Matthew Black. Edinburg: T. & T. Clark, 1969.
- LINDEMANN, Eta. *Crítica Histórica da Bíblia*. Trad. Wadislau Martins Gomes. São Paulo: Cultura Cristã, 2009.
- LOPES, Augustus Nicodemus. *A Bíblia e seus Intérpretes*. São Paulo: Editora Cultura Cristã, 2007.
- MURPHY-O'CONNOR, Jerome. Paulo de Tarso: História de um apóstolo. Trad. Valdir Marques. São Paulo: Paulus/Loyola, 2004.
- MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. *Instituições de Direito de Família*. Leme SP: Editora de Direito, 2000.
- MEEKS, Wayne. *Os primeiros cristãos urbanos, o mundo social do Apóstolo Paulo*. São Paulo: Paulinas, 1992.
- OTZEN, Benedikt. *O Judaísmo na Antiguidade: A história política e as correntes religiosas de Alexandre Magno até o imperador Adriano*. Trad. Rosângela Molento Ferreira. São Paulo: Paulinas, 2003.
- PAPA PIO XI. *Carta Encíclica Casti Connubii*. Santa Sé: Vatican, 1930, s.p. Disponível em https://www.vatican.va/content/pius-xi/es/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19301231_casti-connubii.html Acesso em 08/08/2021.
- PAPA JOÃO PAULO II. *Código de Direito Canônico*. Santa Sé: Vatican, 1983. Disponível em https://www.vatican.va/archive/cod-iuris-canonici/portuguese/codex-iuris-canonici_po.pdf Acesso em 08/08/2021.
- PAPA LEÃO XIII. *Carta Encíclica Arcanum Divinae Sapientiae*. Santa Sé: Vatican, 1880, s.p. Disponível em: https://www.vatican.va/content/leo-xiii/it/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_10021880_arcanum.html Acesso em 08/08/2021.
- PAUL, André. *O Judaísmo Tardio: História política* Trad. Benôni Lemos. São Paulo: Paulinas, 1983.
- RAMOS, José Augusto; PIMENTEL, Maria Cristina de Sousa; FIALHO, Maria do Céu; RODRIGUES, Nuno Simões (coords.). *Paulo de Tarso: Grego e Romano, Judeu e Cristão*. Lisboa: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010.
- SANDERS, Ed Parish. *Paolo e il Giudaismo Palestinese: Studio comparativo su modelli di religione*. Brescia: Paideia, 1986; SCHUBERT, Kurt. *Os Partidos Religiosos Hebraicos da Época Neotestamentária*. São Paulo: Paulinas, 1979.
- TOTVÁRAD, Carlos Boris de. *Reflexões sobre a Emenda Substitutiva: Os Paradoxos do Discurso*. Rio de Janeiro: Henrique Laemmert, 1861.
- VIDE, D. Sebastião Monteiro da. *Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia*. São Paulo: Typographia de Antonio Lousada Antunes, 1853.
- WALD, Arnold. *Direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- ZANONE, Valério. *Laicismo*. In: BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (org.). *Dicionário de Política*. Trad. Carmen C. Varriale. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.
- ZEITLIN, Irving M. *Jesus and the Judaism of his Time*. Oxford University Press, 1988.

**AUTONOMIA DO
MICROEMPREENDEDOR
INDIVIDUAL COMO PARCEIRO DE
GRANDES CORPORAÇÕES: UMA
REFLEXÃO ACERCA DA
MITIGAÇÃO DE DIREITOS**

*Yan Almeida Caldas⁵¹
Saulo Bichara Mendonça⁵²*

RESUMO

Com a publicação da Resolução nº 150/2019 do Comitê Gestor do Simples Nacional, a ocupação de motorista independente, cadastrado em aplicativo ou não, passou a constar no rol de profissões autorizadas a se registrarem como microempendedor individual. Ocorre que as características jurídicas do múnus de motorista de aplicativo parecem afastar o elemento da autonomia, sem o qual não há como enquadrá-lo como profissional autônomo e parceiro das grandes corporações. O presente estudo tem por objeto a releitura interpretativa de conceitos jurídicos que tangenciam o tema, inferindo se a suposta

⁵¹ Graduando em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Estagiário em Direito no escritório de advocacia Coutinho & Pinheiro Advogados. Membro do Grupo de Estudos e Pesquisa "Autonomia do MEI como parceiros de grandes corporações" e Membro da equipe do Projeto de Extensão "Observatório da Pequena Empresa", ambos desenvolvidos na Universidade Federal Fluminense em Macaé.

⁵² Pós-Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Doutor em Direito pela Universidade Veiga de Almeida, Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho, Especialista em Direito Público e Relações Privadas e Especialista em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito de Campos. Professor Adjunto na Universidade Federal Fluminense, lotado no Departamento de Direito de Macaé do Instituto de Ciências da Sociedade - Macaé. Coordenador do Grupo de Estudos e Pesquisa Atividade Empresária e Sustentabilidade Econômica. Chefe de Departamento do Direito da UFF Macaé (2018-2020 e 2020-2022).

autonomia do motorista parceiro permite, com efeito, sua caracterização como microempendedor individual nos termos da legislação pátria vigente.

PALAVRAS-CHAVE: autonomia da vontade; contrato de parceria; microempendedor individual; mitigação de direitos.

ABSTRACT

With the publication of Resolution No. 150/2019 of the Simples Nacional Management Committee, the occupation of an independent driver, registered in an application or not, was included in the list of professions authorized to register as an individual micro-entrepreneur. It so happens that the legal characteristics of the application driver function seem to distance the element of autonomy, without which there is no way to frame it as a self-employed professional and partner of large corporations. The present study has as its object the interpretative re-reading of legal concepts that touch the theme, inferring whether the supposed autonomy of the partner driver allows, in effect, its characterization as an individual micro-entrepreneur under the terms of the current national legislation.

KEYWORDS: autonomy of will; partnership agreement; individual microentrepreneur; mitigation of rights.

INTRODUÇÃO

A chegada da Uber ao Brasil no ano de 2014 revolucionou a forma de locomoção no país. Desde então, diversas grandes corporações com filosofia de trabalho semelhante, baseada no sistema de parceria com profissionais autônomos, vêm conquistando espaço no mercado brasileiro, de sorte que têm ampliado tanto o número de usuários do aplicativo quanto de motoristas-parceiros.

O crescimento exponencial de motoristas cadastrados em aplicativos tem

evocado discussões sobre as condições de trabalho destes profissionais, muito por conta do avassalador índice de desemprego que assola o Brasil, e porque o aumento da oferta tende a fazer diminuir a compensação pelo serviço prestado. Muito do aprofundamento do debate acerca da questão se baseia no questionamento acerca do enquadramento jurídico dos motoristas perante a legislação pátria. Afinal, seriam colaboradores da empresa dependentes ou independentes?

A posição das empresas de aplicativo é firme em imputar aos profissionais a qualidade de parceiros autônomos, dotados de plena liberdade para delimitar o exercício de seu mister (colaboradores da empresa independentes), motivo pelo qual não haveria que se falar em vínculo empregatício.

Em diametral oposição, há forte tendência da jurisprudência internacional em afirmar a existência de relação de emprego entre motoristas e empresas (colaboradores da empresa dependentes), pois as corporações exerceriam poder diretivo sobre os profissionais por meio dos algoritmos do aplicativo, estatuindo metas a serem alcançadas, valores por corrida e até penalizações por ineficiência, caracterizando, destarte, a subordinação jurídica ao empregador, *i.e.*, conceito oposto ao de autonomia.

Assim, torna-se necessário escrutinar a figura do profissional parceiro, no escopo de inferir se cumpre as exigências legais para ser

considerado profissional autônomo parceiro, notadamente um microempreendedor individual à luz da teoria da empresa esposada pelo Código Civil, ou, ao revés, deveria ser enquadrado como empregado, nos termos da Consolidação das Leis Trabalhistas.

Partindo dessa problemática, o presente estudo verificará a hipótese de que a pejetização do profissional motorista de aplicativo constituiria uma maneira de burlar a legislação trabalhista, a partir dos seguintes questionamentos: Caberia classificar o motorista como MEI provido de autonomia ou ausente o pressuposto de controle sobre a atividade que desenvolve? Existe subordinação jurídica na relação entre empresa e o dito profissional parceiro, sendo o algoritmo do aplicativo uma maneira de exercer o poder diretivo típico de empregador?

Os questionamentos supra justificam a hipótese de ausência de autonomia por parte do profissional motorista de aplicativo, uma vez que ele não pode definir o preço do próprio serviço, elemento imanente ao conceito de profissional autônomo, devendo, antes, observar uma série de diretrizes prescritas pela empresa titular do aplicativo através do seu algoritmo.

Na verificação da hipótese posta, a pesquisa considera análises teóricas de referências correlatas ao tema e investiga a legislação tangente à atividade do profissional motorista de aplicativo, além de analisar os posicionamentos firmados pela jurisprudência

brasileira e internacional, permitindo uma visão abrangente acerca de como a situação tem sido tratada no Brasil e no mundo.

1. EMPREGADO: CONCEITO CONTIDO NA CLT

Consoante se infere a partir da redação do art. 3º da CLT, será considerado empregado qualquer pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Nesse diapasão, é possível extrair pressupostos *sine qua non* para que seja configurado o vínculo formal de emprego e reste um indivíduo caracterizado na qualidade de empregado, a saber: i) a necessidade deste em ser pessoa natural; ii) a não eventualidade; iii) a subordinação; e a iv) onerosidade, bem como a v) pessoalidade preconizada pelo art. 2º da lei trabalhista brasileira.

Conforme determinado pela legislação do trabalho, não há que se falar em pessoa jurídica na qualidade de empregado, porquanto esta função será exercida exclusivamente por pessoa física. Os próprios bens jurídicos tutelados pelo direito trabalhista, como, *v.g.*, direito a condições dignas de trabalho – leia-se dignidade humana –, ao auxílio desemprego, à previdência social, à saúde e, no limite, até o direito à vida, são inerentes à condição humana do trabalhador.

A pessoalidade, por sua vez, marca o caráter *intuitu personae* que estrutura o

arcabouço das relações empregatícias. Significa dizer que o empregado contratado se faz insubstituível em suas obrigações, as quais são consideradas personalíssimas.

Outro requisito imprescindível para classificação de um sujeito de direito como sendo empregado é a habitualidade com que presta seus serviços. Aqui, a inteligência do legislador foi de estabelecer os fatores de continuidade e permanência na prestação do trabalho como regra geral. Depreende-se, a contrário *sensu*, que aquele que oferece sua mão de obra em regime de sazonalidade não será considerado empregado sob a óptica do ordenamento pátrio.

Para manutenção de uma economia viva e pujante, é inderrogável que as taxas de emprego estejam em alta. Isto porque – para consumir e, conseqüentemente, movimentar as engrenagens do mercado – parcela expressiva da população depende do salário para suprir suas necessidades mínimas⁵³, fator que se correlaciona com a onerosidade que compõe o vínculo empregatício.

⁵³ Conforme revela Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínuas, realizada pelo IBGE e veiculada pela sua agência de notícias, a porcentagem de indivíduos que contavam com carteira de trabalho assinada no terceiro semestre de 2020 é de 76,5% no setor privado. Fonte: Agência IBGE Notícias. Desemprego chega a 14,6% no terceiro trimestre, com alta em 10 Estados, 27 nov. 2020. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/29520-desemprego-chega-a-14-6-no-terceiro-trimestre-com-alta-em-10-estados>>. Acesso em: 07 mar. 2021.

O contrato de emprego é sinalagmático e estipula prestações e contraprestações tanto para o trabalhador quanto para o tomador de seus serviços, dentre os quais, sublinha-se, o pagamento de vencimentos, nos moldes do art. 3º da CLT, marcando o aspecto oneroso da relação.

Válido acrescentar ainda que a onerosidade deverá incidir sobre o polo do empregado. Uma vez que estivesse focalizada sobre a figura do empregador ou dos serviços prestados, a onerosidade perderia sua significância como item modelador de um vínculo empregatício, pois, se assim fosse considerado, “o elemento fático-jurídico da onerosidade estaria sempre presente, desde que houvesse a prestação de trabalho por alguém a outrem” (DELGADO, 2017, p. 321).

A dependência suscitada pelo próprio art. 3º da CLT, a seu turno, traz à baila a questão da subordinação. No contexto de um vínculo empregatício, o elemento subordinação assume especial relevo para uma adequada compreensão acerca da formação da relação de emprego.

A subordinação resulta imediatamente da bilateralidade jurídica, que nasce a partir de contrato firmado entre empregador e empregado. Ora, uma vez que o empregador é quem assume o risco do negócio, natural pensar que este será também o administrador da atividade, dirigindo-a por intermédio de comandos a serem observados pelo

empregado quando do exercício de suas atribuições.

Premente dizer, contudo, que a subordinação ostenta caráter objetivo, haja vista incidir sobre a relação jurídica praticada, e não sobre os sujeitos que a praticam. Noutros termos, a submissão acometerá o *modus operandi* no qual o obreiro desenvolve suas funções. Não há que se falar, portanto, em subordinação enfocada sobre o trabalhador *per se*, enquanto indivíduo livre e dotado de autodeterminação.

Ainda esquadrinhando acerca do elemento da subordinação, cumpre analisar as principais dimensões na qual esta se projeta, quais sejam, a *tradicional*, a *objetiva* e a *estrutural*.

A subordinação tradicional do vínculo obrigacional forma-se entre empregador e empregado a partir do contrato avençado entre estes. Nesse binômio, o obreiro se sujeita ao acatamento das normas diretas que emanam do empregador, que, a seu turno, determina o método que será aplicado na prestação dos serviços.

A subordinação objetiva, por sua vez, inaugura um mecanismo inovador de inserção do trabalhador no organismo da empresa em que labora. O empregado passa a compor e integrar a própria finalidade da empresa, relacionando-se, indissociavelmente, com as metas e objetivos estipulados pelo empregador.

No que tange à subordinação estrutural, esta se manifesta por meio da inserção do empregado na estrutura de funcionamento proposta pelo empregador, que, em razão disso, não carece, necessariamente, de ordenar o empregado diretamente. Vislumbra-se na subordinação estrutural um fenômeno mais recente se comparado à subordinação tradicional e à objetiva. Ensejada, em larga medida, pelos avanços tecnológicos e dos meios comunicativos, a subordinação estrutural incorpora o empregado à sistemática produtiva da empresa e o torna imanente à atividade desenvolvida pelo empregador.

1.1. Distinção entre os conceitos de empregado e trabalhador

Inobstante largamente utilizados como sinônimos, empregado e trabalhador são conceitos que não se confundem, cuja importância da distinção perpassa os limites do debate teórico-acadêmico, representando ponto vital para enquadramento dos motoristas de aplicativos como empregados ou mesmo microempreendedores individuais.

O trabalho em si, a despeito dos variáveis fios pelos quais pode ser estudado⁵⁴,

⁵⁴ A expressão “trabalho” deriva do latim *tripalium*, que designa instrumento de tortura, logo, em sentido literal, trabalho significa aquilo que esgota provocando dor, apesar do ato de trabalhar ser tão antigo quanto o ser humano em si, representando uma atividade através da qual se transforma o Universo. O trabalho pode ser reconhecido como a melhor forma de distinguir o ser humano dos outros

engloba a relação de emprego. Pode-se dizer que todo empregado é trabalhador, mas nem todo trabalhador será, necessariamente, um empregado. A variação se dará a partir dos instrumentos limitadores da autonomia da vontade presentes na relação jurídica constituída.

Assim, para Marx, a base da sociedade, assim como a característica fundamental do homem, está no trabalho. É do e pelo trabalho que o homem se faz homem, constrói a sociedade, é pelo trabalho que o homem transforma a sociedade e faz história, o trabalho torna-se categoria essencial que lhe permite não apenas explicar o mundo e a sociedade, o passado e a constituição do homem, como lhe permitem antever o futuro e propor uma prática transformadora ao homem, propor-lhe como tarefa construir uma nova sociedade. (ANDERY, 2012, p.399).

A relação de trabalho possui conotação ampla e genérica, abrangendo os mais diversificados tipos de relações jurídicas que tenham em seu cerne a prestação de um serviço por pessoa física, tendo por escopo

animais, porque o trabalho desenvolvido pelo homem tem foco além da subsistência social, objetiva o acúmulo e, não raras vezes, as relações de trabalho se dão de forma a consubstanciar uma relação de exploração de um ser humano por seu semelhante e/ou a exploração pelo ser humano de outros seres vivos com os quais compartilha o ambiente que habita. Quiçá o trabalho possa efetivamente provocar esgotamento e dor, mas não necessariamente de quem trabalha ou apenas de quem trabalha, mas também de outros que têm sua força utilizada nas relações de produção pelo trabalho, acarretando em desequilíbrio nas relações socioeconômicas de cunho jurídico.

atingir uma finalidade específica através de uma prática determinada.

A definição de trabalho é, de fato, um ponto filosoficamente controverso. Inobstante, para fins deste estudo, definir-se-á o trabalho como o esforço humano que visa atingir determinado fim socioeconomicamente necessário e juridicamente tutelado.

A figura do emprego, a seu turno, apresenta caráter mais objetivo, vez que a legislação pátria prescreve requisitos bem delimitados que devem estar contidos numa relação jurídica para que reste qualificada como empregatícia, quais sejam, aqueles constantes dos arts. 2º e 3º da CLT.

Para efeitos de melhor análise do objeto do presente estudo, imprescindível que se faça separação entre relação de trabalho e relação empregatícia, que, sumariamente, poderá traduzir-se no brocardo jurídico: trabalho é gênero do qual emprego é a principal espécie.

1.2. Trabalhador autônomo

Conforme sugere o nome, é trabalhador autônomo aquele que desenvolve sua atividade econômica com inteira autonomia de planejamento e organização na prestação de seus serviços. Afasta-se do tipo empregado celetista na medida em que não se verifica o elemento da subordinação presente no exercício do seu labor, bem como da pessoalidade.

O enfoque, no entanto, recai mesmo sobre a subordinação, sendo esta a pedra angular para edificação da teoria que o presente artigo se propõe a apresentar. Em se tratando do trabalhador autônomo, a ausência de subordinação está relacionada, direta e indissociavelmente, com a própria autonomia e liberdade com que este define a forma e os termos da prestação de seu serviço.

No caso do trabalhador autônomo, ao revés do que ocorre na relação de emprego, o poder diretivo está assentado sobre a figura daquele que oferta o serviço, e não sobre o tomador. Depreende-se, assim, que autonomia e subordinação são elementos fático-jurídicos excludentes entre si.

1.3. Natureza jurídica da relação de emprego e trabalho

Classificar a natureza jurídica da relação de emprego e trabalho é tarefa um tanto quanto complexa, pois requer uma interpretação sistemática do direito, no sentido de enquadrar o tema em uma das múltiplas e diversificadas searas do universo jurídico. Para tanto, é forçoso perquirir sobre a definição do fato jurídico que representa a relação de emprego e de trabalho.

Historicamente, num primeiro momento, as relações de emprego reproduziram os mesmos valores do contratualismo civil tradicional, partindo dos princípios de que as partes – empregado e empregador – estariam em igualdade de

condições para contratar e deveriam observar, inexoravelmente, a força obrigatória e vinculante do contrato (*pacta sunt servanda*).

Em franca contraposição à teoria do contratualismo tradicional, posteriormente, exsurtem as teorias da relação de trabalho e institucionalistas (ou *acontratualistas*), formuladas no afã de romper com qualquer elemento do movimento civilista anterior, sustentando que os pressupostos da liberdade de contratar e da livre vontade estariam viciados (ou mesmo ausentes) no relacionamento entre tomador e prestador de serviços.

Por fim, após um longo processo dialético entre as vertentes tradicionalistas e as institucionalistas, nasce a teoria contratualista moderna, que seria uma amálgama entre as duas vertentes, sendo mais moderada, elaborada e complexa. De toda sorte, o elemento contratual permanece como cerne para a visualização e classificação da natureza da relação de emprego no sistema jurídico.

Hodiernamente, a visão quanto à natureza jurídica da relação de emprego foi sendo refinada, de modo que se manteve esposada ao elemento contratual, contudo, percebeu que não era possível adstringir a essência do contrato de trabalho aos moldes típicos dos contratos civis já existentes.

O contrato empregatício adquire aspecto de adesão, pois não poderia ser resumido a um simples contrato de obrigação de fazer do obreiro, devendo observar os

requisitos da personalidade, habitualidade, onerosidade e, sobretudo, da subordinação ao empresário empregador.

2. EMPRESÁRIO: CONCEITO CONTIDO DO CÓDIGO CIVIL

De vez que já abordados o conceito de empregado contido na CLT, os requisitos necessários para sua caracterização, a figura do trabalhador autônomo e a natureza jurídica da relação de emprego, urge passar à análise do polo empregador, que será, a seu turno, um empresário, nos termos do arts. 966 do Código Civil.

Premente aduzir que o Código Civil brasileiro, à semelhança do *Código Civile Italiano*, adotou uma definição subjetiva de empresário. Significa dizer que a definição de um indivíduo enquanto empresário considerará a atividade que este desenvolve, superando a ultrapassada vertente objetiva, que “exigia a efetiva matrícula no tribunal de comércio, nos termos do art. 4º do Código Comercial de 1050” (MENDONÇA, S. e ARRUDA, 2016, p. 223).

Nesse sentido, por força do artigo 966 do Código Civil, será considerado empresário aquele que exerce, com profissionalismo, atividade econômica organizada voltada à produção ou circulação de bens ou serviços, desenvolvendo, assim, a atividade de empresa. Ou seja, o empresário, a sua forma, é também um trabalhador, mas ocupa uma posição diferenciada na engrenagem do sistema

produtivo em relação ao capital e aos meios de produção.

O dispositivo legal em tela elenca os requisitos para que seja uma atividade considerada empresária, a saber: que seja praticada com *profissionalismo e organização*, tal como seja *explorada com finalidade econômica*, voltada à *produção ou circulação de bens ou serviços*.

O profissionalismo do qual o dispositivo legal faz menção traduz-se na *habitualidade* com que o empresário desenvolve sua atividade, ou seja, deverá fazer da empresa sua profissão, sua atividade principal, não um plus, não um extra, não uma eventualidade.

Quanto ao fator *organização*, este envolve em seu bojo os chamados *elementos de empresa*, a saber: i) rotatividade de capital; ii) investimento em insumos; iii) emprego de mão de obra e iv) *know-how* ou a tecnologia e conhecimentos necessários ao desenvolvimento da atividade empresária.

Da leitura do art. 966 se verifica que a atividade econômica descrita será considerada empresária quando presente a intenção de lucro por parte do agente econômico que a executa. A leitura do referido artigo, portanto, permite asseverar que a empresa deverá ser explorada com finalidade econômica onerosa visando a obtenção do retorno remunerado do capital investido (lucro), e não para fins apenas de subsistência, por isso exige-se do empresário a assunção dos riscos do

empreendimento que desenvolve. Fator preponderante para distinguir o trabalho desenvolvido por ele e pelo empregado.

O tradicional ato de comprar e vender móveis ou semoventes cedeu espaço a um ato mais complexo, englobando a produção a circulação de bens ou serviços, de forma economicamente organizada, denominado ato de empresa. O centro da atividade econômica não mais se posiciona no comércio, mas sim no desenvolvimento de atividade que organiza os fatores de produção, elencando os serviços como foco principal, florescendo o século da tecnologia da informação e do emprego do intelecto como meio de geração e distribuição de riquezas. (GUIMARÃES, 2017)

Vale ressaltar, porém, que a contratação de empregados como elemento imprescindível à caracterização do empresário não é ponto pacífico para a doutrina. É comum, por exemplo, que microempreendedores individuais desempenhem todas as funções necessárias ao funcionamento de seu negócio. Estariam, em razão disso, alijados do conceito de empresário tal qual insculpido no art. 966 do Código Civil?

A questão se deve em função de que, de certa forma, a despeito dos arts. 18-A e 3º da Lei Complementar nº 123/2006, poderia ser considerado descabido rotular o MEI como empresário, pois o emprego e administração de mão de obra, elemento mitigado na figura do

MEI, é indispensável ao exercício da empresa como se explicará melhor oportunamente.

2.1. MEI: espécie do gênero pequena empresa (PME)

Com supedâneo no princípio fundamental da livre iniciativa, preconizado no art. 1º, inc. IV, e no tratamento jurídico diferenciado à pequena empresa, assentado nos arts. 170, inciso IX e 179, todos da Constituição Federal de 1988, a Lei Complementar nº 123/2006 institui o Estatuto Nacional da Microempresa, que veio a conceituar o microempreendedor individual (MEI), que, na lição de Mendonça e Arruda (2016, p. 220),

é identificado como sendo uma pessoa física que trabalha por conta própria e que se legaliza como uma espécie de micro empresário, estando autorizado por lei a faturar o máximo de sessenta mil Reais por ano⁵⁵, quantia que deve ser comprovada por sua declaração fiscal e se for superada seu enquadramento como tal resta prejudicado, sendo possível inclusive a cominação de sanção por irregularidade fiscal.

Assim, a título de conceituação, vê-se o pequeno empresário como espécie da qual constituem gêneros o microempresário e o empresário de pequeno porte. E, nesta toada, o

⁵⁵ Trata-se do antigo valor previsto no § 1º, art. 18-A da LC nº 123/2006. Com a nova redação dada pela Lei Complementar nº 155, de 2016, o novo teto de receita bruta que poderá o MEI auferir é o equivalente a R\$ 81.000,00 (oitenta e um mil Reais).

microempreendedor individual como gênero derivativo do microempresário.

Desta forma, vê-se o microempreendedor individual como o agente econômico que pode auferir receita bruta anual de até R\$ 81.000,00 (oitenta e um mil reais), sob pena de ter de ser desenquadrado do regime jurídico de MEI e responder perante o fisco pelo excesso obtido irregularmente.

Ele também estará impedido de participar de outra atividade empresária, quer na qualidade de sócio, administrador ou mesmo titular, independentemente do regime jurídico adotado ou do segmento do negócio. E poderá contar com o concurso de até um colaborador no desenvolvimento da atividade empresária, contratado pelo valor máximo de um salário mínimo ou o equivalente ao piso salarial da classe a qual pertença.

A faculdade de contratação de mão de obra parece afastar o microempreendedor individual do conceito de empresário delimitado pelo artigo 966 do Código Civil, na medida em que a LC 123/2006 mitiga o elemento organização, essencial para o reconhecimento da atividade como empresária.

[...] partiu-se da hipótese de que o perfil corporativo descrito por Alberto Asquini, considerado justamente com os demais perfis, permite verificar juridicamente a empresa consoante definida pela Teoria da Firma de Ronald Coase, mas tais conceitos foram ignorados pelo texto legal destinado ao microempreendedor que se encontra, na prática, distante do

conceito de empresário, uma vez que dele não se exige de forma obrigatória, mas sim limitada e excepcional, a gestão de mão de obra, como se o controle de colaboradores da empresa não fosse essencial no exercício da atividade empresarial. (MENDONÇA e ARRUDA, 2016, p. 232)

Assim, vê-se que o distanciamento do microempreendedor individual da figura do empresário conduz a reflexão acerca do tipo jurídico deste agente econômico, que parece mais um tipo peculiar sui generis, ou, antes, uma tentativa do legislador em regulamentar e formalizar a situação do trabalhador autônomo, ou quiçá do desempregado que sobrevive a partir de trabalhos eventuais, que até então não dispunha de órgão competente para efetivar seu registro e regularizar sua situação fiscal.

2.2. Considerações acerca dos dispositivos legais pertinentes ao MEI e a prática registral a partir das delimitações da CONCLA

A classificação das atividades econômicas possui escopo organizativo e fiscalizatório, de sorte a agrupar informações oriundas de unidades de produção que desempenhem atividades semelhantes, possibilitando a produção de dados estatísticos acerca do impacto destas atividades no cenário econômico nacional. Segundo informação disponibilizada pelo IBGE (2007):

A CNAE tem como principal propósito ser uma classificação estandardizada das atividades econômicas produtivas, promovendo um conjunto de categorias para serem usadas na coleta e divulgação de estatísticas por tipo de atividade econômica. Essas categorias são definidas, o máximo possível, de acordo com a forma como o processo econômico está organizado nas unidades e como se quer que seja descrito nas estatísticas econômicas.

A classificação das atividades em conformidade com os padrões definidos pela CNAE permite que o enquadramento tributário seja mais preciso, tomando a fiscalização e o recolhimento de impostos mais adequado.

Cabe elucidar que nem toda atividade econômica poderá ser juridicamente enquadrada como microempreendedor individual. Por meio da edição da Resolução nº 01, de 4 de setembro de 2006, a Comissão Nacional de Classificação (CONCLA), organismo dirigido pelo IBGE, divulgou a Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE) 2.0, em substituição da CNAE 1.0.

Consoante sugere o próprio nome, trata-se a CNAE da classificação oficial da qual se valem o Sistema Estatístico Nacional e a Administração Pública, respectivamente, para confecção de dados estatísticos classificados de acordo com a atividade econômica e para registro e fiscalização de pessoas jurídicas. É a CNAE, portanto, uma

relação em que constam catalogadas as atividades econômicas que poderão ser exploradas por uma atividade empresária.

Para que se formalize como MEI, além dos requisitos já escrutinados, o indivíduo interessado somente poderá desenvolver alguma das atividades econômicas previstas no rol da CNAE e autorizadas pela Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN) nº 140, de 22 de maio de 2018, anexo XI, que lista as ocupações permitidas ao microempreendedor individual, com fulcro no art. 100, *caput* e inciso I da referida Resolução.

Atualmente, a relação contém centenas de atividades independentes de industrialização, comercialização e prestação de serviços diversos que podem ser enquadradas como MEI, dentre as quais, sublinha-se a de motorista independente.

Com a publicação da Resolução nº 148 do CGSN, a ocupação de motorista independente passou a constar na CNAE sob o código 4929-9/99, compreendendo a atividade de transporte rodoviário de passageiros, sob regime de fretamento, não especificado em resoluções anteriores do CGSN⁵⁶. Destarte, oportunizou-se ao profissional o enquadramento como microempreendedor individual.

⁵⁶ Vide art. 1º da Resolução do CGSN nº 148, de 2 de agosto de 2019. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&cidAto=10276>>. Acesso em: 30 jun. 2021.

3. ATIVIDADE LABORAL DO MOTORISTA DE APLICATIVO

Ao chegar no Brasil no ano de 2014, a empresa Uber Technologies Inc. inaugurava a atividade de motorista de aplicativo independente, reconfigurando o setor de transportes e a forma de locomoção no país e no mundo, bem como redesenhando conceitos jurídicos que até então pareciam intangíveis.

Em dezembro de 2019, o Comitê Gestor do Simples Nacional criou o código CNAE 5229-0/99 para o múnus de motorista independente, cadastrado ou não em aplicativo⁵⁷, oportunizando ao profissional o enquadramento como microempreendedor individual, contanto que atenda aos demais requisitos para registrar-se nesta categoria.

Esta nova modalidade de trabalho vem conquistando espaço no universo das relações laborais em todo o mundo, tomando-se um verdadeiro fenômeno, alcunhado pelos estudiosos como processo de *uberização*. Tal fenômeno decorre diretamente da revolução digital que impregna as relações socioeconômicas atuais, que, se por um lado oferece celeridade e praticidade, por outro parece relativizar certas garantias caras ao direito do trabalho. Isto porque a natureza jurídica do vínculo entre a empresa

⁵⁷ Vide art. 4º da Resolução do CGSN nº 150, de 3 de dezembro de 2019. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&cidAto=10536>>. Acesso em: 28 jun. 2021.

desenvolvedora do aplicativo e o motorista ainda permanece inserida num limbo jurídico-normativo, relegando mais de um milhão de profissionais-motoristas⁵⁸ à indefinição quanto à delimitação de seus direitos e deveres.

3.1. Natureza jurídica do aplicativo de transporte de passageiros

Compreender a natureza jurídica dos aplicativos de transporte de passageiros é fundamental para vislumbrar o tipo de vínculo firmado entre a empresa desenvolvedora e o motorista.

A Uber (empresa americana que será tomada como exemplo para representar instituições que atuem com uma filosofia semelhante) é veemente em se intitular como uma plataforma de tecnologia capaz de conectar, através de seu aplicativo, motoristas parceiros independentes com a demanda de transporte baseando-se na localização.

A gigante americana, portanto, apresenta-se ao mercado como uma empresa prestadora de serviços de tecnologia e inovação, e não de transporte, atuando

⁵⁸ Segundo informações veiculadas pela própria empresa em seu site. Oportuno registrar que este é o número de profissionais que atuam pela Uber. Além desta, outras empresas que atuam no mesmo segmento e com uma linha de pensamento semelhante, tais como Ifood, 99 e Cabify, empregam outros milhares, quiçá milhões, de profissionais. Fonte: UBER, Equipe. Fatos e Dados sobre a Uber. Uber Newsroom. Disponível em: <<https://www.uber.com/pt-BR/newsroom/fatos-e-dados-sobre-uber/>>. Acesso em: 18 maio 2021.

somente como intermediária entre motorista e passageiro.

3.2 Qual o vínculo jurídico do motorista com o aplicativo de transporte de passageiros?

Com efeito, a questão é ponto controverso e divide opiniões diametralmente entre juristas ao redor do mundo.

A posição oficial que a Uber sustenta enfaticamente é no sentido de que não possui vínculo empregatício com os motoristas parceiros, pois estes trabalhariam de maneira inteiramente independente e autônoma, podendo decidir livremente quando e se devem laborar, característica típica que o enquadraria como profissional autônomo.

Em sendo uma empresa do segmento de tecnologia, a Uber alega que não poderia empregar motoristas como se empresa de transporte fosse⁵⁹. A atuação da empresa se restringiria ao desenvolvimento de tecnologias com o condão de localizar a demanda por

⁵⁹ Conforme dispõe o segundo tópico dos Termos de Uso disponibilizados pela Uber Brasil Tecnologia Ltda., que, ao tratar dos serviços, dispõe que não presta serviços de transporte ou logística, nem funciona como transportadora, sendo que estes serviços de transporte ou logística são prestados por parceiros independentes, que não são empregados e nem representam a Uber ou qualquer de suas filiais. Fonte: UBER. Brasil - Termos de Uso. Site da Uber, 13 out. 2020. Disponível em: <<https://www.uber.com/legal/pt-br/document/?country=brazil&lang=pt-br&name=general-terms-of-use>>. Acesso em: 28 jun. 2021.

transporte e concatená-la à oferta de motoristas inscritos nos quadros do aplicativo.

Consoante já tratado em tópico precedente, a suposta autonomia do motorista quando do exercício de seu mister constituiria óbice à sua qualificação enquanto empregado, dado que esta autonomia estaria em frontal oposição ao elemento da subordinação, pressuposto indispensável à configuração de vínculo empregatício.

Este também é o entendimento firmado pelo Tribunal Superior do Trabalho, cuja jurisprudência recente tem reiterado a inexistência de relação de emprego entre motorista parceiro e empresa desenvolvedora do aplicativo, mediante ausência de subordinação. Ao decidir sobre recurso interposto por motorista em face de decisão do Tribunal Regional que não o reconheceu como empregado, a 5ª Turma do TST, na forma do voto do relator Breno Medeiros, assentou:

O intento de proteção ao trabalhador não deve se sobrepor a ponto de inviabilizar as formas de trabalho emergentes, pautadas em critérios menos rígidos e que permitem maior autonomia na sua consecução, mediante livre disposição das partes. (TST - Processo nº TST-AIRR-1001821-40.2019.5.02.0401, Rel. Min. Breno Medeiros, 28/04/2021, 5ª T., Publicação: DEJT 05/05/2021).

O mesmo entendimento já foi esposado em decisões anteriores do TST, bem como do STJ (CC nº 164.544-MG

(2019/0079952-0), Rel. Min. Moura Ribeiro, 28/08/2019, Segunda Seção, Publicação: DJe: 04/09/2019). Os ministros de ambas as cortes superiores sustentam a ausência de vínculo empregatício baseados na suposta inexistência de habitualidade, hierarquia e, notadamente, subordinação.

Noutro giro, a jurisprudência de países como Inglaterra, Austrália, França e Espanha vem caminhando a largos passos rumo ao enquadramento da atividade de motorista como empregado e, por conseguinte, passível das garantias e proteções sociais próprias de empregados.

Nesse sentido, as decisões favoráveis ao vínculo empregatício defendem que a subordinação restaria presente na relação motorista-empresa através das múltiplas imposições e restrições feitas aos profissionais pelo algoritmo dos aplicativos. Caso não cumpram as metas e diretrizes fixadas pelo programa de computador, os motoristas podem sofrer sanções administrativas diversas, que variam desde advertência até exclusão do perfil do “parceiro” do aplicativo.

Ademais, os adeptos da corrente pró-existência de vínculo empregatício apregoam que a legislação trabalhista brasileira já dispõe acerca da temática. Eis que o art. 6º, parágrafo único da CLT, com a redação dada pela Lei nº 12.551/2011, determina que os mecanismos telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de caracterização de subordinação jurídica, às

formas pessoais e diretas de comando, controle e supervisão do trabalho alheio. Destarte, as determinações impostas pelo algoritmo dos aplicativos atuam como verdadeiro e eficiente poder diretivo da empresa sobre o dito profissional parceiro.

3.3. Risco do negócio

A gestão de qualquer negócio é uma atividade desafiadora e envolve, necessariamente, a assunção de riscos pelo empreendedor, ainda mais no Brasil, cuja legislação parece elaborada para constringir aqueles que ousam se aventurar no empreendedorismo. No caso em estudo, a distribuição do risco do negócio dependerá, necessariamente, do enquadramento do motorista como parceiro autônomo ou como empregado.

O art. 2º da CLT, *caput*, dispõe que os riscos iminentes à atividade econômica serão assumidos pelo empregador, que admite, assalaria e, sublinha-se, dirige a prestação pessoal do serviço. Logo, depreende-se que eventuais prejuízos oriundos do desenvolvimento do negócio (como, na hipótese do motorista-empregado, *e.g.*, manutenção do veículo, variação no preço do combustível e eventuais multas de trânsito) ficam ao encargo da empresa contratante, não podendo descambar sobre o empregado.

Em outro polo, uma vez que prevaleça a teoria do motorista como

profissional parceiro, as despesas que decorrem da atividade ficariam às expensas do motorista, tanto aquelas correntes e fixas, como aquelas extraordinárias, ocorridas em razão de casos fortuitos ou motivo de força maior.

A título de ilustração, somente no ano de 2020, cerca de 36% dos motoristas tiveram que abandonar o ofício por conta da crise sanitária instaurada no Brasil pela pandemia de coronavírus⁶⁰, restando aos cidadãos desamparados apenas amargar a extinção da sua fonte de renda e suportar o risco do negócio.

3.3.1. A relação entre o aumento do desemprego, a mitigação das leis trabalhistas e o crescente número de

⁶⁰ É o que aponta nota técnica do Observatório Social da Covid-19 da Universidade Federal de Minas Gerais, assinada pelo coordenador do projeto, prof. Marden Campos, e Ludmila Beatriz. Ainda segundo explicita a nota, pesquisas desenvolvidas pelo Departamento de Sociologia da UFMG revelam a existência de dois grupos de motoristas perante a pandemia. O primeiro, composto por pessoas que tinham fonte alternativa de renda, possuíam familiar capaz de prover o sustento do lar e/ou integravam o grupo de risco, abandonaram a atividade de motorista logo no início da pandemia. O segundo grupo, ao revés, prosseguiu atuando como motorista, malgrado o risco de contaminação, pois dependia da atividade como única fonte de renda. Fonte: CAMPOS, Marden; BEATRIZ, Ludmila. Os motoristas de aplicativo e a pandemia do coronavírus. Observatório Social da Covid-19, UFMG. Disponível em: <<https://www.oscovid.com.br/post/os-motoristas-de-aplicativo-e-a-pandemia-do-coronavirus>>. Acesso em: 2 jun. 2021.

trabalhadores que colaboram com os aplicativos de transporte de passageiros

É incontestável que o Brasil experimenta uma severa crise econômica, agravada ainda mais pelo descontrole da pandemia do novo coronavírus. O mercado de trabalho vem registrando sucessivos aumentos da taxa de desemprego. Segundo matéria veiculada pelo jornal El País (MENDONÇA, H., 2021), a mais recente pesquisa do IBGE revela que o primeiro trimestre de 2021 registrou um marco histórico no índice de desempregados: 14,2% dos brasileiros tiveram baixa em suas carteiras de trabalho, a maior taxa desde 2012.

Nessa toada, ser motorista de aplicativo se tornou opção para subsistência em meio à crise, possibilitando alternativa de fonte de recursos para milhões de desempregados. A prova disso é que, ainda de acordo com dados disponibilizados pelo IBGE e noticiados pelo Estadão, o número de motoristas de aplicativo no Brasil cresceu em torno de 137% somente nos últimos oito anos⁶¹.

⁶¹ Em 2012, os aplicativos de transportes contavam com cerca de 484 mil motoristas. Já no final de 2019, as pesquisas indicaram que foi alcançada a marca de mais de um milhão de profissionais. Fonte: ESTADÃO. Número de motoristas de aplicativo cresce 137% em 8 anos. Jornal Eletrônico do Estadão, 23 mar. 2020. Disponível em: <<https://summitmobilidade.estadao.com.br/compartilhando-o-caminho/numero-de-motoristas-por-aplicativo-cresce-137-em-8-anos/>>. Acesso em: 28 jun. 2021.

Impende mencionar, todavia, que a atividade de motorista não escapa à lei que rege a economia: a da oferta e da demanda. O aumento na quantidade de profissionais atuando neste segmento implicou significativa redução de ganhos para os motoristas, de sorte que muitos sequer têm angariado recursos suficientes para contribuir com a previdência social sem prejuízo de seu sustento próprio e de sua família.

A questão tem provocado acalorados debates acerca das condições de trabalho do motorista no processo de “uberização”, porquanto, para aqueles que defendem a existência de vínculo empregatício, representaria verdadeira precarização de direitos trabalhistas.

Neste sentido, a pejotização do motorista como profissional autônomo cumpriria a função apenas de escamotear garantias sociais a que faz jus qualquer empregado, desobrigando a empresa de arcar, exemplo, com décimo terceiro salário, férias, repouso semanal remunerado ou mesmo suportar com as despesas inerentes ao negócio, como manutenção do veículo ou do celular e abastecimento de combustível.

No arcabouço jurídico nacional, a possibilidade de o motorista registrar-se como microempreendedor individual contribuiu em larga medida para a flexibilização do direito trabalhista e, conseqüentemente, para o fenômeno da uberização, vindo a servir como uma luva aos interesses das empresas em

firmar contratos de parceria independente, livrando-se de qualquer incumbência de caráter empregatício para com os motoristas chamados parceiros.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista a situação-problema abordada pelo artigo, buscou-se verificar o grau de autonomia do motorista no sistema de parceria estabelecido pelas empresas desenvolvedoras de aplicativos de transporte, de modo que fosse possível avaliar se a atividade econômica em questão preencheria os requisitos para ser considerada empresária, ou não passaria de uma forma de mitigar direitos, ludibriar a legislação trabalhista ao chamar de empresário-parceiro aquele que deveria ser intitulado como empregado.

Na medida em que não determina o *modus operandi* da prestação de seu serviço, sequer fixa o valor a ser cobrado pelas corridas, o motorista parece afastar-se do conceito de empresário-parceiro, pois lhe falta o poder diretivo de organizar sua própria atividade.

A possibilidade de cadastro do profissional como microempreendedor individual no Brasil harmoniza com os interesses da Uber e similares, a despeito do trabalhador ser efetivamente um empreendedor.

Mais parece se tratar de uma tentativa de enquadramento do trabalho informal nos contornos legais, legitimando um ajuste

socioeconômico da informalidade, tão presente em tempos de crise econômica, aos moldes regulamentares, reconhecendo o trabalho do motorista de aplicativo como atividade empresária à luz do Código Civil.

Ademais, a alegação de ausência de subordinação jurídica como óbice à configuração de vínculo empregatício, tese defendida pelas corporações e assimilada pelos tribunais brasileiros, não se sustenta, porquanto o algoritmo do aplicativo exerce efetivo poder de direção sobre os motoristas, equiparando-se aos meios diretos e pessoais de comando, nos termos do art. 6º da Consolidação das Leis Trabalhistas.

Finalmente, pensa-se que o sistema de parceria, tal qual desenhado pela Uber e empresas do mesmo ramo, se presta a subverter a contratação de trabalhadores que, sob o prisma da CLT, deveriam ser empregados, mas, hoje, atuam como trabalhadores autônomos sem autonomia.

REFERÊNCIAS

ANDERY, Maria Amélia Pie Abid. et al. **Para compreender a ciência: uma perspectiva histórica**. Rio de Janeiro: Garamond, 2012.

BORDALO, Karina Barbosa. **O trabalho na concepção de Marx**. Disponível em: <https://educere.bruc.com.br/CD2013/pdf/13169_6614.pdf>. Acesso em 16 jun. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei N° 5.452**, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em 9 maio 2021.

BRASIL. **Código Civil [2002]. Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 9 maio 2021.

CAMPOS, Marden; BEATRIZ, Ludmila. **Os motoristas de aplicativo e a pandemia do coronavírus**. Observatório Social da Covid-19 da Universidade Federal de Minas Gerais. Disponível em: <<https://www.oscovid.com.br/post/os-motoristas-de-aplicativo-e-a-pandemia-do-coronavirus>>. Acesso em: 2 jun. 2021.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017.

ESTADÃO. **Número de motoristas de aplicativo cresce 137% em 8 anos**. Jornal Eletrônico do Estadão, 23 mar. 2020. Disponível em: <<https://summitmobilidade.estadao.com.br/compartilhando-o-caminho/numero-de-motoristas-por-aplicativo-cresce-137-em-8-anos/>>. Acesso em: 28 mar. 2021.

GUIMARÃES, Márcio Souza. **A Ultrapassada Teoria da Empresa e o Direito das Empresas em Dificuldades**. In WAISBERG, Ivo e RIBEIRO, J. Horácio H. Rezende (coord.) *Temas de Direito da Insolvência – Estudos em homenagem ao Professor Manoel Justino Bezerra Filho*. São Paulo: IASP, 2017, pp. 682 a 708.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Introdução à Classificação Nacional de Atividades Econômicas - CNAE versão 2.0**. 2007. Disponível em: <https://concla.ibge.gov.br/images/concla/documentacao/CNAE20_Introducao.pdf>. Acesso em 19 maio 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Desemprego chega a 14,6% no terceiro trimestre, com alta em 10 Estados**, Agência IBGE Notícias, 27 nov. 2020. Disponível em: <[\[noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/29520-desemprego-chega-a-14-6-no-terceiro-trimestre-com-alta-em-10-estados\]\(https://www.ibge.gov.br/noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/29520-desemprego-chega-a-14-6-no-terceiro-trimestre-com-alta-em-10-estados\)>. Acesso em: 7 mar. 2021.](https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-</p></div><div data-bbox=)

MENDONÇA, Heloísa. **Em um ano, mais de 8 milhões de brasileiros perderam seus empregos**. Jornal Eletrônico El País, São Paulo, 31 mar. 2021. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/economia/2021-03-31/em-um-ano-mais-de-8-milhoes-de-brasileiros-perderam-seus-empregos.html>>. Acesso em: 6 jun. 2021.

MENDONÇA, Saulo Bichara; ARRUDA, Pablo Gonçalves e. **O microempreendedor individual à luz da teoria poliédrica de Asquini**. Revista Brasileira de Direito Empresarial, 2016. Disponível em: <<https://indexlaw.org/index.php/direitoempresarial/article/view/1015/1009>>. Acesso em: 9 maio 2021.

RECEITA FEDERAL DO BRASIL. **Resolução CGSN nº 150, de 3 de dezembro de 2019**. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=105360>>. Acesso em: 28 jun. 2021.

STJ - CC nº 164.544-MG (2019/0079952-0), Rel. Min. Moura Ribeiro, 28/08/2019, Segunda Seção, Publicação: DJe: 04/09/2019.

TST - **Processo nº TST-AIRR-1001821-40.2019.5.02.0401**, Rel. Min. Breno Medeiros, 28/04/2021, 5ª T., Publicação: DEJT 05/05/2021.

UBER, Equipe. **Fatos e Dados sobre a Uber**. Uber Newsroom. Disponível em: <<https://www.uber.com/pt-BR/newsroom/fatos-e-dados-sobre-uber/>>. Acesso em: 18 maio 2021.

UBER, Equipe. **Brasil - Termos de Uso**. Site da Uber, 13 out. 2020. Disponível em: <<https://www.uber.com/legal/pt-br/document/?country=brazil&lang=pt-br&name=general-terms-of-use>>. Acesso em: 28 jun. 2021.

**DADOS PESSOAIS NO BRASIL:
NORMATIVAS E DIÁLOGOS
INSTITUCIONAIS RUMO À ATUAL
LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE
DADOS PESSOAIS**

*Wagner de Oliveira Rodrigues*⁶²

*Vanderson Barbosa da Rocha*⁶³

RESUMO

O presente artigo analisa o cenário da proteção legislativa dos dados das pessoas naturais no Brasil com o advento da Lei Geral de Proteção de Dados, por meio do estudo dos aspectos gerais desta norma e a sua relação com a Administração Pública e o princípio da transparência pública. Para tanto foi feita extensa pesquisa bibliográfica e jurisprudencial a respeito da tutela jurídica da privacidade e dos dados pessoais na sociedade da informação – perfilhando-se um panorama global acerca das normas de proteção de dados pessoais e o arcabouço normativo no Brasil até a sanção da Lei Geral de Proteção de Dados. Ao fim, analisa os aspectos gerais desta norma e sua relação com a Administração Pública, com destaque para a Agência Nacional de Proteção de Dados, e estuda a existência de um possível conflito entre a norma em estudo e a Lei de Acesso à Informação.

⁶² Professor Adjunto lotado no Departamento de Ciências Jurídicas na Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC), em Ilhéus, Bahia. Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais (PPGSD - Universidade Federal Fluminense) na linha de Conflitos Socioambientais, Rurais e Urbanos. Líder do Grupo CNPq de Pesquisa em Direitos Humanos e Fundamentais na UESC. (GPDH/UESC). Diretor Sindical na ADUSC - Associação dos Docentes da UESC. Membro da Rede ODS-BRASIL.

⁶³ Graduando em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC).

PALAVRAS-CHAVE: Dados pessoais. Lei Geral de Proteção de Dados. Transparência Pública. Acesso à Informação.

ABSTRACT

The present paper analyze the scenario of the law protection of the persons data in Brazil by “General Data Protection Act”, through the general aspects of this, its relationship with the Brazilian Public Administration and the transparency public’s principle. Here using the bibliographic research methodology, discusses the legal protection of privacy and personal data in the information society traces a global panorama about the rules like this and presents the legal framework in Brazil until the sanction of the “General Data Protection Act” running for general aspects of this standard and its relationship with the Brazilian State, with focus on the National Data Protection Agency. Finally analyzes the existence of a possible conflict between the standard study and the Access to Information Act.

KEYWORDS: Person data. General Data Protection Act. Public Transparency. Information access

INTRODUÇÃO

A grande conectividade do mundo contemporâneo gera a circulação de um expressivo volume de dados acerca de pessoas envolvidas nas mais diversas relações, sejam elas consumeristas, trabalhistas ou relacionadas ao exercício de deveres e direitos em face do Estado. Neste cenário de sociedade da informação, o dado já tem sido tratado como uma das mais valiosas *commodities* e o seu tratamento, quando efetuado de forma indevida, pode causar diversos danos aos seus titulares. Diante disso, iniciou-se um

movimento mundial, com a finalidade de tutelar juridicamente os dados das pessoas naturais, que resultou na criação de normas específicas acerca do tema nos quatro cantos do mundo. No Brasil, em que pese a existência de dispositivos que tratam do assunto em normas setoriais anteriores, a lei específica que versa sobre o tema só foi sancionada em 2018, após longa discussão política e forte pressão dos atores econômicos internacionais.

Conhecida popularmente como Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), a Lei 13.709 de 14 de agosto de 2018 regulamenta o tratamento de dados pessoais, quaisquer sejam os meios em que estejam armazenados e pessoas que o detenham, inclusive entes integrantes da Administração Pública, com a finalidade de proteger os direitos fundamentais da privacidade, liberdade e livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. O Poder Público ocupa papel de destaque na LGPD, visto que, além do fato de seus entes integrantes serem os maiores agentes de tratamento de dados pessoais no Brasil, a efetividade desta norma depende diretamente da sua atuação, por meio da Agência Nacional de Proteção de Dados, na fiscalização do seu cumprimento, edição de regulamentos a ela atribuídos e aplicação de sanções em situações decorrentes de tratamentos indevidos.

Além disso, com a novidade da norma, gera-se uma dúvida acerca do possível conflito do diploma legal de proteção dos

dados pessoais com o regramento da transparência pública nas relações entre as pessoas naturais e a Administração Pública, cujo principal instrumento de concretização é a Lei 12.527/2011, conhecida popularmente como Lei de Acesso à Informação (LAI). Nesse cenário, objetivamos neste trabalho efetuar, sob a égide dos preceitos jurídicos, a análise da evolução da proteção de dados das pessoas naturais no mundo e no Brasil, cuja culminância se deu com o advento da LGPD, sobre a qual tratamos dos aspectos gerais, regramentos para a Administração Pública e análise da existência ou não de conflito com a LAI. O enfoque deste trabalho sobre as leis de proteções de dados pessoais no mundo, com destaque para a LGPD e sua relação com a Administração Pública, se faz relevante pelo fato da novidade da lei no ordenamento jurídico brasileiro e o estabelecimento, por ela, de papéis importantes para o Poder Público, além da possível interferência na transparência pública. Quanto à metodologia utilizada neste artigo, foi utilizada a revisão bibliográfica com a consulta de diversas fontes – tais como livros, periódicos, artigos e acórdãos, nos quais a temática foi debatida por magistrados e estudiosos do tema – que foram devidamente analisadas e utilizadas com os fins propostos para o desenvolvimento deste trabalho.

1. ESTADO E DIREITO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Desde meados do século XX a sociedade tem experimentado um processo de grandes transformações tecnológicas. Os avanços em robótica, nanotecnologia e conectividade provocaram mudanças radicais nas relações sociais. Notícias que levavam meses para chegar ao seu destino hoje são entregues em fração de segundos. Grupos de trabalho que só eram viáveis com a presença de todos os membros no mesmo espaço físico atualmente podem ser realizados virtualmente.

Documentos públicos que levavam tempo para ser emitidos podem ser obtidos com um simples clique. Todas essas inovações só se tornaram possíveis por conta da melhoria da capacidade de transmissão, armazenamento e processamento de dados. A rápida evolução da capacidade de armazenamento de dados em meios físicos cada vez menores ou até mesmo em “nuvem” é o alicerce de toda essa revolução social. Há menos de trinta anos, o meio comum de guardar os dados era um dispositivo chamado “disquete”, que ocupava “grande” espaço físico e tinha ínfimo espaço de armazenamento quando comparado com as tecnologias atuais.

Diante deste avanço se fez necessário o aperfeiçoamento das tecnologias de transmissão e o devido processamento de dados para fornecer informações. Com isso, foram desenvolvidas sofisticadas ferramentas de tecnologia da informação e comunicação e métodos de inteligência de dados, conhecidos como *Big Data*, que têm sido cada vez mais

utilizadas por pessoas naturais e jurídicas. Por meio da utilização dessas ferramentas, as entidades ou até mesmo as pessoas naturais têm o poder de auferir valiosas informações acerca de indivíduos com os quais mantêm relacionamento e, de alguma forma, armazenam dados sobre eles. Com isso, empresas têm hoje a capacidade de analisar o comportamento dos seus clientes e personalizar as ofertas, empregadores podem atuar na gestão dos seus empregados e Estados podem coletar vários tipos de informações acerca da sua população.

Já os Estados são, sem sombra de dúvidas, desde os mais intervencionistas aos liberais, os entes que possuem as bases com o mais expressivo volume de dados acerca das pessoas naturais. Os indivíduos estabelecem desde a sua concepção uma ligação perene com os Estados que perdura até mesmo após a sua morte. No âmbito dessa relação são coletados inúmeros dados acerca de cada pessoa natural que povoam os poderosos bancos de dados estatais. Assim, este massivo e crescente armazenamento de dados das pessoas naturais por outras pessoas, empresas ou entes estatais com que se relacionam torna cada vez mais emergentes os riscos do uso indevido das informações. Nas palavras de Silva (2005, p. 209-210):

O intenso desenvolvimento de complexa rede de fichários eletrônicos, especialmente sobre dados pessoais, constitui poderosa ameaça à privacidade das pessoas. O amplo sistema de informações

computadorizadas gera um processo de esquadramento das pessoas, que ficam com sua individualidade inteiramente devassada. O perigo é tão maior quanto mais a utilização da informática facilita a interconexão dos fichários com a possibilidade de formar grandes bancos de dados que desvendem a vida dos indivíduos, sem sua autorização e até sem seu conhecimento.

Diante desse cenário, visto que o cerne da sociedade da informação é o compartilhamento de dados, se faz necessário o aprimoramento da tutela dos direitos à privacidade e dos instrumentos legais de proteção de dados das pessoas naturais, a fim de que estes sejam harmonizados com o acesso à informação e os indivíduos sejam protegidos contra a redução exagerada das suas intimidades (LISBOA, 2019).

No contexto do Brasil, e dado o ocaso da Carta Magna de 1988 a contemplar inúmeros direitos fundamentais, não seria diferente a proteção da privacidade como um elemento essencial de promoção da dignidade humana. Ainda assim, é salutar dizer que o conceito de privacidade é aberto e pode variar de acordo com o tempo, região geográfica, cultura ou com as características de cada pessoa.

Por um longo período, a privacidade foi entendida como o direito de ser deixado só. Na sociedade contemporânea, entretanto, diante da “hiperconectividade” essa noção se mostrou insuficiente e foi percebida a necessidade de se tutelar juridicamente o

instituto. Corroborando-se este pensamento, através da lição de Doneda (2006, p. 91):

Certamente não havia lugar para a tutela jurídica da privacidade em sociedades que conferiam a sua regulação a outros mecanismos – fosse uma rígida hierarquia social ou então a arquitetura dos espaços públicos e privados; fosse porque as eventuais pretensões a este respeito estivessem neutralizadas por um ordenamento jurídico de cunho corporativo ou patrimonialista; ou fosse então porque, em sociedades para as quais a privacidade representasse não mais que um sentimento subjetivo, ela não merecesse tutela.

A tutela jurídica da privacidade como um direito fundamental na forma em que conhecemos atualmente teve a sua primeira manifestação codificada na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, a qual dispõe em seu artigo 12º que “ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques a sua honra e reputação. Todo o homem tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataque” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2009, p. 5). Nota-se nesse preceito legal o distanciamento com antigo entendimento de privacidade que se limitava ao direito de ser deixado só e a ampliação da cobertura desse instituto.

No Brasil a doutrina majoritária preleciona que o direito à privacidade engloba os direitos fundamentais da esfera privada,

íntima e da personalidade consagrados pela Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988. Logo, de acordo com esse entendimento, no ordenamento jurídico brasileiro a privacidade consiste no universo de informações sobre o indivíduo, e somente a este cabe a divulgação ou manutenção e sigilo dos mesmos. Assim, em Moraes (2020, p. 76), se contextualiza o seguinte:

A defesa da privacidade deve proteger o homem contra: (a) interferência em sua vida privada, familiar e doméstica; (b) a ingerência em sua integridade física ou mental, ou em sua liberdade intelectual e moral; (c) os ataques à sua honra e reputação; (d) sua colocação em perspectiva falsa; (e) a comunicação de fatos relevantes e embaraçosos relativos à sua intimidade; (f) o uso de seu nome, identidade e retrato; (g) a espionagem e a espreita; (h) a intervenção na correspondência; (i) a má utilização de informações escritas e orais; (j) a transmissão de informes dados ou recebidos em razão de segredo profissional.

Verifica-se, assim, que, apesar de nenhum direito ser absoluto ou intransponível, a atual Carta Magna brasileira destaca a relevância do direito à privacidade no seu rol de direitos fundamentais e em suas cláusulas pétreas. Ou seja, na sociedade da informação, a privacidade está umbilicalmente ligada à proteção dos dados pessoais e, com isso, verifica-se nas últimas décadas um movimento legislativo global para a garantia da proteção dos dados pessoais como um dos meios de tutela jurídica da privacidade. Em que pese a aproximação dos conceitos, é

importante destacar que “[...] não se pode dizer que o direito à proteção dos dados pessoais se limita a “um aspecto do direito à privacidade, como se estivesse inteiramente nele contido.” (QUEIROZ, 2019, p. 19).

Nesse sentido, Bioni (2020) destaca a autonomia do direito à proteção dos dados pessoais que confere ao titular, além do direito à não intervenção inerente à privacidade, acepção mais abrangente com tutela jurídica e âmbito de incidências específicos. Seguindo-se esta linha, em recente decisão, no âmbito do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6.387, que questionava a constitucionalidade da Medida Provisória (MP) nº 954/2020, a qual previa, enquanto durasse a pandemia da COVID-19, o repasse obrigatório de dados dos clientes das operadoras de telefonia móvel e fixa para o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

Resultado da análise deste caso, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu pela inconstitucionalidade da norma e, historicamente, reconheceu a proteção de dados pessoais como direito fundamental autônomo. De acordo com o entendimento firmado pelo Egrégio Tribunal, a tutela do direito fundamental à proteção de dados vai além da delimitação de um espaço e ampara também os direitos à transparência, governança e sindicabilidade dos dados compreendidos num aspecto abrangente. Neste diapasão, a MP foi considerada

exorbitante, visto que previa o compartilhamento de extenso rol de dados sensíveis dos cidadãos e representava o eminente risco de danos irreparáveis à intimidade e ao sigilo da vida privada dos milhões de usuários do serviço de telefonia fixa e móvel (BRASIL, 2020).

2. DADOS PESSOAIS: O CONTEXTO DA PROTEÇÃO GLOBAL

Para compreender o panorama internacional da proteção legislativa dos dados pessoais, se faz necessário remeter ao histórico havido durante a Segunda Guerra Mundial. No decorrer do conflito os alemães nazistas se fizeram valer de diversos meios de violação da privacidade dos cidadãos nos territórios invadidos com a finalidade de manipular o comportamento dos indivíduos e, assim, perseguir minorias sociais como os judeus e os homossexuais. Tal exemplo demonstra quão nefasto pode ser o tratamento indevido de dados pessoais e deixou profundas cicatrizes em toda a sociedade, com destaque para alemã, e como consequência disso “[...] a proteção de dados se tornou uma obsessão jurídica na Alemanha.” (CAMARGO, 2019, p. 221).

Foram justamente esses horrores cometidos em contextos bélicos que ensejaram os fatos políticos geradores para a feitura do documento “Declaração Universal dos

Direitos Humanos”, que é a grande matriz global, desde 1948, de inspiração para o panorama legislativo da proteção de dados. Neste diapasão, em 1950 foi editada a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, que trouxe uma proteção extremamente relevante da privacidade do indivíduo em relação ao Estado, quando dispôs no item 2 do seu art. 8º que:

Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.

Diante dessa necessidade de se tutelarem os dados, do crescente avanço tecnológico e do surgimento de uma economia globalizada com a evolução dos bancos de dados eletrônicos, a partir especialmente dos anos 1970, é que começaram a ser editados diplomas legislativos específicos para a proteção dos dados pessoais. Neste sentido, e para melhor organização do contexto geopolítico legislativo ao redor do globo, se fará uma rápida apresentação do que foi destaque nos seus principais países nos quatro cantos do mundo.

2.1 Europa

A Europa pode ser considerada o berço da proteção dos dados pessoais no planeta. A primeira lei regional específica na proteção de dados foi criada em 1970 na Alemanha, era denominada *Hessisches Datenschutzgesetz* e tinha como finalidade principal proteger os indivíduos de abusos estatais. Nos anos de 1973 e 1974 o Conselho da Europa editou, respectivamente, as Resoluções 22, que tratava da privacidade das pessoas físicas perante bancos eletrônicos de dados no setor privado, e 29, que tratava da proteção e privacidade das pessoas físicas perante bancos eletrônicos de dados no setor público (MACHADO, 2018).

Em seguida diversos países do continente, como França, Dinamarca e Suécia, editaram leis nacionais sobre a proteção de dados pessoais, e alguns deles, inclusive, trataram o assunto como matéria constitucional. Mas, diante do aprimoramento do setor informático e dos blocos econômicos, que teve como uma das consequências o aumento do volume de compartilhamento de dados nos atos de comércio transfronteiriço, em 1980 a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) publicou diretrizes recomendatórias para a proteção da privacidade e dos fluxos transfronteiriços de dados pessoais. Sob uma forte influência dessas diretrizes, em 1981 o Conselho da Europa instituiu a Convenção 108, que consolidou as Resoluções 22 e 29 e é considerada o primeiro diploma legal

transnacional acerca da proteção de dados pessoais (MACHADO, 2018).

Contudo, e com o passar do tempo, surgiu a necessidade de aperfeiçoamento da Convenção 108, por conta do aprimoramento nas tecnologias de bancos de dados e ferramentas de tecnologias da informação. Diante disso, a Comissão Europeia, provocada pelo Parlamento Europeu, editou a Diretiva nº 46 de 1995, que foi por mais de duas décadas o principal documento sobre proteção de dados pessoais e privacidade. Entretanto, a norma apenas traçava um objetivo geral, e os próprios Estados Membros deveriam se adequar por meio da edição de normas internas. Isso resultou em desarmonia e conflito entre as diversas legislações e, conseqüentemente, insegurança jurídica e inobservância do princípio fundamental à proteção de dados (ARAUJO; OLIVEIRA, 2015).

Perante esse cenário, se fez necessária a adoção de um Regulamento compulsório aos Estados Membros em substituição à Diretiva nº 46. Assim, em 2016 foi editado o Regulamento nº 679, conhecido como *General Data Protection Regulation* (GDPR), que entrou em vigência em 25 de maio de 2018 e passou a ser o principal diploma de proteção de dados pessoais na União Europeia (UE). O advento do GDPR é de suma importância para entender o tema, visto que:

Este, por sua vez, ocasionou um efeito dominó, visto que passou a exigir que os demais países e as

empresas que buscassem manter relações comerciais com a UE também deveriam ter uma legislação de mesmo nível que o GDPR. Isso porque o Estado que não possuísse lei de mesmo nível passaria a poder sofrer algum tipo de barreira econômica ou dificuldade de fazer negócios com os países da UE. Considerando o contexto econômico atual, esse é um luxo que a maioria das nações, especialmente as da América Latina não poderia se dar. (PINHEIRO, 2020, p. 18).

Nessa seara, visto que o GDPR é vinculante em todo o Espaço Econômico Europeu (EEE), que engloba os vinte e sete países integrantes da União Europeia e ainda Noruega, Islândia e Listenstaine, e extensível a todas as operações que envolvem dados pessoais efetuadas para fora do EEE, ou seja, todos os Estados e empresas que visem a manter relações comerciais com seus integrantes – que possuem enorme poder econômico – devem se adequar ao regulamento, diversos outros países buscaram adequar suas legislações de proteção de dados pessoais ao Regulamento com a finalidade de evitar sofrer barreiras negociais (MOLINARI; SEBASTIÁN; VÁZQUEZ, 2018).

2.2 Estados Unidos da América

Os Estados Unidos da América, ao contrário da Europa, talvez pela sua preponderante edição de leis locais, característica inerente de uma federação centrípeta, ainda não possuem uma lei nacional

que discipline a proteção de dados pessoais. Entretanto, com a eleição de Joe Biden para presidente do país, há uma forte expectativa no avanço da aprovação do *Consumer Data Privacy and Security Act* (CDPSA), projeto que tramita no Congresso Nacional Americano e tem entre suas finalidades a de proteger os dados pessoais dos consumidores em todo o território nacional (REIS, 2021).

Enquanto não há o estabelecimento de uma lei federal, alguns estados americanos caminham para a instituição de leis estaduais de proteção de dados pessoais. O estado da Califórnia já aprovou em 2017 a sua norma denominada *California Consumer Privacy Act* (CCPA) que, durante o seu trâmite, contou com o forte apoio da então procuradora-geral do estado e atual vice-presidente Kamala Harris e, em março de 2021, a Virgínia se tornou o segundo estado americano a aprovar a sua lei de proteção de dados pessoais denominada *Virginia Consumer Data Privacy Act* (HALPERT, 2021).

Cumprе ressaltar também que o atentado ocorrido no país em 11 de setembro de 2001 resultou no endurecimento das medidas de segurança no país que, logicamente, envolvem a captura de dados pessoais. Entretanto, mostrou-se ainda mais eminente a necessidade de conciliação e equilíbrio entre o direito à segurança e à proteção dos dados das pessoas naturais – ainda que a segurança pública fosse uma

emergência internamente assaz (CASTRO, 2003).

2.3 Ásia

Em que pesem as diversas diferenças culturais, os principais países do continente asiático, em consonância com o que vem ocorrendo nas nações dos demais continentes, têm regulamentado e aperfeiçoado seus ordenamentos jurídicos com a finalidade de tutelar os dados pessoais das pessoas naturais. O Japão é um excelente exemplo desse movimento. Em 2003 o país editou uma lei específica de proteção de dados pessoais. No ano de 2010, em consequência dos avanços tecnológicos e com o fim de estabelecer sincronia com a legislação europeia, estabeleceu a denominada Emenda APPI, que dispõe sobre o compartilhamento de dados pessoais com terceiros, anonimização e prevenção de vazamentos. Além disso, foi criada uma autoridade reguladora de proteção de dados pessoais cujos dirigentes exercem suas funções com total independência. Recentemente, em 2019, o Japão e a União Europeia celebraram um acordo o qual foi chamado de maior espaço de circulação segura dos dados a nível mundial, que consiste basicamente num ambiente de transferência com alto nível de segurança de dados de pessoas naturais (CAMARGO; TAGLIAFERRO, 2020).

Já na China, em janeiro de 2021, entrou em vigor o Código Civil da República Popular da China que, entre seus ditames, regulamenta a privacidade e proteção dos dados pessoais. Além disso, está em discussão no país um projeto de lei específica para a proteção de dados pessoais que em bastante se assemelha com a GDPR. Paralelamente a este país, a Coreia do Sul instituiu, em 2011, uma das leis de proteção de dados pessoais mais rígidas do mundo, com controles ainda mais rigorosos do que as normas europeias e com a criação de duas autoridades de proteção de dados. Contudo, outros países asiáticos, como Índia, Malásia e Indonésia, embora ainda não possuam lei específica sobre a proteção de dados pessoais, já contam com projetos de lei acerca do tema em vias de aprovação (DALESE, 2021).

Com o advento da pandemia de COVID-19 e os rígidos sistemas de controle e rastreamento adotados por parte dos países asiáticos, com destaque para os monitoramentos pela tecnologia de geolocalização, geraram-se, ao redor do mundo, muitas dúvidas acerca da proteção dos dados pessoais naquele continente. Houve até a difusão de teorias conspiratórias, criadas por setores negacionistas da sociedade, as quais, absurdamente, afirmavam que o vírus causador da doença teria sido criado em laboratório e espalhado pela China com o fim de obter o controle sobre a vida dos indivíduos.

Ocorre que os países do continente asiático têm um histórico traumático de experiências com epidemias e naturalmente desenvolveram meios para combater precocemente o surgimento de novas ameaças e, sem sombra de dúvidas, o uso da tecnologia é um dos instrumentos mais eficazes. Não obstante o exposto, diante da dimensão da utilização dos dados pessoais com a finalidade de preservar a saúde coletiva em meio à pandemia, se faz necessário acompanhamento rigoroso ao longo dos próximos anos, a fim de garantir que os dados coletados não sejam utilizados para propósito diverso.

2.4 América Latina

No âmbito da América Latina, o primeiro país a instituir uma lei específica com a finalidade da proteção de dados foi o Chile, em 1999, com a norma denominada *Ley de Protección de Datos de Carácter Personal*, que limita o uso dos dados à finalidade informada no ato da coleta, garante aos titulares o direito de acessar as informações e prevê a responsabilidade dos controladores pelos danos causados aos titulares. Em 2018 o país incorporou ao seu rol de direitos fundamentais constitucionais o direito à proteção dos dados pessoais. Um ano depois, no ano 2000, a Argentina estatuiu a *Ley de Protección de los Datos Personales*, que regula o uso dos bancos de dados públicos e privados e limita o uso dos dados pessoais à

finalidade para a qual houve o consentimento do titular. Além disso, a autoridade de proteção de dados do país, denominada *Agencia de Acceso a la Información Pública* (AAIP) detém o poder de editar disposições técnicas acerca do tema (BRASIL, 2015).

Logo em seguida o Paraguai editou a Lei 1.682/2001 com o objetivo de regulamentar a informação de caráter privado e a transparência dos bancos de dados de caráter público. Além disso, a norma proíbe a divulgação de dados sensíveis, que sejam individualizados ou individualizáveis ou versem sobre ligações raciais ou étnicas, preferências políticas, estado de saúde individual, convicções religiosas ou filosóficas ou morais, intimidade sexual e, em geral, os que fomentem a discriminação ou afetem a dignidade, a privacidade, a intimidade doméstica e a imagem privada de pessoas ou famílias (RAMINELLI; RODREGHERI, 2016).

No México, a *Ley Federal de Protección de Datos Personales em Posesión de los Particulares* (LFPDP) foi editada em 2010 e rege o tratamento de dados pessoais desde sua coleta até o armazenamento. Além disso, promove o direito ao acesso, retificação e a solicitação do cancelamento do processamento de dados pelos titulares. Ademais, a Constituição Mexicana confere aos indivíduos direitos de acesso à informação e proteção dos dados pessoais. Já em 2011, Uruguai e Peru instituíram suas leis específicas

acerca do tratamento de dados pessoais denominadas, respectivamente, *Ley de Protección de Datos Personales y Acción de Habeas Data* e *Ley de Protección de Datos Personales*. A norma uruguaia guarda grandes semelhanças com a argentina e em 2020 passou por uma reforma com a finalidade de se adequar aos ditames da GDPR. Já a lei peruana estrutura a proteção de dados pessoais com foco em proteger os direitos dos indivíduos e garantir o cumprimento das obrigações pelas empresas de processamento de dados, além de promover o acesso transparente às informações públicas. Por último, em terras colombianas, a Lei 1.581/2012 e o Decreto 1.377/2013 regulamentam a proteção de dados pessoais e instituem o *Registro Nacional de Bases de Datos* (RNBD), que tem o objetivo de manter um diretório público das bases de dados pessoais sujeitas a tratamento no país e protege os titulares com o estabelecimento de obrigações para quem coleta e gerencia dados (BRASIL, 2015).

Como se pode notar, há, sobretudo na última década, um forte movimento legislativo para a proteção dos dados das pessoas naturais na América Latina, com forte influência do regulamento europeu sobre o tema. É também evidente que, durante um considerável intervalo de tempo, o Brasil foi o único país integrante do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL) que não possuía em seu ordenamento jurídico lei específica de proteção

de dados das pessoas naturais, que só veio a ser sancionada em 2018 conforme se verá adiante.

3. DADOS PESSOAIS NO BRASIL: AS NORMATIVAS ANTES DA “LGPD”

No Brasil a proteção de dados pessoais tem como alicerces o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana e os incisos X, XII, XXXIII e LXXII da CRFB/1988, que versam sobre direitos e garantias fundamentais à intimidade, à vida privada, ao sigilo das comunicações e à informação (BRASIL, 1988). Ainda no estudo da seara constitucional, é importante observar o Projeto de Emenda à Constituição (PEC) nº 17 de 2019 que está, ainda, em tramitação no Congresso Nacional e tem a finalidade de incluir expressamente no rol de direitos fundamentais constitucionais a proteção dos dados pessoais, além de fixar a competência privativa da União para legislar sobre a matéria (BRASIL, 2019).

Em que pese ainda não esteja formalmente escrito no texto da CRFB/1988, de acordo com Mendes (2014), a partir de uma análise conjunta da jurisprudência pátria majoritária e dos dispositivos constitucionais citados, é possível afirmar que materialmente o direito fundamental à proteção de dados pessoais é abarcado pelo ordenamento jurídico brasileiro, tese que veio a ser confirmada com o já citado julgamento da ADI 6.387. No âmbito infraconstitucional inicialmente merece

destaque a inclusão do direito à privacidade no Código Civil de 2002 em seu rol de direitos da personalidade, que são, via de regra, intransmissíveis e irrenunciáveis (BRASIL, 2002).

Diante da crescente digitalização, do armazenamento cada vez mais vultoso de dados pessoais e da inexistência de uma lei específica que regulamentasse a proteção de dados pessoais no país, notaram-se, ao longo do tempo, lacunas normativas na tutela de diversas situações que envolviam dados de pessoas naturais em território brasileiro.

A fim de tentar suprimir essas brechas foram incluídas disposições acerca do tema em normas setoriais de caráter federal – como o “Código de Defesa do Consumidor”, o “Marco Civil da Internet” e a “Lei de Acesso à Informação”⁶⁴ – e outras estaduais e municipais, como as de políticas públicas e mobilidade urbana dispostas em planos diretores municipais participativos. Muitos desses diplomas têm caráter infralegal, como resoluções (v.g., do Conselho Nacional de Autorregulação Publicitária – CONANDA ⁶⁵) e portarias do Ministério da Justiça e as resoluções do Banco Central do Brasil (BCB). Nesse momento se faz imperioso ressaltar a possível inconstitucionalidade de algumas dessas normas, em caso de fixação de competência privativa da União para legislar

⁶⁴ Leis Federais n. 8.070, de 11 de setembro de 1990; n. 12.965, de 23 de abril de 2014; e n. 12.527, de 18 de novembro de 2011.

⁶⁵ Resolução n. 163, de 4 de abril de 2014.

sobre a proteção de dados pessoais como objetiva a PEC 17/2019. Na esfera das normas setoriais, destacamos o Código de Defesa do Consumidor (CDC), que destina uma seção específica para tratar dos bancos de dados e cadastro de consumidores, na qual tutela os direitos dos consumidores à informação, transparência, acessibilidade e visa a coibir que abusos sejam sofridos pela parte hipossuficiente da relação consumerista. Além disso, estabelece a lei obrigações aos órgãos públicos de defesa do consumidor e aos fornecedores de produtos e serviços (BRASIL, 1990).

É assertivo e alinhado à proteção dos dados pessoais o CDC, ao estabelecer a denominada prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor e considerar os serviços de proteção de crédito entidades de caráter público, visto que seria irrazoável e deveras prejudicial permitir o uso perpétuo de informações negativas acerca do consumidor para dificultar o seu acesso ao crédito. Nesse sentido, é pedagógico e atual o voto do então Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) Ruy Rosado Aguiar no julgamento do Recurso Especial nº 22.337-8-RS:

A inserção de dados pessoais do cidadão em bancos de informação tem se constituído em uma das preocupações do Estado moderno, onde o uso da informática e a possibilidade de controle unificado das diversas atividades da pessoa, nas múltiplas situações de vida, permite o conhecimento de sua

conduta pública e privada, até nos mínimos detalhes, podendo chegar à devassa de atos pessoais, invadindo área que deveria ficar restrita à sua intimidade; ao mesmo tempo o cidadão objeto dessa indiscriminada colheita de informações, muitas vezes sequer sabe da existência de tal atividade, ou não dispõe de eficazes meios para conhecer o seu resultado, retificá-lo ou cancelá-lo. E assim como o conjunto dessas informações pode ser usado para fins lícitos, públicos ou privados, na prevenção ou repressão de delitos, ou habilitando o particular a celebrar contratos com pleno conhecimento de causa, também pode servir, ao Estado ou ao particular, para alcançar fins contrários à moral ou ao Direito, como instrumento de perseguição política ou opressão econômica.

É possível notar nas palavras do julgador, proferidas em 1995, a preocupação com situações que são corriqueiras ainda nos dias atuais em que, não raras vezes, consumidores sofrem diversos danos decorrentes de práticas nefastas exercidas por fornecedores por meio do uso abusivo dos dados pessoais obtidos no âmbito da relação consumerista.

Outra norma que merece ser citada neste momento é a Lei Federal nº 12.414, de 9 de junho de 2011, popularmente conhecida como “Lei do Cadastro Positivo”, que tem como objetivo regulamentar o povoamento e consulta de bancos de dados com informações acerca do inadimplemento, sejam de pessoas naturais ou jurídicas, com a finalidade de formar um histórico de crédito (BRASIL, 2011). O texto original da Lei do Cadastro

Positivo previa a importante garantia da necessidade de consentimento do titular para abertura do cadastro. Entretanto, tal dispositivo foi revogado pela Lei Complementar Federal de nº 166, de 8 de janeiro de 2019, fato que consideramos um retrocesso no âmbito da proteção dos dados pessoais em nosso país. Em que pese a involução, a norma mantém sua relevância na proteção de dados pessoais, visto que foi a pioneira no tratamento de dados sensíveis e reafirmou a “[...] necessidade de controle da atividade de processamento de dados por autoridade administrativa.” (MENDES, 2014, p. 147).

Para os propósitos do estudo acerca da proteção de dados pessoais no Brasil, também se faz necessário ressaltar a Lei nº 12.527/2011, conhecida como a “Lei de Acesso à Informação” (LAI), que visa a propiciar mais transparência à Administração Pública, regulamentando o direito fundamental à informação, e guarda estreita relação com o tema em estudo neste artigo, motivo pelo qual será objeto de estudo em tópico específico (BRASIL, 2011). Há ainda um conjunto de diversas outras normas que englobam decretos, portarias, resoluções, entendimentos doutrinários e jurisprudenciais que formam um cenário bastante amplo acerca da proteção de dados pessoais, robusto em alguns setores e frágil noutros. Diante desse contexto e do cenário mundial, se fazia indispensável a instituição de uma lei geral reguladora da

proteção de dados das pessoas naturais no Brasil.

4. “LGPD” NO BRASIL: CONTEXTO, ASPECTOS GERAIS E RELAÇÃO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Antes de adentrarmos no estudo das relações entre a Lei Federal 13.709/2018, denominada “Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais” (LGPD), e a Administração Pública, para melhor compreensão do tema, se faz necessária a análise do contexto histórico da aprovação da norma e seus aspectos gerais. O pontapé inicial para a discussão da instituição de uma lei geral de proteção de dados pessoais no Brasil foi uma consulta pública, iniciada em dezembro de 2010, elaborada pelo então Ministério da Justiça acerca de um anteprojeto de lei que tinha a finalidade de garantir a proteção de dados pessoais, inclusive na internet. Além disso, visava a adequar o ordenamento pátrio às normas internacionais de proteção de dados pessoais e incluir o país nos debates globais sobre o tema, visto que a ausência de uma lei geral de proteção de dados expunha negativamente o Brasil, além de apresentar um cenário de enorme insegurança jurídica para os seus indivíduos. A consulta teve algumas contribuições, entretanto não ocorreram evoluções relevantes até meados de 2013 (RIELLI, 2019).

Ainda em relação ao anteprojeto de lei, vale a pena destacar que, embora se

fundasse em um robusto rol de princípios de proteção de dados pessoais em consonância com as melhores práticas da regulação internacional, ele previa como única hipótese ou base legal de tratamento de dados o consentimento livre, expresso, informado e revogável a qualquer momento pelo titular, com restritas exceções (RAMINELLI; RODEGHERI, 2016).

Em 2013 diante das declarações de Edward Snowden, que já havia trabalhado como administrador de sistemas da *Central Intelligence Agency* (CIA) e terceirizado na *National Security Agency* (NSA), as quais envolviam informações graves e sigilosas sobre diversos governos ao redor do mundo, inclusive o Brasil, intensificou-se ainda mais o movimento global para garantir a proteção dos dados das pessoas naturais. Neste diapasão, em nosso país, foram criados uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI), com a finalidade de investigar a denúncia da existência de um sistema de espionagem com o objetivo de monitorar dados protegidos pela CRFB/1988, e dois Projetos de Lei voltados para a proteção de dados pessoais. Este movimento impulsionou a aprovação do “Marco Civil da Internet”, em 2014, que trouxe consigo um avanço com a instituição, no ambiente *online*, de um microsistema de proteção de dados pessoais, entretanto ainda carregava consigo a limitação de estabelecer o consentimento do titular como única base legal para tratamento de dados pessoais,

característica também notada nos demais Projetos de Lei em tramitação até aquele momento.

Essa singularidade na hipótese de tratamento era considerada uma grande limitação para diversos setores da sociedade visto que, para esses segmentos, se faziam necessárias inclusões de outras hipóteses, com destaque para o legítimo interesse (RIELLI, 2019).

No ano de 2015, em meio a esse amplo debate sobre a proteção de dados pessoais no Brasil, o Ministério da Justiça lançou uma segunda consulta pública, com base em um novo texto de anteprojeto de lei acerca do tema, que teve diversas contribuições de diversificados setores da sociedade, momento em que se notou a necessidade de equilíbrio e harmonização entre o documento e os projetos que já estavam em tramitação no Congresso Nacional, além da inclusão de outras bases legais para tratamento de dados. Desse movimento resultou um robusto anteprojeto apresentado pela então presidenta Dilma Rousseff à Câmara dos Deputados, o qual foi materializado no Projeto de Lei 5.276/2016, que foi alvo de diversos elogios e contou com apoio de diversas entidades da sociedade (RAMINELLI, RODEGUERI, 2016).

Em outubro de 2016 foi criada, sob a relatoria do Deputado Orlando Silva, na Câmara de Deputados, uma Comissão Especial pluripartidária para analisar os

projetos de lei acerca da proteção de dados pessoais em tramitação naquela Casa Legislativa. Entretanto, a grande instabilidade política no país e a discussão de um projeto paralelo sobre o tema no Senado Federal retardaram o relatório da Comissão. Todavia, em 2018, a pressão pela aprovação de uma lei geral de proteção de dados no país se intensificou por diversos fatores. Inicialmente, veio à tona o escândalo da *Cambridge Analytica*, que revelou o uso indevido de dados pessoais de diversos indivíduos nas eleições dos Estados Unidos da América (EUA), e em maio daquele ano entrou em vigor o GDPR. Além disso, crescia cada vez mais o interesse do Brasil em ingressar na OCDE e, para isso, necessitava de uma lei de proteção de dados e uma autoridade nacional de proteção de dados. Diante desse cenário, se intensificaram os trâmites e, finalmente, no dia 14 de agosto de 2018 foi sancionada a LGPD (RIELLI, 2019).

Contudo, a LGPD, em seu texto original, previa a entrada em vigor 18 meses após a sua publicação. Entretanto, em 8 de julho de 2019, a Lei 13.853 alterou a *vacatio legis* da norma para 24 meses, a fim de permitir melhor adequação das organizações ao diploma legal. Em 29 de abril de 2020 foi editada a Medida Provisória (MP) 959/2020, que dilatava novamente o prazo de vacância da norma, porém esse trecho da MP não foi convertido em lei. Com isso, à exceção da parte que trata das sanções administrativas, as

quais entrarão em vigor apenas em agosto de 2021, a LGPD entrou em vigor no dia 18 de setembro de 2020 (PEREIRA JUNOR; RAMOS, 2020).

4.1 Aspectos gerais da LGPD

A LGPD, cujas normas gerais são de interesse nacional, dispõe acerca do tratamento de dados pessoais, seja de forma analógica ou digital, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com a finalidade de proteger os direitos fundamentais de privacidade, liberdade e o livre desenvolvimento da pessoa natural (BRASIL, 2018). Fortemente inspirada na GDPR, a norma tem caráter essencialmente principiológico e está dividida em dez capítulos que determinam de qual forma os dados pessoais devem ser tratados no Brasil e estabelecem uma série de direitos dos titulares e regras a serem seguidas pelos agentes de tratamento (PINHEIRO, 2020).

Como seus fundamentos, a LGPD traz o respeito à privacidade, a autodeterminação informativa, a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião, a inviolabilidade da honra e da imagem, o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação, a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor e os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais. Observa-se

nessa definição dos alicerces do diploma legal grande consonância com os direitos albergados pela CRFB/1988, com destaque para o, reconhecido pelo STF, direito fundamental à proteção de dados pessoais, sem cercear o surgimento de novos modelos econômicos e tecnológicos, visto que “ao mesmo tempo em que objetiva resguardar os dados pessoais não pode desconhecer o andamento para uma nova realidade que se transforma de forma alucinante.” (OLIVEIRA, 2020, p. 177).

Na seara principiológica a lei em estudo determina como sustentáculo a observância da boa-fé no tratamento dos dados e consigna diversos princípios dentre os quais merecem destaque os da finalidade, adequação e necessidade. Esta tríade de princípios visa a assegurar que os dados somente serão utilizados para os fins e das formas explicitamente informados ao titular com a proporcionalidade estritamente necessária à consecução dos objetivos. A ênfase se faz necessária porque se nota, por meio da análise dos demais princípios elencados, o objetivo de zelar pelo cumprimento daqueles realçados. Ainda com destaque à boa-fé como princípio base, se faz usual destacar que o seu espectro é amplo e o tratamento deve ser efetuado em conformidade com as expectativas dos titulares e seus direitos e devem ser observados, inclusive por ocasião do uso secundário dos dados pessoais, independentemente da base legal, porque “ausência de consentimento não

equivale a ausência de controle.” (BIONI, 2020, p. 227).

Nessa senda das bases legais, que são as hipóteses nas quais é permitido o tratamento de dados das pessoas naturais, a LGPD trouxe um rol de dez enquadramentos, o que pode ser considerado extenso quando comparado ao anteprojeto inicial que previa como única base legal o consentimento do titular. Dentre as hipóteses apresentadas no diploma legal, cabem ser analisadas com maior ênfase o consentimento do titular e o legítimo interesse, que são as mais abrangentes, pois as demais se vinculam a casos concretos específicos.

O consentimento implica na manifestação livre de vícios, inequívoca e informada pela qual o titular admite o tratamento dos seus dados pessoais para uma finalidade específica. Além disso, o indivíduo deve ter acesso a todas as informações atinentes ao tratamento dos dados, incluindo seus métodos, natureza, objetivos, duração, justificativa, finalidades, riscos e benefícios, assim como possuir o direito de, a qualquer momento, recusar ou cessar a operação por meio de procedimento gratuito e facilitado. No âmbito dos dados pessoais sensíveis – que são aqueles que versam sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a organização de caráter religioso, filosófico ou político, referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico – o consentimento deve ser realizado de forma específica, destacada e para finalidade

particularizada. Além disso, em situações que envolvam dados pessoais de crianças e adolescentes, a autorização deve ser dada por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal, exceto quando a coleta se fizer necessária para contatar os pais ou o responsável legal, situação em que os dados não poderão ser armazenados nem repassados a terceiros (MULHOLLAND, 2019).

Já o legítimo interesse, que é a base legal mais flexível entre as elencadas pela LGPD visto que não está atrelado a uma finalidade específica, somente pode ser aplicado no tratamento de dados pessoais para finalidades legítimas, que devem ser aferidas a partir das situações concretas. Exatamente por conta dessa maleabilidade na utilização da hipótese é que o agente de tratamento deve utilizar o mínimo de dados possíveis, adotar medidas para garantir a transparência e pode ser instado, a qualquer momento, pela autoridade nacional protetora de dados a apresentar relatório de impacto à proteção de dados pessoais, observados os segredos comercial e industrial.

Ao decidir utilizar o legítimo interesse como base, o agente responsável pelo tratamento dos dados deve identificar a finalidade do uso, demonstrar a sua real necessidade e, principalmente, sopesar a imprescindibilidade do uso desses dados em face das liberdades fundamentais e da expectativa do titular acerca da operação. Em que pese a maior cautela na utilização dessa

hipótese de tratamento, se faz necessário ressaltar a sua relevância para a manutenção da atualidade da lei em um mundo de constantes inovações tecnológicas e para a viabilidade de tratamento de dados de forma mais célere e eficiente, de modo que não seja necessária a solicitação de consentimento do titular a todo instante (LEONARDI, 2019).

Outro aspecto que deve ser observado é o critério espacial de aplicação da LGPD, visto que vivemos no cenário atual das tecnologias de bancos de dados um expressivo aumento no serviço de *cloud computing*, o qual permite o armazenamento dos dados em qualquer lugar do planeta. Desse modo, a LGPD é assertiva ao determinar a sua aplicação não só para as operações de tratamento efetuadas em território nacional, mas também a todos aqueles dados coletados em território nacional e a qualquer atividade de tratamento que tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços localizados em solo brasileiro. Nota-se, assim, que pouco importa a localização física do dispositivo que armazena o dado e, com isso, é possível afirmar que a LGPD tem caráter extraterritorial. A norma em análise demonstra, ainda, um grande zelo com a transferência internacional de dados, que somente pode ser efetuada em casos estritos e para países ou organismos internacionais que proporcionem relevante grau de proteção aos dados das pessoas naturais (PINHEIRO, 2020).

Como se pode notar, a LGPD sustenta em diversos pontos do seu texto garantias às pessoas naturais acerca dos seus dados. Não obstante isto, a norma dedicou, ainda, um capítulo próprio assegurando aos indivíduos a titularidade de seus dados pessoais e a garantia aos direitos fundamentais da liberdade, da intimidade e da privacidade, momento em que ressalta os direitos à confirmação da existência de tratamento e do acesso aos seus dados, além de permitir a retificação daqueles que estejam incompletos ou incorretos, solicitar a portabilidade, ser informado em caso de compartilhamento e, com destaque, requerer a eliminação, bloqueio ou anonimização dos dados. Em relação à anonimização, há a previsão expressa na lei de que, sempre que possível, os dados sejam anonimizados, ou seja, manipulem-se, por meio de técnicas razoáveis, de modo que os titulares não possam ser identificados. Entretanto a doutrina demonstra certa descrença acerca da confiabilidade e segurança do processo de anonimização, visto que, a depender da complexidade do meio utilizado, pode ocorrer a reversão do procedimento e a consequente identificação dos titulares dos dados (FRAZÃO, 2019).

A fim de se assegurar o cumprimento dos seus ditames, a LGPD estabelece responsabilização, deveres e sanções aos agentes de tratamento de dados pessoais, sejam eles controladores – a quem competem as decisões referentes aos tratamentos de dados

personais – sejam operadores, que são aqueles que realizam o tratamento de dados pessoais em nome do controlador. Para isso, se faz interessante, aqui, vislumbrar a atuação da Administração Pública face à LGPD no exercício do seu poder de polícia (BRASIL, 2018), conforme se aduz abaixo.

4.2 LGPD e Administração Pública brasileira

A Administração Pública pátria tem papel dúplice na LGPD, visto que, além de atuar na fiscalização do cumprimento da lei e aplicação de sanções, no exercício do poder de polícia estatal, por meio da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), o Poder Público também atua massivamente no tratamento de dados. Tamanha é a expressividade do volume de dados de pessoas naturais tratados pelos órgãos e entidades do Poder Público, que o legislador destinou um capítulo do diploma legal em análise para normatizar o tema (BRASIL, 2018).

É indiscutível que – com ressalva das pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública que atuam em regime concorrencial – a finalidade do tratamento de dados pelo Poder Público é inteiramente distinta da almejada pelo setor privado, visto que este objetiva essencialmente o lucro econômico. Já no setor público, o tratamento de dados não deriva, via de regra, da voluntariedade do titular, “[...] mas como

decorrência das exigências do próprio pacto social: conhecer seus cidadãos é, para o Estado, pré-requisito para o próprio desempenho de suas finalidades públicas.” (WIMMER, 2019, p. 127). Cumpre ressaltar que a LGPD não trata com rigor os termos da forma que são conhecidos tradicionalmente na seara administrativista como, por exemplo, Poder Público e Administração Pública. Desse modo, o melhor caminho é interpretar a norma de forma sistemática, com enfoque na atividade efetivamente realizada pelo agente de tratamento no caso específico (WIMMER, 2019).

Nessa perspectiva, nota-se que a LGPD adota critérios distintos no tratamento de dados pelos diversos integrantes do Poder Público. Com base nos ensinamentos de Di Pietro (2019), identifica-se que o diploma legal utiliza o critério objetivo da Administração Pública para delimitar o conceito de Poder Público. Desse modo, preceitua a LGPD, em seu art. 24, que as estatais que atuam em regime concorrencial terão tratamento idêntico ao das pessoas jurídicas de direito privado particulares. Ou, em suas palavras, Di Pietro (2019, p. 77, grifo da autora):

Em sentido objetivo, a Administração Pública abrange as atividades exercidas pelas pessoas jurídicas, órgãos e agentes incumbidos de atender concretamente às necessidades coletivas; corresponde à função administrativa, atribuída preferencialmente aos órgãos do

Poder Executivo. Nesse sentido, a Administração Pública abrange o **fomento**, a **polícia administrativa** e o **serviço público**.

A nosso ver foi assertivo o legislador ao adotar o critério objetivo da Administração Pública visto que, em tempos de concessões e parcerias público-privadas, em determinados momentos agentes privados podem assumir atividades típicas do Poder Público, como é o caso dos particulares que exercem por delegação os serviços notariais de registro, e devem gozar das prerrogativas e deveres inerentes aos entes estatais no tratamento de dados.

Além disso, há situações em que pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública que atuam em regime concorrencial – e, em tese, devem se submeter ao mesmo regime imposto aos particulares – atuam estritamente em prol do interesse público, como é o caso da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, que detém, com amparo constitucional, o monopólio dos serviços postais, entretanto no ramo de entrega de encomendas atua num ramo econômico livre e de caráter eminentemente privado. Nota-se, nesses casos, um regime híbrido e, diante disso, deve ser aplicada a norma de acordo com a finalidade exercida pela entidade no ato concreto do tratamento de dados.

Com o fim de salvaguardar a execução das atividades exercidas na acepção objetiva da Administração, a LGPD estabelece

expressamente uma base legal específica a fim de permitir, aos entes que exercem atividades nesse espectro, o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em atos normativos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres.

Apesar da unicidade de hipótese explícita no texto da norma, Wimmer (2019) afirma que, a partir de uma análise sistêmica, é possível encontrar na lei outra base legal direcionada à Administração Pública: a do tratamento de dados pessoais na execução de competências ou atribuições legais do serviço público. Além disso, a eminente autora aponta a incerteza acerca da possibilidade de o Poder Público invocar as demais bases legais, momento em que ressalta a dinamização cada vez maior das relações entre os entes da Administração Pública e os cidadãos, baseadas cada vez mais no uso de tecnologias, o que pode ensejar o tratamento de dados com lastro em outras hipóteses e, diante disso, assevera a grande necessidade de atuação da ANPD na regulamentação e esclarecimentos acerca dessas lacunas.

Ainda na seara da incidência da LGPD no exercício das atividades pelo Poder Público, faz-se necessário ressaltar a não incidência da norma nos tratamentos realizados para fins exclusivos de segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado e em atividades de investigação e repressão de infrações penais. Entretanto, é importante

ressaltar que essa inaplicabilidade não consiste numa carta branca para o tratamento de dados de forma arbitrária pelo Poder Público nessas situações, visto que a própria LGPD preceitua que o tratamento nos casos citados deverá ser realizado apenas em casos estritamente necessários, em atendimento ao interesse público e, para além, se regerá por legislação específica e observará os princípios gerais de proteção de dados, os direitos do titular e o devido processo legal.

Nesse diapasão, em novembro de 2020, foi entregue à Câmara de Deputados um anteprojeto de lei que visa a regulamentar o tratamento de dados pessoais nas atividades de segurança pública e persecução criminal (BARRETO; MARQUES; PAULO NETO, 2020). Ante o exposto, resta clarividente a responsabilidade civil do Poder Público por danos causados no tratamento de dados pessoais. Entretanto, embora a LGPD preveja a responsabilização e ressarcimento de danos no caso de tratamento irregular, não há, na norma, diretriz específica de responsabilização civil das pessoas que atuam no sentido objetivo da Administração Pública. Desse modo, resta a dúvida acerca da objetividade ou subjetividade da responsabilidade na hipótese de tratamento irregular por entes governamentais. De acordo Alvim e Pereira (2020), esta é mais uma situação que carece de regulamentação pela ANPD, porém, enquanto não ocorre a definição pela entidade, o caminho mais seguro a ser seguido é o da responsabilização

objetiva aos integrantes da Administração Pública.

A fim de que sejam evitadas irregularidades no tratamento de dados, a LGPD possibilita a criação de regras de boas práticas e governança pelos agentes de tratamentos de dados pessoais com o estabelecimento de procedimentos, normas de segurança, padrões técnicos, ações educativas e outros mecanismos relacionados ao tratamento de dados pessoais. Tal permissão decorre dos desafios e novidades que a norma impõe aos atores no ato da manipulação dos dados das pessoas naturais. Na lição de Wimmer (2019), para o setor público o desafio é ainda maior, visto que a transformação digital no ramo está ocorrendo paralelamente a essa necessidade de adequação à LGPD. Com isso, faz-se mister o exercício do princípio boa administração pública que é:

Aquele direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora dos seus deveres, com transparência, sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas comissivas e omissivas. (FREITAS, 2014, p. 21).

Nessa perspectiva, para a consolidação de uma boa Administração Pública, que zele pelo tratamento dos dados pessoais, é impreterível a existência de uma autoridade de proteção de dados independente e com condições para cumprir os

mandamentos a ela atribuídos pela LGPD. Mas quem seria ela?

4.2.1 Autoridade Nacional de Proteção de Dados: um órgão regulador?

A ANPD é, atualmente, um órgão da Administração Pública Federal integrante da Presidência da República, criado pela Lei 13.853/2019, que a assegura autonomia técnica e decisória, institui a sua composição e lhe atribui a finalidade de zelar, estabelecer e fiscalizar o cumprimento da LGPD em todo o território nacional (BRASIL, 2019). A ANPD possui um extenso rol de competências atribuídas pela LGPD, dentre as quais se destacam a fiscalização e aplicação de sanções em caso de tratamento de dados realizado em descumprimento com a legislação, elaboração de diretrizes para a Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade, promoção e elaboração de estudos sobre as práticas nacionais e internacionais de proteção de dados pessoais e privacidade, estímulo à adoção de padrões de serviços e produtos que facilitem o exercício de controle dos titulares sobre seus dados pessoais e a conscientização da população acerca do conhecimento das normas e das políticas públicas sobre a proteção de dados pessoais e das medidas de segurança (BRASIL, 2019).

É indiscutível, na dinâmica global contemporânea, a relevância de uma entidade regulamentadora do tratamento de dados

pessoais. Entretanto, no Brasil, o caminho para a instituição da ANPD foi tortuoso e, mesmo após a sua criação, persistem pontos conflitantes acerca da autoridade. A problemática pode ser identificada desde o momento do envio do projeto de lei de proteção de dados pelo Poder Executivo, que posteriormente veio a resultar na LGPD e não previa a criação de uma autoridade de proteção de dados. Diante disso, no decorrer da discussão no Congresso Nacional, houve a inclusão no texto da previsão do ente fiscalizador que, todavia, foi vetado pelo então Presidente da República, Michel Temer, sob o argumento de que consistia em um vício de iniciativa porquanto a previsão fora incluída pelo Poder Legislativo e tal competência seria privativa do Poder Executivo (VALENTIM, 2020).

O veto à criação da ANPD gerou, naquele momento, um enorme problema, visto que havia, mesmo que com expressiva *vacatio legis*, uma lei de proteção de dados pessoais no ordenamento jurídico, entretanto não existia uma entidade para zelar pelo cumprimento desta norma. Ciente de tal problema e diante da reconhecida importância de se ter uma autoridade de controle para o cumprimento da LGPD e o bom funcionamento do sistema nacional de proteção de dados, o próprio Presidente Michel Temer, logo em seguida, editou a MP nº 869/2018, que posteriormente veio a ser convertida na Lei nº 13.853/2019, estabelecendo a criação da ANPD.

Contudo, a ANPD foi concebida com características diferentes daquelas que lhe eram atribuídas pela redação original da LGPD. Enquanto no texto original a ANPD era integrante da Administração Pública Indireta, possuindo natureza jurídica de autarquia em regime especial, a autoridade foi criada transitoriamente como órgão vinculado à Presidência da República, com a possibilidade de no prazo de dois anos a partir da entrada em vigor da sua estrutura regimental (que ocorreu em 15 de outubro de 2020) a critério do Poder Executivo, ser transformada em autarquia em regime especial. Essa mutação da natureza jurídica implica significativas diferenças e gerou dúvidas, sobretudo acerca da autonomia da autoridade, que se tornaram ainda mais acentuadas diante dos vetos do Presidente Jair Bolsonaro a alguns dispositivos da Lei nº 13.853, de 8 de julho de 2019, que reforçavam a autonomia da ANPD, os quais foram apreciados e, felizmente, rejeitados pelo Congresso Nacional (FERRAZ, 2020).

É expressiva a diferença entre um órgão e uma autarquia em regime especial, categoria em que se enquadram todas as agências reguladoras federais em funcionamento no Brasil. Os órgãos são desprovidos de personalidade jurídica, visto que consistem apenas em parte integrante de uma pessoa jurídica e, diante disso, há uma inerente subordinação hierárquica, além da ausência de um orçamento próprio, fato que dificulta, por exemplo, a organização de um

quadro próprio de servidores. Já as autarquias em regime especial têm personalidade jurídica própria, são dotadas de autonomia gerencial, orçamentária e patrimonial, além de disporem de quadro próprio de servidores e não serem hierarquicamente subordinadas à Administração Pública Direta, possuindo, assim, uma maior margem de liberdade ou discricionariedade técnica (DI PIETRO, 2019). Nesse diapasão, mesmo com a disposição expressa, na LGPD, da autonomia técnica e decisória da ANPD, a subordinação financeira da autoridade implica riscos à sua independência que se tornam ainda mais iminentes diante da sujeição do próprio setor público ao regramento da norma (FERRAZ, 2020).

Em 26 de outubro de 2020, a OCDE publicou um extenso relatório acerca da transformação digital brasileira, no qual recomendou fortemente a independência da ANPD e citou expressamente a necessidade de revisão do modelo de estruturação da entidade e “a esse respeito a conversão da ANPD em um modelo autárquico é um dos pilares para a digitalização da economia brasileira, ao mesmo tempo que é um trunfo para que o estado brasileiro efetive seu ingresso na OCDE.” (BIONI; PIGATTO, 2020).

Diante do exposto, a nosso ver e a fim de garantir a autonomia necessária para o exercício do seu extenso rol de atribuições, o melhor modelo para a ANPD é o de autarquia em regime especial, assim como ocorre com

as agências reguladoras federais, visto que a proteção dos dados das pessoas naturais é tema sensível e de relevância tão expressiva quanto o tratado por aquelas entidades.

5. A “LGPD” E A “LAI”: ANTINOMIA OU COMPLEMENTARIDADE?

A novidade da Lei Geral de Proteção de Dados gerou, em vários setores da sociedade, discussões acerca da temática da proteção de dados das pessoas naturais no Brasil. Um dos principais debates versa sobre uma possível antinomia entre a LGPD e a LAI, norma que tem como finalidade regular o acesso às informações de interesse público constantes dos bancos de dados mantidos por órgãos e entidades da Administração Pública e entidades privadas sem fins lucrativos que recebam recursos públicos para a realização de ações de interesse da coletividade (BRASIL, 2011).

Inicialmente se faz fundamental ressaltar que a LAI é um dos principais instrumentos de concretização da transparência pública – a qual decorre do direito fundamental à informação e do princípio da publicidade da Administração Pública – que é basilar para a subsistência do Estado Democrático de Direito e exerce um papel fundamental para o interesse público e, para além disso, exerce um duplo papel, visto que promove o controle da sociedade sobre o Poder Público e ampara o

acesso às informações por ele armazenadas aos indivíduos (CANHADAS, 2020).

Nessa perspectiva, nota-se o relevante papel exercido pela LAI na organização e difusão da transparência pública, colocando em prática os princípios do interesse coletivo, do bem comum e da supremacia do interesse público, franqueando aos cidadãos o acesso a dados detidos pela Administração Pública, suprimindo anseios da sociedade acerca da informação. Porém, cumpre ressaltar que o acesso à informação concedido pela norma não é ilimitado visto que, não obstante o fato de a norma em análise tratar como regra a publicidade e o sigilo como exceção, a LAI dedica um capítulo para versar sobre restrições de acesso à informação, em que prevê hipóteses de classificação e sigilo além de ressaltar a necessidade de respeito à intimidade, honra e imagem das pessoas, vida privada e às liberdades e garantias individuais no tratamento das informações pessoais (BRASIL, 2011).

Em que pese ser possível a negativa do acesso à informação – a qual sempre que ocorrer deve ser expressamente motivada –, a recusa só é justificável em situações de extrema sensibilidade como, por exemplo, em casos de ameaça à soberania nacional ou à vida da população. Entretanto, a restrição ao acesso em nenhuma hipótese será eterna, visto que a LAI prevê prazos máximos para a limitação, além de estabelecer um limitado rol de autoridades que podem estabelecer o sigilo.

A importância de um reduzido número de servidores aptos a estabelecer restrição foi enfatizada no início de 2019 quando o então Presidente em exercício Hamilton Mourão editou o Decreto Federal 9.690, de 23 de janeiro de 2019, que ampliava expressivamente o rol de autoridades permitidas a impor graus de sigilo secreto e ultrassecreto a documentos públicos e, com isso, transformaria a “Lei de Transparência” numa verdadeira norma de opacidade pública. Felizmente, após forte pressão da mídia e da classe política, o decreto foi revogado pelo Presidente da República em atividade (ANGÉLICO, 2019).

Ademais nota-se, ao analisar o texto da LAI, que para além da especial preocupação com as informações pessoais, termo a que atribui conceito similar ao de dado pessoal na LGPD, houve também a responsabilização dos agentes nos casos de tratamento indevido e o viés, com raras exceções, do consentimento do titular ou previsão legal para divulgação de informações. Nessa perspectiva constata-se que o conflito entre LGPD e LAI é apenas aparente, visto que ambas as normas visam a garantir a concretização dos direitos e garantias fundamentais outorgados aos indivíduos pela CRFB/1988 e, com isso, devem ser interpretadas e aplicadas de forma harmônica com a finalidade de conferir aos cidadãos maior segurança acerca dos seus dados. Para isso, a LGPD traz mecanismos que reforçam a

necessidade de zelo no tratamento dos dados das pessoas naturais, que deve ser efetuado de forma segura e estritamente para a finalidade à qual o dado foi coletado e dispõe, inclusive, acerca da possibilidade da solicitação pela ANPD de relatório de impacto da operação, que deve conter descrição dos tipos de dados, metodologia de coleta e mecanismos de segurança adotados.

Ademais, a LGPD traz ao ordenamento jurídico uma nova visão acerca da distinção entre dados públicos e sigilosos, visto que, para a norma em análise, os dados das pessoas naturais devem ser protegidos independentemente do seu grau de sigilo. Desse modo, se concebe ao indivíduo maior transparência no tratamento dos seus dados, além da aplicação de técnicas de anonimização dos dados sempre que possível e esmero ainda maior nas operações que envolvam dados sensíveis. Diante do exposto, a partir de uma análise conjunta das normas sob o prisma constitucional, verifica-se que tanto a LAI quanto a LGPD são normas que versam acerca do tratamento de dados pessoais e são alicerçadas no tripé confidencialidade, integridade e disponibilidade, com o fim de garantir o acesso à informação sem negligenciar a proteção dos dados pessoais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente trabalho evidenciou a importância da tutela

jurídica aos dados das pessoas naturais diante do exponencial e contínuo desenvolvimento das tecnologias da informação e comunicação e poderosos métodos de armazenamento e análise de dados. Verificou-se, ainda, a evolução de proteção de dados em todo o mundo e as influências e histórico legislativo até que, finalmente, fosse sancionada a Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil, sem prejuízo das normas isoladas, já editadas até então, que versam sobre o mesmo tema. Diante da novidade da norma analisaram-se seus aspectos gerais e, de forma mais aprofundada, a sua relação com a Administração Pública. Com isso, foi possível notar o preponderante papel que o Poder Público exerce na proteção dos dados pessoais, não só pelo fato de deter a maior base de dados acerca das pessoas naturais no Brasil, mas também pelo seu dever de atuar como guardião da norma, velando pelo seu pleno cumprimento.

Nessa seara, é preocupante o enquadramento da ANPD como órgão público vinculado diretamente à Presidência da República, visto que este modelo limita a autonomia financeira, gerencial e fiscalizatória da autoridade, fato que pode causar o fracasso de todo o esforço em torno da proteção de dados das pessoas naturais no país e, diante disso, deixar brechas para tratamentos indevidos dos quais podem decorrer sequelas graves em toda a sociedade brasileira. Em tempos de pandemia, essa situação é ainda

mais inquietante, visto que podem ser alegadas hipóteses legais de tratamento relacionadas à saúde para utilização dos dados com finalidade diversa. Diante disso, a nosso ver, o melhor caminho é a transformação da ANPD, pelo Congresso Nacional, em autarquia em regime especial. Enquanto isto não acontece, o Poder Judiciário deve se manter alerta e firme na defesa dos indivíduos, assim como bem fez no julgamento da ADI (Ação Declaratória de Inconstitucionalidade) 6.387/2019 – manifesta no Supremo Tribunal Federal.

No tocante ao conflito entre a LAI e LGPD, entendemos que, em verdade, as normas se complementam no interesse constitucional de tutelar os direitos à transparência e proteção dos dados pessoais dos cidadãos e, para isso, devem ser interpretadas de forma harmônica e sistemática sob a égide da CFRB/1988. Assim, cumpre ressaltar que a sociedade civil e as instituições devem permanecer sempre vigilantes para que a LGPD seja utilizada para o fim a que se destina, que é a proteção dos dados das pessoas naturais, e jamais para fins políticos ou como ferramenta ilegal para omitir dos cidadãos informações às quais têm pleno direito de acesso – tendo em vista os tempos que se encontram atualmente e a (in)disposição do Poder Público na completa proteção dos dados dos cidadãos brasileiros a quem quer que seja.

REFERÊNCIAS

ALVIM, R. S; PEREIRA, F. R. U. A responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes do tratamento de dados pessoais: um estudo de caso. In: MARTINS, R. M. (Coord.); DAL POZZO, A. N. (Coord). **LGPD e Administração Pública: uma análise ampla dos impactos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2020. p. 808-847.

ANGÉLICO, FABIANO. **Decreto contraria espírito da Lei de Acesso à Informação**. 25 de janeiro de 2019. Disponível em: <<https://complemento.veja.abril.com.br/pagina-aberta/decreto-contraria-espirito-da-lei-de-acesso-a-informacao.html>>. Acesso em: 12 abr. 2021.

ARAÚJO, Alexandra Maria Rodrigues; OLIVEIRA, José Sebastião de. A transferência de dados pessoais para países terceiros acompanhada de uma decisão de adequação no Direito da União Europeia. In: CONPEDI/2014/UFPB, XXIII, Encontro, 2014. **Anais...** João Pessoa: FUNJAB, 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/publicacao/ufpb/livro.php?gt=252>>. Acesso em: 18 mar. 2021.

BARRETO, Pablo Coutinho; MARQUES, Paulo Rubens Carvalho; PAULO NETO, Octávio Celso Gondim. **O anteprojeto da 'LGPD penal' e a (in) segurança pública e (não) persecução penal**. 9 de dezembro de 2020. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-anteprojeto-da-lgpd-penal-e-a-in-seguranca-publica-e-nao-persecucao-penal-09122020>>. Acesso em 10 abr. 2021.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BIONI, Bruno Ricardo; PIGATTO, Jaqueline Trevisan. **A Autoridade Nacional de Proteção de Dados e o possível ingresso do Brasil na OCDE**. 4 de novembro de 2020. Disponível em: <[https://www.observatorioprivacidade.com.br/2020/11/04/a-autoridade-nacional-de-protecao-](https://www.observatorioprivacidade.com.br/2020/11/04/a-autoridade-nacional-de-protecao-de-dados-e-o-possivel-ingresso-do-brasil-na-ocde/)

[de-dados-e-o-possivel-ingresso-do-brasil-na-ocde/](https://www.observatorioprivacidade.com.br/2020/11/04/a-autoridade-nacional-de-protecao-de-dados-e-o-possivel-ingresso-do-brasil-na-ocde/)>. Acesso em: 1 mar. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 31 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. **Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acesso em: 28 out. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Proteção de dados pessoais pelo mundo**. 17 de abril de 2015. Disponível em: <<http://pensando.mj.gov.br/dadospessoais/2015/04/protecao-de-dados-pessoais-pelo-mundo/>>. Acesso em: 5 abr. 2021.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição nº 17, de 2019**. Acrescenta o inciso XII-A, ao art. 5º, e o inciso XXX, ao art. 22, da Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos fundamentais do cidadão e fixar a competência privativa da União para legislar sobre a matéria. Brasília: Senado Federal, 2019. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135594>>. Acesso em: 10 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 22.337/RS**. 4ª Turma. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Julgado em 13/02/1995. DJU, p. 6119, mar. 1995. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20254988/recurso-especial-resp-22337-rs-1992-0011446-6/inteiro-teor-104873141>>. Acesso

em: 22. mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 6.387/DF**. Relatora: Ministra Rosa Weber. Julgado em 07/05/2020. DJE nº 270. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5895165>>. Acesso em: 24. mar. 2021.

CAMARGO, Winícios Waldemar dos Santos; TAGLIAFERRO, Eduardo. A influência dos vazamentos de dados pessoais para a construção da legislação atual. **Revista Científica Intr@ciência**, São Paulo, v. 1, n. 20, p. 1-13, dez. 2020. Disponível em: <https://uniesp.edu.br/sites/_biblioteca/revistas/0201125003402.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2021.

CARVALHO, Lucas Borges de. 16 de dezembro de 2020. **A LGPD e o acesso a informação pública: dado pessoal é dado sigiloso?** Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/lgpd-informacao-publica-16122020>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

CARVALHO, Solano de. As sanções da LGPD e o Inferno de Dante. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 39, n. 144, p. 220-225, nov. 2019. Disponível em: <https://aplicacao.aasp.org.br/aasp/servicos/revista_advogado/paginaveis/144/index.html?_ga=2.210407445.1099744738.1617372899-714799726.1617056820>. Acesso em: 28 fev. 2021

CASTRO, Catarina Sarmento e. O direito à autodeterminação informativa e os novos desafios gerados pelo direito à liberdade e à segurança no pós 11 de Setembro. In: VIII Congresso Ibero-Americano de Direito Constitucional. 2003, Sevilha. Disponível em: <<https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/5544-5536-1-PB.pdf>>. Acesso em: 13. mar. 2021.

DALESE, Pedro. **Aspectos gerais sobre o PL de proteção de informações pessoais da China**. 30 de março de 2021. Disponível em: <[\[analise/artigos/protecao-dados-pessoais-china-20112020\]\(https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/protecao-dados-pessoais-china-20112020\)>. Acesso em: 2 abr. 2021.](https://www.jota.info/opiniao-e-</p></div><div data-bbox=)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade dos dados pessoais**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.

FERRAZ, P. C. Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD): apontamentos sobre sua natureza e regime jurídico. In: MARTINS, R. M. (Coord.); DAL POZZO, A. N. (Coord). **LGPD e Administração Pública: uma análise ampla dos impactos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2020. p. 621-643.

FRAZÃO, Ana. Direitos básicos dos titulares de dados pessoais. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 39, n. 144, p. 33-46, nov. 2019. Disponível em: <https://aplicacao.aasp.org.br/aasp/servicos/revista_advogado/paginaveis/144/index.html?_ga=2.210407445.1099744738.1617372899-714799726.1617056820>. Acesso em: 28 fev. 2021.

FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

HALPERT, Jim. **US: Virginia passes comprehensive consumer data protection law**. 18 de março de 2021. Disponível em: <<https://blogs.dlapiper.com/privacymatters/us-virginia-passes-comprehensive-consumer-data-protection-law/>>. Acesso em: 24. mar. 2021.

LEONARDI, Marcel. Legítimo interesse. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 39, n. 144, p. 67-73, nov. 2019. Disponível em: <https://aplicacao.aasp.org.br/aasp/servicos/revista_advogado/paginaveis/144/index.html?_ga=2.210407445.1099744738.1617372899-714799726.1617056820>. Acesso em: 28 fev. 2021.

LISBOA, Roberto Senise. Boa-fé e confiança

na Lei Geral de Proteção de Dados brasileira. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 39, n. 144, p. 74-79, nov. 2019. Disponível em: <https://aplicacao.aasp.org.br/aasp/servicos/revista_advogado/paginaveis/144/index.html?_ga=2.210407445.1099744738.1617372899-714799726.1617056820>. Acesso em: 28 fev. 2021.

MACHADO, Joana de Moraes Souza. **A tutela da privacidade na sociedade da informação**: a proteção de dados pessoais no Brasil. Porto Alegre: Editora Fi, 2018.

MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: Linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

MOLINARI, Lia Hebe; SEBASTIAN, Maria Alejandra; VÁZQUEZ, Nadia Estefania. Caso de estudio sobre GDPR aplicado em Sistemas de Gestión Académica. In: XXIV Congreso Argentino de Ciencias de la Computación. 2018, Tandil. Disponível em: <http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/73652/Documento_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 23. mar. 2021.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 36 ed. São Paulo: Atlas, 2020.

MULHOLLAND, Caitlin. Dados pessoais sensíveis e consentimento na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 39, n. 144, p. 47-53, nov. 2019. Disponível em: <https://aplicacao.aasp.org.br/aasp/servicos/revista_advogado/paginaveis/144/index.html?_ga=2.210407445.1099744738.1617372899-714799726.1617056820>. Acesso em: 28 fev. 2021.

OLIVEIRA, R. F. Os fundamentos da Lei de Proteção de Dados Pessoais. In: MARTINS, R. M. (Coord.); DAL POZZO, A. N. (Coord). **LGPD e Administração Pública: uma análise ampla dos impactos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2020. p. 167-178.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES

UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: UNIC, 2009 [1948]. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>> Acesso em: 27 abr. 2021.

PEREIRA JUNIOR, Ademir Antônio; RAMOS, Luiz Felipe Rosa. **Lei Geral de Proteção de Dados, um ano de formação**. 7 de dezembro de 2020. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2020-dez-07/direito-digital-gpd-ano-formacao>>. Acesso em: 6 abr. 2021.

PINHEIRO, Patricia Peck. **Proteção de Dados Pessoais**: comentários à Lei n. 13.709/2018 (LGPD). 2 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. Direito à privacidade e proteção de dados pessoais: aproximações e distinções. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 39, n. 144, p. 74-79, nov. 2019. Disponível em: <https://aplicacao.aasp.org.br/aasp/servicos/revista_advogado/paginaveis/144/index.html?_ga=2.210407445.1099744738.1617372899-714799726.1617056820>. Acesso em: 28 fev. 2021.

RAMINELLI, Francieli Puntel; RODEGHERI, Letícia Bodanese. A proteção de dados pessoais no Brasil: análise de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. **Cadernos do Programa de Pós-graduação**, Porto Alegre, v. 2, n. 2, p.89-119, 2016. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/download/61960/39936>>. Acesso em: 31. mar. 2021.

REIS, Rafael Almeida Oliveira. **A nova administração de Joe Biden e o rumo da privacidade nos Estados Unidos**. 30 de janeiro de 2021. Disponível em: <<https://blog.bluetax.com.br/profiles/blogs/anova-administracao-de-joe-biden-e-o-rumo-da-privacidade-nos-est>>. Acesso em 24. mar. 2021.

RIELLI, Mariana Marques. O processo de construção e aprovação da Lei Geral de Dados

Pessoais: bases legais para tratamento em um debate multissetorial. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 39, n. 144, p. 7-14, nov. 2019. Disponível em: <https://aplicacao.aasp.org.br/aasp/servicos/revista_advogado/paginaveis/144/index.html?_ga=2.210407445.1099744738.1617372899-714799726.1617056820>. Acesso em: 28 fev. 2021.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

VALENTIM, R. M. O contexto brasileiro da proteção de dados pessoais e as características da autoridade nacional de proteção de dados. In: MARTINS, R. M. (Coord.); DAL POZZO, A. N. (Coord). **LGPD e Administração Pública: uma análise ampla dos impactos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2020. p. 603-620.

WIMMER, Miriam. Proteção de dados pessoais no Poder Público: incidência, bases legais e especificidades. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 39, n. 144, p. 126-133, nov. 2019. Disponível em: <https://aplicacao.aasp.org.br/aasp/servicos/revista_advogado/paginaveis/144/index.html?_ga=2.210407445.1099744738.1617372899-714799726.1617056820>. Acesso em: 28 fev. 2021.

**BREVES REFLEXÕES SOBRE O
ACESSO À JUSTIÇA E A SUA
RELAÇÃO COM OS MEIOS
ADEQUADOS DE RESOLUÇÃO DE
CONFLITOS DO DIREITO
MATERIAL**

Lucio Picanço Facci⁶⁶

RESUMO

Neste trabalho, são examinados o desenvolvimento e os desafios para a efetivação dos meios adequados de resolução de conflitos no Brasil, a partir da sua contextualização no tema do acesso à justiça e da identificação da cultura jurídica vigente em nosso país.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à justiça. Meios adequados. Resolução de conflitos.

ABSTRACT

In this paper, the development and challenges for the effectiveness of the appropriate methods of dispute resolution in Brazil are examined, based on their contextualization on the theme of access to justice and the identification of the brazilian legal culture.

⁶⁶ Doutor e Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (PPGSD-UFF). Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília (UnB). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Professor da Faculdade de Direito da Universidade Estácio de Sá e da Pós-graduação em Direito da UNILASALLE. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB) e da Academia Fluminense de Letras (AFL) Procurador Federal (AGU).

KEYWORDS: Access to justice. Appropriate methods. Dispute Resolutions.

INTRODUÇÃO

Neste artigo, pretendemos analisar o desenvolvimento dos meios adequados de resolução de conflitos no Brasil e os desafios para a sua efetivação, relacionando o tema aos estudos a respeito do acesso à justiça e sobre a identificação da cultura jurídica vigorante em nosso país.

1. PRIMEIROS ESTUDOS SOBRE O ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL

Pode-se dizer que as pesquisas sistemáticas sobre direito e sociedade têm início no Brasil a partir dos anos oitenta do século passado. A Sociologia do Direito, por sua vez, surge em nosso país não nas áreas sociais, mas, segundo Eliane Junqueira, nos cursos jurídicos entre bacharéis de Direito “*sociologicamente orientados*”. Coincidentemente ou não, a Sociologia do Direito surge simultaneamente às primeiras pesquisas sobre acesso à justiça.⁶⁷

No Brasil, o interesse pelo tema poderia ser explicado pelo movimento de acesso à justiça que justificou o Projeto Florença, coordenado por Cappelletti e Garth,

⁶⁷ JUNQUEIRA, Eliane Botelho. *Acesso à justiça: um olhar retrospectivo*. Revista Estudos Históricos, vol. 18, 1996, pp. 389-402.

com financiamento da Ford Foundation em 1978. Porém, no Brasil, a preocupação não era com a expansão do *Welfare State* e a necessidade de se efetivar direitos conquistados por grupos minoritários. A necessidade, para a realidade brasileira, era a de se expandir para o conjunto da população direitos básicos aos quais a maioria não tinha acesso, tais como moradia e saúde. Além disso, sequer há referência ao Projeto Florença nos primeiros trabalhos sobre o tema produzidos no Brasil. Apenas em 1988, uma versão resumida do trabalho de Cappelletti e Garth é publicada no Brasil.⁶⁸ Por fim, é significativa a ausência do Brasil no Projeto, enquanto países como Chile, Colômbia, México e Uruguai se fizeram presentes, relatando suas experiências no campo do acesso à justiça. Portanto, o interesse pelo tema no Brasil provavelmente não resultou desse movimento internacional de acesso à justiça, mas, sim, nasceu internamente no processo de abertura política. Nosso país não acompanhou, assim, a famosa metáfora das três ondas de acesso à justiça criada por Cappelletti e Garth.⁶⁹

Por outro lado, foram de grande influência as pesquisas desenvolvidas por Boaventura de Sousa Santos no Brasil a partir

dos anos oitenta do século passado. Em sua tese de doutoramento em Sociologia na Universidade de Yale, em 1973, Boaventura partiu de uma pesquisa empírica, ao analisar o discurso jurídico de uma comunidade periférica do Rio de Janeiro (favela do Jacarezinho), denominada por ele de Pasárgada. Com formação em Direito na Universidade de Coimbra, e em Filosofia na Universidade de Berlim, Boaventura fez seu doutoramento na Universidade de Yale, por meio de um trabalho na América Latina, tendo optado em pesquisar o Brasil, para onde seus avós haviam imigrado. O pesquisador português viveu durante seis meses num barraco na favela do Jacarezinho para realizar sua pesquisa, que consistia

“numa tentativa de estabelecer uma alternativa à Antropologia, que, nesta época no Brasil, era basicamente americana e estava polarizada entre duas posições: a dos que achavam que os favelados eram todos bandidos, faziam parte de um sistema de ilegalidade, e a que romantizava as favelas como sendo uma grande alternativa habitacional e que achavam que devíamos promovê-las. Eu queria estabelecer uma outra explicação, mostrando que a favela não era o paraíso, mas também não era o inferno, era uma sociedade em que as pessoas em situação de extrema pobreza procuravam uma vida digna. (...) Todo o meu trabalho foi feito à volta dessas associações de moradores. Foi aí que eu conheci um pouco a realidade, o outro lado que eu não tinha visto, o lado da miséria, da

⁶⁸ V. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

⁶⁹ JUNQUEIRA, Eliane Botelho. *Acesso à justiça: um olhar retrospectivo*. Revista Estudos Históricos, vol. 18, 1996, p. 391.

exclusão, das condições horríveis em que se vivia”.⁷⁰

A influência de Boaventura fez com que o tema do pluralismo jurídico estivesse presente nas pesquisas realizadas em nosso país. Os trabalhos sociologicamente orientados sobre o direito começam a surgir no final dos anos setenta do século passado. As pesquisas partem do pressuposto da inacessibilidade da Justiça estatal aos setores populares e analisam como esses segmentos marginalizados resolvem seus conflitos. Em 1981, Joaquim Falcão produz um estudo a partir das suas pesquisas sobre as invasões urbanas ocorridas em Recife e no qual chama a atenção para a necessidade de tutela jurídica adequada para os conflitos coletivos.⁷¹ Aqui no Brasil, o problema não era o de buscar procedimentos simplificados e alternativos para garantir o acesso à justiça, como vinha ocorrendo nos países centrais. A preocupação era analisar como os movimentos sociais poderiam lidar com um Poder Judiciário tradicionalmente estruturado para o procedimento de direitos individuais.

Ainda sobre as invasões urbanas em Recife, Alexandrina Moura publica trabalho

em 1990 no qual é ressaltada a pressão popular e da imprensa que resultam em um novo entendimento por parte dos juízes, que passam a justificar um tratamento diferenciado para classes de baixa renda e prevalência do direito de moradia sobre o direito de propriedade.⁷² Dentro dessa “Escola do Recife”, há ainda o trabalho de Luciano Oliveira e Affonso Pereira, de 1988, sobre o encaminhamento dos conflitos coletivos especificamente no âmbito dos processos administrativos.⁷³ As pesquisas destacadas neste tópico apontam para a circunstância de que o Judiciário não constituía a principal arena para resolução dos conflitos coletivos e difusos. Seu acionamento representava apenas, nas palavras de Joaquim Falcão, uma “*ameaça de violência possível, manipulável pelas partes*”.⁷⁴

Além dos trabalhos produzidos no Brasil sobre o acesso *coletivo* à justiça, começou-se a produzir pesquisa relativa ao acesso *individual* à justiça no Brasil. Nesta direção é a dissertação de mestrado de Luciano Oliveira, publicada em 1985, como a provável primeira investigação nesse campo. Neste trabalho, o autor examina o papel desempenhado pelos comissários de polícia do Recife na resolução dos conflitos das

⁷⁰ Entrevista disponível em http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/boaventura/boaventura_td.html. Acesso em 27 de abril de 2015.

⁷¹ FALCÃO, Joaquim. “Cultura jurídica e democracia: a favor da democratização do Judiciário”. In: LAMOUNIER, Bolívar et alii. *Direito, cidadania e participação*. São Paulo: Tao, 1981.

⁷² MOURA, Alexandrina Sobreira de. *Terra do mangue: invasões urbanas no Recife*. Recife: Fundação Joaquim Nabuco/Massangana, 1990.

⁷³ OLIVEIRA, Luciano; PEREIRA, Affonso. *Conflitos coletivos e acesso à Justiça*. Recife: Fundação Joaquim Nabuco/Massangana, 1988.

⁷⁴ FALCÃO, Joaquim. *Conflito de direito de propriedade: invasões urbanas*. Rio de Janeiro, Forense, 1984, p. 87.

populações de baixa renda através de políticas “judiciais” de polícia. Essa prática, conclui o autor, indica não a busca de uma alternativa para a inacessibilidade do Judiciário, mas sim o fato de que “*para as classes populares e seus pequenos casos, o Poder Judiciário real sempre foi outro*”.⁷⁵ Boaventura de Souza Santos publica, no Brasil, em 1989, estudo no qual traça uma trajetória da sociologia da administração da justiça.⁷⁶

Eliane Junqueira destaca a investigação feita pela OAB-RJ em decorrência da experiência com a implantação de um escritório modelo de advocacia na favela do Morro da Coroa. A pesquisa mostrou uma distância entre aquela população e o Judiciário, visto como um dispositivo privado das elites; e percebeu o surgimento da boca-de-fumo como agente tutelador e mediador dos conflitos havidos naquela comunidade, ao lado da associação de moradores.⁷⁷

As investigações empíricas sobre acesso à justiça realizadas no Brasil resultam das discussões da própria sociedade civil, em decorrência, por exemplo, das invasões urbanas, no caso dos conflitos coletivos, da

criação dos Juizados Especiais e de agências informais de resolução de conflitos.

2. O NOVO ENFOQUE DE ACESSO À JUSTIÇA

É bastante conhecida a pesquisa desenvolvida acerca do movimento de acesso à justiça que justificou o Projeto Florença, coordenado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, com financiamento da Ford Foundation em 1978.⁷⁸ Neste trabalho, os autores identificaram a existência de três ondas de acesso à justiça, no mundo ocidental: da assistência judiciária; das reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses difusos; e do novo enfoque de acesso à justiça, que inclui os movimentos anteriores, mas vai além para atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo.

Nesta terceira onda, passa-se a perceber que o movimento de acesso à justiça exige uma abordagem mais compreensiva da reforma: a enorme demanda em potencial de métodos que tornem os novos direitos efetivos forçou uma nova reflexão sobre o sistema de suprimento – o sistema judiciário. Esse enfoque passa a encorajar, então, a exploração

⁷⁵ OLIVEIRA, Luciano. *Polícia e classes populares*. Cadernos de Estudos Sociais. Recife, jan./jun. 1985, p. 94.

⁷⁶ SANTOS, Boaventura de Souza. “Introdução à sociologia da administração da justiça”. In FÁRIA, José Eduardo (org.). *Direito e Justiça: a função social do Judiciário*. São Paulo, Ática, 1989.

⁷⁷ JUNQUEIRA, Eliane, *Acesso à justiça: um olhar retrospectivo*. Revista Estudos Históricos, vol. 18, 1996, pp. 396-397.

⁷⁸ Apenas no ano de 1988 uma versão resumida do trabalho produzido por Cappelletti e Garth é publicada no Brasil: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

de uma ampla variedade de reformas, bem como o reconhecimento da necessidade de correlacionar e adaptar o processo ao tipo de litígio. A pesquisa de Cappelletti e Garth aponta para a necessidade de verificação do papel e da importância dos diversos fatores e barreiras envolvidos de modo a desenvolver instituições efetivas para enfrentá-los. O enfoque de acesso à justiça pretende levar em conta todos esses fatores.⁷⁹

Acesso à justiça, conforme advertência de Rodolfo Mancuso, não significa que o Poder Judiciário deve ser a primeira porta, mas, sim, corresponde a uma garantia residual: os conflitos a serem levados ao Judiciário devem ser aqueles os quais (i) foram tentados os demais meios de resolução de conflitos (homo ou heterocomposição); (ii) a transação não era possível; ou (iii) o próprio ordenamento determina sua submissão aos órgãos jurisdicionais (ações necessárias). Assim, o Poder Judiciário deve funcionar como uma válvula de segurança, o que se constata pela própria noção de interesse de agir.⁸⁰

Neste contexto, é preciso identificar qual o meio adequado para cada tipo de controvérsia, pois para cada conflito há uma forma adequada de resolução. É como se

houvesse, portanto, várias portas à disposição dos interessados em solucionar o conflito, sendo que uma delas será a mais adequada que as outras, considerando a natureza da controvérsia. É a partir dessa metáfora, que se passou a utilizar a expressão “multiportas”: “*a depender do problema apresentado, as partes seriam encaminhadas para a porta da mediação, ou da conciliação, ou da arbitragem, ou da própria justiça estatal*”.⁸¹

É para essa direção que caminha o Direito brasileiro, sobretudo a partir da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre a política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário; do advento do novo Código de Processo Civil; bem como da Lei nº 13.140/2015, que dispõe sobre a mediação. Tais atos normativos deixam de focalizar a entrega da prestação jurisdicional como o único, ou o primeiro, ou o melhor, ou mesmo o principal meio para a resolução dos conflitos, passando a apontar para a necessidade de localizar qual o método adequado para a composição de tais conflitos, dependendo da controvérsia enfrentada pelos interessados.

⁷⁹ Ibid., pp. 67-73.

⁸⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *O plano piloto de conciliação em segundo grau de jurisdição do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, e sua possível aplicação aos feitos de interesse da Fazenda Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 93, v. 820, fev. 2004, pp. 13-16.

⁸¹ CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. “Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (*collaborative law*): ‘mediação sem mediador’”. In: ZANETTI JR. Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). *Justiça Multiportas. Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 710.

3. A QUESTÃO TERMINOLÓGICA

Por essa razão, estamos ao lado dos autores que aludem aos meios de resolução de conflitos qualificando-os como *adequados*, pois o adjetivo enfatiza a principal função destes meios, que é o de corresponder, cada um deles, perfeitamente, oportunamente, apropriadamente a um objetivo, a depender da controvérsia apresentada.

Há autores que referem a tais meios como “*integrados*”⁸². A expressão, a nosso sentir, acentua a ideia de tais mecanismos vistos em conjunto, conferindo maior ênfase à conexão havida entre tais meios do que com a finalidade própria de cada uma de suas espécies.

Fazer referência a todos esses meios como *consensuais* seria incompleto, considerando, por exemplo, que em um conflito em que se verifique grande animosidade entre os litigantes, e em que forem frustradas todas as tentativas de composição amigável, a solução possa ser encontrada através de uma sentença arbitral. A arbitragem, nesse caso, não terá sido utilizada como técnica para se obter consenso entre os interessados, muito embora possa ter sido, sim, o método mais apropriado, mais adequado,

⁸² V., por todos, CUNHA, Leonardo Carneiro da; LESSA, João. "A mediação e a conciliação no projeto do novo CPC: meios integrados de resolução de disputas". In: NUNES, Dierle; DIDIER Jr., Fredie et al. *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto de novo CPC*, v. 2. Salvador: Juspodivm, 2014.

para a resolução da controvérsia. Por essa razão, devem ser referidos como *consensuais* apenas os meios através dos quais o consenso será alcançado, tais como a negociação, a conciliação e a mediação.⁸³

Ainda mais frequente é a qualificação destes meios como *alternativos*. Essa é a denominação mais utilizada no tratamento dos mecanismos que permitem a obtenção da resolução de um conflito à margem da via jurisdicional.⁸⁴ Ao aludir a meios *alternativos*, a expressão quer significar outros caminhos para composição do conflito fora do espaço de decisão pelo Poder Judiciário. Reforça-se, assim, a ideia, ainda muito presente em nossa cultura, considerando o elevado número de

⁸³ Cf. SOUZA, Luciane Moessa de. *Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos. Negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. E, ainda: FACCI, Lucio Picanço. "A utilização de meios consensuais de resolução de conflitos pela Administração Pública e o Novo Código de Processo Civil". In: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da. (Coord.). *Coleção Repercussões do Novo CPC v. 3 – Fazenda Pública*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 1, pp. 381-401.

⁸⁴ CABRAL, Marcelo Malizia. *Os meios alternativos de resolução de conflitos: instrumentos de ampliação do acesso à justiça*. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2013, p. 35. No local citado, informa o autor que a expressão decorre da tradução do termo mais recorrente na doutrina internacional para seu tratamento: ADR – *Alternative Dispute Resolution*, expressão norte-americana para denominação desses mecanismos. Na Argentina e nos demais países da América Latina costuma-se traduzir a expressão para RAD – *Resoluciones Alternativas de Disputas*; e, em França, se fala em MARC – *Modes Alternatifs de Règlement des Conflits*.

processos aguardando solução pela via judicial, como o caminho naturalizado para o encaminhamento dos conflitos. A expressão quer se referir, portanto, a meios *alternativos* ao Poder Judiciário, reforçando essa naturalização através da disseminação da ideia de proeminência do Poder Judiciário para resolver conflitos de interesses.⁸⁵

Preferimos, desse modo, não referir a tais meios como *alternativos*, mas, sim, como *adequados*, por formarem um modelo de sistema de justiça multiportas. Neste sentido, é preciso estabelecer uma cultura da utilização do Poder Judiciário não como instrumento principal, intuitivo, mas de retaguarda para a resolução das controvérsias, o que demanda a desjudicialização de procedimentos, o desestímulo aos litigantes habituais no acesso direto à solução jurisdição e o fomento da adoção de um conjunto de mecanismos adequados de resolução de controvérsias.⁸⁶

⁸⁵ SILVEIRA, João José Custódio da. “Desafios à nova ordem de soluções diferenciadas para acesso à Justiça”. In: SILVEIRA, João José Custódio da; AMORIM, José Roberto Neves (coord.). *A nova ordem das soluções alternativas de conflitos e o Conselho Nacional de Justiça*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 163.

⁸⁶ CABRAL, Marcelo Malizia. *Os meios alternativos de resolução de conflitos: instrumentos de ampliação do acesso à justiça e de racionalização do acesso aos tribunais*. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, nº 73, jan./abr. 2013, p. 152. Vide, ainda, NUNES, Andrine Oliveira. *Poder Judiciário e mediação de conflitos: a possibilidade de aplicação do sistema de múltiplas portas na prestação jurisdicional*. Tese de doutorado defendida no programa de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Fortaleza, 2014, p. 232.

A expressão meios *alternativos* alude, assim, a uma cultura da sentença ainda bastante percebida em nosso país.⁸⁷ O adjetivo *alternativo* refere ao estado atual dessa cultura, retratando, portanto, o mundo do *ser*, o mundo percebido, faz referência a como as coisas sucedem: o Judiciário é visto como o primeiro caminho para a solução dos conflitos. Os demais meios externos à jurisdição estatal seriam, portanto, alternativos, vale dizer: incomuns, inusuais, não englobados pela norma social vigente.⁸⁸

O adjetivo *adequados*, quando atribuído aos meios de resolução de conflitos, tenta, de certa forma, romper esse determinismo, essa naturalização indevida da ideia de que o Judiciário seria a única ou a primeira porta para o encaminhamento das

⁸⁷ WATANABE, Kazuo. “Cultura da sentença e cultura da pacificação”. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (org.) *Estudo em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, pp. 684-690.

⁸⁸ Vale, nessa pauta, registrar as palavras de Rodolfo de Camargo Mancuso: “o notório prestígio e a sensível expansão dos chamados *meios alternativos* de solução dos conflitos (que melhor se diriam *meios adequados*) guardam sintonia com a tendencial *jurisdição compartilhada*, sob o ideário de que o ponto fulcral é que ocorra a resolução *justa, tempestiva e tecnicamente consistente* dos conflitos, ainda que fora e além da estrutura judiciária estatal, e, em alguns casos, até preferencialmente sem ela”. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. “A arbitragem, a mediação e a conciliação enquanto meios de prevenção e solução de conflitos, e seu manejo do âmbito do Poder Público”. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; YARSHELL, Flávio Luiz; SICA, Heitor Vitor Mendonça. (Coord.). *Estudos de Direito Processual Civil em homenagem ao Professor José Rogério Cruz e Tucci*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 731.

divergências sociais, concepção que estimula a pernicioso identificação da ideia de acesso à justiça como mero acesso ao Poder Judiciário.⁸⁹

4. A QUESTÃO CULTURAL

Pierre Bourdieu alerta para a importância de se perceber, no âmbito das ciências sociais, como as coisas ocorrem, de forma a que possam ser modificadas. A ignorância quanto ao que sucede no mundo social resulta num determinismo nocivo, pois retira a capacidade crítica e transformadora da sociedade quanto ao que ela mesma vivencia:

“pelo fato de todo o progresso no conhecimento das leis do mundo social elevar o grau de necessidade percebida, é natural que a ciência social, quanto mais avançada estiver, mais seja acusada de ‘determinismo’. Mas, contrariando as aparências, é elevando o grau de necessidade percebida e dando um melhor conhecimento das leis do mundo social, que a ciência social dá mais liberdade. Todo o progresso no conhecimento da necessidade é um progresso na liberdade possível. (...) uma lei ignorada é uma natureza, um destino (é o caso da relação entre o capital cultural herdado e o sucesso escolar); uma lei conhecida aparece como a possibilidade de uma liberdade”.⁹⁰

⁸⁹ Aprofundamos o tema em FACCI, Lucio Picanço. *Meios adequados de resolução de conflitos administrativos: a experiência da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, *passim*.

⁹⁰ BOURDIEU, Pierre. *Questões de sociologia*. Lisboa: Fim de Século, 2003, p. 49.

Como adverte Alberto Guerreiro Ramos, a ciência social não pode ser científica se ela equipara o “ocorrido” com o necessário, se ela não reconhece que existe na causalção histórica um lugar para a opção humana. O cientista social, e assim, portanto, também o pesquisador do Direito, deve possuir uma imaginação treinada e disciplinada que o capacite a enxergar a multiplicidade de caminhos dos fatos que se consumam.⁹¹ Como destaca o referido sociólogo baiano, a modernidade não é uma entidade metafísica nem há receita pronta a ser seguida. Assim, o processo de modernização não tem de se orientar segundo algum arquétipo platônico; e toda nação terá sempre possibilidades próprias de modernização, que podem ser impedidas pela sobreposição de um modelo normativo rígido, estranho a suas possibilidades. Esse pensamento implica justamente a concepção de realidade histórica e social, que a enxerga como o resultado permanente de uma tensão entre possibilidades objetivas e escolhas humanas.⁹²

⁹¹ RAMOS, Alberto Guerreiro. “A modernização em nova perspectiva: em busca do modelo da possibilidade”. In: HEIDEMANN, Francisco G.; SALM, José Francisco. *Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise*. 2. ed. Brasília: UnB, 2010, pp. 41-78.

⁹² Alberto Guerreiro Ramos informa que o vocábulo “possibilidade” apareceu, pela primeira vez, como conceito sociológico, em dois ensaios de Max Weber, intitulados *Objectivity in social science and social policy* e *Critical studies in the logic of cultural sciences*, que foram publicados, respectivamente, em 1904 e 1905, na Revista

Guerreiro Ramos chega a dizer que toda explicação ou interpretação que se baseie unicamente nos aspectos mais evidentes dos fatos não merece o nome de ciência. E justifica sua conclusão com a crítica formulada por Karl Mannheim à estreiteza da visão *post mortem* do curso dos acontecimentos e com a sugestão deste autor de um método de observação por ele denominado de *in statu nascendi*, que leva o observador à condição de participante no processo de mudança. Seria uma atitude experimental oposta à atitude alienada no critério *post mortem*. Guerreiro cita, também, Ernst Bloch, que também usa a expressão “possibilidade objetiva” e que confere à palavra “utopia” um significado positivo, considerando-a uma visão de possibilidades disfarçadas sob o manto da realidade aparente. Bloch enfatiza o papel do fator subjetivo no processo de mudança: para ele, a consistência das possibilidades é, de certa maneira, um problema de opção humana. São os homens os produtores conscientes de sua

Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik. Destaca, ainda, o sociólogo baiano que “esse conceito não deixaria de ser familiar a Marx, pelo que se pode deduzir do livro de Georges Luckacs, *History and class consciousness*. Contudo, foi Max Weber quem tratou diretamente do assunto, nas datas indicadas, como ninguém o fizera antes, no campo das ciências sociais. A história, disse ele, ‘efetivamente reconhece as possibilidades, uma vez que pretende ser ciência’. Mas que espécie de possibilidades? Weber respondeu à pergunta cunhando a expressão: ‘possibilidade objetiva’. Para Weber, as possibilidades objetivas são reais e sua existência pode ser demonstrada ‘segundo regras empíricas gerais’”. RAMOS, Alberto Guerreiro. *Op. cit.*, p. 47.

própria história e não meros agentes passivos de um fato. Alude Guerreiro, ainda, a George Gurvitch, que salienta a diferença entre determinismo e fatalismo. Determinismo tem relação recíproca com liberdade humana. Fatalismo é necessidade metafísica, necessidade transcendental ou necessidade matemática.⁹³

Neste sentido, compreende Boaventura de Sousa Santos que o acesso à justiça é um tema privilegiado para a discussão da reinvenção das bases teóricas, práticas e políticas do que ele denomina de “*um repensar radical do direito*”.⁹⁴ Partindo da premissa de que o ideal de igualdade nunca passou de uma fantasia jurídica, e que as promessas da modernidade, embora contivessem um vigor emancipatório, consistem, na realidade, em problemas, o referido jurista português questiona: como resolvê-los quando algumas das soluções apresentadas fracassaram ou foram enfraquecidas?

Boaventura sustenta que duas posturas contrapostas podem ser admitidas diante dessa pergunta: de um lado, a que naturaliza o modo de ser da sociedade em que vivemos; e, de outro, a que submete esse modo de ser a uma crítica radical, de forma a cumprir o potencial emancipatório das promessas da modernidade. O autor deixa claro que pretende trabalhar com a segunda posição, coerente com o seu

⁹³ RAMOS, Alberto Guerreiro. *Op. cit.*, pp. 45-53.

⁹⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 9.

constante repensar radical das concepções dominantes do direito, a qual o autor afirma estar amparada em três premissas principais.

A primeira é uma crítica ao monopólio estatal e científico do direito, a partir de uma concepção forte de pluralismo jurídico e de uma concepção política do direito. A segunda se identifica em um questionamento do caráter despolitizado do direito e sua necessária repolitização. A despolitização, para o autor, levou os tribunais a serem alçados a principal instância de resolução de conflitos. A terceira é a compreensão do direito como princípio e instrumento universal de transformação social politicamente legitimada. Boaventura reforça que as lutas políticas de grupos oprimidos devolvem ao direito o seu caráter insurgente e emancipatório. Para o autor, isso somente poderá ocorrer no âmbito de uma revolução democrática da justiça, assentada na valorização da diversidade jurídica do mundo como mola propulsora do pensamento jurídico crítico.⁹⁵

Boaventura sustenta que a adoção de inovações institucionais se relaciona com a discussão sobre as mudanças do Estado no atual período de transformação paradigmática. Essa instabilidade institucional aponta para a transformação do Estado em um “*campo de experimentação política*”.⁹⁶ Aponta o autor, todavia, para o seguinte problema: todo o

sistema de justiça, incluindo o sistema de ensino e formação, foi criado, não para um processo de inovação, de ruptura, mas para um processo de continuidade. Sustenta o jurista português, então, que para a concretização do projeto político-jurídico de refundação democrática da justiça, é necessário mudar inteiramente o ensino e a formação dos próprios operadores do direito. O autor afirma que novas leis não garantem mudanças, pois a verdadeira reforma ocorre apenas com uma outra cultura jurídica.⁹⁷

Ao lado da concepção de resolução dos conflitos pela via da Justiça estatal, inspirada principalmente em técnicas forjadas para enfrentar a contenciosidade, passam a ser utilizados outros métodos para solucionar os conflitos através da incidência da chamada justiça coexistencial⁹⁸. Neste contexto, para além de se pensar na jurisdição como única ou primeira via para se dimensionar um conflito, passa-se a pensar também em outras técnicas como vias plúrimas e adequadas para a solução mais apropriada do conflito⁹⁹,

⁹⁷ Ibid., pp. 123-124.

⁹⁸ MEIRELLES, Delton Ricardo Soares; MIRANDA NETTO, Fernando Gama. “Notas sobre a mediação e a conciliação no Projeto do Novo Código de Processo Civil”. In: ROSSI, Fernando et al. (coord.). *O futuro do processo civil no Brasil. Uma análise crítica ao projeto do novo CPC*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, pp. 117-119.

⁹⁹ RODRIGUES, Marco Antonio; ALVAREZ, Pedro de Moraes Perri. *Arbitragem e a Fazenda Pública*. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP – Periódico da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ, vol. XIV, nº 1, 2014, pp. 389.

⁹⁵ Ibid., pp. 13-15.

⁹⁶ Ibid., p. 78.

independentemente do grau de complexidade da controvérsia apresentada.¹⁰⁰ Verifica-se, nesse sentido, uma salutar tendência para um tribunal multiportas, franqueando-se aos interessados os meios adequados para a composição das suas divergências, devendo a Justiça estatal baseada na cultura da sentença ser acionada apenas quando não resolvido o conflito pelas vias adequadas.¹⁰¹

Essa tendência foi acompanhada pelo novo Código de Processo Civil¹⁰². Com efeito, o tratamento dos meios consensuais de solução de conflitos foi significativamente aprofundado no novo diploma. Logo no seu art. 3º, o Código faz referência à arbitragem, cuja utilização é permitida na forma da lei (§1º); à tarefa do Estado de promover, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos (§2º); e ao dever de juízes, advogados, defensores públicos e membros do

¹⁰⁰ Nessa direção, Neil Andrews, Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Cambridge, em estudo sobre a mediação na Inglaterra, chega a apontar para o dever das partes de explicar o motivo da recusa em se submeter aos meios alternativos ao Judiciário naquele país (ANDREWS, Neil. *Mediation in England: organic growth and stately progress*. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP – Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ, vol. IX, nº 9, 2012, p. 583).

¹⁰¹ BACELLAR, Roberto Portugal. “Métodos consensuais na forma autocompositiva, sua aplicação na Judiciário e as diferenças básicas entre mediação e conciliação”. In: SILVEIRA, João José Custódio da; AMORIM, José Roberto Neves (coord.). *A nova ordem das soluções alternativas de conflitos e o Conselho Nacional de Justiça*. Brasília: *Gazeta Jurídica*, 2013, pp. 320-321.

¹⁰² THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 213.

Ministério Público de estimular a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos, inclusive no curso do processo judicial (§3º).

Além de prever que o juiz irá prioritariamente compor amigavelmente as partes, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais (art. 139, V), o novo Código inclui entre os auxiliares da justiça o mediador e o conciliador judicial (art. 149), dedicando uma seção específica para definir sua forma de atuação (arts. 165-175); cria audiência exclusivamente dedicada à autocomposição, que poderá ser de conciliação ou de mediação (art. 334)¹⁰³, a depender do caso, dispondo o novo CPC que poderá haver mais de uma sessão destinada à mediação e à conciliação, se necessárias à composição das partes (art. 334, §2º); e autoriza a produção antecipada da prova suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito (art. 381, II).

Há, portanto, uma tendência de modificar a cultura da sentença, a qual ainda é muito presente no sistema judiciário brasileiro, sendo que o acirramento da competição e da conflituosidade introduz um elemento de agressividade na composição dos conflitos,

¹⁰³ Como anota Cassio Scarpinella Bueno, “os demais parágrafos do art. 334 estabelecem regras que, devidamente cumpridas, tomarão proveitosa a audiência como importante técnica de resolução de conflitos e, é esta a expectativa, proferimento de sentenças que acolham a autocomposição alcançada pelas partes (§11)”. BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 251.

retroalimentando a cultura adversarial, consistente na falta de diálogo, e da identificação com as figuras do vencedor e perdedor do conflito.

CONCLUSÃO

Inspirados pela competição, os processos são frequentemente desgastantes e destrutivos para os seus contendores¹⁰⁴. Neste contexto, o jurisdicionado percebe os tribunais como locais onde são impostas sobre si decisões ou sentenças¹⁰⁵, e que o Estado tem falhado na sua missão pacificadora em razão de fatores como a sobrecarga dos tribunais, as elevadas despesas com os litígios e o excessivo formalismo processual.¹⁰⁶

O papel do Judiciário, desse modo, não deve ser mais apenas o de entregar a solução adjudicada através de sentenças, mas também o de fornecer outras respostas ao jurisdicionado através de instrumentos

adequados de resolução de conflitos¹⁰⁷, considerando a evolução histórica do acesso à justiça em nosso país, princípio que modernamente é interpretado com maior amplitude que mero direito de acesso ao Judiciário ou à prestação jurisdicional.

É preciso não perder de vista, diante deste quadro, que o ambiente hostil tão presente na cultura adversarial que marca o sistema de prestação de justiça brasileiro deve ser revertido através de comportamentos que sigam a cultura do diálogo entre os sujeitos do conflito, que devem ser estimulados a se pôr no lugar dos outros e a compreender melhor o contexto fático, psicológico, emocional e social em que estão inseridos.¹⁰⁸

¹⁰⁴ FERNANDES, Bernardo Gonçalves Alfredo; MOURA, Grégore Moreira de. *A "conciliação" como elemento do direito fraterno: por uma jurisconstrução fraterna*. Publicações da Escola da AGU, ano 9, nº 4 - O Código de Processo Civil de 2015 e a Advocacia Pública Federal. Questões práticas e controvertidas. Brasília/DF, out./dez. 2017, pp. 27-40.

¹⁰⁵ Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa et al. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português*. Porto: Afrontamento, 1996, pp. 19-56.

¹⁰⁶ V. WATANABE, Kazuo. "Política pública do Poder Judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesse". In: PELUZO, Antônio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (Coords.) *Conciliação e Mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

¹⁰⁷ Neste sentido, GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação e judiciário: condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos* (tese de doutorado defendida no programa de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo), 2011. Disponível em: http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/td_e-24042012141447/publico/Daniela_Monteiro_Gabbay.pdf. Acesso em: 10/7/2014, p. 243.

¹⁰⁸ CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta. *Família, separação e mediação: uma visão psicojurídica*. São Paulo: Método, 2004, p. 128. Nesta direção, a jurista espanhola María Avilés Navarro, em estudo específico sobre a mediação nos conflitos envolvendo entes públicos na Espanha, afirma que a principal dificuldade para a utilização deste meio adequado de resolução de controvérsias – dificuldade a qual a referida autora avalia que irá desaparecer com o passar do tempo – constitui, ainda, a falta de cultura na mediação. NAVARRO, María Avilés. *La mediación intrajudicial en el orden Contencioso-Administrativo: evolución hacia una nueva realidad*. Instituto de Justicia y Litigación "Alonso Martínez" - Universidad Carlos III de Madrid, 2015, p. 249.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDREWS, Neil. *Mediation in England: organic growth and stately progress*. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP – Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ, vol. IX, nº 9, 2012.

BACELLAR, Roberto Portugal. “Métodos consensuais na forma autocompositiva, sua aplicação na Judiciário e as diferenças básicas entre mediação e conciliação”. In: SILVEIRA, João José Custódio da; AMORIM, José Roberto Neves (coord.). *A nova ordem das soluções alternativas de conflitos e o Conselho Nacional de Justiça*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

BOAVENTURA, Entrevista disponível em [http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/boaventura/boaventura_td.html](http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/boa-ventura/boaventura_td.html). 27/4/2015.

BOURDIEU, Pierre. *Questões de sociologia*. Lisboa: Fim de Século, 2003, p. 49.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Cód. de Processo Civil anotado*. SP: Saraiva, 2015.

CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. “Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (collaborative law): ‘mediação sem mediador’”. In: ZANETI JR. Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). *Justiça Multiportas. Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 710.

CABRAL, Marcelo Malizia. *Os meios alternativos de resolução de conflitos: instrumentos de ampliação do acesso à justiça*. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2013.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta. *Família, separação e mediação: uma visão psicojurídica*. São Paulo: Método, 2004.

CUNHA, Leonardo Carneiro da; LESSA, João. “A mediação e a conciliação no projeto do novo CPC: meios integrados de resolução de disputas”. In: NUNES, Dierle; DIDIER Jr., Fredie et al. *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto de novo CPC*, v. 2. Salvador: Juspodivm, 2014.

FACCI, Lucio Picanço. “A utilização de meios consensuais de resolução de conflitos pela Administração Pública e o Novo Código de Processo Civil”. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da. (Coord.). *Coleção Repercussões do Novo CPC v. 3 – Fazenda Pública*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 1, pp. 381-401.

FACCI, Lucio Picanço. *Meios adequados de resolução de conflitos administrativos: a experiência da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

FALCÃO, Joaquim. “Cultura jurídica e democracia: a favor da democratização do Judiciário”. In: LAMOUNIER, Bolivar et alii. *Direito, cidadania e participação*. SP: Tao, 1981.

FALCÃO, Joaquim. *Conflito de direito de propriedade: invasões urbanas*. RJ, Forense, 1984, p. 87.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves Alfredo; MOURA, Grégore Moreira de. A “conciliação” como elemento do direito fraterno: por uma jurisprudência fraterna. Publicações da Escola da AGU, ano 9, nº 4 - O Código de Processo Civil de 2015 e a Advocacia Pública Federal. Questões práticas e controvertidas. Brasília/DF, out./dez. 2017, pp. 27-40.

GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação e judiciário: condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos* (tese de doutorado defendida no programa de pós-

graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo), 2011. Disponível em:

http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-24042012141447/publico/Daniela_Monteiro_Gabbay.pdf. Acesso em: 10/7/2014.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. *Acesso à justiça: um olhar retrospectivo*. Revista Estudos Históricos, vol. 18, 1996, pp. 389-402.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. “A arbitragem, a mediação e a conciliação enquanto meios de prevenção e solução de conflitos, e seu manejo do âmbito do Poder Público”. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; YARSHELL, Flávio Luiz; SICA, Heitor Vitor Mendonça. (Coord.). *Estudos de Direito Processual Civil em homenagem ao Professor José Rogério Cruz e Tucci*. Salvador: Juspodivm, 2018.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *O plano piloto de conciliação em segundo grau de jurisdição do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, e sua possível aplicação aos feitos de interesse da Fazenda Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 93, v. 820, fev. 2004.

MEIRELLES, Delton Ricardo Soares; MIRANDA NETTO, Fernando Gama. “Notas sobre a mediação e a conciliação no Projeto do Novo Código de Processo Civil”. In: ROSSI, Fernando et al. (coord.). *O futuro do processo civil no Brasil. Uma análise crítica ao projeto do novo CPC*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, pp. 117-119.

MOURA, Alexandrina Sobreira de. *Terra do mangue: invasões urbanas no Recife*. Recife: Fundação Joaquim Nabuco/Massangana, 1990.

NAVARRO, María Avilés. *La mediación intrajudicial en el orden Contencioso-Administrativo: evolución hacia una nueva realidad*. Instituto de Justicia y Litigación “Alonso Martínez” - Universidad Carlos III de Madrid, 2015.

NUNES, Andrine Oliveira. *Poder Judiciário e mediação de conflitos: a possibilidade de aplicação do sistema de múltiplas portas na prestação jurisdicional*. Tese de doutorado defendida no programa de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Fortaleza, 2014.

OLIVEIRA, Luciano. *Polícia e classes populares*. Cadernos de Estudos Sociais. Recife, jan./jun. 1985, p. 94.

OLIVEIRA, Luciano; PEREIRA, Affonso. *Conflitos coletivos e acesso à Justiça*. Recife: Fundação Joaquim Nabuco/Massangana, 1988.

RAMOS, Alberto Guerreiro. “A modernização em nova perspectiva: em busca do modelo da possibilidade”. In: HEIDEMANN, Francisco G.; SALM, José Francisco. *Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise*. 2. ed. Brasília: UnB, 2010.

RODRIGUES, Marco Antonio; ALVAREZ, Pedro de Moraes Perri. *Arbitragem e a Fazenda Pública*. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP – Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ, vol. XIV, nº 1, 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa et al. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português*. Porto: Afrontamento, 1996.

_____. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3 ed. SP: Cortez, 2011.

_____. “Introdução à sociologia da administração da justiça”. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e Justiça: a função social do Judiciário*. São Paulo, Ática, 1989.

SILVEIRA, João José Custódio da. “Desafios à nova ordem de soluções diferenciadas para acesso à Justiça”. In: SILVEIRA, João José Custódio da; AMORIM, José Roberto Neves (coord.). *A nova ordem das soluções alternativas de conflitos e o Conselho Nacional de Justiça*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 163.

SOUZA, Luciane Moessa de. *Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos. Negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

WATANABE, Kazuo. "Política pública do Poder Judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesse". In: PELUZO, Antônio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (Coords.) *Conciliação e Mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. "Cultura da sentença e cultura da pacificação". In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (org.) *Estudo em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, pp. 684-690.

**DA NULIDADE DO CASAMENTO
INFANTIL INFERIOR À IDADE NÚBIL
COMO POLÍTICA DE PREVENÇÃO
DA GRAVIDEZ**

*Rafael Pereira*¹⁰⁹

*Gilberto Giacoia*¹¹⁰

RESUMO

A Lei nº 13.811/2019 alterou o código civil na disposição quanto à idade núbil do casamento, surgindo debates se o casamento de menor de 16 (dezesseis) anos seria nulo ou anulável. Este

¹⁰⁹ Autor do Livro Manual do Acordo de Não Persecução Cível. Mestrando em ciências jurídicas pela UENP - Universidade Estadual do Norte do Paraná. Possui graduação em Direito pela Universidade do Contestado - Concórdia (2010). Pós-graduado em Controle da Gestão Pública pela UFSC - Universidade Federal de Santa Catarina. Pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Damásio de Jesus/SP. Foi professor substituto do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Santa Catarina. Servidor Público Efetivo – Técnico do Ministério Público de Santa Catarina. Professor na Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC - Campus Videira/SC. Professor na Universidade Alto Vale do Rio do Peixe - UNIARP. Promotor de Justiça do Estado do Paraná. Professor do Curso CEI para Carreira do Ministério Público. Professor da Fundação Escola do Ministério Público do Paraná FEMPAR.

¹¹⁰ Atual Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná. Professor Associado do Curso de Direito e do Programa de Doutorado em Ciências Jurídicas da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Doutor em Direito pela USP e Pós-doutor pelas Faculdades de Direito de Coimbra-PO e Barcelona/ES. Foi Procurador-geral de Justiça por três mandatos no Paraná e presidiu o Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça.

casamento onde ao menos um dos nubentes possui menos de 18 (dezoito) anos é conhecido como casamento infantil. O presente trabalho defende a tese de nulidade, ao se buscar fundamentos no Estatuto da Criança e do Adolescente, no princípio da proteção integral aliado à política de prevenção da gravidez na adolescência. Para tanto, de início aborda-se sobre o instituto do casamento e a idade núbil. Em seguida, apresenta-se o cenário da gravidez na adolescência ao casamento infantil no Brasil e, por fim, os fundamentos para aplicação da nulidade dos casamentos infantis de quem não atingiu a idade núbil como política de prevenção da gravidez na adolescência no Estatuto da Criança e do Adolescente.

PALAVRAS-CHAVE: Nulidade; Casamento infantil; Idade núbil; Gravidez na adolescência; 30 anos do Estatuto da Criança e do Adolescente.

ABSTRACT

Law n. 13.811/2019 changed the civil code in the provision regarding the marriageable age, resulting in debates as to whether the marriage of a child under 16 (sixteen) years of age would be null or voidable. This marriage where at least one of the betrothed is under 18 (eighteen) is known as child marriage. This paper defends the nullity thesis, by seeking foundations in the Statute of Children and Adolescents, in the principle of full protection combined with the policy of preventing teenage pregnancy. Therefore, at first, the institute of marriage and the marriageable age are discussed. Then, the scenario from teenage pregnancy to child marriage in Brazil is presented and, finally, the foundations for applying the nullity of child marriages of those who have not reached marriageable age as a policy for preventing teenage pregnancy in the Statute of Child and Adolescent.

KEYWORDS: Nullity; Child marriage; Marriage age; Teenage pregnancy; 30 years of the Child and Adolescent Statute.

INTRODUÇÃO

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) comemora 31 (trinta e um) anos e desde a sua promulgação até os dias de hoje é considerado a norma matriz do Direito brasileiro na defesa dos direitos das crianças e adolescentes.

Contudo, mesmo após este tempo o Estatuto sozinho não foi capaz de acabar com o casamento/união infantil, aquele quando um dos nubentes possui menos de 18 (dezoito) anos, e somente nos últimos anos instituiu-se uma política de prevenção de gravidez na adolescência.

O casamento infantil no mundo, especialmente no Brasil, impacta diversas áreas, da saúde à educação, e está atrelado diretamente à gravidez na adolescência, sendo um a causa e a consequência do outro.

Diversos estudos demonstram que é preciso combater o casamento infantil e a gravidez na adolescência em um conjunto de ações e atores, em todas as esferas, sobretudo e a partir de alterações legislativas e aplicações jurídicas.

Recentemente o Código Civil (CC) sofreu alteração legislativa quanto à idade núbil, no seu artigo 1.520, determinando não ser possível em nenhuma hipótese o casamento infantil para quem não atingiu a idade núbil, 16 (dezesseis) anos, inclusive nos casos que decorram de gravidez.

Também recentemente o Estatuto da Criança e do Adolescente instituiu a Semana Nacional de Prevenção da Gravidez na Adolescência, pela Lei nº 13.798/19.

Após a alteração, em particular do Código Civil, começou-se a discutir se os operadores do Direito deveriam declarar nulo ou anulável o casamento de quem não atingiu a idade núbil, sendo que a adoção de umas das hipóteses, por evidente, altera também as suas consequências.

As implicações deste posicionamento afetam diretamente a prática jurídica diária de todos os operadores, em especial de Juízes e Promotores de Justiça da área da Infância e Juventude, ao se depararem com pedidos de suprimimento judicial para o casamento, ou ainda na área da família ou de medidas socioeducativas, sendo estas a justificativa para esta pesquisa.

É aqui, pensando no papel do Estatuto da Criança e do Adolescente, após esses 31 (trinta e um) anos, e em sua intersecção com as outras áreas do direito, que se fundamentará a pesquisa, na busca de qual seja a melhor interpretação a ser dada para erradicar o casamento/união infantil em conjunto com uma política de prevenção da gravidez na adolescência prevista no Estatuto.

1. DO CASAMENTO INFANTIL E A IDADE NÚBIL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

O Direito de Família está fundamentado constitucionalmente no artigo 226¹¹¹, o qual aponta que a família tem especial proteção do Estado, prevendo expressamente os institutos do casamento e da união estável.

Segundo a Constituição Federal de 1988 (CF), o casamento poderá ser civil, religioso e religioso com efeitos civis. Já a união estável terá a proteção do estado, sendo reconhecida a união entre homem e mulher como entidade familiar.

Importante ressaltar que segundo a doutrina, bem como os tribunais superiores, o rol de instituições familiares do artigo 226 da CF é exemplificativo e, portanto, admitindo-se outras categorias familiares, como: (i) a família monoparental, aquela constituída pelo homem

ou mulher e seus descendentes; (ii) família anaparental, que se caracteriza pela inexistência da figura dos pais, ou seja, constitui-se basicamente pela convivência entre parentes do vínculo da colateralidade ou pessoas – mesmo que não parentes e sem conotação sexual¹¹²; ou ainda, (iii) família homoafetiva, entre outras.

Em específico quanto à família homoafetiva, salienta-se que é possível o reconhecimento tanto do casamento quanto da união estável, não havendo discussões quanto à possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo, sendo que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da Resolução nº 175/2013, vedou expressamente a recusa em habilitação ou celebração de casamento homoafetivo pelos cartórios de registros públicos. Sobre o tema, traz a professora Maria Berenice Dias:

Nem a Constituição nem a lei, ao tratarem do casamento, fazem qualquer referência ao sexo dos nubentes. Portanto, não há qualquer impedimento, quer constitucional, quer legal, para o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Também, entre os impedimentos para o casamento, não se encontra a diversidade de sexo do par. O que obstaculizava a realização do casamento era somente o preconceito. Aliás, a construção

¹¹¹ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 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. § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

¹¹² KUSANO, Susileine. *Da família anaparental: do reconhecimento como entidade familiar*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7559>. Acesso em: 28 mar. 2020.

doutrinária sobre casamento inexistente tem como único ponto de sustentação a alegada impossibilidade do casamento homossexual. A Lei Maria da Penha (L 11.340/06) alargou o conceito de família para albergar as uniões homoafetivas. A partir da decisão do STF, que assegurou às uniões homoafetivas os mesmos direitos e deveres da união estável, passou a ocorrer a conversão da união estável em casamento. O STJ admitiu a habilitação para o casamento e Resolução do CNJ impediu que fosse negado acesso ao casamento entre pessoas do mesmo sexo.¹¹³

O casamento pode ser conceituado como a união entre duas pessoas, que estabelecem comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres. O casamento civil é realizado em Cartório de Registro Civil, em processo que se inicia com a habilitação do casal por meio de análise documental e publicação dos proclamas do casamento na imprensa local ou em mural do cartório. A oficialização da união é realizada por juiz de paz, na presença de testemunhas. Uma vez realizada a cerimônia, é emitida uma Certidão de Casamento, documento que formaliza a união.¹¹⁴

¹¹³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito de família: de acordo com o Novo CPC*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

¹¹⁴ Conforme previsão no Código Civil: Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. Art. 1.512. O casamento é civil e gratuita a sua celebração. Parágrafo único. A habilitação para o casamento, o registro e a primeira certidão serão isentos de selos, emolumentos e custas, para as pessoas cuja pobreza for declarada, sob as penas da lei.

Quanto ao casamento religioso, este é celebrado de acordo com o rito de cada crença, perante autoridade religiosa. Se não for acompanhado de registro em cartório (casamento religioso com efeito civil), a união não é legalmente formalizada e os noivos permanecem com o estado civil de solteiros.

Já o casamento religioso com efeito civil ocorre quando, após a celebração religiosa, o casal apresenta, num prazo de 90 (noventa) dias, o termo de casamento emitido pela autoridade religiosa para formalização perante o registro civil. Nessa modalidade, também é necessária a habilitação das partes em cartório (análise documental), assim como ocorre no casamento civil.¹¹⁵

Art. 1.514. O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados.

¹¹⁵ Nos termos do artigo 1.515 do Código Civil: Art. 1.515. O casamento religioso, que atender às exigências da lei para a validade do casamento civil, equipara-se a este, desde que registrado no registro próprio, produzindo efeitos a partir da data de sua celebração. Art. 1.516. O registro do casamento religioso submete-se aos mesmos requisitos exigidos para o casamento civil. § 1º O registro civil do casamento religioso deverá ser promovido dentro de noventa dias de sua realização, mediante comunicação do celebrante ao ofício competente, ou por iniciativa de qualquer interessado, desde que haja sido homologada previamente a habilitação regulada neste Código. Após o referido prazo, o registro dependerá de nova habilitação. § 2º O casamento religioso, celebrado sem as formalidades exigidas neste Código, terá efeitos civis se, a requerimento do casal, for registrado, a qualquer tempo, no registro civil, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente e observado o prazo do art. 1.532. § 3º Será nulo o registro civil do casamento

Quanto à natureza jurídica do casamento, há ao menos três teorias: a institucionalista, a contratualista e a mista ou eclética, adotando-se a última neste trabalho. O professor Flávio Tartuce resume objetivamente as teorias acima:

Teoria institucionalista: o casamento é uma instituição, tese sustentada, entre outros, por Maria Helena Diniz e Rubens Limongi França. Há nessa corrente uma forte carga moral e religiosa.

Teoria contratualista: o casamento é um contrato de natureza especial, e com regras próprias de formação, corrente encabeçada por Silvio Rodrigues. Essa visão é adotada pelo Código Civil português, no seu art. 1.577. “Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código”.

Teoria mista ou eclética: o casamento é uma instituição quanto ao conteúdo e um contrato especial quanto à formação.¹¹⁶

Já a união estável nasce da convivência de um simples fato jurídico que evolui para a constituição de ato jurídico, em face dos direitos que brotam dessa relação¹¹⁷, ou seja, um ato-fato jurídico, por não necessitar de qualquer manifestação ou declaração de

religioso se, antes dele, qualquer dos consorciados houver contraído com outrem casamento civil.

¹¹⁶ TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. São Paulo: Método, 2018, p. 1.244.

¹¹⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito de família: de acordo com o Novo CPC*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 386.

vontade para que produza efeitos jurídicos. Basta sua existência fática para que haja incidência das normas constitucionais e legais cogentes e supletivas, convertendo-se a relação fática em relação jurídica.¹¹⁸

Como apontado acima, a constituição enumera algumas entidades familiares, entre elas a união estável no §3º do artigo 226, como sendo: “[...] *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*”.

Da mesma ressalva feita quanto ao casamento, diante da expressão um homem e uma mulher, o Supremo Tribunal Federal proclamou os mesmos direitos às uniões homoafetivas.¹¹⁹

Em nível infraconstitucional, a Lei nº 9.278/96 previu como estáveis as relações entre pessoas separadas de fato. Além de fixar

¹¹⁸ LÔBO, Paulo. A concepção da união estável como ato-fato jurídico e suas repercussões processuais. In: MADALENO, Rolf; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (orgs.). *Direito de família: processo, teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. vol. 1, p. 101-116.

¹¹⁹ Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277 (In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277*. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 14 abr. 2020.) e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132 (In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132*. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 14 abr. 2020.).

a competência das Varas de Família para o julgamento dos litígios, ainda reconheceu o direito real de habitação, entre outros direitos. Quanto aos direitos a alimentos e a sucessão, foram abordados na Lei nº 8.971/94. Por fim, o Código Civil incluiu a união estável no último capítulo do livro do Direito das Famílias.

Um dos pontos mais debatidos da união estável é quanto a sua caracterização, pois a Lei não define nem imprime à união estável contornos precisos, limitando-se a elencar suas características (no artigo 1.723 do CC): convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituição de família. Preocupa-se em identificar a relação pela presença de elementos de ordem objetiva, ainda que o essencial seja a existência de vínculo de afetividade, ou seja, o desejo de constituir família.¹²⁰

A convivência pública, lida pela doutrina como publicidade, deve existir no meio social frequentado pelos companheiros, no intuito de que os envolvidos assumam perante a sociedade a condição de “como se casados fossem”.¹²¹ Quanto ao lapso temporal mínimo, a relação não pode ser ocasional, efêmera, circunstancial, mas deve se prolongar no tempo; nesse aspecto é que reside a

durabilidade e a continuidade do vínculo. Por óbvio, deve existir a afetividade, sendo vista em uma unidade com o objetivo de constituição de família.

Superada a conceituação dos institutos, o presente trabalho busca neste momento apontar a evolução do casamento infantojuvenil, conhecido na doutrina como *casamento infantil*, sendo essencial posteriormente abordar sobre a proteção à gravidez na adolescência também para as uniões estáveis.

O conceito de *casamento infantil* pode ser extraído do Relatório do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas (2014), que define como “*o casamento em que, pelo menos, uma das partes é uma criança*”.¹²²

O Conselho das Nações Unidas fundamenta o conceito de criança no artigo 1º da Convenção sobre os Direitos das Crianças como “*todo ser humano com idade inferior a 18 anos, com exceção sob a lei aplicada a ele*”.¹²³

Portanto, *casamento infantil* é toda união em que uma das partes tem menos de 18

¹²⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito de família: de acordo com o Novo CPC*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 390.

¹²¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito de família: de acordo com o Novo CPC*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 390.

¹²² UNHRC. *Preventing and eliminating child, early and forced marriage*: Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. 2014. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/.../A-HRC-26-22_en.doc>. Acesso em: 11 abr. 2020.

¹²³ O Brasil subscreveu e ratificou o tratado em 1990. Ele foi incorporado ao direito nacional por meio do decreto número 99.710, de 1990. BRASIL, Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança.

(dezoito) anos de idade. Mesmo no Brasil, cujo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) previu que é considerada criança aquela menor de 12 (doze) anos e adolescente entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos, também se aplica a expressão *casamento infantil*.¹²⁴

Indispensável discorrer sobre a possibilidade dos menores de 18 (dezoito) anos se casarem na legislação brasileira, ou seja, a evolução da idade núbil.

Sob a orientação canônica, no Brasil do século XVIII, a idade para o casamento era fixada em 14 (quatorze) anos para o homem e 12 (doze) anos de idade para a mulher.

Posteriormente, com o advento do Decreto nº 181, de 24.01.1890 (Lei do Matrimônio), que regulou o casamento civil, exigiu-se a idade de 16 (dezesesseis) anos para o homem e de 14 (quatorze) anos para a mulher (artigo 7º, § 8º).¹²⁵

Em seguida, houve a promulgação da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 (antigo Código Civil), a qual entendia que a mulher poderia se casar com 16 (dezesesseis) anos, entretanto, o homem atingiria essa capacidade apenas aos 18 (dezoito) anos (artigo 183, inciso XII do referido diploma).¹²⁶

¹²⁴ Dispõe o artigo 2º do ECA: Art. 2º. Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

¹²⁵ *In verbis*: Art. 7º São proibidos de casar-se: [...] § 8º As mulheres menores de 14 annos e os homens menores de 16.

¹²⁶ Art. 183. Não podem casar: [...] XII. As mulheres menores de dezesseis annos e os homens menores de dezoito.

Esta diferenciação exercida entre a idade núbil do homem e a da mulher no Código Civil de 1916 era mais uma das diversas discriminações sofridas pela mulher, diante de uma legislação machista e conservadora da época. Sobre este aspecto, ensina Maria Berenice Dias:

O Código Civil de 1916 era uma codificação do século XIX, pois Clóvis Beviláqua foi encarregado de elaborá-lo no ano de 1899. Retratava a sociedade da época, marcadamente conservadora e patriarcal. Assim, só podia consagrar a superioridade do homem. Sua força física foi transformada em poder pessoal, em autoridade. Detinha o comando exclusivo da família, sendo considerado o chefe da sociedade conjugal e o cabeça do casal. Por isso é que a mulher, ao casar, perdia sua plena capacidade, tomando-se relativamente capaz, tal como são considerados os índios, os pródigos e os menores com idade entre 16 e 18 anos.¹²⁷

Em janeiro de 2003 entra em vigor o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), com poucas novidades quanto à idade núbil, tendo apenas igualado a idade mínima de 16 (dezesesseis) anos tanto para o homem quanto para a mulher, dispondo ainda da necessidade de autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil, na nova codificação de 18 (dezoito) anos,

¹²⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito de família: de acordo com o Novo CPC*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 152.

diferente da anterior de 21 (vinte e um) anos (conforme a redação do artigo 1.517¹²⁸).

Ainda, o novo diploma civilista trouxe no artigo 1.520¹²⁹ duas hipóteses permitidas de casamento para quem não tenha atingido a idade núbil de 16 (dezesseis) anos: a primeira para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal; a segunda, em caso de gravidez.

Em 2005 entrou em vigor a Lei nº 11.106/2005, que afastou a extinção da punibilidade nos casos de estupro presumido, quando alguém mantém uma relação sexual com uma criança ou adolescente com idade inferior a 14 (quatorze) anos (artigo 107, incisos VII e VIII, do Código Penal – revogados). Com o advento desta Lei, muitos doutrinadores passaram a entender que o artigo 1.520 do CC estaria revogado tacitamente na parte que tratava da extinção da pena criminal.

Conquanto, ainda havia parte da doutrina que defendia a possibilidade de aplicação do artigo 1.520 do Código Civil, devendo-se analisar o caso em concreto.

Porém, em 2009 surge a Lei nº 12.015, encerrando o debate anterior, pois foi introduzido o tipo do estupro de vulnerável

(artigo 217-A do Código Penal¹³⁰), sendo a ação penal correspondente pública incondicionada (artigo 225, parágrafo único, do Código Penal¹³¹). Desse modo, não sendo mais a ação penal privada, não pode o casamento funcionar como forma de “perdão tácito” do crime, conforme outrora era defendido. Ademais, o conceito de vulnerabilidade é jurídico, encerrando uma presunção absoluta que não pode ser mitigada.¹³²

Superada a possibilidade de casamento ao menor de 18 (dezoito) anos, em especial ao menor de 16 (dezesseis) anos para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal, embora apenas uma revogação tácita, ainda permaneceu até março de 2019 a possibilidade nos casos de gravidez.

Até 2019, porque em 12 de março de 2019 entrou em vigor a Lei nº 13.811/2019, a qual conferiu nova redação ao artigo 1.520 do Código Civil para suprimir as exceções legais permissivas do casamento infantil.¹³³ Ou seja, revogou expressamente a hipótese para evitar

¹²⁸ Art. 1.517. O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil.

¹²⁹ Art. 1.520. Excepcionalmente, será permitido o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil (art. 1.517), para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez.

¹³⁰ Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

¹³¹ Art. 225. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública incondicionada.

¹³² TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. São Paulo: Método, 2018, p. 1.183.

¹³³ Art. 1.520. Não será permitido, em qualquer caso, o casamento de quem não atingiu a idade núbil, observado o disposto no art. 1.517 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 13.811, de 2019)

imposição ou cumprimento de pena criminal, como também a hipótese de gravidez. Desta forma, pela atual legislação não será possível, em qualquer caso, o casamento com pessoa menor de 16 (dezesseis) anos.

As razões da alteração e também os efeitos trazidos pela Lei nº 13.811/2019, em especial a nulidade do casamento com menor de 16 (dezesseis) anos, serão abordados especificamente em tópico próprio.

Já em relação à união estável do menor de 16 (dezesseis) anos, aqui chamada de *união infantil*, por se tratar de situação de fato e de difícil intervenção estatal, quando na eventualidade de análise sobre a possibilidade desta união, como, por exemplo, a do artigo 68 da Lei nº 12.594/12 (Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo -Sinase)¹³⁴, defende-se neste trabalho a mesma restrição da idade núbil do casamento. Pelo artigo 1.726 do Código Civil¹³⁵, somente é possível considerar como união estável as relações que podem ser convertidas em casamento; sendo assim, se não é possível casar com menos de 16 (dezesseis) anos, também não será possível constituir a união estável.

¹³⁴ Art. 68. É assegurado ao adolescente casado ou que viva, comprovadamente, em união estável o direito à visita íntima. Parágrafo único. O visitante será identificado e registrado pela direção do programa de atendimento, que emitirá documento de identificação, pessoal e intransferível, específico para a realização da visita íntima.

¹³⁵ Art. 1.726. A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.

Ainda, fazendo uma interpretação do que a jurisprudência já opera, que devem ser estendidas aos companheiros as mesmas limitações previstas para o casamento, sob pena de prestigiar mais a união estável do que o casamento e com isso gerando um desestímulo, é que também deve-se aplicar a idade mínima para as uniões estáveis.

Nesses aportes, o Superior Tribunal de Justiça assim decidiu quanto à cominação de restrições pelo critério etário, ao analisar situação de união estável de conviventes com mais de 60 (sessenta) anos:

EMENTA: CIVIL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL C/C PARTILHA DE BENS. COMPANHEIRO SEXAGENÁRIO. ART. 1.641, II, DO CÓDIGO CIVIL (REDAÇÃO ANTERIOR À DADA PELA LEI 12.344/2010). REGIME DE BENS. SEPARAÇÃO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE DE SE PRESTIGIAR A UNIÃO ESTÁVEL EM DETRIMENTO DO CASAMENTO. NECESSIDADE DE PROVA DO ESFORÇO COMUM. INEXISTÊNCIA. BENFEITORIA EXCLUÍDA DA PARTILHA. RECURSO DESPROVIDO. 1. *Devem ser estendidas, aos companheiros, as mesmas limitações previstas para o casamento, no caso de um dos conviventes já contar com mais de sessenta anos à época do início do relacionamento, tendo em vista a impossibilidade de se prestigiar a união estável em detrimento do casamento.* 2. De acordo com o art. 1.641, inciso II, do Código Civil, com a redação anterior à dada pela Lei 12.344/2010 (que elevou essa

idade para setenta anos, se homem), ao nubente ou companheiro sexagenário, é imposto o regime de separação obrigatória de bens. 3. Nesse caso, ausente a prova do esforço comum para a aquisição do bem, deve ele ser excluído da partilha. 4. Recurso especial desprovido. RECURSO ESPECIAL Nº 1.369.860 - PR (2013/0067986-7) RELATOR: MINISTRO SIDNEI BENETI. (destacado)¹³⁶

Por fim, sustenta-se neste trabalho a restrição de casamento e da união infantil aos que não completaram a idade núbil, como política de prevenção da gravidez na adolescência prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, abordada adiante.

2. DA GRAVIDEZ NA ADOLESCÊNCIA AO CASAMENTO INFANTIL NO BRASIL

A gravidez na adolescência tem sido objeto de intenso debate e de relevância nas políticas públicas no mundo e especialmente no Brasil, em razão de seus altos índices. De acordo com relatório publicado em 2018 pela Organização Pan-Americana da Saúde/Organização Mundial da Saúde (OPAS/OMS), Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) e Fundo de População

das Nações Unidas (UNFPA)¹³⁷, a taxa mundial de gravidez na adolescência é estimada em 46 nascimentos para cada mil adolescentes. Na América Latina e no Caribe, a taxa é estimada em 65,5 nascimentos. No Brasil, um em cada cinco bebês nasce de uma mãe com idade entre 10 (dez) e 19 (dezenove) anos.

Ainda, dados do IBGE/Censo Demográfico (2010)¹³⁸ demonstram que a proporção de adolescentes e jovens mulheres brasileiras entre 15 (quinze) e 19 (dezenove) anos que não estão inseridas no mercado de trabalho ou na escola é maior entre as que já tiveram filhos do que em relação às que nunca foram mães. Além disso, dentre as que já tiveram filhos, a taxa de fecundidade entre adolescentes e jovens mulheres que se declararam como pretas e pardas está em patamares superiores (de 69%).

Segundo o Ministério da Saúde, 66% (sessenta e seis por cento) das gestações em adolescentes são indesejadas, o que sugere que ocorram sob condições como: desinformação,

¹³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.830.598/SP*. Disponível em: <<https://cnbsp.org.br/?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw=&in=MTg1MDk=&filtro=1>>. Acesso em: 14 abr. 2020.

¹³⁷ UNFPA. *Situação da população mundial*. 2017. Disponível em: <<https://brazil.unfpa.org/pt-br/publications/situa%C3%A7%C3%A3o-da-popula%C3%A7%C3%A3o-mundial-2017>>. Acesso em: 17 abr. 2020.

¹³⁸ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *CENSO 2010*. Disponível em: <<https://censo2010.ibge.gov.br/>>. Acesso em: 12 abr. 2020.

falta de apoio de redes familiares e comunitárias, entre outras.¹³⁹

Não obstante a gravidez na adolescência – por si só – afetar de maneira significativa a vida da adolescente sob o aspecto da saúde, a mesma também influencia em diversas áreas da cidadania, como, por exemplo, na educação, resultando em um número elevado de abandono escolar e por consequência baixa escolaridade.¹⁴⁰

Todos os estudos sobre gravidez na adolescência demonstram a existência de múltiplos fatores ensejadores, desde a vivência da sexualidade aliada à falta de uso de métodos preventivos até o desejo pela maternidade visando a proteção contra violência doméstica.

Entretanto, um dos grandes indicadores no aumento da gravidez na adolescência é resultado de casamentos e uniões infantis. O Fundo de População das Nações Unidas (UNFPA) estima que 90% (noventa por cento) dos casos de gravidez na adolescência no mundo ocorrem com garotas casadas, enquanto o Brasil tem a sétima maior

taxa de gravidez na adolescência entre os países da América do Sul.¹⁴¹

Bem, como um dos grandes motivos da opção pelo casamento ou união infantil de adolescente é devido à gravidez na adolescência, conforme estudo da Organização Pan-Americana da Saúde, Fundo das Nações Unidas para a População e Fundo das Nações Unidas para a Infância em relatório do ano de 2017.¹⁴²

Como se vê, é indissociável o estudo da gravidez na adolescência e do casamento infantil, sendo um caso e consequência de outro.

Segundo um estudo da organização *Plan International*¹⁴³, meninas que se casam antes dos 18 (dezoito) anos têm maior probabilidade de engravidar, o que potencializa o risco de mortalidade materna e infantil, além de se tornarem vítimas de

¹³⁹ MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Gravidez na adolescência tem queda de 17% no Brasil*. Disponível em: <<https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/28317-gravidez-na-adolescencia-tem-queda-de-17-no-brasil>>. Acesso em: 12 abr. 2020.

¹⁴⁰ FLACSO BRASIL. *Gravidez é responsável por 18% da evasão escolar entre meninas*. Disponível em: <<http://flacso.org.br/?p=14369>>. Acesso em: 12 abr. 2020.

¹⁴¹ UNFPA. *Maternidade precoce: enfrentando o caminho da gravidez na adolescência*. Disponível em: <<http://www.unfpa.org.br/Arquivos/swop2013.pdf>>. Acesso em: 17 abr. 2020.

¹⁴² PAN AMERICAN HEALTH ORGANIZATION. *Accelerating progress toward the reduction of adolescent pregnancy in Latin America and the Caribbean*. Disponível em: <<https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/34493/9789275119761-eng.pdf?sequence=1&isAllowed=y&ua=1>>. Acesso em: 12 abr. 2020.

¹⁴³ PLAN INTERNATIONAL. *Plan International Brasil lança o documentário “casamento infantil”*. Disponível em: <<https://plan.org.br/plan-international-brasil-lanca-o-documentario-casamento-infantil/>>. Acesso em: 12 abr. 2020.

violência doméstica conjugal, abusos e até estupro marital.

Sobre o casamento infantil, segundo dados apurados nos últimos dez anos na América Central e América Latina, o Brasil se destaca em relação aos demais países de forma negativa; o país ocupa o quarto lugar no mundo em números absolutos de mulheres casadas até a idade de 15 (quinze) anos, com 877 (oitocentos e oitenta e sete) mil mulheres com idades entre 20 (vinte) e 24 (vinte e quatro) anos que se casaram até os 15 (quinze) anos (11%). O Brasil é também o quarto país em números absolutos de meninas casadas com idade inferior a 18 (dezoito): cerca de 3 (três) milhões de mulheres com idades entre 20 (vinte) e 24 (vinte e quatro) anos casaram antes de 18 (dezoito) anos (36% do total de mulheres casadas nessa mesma faixa etária).¹⁴⁴

Ainda, Segundo estudo do Banco Mundial no ano de 2017, acontecem cerca de 554 (quinhentos e cinquenta e quatro) mil casamentos de meninas entre 10 (dez) e 17 (dezesete) anos por ano no Brasil, o que corresponde a 30% (trinta por cento) da evasão escolar feminina no ensino secundário ao redor do mundo.¹⁴⁵

¹⁴⁴ UNICEF. *The State of the World's Children 2014 In Numbers: Every Child Counts*. 2014. Disponível em: <https://www.unicef.org/publications/files/SO-WC2014_In_Numbers_28_Jan.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2020.

¹⁴⁵ Conforme dados do Banco Mundial em pesquisa do ano de 2017. In: WORLD BANK

Diante de todos estes dados, indiscutível a necessidade de revigorar a proteção de crianças e adolescentes tanto contra a gravidez na adolescência quanto contra o casamento infantil.

Aliás, em 2015 o Brasil aderiu aos objetivos globais de Desenvolvimento Sustentável da Organização das Nações Unidas (ONU), que estabelecem uma agenda por meio de planos de ação para atuação em diversas áreas, visando: acabar com a pobreza e a fome em todos os lugares; combater as desigualdades dentro e entre os países; construir sociedades pacíficas, justas e inclusivas; proteger os direitos humanos e promover a igualdade de gênero e o empoderamento das mulheres e meninas; e assegurar a proteção duradoura do planeta e seus recursos naturais até o ano de 2030.¹⁴⁶

Dentre esses objetivos a serem alcançados, está o de eliminar todas as práticas nocivas a crianças e adolescentes, como a gravidez na adolescência e os casamentos/uniões infantis. Embora nos últimos anos tenha se fortalecido uma política de prevenção da gravidez na adolescência e

GROUP. *Casamento na infância e adolescência: a educação das meninas e a legislação brasileira*. Disponível em: <<http://documents.worldbank.org/curated/pt/657391558537190232/pdf/Child-Marriage-Girls-Education-and-the-Law-in-Brazil.pdf>>. Acesso em: 17 abr. 2020.

¹⁴⁶ NAÇÕES UNIDAS BRASIL. *Agenda 2030*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030>>. Acesso em: 12 abr. 2020.

tenham diminuído os números de casamento infantil entre os anos de 2000 e 2015¹⁴⁷, o Brasil ainda está longe do alcance de resultados significativos, e segundo o estudo já mencionado do Banco Mundial, no ritmo de progresso atual o Brasil não conseguirá atingir a meta de acabar com o casamento infantil até 2030.

Entre as práticas adotadas no combate à gravidez na adolescência e ao casamento infantil, destacam-se a promulgação de duas normas legais no ano de 2019, a Lei nº 13.798/19, que acrescenta o artigo 8º-A à Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) para instituir a Semana Nacional de Prevenção da Gravidez na Adolescência, e a Lei nº. 13.811/2019, que proíbe o casamento de menores de 16 (dezesesseis) anos.

A Lei nº 13.798/19, que instituiu a Semana Nacional de Prevenção da Gravidez na Adolescência, foi proposta pela Senadora Marisa Serrano, que nas suas justificativas aponta a necessidade de incentivar a realização de estudos no sentido de quantificar a magnitude do problema da gravidez na adolescência, oferecendo, assim, subsídios para a conscientização de outros profissionais

¹⁴⁷ Conforme dados do Banco Mundial em pesquisa do ano de 2017. In: WORLD BANK GROUP. *Casamento na infância e adolescência: a educação das meninas e a legislação brasileira*. Disponível em: <<http://documents.worldbank.org/curated/pt/657391558537190232/pdf/Child-Marriage-Girls-Education-and-the-Law-in-Brazil.pdf>>. Acesso em: 17 abr. 2020.

de saúde e de outras áreas, além da população em geral, tornando possível a adoção de medidas de prevenção.¹⁴⁸

A inserção do artigo 8º-A¹⁴⁹ no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) se deu justamente dentro do título dos direitos fundamentais, no capítulo do direito à vida e à saúde, traduzindo uma importante ferramenta para assegurar o elementar princípio da proteção integral¹⁵⁰, em vigor no Brasil desde 1988 com a Constituição Federal, mas de verdadeira aplicabilidade com o Estatuto da Criança e do Adolescente, que em julho completou 31 (trinta e um) anos.

¹⁴⁸ Projeto de Lei do Senado nº 13, de 2010. Acrescenta dispositivo à Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências, para instituir a Semana Nacional de Prevenção à Gravidez Adolescente não Planejada. In: BRASIL. Projeto de Lei do Senado n. 13, de 2010. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/95512>>. Acesso em: 15 abr. 2020.

¹⁴⁹ Art. 8º-A. Fica instituída a Semana Nacional de Prevenção da Gravidez na Adolescência, a ser realizada anualmente na semana que incluir o dia 1º de fevereiro, com o objetivo de disseminar informações sobre medidas preventivas e educativas que contribuam para a redução da incidência da gravidez na adolescência. (Incluído pela Lei nº 13.798, de 2019) Parágrafo único. As ações destinadas a efetivar o disposto no caput deste artigo ficarão a cargo do poder público, em conjunto com organizações da sociedade civil, e serão dirigidas prioritariamente ao público adolescente. (Incluído pela Lei nº 13.798, de 2019)

¹⁵⁰ Art.1º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) e Art. 227, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

Já em relação à Lei nº 13.811/2019, de proposição da Deputada Laura Carneiro, a qual apresentou a seguinte justificativa, sendo imperiosa sua transcrição:

O projeto de lei que ora apresentamos visa dar um passo adiante nesta agenda ao modificar a antiga redação do Artigo 1520 do Código Civil que prevê exceções para o casamento infantil, ao 1) permitir casamento de menores de 16 anos em casos de gravidez e para 2) evitar imposição ou cumprimento de pena criminal. [...] *Em relação à primeira exceção, relacionada a casos de gravidez, cumpre notar que se trata de legislação incompatível com os avanços da ciência e das políticas públicas, que já demonstraram, respectivamente, os prejuízos psicológicos e sociais deste tipo de união, incompatível com o nível de desenvolvimento psicossocial de crianças.* Cumpre notar, ainda, que se trata de política discriminatória, uma vez que incide de modos distintos sobre meninos e meninas. Longe de constituir inovação, a exclusão desta exceção, aliás, nada mais é do que a adequação da legislação pátria a um movimento global de proteção à infância e juventude. Para que se tenha uma ideia, na América Latina, apenas Venezuela, Guiana, Guatemala, Honduras e Brasil preveem permissão para o casamento abaixo da idade legal em casos de gravidez. O tratamento adequado, dessa maneira, deve se dar pelo acompanhamento psicossocial e fortalecimento das redes de proteção governamentais e, sobretudo, familiares de atendimento a crianças e adolescentes, sem descuidar da importância central de organizações da sociedade civil. (destacado)

Constata-se que a alteração da legislação cível da idade mínima do casamento está ligada justamente à proteção da criança e do adolescente, vedando o casamento infantil abaixo dos 16 (dezesesseis) anos, também como uma forma de combate ao aumento da gravidez na adolescência, comprovadamente prejudicial à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Nada obstante a alteração expressa do artigo 1.520 do Código Civil, bem como da justificativa para tal, há discussão em relação aos artigos 1.550, inciso I, que trata do casamento anulável de quem não completou a idade mínima para casar; artigo 1.551, o qual menciona que não se anulará, por motivo de idade, o casamento de que resultou gravidez, ainda, a legitimidade para requerer a anulação para os menores de dezesseis anos; artigo 1.552; e, por fim, o artigo 1.553, onde o menor que não atingiu a idade núbil poderá, depois de completá-la, confirmar seu casamento, com a autorização de seus representantes legais, se necessária, ou com suprimento judicial.

A controvérsia está exatamente em apontar se com a nova legislação da idade núbil, os casamentos infantis realizados sem respeito à idade mínima, especialmente aqueles oriundos de gravidez, seriam nulos ou anuláveis, ensejando, por lógico, consequências diversas, como, por exemplo, a

legitimidade, caso seja nula, permitindo ao Ministério Público arguir.¹⁵¹

Neste trabalho, como se demonstrará a seguir, entende-se como nulidade absoluta, diante da política de prevenção da gravidez estabelecida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, decorrente do princípio da proteção integral.

3. DA NULIDADE DO CASAMENTO INFANTIL INFERIOR À IDADE NÚBIL COMO POLÍTICA DE PREVENÇÃO DA GRAVIDEZ NA ADOLESCÊNCIA NO ECA

O Estatuto da Criança e do Adolescente completou 31 (trinta e um) anos da sua promulgação em julho deste ano, tendo grande impacto na defesa dos direitos das crianças e adolescentes, principalmente pela adoção da Doutrina da Proteção Integral à Criança e ao Adolescente, prevista na Constituição Federal de 1988 (artigos 227 e 228) e pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20/11/1989, por intermédio da “Convenção das Nações Unidas Sobre Direitos da Criança” (Resolução XLIV), esta aprovada pelo Decreto Legislativo nº 28/1990, de 14/07/1990 e promulgado pelo Decreto nº 99.710/1990, de 21/11/1990 (passando a

¹⁵¹ Art. 1.549. A decretação de nulidade de casamento, pelos motivos previstos no artigo antecedente, pode ser promovida mediante ação direta, por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público.

vigorar conforme disposto no artigo 5º, §2º, da CF).

O princípio da Proteção integral, ao contrário do revogado Código de Menores, Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979, que disciplinava apenas as questões ligadas ao “menor em situação irregular”, regulamenta e busca a proteção sobre todos os aspectos da vida da criança e do adolescente.

Tal princípio não só visa a proteção, como serve como principal diretriz nas questões jurídicas, políticas e sociais que envolvem crianças e adolescentes.

Neste sentido, preciosa lição de Ildeara de Amorim Digiácomo e Murillo José Digiácomo:

O Estatuto da Criança e do Adolescente, portanto, vem em resposta à nova orientação constitucional e à normativa internacional relativa à matéria, deixando claro, desde logo, seu objetivo fundamental: a proteção integral de crianças e adolescentes. Daí porque a análise conjunta do contido neste e nos arts. 3º, 4º, 5º, 6º e 100, par. único (notadamente seu inciso II), do ECA, nos leva à conclusão lógica (e teleológica) de que nenhuma disposição estatutária pode ser interpretada e muito menos aplicada em prejuízo de crianças e adolescentes, *servindo sim para exigir da família, da sociedade e, acima de tudo, do Poder Público, o efetivo respeito a seus direitos relacionados neste e em outros Diplomas Legais, inclusive sob pena de responsabilidade* (cf. arts. 5º, 208 e 216, do ECA). (destacado)¹⁵²

¹⁵² DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Ildeara Amorim. *Estatuto da criança e do*

Embora o ECA seja indiscutivelmente a “pedra de toque” no que concerne aos direitos das crianças e dos adolescentes no direito brasileiro, especialmente pela proteção integral, não foi capaz de forma efetiva, nesses 31 (trinta e um) anos, de combater a gravidez na adolescência e/ou o casamento infantil, sempre com previsões periféricas e aliadas às normas do direito civil.

Entretanto, na linha desta intersecção do princípio da proteção integral com outros dispositivos, conforme citado acima, bem como a previsão na Lei nº 13.798/19, que trouxe expressamente uma política de combate à gravidez na adolescência, é que se propõe uma leitura pela nulidade absoluta do casamento infantil abaixo da idade núbil, além de revogação tácita dos demais dispositivos contrários estabelecidos no código civil e em outras normas.

O entendimento de que com a alteração do artigo 1.520 do CC proibiu-se o casamento *em qualquer hipótese* de quem não completou a idade núbil é causa de nulidade e gera diversos efeitos, entre eles, a ação de nulidade é imprescritível, a decretação de nulidade pode ser promovida mediante ação

direta, por qualquer interessado ou mesmo pelo Ministério Público e, sobretudo, a nulidade não pode ser suprida nem sanada.

Ressaltando que os efeitos da nulidade do casamento não atingem terceiros, especialmente em relação aos filhos, quando ambos estejam de boa-fé, conforme artigo 1.561 do CC.

A importância da aplicação do entendimento desta nulidade dos casamentos infantis, não só como meio de proteção integral da criança e do adolescente, mas também como uma política de prevenção de gravidez na adolescência, reflete diretamente na práxis jurídica tanto do Ministério Público quanto do Juízo da infância e juventude. Isso porque impossibilita a supressão judicial para o casamento infantil de quem não atingiu a idade núbil em qualquer hipótese, tanto da lei civil, quanto do artigo 148, parágrafo único, alínea c, do ECA.¹⁵³

A propósito, valiosa abordagem de Ideara de Amorim Digiácomo e Murillo José Digiácomo:

A matéria relativa ao suprimento da capacidade (ou da idade) e/ou do consentimento para o casamento é altamente complexa, e não vem sendo tratada com a devida cautela pela doutrina e pela jurisprudência,

adolescente anotado e interpretado. Curitiba. Ministério Público do Estado do Paraná. Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 2017. 7. ed. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/caopca/eca_annotado_2017_7ed_fempar.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2020.

¹⁵³ Art. 148. A Justiça da Infância e da Juventude é competente para: [...] Parágrafo único. Quando se tratar de criança ou adolescente nas hipóteses do art. 98, é também competente a Justiça da Infância e da Juventude para o fim de: [...] c) suprir a capacidade ou o consentimento para o casamento; [...].

sendo muito comum o puro e simples acatamento da vontade dos pais e/ou do(a) adolescente, de forma açodada, sem maiores preocupações com as consequências a curto, médio e longo prazos para com este(a). Em tais casos (assim como, de regra, em todos os casos que envolvem interesses infantojuvenis), longe de agir com precipitação, é fundamental a realização de uma avaliação técnica interprofissional criteriosa, acompanhada de um “período de reflexão”, no qual o(a) adolescente e sua família devem receber a devida orientação (cf. arts. 101, inciso II e 129, inciso IV, do ECA), também por parte de profissionais habilitados, acerca das implicações da medida. *Desnecessário dizer que o casamento precoce (ou mesmo a união de fato), com todas as suas consequências, pode trazer sérios prejuízos ao(à) adolescente, tomando a princípio de todo desaconselhável sua autorização pela autoridade judiciária, cujo compromisso não é apenas o de atender uma situação de momento, mas com a proteção integral do(a) jovem também no que diz respeito a seu futuro.* (destacado)¹⁵⁴

Extrai-se como fundamento para declaração de nulidade do casamento infantil de quem não atingiu a idade núbil, inicialmente, a aplicação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Decreto-Lei nº 4.657/42, que dispõe no seu artigo 2º, §1º,

¹⁵⁴ DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Ildera Amorim. *Estatuto da criança e do adolescente anotado e interpretado*. Curitiba. Ministério Público do Estado do Paraná. Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 2017. 7. ed. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/caopca/eca_annotado_2017_7ed_fempar.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2020.

de que a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, *quando seja com ela incompatível* ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

Sendo assim, aplicando-se a regra de lei posterior, a Lei nº 13.798/19 torna incompatíveis todas as demais previsões que a contrariem, ou seja, se o artigo 1.520 do CC estabelece que não será permitido, em qualquer caso, o casamento de quem não atingiu idade núbil, as normas dos artigos 1.550, inciso I, 1.551, 1.552 e 1.553, todos do CC, que declaram desde ser anulável até mesmo a possibilidade mediante suprimento judicial do casamento infantil a menores de 16 (dezesseis) anos, são inaplicáveis, pois revogadas tacitamente.

Outro fundamento para declaração de nulidade dos casamentos/uniões infantis pode ser extraído das justificativas apresentadas pelo poder legiferante na alteração da norma civil, conforme já expostas, ressaltando que se trata de medida de proteção de crianças e adolescentes, visando a diminuição dos casamentos/uniões precoces e a diminuição da gravidez na adolescência.

Desse modo, os operadores do direito devem levar em consideração a *mens legis* no momento da sua aplicação e no caso expurgar qualquer hipótese que autorize casamentos infantis de quem não atingiu a idade núbil.

Por fim e principal fundamento é o do princípio da proteção integral da criança e do adolescente, alicerçada na política de

prevenção da gravidez na adolescência, ambos estabelecidos no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Conforme retratado, a gravidez na adolescência e o casamento infantil estão interligados, sendo causa e consequência recíprocas. Tanto é que, conforme estudo da Organização Pan-Americana da Saúde, Fundo das Nações Unidas para a População, e Fundo das Nações Unidas para a Infância, em relatório de como enfrentar a gravidez na adolescência do ano de 2017,¹⁵⁵ a principal recomendação foi a redução do casamento antes dos 18 (dezoito) anos *por meio de legislação que proíba os casamentos infantis*.

Neste aspecto ao se interpretar o artigo 1.520 do CC, junto com o princípio da proteção integral e a norma no artigo 8º-A do ECA, que criou a Semana de Prevenção da Gravidez na Adolescência, em uma leitura sistemática, vê-se que o Poder Público está buscando fortalecer uma política pública de prevenção de gravidez na adolescência por meio da proibição do casamento infantil para quem não atingiu a idade núbil, *sem exceções*.

Assim, uma interpretação contrário *sensu* afronta o próprio princípio da proteção integral e da política de prevenção da gravidez

na adolescência estabelecidos no ECA, sendo ambas normas fundamentais e portanto proibidas de retrocessos.¹⁵⁶ Já que, embora não fomenta o casamento/união infantil, a compressão diversa pela anulabilidade acaba por flexibilizar e permitir casamentos infantis, retirando um direito das crianças e adolescentes, especialmente o direito à vida, já que, conforme trazido alhures, tanto as uniões infantis quanto a gravidez na adolescência geram consequências imensuráveis ao projeto de vida dessas pessoas em processo de desenvolvimento. À vista disso, comentam Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald:

Nessa ambiência em que se proibiu o casamento do menor de dezesseis anos de idade, a Lei nº13.798/19, acrescentando o Art.8º-A ao Estatuto da Criança e do Adolescente, instituiu a semana nacional de prevenção da gravidez na adolescência, procurando ressaltar a importância da proteção integral infantojuvenil.¹⁵⁷

¹⁵⁵ PAN AMERICAN HEALTH ORGANIZATION. *Accelerating progress toward the reduction of adolescent pregnancy in Latin America and the Caribbean*. Disponível em: <<https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/34493/9789275119761-eng.pdf?sequence=1&isAllowed=y&ua=1>>. Acesso em: 12 abr. 2020.

¹⁵⁶ Sobre o princípio da proibição do retrocesso social, ver CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional: teoria da constituição*. São Paulo: Editora Almedina, 1998, p. 81: pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas que, sem a criação de esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática em uma anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade do legislador tem como limite o núcleo essencial já realizado.

¹⁵⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 223.

Continuam os autores apontando exemplos do direito estrangeiro no combate ao casamento infantil, baseados no princípio da proteção integral:

Já afirmávamos que o sistema jurídico caminha para a inadmissibilidade total de suprimento de idade para fins de matrimônio. Criança e adolescente, de fato, merecem um regime protetivo diferenciado e integral que, em concreto, se apresenta incompatível com as responsabilidades impostas pela constituição de uma família. Nesta esteira, por curiosidade, a nova *Ley de Jurisdicción Voluntaria* da Espanha, de 15 de julho de 2015, eliminou a possibilidade de autorização judicial para casamento aos menores de idade em solo espanhol.¹⁵⁸

Diante de todos os fundamentos expostos, identifica-se que o casamento/união infantil e a gravidez na adolescência devem ser combatidos por todos os atores da proteção da infância e juventude, especialmente pela dura realidade brasileira, a qual necessita de ainda mais esforços, tendo no princípio da proteção integral, consagrado no Estatuto da Criança e do Adolescente há 31 (trinta e um) anos, junto com as recentes alterações legislativas, aplicação pela nulidade dos casamentos de quem não atingiu a idade núbil como importante ferramenta na prevenção da gravidez na adolescência.

¹⁵⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 223.

CONCLUSÃO

Após a apresentação da pesquisa, identificou-se que o Brasil necessita de uma política mais significativa tanto no combate ao casamento/união infantil quanto à gravidez na adolescência, que possibilite, ao menos, alcançar os objetivos globais de Desenvolvimento Sustentável da Organização das Nações Unidas (ONU) até o ano de 2030.

As alterações no Código Civil quanto à idade núbil e do Estatuto da Criança e do Adolescente, conforme demonstrado, devem ser lidas de maneira sistêmica, decretando-se a nulidade dos casamentos/uniões infantis em que haja nubentes menores de 16 (dezesseis) anos.

Sendo assim, com base no princípio da proteção integral, abrigado há 31 (trinta e um) anos no Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual traz que nenhuma norma pode ser interpretada e muito menos aplicada em prejuízo de crianças e adolescentes, a presente pesquisa se fundamentou para defender a nulidade dos casamentos/uniões infantis para quem não atingiu a idade núbil também como forma de uma política de prevenção da gravidez na adolescência.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitu

icao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 abr. 2020.

_____. Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890. *Diário Oficial da União*. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-181-24-janeiro-1890-507282-norma-pe.html>>. Acesso em: 15 abr. 2020.

_____. Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. *Diário Oficial da União*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 15 abr. 2020.

_____. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. *Diário Oficial da União*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 15 abr. 2020.

_____. Projeto de Lei do Senado n. 13, de 2010. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/95512>>. Acesso em: 15 abr. 2020.

_____. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. *Diário Oficial da União*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>. Acesso em: 15 abr. 2020.

_____. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. *Diário Oficial da União*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 15 abr. 2020.

_____. Lei n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994. *Diário Oficial da União*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8971.htm>. Acesso em: 15 abr. 2020.

_____. Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996. *Diário Oficial da União*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9278.htm>. Acesso em: 15 abr. 2020.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Diário Oficial da União*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 15 abr. 2020.

_____. Lei n. 11.106, de 28 de março de 2005. *Diário Oficial da União*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11106.htm>. Acesso em: 15 abr. 2020.

_____. Lei n. 12.105, de 07 de agosto de 2009. *Diário Oficial da União*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm>. Acesso em: 15 abr. 2020.

_____. Lei n. 12.594, de 18 de janeiro de 2012. *Diário Oficial da União*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm>. Acesso em: 15 abr. 2020.

_____. Lei n. 13.811, de 12 de março de 2019. *Diário Oficial da União*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13811.htm>. Acesso em: 15 abr. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.830.598/SP*. Disponível em: <<https://cnbsp.org.br/?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhew=&in=MTg1MDk=&filtro=1>>. Acesso em: 14 abr. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277*. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 14 abr. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132*. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 14 abr. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional: teoria da constituição*. São Paulo: Editora Almedina, 1998.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito de família: de acordo com o Novo CPC*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Ildeara Amorim. *Estatuto da criança e do adolescente anotado e interpretado*. Curitiba. Ministério Público do Estado do Paraná. Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 2017. 7. ed. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/caopca/eca_annotado_2017_7ed_fempar.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

FLACSO BRASIL. *Gravidez é responsável por 18% da evasão escolar entre meninas*. Disponível em: <<http://flacso.org.br/?p=14369>>. Acesso em: 12 abr. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *CENSO 2010*. Disponível em: <<https://censo2010.ibge.gov.br/>>. Acesso em: 12 abr. 2020.

KUSANO, Susileine. *Da família anaparental: do reconhecimento como entidade familiar*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7559>. Acesso em: 28 mar. 2020.

LÔBO, Paulo. A concepção da união estável como ato-fato jurídico e suas repercussões processuais. In: MADALENO, Rolf; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (orgs.). *Direito de família: processo, teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. vol. 1, p. 101-116.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Gravidez na adolescência tem queda de 17% no Brasil*. Disponível em: <<https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/28317-gravidez-na-adolescencia-tem-queda-de-17-no-brasil>>. Acesso em: 12 abr. 2020.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. *Agenda 2030*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>>. Acesso em: 12 abr. 2020.

PAN AMERICAN HEALTH ORGANIZATION. *Accelerating progress toward the reduction of adolescent pregnancy in Latin America and the Caribbean*. Disponível em: <<https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/34493/9789275119761-eng.pdf?sequence=1&isAllowed=y&ua=1>>. Acesso em: 12 abr. 2020.

PLAN INTERNATIONAL. *Plan International Brasil lança o documentário “casamento infantil”*. Disponível em: <<https://plan.org.br/plan-international-brasil-lanca-o-documentario-casamento-infantil/>>. Acesso em: 12 abr. 2020.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. São Paulo: Método, 2018.

UNFPA. *Situação da população mundial*. 2017. Disponível em: <<https://brazil.unfpa.org/pt-br/publications/situa%C3%A7%C3%A3o-da-popula%C3%A7%C3%A3o-mundial-2017>>. Acesso em: 17 abr. 2020.

UNFPA. *Maternidade precoce: enfrentando o caminho da gravidez na adolescência*. Disponível em: <<http://www.unfpa.org.br/Arquivos/swop2013.pdf>>. Acesso em: 17 abr. 2020.

UNHRC. *Preventing and eliminating child, early and forced marriage: Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights*. 2014.

Disponível em:

<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/.../A-HRC-26-22_en.doc>. Acesso em: 11 abr. 2020.

UNICEF. *The State of the World's Children 2014 In Numbers: Every Child Counts*. 2014.

Disponível em:

<https://www.unicef.org/publications/files/SO WC2014_In_Numbers_28_Jan.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2020.

WORLD BANK GROUP. *Casamento na infância e adolescência: a educação das meninas e a legislação brasileira*. Disponível em:

<<http://documents.worldbank.org/curated/pt/657391558537190232/pdf/Child-Marriage-Girls-Education-and-the-Law-in-Brazil.pdf>>. Acesso em: 17 abr. 2020.

DIREITO REAL DE LAJE: ASPECTOS JURÍDICOS E SOCIAIS

João Francisco do Prado Marçura¹⁵⁹

RESUMO

Durante toda a evolução social e histórica de nosso país nos deparamos com o problema da regularização fundiária; atualmente e em especial, a urbana. Tal questão, por muitos anos, foi ignorada pelo legislador pátrio, que preferiu voltar sua atenção para outras demandas. Todavia, com a transformação dos valores sociais, esse comportamento não se faz mais possível, passando então a ser editadas leis que visam atualizar a realidade jurídica conforme a realidade social existente. No tocante ao direito de moradia, significativa inovação legislativa ocorreu em 22 de dezembro de 2016, com a edição da Medida Provisória n. 759, convertida na Lei n. 13.465, de 11 de julho de 2017. De grande extensão temática, alterou diversas leis, dentre elas, a Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, inserindo uma nova modalidade de direito real no inciso XIII do artigo 1.225 do Código Civil Brasileiro, chamada de “direito real de laje”, e, conseqüentemente, novo título – Título XI – no Livro III, Do Direito das Coisas, para tratar, pontualmente, nos novos artigos 1.510-A a 1.510-E, a respeito da nova figura jurídica. Este artigo volta-se a uma breve análise desse novo instituto de direito real, importante no cenário jurídico-social brasileiro, notadamente na questão habitacional, buscando sua conformação junto à sistemática do Código Civil de 2002 e ao ordenamento jurídico como um todo.

PALAVRAS-CHAVE: Direito. Direito Civil. Direito Real. Laje.

ABSTRACT

Throughout the social and historical evolution of our country, we have faced the problem of land regularization, currently and especially, urban land

¹⁵⁹ Bacharel em direito pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus, Advogado inscrito na OAB/SP, Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

regularization. This issue has been ignored for many years by legislators who preferred to turn their attention to other demands. However, with the transformation of social values, this behavior is no longer possible, with laws being created, aiming to update the legal reality to the existing social reality. Regarding the right to housing, a significant legislative innovation took place on December 22, 2016, with the publishing of Provisional Measure No. 759, and converted into Law No. 13.465, of July 11, 2017. Of great thematic extension, the new law amended several laws, among them, the Law No. 10.406, of January 10, 2002, inserting a new real right modality in subsection XIII of article 1.225 of the Brazilian Civil Code, called “slab real law” (direito real de laje), and, consequently, a new title – Title XI – to Book III of the Law of Things, to deal specifically with the new articles from 1.510-A to 1.510-E, regarding the new legal figure. This study focuses on the analysis of this new institute of real right, which is important in the Brazilian social and legal scenario, especially in the housing issue, in order to study it in detail, seeking its compliance with the 2002 Brazilian Civil Code and with the legal system as a whole.

KEYWORDS: Law. Civil Law. Real Right. Slab.

INTRODUÇÃO

O contexto pós-moderno enseja “[...] uma pletera de programas, projetos e atividades, constitutivos do que se convencionou chamar políticas públicas”,¹⁶⁰ demandando do Estado uma agenda positiva. Com seu advento constata-se uma revolução

¹⁶⁰ BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. Os direitos sociais e as Constituições democráticas brasileiras: breve ensaio histórico. In: RÚBIO, David Sanchez; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de (org.). *Direitos humanos e globalização, fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. 2. ed. Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2010. p. 511.

cultural e dos costumes, intensificando o emprego de novas tecnologias, bem como a incorporação de novas tendências pela Política, Economia, Sociologia, Psicologia e também pelo Direito.

Para Antonio Junqueira de Azevedo, no âmbito jurídico, caracteriza-se a pós-modernidade por três elementos distintos: 1) *dívidas* “[...] sobre a capacidade da razão para obter noções definitivas”, que “[...] provocam visceral revolta numa ciência tão antiga como o direito, em que a procura de certeza e objetividade constitui ponto central”;¹⁶¹ 2) *hipercomplexidade*, entendida pelo autor como “[...] a multiplicidade de grupos sociais, justapostos uns aos outros, dentro da mesma sociedade, cada grupo querendo uma lei especial para si”, o que quebraria a “permanente tendência à unidade – ao ‘sistema’ – do mundo do direito”;¹⁶² e, por fim, 3) *interação*, ou seja, “[...] o ir-e-vir no mesmo nível, semelhante a um mecanismo cibernético, tudo, no Direito, sendo atualmente objeto de negociação”, o que “[...] vai contra a concepção hierárquica – quando não aristocrática – que o estamento jurídico tem da Justiça”.¹⁶³

¹⁶¹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito pós-moderno. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, São Paulo, jun./ago. 1999, p. 96.

¹⁶² AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito pós-moderno, cit., p. 97.

¹⁶³ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito pós-moderno e a codificação. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, São Paulo, ago. 1999, p. 3-12.

A partir desses três elementos o Direito é influenciado e passa a delimitar as antigas e novas relações sociais existentes. Por consequência, surgem novos desafios, aos quais tenta se amoldar para refletir seu novo paradigma.

Frisa-se que, contrariamente ao período moderno, em que o Direito Administrativo e o Direito Processual eram tomados como ciência de ponta, ou seja, como paradigma para a solução de questões sociais, atualmente, creditar-se-ia tal posição ao Direito Civil, o qual é utilizado, inadvertidamente, por grande parte da ciência jurídica, como tábua de salvação dos problemas sociais, que, diferentemente da praxe, exigem “[...] vetores materiais, diretrizes, e não fórmulas vazias, próprias de uma axiologia formal, cujo ‘recheio’ é posto arbitrariamente pela autoridade”.¹⁶⁴

Nesse sentido, o Direito Civil, no âmbito da pós-modernidade, caracteriza-se:

[...] por ter como objeto a vida e, em especial, a vida e a dignidade da pessoa humana, dá sentido e conteúdo ao sistema. As noções vagas de ordem pública, interesse público e função social – muletas para o juiz e as autoridades, no paradigma anterior – já não satisfazem.¹⁶⁵

Portanto, os maiores desafios da sociedade pós-moderna atingem diretamente o

¹⁶⁴ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito pós-moderno e a codificação, cit., p. 9.

¹⁶⁵ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito pós-moderno e a codificação, cit., p. 3-12.

Direito Civil. Entre eles estão questões referentes à existência humana, à identidade, à privacidade, ao consumo, à família e também questões relativas ao acesso à cidade e, por consequência, à moradia, ou seja, questões diversas que refletem justamente na esfera social e pessoal do indivíduo. Especificamente no tocante à moradia, o debate vincula-se à tão necessária regularização fundiária urbana, fenômeno relegado pela legislação brasileira durante grande parte de sua história e que se agrava com o decorrer do tempo, ainda que tenha o legislador, ultimamente, buscado soluções para resolver o problema. Com relação ao tema, percebe-se que “[...] a possibilidade de acesso ao direito de propriedade sobre a terra consiste em um componente essencial no combate à pobreza”.¹⁶⁶

Justamente nesse contexto surge o chamado “direito real de laje”, recente instrumento legislativo criado e positivado, nos artigos 1.510-A a 1.510-E do Código Civil Brasileiro, para tentar solucionar a crise habitacional nas grandes cidades de nosso país. Em última análise, visa efetivar o direito fundamental à moradia, bem como permitir, mediante sua formalização, uma maior

aproximação da realidade social à realidade jurídica.

1. O FENÔMENO DAS FAVELAS E O CONTEXTO HISTÓRICO-SOCIAL PARA O SURGIMENTO NORMATIVO DO DIREITO REAL DE LAJE

No Brasil, tradicionalmente, imperou a posse em detrimento da propriedade. Historicamente, a primeira posse no Brasil remonta à Coroa Portuguesa, que, entre 1534 e 1536, dividiu o território nacional em 14 capitâneas hereditárias, com base no instituto da donatária, conferindo-as aos nobres portugueses que desejavam explorar a terra.

Conforme Darcy Ribeiro, “[...] as donatárias, distribuídas a grandes senhores, agregados ao trono e com fortunas próprias para colonizá-las, constituíram verdadeiras províncias. Eram imensos quinhões com dezenas de léguas encristadas sobre o mar e penetrando terra adentro até onde topassem com a linha das Tordesilhas”.¹⁶⁷

Nesse sentido, pontua Afrânio de Carvalho:

[...] quando o Brasil foi descoberto, o Rei de Portugal, como descobridor, adquiriu sobre o território o título originário da posse. Investido desse senhorio, o descobridor, por meio de doações, feitas em cartas de sesmarias, primeiro pelos donatários das capitâneas, depois pelos

¹⁶⁶ MASSONETO, Luís Fernando; FONSECA, Maria Júlia Cruz da; CARVALHO, Eduardo de Moraes. A evolução do direito humano à propriedade no Sistema ONU. *Revista do Advogado*, São Paulo: AASP, n. 143, ago. 2019. p. 74.

¹⁶⁷ RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 86.

governadores e capitães-generais, começou a destacar do domínio público os tratos de terras que viriam a constituir o domínio privado. Esse regime de sesmarias veio da Descoberta até a Independência do Brasil, em 1822, quando se abriu um hiato na atividade legislativa sobre terras que se prolongou até 1850, desenvolvendo-se no intervalo a progressiva ocupação do solo sem qualquer título, mediante a simples tomada da posse.¹⁶⁸

Em razão do longo intervalo decorrido entre a descoberta do país e sua independência, bem como da progressiva ocupação do solo, sendo apenas parte dela regulada pelo regime das sesmarias, conclui-se, já avançando no tempo, que no início do século XIX a distribuição formal das posses de terras no Brasil se encontrava totalmente desorganizada, não existindo à época uma regulamentação jurídica capaz de discriminar amplamente as situações de fato, ou seja, de distinguir quem era ou não formalmente dono dos imóveis aqui localizados. Assim, no decorrer histórico-normativo de nossa sociedade, constata-se que a simples posse se converteu em propriedade.

Atualmente, é nítido que nosso sistema registral e legislativo como um todo não foi aperfeiçoado de maneira suficientemente ampla para regulamentar as situações fáticas que nossa sociedade apresenta, sobretudo, no que tange às formas de moradia, nas grandes cidades brasileiras,

¹⁶⁸ CARVALHO, Afrânio de. *Registro de Imóveis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 11-12.

dos setores mais carentes da população, não atingidos pelas políticas públicas. Esses, pelo fato de se verem desamparados, inovam em suas relações civis dia a dia, de acordo com a necessidade fática local.¹⁶⁹⁻¹⁷⁰

Quanto à questão das moradias desse setor excluído pelo Estado, observa-se que, via de regra, surgem a partir da ocupação de terrenos públicos ou particulares, na modalidade de casas que não atendem aos padrões necessários de exigência técnica, seja administrativa ou estruturalmente. Muitas vezes, são erigidas com materiais impróprios, em áreas de risco ou de preservação ambiental,

¹⁶⁹ Esclarece Cláudia Franco Corrêa que: “Sem opção de inserir-se na estrutura de moradia legal, pois a aquisição do direito de propriedade lhes é inacessível, os moradores de favelas constroem arranjos sociais que lhes possibilitem participar de uma estrutura de circulação de riquezas inoficial, mas que articula suas vidas cotidianas, ainda que diante da ausência do Estado.” CORRÊA, Cláudia Franco. *Controvérsias entre o direito de moradia em favelas e o direito de propriedade imobiliária na cidade do Rio de Janeiro: o direito de laje em questão*. Rio de Janeiro: Topbooks, 2012. p. 24.

¹⁷⁰ É também válida a ressalva de Anderson Santos: “No Brasil, a exclusão social se apresenta das mais variadas maneiras. A população menos favorecida não consegue acesso à saúde, à educação, ao trabalho, à qualificação profissional, à vida digna. A questão da moradia é apenas mais um tormento na vida daqueles que não tiveram ‘a sorte’ de nascer em uma família com o mínimo de estrutura financeira”. SANTOS, Anderson. *Função social da propriedade urbana: regularização fundiária*. Sorocaba: Create, 2009. p. 56.

ou, ainda, umas sobre as outras, quando não há mais espaço para ocuparem no solo.¹⁷¹

Nessa última hipótese, tem-se o fenômeno da verticalização das moradias informais, que se dá por meio do que os moradores desses locais chamam de “venda da laje”, ou seja, a venda da superfície ou do subsolo da casa para a construção de nova moradia, que pertencerá, via de regra, a indivíduo diverso do proprietário da construção-base.

Cumprido ressaltar que o problema da falta de acesso formal à moradia é antigo no Brasil, remontando à herança colonial deixada, especialmente, no que diz respeito à decadência da escravidão e à sua abolição. Esse problema secular, por descaso legislativo, culminou no atual fenômeno das favelas.

Conforme Cláudia Franco Corrêa, é certo que, como consequência do declínio da escravidão, a aristocracia brasileira, enfraquecida, trocou os grandes latifúndios pelos sobrados urbanos. Seus antigos escravos, por sua vez, foram obrigados a instalar-se em moradias precárias e coletivas, também localizadas nos centros urbanos, à procura de emprego, junto com os que lá já habitavam na qualidade de escravos libertos, de escravos que

“viviam sobre si” e de imigrantes desempregados.¹⁷²

Pontua a autora que, diferentemente do ocorrido nos Estados Unidos da América¹⁷³, no Brasil, a abolição não veio

¹⁷² Escravos que viviam sobre si eram aqueles que viviam longe da casa do senhor, com sua autorização, mas mantendo-se objeto de seu domínio, de seu patrimônio pessoal. Isso significava certa autonomia, possibilitando inclusive que o escravo cumprisse jornadas de trabalho extras a fim de juntar certa quantia para comprar a alforria. Para o proprietário, a vantagem consistia na diminuição de gastos com a manutenção. Cf. CORRÊA, Cláudia Franco. *Controvérsias entre o direito de moradia em favelas e o direito de propriedade imobiliária na cidade do Rio de Janeiro*, cit., p. 51.

¹⁷³ Quanto à questão no âmbito dos Estados Unidos da América, denota-se a importância do denominado Freedmen's Bureau, advindo com final da Guerra Civil americana. Nesse sentido: “In the years following the Civil War, the Bureau of Refugees, Freedmen, and Abandoned Lands (the Freedmen's Bureau) provided assistance to tens of thousands of former slaves and impoverished whites in the Southern States and the District of Columbia. The war had liberated nearly four million slaves and destroyed the region's cities, towns, and plantation-based economy. It left former slaves and many whites dislocated from their homes, facing starvation, and owning only the clothes they wore. The challenge of establishing a new social order, founded on freedom and racial equality, was enormous. The Bureau was established in the War Department in 1865 to undertake the relief effort and the unprecedented social reconstruction that would bring freedpeople to full citizenship. It issued food and clothing, operated hospitals and temporary camps, helped locate family members, promoted education, helped freedmen legalize marriages, provided employment, supervised labor contracts, provided legal representation, investigated racial confrontations, settled freedmen on abandoned or confiscated lands, and worked with African American soldiers and sailors and their heirs to secure back pay, bounty payments, and pensions”. [Nos anos que se

¹⁷¹ Nesse sentido, pontua Anderson Santos: “Dada a impossibilidade de aquisição de imóvel regular, será obrigado, o excluído, a valer-se de loteamentos irregulares que, por razões óbvias, são mais baratos ou até de invasão de áreas, pois, em algum lugar, terá que se abrigar juntamente com sua família”. SANTOS, Anderson. *Função social da propriedade urbana*, cit., p. 50-51.

acompanhada de um programa assistencial do Estado, ou seja, os recém-libertos não receberam qualquer apoio para dar início a suas vidas nessa nova condição. Por consequência, viram-se sem trabalho ou salário, sem moradia, sem instrução, acesso à saúde ou qualquer outro tipo de auxílio social.¹⁷⁴

seguiram à Guerra Civil, a repartição de refugiados, homens livres e de terras abandonadas prestou assistência a dezenas de milhares de ex-escravos e brancos empobrecidos nos Estados do Sul e no Distrito de Columbia. A guerra havia libertado quase quatro milhões de escravos e destruído as cidades, vilas e a economia latifundiária da região. Deixou escravos e muitos brancos deslocados de suas casas, enfrentando a fome e possuindo apenas as roupas que vestiam. O desafio de estabelecer uma nova ordem social, fundada na liberdade e na igualdade racial, era enorme. A repartição foi criada no Departamento de Guerra em 1865 para empreender o esforço de socorro e a reconstrução social sem precedentes que levaria as pessoas libertas à plena cidadania. Distribuiu comida e roupas, manejou hospitais e acampamentos temporários, ajudou a localizar membros da família, promoveu educação, auxiliou os libertos a legalizar casamentos, forneceu empregos, supervisionou contratos de trabalho, proveu representação legal, investigou confrontos raciais, estabeleceu libertos em terras abandonadas ou confiscadas e trabalhou com soldados e marinheiros afro-americanos e seus herdeiros para garantir pagamentos atrasados, recompensas e pensões (tradução nossa).] Cf. THE U.S. NATIONAL ARCHIVES AND RECORDS ADMINISTRATION. *African American Records: Freedmen's Bureau* "... an unequalled wealth of information that extends the reach of black family studies and social history." Disponível em: <https://www.archives.gov/research/african-americans/freedmens-bureau> Acesso em: 9 maio 2020.

¹⁷⁴ CORRÊA, Cláudia Franco. *Controvérsias entre o direito de moradia em favelas e o direito de propriedade imobiliária na cidade do Rio de*

Na época, como solução precária de moradia urbana, tanto para os ex-escravos quanto para os imigrantes e mamelucos desempregados, surgiram os cortiços que, posteriormente, seriam extintos em razão de uma política sanitarista, a qual objetivava afastar as classes pobres dos centros de poder político e econômico das cidades. Transfigurou-se, assim, a antiga forma de habitação popular urbana no que conhecemos atualmente por favelas ou, tecnicamente, *aglomerados subnormais*, na maioria das vezes e também nos dias de hoje, localizados em cantos afastados das zonas políticas e econômicas dos grandes centros urbanos e dos bairros nobres que lá se fixam.¹⁷⁵⁻¹⁷⁶⁻¹⁷⁷⁻¹⁷⁸

Janeiro, cit., p. 50. Cf. também: CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

¹⁷⁵ Tradicionalmente um cortiço compõe-se de casas divididas em poucos cômodos partilhando uma lavanderia, cozinha e banheiro de uso comum.

¹⁷⁶ CORRÊA, Cláudia Franco. *Controvérsias entre o direito de moradia em favelas e o direito de propriedade imobiliária na cidade do Rio de Janeiro*, cit., p. 69.

¹⁷⁷ Pedro Pontes de Azevedo traz curiosa informação em relação ao termo "favela". Conforme o autor, o termo originariamente nomeia arbusto ou árvore (*Jatropha phyllacantha*) da família das euforbiáceas que ocorre no Sudeste e Nordeste Brasileiros, especialmente nos morros onde inicialmente se instalaram as primeiras aglomerações de moradias irregulares, dando-lhes o nome com o passar do tempo. Cf. AZEVEDO, Pedro Pontes de. *Usucapião da propriedade possível em terras públicas: o direito de superfície e à moradia em áreas de exclusão social*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 87.

¹⁷⁸ Segundo o IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), *aglomerado subnormal*

Dessarte, observa-se que “[...] a história da favela não se revela apenas como uma trajetória de privações, mas se estrutura, antes de tudo, como um esforço ininterrupto pelo direito à cidade”.¹⁷⁹ Acrescenta-se à moradia, portanto, como forma de exercício inclusivo das cidadanias dos que lá habitavam e atualmente habitam.

A título de curiosidade, observa Glória Kok que a primeira favela de que se tem notícia no Brasil originou-se, segundo acreditam muitos historiadores, já em 1897, no morro da Providência, no Rio de Janeiro,

“[...] é um conjunto constituído de, no mínimo, 51 unidades habitacionais (barracos, casas...) carentes, em sua maioria, de serviços públicos essenciais, ocupando ou tendo ocupado, até período recente, terreno de propriedade alheia (pública ou particular) e estando dispostas, em geral, de forma desordenada e densa”. Ainda, para sua caracterização, deve-se cumprir dois critérios essenciais: a) ocupação ilegal da terra, ou seja, construção em terrenos de propriedade alheia (pública ou particular) no momento atual ou em período recente (obtenção de título de propriedade do terreno há dez anos ou menos); e b) possuir pelo menos uma das seguintes características: urbanização fora dos padrões vigentes – refletido por vias de circulação estreitas e de alinhamento irregular, lotes de tamanhos e formas desiguais, construções não regularizadas por órgãos públicos, ou, ainda, precariedade dos serviços públicos essenciais. Cf. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. *Censo Demográfico 2010: aglomerados subnormais. Informações territoriais*. Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=249230>. Acesso em: 14 mar. 2019.

¹⁷⁹ CORRÊA, Cláudia Franco. *Controvérsias entre o direito de moradia em favelas e o direito de propriedade imobiliária na cidade do Rio de Janeiro: o direito de laje em questão*, cit., p. 53.

situado na Gamboa, atrás da estação Central da Estrada de Ferro D. Pedro II (que, depois da proclamação da República, passaria a se chamar Estrada de Ferro Central do Brasil). Inicialmente habitada por ex-soldados que participaram da Guerra de Canudos, no sertão da Bahia, é considerada referência historiográfica para a disseminação do termo.¹⁸⁰

Portanto, constata-se que a questão do acesso à moradia não é nova e, atualmente, atinge enormes proporções em razão do perene descaso do Estado, que não proveu políticas públicas eficientes para incluir o setor menos favorecido da sociedade no que se pode chamar de cidade formal. Além disso, a concentração da população carente em bairros periféricos de áreas nobres ou industriais interessa a grupos econômicos e políticos, pois facilita o acesso à mão de obra e a torna mais barata, também evitando o inconveniente visual aos bairros elitizados, razões que acabam por dificultar, ainda mais, a regularização das moradias desse setor vulnerável de nossa sociedade.¹⁸¹

¹⁸⁰ Cf. KOK, Glória. *Rio de Janeiro na época da Av. Central*. São Paulo: Bei Comunicação, 2005. Disponível em: <https://docslide.com.br/documents/livro-historia-rio-de-janeiro-na-epoca-da-av-central.html>. Acesso em: 20 mar. 2019. p. 28.

¹⁸¹ Nesse sentido, pontua Eunice Aparecida de Jesus Prudente que: “a casa-habitação é hoje mercadoria e convive-se num processo de segregação social e econômico. As metrópoles brasileiras possuem [...] áreas ‘nobres’ devidamente equipadas, onde moram as classes ricas, com excelente qualidade de vida e

Vê-se que se trata de fenômeno complexo, perante o qual o legislador começou a tentar buscar soluções apenas nas últimas décadas, enfrentando agora grande contradição, uma vez que, “[...] enquanto a favela é considerada como um problema para parte da cidade, ela mesma se viabiliza como solução exequível a milhares de pessoas que não possuem meios próprios de acesso a moradias dignas em espaços urbanos regulares”.¹⁸² Em outras palavras, a população que lá reside “[...] está apenas executando seu plano de sobrevivência”,¹⁸³ não havendo pretensão por parte de seus ocupantes de informalizar o direito com seus arranjos sociais, mas justamente o contrário: objetiva transformar suas pretensões em direito estatal, a fim de se incluir no espaço formal.¹⁸⁴⁻¹⁸⁵

‘periferias’, favelas, sem serviços básicos, onde estão as classes assalariadas com péssimas condições de vida”. Cf. PRUDENTE, Eunice Aparecida de Jesus. *Direito à personalidade integral: cidadania plena*. 1996. 125 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1996. p. 61.

¹⁸² CORRÊA, Cláudia Franco. *Controvérsias entre o direito de moradia em favelas e o direito de propriedade imobiliária na cidade do Rio de Janeiro*, cit., p. 107.

¹⁸³ CAVALCANTI, Clóvis. Escolhas autocráticas e vida de horrores: o caso da política habitacional. In: FALCÃO, Joaquim de Arruda (org.). *Conflito de direito de propriedade, invasões urbanas*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 219.

¹⁸⁴ Cf. SOUZA, João Carlos de. Ocupações de áreas urbanas em São Paulo: trajetórias de vida. Linguagens e representações. *Revista Brasileira de História*, São Paulo, v. 18, n. 35, 1998. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_artte

Diante dessas constatações, fica nítido que as diferenças sociais e econômicas, embora reflitam em outras questões, não podem repercutir no mundo jurídico, o qual “[...] deve privilegiar a uniformidade de tratamento ao permitir que todos acessem os direitos disponibilizados na textura da lei”,¹⁸⁶ bem como criar novos modelos para se adequar à realidade fática experienciada em nossa sociedade.

Portanto, justamente nesse contexto social é que atuou o legislador, objetivando minimizar a distância entre o sistema jurídico e a ordem social. Surgiu, então, a partir da Medida Provisória n. 759, de 2016, o chamado direito real de laje, adotando-se a mesma nomenclatura popular pela qual já era conhecido o instituto no âmbito dos aglomerados subnormais, em uma tentativa de formalizar as habitações irregulares e de efetivar o direito fundamental à moradia.¹⁸⁷ Referida Medida Provisória converteu-se na

xt&pid=S0102-01881998000100016&Ing=pt&nrm=iso. Acesso em: 15 mar. 2019.

¹⁸⁵ FALCÃO, Joaquim de Arruda. Justiça social e justiça legal: conflitos de propriedade no Recife. In: FALCÃO, Joaquim de Arruda (org.). *Conflito de direito de propriedade, invasões urbanas*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 83.

¹⁸⁶ CORRÊA, Cláudia Franco. *Controvérsias entre o direito de moradia em favelas e o direito de propriedade imobiliária na cidade do Rio de Janeiro*, cit., p. 108.

¹⁸⁷ Cf. TESHIMA, Marcia; PONA, Everton Willian. Do direito de laje: uma visão mitigada do direito de propriedade ao direito de moradia. *Argumentum – Estado, Democracia Econômica e Políticas Públicas*, Marília: Unimar, v. 12, p. 45-76, 2011.

Lei n. 13.465, de 2017, que, a partir de seu artigo 55, inseriu, definitivamente, no rol taxativo do artigo 1.225 do Código Civil Brasileiro de 2002, inciso XIII, o chamado direito real de laje, bem como novo título – Título XI – no Livro III, “Do Direito das Coisas”, para tratar, pontualmente, a partir da nova e final redação, nos artigos 1.510-A a 1.510-E, a respeito do instituto.

Nesse sentido, uma última observação quanto à nomenclatura do novo instituto de direito real deve ser feita: conforme Eduardo C. Silveira Marchi, “[...] não obstante a simpática e popular expressão ‘laje’ decorrente de praxe negocial, surgida nas favelas cariocas [...] tal inédita figura jurídica apresenta, na terminologia técnica do direito civil, já há muito tempo, nome e sobrenome: propriedade superficiária”.¹⁸⁸ Avisa-nos ainda que o vocábulo “laje” será de difícil leitura fonética em outras línguas em razão de, em muitas delas, o “j” não existir ou equivaler ao “i” de nosso vernáculo, não se devendo, portanto, importar um termo técnico da área da construção civil para a área do direito.¹⁸⁹

2. DIREITO REAL DE LAJE: UM NOVO DIREITO REAL OU UMA

¹⁸⁸ MARCHI, Eduardo C. Silveira. *Direito de laje: da admissão ampla da propriedade superficiária no Brasil*. São Paulo: YK, 2018; MARCHI, Eduardo C. Silveira. *A propriedade horizontal no direito romano*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2002, p. 11.

¹⁸⁹ MARCHI, Eduardo C. Silveira. *A propriedade horizontal no direito romano*, cit., p. 11.

IMPRECISÃO TÉCNICA DO LEGISLADOR?

A partir de sua inserção como novo direito real no artigo 1.225 do Código Civil Brasileiro de 2002, o direito real de laje passou a ser objeto de grande debate doutrinário, notadamente quanto à sua natureza jurídica e à sua operabilidade. Este artigo se limitará ao primeiro, especificamente, quanto à autonomia do direito real de laje e à sua distinção com o instituto do direito real de superfície.

As dúvidas quanto à natureza jurídica surgiram já no artigo que introduz o instituto: artigo 1.510-A do Código Civil, que dispõe, em seu *caput*, poder o proprietário de uma construção-base ceder a superfície superior ou inferior de sua construção a fim de que o titular da laje mantenha unidade distinta daquela originalmente construída sobre o solo.

Segundo a maioria dos juristas ¹⁹⁰, a partir de uma possível interpretação restritiva

¹⁹⁰ Cf. LIMA, Frederico Henrique Viegas de. Direito de laje: uma visão da catedral. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 82, p. 251-280, jan./jun. 2017; CARBONARI, Silvia Regina de Assumpção. O direito de superfície sob nova perspectiva. *Revista Âmbito Jurídico*, n. 51, mar. 2018. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2458&revista_caderno=7. Acesso em: 15 mar. 2019; ALBUQUERQUE JUNIOR, Roberto Paulino de. O direito de laje não é um novo direito real, mas um direito de superfície. *Consultor Jurídico*, 2 jan. 2017. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-jan-02/direito-de-laje-nao-direito-real-direito-superficie>. Acesso em: 15 mar. 2019; RODRIGUES

do referido texto normativo, não seria o direito real de laje uma nova modalidade de direito real, mas tão somente uma espécie de direito de superfície ainda não normatizado, o chamado *direito de superfície por sobrelevação*, também conhecido como *sobre-elevação*, *direito de mais elevação* ou *sobre-edificação* ¹⁹¹, que, vale ressaltar, não se

JUNIOR, Otavio Luiz. Um ano longo demais e os seus impactos no direito civil contemporâneo. *Consultor Jurídico*, 26 dez. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-dez-26/retrospectiva-2016-ano-longo-impactos-direito-civil-contemporaneo>. Acesso em: 15 mar. 2019; ARRUDA, Sande Nascimento de. Direito real de laje: um instrumento de inclusão urbana e de reconhecimento ao direito humano à moradia. *Revista Âmbito Jurídico*, Rio Grande, ano 20, n. 164, set. 2017. Disponível em: http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19628. Acesso em: 15 mar. 2019.

¹⁹¹ Segundo Ricardo Pereira Lira, *sobre-elevação* é a “[...] possibilidade de o titular da propriedade superficiária construir ou conceder a um terceiro que construa sobre a sua propriedade superficiária”. LIRA, Ricardo Pereira. O Novo Código Civil, Estatuto da Cidade, direito de superfície. Número especial 2003. *Anais dos Seminários EMERJ – Debate o Novo Código Civil*, Parte II, jul. 2002/abr. 2003. p. 151. Segundo Letícia Marques Osório, o *direito de sobrelevação*, também denominado *direito de mais elevação* ou *sobre-edificação*, seria aquele que “[...] faculta ao superficiário a elevação da altura de seu prédio dentro dos limites estabelecidos pela legislação urbanística.” OSÓRIO, Letícia Marques. Direito de superfície. In: OSÓRIO, Letícia Marques (org.). *Estatuto da Cidade e reforma urbana: novas perspectivas para as cidades brasileiras*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 180; por fim, para Rodrigo Mazzei, “[...] seria a possibilidade de construir sobre edificação alheia, aproveitando-se da sobra do respectivo volume vertical acima do solo”. MAZZEI, Rodrigo Reis. *O direito de superfície no ordenamento jurídico brasileiro*. 2007. 405 f.

confunde com a modalidade de direito real de superfície por cisão, também não normatizada.¹⁹²

Porém, uma corrente minoritária prefere reconhecer o direito real de laje como novo direito real autônomo e não como espécie de direito de superfície. Francisco Eduardo Loureiro crê ser “[...] enganosa a equiparação ao direito real de superfície na modalidade sobrelevação”,¹⁹³ pois haveria diferenças marcantes entre os institutos. Também para Carlos Eduardo Elias de Oliveira o direito real de laje não seria espécie de direito de superfície, muito embora afirme

Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007. p. 345. Cf. também MILAGRES, Marcelo de Oliveira. Direito de laje?, cit., p. 75-88; MAZZEI, Rodrigo Reis. O direito de superfície e a sobrelevação (o direito de construir na edificação alheia ou “direito de laje”). *Revista Forense*, ano 108, v. 416, p. 243-258, jul./dez. 2012.

¹⁹² Conforme Pedro Pontes de Azevedo, “[...] superfície por cisão é aquela que ocorre quando o superficiário adquire o direito de explorar acessão já construída sobre o imóvel, em outras palavras, o superficiário incorpora ao seu patrimônio, temporalmente, a acessão já existente em um terreno”. AZEVEDO, Pedro Pontes de. *Usucapião da propriedade possível em terras públicas*, cit., p. 143. A respeito dessa modalidade de direito real, explica Rodrigo Mazzei que se trata do direito de superfície que alcança imóvel que já possui alguma acessão na data da concessão. Cf. MAZZEI, Rodrigo Reis. *O direito de superfície no ordenamento jurídico brasileiro*, cit., p. 316. Cf. também MILAGRES, Marcelo de Oliveira. Direito de laje?, cit., p. 75-88.

¹⁹³ LOUREIRO, Francisco Eduardo. Direito de laje e superfície. *Revista ARISP JUS*, 12. ed., mar. 2017. Disponível também em: <http://registradores.org.br/direito-de-laje-e-superficie/>. Acesso em: 15 mar. 2019.

esse autor que a visão topográfica do instituto, localizado após os direitos reais de garantia, possa não dar clareza suficiente acerca de sua natureza jurídica.¹⁹⁴ Nelson Rosenvald junta-se a essa corrente doutrinária minoritária, afirmando não ser a laje “[...] mera projeção laminar de uma propriedade alheia”. Segundo esse autor, não se trata de direito real limitado em seu conteúdo, o que pressuporia um esvaziamento dos poderes dominiais.¹⁹⁵

Aqui prefere-se entender o direito real de laje não como modalidade de direito real de superfície – direito real sobre coisa alheia –, mas como nova modalidade de direito real sobre coisa própria; assim atuará de maneira mais eficaz para regularizar a situação habitacional no Brasil, na tentativa de efetivar-se o direito fundamental à moradia.

Tal posicionamento quanto à autonomia do direito real de laje fundamenta-se em uma análise comparativa entre este e o

instituto do direito real de superfície exposta de maneira sucinta a seguir:

Como brevemente indicado acima, a primeira diferença encontra-se na natureza jurídica dos institutos: o direito real de laje enquadra-se como direito real sobre coisa própria, objeto de matrícula autônoma no Registro de Imóveis, por expressa disposição legal – art. 1.510-A, §3º, do Código Civil Brasileiro –, enquanto o direito de superfície é considerado um direito real sobre coisa alheia, incidindo seu registro na mesma matrícula do imóvel que lhe cede o exercício. A segunda diferença, por sua vez, diz respeito à forma de construção dos institutos. Alguns juristas, a partir da interpretação literal e restritiva do artigo 1.510-A do Código Civil Brasileiro, afirmam não poder o direito real de laje ser erigido diretamente sobre o solo, enquanto o direito de superfície, via de regra, incide justamente sobre o solo, seja para plantação ou para edificação.¹⁹⁶

Tal interpretação, entretanto, não se conforma com a ideia aqui defendida, a qual se filia à possibilidade de atribuir ao solo uma

¹⁹⁴ OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. O que é o direito real de laje à luz da Lei n. 13.465/2017? (Parte 1). *Consultor Jurídico*, 18 set. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-set-18/direito-civil-atual-direito-real-laje-luz-lei-134652017-parte>. Acesso em: 15 mar. 2019; OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. O que é o direito real de laje à luz da Lei n. 13.465/2017? (Parte 2). *Consultor Jurídico*, 25 set. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-set-25/direito-civil-atual-direito-real-laje-luz-lei-134652017-parte>. Acesso em: 15 mar. 2019.

¹⁹⁵ ROSENVALD, Nelson. O direito real de laje como nova manifestação de propriedade. *Nelson Rosenvald*, 14 set. 2017. Disponível em: <https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2017/09/14/O-direito-real-de-laje-como-nova-manifesta%C3%A7%C3%A3o-de-propriedade>. Acesso em: 20 mar. 2019.

¹⁹⁶ Nesse sentido: CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli; OLIVEIRA, Fernanda Loures de. Aspectos urbanísticos, civis e registrais do direito real de laje. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Uniceub, v. 7, n. 2, ago. 2017. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rbpp/article/view/4750>. Acesso em: 27 mar. 2019.

forma de apoio para a propriedade superficiária.¹⁹⁷

Conforme pontua Eduardo C. Silveira Marchi:

[...] na *fattispecie* da nova figura da “laje” ou propriedade superficiária, pode-se (e deve-se, tendo em vista sua utilidade prática) muito bem entender incluídas não só a possibilidade de cessão da “superfície superior” ou “inferior” (além da do próprio solo, com base em interpretação extensiva, já acima sustentada) pré-existentes, ou seja, já construídas (pavimentos ou andares), como ainda o “*ius aedificandi*”, vale dizer, o direito do adquirente de levantar ele próprio uma nova edificação sobre ou sob a construção-base (ou, de modo mais amplo, sobre ou sob o próprio solo não edificado). Saliente-se, de início, que a ideia do “*ius aedificandi*” como ínsito à figura da “laje” ou propriedade superficiária estaria, aliás, em perfeita sintonia com a origem histórica do instituto da *superficies* na experiência jurídica romana [...]: o direito de superfície – do qual se desenvolveu depois tanto o homônimo direito real sobre coisa alheia (doutrina dominante) quanto à propriedade superficiária (doutrina minoritária) – surgiu da praxe de concessões pelo Estado a particulares – comerciantes não só de edifícios já construídos sobre o solo público, mas também de concessões, justamente, da faculdade de construir novos edifícios sobre tal solo.¹⁹⁸

Além dos motivos técnicos expostos pelo autor que corroboram a posição aqui adotada, há outro elemento social e econômico que deve ser levado em consideração: muitas vezes, no âmbito informal, a transmissão da propriedade superficiária – direito real de laje – se dá com “cláusula suspensiva”, ou seja, o proprietário do solo vende a superfície sobre um edifício-base ainda não existente, para que, com o dinheiro advindo da venda, possa edificá-lo. Ou ainda, o titular do solo aliena o direito de laje a outrem para que, com o dinheiro advindo da venda, construa sua moradia sobre ou sob a construção-base edificada pelo comprador.

Assim, caso não fosse permitida a instituição do direito real de laje sobre o solo, estar-se-ia limitando ou até mesmo impedindo o proprietário do solo, sem recursos financeiros, de dar destinação econômica ao seu bem, pois não poderia optar pela instituição do novo direito real sem ter de arcar com os custos de uma edificação-base.

Explica-se melhor: na hipótese tratada abrem-se duas situações fáticas possíveis, sendo a segunda justificadora da instituição do direito real de laje diretamente sobre o solo alheio: 1) o proprietário do solo aliena laje futura para, com o dinheiro advindo da venda, edificar sua moradia, que servirá de construção-base; 2) o proprietário do solo aliena a propriedade superficiária a ser erigida sobre seu solo, utilizando o valor proveniente da venda para erigir seu imóvel sobre ou sob a

¹⁹⁷ Em consonância com Eduardo Cesar Silveira Marchi. MARCHI, Eduardo C. Silveira. *Direito de laje*, cit., p. 21-28.

¹⁹⁸ MARCHI, Eduardo C. Silveira. *Direito de laje: da admissão ampla da propriedade superficiária no Brasil*. São Paulo: YK, 2018. p. 39-40.

acessão-base construída, ou ainda, para questão pessoal e econômica diversa.

Logo, solução jurídica mais viável social e economicamente reside na possibilidade da instituição do direito real de laje sobre solo alheio, para que o proprietário desse, dando destinação econômica ao seu terreno, opte por nele erigir uma construção-base sob – ou uma acessão sobre – a “laje”, ou, ainda, use o dinheiro da venda do direito real de laje para outro fim econômico que lhe aprouver ou lhe for mais proveitoso, dando, concomitantemente, destinação social à sua propriedade.

Ainda quanto à forma de instituição física dos institutos, outra diferença marcante reside na possibilidade de uso do subsolo: conforme previsão expressa do artigo 1.369, parágrafo único, do Código Civil Brasileiro, é vedada a existência de superfície autônoma no subsolo – obra no subsolo –, salvo se inerente ao direito de construir ou de plantar no solo alheio, ao objeto da concessão. Já nos termos do artigo 1.510-A, § 1º, do Código Civil Brasileiro, o subsolo pode ser considerado o objeto principal do direito real de laje, de forma que é possível fazer uso independente daquele para a construção de unidade imobiliária autônoma.

Mais uma distinção, de caráter geral, diz respeito aos objetos de ambas as figuras jurídicas: enquanto o direito de superfície tem objeto mais abrangente, podendo ser utilizado tanto no ambiente urbano quanto no meio

rural, seja para plantações ou para construções, o direito real de laje ocorrerá, de maneira mais ampla, no âmbito urbano, notadamente, nas grandes cidades, seja para a criação de novas formas verticais de moradia ou para o estabelecimento de obras voltadas à função social da cidade, sobre ou sob o solo, por exemplo, a construção de estacionamentos para veículos, a instalação de determinadas estruturas como antenas de transmissão painéis fotovoltaicos, etc.

Por fim, nota-se ainda uma última diferença, relacionada a temporariedade ou perenidade dos institutos. O direito de superfície, nos termos do artigo 1.369, *caput*, do Código Civil é um direito temporário, instituído por prazo determinado. O direito real de laje, por sua vez, embora não exista previsão legal nesse sentido, deve ser considerado como um direito perene. A perenidade do novo se justifica no fato dele adquirir as características inatas ao direito de propriedade tradicional, ou seja, por ser considerado nova modalidade daquele, ainda que com menor expressividade dominial em razão de sua forma construtiva.

Todavia, conforme lembra José de Oliveira Ascensão,¹⁹⁹ mesmo no âmbito do direito de propriedade tradicional, tal característica da perenidade é conflituosa. Isto porque, muito embora diversos autores apontem-na como característica fundamental

¹⁹⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direitos reais*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 1983. p. 385-387.

da propriedade, seguindo a regra do Direito Romano segundo a qual a propriedade nunca poderia ser temporária, não parece para o autor ser esse o correto caminho interpretativo que justificaria a perenidade do instituto.

Para ele, deve-se inicialmente indagar duas questões para a atribuição da perenidade como característica fundamental da propriedade: 1) a possibilidade de as partes, autonomamente, constituírem uma propriedade a termo; e 2) a consagração do termo no direito de propriedade mediante lei.

Explica o autor, a partir de sua análise interpretativa, que, na primeira hipótese, a resposta à questão proposta deve ser efetivamente negativa, muito embora seja o termo uma cláusula acessória. Pontua tal conclusão no fato de que, se permitida essa forma facultativa de constituição, isso “[...] equivaleria a constituir, em benefício do futuro adquirente da propriedade, uma expectativa real não prevista por lei. Ora, as expectativas reais, como direitos reais que são, estão sujeitas ao princípio da tipicidade”.²⁰⁰ Portanto, no viés interpretativo do autor, aqui compartilhado, a perenidade do instituto do direito real de laje se justificaria, em última instância, no princípio da tipicidade dos direitos reais, que impossibilitaria aos particulares constituírem, autonomamente, uma propriedade a termo.

Todavia, quanto à segunda questão trazida, uma observação importante deve ser

feita. Ainda segundo José de Oliveira Ascensão, a lei pode sempre criar propriedades a termo, “[...] sendo arbitrárias quaisquer impossibilidades lógicas que se alardeiem”.²⁰¹

Portanto, a perenidade do direito de propriedade não é absoluta, mas relativa, condicionada ao texto da lei.

Assim, por dedução lógica, é importante salientar que, embora o direito real de laje inicialmente detenha a característica da perenidade, seguindo a regra geral do direito de propriedade, nada impediria, normativamente e de forma excepcional, que se instituísse em caráter temporário. Ocorre que essa não foi a opção do legislador brasileiro, pois, nesse aspecto, manteve-se silente.

Portanto, uma vez que as partes não podem livremente estipular uma propriedade superficiária – direito real de laje – a termo e não tendo o legislador optado por relativizar a perenidade do novo direito real, pode-se afirmar que, seguindo a regra geral contida no princípio da tipicidade e tendo em vista as características fundamentais do direito de propriedade, deve-se considerar a perenidade característica fundamental do direito real de laje, proporcionando assim, no âmbito do Direito Civil Brasileiro, melhor distinção do novo instituto de direito real com o direito real de superfície já existente.

²⁰⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direitos reais*, cit., p. 385.

²⁰¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direitos reais*, cit., p. 385.

Por fim, além das características normativas e jurídicas particulares do novo instituto, que o diferenciam dos demais, uma explicação de cunho social feita por Ricardo Pereira Lira corrobora a tese de que terá ele maior abrangência na regularização fundiária urbana se classificado como direito real sobre coisa própria, em vez de se utilizar do direito de superfície como hoje o conhecemos, ou de classificá-lo como superfície por sobrelevação, ainda não normatizado:

[...] o direito de laje é um problema que tem que ser resolvido de outra maneira, pois é sério. Acho, realmente, que o direito de superfície não tem toda aquela extensão de finalidades positivas para o social que eu imaginei que tivesse, por isso voltei atrás naquilo que acreditava. [...] o direito de superfície é um direito meio aristocrático, lamentavelmente. Ele não é a solução para a regularização fundiária. [...] o favelizado quer a propriedade como nós temos a propriedade, que é um fetiche, mas um fetiche importante.²⁰²

Sendo assim, além da fundamentação técnica a ser exposta, é também de um viés interpretativo de cunho social que se pode compreender que o legislador, ao instituir essa nova modalidade de direito real, não incidiu em uma imprecisão técnica, mas justamente o oposto: objetivou formalizar uma realidade social já existente, na qual o direito de laje é tido como efetivo domínio, reunindo perante

²⁰² LIRA, Ricardo Pereira. O Novo Código Civil, Estatuto da Cidade, direito de superfície, cit., p. 155-156.

seus detentores e opositores os atributos inerentes ao próprio direito real de propriedade. Para tanto, adotou o legislador, inclusive, de maneira não técnica, a denominação “laje”, há muito conhecida e utilizada no âmbito social.

3. NOÇÕES GERAIS SOBRE A PROPRIEDADE SUPERFICIÁRIA

O instituto da propriedade é objeto de estudo de diversas áreas do conhecimento no decorrer histórico, seja pela Sociologia, pela Economia, pelas Ciências Políticas e pelo Direito. Muito embora não haja um consenso quanto à sua conceituação no âmbito jurídico, haja vista modificar-se com as evoluções sociais, culturais e históricas, competem à ciência jurídica a normatização e a delimitação do direito de propriedade.²⁰³

²⁰³ Conforme José de Oliveira Ascensão, a propriedade aparece como de muito difícil caracterização, podendo ser observada por três ópticas diversas: a) como direito real máximo; b) como termo ambíguo que pode designar pelo menos cinco acepções diversas, quais sejam: todos os direitos adquiridos, todos os direitos patrimoniais, todos os direitos reais, um direito real específico ou ainda o objeto desse direito real; e c) para determinar seu próprio conteúdo, como os direitos de fruição, transformação, exclusão e defesa, restituição e indenização ou ainda o direito de alienação, sendo os três últimos não característicos da propriedade em si, mas referentes a vastas categorias de direitos subjetivos, constituindo poderes genéricos. Finaliza o autor expondo sua opinião, segundo a qual a propriedade seria “o direito real que outorga a universalidade dos poderes que à coisa se podem referir”. ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direitos reais*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 1983. p. 381-390.

Aqui, importa salientar a propriedade imobiliária em sua origem romana, uma vez que o direito real de laje, conceituado como uma espécie de direito real sobre coisa própria, em sua constituição, difere do modo originário de aquisição da propriedade decorrente da união de duas coisas, conhecido no Direito Romano pelo dogma *superficies solo cedit*, ou, atualmente, princípio da acessão. Esse presume, de forma absoluta – *iuris et de iure* –, ser do proprietário do solo a edificação ou plantaço erigida sobre ou sob ele, ou, ainda, sobre edificação que nele já se encontre, norma replicada de certa maneira no artigo 1.253 do nosso Código Civil.

Tradicionalmente, em Roma, a propriedade foi individual desde os primeiros momentos, originando-se a partir de fundamentos religiosos, que se mesclavam com os de caráter político.²⁰⁴⁻²⁰⁵

Quanto à forma de moradia romana, ensina Eduardo C. Silveira Marchi que no

²⁰⁴ Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. IV. p. 65.

²⁰⁵ Conforme Fustel de Coulanges: “A idéia de propriedade privada fazia parte da própria religião. Cada família tinha o seu lar e os seus antepassados. Esses deuses podiam ser adorados apenas pela família, só à família protegiam; eram sua propriedade exclusiva”. Assim, “[...] não foram as leis, porém a religião, que a princípio garantiu o direito de propriedade privada. Cada domínio estava sob a proteção das divindades domésticas que velavam por ele”. Cf. COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma*. Tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: Hemus, 1975. p. 49-57.

apogeu do Império, desde os últimos tempos da República, Roma mudou drasticamente de fisionomia. Sua população cresceu muito com o aumento de uma rica classe de comerciantes, os quais atingiram esse *status* a partir de intenso comércio com o Oriente, bem como com a florescente classe dos artesãos, com os pequenos mercadores e a grande massa de proletários que lá residiam.²⁰⁶

Logo, a típica moradia romana, reconhecida arqueologicamente, geralmente de área térrea, em que habitava apenas uma família (*domus*), passou a caracterizar-se pela presença de muitos edifícios compostos de vários pavimentos, nos quais moravam diversas famílias, também conhecidos como *insulae*.²⁰⁷

Ensina-nos Léon Homo que:

El problema de la vivienda en la Roma imperial estuvo dominado por un doble hecho: una población enorme – de un millón a millón y medio de habitantes – y la necesidad, por falta de suficientes medios de transporte, de atenerse para alojarlos a un espacio restringido exclusivamente a la ciudad, propiamente dicha, o al casco de la población, en el sentido administrativo de la expresión. Planteado de forma tan aguda el problema, ya desde el siglo II a. de C., fecha en la que Roma se convierte en una gran capital, sólo podía dársele una solución práctica: la construcción de inmuebles de tipo vertical con habitaciones

²⁰⁶ MARCHI, Eduardo C. Silveira. *A propriedade horizontal no direito romano*, cit., p. 11-16.

²⁰⁷ MARCHI, Eduardo C. Silveira. *A propriedade horizontal no direito romano*, cit., p. 11-16.

superpuestas por pisos, las llamadas *insulae*.²⁰⁸

Além do aspecto referente ao enorme crescimento populacional, outros fatores mencionados pelo autor culminaram na adequação das antigas moradias da época para as novas alternativas de ocupação demográfica.²⁰⁹

²⁰⁸ O problema da habitação na Roma Imperial foi circunscrito por um duplo fator: uma enorme população – de um milhão a um milhão e meio de habitantes – e a necessidade, por falta de meios suficientes de transporte, de permanecerem abrigados em um espaço restringido exclusivamente à cidade propriamente dita, ou ao centro da cidade, no sentido administrativo da expressão. O problema acentuou-se de forma tão aguda, desde o século II a.C., data em que Roma se torna uma grande capital, que só poderia ser dada uma solução prática: a construção de edifícios do tipo vertical com habitações sobrepostas por pisos, as chamadas *insulae* (tradução nossa). HOMO, Léon. *Rome impériale et l'urbanisme dans l'antiquité*. Paris: Albin Michael, 1951. p. XVII- 674. (Trad. esp. Jose Almoína, *La Roma imperial y el urbanismo en la antigüedad*. México: Uteha, 1956. p. 367.)

²⁰⁹ Conforme Léon Homo, também contribuíram para essa transformação geográfica: “[...] la falta de arreales de carácter industrial o comercial, la carencia de transportes rápidos entre el centro y las zonas periféricas, la ventaja de vivir en las inmediaciones de las arterias principales que, en general, se tendían por las hondonadas de los valles, la ausencia de alumbrado en las calles, la inseguridad, desde el doble punto de vista de la policía y de los servicios de incendios, y finalmente, el que estuvieran agrupados en el centro y e en las cercanías de las riberas del Tíber los lugares destinados a paseo o al tráfico mercantil (basílicas, mercados)”. [A falta de caráter industrial ou comercial, a carência de transportes rápidos entre o centro e as zonas periféricas, a vantagem de viver nas imediações das artérias principais que, em geral, se estendiam pelas cavidades dos vales, a ausência de iluminação nas ruas, a insegurança, desde o

Assim, muitas das antigas moradias se transformaram em outros tipos de habitação, as *insulae*, “[...] edificios construídos verticalmente, com vários andares (*contignationes*) e compartimentos (*cenacula*), ocupados por inúmeras famílias”.²¹⁰

Tratava-se, portanto,

[...] de sacar el mayor provecho posible del solar disponible para construir, tanto con respecto a la altura, por la superposición de muchos pisos, como en profundidad, utilizando los subsuelos y las bodegas, como en superficie, adosando los inmuebles y reduciendo al mínimo las dimensiones de las viviendas y habitaciones.²¹¹

Ressalta-se ainda que esses edifícios, segundo León Homo, embora variassem em dimensão – de acordo com a capacidade econômica do proprietário –, geralmente caracterizavam-se por “[...] fachadas de 6 a 12

duplo ponto de vista da polícia e dos serviços de incêndios, e finalmente, aqueles que estiveram agrupados no centro e nas cercanias do Tíber, os lugares destinados ao passeio ou ao tráfico mercantil (basílicas, mercados) (tradução nossa).] HOMO, Léon. *Rome impériale et l'urbanisme dans l'antiquité*. Paris: Albin Michael, 1951. Tradução espanhola de Jose Almoína. *La Roma imperial y el urbanismo en la antigüedad*. México: Uteha, 1956. p. 373.

²¹⁰ MARCHI, Eduardo C. Silveira. *A propriedade horizontal no direito romano*, cit., p. 16-17.

²¹¹ [...] de fazer o maior uso possível da terra disponível para construção, tanto no que diz respeito à altura, pela sobreposição de muitos andares, e em profundidade, usando os subsolos e as adegas, como em superfície, unindo os imóveis e reduzindo ao mínimo as dimensões dos comércios e habitações (tradução nossa). HOMO, Léon. *Rome impériale et l'urbanisme dans l'antiquité*, cit., p. 385.

m de anchura; planta baja con dos vanos, uno para la entrada de una tienda y el otro de acceso a la escalera del inmueble; de tres a cinco pisos, con una vivienda por piso iluminada por dos o, excepcionalmente, tres ventanas”.²¹²

Curiosamente, percebem-se características estruturais que se assemelham às dos edifícios erigidos atualmente nas comunidades brasileiras, os quais serviram de parâmetro para o legislador pátrio instituir a nova modalidade de direito real objeto deste estudo.

Dessa forma se constata, em território romano, o problema da nova acepção social e econômica da propriedade em face do dogma *superficies solo cedit*, pois, teoricamente, o dono do solo também deveria ser o dono da acessão que sobre ou sob ele se erigiu, o que não coincidia com a realidade fática da época. É justamente nesse contexto que surge uma possível solução, atualmente conhecida por “superfície”.

Frise-se que a questão controvertida da moradia verticalizada é objeto de dúvida dos estudiosos desde a análise histórico-jurídica do Direito Romano. Alguns creem ter o dogma do *principio superficies solo cedit* se

mantido incólume na época, e outros, como Eduardo C. Silveira Marchi, admitem sua derrogação já no período clássico em face da existência do fenômeno da propriedade em planos horizontais, também chamada pelo autor de propriedade superficiária.²¹³

Para Marchi, seria a propriedade superficiária aquela não vinculada ao proprietário do solo, localizada no espaço aéreo ou no subsolo, sobre ou sob outra, ou ainda sobre o solo, que possui proprietário distinto, detentor de todas as faculdades inerentes ao seu domínio, e que também não se confunde com o menos amplo direito de superfície atual.²¹⁴

Segue o autor em sua exposição pontuando que, em Roma, a superfície se origina em duas vertentes distintas: a primeira no âmbito das concessões públicas, e a segunda, por imitação da praxe, no campo das concessões privadas.

No âmbito das concessões públicas, ensina que o Estado concedia, em regra, mediante contratos públicos de locação, por prazo muito longo, o direito do particular (comerciante e empresário) de instalar seu estabelecimento junto aos edifícios já construídos ou em construção, localizados nos fóruns ou praças romanas, ou seja, em solo público. Admitia-se também à época, ainda

²¹² [...] fachadas de 6 a 12 metros de largura, térreo com dois acessos, um para a entrada de uma loja e outro de acesso à escada do imóvel; de três a cinco andares, com uma habitação por andar iluminada por duas ou, excepcionalmente, três janelas (tradução nossa). HOMO, Léon. *Rome impériale et l'urbanisme dans l'antiquité*, cit., p. XVII-674.

²¹³ MARCHI, Eduardo C. Silveira. *A propriedade horizontal no direito romano*, cit., p. 11.

²¹⁴ MARCHI, Eduardo C. Silveira. *A propriedade horizontal no direito romano*, cit., p. 80.

que menos frequentemente, o contrato de compra e venda da superfície.

Tais construções eram conhecidas por *tabernae*, erigidas de maneira sólida e estável e destinadas aos mais variados tipos de estabelecimentos comerciais. Ressalta Eduardo C. Silveira Marchi, contudo, que as concessões, públicas ou particulares, eram estabelecidas no âmbito obrigacional, tendo caráter meramente pessoal e, portanto, não operando efeitos *erga omnes*. Careciam elas da proteção necessária às situações ou posições jurídicas estabelecidas para o concessionário ou seus sucessores, que podiam ser turbados ou impedidos por terceiros de exercê-las.²¹⁵

Para essas situações específicas, diante da ineficiência do *ius civile*, surgiu, a partir de uma criação pretoriana, o *interdictum de superficiebus*, definido por Eduardo C. Silveira Marchi como “[...] um interdito do tipo proibitório, com o qual se vedava a turbação ou o emprego de força para impedir o superficiário de continuar no uso e gozo da construção”.²¹⁶ Não servia, contudo, para recuperar o direito de superfície quando o superficiário o tivesse perdido por qualquer razão. Para tanto, novamente inovou o pretor romano, criando a *actio in rem*, de modo a possibilitar àquele a recuperação do seu direito.

Constata-se que o direito criado pelos pretores, inicialmente, tinha caráter puramente

obrigacional, adquirindo caráter real somente quando aqueles magistrados concederam aos concessionários de solo público o *interdictum de superficiebus* contra quem quer que os turbasse no exercício de seus direitos de fruição sobre os edifícios, ou contra quem os tivesse tomado, por qualquer razão, por meio do emprego da *actio in rem*.²¹⁷

Sendo assim, diante da experiência jurídica romana – que não se restringiu às iniciais normas das concessões, variando ao longo do tempo a depender do caso fático em questão e em caráter excepcional –, indaga-se, doutrinariamente, a respeito de ser a superfície um direito real sobre coisa alheia ou outra espécie de propriedade, denominada propriedade superficiária.

Eduardo C. Silveira Marchi,²¹⁸ após longo e dedicado estudo a respeito do assunto, conclui, a partir da exegese de três fragmentos do Digesto²¹⁹ e em oposição à doutrina romanista clássica,²²⁰ pela admissibilidade da

²¹⁷ Cf. ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. I. p. 346-347.

²¹⁸ Cf. MARCHI, Eduardo C. Silveira. *Direito de laje*, cit., p. 79-111; MARCHI, Eduardo C. Silveira. *A propriedade horizontal no direito romano*, cit., p. 55-92.

²¹⁹ Notadamente, Ulpiano (69 ad ed.), D. 43, 17, 3, 7; Nerácio (6 membr.), D. 39, 2, 47 e Pompônio (33 ad Sab.), D. 41, 1, 28. Cf. MARCHI, Eduardo C. Silveira. *A propriedade horizontal no direito romano*, cit., p. 74-93.

²²⁰ BONFANTE, Pietro. *Istituzioni di diritto romano*. Ristampa della X edizione. Torino: G. Giappichelli, 1946. p. 351; BONFANTE, Pietro. *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 250-251; BONFANTE, Pietro. *Diritto romano*. Ristampa corretta della I edizione. Milano: Dott.

²¹⁵ Cf. MARCHI, Eduardo C. Silveira. *Direito de laje*, cit., p. 80-83.

²¹⁶ MARCHI, Eduardo C. Silveira. *Direito de laje*, cit., p. 83.

propriedade superficiária no Direito Romano já no período clássico, afirmando que as duas figuras jurídicas, tanto o direito de superfície quanto a propriedade superficiária, estariam contempladas no *Corpus Iuris Civilis*, uma vez que dependeriam exclusivamente do desejo do alienante de transferir um efetivo direito de propriedade (que atualmente pode ser equiparado ao direito real de laje – propriedade superficiária) ou um mero direito real sobre coisa alheia (que hoje conhecemos por direito de superfície). Contudo, cumpre ressaltar que o acesso independente pela via pública, chamado também de *aditus ex publico*, à época, seria requisito obrigatório para que o primeiro se constituísse.

Modernamente, ainda conforme o autor, a propriedade superficiária remonta ao Código Civil Napoleônico de 1804, que presume, pela primeira vez, de forma relativa – *iuris tantum* –, em seu artigo 553 – fundado no artigo 187 da *Coutume de Paris* de 1510, revista em 1580 –, que toda construção, plantação e obra feita sobre um terreno ou no seu interior pertence a seu proprietário, sem prejuízo de que um terceiro possa adquiri-las ou tê-las adquirido por prescrição, seja de um

subterrâneo sob a construção de outrem, seja de qualquer outra parte da construção.²²¹ Dessa forma, mitiga-se o princípio *superficies solo cedit*.

Para Eduardo C. Silveira Marchi, o gradual acolhimento da propriedade superficiária não se deu somente na França. Segundo ele, a norma do Código Civil Francês inspirou também o atual Código Civil Italiano de 1942, que a reproduz em seu artigo 934. Em ambos os países, doutrina e jurisprudência também atuaram a fim de permitir a possibilidade de separação do domínio entre o solo e a superfície.²²²

Já quanto ao acolhimento da propriedade superficiária pelo Direito Alemão, completa o autor o caminho histórico do instituto, lembrando que esse não se faz mais possível:

[...] desde a queda do império romano do ocidente a típica concepção romana de *dominium*, como senhoria absoluta e individual – especialmente sobre a terra, com o forte e intenso poder de absorção e atração exercido pela simples propriedade do solo – começara pouco a pouco a se amainar e se enfraquecer. [...] em tema de acessão imobiliária e edificação em solo alheio, por exemplo, o antigo direito germânico [...] atribuía a propriedade das construções não ao dono do solo, mas a quem as realizava. É o chamado “princípio do trabalho”, em antítese ao da acessão. Por corolário, não havia impedimento à

A. Giuffrè, 1976. p. 199; BONFANTE, Pietro. *Diritto romano*, cit., p. 204; BONFANTE, Pietro. *Historia del derecho romano*. v. I. Tradução de Jose Santa Cruz Teijeiro. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1944. v. XXIV. v. I (Serie C). p. 231; BONFANTE, Pietro. *Historia del derecho romano*, cit., p. 232-233; BONFANTE, Pietro. *Proprietà e servitù: scritti giuridici varii*. II. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1918.

²²¹ MARCHI, Eduardo C. Silveira. *Direito de laje*, cit., p. 67.

²²² Cf. MARCHI, Eduardo C. Silveira. *Direito de laje*, cit., p. 73.

separação do domínio entre o solo e superfície, ou à propriedade dos pavimentos de uma casa em mãos de donos diferentes. Em regra, portanto, diametralmente oposta à romana, fundada [...] no princípio *superficies solo cedit*. [...] Todavia, pouco a pouco com o fenômeno da *Rezeption* do direito romano, o princípio da acessão foi penetrando na Alemanha, passando a influenciar fortemente a doutrina e o direito comum alemão, até, por fim, desembocar no BGB de 1896.²²³

Em âmbito nacional, a legislação brasileira replica, por meio do artigo 1.253 do Código Civil de 2002, o artigo 553 do Código Civil Francês, sendo a ele análoga e dispondo pertencer, presumidamente, toda construção ou plantação existente em um terreno ao seu proprietário e à sua custa, salvo prova em contrário.

Ocorre que, a partir da leitura comparada de ambas as normas, brasileira e francesa, cria-se espaço para interpretações diversas, fundamentando a doutrina pátria dominante que se teria mantido no Brasil, com presunção absoluta, o princípio *superficies solo cedit*, enquanto que na França não haveria essa dificuldade interpretativa, em razão da maneira como a norma foi escrita no idioma originário. Admite-se neste último país uma presunção relativa, facilitando-se, por consequência, a operabilidade da propriedade superficiária a

partir da adoção mais flexível do dogma romano.²²⁴

Com posicionamento diametralmente oposto à corrente majoritária e de maneira surpreendente, com o advento da Lei n. 13.465/2017, o legislador brasileiro parece mitigar a presunção absoluta constante no artigo 1.253 do Código Civil ao resgatar a figura da propriedade superficiária, inserindo-a no diploma legal em seus artigos 1.510-A a 1.510-E, bem como, no inciso XIII do artigo 1.225, com a nomenclatura “direito real de laje”.

Vale a ressalva de que não é a primeira vez que isso ocorre: outra mitigação do princípio *superficies solo cedit* no ordenamento jurídico brasileiro ocorreu com a introdução do direito de superfície por intermédio do Estatuto da Cidade, Lei n. 10.257/2001, especificamente em seu artigo 4º, inciso V, alínea 1 e alíneas 21 a 24, e, posteriormente, pela reprodução do instituto junto ao Código Civil Brasileiro de 2002, nos artigos 1.369 a 1.377 e 1.225, inciso II.

Assim, nos termos do artigo 1.510-A, *caput*, do Código Civil Brasileiro, o instituto de direito real de laje possibilita a divisão da propriedade imobiliária em planos horizontais, delimitando-a, proporcionalmente e de forma distinta, no solo, no espaço aéreo e no subsolo.

Cuida-se de instituto análogo ao condomínio edilício, mas que com ele não se

²²³ MARCHI, Eduardo C. Silveira. *Direito de laje*, cit., p. 74.

²²⁴ MARCHI, Eduardo C. Silveira. *Direito de laje*, cit., p. 68.

confunde, inserindo-se como nova modalidade de direito real sobre coisa própria justamente na lacuna deixada entre esse instituto e o direito de superfície.²²⁵

Com rigor científico, ainda é importante salientar que a inserção específica do direito real de laje no ordenamento jurídico brasileiro, assim como a mitigação do princípio da acessão, não é bem uma novidade. Na verdade, trata-se de uma reintrodução do instituto.

Conforme Eduardo C. Silveira Marchi:

Falamos, de início em “introdução” pelo legislador, em nosso direito civil, da “laje” ou propriedade superficiária. Todavia, a rigor, para sermos mais exatos, cuida-se de uma “reintrodução” dessa última figura jurídica em nosso ordenamento. Na verdade, as Ordenações Filipinas, vigentes entre nós até a entrada em vigor do CC/16, já a contemplavam. Em Ord. Filip. 1, 68, 34, [...] reconhecia-se, ainda que de modo indireto, a possibilidade de separação horizontal da propriedade de uma casa, entre o “sobrado” (1º andar) e o “sótão” (pavimento subterrâneo ou térreo). Curiosamente [...] “sobrado”, nos dicionários jurídicos clássicos, como o de O. J. de Plácido e Silva, podia significar, além de 1º andar, ainda “sobrado de laje”, em notável e surpreendente coincidência com a

denominação da nova figura do CC/02, aqui estudada.²²⁶⁻²²⁷

Dessarte, constata-se que a propriedade superficiária, denominada pelo legislador direito real de laje, não é um instituto novo que surgiu somente a partir do contexto social e histórico brasileiro. Diversamente, já era solução jurídica adotada diante das demandas sociais por moradia no âmbito do Império Romano. Por coincidência, foi reintroduzida no desenvolver social brasileiro, ainda que com novos contornos, para melhor se amoldar à realidade social aqui experimentada, em que a população que vive nos *aglomerados subnormais* objetiva se inserir formalmente no espaço da cidade para dele poder desfrutar de maneira plena, garantindo-se, dessa forma, não somente o acesso formal ao direito à moradia, mas também a outros direitos inerentes à qualidade de cidadão.

²²⁵ Cf. FIUZA, César Augusto de Castro; COUTO, Marcelo de Rezende Campos Marinho. Ensaio sobre o direito real de laje como previsto na Lei 13.465/2017. *Revista Eletrônica de Direito Civil*, ano 6, n. 2, 2017. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2017/12/Fiuza-e-Couto-civilistica-com-a.6.n.2.2017.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2019.

²²⁶ MARCHI, Eduardo C. Silveira. *Direito de laje*, cit., p. 14-15.

²²⁷ Ord. Filip. livro 1, título 68, § 34: *E se uma casa for de dois senhorios, de maneira que de um deles seja o sótão e de outro o sobrado, não poderá aquele, cujo for o sobrado, fazer janela sobre o portal daquele, cujo for o sótão, ou loja, nem outro edifício algum.* Ainda segundo Eduardo Cesar S. Marchi, tal regra repetia-se também nas Ordenações Manuelinas, no livro I, título 49, § 36, com o mesmo conteúdo e mínimas diferenças de forma. *Se huma casa for de dous senhorios, de guisa que de hum delles seja o sotam, e d'outro o sobrado, nom poderá aquelle cujo for o sobrado fazer janela sobre o portal d'aquelle cujo for o sotam, ou logea, nem outro edifício algum.* Cf. MARCHI, Eduardo C. Silveira. *Direito de laje*, cit., p. 75.

Quanto a essa questão, menciona Eunice Aparecida de Jesus Prudente:

Convém lembrar que o direito de ser é fundamental. Nasce-se provido de determinados dados componentes da personalidade, mas esta deverá ser desenvolvida em determinado espaço e protegida pelo Direito, o que não vem acontecendo, principalmente nos grandes centros industrializados, nas metrópoles onde vivem a maioria dos cidadãos.²²⁸

Somente na moradia posso me abrigar e aos meus dependentes e viver minha privacidade, atos há que somente no lar posso praticar e desenvolver conforme minha maneira de ser e pensar. Em suma, somente posso “estar” no sentido pleno da palavra onde posso “ser” na totalidade, o que implica usar o espaço com exclusividade em relação aos demais.²²⁹

O Estado tem, neste contexto, obrigações que lhes são próprias e que vão além das tarefas tradicionais de legislar, administrar e preservar direitos mediante aparato próprio. Como responsável pelo bem-estar, ao Estado cabe garantir a todos o espaço para morar, para vivenciar sua intimidade e exercer sua individualidade, inclusive conviver com os seus.²³⁰

²²⁸ PRUDENTE, Eunice Aparecida de Jesus. *Direito à personalidade integral: cidadania plena*. 1996. 125 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1996. p. 22.

²²⁹ PRUDENTE, Eunice Aparecida de Jesus. *Direito à personalidade integral*, cit., p. 47.

²³⁰ PRUDENTE, Eunice Aparecida de Jesus. *Direito à personalidade integral*, cit., p. 47.

4. A ATUAL DELIMITAÇÃO DO DIREITO REAL DE LAJE NO BRASIL

Conforme brevemente exposto no item anterior, a origem histórica do instituto do direito real de laje, tecnicamente denominado de propriedade superficiária, remonta ao Direito Romano, sendo, conforme a doutrina minoritária, figura jurídica conhecida desde os últimos tempos da República Romana.

No cenário brasileiro, a propriedade superficiária tem origem informal como fenômeno social espontâneo na busca pelos segmentos mais pobres de nossa sociedade ao direito à moradia não oferecido pelo Estado, fenômeno esse observado desde antes do início da República até os dias atuais.

Ainda, essa nova forma de moradia popular não diz respeito a um fenômeno social localizado, mas disperso pelo território nacional, acentuando-se a partir da industrialização do Brasil, em decorrência do êxodo rural e da emigração. Assim, as cidades industrializadas e mal estruturadas não comportaram o grande crescimento populacional, que acabou se materializando, vertical e perifericamente, em vastas áreas de ocupação, por meio do uso da propriedade superficiária.

No tocante à origem formal do instituto de direito real de laje no Brasil, essa remonta, ainda que indiretamente, às

Ordenações Filipinas,²³¹ que regravam a possibilidade de separação horizontal de uma casa, quanto à propriedade, em sobrado (primeiro andar) e sótão (no térreo ou subsolo). Contudo, foi somente a partir das últimas décadas, com a intensificação da construção e comercialização do que se conhece nos aglomerados subnormais por “puxadinho” – unidades habitacionais autônomas no piso superior ou inferior de imóvel já edificado e de posse de outrem –, que se iniciou a busca legislativa por formalizar essa nova espécie de moradia, revelando ao mundo jurídico, em consequência, esse segmento social até então excluído pelo Estado.

Objetivando tal formalização, o legislador brasileiro, por meio da Lei n. 13.465/2017 e dos artigos 1.510-A a 1.510-E, por ela inseridos no Código Civil Brasileiro de 2002, normatizou a propriedade superficiária, dando-lhe o nome popular “laje”, que, embora possa ser criticado doutrinariamente, já é reconhecido e aceito há muito tempo no âmbito social. Ressurge assim, formalmente, a propriedade superficiária no Brasil, que coincidentemente, no âmbito social, enfrenta um problema habitacional semelhante àquele enfrentado por Roma há mais de dois mil anos.

Atualmente, poder-se-ia conceituar o direito real de laje como novo modelo de propriedade horizontal, direito real sobre coisa própria, constituído por matrícula autônoma

junto ao Registro de Imóveis, que confere ao seu titular todos os poderes inerentes ao domínio, objetivando-se construir verticalmente sob ou sobre terreno de propriedade alheia – privado ou público –, ou, ainda, sobre ou sob a acessão nele já contida – de propriedade sua ou de outrem –, nova acessão autônoma e independente, que poderá ou não ter acesso privativo a depender da técnica construtiva empregada, embora se entenda, a exemplo da propriedade superficiária romana – que exigia o *aditus ex publico* –, ser necessário esse acesso autônomo à propriedade para melhor caracterização do instituto de direito real de laje frente à figura do condomínio edilício. Ademais, reconhecida a natureza real e autônoma desse instituto, algumas regras típicas dos institutos de direito real a ele se aplicam automaticamente no que diz respeito à sua forma de constituição, transmissão e extinção.

Uma definição mais abrangente do instituto também se conforma ao disposto no artigo 1.510-A, §§ 1º, 2º, 3º e 6º, do Código Civil Brasileiro de 2002, que preveem, respectivamente, contemplar o direito real de laje o espaço aéreo ou o subsolo de terrenos públicos ou privados, tomados em projeção vertical, a partir da edificação de unidades imobiliárias autônomas, constituídas em matrículas próprias, podendo seus titulares delas usar, fruir e dispor, bem como ceder a superfície de sua construção para instituição de novo direito real de laje sucessivo, desde que

²³¹ Ord. Filip. livro 1, título 68, § 34.

com autorização expressa dos titulares das demais lajes e da construção-base, respeitando-se as normas edilícias e urbanísticas; devem ainda seus proprietários responder pelos encargos e tributos que sobre as unidades imobiliárias autônomas incidirem.²³²

Ainda, mais do que seu conceito formal, a significação social da propriedade superficiária hoje reside no fato de transformar

[...] um capital morto (posse) em ativo circulável, seja pela regularização formal da laje para fins comerciais do próprio titular (o que a lei não exclui), seja pela via de hipotecas ou propriedades fiduciárias sobre a laje, permitindo que milhares de famílias finalmente tenham acesso a financiamentos bancários para abertura de pequenos negócios.²³³

Portanto, conclui-se que o direito real de laje, em sua conceituação ampla, é instrumento jurídico hábil para normatizar a realidade social urbana no tocante às formas irregulares de moradia, trazendo-as, por consequência, à realidade formal e propiciando a seus moradores a inclusão social, como

também a garantia e o exercício de seus direitos fundamentais.

CONCLUSÃO

Este artigo expôs de modo sucinto o real contexto histórico-social para o surgimento normativo do direito real de laje no Brasil, ou seja, a multiplicação desnorteada e informalizada dos chamados *aglomerados subnormais*, isso desde a época da abolição.

Buscando soluções técnico-jurídicas para a questão, o legislador brasileiro propôs uma última inovação legislativa em 22 de dezembro de 2016, com a edição da Medida Provisória n. 759, convertida na Lei n. 13.465, de 11 de julho de 2017, que inseriu a nova modalidade de direito real no inciso XIII do artigo 1.225 do Código Civil Brasileiro de 2002, denominando-a “laje”, bem como inseriu novo título – Título XI – no Livro III, “Do Direito das Coisas”, para tratar, pontualmente, nos novos artigos 1.510-A a 1.510-E, a seu respeito.

A par de todas as críticas doutrinárias sobre o tema e das descrenças com relação à sua operacionalidade e efetividade, este artigo voltou-se à sua exposição, pois crê ser importante no cenário jurídico-social brasileiro, notadamente na questão habitacional, uma vez que, tomado como uma nova modalidade de direito real sobre coisa própria, proporcionará não somente a formalização da maioria dos *aglomerados subnormais*, ou seja, das

²³² Conforme Nelson Rosenvald, “[...] mais que uma simbologia, o registro do então fato social da laje como unidade autônoma, legaliza o gueto e converte o ‘outsider’ em membro da cidade formal”. ROSENVALD, Nelson. O direito real de laje como nova manifestação de propriedade. *Nelson Rosenvald*. Disponível em: <https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2017/09/14/O-direito-real-de-laje-como-nova-manifesta%C3%A7%C3%A3o-de-propriedade>. Acesso em: 20 mar. 2019.

²³³ ROSENVALD, Nelson. O direito real de laje como nova manifestação de propriedade, cit.

moradias da nossa população mais carente, como também o acesso desses indivíduos aos demais direitos que, por consequência de sua invisibilidade formal, não lhes são concedidos pelo Estado.

Dessarte, embora se reconheça que a longa caminhada para esse objetivo jurídico-social tenha apenas começado, buscou-se aqui expor brevemente o novo instituto, perscrutando sua conformação junto à sistemática do Código Civil Brasileiro de 2002 e ao ordenamento jurídico como um todo, com a noção de que a sua efetivação prática dependerá da interação com outras medidas sociais, legislativas e jurídicas.

Espera-se que essa nova atitude legislativa passe incólume no âmbito do Direito Civil Brasileiro e, quem sabe, seja aprimorada com o decorrer dos anos, produzindo resultados práticos e viabilizando maior coesão social no âmbito jurídico, o que abrirá as portas da sociedade formal àquelas pessoas historicamente relegadas pelo Estado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBUQUERQUE JUNIOR, Roberto Paulino de. O direito de laje não é um novo direito real, mas um direito de superfície. *Consultor Jurídico*, 17 jan. 2017. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-jan-02/direito-de-laje-nao-direito-real-direito-superficie>. Acesso em: 18 mar. 2019.
- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1998. v. I.
- ARRUDA, Sande Nascimento de. Direito real de laje: um instrumento de inclusão urbana e de reconhecimento ao direito humano à moradia. *Revista Âmbito Jurídico*, Rio Grande, ano 20, n. 164, set 2017. Disponível em: http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19628. Acesso em: 15 mar. 2019.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direitos reais*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 1983.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito pós-moderno. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, São Paulo, p. 96-101, jun./ago. 1999.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito pós-moderno e a codificação. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, São Paulo, p. 3-12, ago. 1999.
- AZEVEDO, Pedro Pontes de. *Usucapião da propriedade possível em terras públicas: o direito de superfície e à moradia em áreas de exclusão social*. Curitiba: Juruá, 2016.
- BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. Os direitos sociais e as Constituições democráticas brasileiras: breve ensaio histórico. In: RÚBIO, David Sanchez; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de (org.). *Direitos humanos e globalização, fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. 2. ed. Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2010. p. 511-528.
- BONFANTE, Pietro. *Istituzioni di diritto romano*. Ristampa della X edizione. Torino: G. Giappichelli, 1946.
- BONFANTE, Pietro. *Diritto romano*. Ristampa corretta della I edizione. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1976.
- BONFANTE, Pietro. *Historia del derecho romano*. v. I. Tradução de Jose Santa Cruz

- Tejheiro. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1944. v. XXIV (Serie C).
- BONFANTE, Pietro. *Proprietà e servitù: scritti giuridici varii*. II. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1918.
- CARBONARI, Silvia Regina de Assumpção. O direito de superfície sob nova perspectiva. *Revista Âmbito Jurídico*, n. 51, mar. 2018. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2458erevista_caderno=7. Acesso em: 15 mar. 2019.
- CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli; OLIVEIRA, Fernanda Loures de. Aspectos urbanísticos, civis e registraes do direito real de laje. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Uniceub, v. 7, n. 2, ago. 2017 Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rbpp/article/view/4750>. Acesso em: 27 mar. 2019.
- CARVALHO, Afrânio de. *Registro de Imóveis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.
- CAVALCANTI, Clóvis. Escolhas autocráticas e vida de horrores: o caso da política habitacional. In: FALCÃO, Joaquim de Arruda (org.). *Conflito de direito de propriedade, invasões urbanas*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 217-230.
- CORRÊA, Cláudia Franco. *Controvérsias entre o direito de moradia em favelas e o direito de propriedade imobiliária na cidade do Rio de Janeiro: o direito de laje em questão*. Rio de Janeiro: Topbooks, 2012.
- COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma*. Tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: Hemus, 1975.
- FALCÃO, Joaquim de Arruda. Justiça social e justiça legal: conflitos de propriedade no Recife. In: FALCÃO, Joaquim de Arruda (org.). *Conflito de direito de propriedade, invasões urbanas*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 79-102.
- FIUZA, César Augusto de Castro; COUTO, Marcelo de Rezende Campos Marinho. Ensaio sobre o direito real de laje como previsto na Lei 13.465/2017. *Revista Eletrônica de Direito Civil*, ano 6, n. 2, 2017. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2017/12/Fiuza-e-Couto-civilistica.com-a.6.n.2.2017.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2019.
- HOMO, Léon. *Rome impériale et l'urbanisme dans l'antiquité*. Paris: Albin Michael, 1951. Tradução espanhola de Jose Almoína. *La Roma imperial y el urbanismo em la antigüedad*. México: Uteha, 1956.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. *Censo Demográfico 2010: aglomerados subnormais. Informações territoriais*. Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=249230>. Acesso em: 14 mar. 2019.
- KOK, Glória. *Rio de Janeiro na época da Av. Central*. São Paulo: Bei Comunicação, 2005. Disponível em: <https://docslide.com.br/documents/livro-historia-rio-de-janeiro-na-epoca-da-av-central.html>. Acesso em: 20 mar. 2019.
- LIMA, Frederico Henrique Viegas de. Direito de laje: uma visão da catedral. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 82, p. 251-280, jan./jun. 2017.
- LIRA, Ricardo Pereira. O Novo Código Civil, Estatuto da Cidade, direito de superfície. Número Especial 2003. *Anais dos Seminários EMERJ – Debate o Novo Código Civil*, Parte II, jul. 2002/abr. 2003.
- LOUREIRO, Francisco Eduardo. Direito de laje e superfície. *Revista ARISP JUS*, 12. ed., mar. 2017. Disponível também em: <http://iregistradores.org.br/direito-de-laje-e-superficie/>. Acesso em: 15 mar. 2019.

- MARCHI, Eduardo C. Silveira. *Direito de laje: da admissão ampla da propriedade superficiária no Brasil*. São Paulo: YK, 2018.
- MARCHI, Eduardo C. Silveira. *A propriedade horizontal no direito romano*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2002.
- MASSONETO, Luís Fernando; FONSECA, Maria Júlia Cruz da; CARVALHO, Eduardo de Moraes. A evolução do direito humano à propriedade no Sistema ONU. *Revista do Advogado*, São Paulo: AASP, n. 143, p. 70-77, ago. 2019.
- MAZZEI, Rodrigo Reis. *O direito de superfície no ordenamento jurídico brasileiro*. 2007. 405 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.
- MAZZEI, Rodrigo Reis. O direito de superfície e a sobrelevação (o direito de construir na edificação alheia ou “direito de laje”). *Revista Forense*, ano 108, v. 416, p. 243-258, jul./dez. 2012.
- MILAGRES, Marcelo de Oliveira. Direito de laje?. *Revista de Direito Privado*, ano 18, v. 76, p. 75-88, abr. 2017.
- OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. O que é o direito real de laje à luz da Lei n. 13.465/2017? (Parte 1). *Consultor Jurídico*, 18 set. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-set-18/direito-civil-atual-direito-real-laje-luz-lei-134652017-parte>. Acesso em: 15 mar. 2019.
- OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. O que é o direito real de laje à luz da Lei n. 13.465/2017? (Parte 2). *Consultor Jurídico*, 25 set. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-set-25/direito-civil-atual-direito-real-laje-luz-lei-134652017-parte>. Acesso em: 15 mar. 2019.
- OSÓRIO, Letícia Marques. Direito de superfície. In: OSÓRIO, Letícia Marques (org.). *Estatuto da Cidade e reforma urbana: novas perspectivas para as cidades brasileiras*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 173-187.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. IV.
- PRUDENTE, Eunice Aparecida de Jesus. *Direito à personalidade integral: cidadania plena*. 1996. 125 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1996.
- RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.
- RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Um ano longo demais e os seus impactos no direito civil contemporâneo. *Consultor Jurídico*, 26 dez. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-dez-26/retrospectiva-2016-ano-longo-impactos-direito-civil-contemporaneo>. Acesso em: 15 mar. 2019.
- ROSENVALD, Nelson. O direito real de laje como nova manifestação de propriedade. *Nelson Rosenvald*. Disponível em: <https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2017/09/14/O-direito-real-de-laje-como-nova-manifesta%C3%A7%C3%A3o-de-propriedade>. Acesso em: 20 mar. 2019.
- SANTOS, Anderson. *Função social da propriedade urbana: regularização fundiária*. Sorocaba: Create, 2009.
- SOUZA, João Carlos de. Ocupações de áreas urbanas em São Paulo: trajetórias de vida. Linguagens e representações. *Revista Brasileira de História*, São Paulo, v. 18, n. 35, 1998. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-01881998000100016&Ing=pt&nrm=iso. Acesso em: 15 mar. 2019.
- TESHIMA, Marcia; PONA, Everton Willian. Do direito de laje: uma visão mitigada do direito de propriedade ao direito de moradia. *Argumentum – Estado, Democracia*

Econômica e Políticas Públicas, Marília:
Unimar, v. 12, p. 45-76, 2011.

THE U.S. NATIONAL ARCHIVES AND RECORDS ADMINISTRATION. African American Records: Freedmen's Bureau "... an unequalled wealth of information that extends the reach of black family studies and social history." Disponível em: <https://www.archives.gov/research/african-americans/freedmens-bureau> Acesso em: 9 maio 2020.

**DOS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS DA
AUTONOMIA E DA BOA-FÉ EM
CORRELAÇÃO COM O PRINCÍPIO
BIOÉTICO DA AUTONOMIA DO
PACIENTE NO ÂMBITO CLÍNICO**

*Dalmir Lopes Jr.*²³⁴

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo estabelecer um paralelo entre o desenvolvimento histórico dos princípios contratuais, notadamente o da autonomia e o da boa-fé objetiva, com o direito de autodeterminação do paciente no âmbito clínico. A hipótese consiste numa correlação existente entre esses princípios jurídicos contratuais e os princípios da bioética, sobretudo no que diz respeito ao direito de poder decidir de forma livre e esclarecida sobre um ato médico. A ponte axiológica existente entre a dimensão jurídica e a da ética clínica compartilha os mesmos valores, como a liberdade, a autonomia e a confiança, o que nos leva a uma visão ético-jurídica integrada do contrato médico e da relação médico-paciente.

PALAVRAS-CHAVE: teoria contratual; autonomia; boa-fé objetiva; direito de autodeterminação do paciente.

ABSTRACT

This article aims to establish a parallel between the historical development of contractual principles, notably the principles of autonomy and good faith, with the patient's right to self-determination in the clinical context. The hypothesis consists of a correlation between

²³⁴ Doutor em Bioética e Ética Aplicada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Professor Adjunto de Direito Civil da Universidade Federal Fluminense (UFF) e do Programa de Pós-Graduação em Bioética, Ética Aplicada e Saúde Coletiva – PPGBIOS (UFRJ/ENSP/UERJ/UFF).

these contractual legal principles and the principles of bioethics, especially with regard to the right to be able to decide freely and enlightenedly on a medical act. The axiological bridge between the legal dimension and that of clinical ethics share the same values of freedom, autonomy and trust, which leads us to an integrated ethical-legal view of the medical contract and the doctor-patient relationship.

KEYWORDS: contract theory; autonomy; good faith; patient's right to self-determination.

INTRODUÇÃO

A teoria geral dos contratos foi construída a partir da contribuição de concepções normativas oriundas de fases históricas distintas e que podem ser percebidas pelos princípios regentes dos contratos nos tempos contemporâneos.

Essas fases histórico-evolutivas estabeleceram a transição de uma ética assentada em valores individualistas e liberais para uma que enfatiza os aspectos da solidariedade e dos valores coletivos, sem que isso represente a completa substituição de uma concepção por outra; trata-se de uma incorporação de novas formas de compreensão do contrato em conjunto com a evolução da própria sociedade moderna.²³⁵

²³⁵ “A evolução do pensamento jurídico em direção a uma nova concepção de contrato – identificada como uma concepção *social* do contrato – contrapõe ao modelo liberal clássico o modelo contemporâneo, numa narrativa histórica que assinala, sob o ponto de vista dos princípios, as transformações de maior significado para a renovação da teoria contratual” (NEGREIROS, 2006, p.24).

A primeira fase da teoria moderna dos contratos tem suas raízes no jusnaturalismo e se desenvolve até o final do séc. XIX. Os valores liberais reinantes nesse período foram responsáveis pela concepção de contrato como um acordo entre sujeitos livres e autônomos, cujo vínculo iminente privado não admitia intervenções de ordem pública para restrições da liberdade contratual. As regras jurídicas deveriam, quando muito, estabelecer os parâmetros formais para a formação do contrato e garantir seu cumprimento quando preenchidos os requisitos essenciais de sua formação.

Essa primeira fase é responsável pela “visão clássica de contrato”, *na qual se enfatiza a liberdade individual, o predomínio da autonomia privada e a validade da vontade exteriorizada pelas partes. A validade jurídica do contrato dependia de requisitos como: a capacidade das partes, a licitude e idoneidade do objeto, e uma eventual formalidade exigida para o ato praticado. Os princípios norteadores do contrato nessa primeira fase são: a liberdade individual, a autonomia da vontade e a relatividade dos efeitos das obrigações.*

A segunda fase da teoria contratual começa a partir do início do séc. XX, estimulada por meio de críticas dirigidas ao excesso de formalismo existente na interpretação das obrigações jurídicas. As críticas centravam-se no fato de que a concepção clássica acabava por fazer

prevalecer um conceito de igualdade formal entre as partes, mascarando relações de poder e acentuando desigualdades e injustiças.

Como espelho da realidade, a crítica doutrinária contribuiu para as transformações legislativas, estimulando a criação de leis restritivas ao abuso do poder econômico, bem como estimularam o surgimento na doutrina jurídica de novos princípios contratuais a partir da ideia do “predomínio da ordem pública sobre a vontade privada”. Os princípios criados nessa fase foram: a boa-fé objetiva, a função social dos contratos e o equilíbrio econômico dos contratos.

Essas duas fases da teoria contratual entrelaçam valores importantes do ponto de vista ético: liberdade/igualdade; deveres negativos/deveres positivos; autonomia/confiança.

Este artigo tem por objetivo fazer um comparativo entre os valores instituídos pelos princípios contratuais e como eles dialogam com valores que devem estar presentes na relação médico-paciente. Não só pelo fato de que a relação entabulada entre médico e paciente é contratual, mas também pelo fato de a bioética pôr em destaque a autonomia como um valor importante para a consolidação do direito de autodeterminação dos pacientes.

Nesse sentido, partimos da hipótese de que há uma interligação importante entre a teoria jurídica e a bioética, da mesma forma, e em mesmo grau, que existe entre o direito e a

moral.²³⁶ E também que considerar a correlação existente entre autonomia e os valores de confiança e reciprocidade advindos com a boa-fé é um ponto importante para um adequado fundamento ético-jurídico à relação médico-paciente.

AUTONOMIA E AS CONCEPÇÕES CLÁSSICA E CONTEMPORÂNEA DE CONTRATO

A concepção de liberdade contratual, baseada numa igualdade meramente formal dos indivíduos, foi importante para a passagem do período pré-moderno para a modernidade. Essa transição foi descrita por Henry Sumner Maine como o movimento do *status para o contrato*. Segundo Maine, todo o desenvolvimento da sociedade humana pode ser descrito, sinteticamente, como um processo de transição do *status* ao *contrato*, ou seja, de uma sociedade estática e regida por estamentos para uma sociedade dinâmica que tem por fundamento a igualdade jurídica de seus membros.²³⁷

²³⁶ Compartilhamos da afirmação de Ronald Dworkin de que o direito não é “um sistema rival de regras que podem conflitar com a moral, mas sendo ele mesmo um ramo da moral. [...] Também é necessário conceber a estrutura da moral em geral como semelhante à de uma árvore: o direito é um ramo da moral política, que é um ramo da moral pessoal mais geral, que é por sua vez um ramo de uma teoria ainda mais geral do bem viver” (DWORKIN, 2014, p. 9-10).

²³⁷ “A palavra *status* é mais comumente empregada para construir uma fórmula que expressa a lei do

Nas sociedades antigas as relações entre os homens [...] eram determinadas, em larga medida, pela pertença de cada qual a uma certa comunidade ou categoria ou ordem ou grupo (por exemplo a família) e pela posição ocupada no respectivo seio, derivando daí, portanto, de modo mecânico e passivo, o seu *status*, ao invés, na sociedade moderna, tendem a ser, cada vez mais, o fruto de uma escolha livre dos próprios interessados, da sua livre iniciativa individual e da sua vontade autônoma, que encontra precisamente no contrato o seu símbolo e o seu instrumento de actuação. (ROPPO, 2009, p. 26)

O contrato, em sua concepção moderna, é resultado da filosofia iluminista. A noção de *liberdade* individual passa a ser sinônimo de *autonomia* no âmbito privado, assim entendida como a capacidade do indivíduo em estabelecer relações jurídicas por um ato da vontade, cujos efeitos vinculam as partes envolvidas. Essa associação entre as ideias de autonomia e liberdade resultante da filosofia iluminista perdura até os dias de hoje.

Ao final do séc. XVIII, com a dissolução da ordem estamental, o homem, em sua personalidade abstrata, torna-se o detentor do direito, ‘porque ele é um ser humano

progresso; qualquer que seja seu valor, aparece para mim como algo suficientemente apurado. Todas as formas do *status* têm origem no direito pessoal que deriva, em sua extensão e qualidade, do poder e dos privilégios que antigamente residiam na família. Nós empregamos *status*, concordando com o uso dos melhores escritores, para significar apenas essa condição pessoal, evitando o emprego da terminologia que imediata ou remotamente resultam do acordo; nós queremos dizer que o movimento progressivo da sociedade tem sido, até aqui, ditado pelo movimento do *status para o contrato*.” (MAINE, 1894, p. 170, tradução nossa).

e não por ser judeu, católico, protestante, alemão, italiano, etc.’ Dessa forma desaparece a vinculação da repartição do direito a uma estrutura social prescrita de forma demasiadamente concreta. O novo instrumento distributivo denomina-se contrato. (ROPPO, 2009, p. 26)

A expressão do contrato como liberdade e autonomia foi tão preciosa para a sociedade moderna que passa ser o fundamento de toda teoria social do período iluminista, além de servir ideologicamente como bandeira contra a opressão e privilégios do Antigo Regime.²³⁸

A associação das ideias de liberdade, autonomia e contrato foi o componente básico para o florescimento das sociedades ocidentais modernas. O contrato permitiu que as sociedades ocidentais pré-modernas superassem a estrutura social fundada em estamentos por uma diferenciação funcional, onde a igualdade formal era um pré-requisito.²³⁹

²³⁸ Nesse sentido argumenta Enzo Roppo que historicamente o instituto do contrato foi a “bandeira das sociedades modernas nascidas das revoluções burguesas” (ROPPO, 2009, p. 28) e que os princípios ideológicos do período podiam ser sintetizados em uma única ideia: a liberdade de contratar.

²³⁹ “Liberdade de contratar significa abolição dos vínculos de grupo, de corporação, de ‘estado’, que na sociedade antiga aprisionavam o indivíduo numa rede de incapacidades legais que lhe precludiam a plena expansão de sua iniciativa, das potencialidades produtivas, em suma da sua personalidade, e configuravam, assim, uma organização econômica-social fechada, pouco dinâmica. Significa, portanto, restituição ao indivíduo – e, por força do princípio da igualdade

A visão racionalista do jusnaturalismo moderno moldou o *contrato* ao concebê-lo como um acordo consensual entre partes *livres* e *iguais*. A perspectiva universalista do direito natural moderno baseou-se, para tanto, numa concepção igualitarista e abstrata do homem e da moral. A doutrina dos direitos naturais passou a conceber o homem como um ser livre e racional, fato que permitiu, por dedução, chegar à conclusão de que todos são iguais.²⁴⁰

Esse fundamento moral de igualdade ganha outras conotações no campo jurídico. Afirmar que todos são livres, autônomos e iguais, significa indiretamente afirmar que todos os sujeitos possuem a mesma responsabilidade pelas ações praticadas. As concepções filosóficas iluministas concorrem para o contrato da seguinte maneira: uma vez que o homem é *livre e racional*, isto é, dotado

perante a lei, a todos os indivíduos, numa base de paridade formal, sem as discriminações e os privilégios do passado [...]” (ROPPO, 2009, p. 36-37).

²⁴⁰ Uma passagem da obra de Thomas Hobbes, em *O Leviatã*, expressa a visão geral do pensamento jusnaturalista. Para Hobbes, a condição natural do homem é de igualdade; neste sentido, qualquer diferença que venha a ser criada é contrária à ideia de direito natural. A explicação do autor reside no fato de que a razão permite anular as diferenças, pois: “a natureza fez os homens tão iguais quanto às faculdades do corpo e do espírito que, embora às vezes se encontre um homem manifestamente mais forte de corpo, ou de espírito mais vivo do que outro, ainda assim, quando tudo é considerado em conjunto, a diferença entre um e outro homem não é tão considerável para que um deles possa, por causa disso, reivindicar para si algum benefício ao qual o outro não possa também aspirar, tal como ele.” (HOBBS, 2000, p. 107)

de *autonomia*, a promessa por ele estabelecida *deve ser cumprida*.

Em segundo lugar, haja vista que os homens são iguais, livres e capazes de estabelecer promessas válidas, *não se justificam intervenções demasiadas sobre a liberdade das partes*. A não ser pela intervenção eventual do poder judiciário nos casos de inadimplemento de obrigações por uma das partes.

Os princípios norteadores e clássicos do contrato são, portanto, o princípio da liberdade contratual, da obrigatoriedade e da relatividade dos efeitos do contrato.²⁴¹

O fundamento ético para o conceito de autonomia privada encontra sua base na filosofia moderna, em que o indivíduo tem papel central na construção da teoria ética e

política. Esse fundamento político-moral desempenha aguda repercussão na concepção do contrato, traduzindo-se como um acordo entre indivíduos capazes (logo, racionais) e, portanto, com autonomia para estabelecerem disposições juridicamente válidas. Essa noção formal de obrigação contratual encontra guarida no conceito de autonomia.²⁴²

Contudo, ao fim do século XIX, com o avanço do mercado de larga escala e com o aumento de empresas de prestação de serviços, surge a necessidade de contratos que propiciassem maior dinamismo às práticas econômicas, reduzindo as etapas de negociação e o tempo para a sua realização: os contratos de adesão ou standards.

Os contratos de adesão são frutos de uma demanda capitalista por agilidade nas tratativas, a fim de obter eficácia econômica para a negociação de produtos e serviços oferecidos em larga escala. O que em linguagem comum significa poucos “entraves jurídicos” para a relação econômica: “um contrato para mil”, um padrão repetido com cláusulas padronizadas. O contrato de adesão atendia a um modelo de negócios de larga escala, com uma ampla rede de consumidores e intermediadores.

²⁴¹ “Os princípios básicos do direito contratual eram os da autonomia da vontade, a supremacia do acordo firmado a partir do mútuo consentimento e da liberdade” (MACEDO Jr., 2007, p. 44). “[...] o princípio da liberdade contratual: isto é, a regra pela qual os contraentes privados [...] são livres de dar aos seus contratos os conteúdos concretos que consideram mais desejáveis: o regulamento contratual resulta, assim, determinado, em princípio, pela vontade concorde das partes[...] autonomia privada, ou autonomia contratual, significam liberdade dos sujeitos de determinar com a sua vontade, eventualmente aliada à vontade de uma contraparte no ‘consenso’ contratual, o conteúdo das obrigações que se pretende assumir[...]. O princípio da autonomia [...] que atribui aos sujeitos privados o poder de decidir, por si, sobre a assunção e a dimensão dos seus compromissos contratuais, se relaciona [ao princípio da relatividade dos efeitos] [...] os compromissos contratuais vinculam, com força de lei, as partes que os assumem, mas *apenas as partes* que os assumem, não podendo criar obrigações a cargo de terceiros estranhos ao contrato”. (ROPPO, 2009, p. 128-129).

²⁴² “[...] liberdade de contratar e igualdade formal dos contraentes eram portanto os pilares – que se completavam reciprocamente – sobre os quais se formava a asserção peremptória, segundo a qual dizer ‘contratual’ equivale a dizer ‘justo’ (*‘qui dit contractuel dit juste’*)” (Idem, p. 35).

A principal característica desses contratos está em não admitir uma margem de negociação quanto ao seu conteúdo, dinamizando a fase das tratativas contratuais numa verdadeira economia contratual. Obviamente tal estrutura jurídica possibilitou uma economia mais eficiente, mas com desequilíbrio para a relação contratual, potencializando a fragilidade de uma das partes na relação contratual, a parte que não detém o poder econômico, que é o consumidor de bens (produtos) e serviços. O consumidor é livre, autônomo, racional, mas, muitas vezes, se encontra em situações de necessidade contratual, e aceitar as imposições contratuais se torna imperativo para sua existência.²⁴³

²⁴³ Sobre a igualdade formal criada pela noção clássica de autonomia privada, discorre Roppo que “a igualdade jurídica é só igualdade de possibilidades *abstractas*, igualdade de posições *formais*, a que na realidade podem corresponder – e numa sociedade dividida em classes correspondem necessariamente – gravíssimas desigualdades substanciais, profundíssimas disparidades das condições concretas de forças econômico e sociais entre contraentes que detêm riqueza e poder e contraentes que não dispõem senão da sua força de trabalho” (2009, p. 37). No mesmo raciocínio de Darcy Bessone: “Efetivamente, em muitas oportunidades, a liberdade de contratar é apenas teórica. Nas relações entre empregador e empregado, este, em regra, terá de optar entre a dura lei do patrão e o desemprego, com todas as suas consequências. Na locação de prédio, quando haja crise de habitações, o inquilino cederá às exigências do proprietário, ainda que desproporcionadas. Na aquisição de gêneros alimentícios e utilidades em geral, o comerciante imporá o preço sempre que haja falta no mercado. [...] Em todos estes casos, com em muitos outros, a liberdade será de um só dos contratantes e facilmente se transformará em tirania” (OLIVEIRA ANDRADE, 1960, p. 50-51).

De encontro às demandas econômicas do mercado, as críticas teóricas surgidas no início do séc. XX procuraram evidenciar as situações de desequilíbrio criadas pela autonomia formal no âmbito contratual. Exigir uma “boa-fé contratual”, controlar o abuso econômico e dar significância social ao contrato²⁴⁴ foram necessidades sociais contrapostas às do sistema econômico, a fim de mitigar os efeitos criados pela desigualdade real imposta pelos contratos padronizados e por suas cláusulas de adesão.²⁴⁵ Essa realidade

²⁴⁴ “A função social do contrato surge, sob esta ótica, como um ponto de referência da maior relevância na reformulação do princípio da relatividade. É com base na função social que ganha força a ideia de que o contrato não encerra uma relação posta entre parênteses, encapsulada, de interesse exclusivo para as partes que se encontram vinculadas contratualmente.[...] Extrai-se daí a definição da função social do contrato, entendida como o dever imposto aos contratantes de atender – ao lado dos próprios interesses individuais perseguidos pelo regulamento contratual – a interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, que se relacionam com o contrato ou são por ele atingidos” (TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, 2003, p. 14).

²⁴⁵ Após a revolução industrial do início do século XIX, a descoberta de novas formas de energia e a nova organização do trabalho nas empresas com o fordismo, todas estas mudanças atingem o conjunto da economia com um impacto sem precedentes. O contrato standard aparece como uma necessidade para as práticas econômicas. Estandarizam-se os títulos de crédito, os contratos que disciplinavam as transações na bolsa. Os bancos passaram a uniformizar as cláusulas que negociavam com seus clientes. Os transportes de massa trazem a necessidade de um contrato de seguro que o abrangesse, e etc. “A sua característica mais relevante consiste, na verdade, em tratar-se não já de uma restrição de liberdade contratual de ambas as partes, a estas impostas por uma fonte autoritária externa; trata-se, inversamente, de restrição da liberdade contratual de só uma das partes da relação,

pôs em destaque o fato de que o princípio da autonomia, por si só, era incapaz de garantir justiça às relações em que uma das partes detinha o poder de influenciar a tomada de decisão da outra, tornando necessária a introdução de novas bases ou princípios para reequilibrar essas relações específicas.

Esse movimento de substituição da visão clássica do contrato por meio da incidência de princípios e normas de ordem pública levou Roppo (2009, p. 26) a ponderar que a regra de Maine podia ser contestada. Regra segundo a qual os vínculos jurídicos comunitários nas sociedades pré-modernas foram refeitos com o movimento em direção ao contrato. A partir da introdução de princípios limitadores da liberdade contratual plena, o que se observa é um movimento em direção oposta, ou seja, um movimento em direção ao *status*. Entretanto, o *status* já não é mais estabelecido a partir de uma base socioestrutural, mas do contexto criado pelo próprio liame jurídico, ou seja, em razão das posições que cada uma das partes assume no vínculo contratual, bem como da função social a que o próprio contrato se destina.

a esta imposta pela contraparte, que se prevalece e abusa de sua posição de predomínio econômico-social. O predisponente – contraente ‘forte’ – longe de encontrar na prática dos contratos standard uma restrição dos seus poderes de autonomia privada, nela encontra, pelo contrário, um meio de expandir e potencializar tais poderes” (ROPPO, 2009, p. 317-318).

O PAPEL DA BOA-FÉ OBJETIVA NA TEORIA CONTRATUAL

No início do século XX, o direito germânico incorporou em sua codificação um princípio que lançou as bases de um novo paradigma para as relações jurídico-privadas. Esse princípio aparece com redação semelhante em dois artigos diferentes. Um deles é o art. 242, que trata da “prestação por lealdade e confiança” (*Leistung nach Treu und Glauben*), que estabelece uma regra geral para o adimplemento das obrigações: “O devedor está obrigado a realizar a prestação, com a mesma lealdade e confiança que se exige ao atuar nas práticas cotidianas”.²⁴⁶ Enquanto o Art. 157, que trata da interpretação dos contratos (*Auslegung von Verträgen*) dispõe que “os contratos devem ser interpretados, com a mesma lealdade e confiança que se exige ao atuar nas práticas cotidianas”.²⁴⁷

Ambos os artigos citados do código germânico possuem uma construção semântica muito semelhante, a qual expressa a exigência de que os contratos tenham um “lastro moral” para a validade da obrigação jurídica. Em outras palavras, acrescentou-se ao contrato um reforço ético que induz à

²⁴⁶ § 242 - Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

²⁴⁷ § 157 - Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

expectativa de que “se espera no comportamento contratual o mesmo atuar ético do sujeito que faz uma promessa”, e a expressão cotidiano ou trânsito corrente das relações (*Verkehrssitte*) parece inserida para que essa promessa passe a ser vinculante e, ao mesmo tempo, empiricamente constatável.

É certo que a inclusão do princípio da boa-fé exerceu um papel importante na nova orientação do direito privado. O princípio da “boa-fé”, *Treu und Glauben*, que se pode traduzir como lealdade e confiança (Confiança e Crença), guarda uma relação remota com o instituto romano da *bona fides* (boa-fé), porém com ele não se confunde. A ideia básica presente na *bona fides* ainda está presente na codificação brasileira e tem por função induzir uma análise de aspectos ligados ao caráter de uma das partes em uma dada relação jurídica. No direito alemão, essa boa-fé de origem latina aparece na forma da expressão *guter Glaube*.

O princípio do *Treu und Glauben*, contudo, possui um sentido diferente. Ele não está ligado à análise de intenção das partes, mas a circunstâncias objetivamente verificáveis, ou seja, induz o intérprete a verificar se uma certa expectativa estabelecida na e pela relação contratual foi intencionalmente rompida por uma das partes.

No direito contratual brasileiro (e que possui uma tradição linguística latina), o princípio de origem alemã é chamado de boa-fé objetiva. No nosso caso, muito se deve à

influência do código civil francês de 1804²⁴⁸ e do código civil português de 1966²⁴⁹, os quais já possuíam uma estrutura jurídica próxima à da tradição alemã, perpetuando esse conceito de tradição latina.²⁵⁰ Mas como esse conceito poderia remeter a juízos distintos e ambíguos,

²⁴⁸ Article 1134. Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi. [“As convenções legalmente formadas tomam o lugar da lei para aqueles que a estabelecem. Elas somente podem ser revogadas por consentimento mútuo, ou pelas causas que a lei autorize. Elas devem ser executadas de boa fé”].

²⁴⁹ ARTIGO 227º (Culpa na formação dos contratos) - 1. Quem negocea com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa-fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte.

²⁵⁰ A regra da boa-fé objetiva foi inscrita no CCB, de forma literal e expressa, em dois artigos. No art. 113 que traz uma regra geral de interpretação dos negócios: “os negócios devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração” e no Art. 422, que trata das disposições gerais dos contratos: “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé”, artigo este que comporta interpretação extensiva na teoria do direito civil a fim de compreender também as situações pré e pós-contratuais, conforme, inclusive, enunciado 170 da III Jornada do CEJ: “A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato”. Além disso, há diversas outras regras que trazem no seu preceito normativo uma referência indireta do instituto da boa-fé objetiva, como o Art. 119, que disciplina o conflito de interesses na representação (art. 119); os artigos que tratam dos vícios do consentimento como o erro (art. 138), o dolo de terceiro (art. 148); a coação de terceiro (art. 154) e o estado de perigo (art. 156). Cumpre esclarecer, contudo, que a incidência do instituto de boa-fé objetiva é difusa e está presente em toda relação negocial como determina o próprio art. 113 do CCB.

fez-se necessário acrescentar o adjetivo “objetiva”²⁵¹ para fazer referência a esse instituto tipicamente alemão. Assim, se marcou a distinção entre a boa-fé subjetiva e objetiva.

Historicamente, a boa-fé objetiva surge, como instituto jurídico, consentaneamente à transformação do Estado Liberal em Estado de Bem-Estar. Na teoria jurídica mais especificamente, o surgimento da boa-fé marca a compreensão de que determinados princípios contratuais de cunho liberal (cuja origem remota está no contratualismo filosófico e no juspositivismo do início do séc. XIX) não garantiam, por si só, uma equidade às relações. Por esses princípios oitocentistas, a relação jurídica contratual se configura como um acordo exclusivamente privado, de modo que não podia sofrer interferências externas, nem permitir interpretações de natureza ético-valorativa – a não ser pela própria ideia de liberdade como não intervenção ou como já abordado, a própria intervenção estatal para adimplemento forçado das obrigações.

De acordo com Antônio Junqueira de Azevedo, a boa-fé objetiva seria melhor definida como “cláusula aberta”, uma vez que

²⁵¹ “Ontologicamente, a boa-fé objetiva distancia-se da noção subjetiva, pois consiste num dever de conduta contratual ativo, e não de um estado psicológico experimentado pela pessoa do contratante; obriga a um certo comportamento, ao invés de outro; obriga à colaboração, não se satisfazendo com a mera abstenção, tampouco se limitando à função de justificar gozo de benefícios que, em princípio, não se destinariam àquela pessoa” (NEGREIROS, 2006, p. 122).

seria um “meio termo” entre as regras e os princípios. Isto porque ela possui uma função prática (anular ou manter válido um contrato, ensejar pagamento de indenizações por danos causados etc.) e, ao mesmo tempo, faz depender a validade jurídica de uma análise fático-axiológica, ou seja, possui também a função hermenêutica de verificação das expectativas geradas na relação contratual.²⁵² Ela não é um “tudo ou nada”, nem tampouco um princípio com amplo aspecto de generalidade assentado tão somente em valores.

Antônio Junqueira de Azevedo explica que é necessário considerar o jogo de expectativas geradas no âmbito contratual para analisar a boa-fé objetiva (AZEVEDO,

²⁵² A boa-fé não possui apenas uma função corretiva e interpretativa, mas cria igualmente “deveres acessórios” inerentes e suprarrogatórios, tais como: deveres de cuidado, previdência e segurança; deveres de aviso e esclarecimento; deveres de informação; deveres de prestar contas; deveres de cooperação; deveres de cuidado com a pessoa e deveres de omissão e segredo. Porém, como explicam Tepedino, Barboza e Moraes, “[t]rata-se, em suma, de deveres de proteção e de cooperação, que, embora se possam exemplificar, não se podem exaurir por meio de catálogos abstratos e apriorísticos. É que, para a especificação de tais deveres, fatores tais como a natureza do vínculo contratual – mais ou menos fundado na confiança – e a condição econômica das partes – mais ou menos discrepantes – serão da maior relevância” (2003, p.18). Cumpre ressaltar que as situações de vulnerabilidade não se esgotam nas discrepâncias econômicas, mas podem permitir a extensão para outras situações de vulnerabilidades criadas pelas relações de poder, como, por exemplo, aquelas em que uma das partes dispõe de informações que são inacessíveis e necessárias para a outra, como o que ocorre nas relações entre médicos e pacientes.

2002). Primeiro, e antes de tudo, é preciso verificar se as partes atuaram de acordo com a boa-fé (objetiva) na relação, ou seja, se uma das partes foi responsável por gerar uma expectativa em relação a determinada prestação com seu comportamento.

Além disso, se essa expectativa gerada na outra parte foi objeto de consideração para o seu agir, isto é, se a parte acreditou e investiu na expectativa gerada. Terceiro, é preciso constatar se a expectativa criada não foi fruto de um otimismo exagerado ou de uma representação subjetiva não razoável (em face das circunstâncias), em outras palavras: se a expectativa gerada possui um fundamento fático razoável.

Ao analisar o papel da boa-fé objetiva na prática judicial e na própria ciência do direito, é possível verificar que vai além de uma mera questão instrumental. A boa-fé objetiva está intimamente ligada à manutenção do jogo de expectativas recíprocas, a qual se desenvolve entre comportamentos e valores socialmente compartilhados.

CONFIANÇA E AUTONOMIA SUBSTANCIAL E O DIREITO DE AUTODETERMINAÇÃO DO PACIENTE

A vontade é um elemento fundamental para a constituição dos negócios jurídicos, mas essa vontade precisa ser apreendida dentro de certos parâmetros ético-

sociais. No primeiro momento, questiona-se apenas se a vontade existe, se ela foi declarada, pois sem vontade não há negócio; vencida essa análise existencial, parte-se para a segunda indagação: se a vontade foi emanada de forma livre e consciente. Tanto a falta de liberdade como a ausência de consciência sobre a manifestação da vontade são elementos importantes para verificar se um negócio jurídico (e, por conseguinte, um contrato) é válido.²⁵³

A ausência de liberdade na manifestação da vontade ocasionada por coação ou por um estado de perigo, tanto quanto a falta de consciência do agente na declaração de vontade, que pode provir de erro, dolo ou lesão, são causas que podem invalidar o negócio jurídico. Em todos esses casos, a boa-fé objetiva atua como elemento fundamental para a verificação da validade da vontade. A boa-fé objetiva exerce uma função importante para a traçar os limites do agir autônomo, integrando à analítica jurídica componentes axiológicos que atuam

²⁵³ “[...] somente a declaração de vontade é elemento do negócio jurídico (plano da existência). Mesmo sem vontade [interna], o negócio existe, e apenas poderá acontecer de ser nulo ou anulável (plano da validade), ou de não produzir efeitos (plano de eficácia) – em que a vontade age principalmente através da interpretação). Assim, por exemplo, num negócio existente, se a declaração não tiver o requisito de provir de um processo volitivo, ou se esse processo volitivo não for regular, então, o negócio existente será nulo, ou anulável, ou até mesmo válido (dependendo das circunstâncias e dos diversos ordenamentos jurídicos), exatamente como ocorre, por exemplo com ilicitude de objeto [...]” (AZEVEDO, 2007, p. 83).

oferecendo um sentido jurídico ou antijurídico às condutas humanas.

A boa-fé objetiva foi responsável pela introdução de valores socialmente compartilhados na relação privada. Sua fonte é a própria relação estabelecida entre as pessoas concretamente consideradas. Ela não é tão somente uma norma que impõe respeito à obrigação, mas se encontra imbricada ao negócio jurídico, de tal modo que sua função primordial passa a ser a de assegurar uma base adequada para o exercício da autonomia privada. Sua fonte, portanto, reside na própria dinâmica que traduz a conjugação de esforços voltada para o entendimento, que permite transcender o âmbito de uma relação meramente individual (MENEZES CORDEIRO, 2007, p. 646).

O respeito à autonomia pressupõe uma relação de mútua cooperação, na qual os “deveres de lealdade” devem ser garantidos, tais como: o dever de prestar as informações de forma clara e adequada em todas as ocasiões; não omitir informações ou qualidades negativas; não falsear a verdade entre outros; prezar pela saúde física e psicológica da outra parte (incolumidade); bem como estabelece deveres específicos em cada situação particular, mas que guardam correlação com as orientações éticas de honestidade, cooperação, justiça e cuidado.

O princípio cláusula da boa-fé objetiva, portanto, permite uma compreensão das demandas para além do mero formalismo

legal, articulando a tridimensionalidade entre fatos, normas e valores. Por essa razão a autonomia, como bem observa Menezes Cordeiro (2007, p. 654), não pode estar adstrita apenas ao dogma formal de igualdade jurídica, necessitando de uma efetiva igualdade entre as partes, sobretudo quando existir uma situação de vulnerabilidade. Vulnerabilidade que pode ser proveniente de assimetrias informacionais, econômicas, ou qualquer outra situação que possa favorecer o abuso no exercício de um direito.

O respeito à autonomia e aos direitos do paciente estão frequentemente associados à discussão sobre o consentimento livre e esclarecido (ou consentimento informado), tanto no âmbito clínico como no de pesquisa. Essa discussão ganha destaque, sobretudo, pela mudança que se vem operando na concepção sobre a prática médica.

A relação médico-paciente, que tradicionalmente foi assentada numa perspectiva paternalista, em que os médicos se viam e agiam como verdadeiros juízes do melhor interesse dos pacientes (O'NEILL, 2005, p.2), tem sido progressivamente substituída, por uma luta no âmbito jurídico e político, pelo progressivo avanço no reconhecimento dos direitos dos pacientes.

James Childress e Tom L. Beauchamp²⁵⁴ apresentaram, no final da

²⁵⁴ Alguns motivos podem explicar o interesse da comunidade científica por esse trabalho. Primeiro, porque o modelo principialista apresentado pelos

década de 1970, um modelo teórico construído em torno de quatro princípios fundamentais: o princípio do *respeito pela autonomia*, o princípio da *não-maleficência*, o princípio da *beneficência* e o princípio da *justiça* (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2010, p. 56). Esse modelo, como os próprios autores explicam, por primazia, por ser capaz de abranger juízos da moralidade comum (idem, p. 55) e, também, por possuir a proximidade

autores dialoga diretamente com o Relatório Belmont de 1978, que estabeleceu as bases éticas para pesquisas com seres humanos em nível biomédico. Esse relatório ganhou grande destaque simbólico após vir à tona uma série de abusos praticados em pesquisas com seres humanos, sem qualquer consentimento e que flagrantemente atentavam contra a dignidade humana. O relatório Belmont, explica SPIELMAN: “was one of the first bioethics commission reports, and has been among the most successful in terms of policy influence” (2007, p. 74). O Relatório identifica três princípios básicos que dialogam com a obra dos autores: o respeito às pessoas (à autonomia individual); a beneficência e a justiça. O livro *Principles of biomedical ethics* foi publicado concomitantemente com o Relatório de Belmont, e como explica Beauchamp: “Muitos supõem que o Relatório Belmont forneceu o ponto de partida e a estrutura básica para os Princípios da Ética Biomédica. Eles presumiram erroneamente que Belmont precedeu e fundamentou os Princípios. As duas obras foram escritas simultaneamente, uma influenciando a outra. Houve reciprocidade na redação, e a influência correu bilateralmente. Muitas vezes, eu estava simultaneamente redigindo material sobre o mesmo princípio ou tópico para a Comissão Nacional, enquanto meu colega Childress, ao mesmo tempo, redigia o material para eu inspecionar. Eu costumava escrever partes do Relatório Belmont durante o dia na sede da Comissão Nacional na Westbard Avenue em Bethesda, depois ia para meu escritório na Universidade de Georgetown à noite para redigir partes dos capítulos para Childress revisar. Apesar de suas origens totalmente independentes, esses projetos cresceram e amadureceram juntos.” (BEAUCHAMP, 2010, p. 6-7, tradução nossa).

em relação à tradição médica, influenciou boa parte dos trabalhos posteriores do campo bioético.

Na apresentação de sua teoria, Childress e Beauchamp advertem que “a não-maleficência e a beneficência desempenharam um papel histórico central na ética biomédica, enquanto o respeito pela autonomia e a justiça foram negligenciados na ética médica tradicional, embora tenham ganhado destaque em razão de desenvolvimentos recentes” (2010, p. 56).

A autonomia do paciente é um tema central da bioética, não só por causa da questão de se contrapor ao modelo paternalista da relação médico-paciente, mas igualmente porque, além de estar inserido na moralidade comum (idem, p. 137), as teorias éticas em geral sustentam que o agir moral pressupõe agentes autônomos.

A autonomia aparece, portanto, como tema de suma importância na bioética, por ser um valor que pretensamente expressa a necessidade de defesa de direitos ainda não consolidados de pacientes e por exigir uma reflexão ética para a classe médica.

Contudo, como sustentamos, a “autonomia real”, substantiva, pressupõe um agir leal de ambas as partes numa relação. A manifestação da vontade de uma das partes depende de que sua formação seja isenta de vícios, e tal fato tem uma implicação direta com o comportamento da outra parte. Por essa razão, a vontade das partes precisa ser avaliada

em função de valores que a ordem jurídica visa preservar: isonomia, igualdade, honestidade e lealdade. Valores que, com frequência, perdem sentido numa situação jurídica unilateral.

Por isso, autonomia não é só um valor para a bioética, mas também para o direito contratual, isto é, não é só um pressuposto de legitimidade (ética), mas uma condição de validade jurídica para a manifestação volitiva.²⁵⁵ No caso da relação médico-paciente, a boa-fé torna-se instrumento útil para estabelecer alguns parâmetros efetivos na aplicação do consentimento informado, tais como: para aferir a validade da declaração do paciente em um Termo de Consentimento Livre e Esclarecido; para a análise jurídica de eventuais deveres ético-profissionais, como os de prestar informação adequada, em linguagem compreensível e em quantidade suficiente; para a verificação de que o consentimento foi obtido sem falseamento de percepção; etc.

Os deveres provenientes da boa-fé objetiva, como corolário da confiança necessária para a garantia de um consentimento autônomo, estão para além das convenções individuais; são deveres jurídicos suprarrogatórios e imperativos éticos

²⁵⁵ Assim explica Serpa Lopes: “Noções há de Moral que são imprescindíveis à normação de determinados institutos, nos quais a regra moral atua forte e diretamente. A noção de boa-fé, noção altamente ética, percorre todo o organismo do Direito, modificando e estabelecendo diferenças profundas entre o que está de boa-fé e o que se encontra de má-fé. No contrato, é uma noção vital para a sua interpretação[...]” (1989, p. 15).

necessários para a garantia do exercício de um direito de autodeterminação eficaz.

Como explica James S. Taylor, a visão tradicional desenvolvida na teoria bioética parte da ideia de que o fundamento ético do consentimento informado reside na ideia de autonomia,²⁵⁶ mas “[se] o fundamento ético da doutrina do consentimento informado é realmente a preocupação com a autonomia, então parece que um médico negligente não deveria ser moralmente culpado por sua omissão, porque a sua omissão não afeta [diretamente] a autonomia de seu paciente” (TAYLOR, 2009, p. 131, tradução nossa). Para J. S. Taylor, o consentimento informado não pode ser compreendido a partir de uma ausência de controles sobre o que o paciente decide, senão que deve corresponder a um dever positivo por parte dos profissionais, com o intuito de aumentar o “valor instrumental da autonomia” de seus pacientes. Dever este que compreende as condutas de não produzir falsas expectativas e de não omitir informações importantes para propiciar uma decisão substancialmente autônoma.

Embora seja plausível acreditar que *normalmente* uma pessoa respeitaria a autonomia de outra simplesmente ao não interferir com ela, também é plausível acreditar que os deveres dos profissionais prestadores de

²⁵⁶ “The view that concern for autonomy provides the ethical foundation for the doctrine of informed consent has come to be accepted as a truism within contemporary medical ethics” (TAYLOR, 2009, p. 130).

cuidados em saúde impõem que respeitem a autonomia de seus pacientes não apenas deixando de interferir sobre ela, mas trabalhando ativamente para aumentar o valor instrumental da sua autonomia naquilo que lhes pode ser moralmente exigido pela sua situação profissional (TAYLOR, 2009, p. 139, trad. nossa).

Onora O'Neill, por sua vez, argumenta que “as concepções de autonomia e confiança são compatíveis e mutuamente apoiadas” (2005, p. 17, tradução nossa). Ainda que não se adote uma teoria ética explicativa exclusivamente fundamentada na confiança, ignorar a mútua correlação existente entre o valor da confiança e o da autonomia pode acarretar uma carência desses valores na relação intersubjetiva.

A dificuldade de lidar com a ideia de confiança na relação entre médico e paciente reside no fato de que o paradigma hipocrático sempre esteve centrado nela. O paciente recorria a um determinado médico apoiado, sobretudo, na sua reputação. Essa ação era orientada pela tradição, ao passo que a confiança que o paciente depositava no profissional podia também ser entendida como uma falta de opção de se recorrer a outros profissionais. Além disso, a relação era marcada por uma assimetria de conhecimento e de poder. Fato que institucionalizava as possibilidades de abuso por parte do profissional (O'NEILL, 2005, p. 17).

Por isso, explica O'Neill, a relação médico-paciente tradicional pode ter se desenvolvido em torno de uma certa noção de confiança, mas não de uma confiança razoável (*reasonable trust*). Na relação tradicional, a confiança dos pacientes em seus médicos se equiparava àquela que os filhos depositam em seus pais, uma “confiança cega”. Já a confiança razoável somente é alcançada quando os pacientes se encontram em pé de igualdade com os profissionais, e isso significa ser mais bem informados e menos dependentes. A correção das situações de vulnerabilidade contextuais é um dever ético necessário para o exercício da verdadeira autonomia, do mesmo modo que a autonomia é condição prévia para confiança (O'NEILL, 2005, p. 17-18).

Estas considerações estão no pano de fundo das discussões que pretendem estabelecer novas bases para a relação médico-paciente, em que os pacientes devem ser tratados com respeito, e os tratamentos realizados devem ser consentidos após uma compreensão adequada de seu estado clínico e dos prognósticos do ato médico a ser realizado. Nesse sentido, a satisfação do paciente é um importante indicador da adequação das práticas e da qualidade do profissional, pois dividir riscos clínicos é uma medida de respeito ao direito de autodeterminação, além de aliviar a carga depositada nas expectativas que podem ser frustradas por intercorrências médicas.

A confiança já não se constrói como no tempo que em que predominava o paradigma hipocrático de medicina. O desafio colocado atualmente para o profissional de saúde é conquistá-la com franqueza acerca de riscos e desafios que sua prática acarreta. Ninguém espera de um profissional a garantia absoluta de sucesso, mas subestimar os riscos, além de ser uma má-prática profissional, acarreta a responsabilização jurídica pela violação da boa-fé esperada na relação contratual.

O prestígio do profissional depende em muito de seu empenho não só no respeito passivo à autonomia, mas nas práticas que possam potencializar as decisões autônomas de seus pacientes. Por esta razão, não há como deixar de considerar o valor que a confiança possui para a relação entre médicos e pacientes, especialmente como instrumento jurídico de proteção da autonomia.

REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico** – existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2007.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira. O princípio da boa-fé objetiva nos contratos. In: Anais do Encontro Sobre o Projeto do Código Civil Brasileiro. **Série Cadernos do CEJ**, Volume 20, 2002.
- BEAUCHAMP, Tom L. e CHILDRESS, James F. **Princípios de ética biomédica**. 2a. ed. Tradução de Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2011.
- BEAUCHAMP, Tom L. **Standing on principles**. New York: Oxford University Press, 2010.
- DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco espinho**: justiça e valor. Tradução de Marcelo B. Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 2000.
- LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. Vol. I. Rio De Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- MACEDO Jr., Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2007.
- MAINE, Henry. S. **Ancient law**. Its connection with the early history of society and its relation to modern ideas. Londres: John Murray, Albermale Street, 1894.
- MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007.
- NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato** – novos paradigmas. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- O’NEILL, Onora. **Autonomy and trust in bioethics**. Nova Iorque: Cambridge, 2005.
- OLIVEIRA ANDRADE, Darcy Bessone de. **Do contrato**. Rio de Janeiro: Forense, 1960.
- ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.
- SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil**. Vol. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989.
- SPIELMAN, Bethany. **Bioethics in law**. New Jersey: Humana Press, 2007.

TAYLOR, James Stacey. **Practical autonomy and bioethics**. Nova Iorque-London: Routledge, 2009.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de (org.). **Código civil interpretado** – conforme a Constituição da República. Vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ASPECTOS DO DIREITO DE FAMÍLIA NA GRÉCIA ANTIGA

*Décio Sanchis*²⁵⁷

RESUMO

Estudar o Direito de Família pressupõe passar, obrigatoriamente, pelas fontes ocidentais: hebraica, grega e romana. Em especial, a fonte grega, que legou ao mundo uma riqueza de instituições e soluções jurídicas. A clareza com que os gregos enxergavam as relações familiares é singular, emancipadora e muito necessária nos dias de hoje.

PALAVRAS-CHAVE: direito grego, famílias gregas, instituições gregas.

ABSTRACT

Studying Family Law presupposes, necessarily, the Western sources: Hebrew, Greek and Roman. In particular, the Greek source that bequeathed to the world a wealth of institutions and legal solutions. The clarity with which the Greeks saw family relationships is unique, emancipatory and very necessary today

KEYWORDS: Greek law, Greek families, Greek institutions.

²⁵⁷ Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP (1979). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP (1965). Advogado desde 1966. Professor de Direito Civil de 1984 a 2001. Coordenador e Diretor do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas, Campus de São Paulo, da Universidade São Francisco, de 1995 a 2001. Coautor do livro *Antropologia Jurídica*. 2ª edição. SP: Scortecci Editora, 2018.

INTRODUÇÃO

Os habitantes da região das costas do Mediterrâneo, arquipélago, península e continente, que se costuma denominar de Hélade, por alguns milênios não ostentaram quaisquer distinções em relação aos demais povos da Ásia Central que por ali transitavam.

Alguns historiadores indicam um momento “pré-homérico”, por volta de 2.000 anos antes do início de nossa era, para situar a gênese do pensamento grego, quando a região recebe a invasão dos micênicos e aqueus, mas é só nos séculos VIII e VII a.c., com o aparecimento das cidades (Polis), que se fixam e revelam as características que nos chegaram como marcantes do pensamento e cultura grega²⁵⁸. Nesse longo período, claro está que tal população lavrou terras, amanhou rebanhos, navegou, comercializou, fabricou instrumentos, guerreou, e procriou, criou sua prole, estabeleceu algum tipo de parentesco.

De há muito havia saído do estado selvagem, ultrapassado quase todo o período da barbárie e transitava para a civilização.

Para usar a nomenclatura e classificação proposta por Morgan e acolhida por Engels²⁵⁹, havia caminhado da família

²⁵⁸ Vernant, Jean-Pierre. *Origens do Pensamento Grego*, Lisboa: Ed. Teorema, 1987.

²⁵⁹ Friedrich Engels. *Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*, trad. de Leandro Konder, Ed. Civilização Brasileira, 1984.

consanguínea, onde as relações sexuais são promíscuas, passara pela família panaluana, onde já se afastam as relações sexuais entre irmãos, mas os matrimônios dão-se por grupos, com predomínio materno, com o surgimento das “gens” pela linha parental materna; daí por diante evolui para a família sindiásmica, com o matrimônio aos pares, divisão do trabalho doméstico, submissão sexual da mulher e conseqüente possibilidade do estabelecimento de uma supremacia da linha parental exclusivamente paterna e o estabelecimento do casamento monogâmico.

Tal evolução é conduzida pela incessante luta pela satisfação das necessidades de subsistência humana e explicada pelas alterações ocorridas nas formas pelas quais esta vai sendo atingida. Outra forma de explicá-las é debitando-as à atuação e força de suas crenças.

Não vamos aqui discutir isto. Contentamo-nos, no longo caminho trilhado pelos helenos, em situar a família grega no estágio sindiásmico, com uniões aos pares, monogâmicas, e, em seu seio, a mulher destinada à produção de prole e aos cuidados domésticos, e completamente estabelecida a preponderância masculina nas regras do consórcio, a obrigação de fidelidade feminina e, assim, a supremacia do direito paterno na linha parental e a secundariedade dos ligados tão só à mulher, como exemplificativamente irmãos desta (cognatos e não considerados parentes).

Já firmaram o senso da individualidade, com o referencial da linha de parentesco real ou suposta, agregam-se em gens em função de tais linhas, adotam a propriedade privada das terras que usam e buscam conservá-la para tais agrupamentos, permanecem escravagistas e em latente choque com os que se encontram em situação diversa (das guerras advinham escravos, os servos submetidos à mesma religião (a clientela), os libertos despossuídos de bens, os tetas, que são livres, mas fora das linhagens estabelecidas e em decorrência afastados de quaisquer funções públicas). As gens agrupam-se em fratrias, as fratrias em tribos, e por fim estas organizam-se em cidades e nestas, finalmente, buscam forma política para a composição dos interesses em choque.

Esta família patriarcal está ligada ao surgimento da propriedade privada fundiária, geradora de sustento e riqueza, em oposição à propriedade coletiva, e as relações de parentesco paterno estão ligadas ao mecanismo de transmissão dessa propriedade, com o efeito de mantê-la dentro do mesmo grupo, em face dos que não a possuíam. Este é, grosso modo, o pano de fundo do que vamos retratar sumariamente, seguindo plano de nosso trabalho.

CASAMENTO

Monogâmico, celebrado com cerimônia ou ritual religioso, impositivo de

fidelidade absoluta à mulher. Nos tempos mais remotos, vive ela com as demais mulheres em aposentos específicos da casa (gineceu). A poligamia é vista como costume bárbaro, mas a infidelidade masculina é tolerada. Fustel de Coulanges²⁶⁰ descreve o rito do casamento dentro das gens, a sua inicial contratação entre o noivo e o pai da noiva, a oferta do dote por este, muitas vezes a pouca idade da mulher prometida, a entrega posterior desta, em cerimônias que, desligando-a do culto e casa paterna, a integram definitivamente à casa e culto a que pertence o marido. O casamento importa em supressão de todo o parentesco genitor e seu afastamento de qualquer direito à herança, em caso de falecimento deste. Não obstante Fustel de Coulanges apresente razões religiosas para afastar o celibato na família antiga, chama-nos a atenção a formação cívica grega, encarando o casamento não como resultado de anseio pessoal, mas como instrumento fundamental de procriação para continuação do grupo social.

Daí o casamento ser colocado como dever, seja por razões morais, religiosas, sejam até mesmo legais, como ocorreu em Esparta. Contudo, a manutenção do patrimônio adquirido também aparece como impositiva de casamento, qual se vê na obrigação do tio

paterno de casar com a herdeira de propriedade, órfã de pai e mãe²⁶¹.

Mas se aí não encontramos relevo no afeto, não poderemos generalizar, pois sempre ao lado do casamento dos “bem nascidos” (eupátridas, por exemplo), existem os consórcios dos libertos, dos tetas, enfim, dos que estão fora daquele círculo, unindo-se pelo concubinato, para cujo reconhecimento, além do tempo, exigia-se esse recíproco consentimento e vontade pessoal para a união, a que se deu o nome de “affectio”.

Na vida prática privada aparece, pois, a mulher apenas como “ser útil” ou na qualidade de mãe de filhos legítimos, posição bem distante da que é descrita cavalheiramente nos poemas de Homero²⁶², situação que só se ameniza aos tempos de Solon, em Atenas.

Da mesma forma, distante das mulheres que são referidas na literatura como destinatárias dos impulsos masculinos puramente sexuais ou também intelectuais.²⁶³

DIVÓRCIO

Entre os antigos, a esterilidade da mulher era razão, muitas vezes impositivamente, obrigatória de divórcio,

²⁶⁰ Numa-Denys de Fustel de Coulanges. *A Cidade Antiga*, trad. de Frederico Ozanam Pessoa de Barros, Ed. das Américas S/A, 1961.

²⁶¹ Arnaoutoglou, Elias. *Leis da Grécia Antiga*, trad. Ordep Trindade Serra - Ed Odysseus, 2003, p. 9.

²⁶² Jaeger, Werner. *Paidéia. A Formação do Homem Grego*, trad. Artur M. Parreira, Ed. Martins Fontes/Ed. Universidade de Brasília, 1986.

²⁶³ Mazel, Jacques. *As Metamorfoses de Eros – O Amor na Grécia Antiga*. Trad. Antonio de Padua Danesi, Ed. Martins Fontes, 1988.

equivalente a repúdio, mas se a esterilidade fosse do marido, devia este ser substituído por irmão seu, ou outro parente, negando-se à mulher o mesmo direito e considerando-se a prole obtida como advinda do marido.

Em tempos posteriores, pelo menos em Atenas, o adultério da mulher impunha ao marido o dever de repudiá-la com o divórcio e exclusão do culto público, enquanto o cometido pelo marido tinha maior tolerância.

Além disso, as consequências patrimoniais eram diversas; em caso de responsabilidade da mulher, conservava o que era seu, mas levava só metade do dote que trouxera e metade do rendimento se oriundo de sua propriedade; em caso de responsabilidade do varão, arcava tão somente com o pagamento de uma multa.

SUCESSÃO E HERANÇA

Nítido o princípio da conservação patrimonial sob a titularidade ou pelo menos administração masculina. Nos tempos antigos, é o filho homem primogênito quem sucede o pai e herda, sem necessidade de testamento, o bem e o culto doméstico, não tendo mesmo que aceitar a herança e nem podendo recusá-la.

Já a filha não sucede e herda jamais, só recebe a parte que o pai havia destinado a seu dote, porquanto jamais poderia dar continuidade ao culto paterno, mesmo porque, ao casar-se, deveria necessariamente adotar o culto do marido. Se fosse solteira e enquanto o

fosse, permaneceria sob a tutela do irmão herdeiro.

Caso não houvesse filho homem vivo, restando somente filha, duas soluções poderiam encontradas: o casamento da filha com o parente que viesse a herdar, admitido desta forma o casamento de tio com sobrinha, ou poderia ter o pai, antes do falecimento, adotado um filho homem, para que herdasse e casasse com sua filha. Na hipótese de neto de filha casada, só herdaria ele se o casamento desta tivesse sido feito com a expressa restrição de que o filho que viesse a ter fosse considerado filho do pai desta e não do marido.

Em caso de falecido sem filhos vivos, herda o descendente do filho homem, mas não o descendente da filha mulher.

Não havendo descendentes, herdam os colaterais masculinos do falecido, não os femininos.

Os filhos varões, porém emancipados, da mesma forma não herdam do pai, porquanto a emancipação os desliga do culto deste e assim o afastam da sucessão. Em oposição, o adotado, por ser introduzido em tal culto, torna-se herdeiro, embora ao longo surjam restrições ao seu poder de disposição. Sustenta Fustel de Coulanges que todas essas regras eram decorrentes do princípio religioso de que somente herdava quem pudesse dar continuidade ao culto do falecido, e só aos varões isto era reconhecido.

De tal forma, o vínculo sanguíneo fica em segundo plano, em face do vínculo

religioso, com grave repercussão na manutenção da unidade da riqueza. Passível de ser observado, contudo, que, para além disso, o conjunto de regras, inclusive as proibições de vendas e divisões físicas das propriedades fundiárias, que são encontradas em alguns locais e momentos, tinham por consequência, ou talvez por motor, a manutenção da unidade produtiva, impeditiva de sua desagregação, ou a conservação da casa.

O uso do testamento é admitido para qualquer homem, com liberdade, se não tiver filhos legítimos do sexo masculino, princípio que também se abrandava com o tempo.

RELAÇÕES DE PARENTESCO

Distintas, pois, são as relações de parentesco, na linha paterna e na linha materna. Os pais e irmãos da mãe não guardam parentesco com os filhos e filhas do casamento desta, porquanto o casamento a afasta de sua casa e sua família, para integrá-la à família do marido. O parentesco pela linha feminina não é desconhecido, mas permanece estanco, não se cruzando com o da linha masculina, para fins de sucessão e culto doméstico, que, como já dito, caminham juntos. Encontra-se exceção, pelo menos em Atenas, no século VI a.C., na hipótese de não haver sucessores consanguíneos na linha paterna até o grau de filhos de primos.

OS FILHOS, OS ÓRFÃOS E HERDEIRAS

Ao definir-se a família da Grécia antiga como patriarcal, já se adiantou que filhos homens, salvo algumas circunstâncias ou até a emancipação, e as filhas mulheres, até o casamento, ficavam sob o poder do pai.

Os órfãos e as herdeiras, já depois da formação das cidades, ficavam ao cuidado de algumas autoridades (arcontes); muitos são os textos relativos à repressão a maus tratos e outros prejuízos causados a órfãos e herdeiras únicas. Da mesma forma, tinham os filhos o dever moral, institucionalizado em muitas cidades, de respeitar os pais.

À GUIA DE CONCLUSÃO

Fustel de Coulanges, no início de sua citada obra, afirma que “o passado nunca morre por completo para o homem. O homem pode esquecê-lo, mas continua sempre a guardá-lo em seu íntimo pois seu estado em determinada época é produto e resumo de todas as épocas anteriores.”

Jenny Magnani de O. Nogueira, discorrendo sobre o mesmo autor, ressalta que a família antiga não recebeu suas leis das cidades, e reponta com a citação feita da obra de E. E. Evans-Pritchard de que os traços da família antiga, num sentido amplo, de “família conjunta e que mantinha unido o grupo agnático como uma corporação, dando-lhe

permanência”, sob o vínculo de um culto ancestral²⁶⁴, perduram nas cidades já politicamente organizadas da Grécia magna, não obstante as condições objetivas da vida social tenham se alterado.

Com efeito, como reconhece Morgan, citado por Engels: “A família é o elemento ativo; nunca permanece estacionária, mas passa de uma forma inferior para outra superior, à medida que a sociedade evolui de um grau inferior para outro mais elevado.

Os sistemas de parentesco pelo contrário são passivos; só depois de largos intervalos registram os progressos feitos pela família e não sofrem uma modificação radical, senão quando a família já se modificou radicalmente”.

INDICAÇÕES BIBLIOGRÁFICAS

ARNAOUTOGLU, Elias. Leis da Grécia Antiga, trad. Ordep Trindade Serra - São Paulo: Ed. Odysseus, 2003.

DE COULANGES, Fustel (Numa-Denys de Fustel de Coulanges). A Cidade Antiga, trad. de Frederico Ozanam Pessoa de Barros, São Paulo: Ed. das Américas S/A, 1961.

ENGELS, Friedrich. Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado, trad. de Leandro Konder, RJ: Ed. Civilização Brasileira, 1984.

JAEGER, Werner. Paidéia – A Formação do Homem Grego, trad. Artur M. Parreira, SP:

Ed. Martins Fontes/Ed. Universidade de Brasília, 1986.

MAZEL, Jacques. As Metamorfoses de Eros – O Amor na Grécia Antiga. Trad. Antonio de Padua Danesi, SP: Ed. Martins Fontes, 1988.

NARDELLA-DELLOVA, Pietro;
SANCHIS, Décio, *et alii*. Antropologia Jurídica: uma contribuição sob múltiplos olhares. 2ª ed., Scortecci, 2018.

NOGUEIRA, Jenny Magnani de O. A Instituição da Família em A Cidade Antiga, in Fundamentos de História do Direito/ organizador Antonio Carlos Wolkmer, BH: Ed. Del Rey, 1996, impressão 2000.

VERNANT, Jean-Pierre. Origens do Pensamento Grego, Lisboa: Ed. Teorema, 1987.

²⁶⁴ Jenny Magnani de O. Nogueira. A Instituição da Família em A Cidade Antiga, in Fundamentos de História do Direito/ organizador Antonio Carlos Wolkmer, Ed. Del Rey, 1996, impressão 2000.

**UMA ANÁLISE DO LIVRO “A
TEORIA CRÍTICA: ONTEM E HOJE”,
DE BARBARA FREITAG, COMO
ANTESSALA DOS ESTUDOS
FILOSÓFICOS DO DIREITO CIVIL
CONTEMPORÂNEO**

*Pietro Nardella-Dellova*²⁶⁵

²⁶⁵ **Pietro Nardella-Dellova** é Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, UFF, e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da USP – Universidade de São Paulo; é Doutor e Mestre em Ciência da Religião pela PUC/SP; é Pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil; é Pós-graduado em Literatura; é Formado em Filosofia pela FECS, e é Bacharel em Direito pela FDSBC. É membro efetivo da Comissão de Direito e Liberdade Religiosa da OAB/SP – São Paulo; Membro da Comissão de Notáveis da OAB/BC, Balneário de Camboriú, Santa Catarina; Membro da “*Accademia Napoletana per la Cultura di Napoli*”, Nápoles, Itália; Associado ao Grupo Martin Buber, de Roma, para o Diálogo entre Israelenses e Palestinos; Associado ao Grupo “Judeus Pela Democracia” (Israel, USA e Brasil). É Autor de vários livros, entre os quais, *Antropologia Jurídica* (2017); *Direito, Mito e Sociedade* (2021) e *Pierre Proudhon e o Direito Civil: Teorias da Propriedade como “droit d’aubaine” e como função libertária* (2021). É autor de centenas de artigos e pareceres jurídicos; é Poeta, com vários livros de Poesia publicados, e membro da UBE – União Brasileira de Escritores (São Paulo), assim como da Accademia Napoletana (Napoli). Em 2004, criou e coordenou o CPPJ – Centro de Pesquisa e Prática Jurídica “Prof. Goffredo Telles Jr.”. Em 2011 criou e coordenou o Grupo de Estudos e Pesquisas NUDAR – Teorias Críticas Aplicadas ao Direito Privado. É Pesquisador do Grupo de Pesquisa TC TCLAE CNPq, e Coordenador, no mesmo Grupo, da Linha de Pesquisa “*Direito Civil Constitucional, Teorias Críticas e Educação Jurídica*”. É Pesquisador do Grupo de Pesquisa VEREDAS PUC/SP-CNPq. É Professor, desde 1990, de Literatura, Direito Civil, Filosofia, Direito Processual Civil e Direitos Humanos em vários cursos (graduação e pós-graduação), entre os quais, Universidade Federal Fluminense, Faculdade de

RESUMO

A autora *Barbara Freitag* nasceu na Alemanha, em 1941. Formada em Sociologia, Psicologia e Filosofia, nas Universidades de Frankfurt e Berlim. Doutora pela Universidade Técnica e Livre-docente pela Universidade Livre de Berlim. Lecionou Sociologia e Psicologia Social, como Professora visitante, nas Universidades de Zürich, Freiburg e Frankfurt. Também lecionou na Universidade Federal de Sergipe, na PUC de São Paulo e na Universidade de Brasília (UnB), onde se manteve como Coordenadora dos Cursos de Pós-graduação (Mestrado e Doutorado) em Sociologia. Publicou vários livros, entre os quais, este *A Teoria Crítica: Ontem e Hoje*, ora analisado. *Barbara Freitag* estrutura seu livro em três partes, indicando o histórico da Escola de Frankfurt, desenvolvendo, de modo crítico, o conteúdo programático da Teoria Crítica, a partir desta Escola e, finalmente, estudando a Teoria Crítica depois de Horkheimer e Adorno. O estudo das teorias críticas contribui para a compreensão de um novo Direito Civil de caráter emancipatório.

PALAVRAS-CHAVE: *teoria crítica, filosofia aplicada, Escola de Frankfurt.*

ABSTRACT

The author *Barbara Freitag* was born in Germany, in 1941. Graduated in Sociology, Psychology and Philosophy, at the Universities of Frankfurt and Berlin. PhD from the Technical University and Full Professor at the Free University of Berlin. She taught Sociology and Social Psychology as a Visiting Professor at the Universities of Zürich, Freiburg and Frankfurt. She also taught at the Federal University of Sergipe, at PUC in São Paulo and at the University of Brasilia (UnB), where she remained as Coordinator of Postgraduate Courses (Master and Doctorate) in Sociology. He published

Direito Padre Anchieta, ESA – Escola Superior da Advocacia, Pós-graduação em Direito da UNIMEP; EMERJ – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Atuou como Professor visitante (2011-2013) na Faculdade de Direito da USP, abordando o tema “Direito Hebraico Comparado”. É Pesquisador bolsista CAPES/FUNDASP no Programa de Estudos Pós-graduados da PUC/SP. Atualmente, além das atividades docentes no Brasil, desenvolve estudos e pesquisas em *New York*, USA.

several books, among which, this *The Critical Theory: Yesterday and Today, now analyzed*. Barbara Freitag structures her book in three parts, indicating the history of the Frankfurt School, critically developing the syllabus of Critical Theory from this School and, finally, studying Critical Theory after Horkheimer and Adorno. The study of critical theories contributes to the understanding of a new civil law of emancipatory character.

KEYWORDS: *critical theory, applied philosophy, Frankfurt.*

INTRODUÇÃO

Barbara Freitag estrutura seu livro²⁶⁶ em três partes, indicando o histórico da Escola de Frankfurt,²⁶⁷ desenvolvendo, de modo crítico, o conteúdo programático da Teoria Crítica, a partir desta Escola²⁶⁸ e, finalmente, estudando a Teoria Crítica depois de Horkheimer e Adorno.²⁶⁹

Trata-se de um livro (indispensável) de contextualização e orientação para leitura, vale dizer, uma antessala para a leitura e compreensão do pensamento alemão, especialmente no que respeita à Escola de Frankfurt e seus desdobramentos. Além da clareza da exposição, lembramos ter sido escrito por Barbara, uma antiga aluna de Horkheimer e Adorno. Não é apenas um livro descritivo, e sim um livro no qual a autora, além de apontar os aspectos mais importantes,

emite, com igual vigor, o seu posicionamento filosófico.²⁷⁰

PRIMEIRA PARTE DO LIVRO

A expressão *Escola de Frankfurt* não se refere a um “locus”, uma cidade, mas ao grupo de intelectuais e a uma teoria social, especialmente designando os trabalhos de Horkheimer, Adorno, Marcuse, Benjamin e Habermas, tratando-se, portanto, como informa a autora:

“*de um grupo de intelectuais marxistas, não ortodoxos, que na década dos anos 20 permaneceram à margem de um marxismo-leninismo “clássico”, seja em sua versão teórico-ideológica, seja em sua linha militante e partidária.*”²⁷¹

A Escola de Frankfurt, de início, como Instituto (*Institut fuer Sozialforschung*) institucionalizada, portanto, e ligada à Universidade de Frankfurt, nasceu do encontro *uma semana de estudos marxistas*, realizada na Turíngia, 1922, da qual participaram, é bom indicar, Felix Weil, Karl Korsch, George Lukács, Friedrich Pollock, Karl August Wittfogel. O Instituto fora criado em 1923, e a partir daquela semana foi dirigido por Carl

²⁶⁶ Barbara Freitag. *A Teoria Crítica: Ontem e Hoje*. São Paulo: Brasiliense, 1986;

²⁶⁷ *Op. cit.* pp. 9-30;

²⁶⁸ *Op. cit.* pp. 31-104;

²⁶⁹ *Op. cit.* pp. 105-148;

²⁷⁰ O conteúdo do presente Artigo foi, primeiramente, objeto de debate no PPGSD – Programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense, em 2014, RJ;

²⁷¹ *Op. cit.* p. 10;

Gruenberg até 1930 e, então, substituído por Max Horkheimer. Além de concentrar o debate marxista e reunir filósofos, produziu sua revista (*Archiv fuer die Geschichte des Sozialismus und der Arbeiterbewegung*) e esteve preocupada, no nascedouro, com os movimentos operários europeus.

O Instituto, então criado e ligado à Universidade de Frankfurt, teve, a partir da gestão de Horkheimer (e em face do avanço ideológico e político do nazismo), a criação de várias filiais (Genebra, Londres, Paris), com a transferência da Redação da Revista para Paris. Em 1933, o governo nazista fechou o Instituto e confiscou sua biblioteca formada, então, por 60 mil exemplares.

Embora concentrada no Instituto e na Revista, a produção foi muito mais profícua e para além do Instituto (embora, a partir de sua concepção). Um dos trabalhos, realizado sob coordenação de Horkheimer e Fromm, foi o “*Estudos sobre a Autoridade e Família*”, de 1936, com o qual desenvolveu o tema do operário sexualmente reprimido em face da estrutura capitalista, em chave freudiana.

A linha de ação e produção de Horkheimer, em seus primeiros anos na direção do Instituto, era a proposta de elaborar “*o esboço de uma teoria materialista, social-psicológica dos processos históricos societários*”²⁷² em base teórica freudo-marxista. O que se chama “primeira fase” do

Instituto de Frankfurt é, ademais, a marca de Horkheimer e sua produção teórica, especialmente em questionamento de dados históricos do porquê da classe operária não ter produzido efetivamente sua revolução e superação do capitalismo, além da imbricação entre a macroestrutura capitalista e a microestrutura da família burguesa e proletária.

Em 1933, em face do nazismo, o Instituto é transferido para Genebra, onde funciona sob o nome *Société Internationale de Recherches Sociales*, recebendo a filiação e colaboração intelectual de Pollock, Tillick, Ch. Beard, R. S. Lynd, F. de Saussure (a Revista estava sendo editada em Paris). Em 1934, Horkheimer transfere o Instituto para New York, vinculando-o à Universidade de Columbia, agora, com o nome de *International Institute of Social Research*. Foi nesta ocasião, e com dezenas de bolsas de estudo, que Walter Benjamin, Ernst Bloch e Maurice Halbwachs conseguiram desenvolver seus estudos. Somente Bloch conseguiu fugir para os Estados Unidos. Benjamin e Halbwachs morreram em face do nazismo, sendo que o primeiro suicidou-se e o segundo, assassinado nas câmaras de gás.

Também Horkheimer e Adorno se transferiram para os Estados Unidos, Califórnia, e ali se encontraram com Thomas Mann, Bertolt Brecht, entre outros intelectuais alemães e judeus refugiados. A Revista continuou sendo produzida em alemão, sendo que seu último número, em inglês, é de 1941.

²⁷² *Op. cit.*, p. 14;

Enquanto manteve-se nos Estados Unidos, o Instituto produziu e promoveu a produção de vários artigos que deram a base para a *teoria crítica* e de duas obras escritas por vários cientistas alemães e estadunidenses que marcaram a *pesquisa sociológica*.²⁷³ As obras são *The Authoritarian Personality* (1950), produção empírica de Frenkel-Brunswik, Levinson, Sanford, Morrow, Adorno, entre outros, e, também, *A Dialética do Esclarecimento* (1947), de Horkheimer e Adorno.

Há, naturalmente, uma experiência bem curiosa no contexto estadunidense, universo capitalista e de democracia de massa. Mas Horkheimer mantém a reflexão dialética, no enfrentamento às tendências positivistas e empiristas, especialmente com um ensaio de 1937, “A Teoria Crítica e a Teoria Tradicional”. Na mesma ocasião, Adorno estuda, com base sociológica marxista, a música e sua massificação em um mundo consumista.

Segundo Barbara Freitag, embora haja uma presença marcante de Horkheimer e Fromm na obra *A Personalidade Autoritária*, com bases nos estudos feitos anteriormente na Europa, especialmente nos “*Estudos sobre a Autoridade e Família*”, de 1936, não se trata de uma “reedição”. No caso da *A Personalidade Autoritária*, coube a Adorno, que, segundo Freitag, teorizou de forma

original sobre o material empírico, mantendo uma unidade e coerência teóricas entre os dois trabalhos, sempre na mesma chave anterior freudo-marxista.

Partindo do conceito de “caráter” de Fromm e Reich, e ampliando-o, Adorno desenvolveu o conceito de “personalidade”. Sem romper com os tipos teóricos de Reich (caráter neurótico e genital) ou de Fromm (caráter individual e social), e apoiando-se nos dados empíricos etnocêntricos, autoritários, fascistas e de organização econômica, Adorno propõe um tipo novo da personalidade (o do liberal genuíno, do conservador, do lunático, do manipulador, entre outros), dando-lhes a diferenciação em *high e low scorers* e, com isso, consegue explicar melhor os paradoxos entre a chamada escala PEC (temas econômicos e sociais) e a escala F (fascismo), sendo que os dados da primeira escala atingem camadas superficiais da personalidade, enquanto os dados da segunda escala (F) ressaltam a pulsão de cada indivíduo. Demonstrou com isso que pessoas com opiniões conservadoras sobre política e economia podem não ter as características fascistas de pessoas com opiniões mais liberais e democráticas. De acordo com Freitag, é o conflito edipiano mal resolvido.

Ainda, no contexto da experiência estadunidense, em face da análise da evolução da cultura nas sociedades de massas, Adorno e Horkheimer escreveram (na Califórnia) a *Dialética do Esclarecimento* (1947) que,

²⁷³ *Op. cit.*, p. 17;

segundo Habermas, em análise de 1985, seria uma espécie de ruptura dos dois autores com as teorias anteriores. Se a experiência americana é de profunda importância para a Escola de Frankfurt, a *Dialética do Esclarecimento* o é para o processo de reflexão que conduz, de um lado, a certa desconfiança (talvez, frustração) com a teoria crítica, levando Adorno à concepção de sua *dialética negativa*.

O capitalismo vence, finalmente, a razão libertadora enunciada por Kant. Pois o capitalismo, como uma força centrífuga, arrasta a todos ao seu centro, tirando-lhes a capacidade crítica e de autodeterminação. Com isso, ambos, Adorno e Horkheimer, afastam-se do materialismo histórico, bem como do positivismo e neopositivismo de sua época. Horkheimer, ao final, aproxima-se da *teologia*, e Adorno refugia-se na *dialética negativa* e na *teoria estética*, sendo estes os desdobramentos do retorno de ambos a Frankfurt, após o término da Segunda Guerra Mundial.

Segundo aponta Freitag, Horkheimer e Adorno, após retornarem à Europa, reassumem, como diretor e codiretor, o Instituto, renovando suas estruturas materiais, especialmente seu acervo bibliográfico, mantendo-se, também, em Cátedras universitárias. Mas o Instituto é praticamente reduzido aos seus dois ícones. Todos os outros, por razões diversas, desde morte, afastamento ou trabalho em áreas inconciliáveis (como

Alemanha oriental), não faziam mais parte do grupo.

Mas, nos anos 60, Adorno e Horkheimer recebem a adesão de jovens filósofos que, em linhas gerais, desenvolvendo ou criticando pontos da Escola de Frankfurt, serão os responsáveis pela sua manutenção. Entre eles, Alfred Schmidt (responsável por reeditar toda a obra de Horkheimer); Jürgen Habermas, herdeiro da teoria crítica (foi responsável por afastá-la do pessimismo e desespero no qual se perdia); Ludwig von Friedeburg (até o final dos anos 80, diretor do Instituto); Roth Tiedemann (editor das obras de Walter Benjamin e de Theodor Adorno); Helge Pross, Christoph Oehler e outros.

Habermas e Friedeburg desenvolvem um estudo entre Estudantes universitários de Frankfurt e Berlim, aplicando-lhes as escalas estadunidenses A e F (autoritarismo e fascismo), a fim de descobrirem como estava a geração pós-guerra. Os estudantes, criados e educados por nazistas ou simpatizantes dos nazistas, revelaram uma síndrome autoritária.

Mas tais estudos são colocados em xeque pelos movimentos estudantis de toda a Europa. As Universidades alemãs mantinham estruturas autoritárias, confrontadas por este movimento estudantil que eclode no final dos anos 60. E, embora os estudantes dos anos 60 fundamentassem seu protesto nas reflexões críticas de Marcuse, Adorno e Horkheimer, os frankfurtianos entendiam o movimento como fascista. Adorno viu, inclusive, no tipo de

protestos algo que se assemelhava à prática nazista e chamou a Polícia quando os estudantes ameaçaram invadir o Instituto.

Foi, conforme Freitag, nesta ocasião que Habermas cunhou a frase “*fascismo de esquerda*” e não tendo adesão estudantil, como também não quis participar do movimento estudantil, retirou-se para Starnberg. Outros, como Freideburg e Marcuse tentaram diretamente convencer os estudantes, pois queriam reformas no sistema universitário e educacional, mas rejeitavam movimentos revolucionários e guerrilhas urbanas.

Podemos dizer, junto com Freitag, que a *teoria crítica* ligou e separou estudantes e frankfurtianos. Horkheimer saiu para a Suíça em 1967. Adorno morreu em 1969, e os estudantes, abandonando seus ícones frankfurtianos, seguiram para grupos, carreiras universitárias, etc.

Não fosse um pequeno grupo de estudantes, talvez a *teoria crítica* estivesse, nesta ocasião, marcada de morte. O grupo não seguiu a luta armada nem os radicais de esquerda, preferindo manter-se no debate e no diálogo frankfurtiano, mas com linhas próprias. Entre os quais, Freitag cita Offe, Preuss, Brandt, Senghaan, Altvater, Sloterdijk, entre outros tantos.

A Escola de Frankfurt teve, digamos, um primeiro momento, a partir de sua constituição, com uma produção inaugural do pensamento crítico. Em seu segundo momento, destaca-se a presença dos teóricos

nos Estados Unidos e, a partir daquela experiência, o reencaminhamento do pensamento para a dialética negativa, teoria estética e certo acento teológico.

O seu terceiro momento que poderia ser, não fossem alguns poucos, o seu último, refere-se aos movimentos estudantis baseados na teoria crítica, mas como oposição dos seus idealizadores. O quarto momento, já não mais como produção da Escola de Frankfurt, porém, sobre a Escola, e, principalmente, após os movimentos mais nevrálgicos, isto é, estudantis, Habermas, Tiedemann, Schmidt, Wellmer, entre outros, passaram a divulgar as obras dos teóricos da primeira geração.

Todos os trabalhos foram reeditados meticulosamente e, obviamente, este esforço resultou não apenas na divulgação da teoria crítica, mas principalmente no seu estudo para além do centro frankfurtiano, tudo isso a partir dos anos 70. Mas Freitag, em seu livro, aponta três momentos, a partir de seus pensadores e teóricos.²⁷⁴ A saber, o primeiro momento com Horkheimer, o principal teórico antes e durante a II Guerra, até o retorno e reconstrução do Instituto em 1950; um segundo momento, sob Adorno, introduzindo o tema da cultura e desenvolvimento na teoria estética e, em um terceiro momento, sob Habermas que, a partir da teoria crítica, desenvolveu sua teoria da ação comunicativa (razão comunicativa), absorvendo, preservando e superando tanto a

²⁷⁴ *Op. cit.*, p. 30;

teoria crítica de Horkheimer como a teoria estética de Adorno. Este, segundo a mesma Freitag, é o momento em curso (falamos de 1986, quando o livro foi publicado).

Entre os que renovaram o debate, buscando saídas e novas percepções de mundo, mas a partir do trabalho dos primeiros teóricos, destaca-se Habermas que, na tentativa de superar os obstáculos anteriores, criou uma *teoria da ação comunicativa*.

Mas, como adverte Freitag,²⁷⁵ o renascimento da teoria crítica não é devido apenas àqueles que reeditaram seus trabalhos, entre os quais Habermas, mas a toda uma comunidade universitária e científica que, a partir da teoria crítica, procuraram superá-la ou adotá-la em seus trabalhos. Como foi dito por Freitag, a expressão Escola de Frankfurt não designa um lugar, mas um grupo e uma teoria (ou teorias dentro da teoria crítica), podendo ou não estar em Frankfurt.

Segundo a autora, Habermas e Friedeburg encontravam-se em Frankfurt (em 1986), mas ela questiona (questiona para o leitor responder) se realmente eles podem ser, hoje, chamados de *teóricos críticos*.²⁷⁶

SEGUNDA PARTE DO LIVRO

Se na primeira parte de seu livro, Freitag desenvolve a dimensão histórica da Escola de Frankfurt, na segunda, dedica tempo

²⁷⁵ *Op. cit.*, p. 29;

²⁷⁶ *Op. cit.*, p. 30;

para os seus temas centrais: *a dialética da razão e a crítica da ciência, a dupla face da cultura e a questão do Estado*.

A escolha dos tópicos temáticos deveu-se, segundo Freitag, aos critérios de *delimitação* no seu livro, e de *persistência e reincidência* dos temas de 1920 a 1985, e especialmente com uma *função didática*.²⁷⁷ É, como diz ela, um procedimento analítico a fim de facilitar, embora com expressa advertência de não simplificar, a temática interligada nas obras dos autores.

Os temas apontados, com permanência nos trabalhos teóricos, foram, não obstante, tratados com variáveis específicas, como, por exemplo, os problemas de herança marxista que, mantendo-se, foram lidos a partir da estética após a contribuição de Adorno, especialmente, na música.

Freitag não faz uma escolha temática individual nem cronológica, mas recorrente, dando certa unidade ao desenvolvimento frankfurtiano. Deixa claro que os autores da Escola de Frankfurt têm diferenças entre si, sendo que cada qual trata do contorno epistemológico de uma maneira específica. Não há, assim, uma homogeneização da Escola de Frankfurt. Nem poderia, já que se pretendia uma *teoria crítica*!

Segundo Freitag:

“o que caracteriza sua atuação conjunta é a sua capacidade intelectual e crítica, sua

²⁷⁷ *Op. cit.*, p. 33;

*reflexão dialética, sua competência dialógica ou aquilo que Habermas viria a chamar de discurso, ou seja, o questionamento radical dos pressupostos de cada posição e teorização adotada*²⁷⁸

Um dos três temas apontados por Freitag, isto é, *a dialética da razão*, refere-se ao Iluminismo ou Esclarecimento (em outra obra, autores fizeram a crítica à tradução de “aufklärung” por “iluminismo”, considerando que a melhor tradução é mesmo “esclarecimento”). O Tema aparece em todos os autores, especialmente na *Dialética do Esclarecimento*, sendo que a razão fora concebida, originalmente, para o processo emancipatório humano, dando-lhe, teoricamente, a base para autonomia e autodeterminação. Mas operou o contrário, convertendo-se em repressão, instrumentalização e dominação do homem.

O que é o esclarecimento? Para Kant, o meio pelo qual o homem encontraria seu processo de libertação, alcançando, por intermédio dela, a autonomia e maioridade. Segundo Kant, o homem deveria tomar o curso de sua história, sem nenhuma intervenção externa (deuses, mitos etc.) ou interna (*karma*). A razão seria a emancipação do homem.

A isto Horkheimer faz uma crítica, pois o iluminismo (esclarecimento) deveria, estando de posse da razão, servir à

emancipação, mas acabou por servir à ciência e técnica, segundo ele, ditatoriais. Realmente, não houve emancipação, e a técnica, enquanto razão instrumental e repressiva, converteu-se ela mesma em mito, positivando-se e tornando-se alienada.

O TEMA DA RAZÃO E A CRÍTICA DA CIÊNCIA

A razão, enquanto tema, aparece na obra “Teoria Tradicional e Teoria Crítica”, de Horkheimer, em 1937, relacionando Descartes e Marx, não, como afirma o próprio Horkheimer, no sentido de opor uma à outra, mas de englobar a de Descartes na de Marx. Freitag informa que o tema “razão” continua ainda hoje. Enquanto na teoria tradicional, a partir de Descartes, o que se busca é sintetizar os juízos universais, a teoria crítica é a que possibilita captar a dimensão histórica dos fenômenos, dos indivíduos e das sociedades.²⁷⁹

É possível, pelo fenômeno da subordinação e integração, aproximar as duas teorias, pois o particular tende a ser a concretização do universal. Para tanto, Horkheimer retoma os conceitos universais de Marx, como, por exemplo, dinheiro, acumulação, mercadoria, valor, etc., demonstrando como, em uma economia burguesa, o processo simples de troca sofre,

²⁷⁸ *Op. cit.*, pp. 33-34;

²⁷⁹ *Op. cit.*, p. 38;

atualmente, um agravamento, contradição e leva, invariavelmente, às guerras e revoluções.²⁸⁰

Em função desse tema, Horkheimer, a partir da sua obra de 1937, reeditada sob o nome de Teoria Crítica (1968), reabre a discussão e lança o pensamento sociológico, segundo Freitag, em um dilema, bem mais profundo *que os juízos de valores e da neutralidade nas ciências sociais*, de Weber, Rocher & Knies.

Para Horkheimer, ciência e filosofia modernas não podem se contentar com juízos de valor e de fato. Por ser uma questão ontológica, devem buscar os *juízos existenciais* em relação comprometida com a liberdade e autonomia do homem. É o conflito entre dialética e positivismo. Enfim, o tema “razão” vai acompanhar Horkheimer até o final de sua vida. Em duas conferências realizadas antes de sua morte, ele revê, inclusive, alguns tópicos do início de sua carreira, reaproximando-se, por exemplo, da teologia e revalorizando a religião.

Horkheimer não vê, finalmente, nenhuma oportunidade ou necessidade em revolução, sobretudo em seu ensaio de 1970 (A Teoria Crítica: Ontem e Hoje) e, com base em dados históricos, aponta três equívocos da teoria marxista:

a) a proletarianização progressiva da classe operária

não se confirmou, pois o capitalismo conseguiu produzir um excedente de riquezas;

b) as crises cíclicas do capitalismo não se verificaram, pois houve uma intervenção crescente do Estado;

c) a justiça realizável com a liberdade mostrou-se ilusória, pois no capitalismo houve efetivamente um aumento das riquezas – que pode levar a uma diminuição das desigualdades, embora com uma diminuição da liberdade. Horkheimer desilude-se das teses centrais de Marx, em face de sua experiência com a Alemanha nazista e com os países do Leste (em qualquer caso, há regimes totalitários). E mais, ambos se valem da razão instrumental, em detrimento da razão emancipatória, destruindo a liberdade individual em nome do bem geral.²⁸¹

Em 1961, a Sociedade de Sociologia Alemã organizou, em Tuebingen, um confronto entre Adorno e Popper para que debatesses os *fundamentos epistemológicos do positivismo e da dialética* que, não apenas

²⁸⁰ *Op. cit.*, p. 39;

²⁸¹ *Op. cit.*, p. 41;

no encontro, mas em outros fóruns e campos, abriu caminho para o debate entre positivistas e críticos.

Em suma, Popper privilegia o método, especialmente o dedutivo, embora conceda que haja, em relação às ciências sociais, uma lógica situacional. A lógica situacional também é objetiva, vez que pretende a compreensão objetiva dos fatos, considerando que a ação foi objetivamente apropriada à situação. Ao final, não é a ação, mas a situação que tem elementos objetivos.

Em sua réplica, Adorno aponta Popper como positivista, seja em relação à lógica formal ou situacional, vez que o mesmo atribui ao método o valor predominante e, conforme o método de Popper, o pesquisador faz ciência de forma neutra e objetiva. Adorno contesta a ideia de que o método garante chegar à verdade e à objetividade. Contesta, também, as teses centrais de Popper e demonstra que a teoria crítica não é meramente formal, mas, sim, material e existencial.²⁸²

Então, para Adorno, aponta Freitag, a sociologia crítica e dialética não pode deixar de guiar-se pela perspectiva do todo, ainda quando estuda um objeto particular, mas “o todo” a que se refere não é um sistema estabelecido, e sim resultado histórico e realização para o futuro.²⁸³ E não é uma autocrítica interna da disciplina, mas para além, ao próprio objeto da análise, ou seja, a

sociedade contemporânea, as hipóteses, os conceitos e as teorias desenvolvidas para representá-la ou analisá-la.²⁸⁴

A crítica, enfim, para Adorno, diferente de Popper, é um estado de desconfiança face ao conhecimento, como princípio da negatividade.²⁸⁵

A dialética negativa de Adorno confunde-se, segundo Freitag, com a razão iluminista de Kant, mas mantidos seus dois braços, *o instrumental e o emancipatório*. A sociedade burguesa apropriou-se do conceito kantiano, mas apenas no aspecto instrumental, desprezando o emancipatório e convertendo a razão em opressão e, ela mesma, em mito.

A lógica formal não é capaz de trabalhar com a contradição e transformação, apenas a dialética negativa. A razão kantiana, com seus dois aspectos, instrumental e emancipatório, é razão! Mas, desprovida do aspecto emancipatório, é a sua própria negação.²⁸⁶ Aponta Freitag, citando Dahrendorf, mediador do debate, que, diferentemente de Horkheimer, que acena com uma possibilidade conciliação entre a teoria tradicional e crítica, Popper e Adorno demonstram, sem equívoco, serem inconciliáveis.

A temática ainda encontrará fôlego no debate entre Habermas e Luhmann, sendo o primeiro adepto da teoria crítica, e o segundo,

²⁸² *Op. cit.*, p. 47;

²⁸³ *Op. cit.*, p. 47;

²⁸⁴ *Op. cit.*, p. 47;

²⁸⁵ *Op. cit.*, p. 47;

²⁸⁶ *Op. cit.*, p. 50;

positivista. Habermas confirma o posicionamento de Adorno e Horkheimer, mas em face da teoria sistêmica de Luhmann, elabora, como novidade, uma teoria alternativa.

Luhmann desenvolve sua teoria utilizando o modelo biológico, separando os conceitos de sistema e meio. Conforme Luhmann, a sociedade, assim como sistema, delimita seu campo de afirmação e, para fugir às críticas de Habermas, desenvolve o conceito de “redução da complexidade” aplicado aos sistemas sociais. Em função da redução da complexidade, o comportamento é institucionalizado, em papéis sociais, afastando, por isso mesmo, os outros papéis ou comportamentos. Com isso, o agente social fica livre de fazer outras escolhas ou preferir outros comportamentos.

Habermas, por sua vez, critica esta teoria sistêmica de Luhmann, demonstrando que a mesma não faz distinção entre realidade e representação, ambas no que respeita à interpretação da realidade. Segundo Habermas, não há solução quando o sistema não apresenta a redução da complexidade ou, pior, quando a complexidade aumenta. Daí que, neste caso, o sistema não permanece. A teoria sistêmica não apresenta alternativa, pois a sociedade a partir dela apresenta-se pronta, sendo ela mesma a redução da complexidade, vale dizer, apresenta-se institucionalizada.

Por isso mesmo, o conceito de redução da complexidade não permite a

alternatividade, nem interpretação alternativa, já que tanto a alternatividade ou a interpretação alternativa podem ser problematicamente ameaçadoras para o próprio sistema. Serve, assim, para comportamentos conformistas e, neste sentido, é base de uma teoria conservadora. Há, para Habermas, uma confusão e um problema insolúvel entre representação e realidade. Enfim, a teoria sistêmica não tem como demonstrar como as normas e valores emergem e passam a regulamentar o sistema.²⁸⁷

Embora Luhmann, conforme Freitag, pense em uma sociedade dialógica, pois não quer a marca de conservador, não consegue o resultado, pois a relação dialógica pressupõe algo que não sejam os significados preexistentes. Se os significados preexistem, não há diálogo e, muito diferente de uma relação dialógica, o significado preexistente se impõe de forma autoritária, monológica!²⁸⁸

Portanto, nesse ponto, ou seja, dos significados, está a disputa entre Habermas e Luhmann, tendo em vista que nos processos dialógicos, os significados são elaborados de forma consensual, pelas partes envolvidas e, portanto, respeitados por todos. Por isso mesmo, para Habermas, o conceito de sistema é incompatível com fenômenos sociais.²⁸⁹

Em suma, a teoria sistêmica de Luhmann acaba, na visão de Habermas, por

²⁸⁷ *Op. cit.*, p. 56;

²⁸⁸ *Op. cit.*, p. 57;

²⁸⁹ *Op. cit.*, p. 57;

ser nada mais que a teoria tradicional ou a do positivismo, reelaboradas. Tanto nas teorias tradicional e positivista quanto na de sistema de Luhmann, há uma tentativa indisfarçável de afastar o fenômeno da contradição.

Habermas contrapõe à teoria de Luhmann a sua, chamada, anteriormente, como esclarece Freitag, de “*teoria da competência comunicativa*”, com um caráter de racionalidade comunicativa. Pois, assim, apresenta o conceito de *mundo vivido* (lebenswelt) em combinação com uma concepção sistêmica.

O que pretende Habermas é apresentar a razão, mas não a instrumental nem a subjetiva de seus antigos mestres, mas a razão implementada socialmente nas relações e interações dialógicas no âmbito dos que estão no processo comunicacional de forma espontânea, obedecendo o rigor do “discurso” habermasiano! Por isso ação comunicativa!

Em outras palavras, na ação comunicativa o agente suscita uma pretensão de validade em relação a fatos, normas, vivências, baseada na expectativa de que seu interlocutor possa, querendo, contestar com fundamento (*begründet*), com argumentos!

E isso é a racionalidade habermasiana! Ou seja, o procedimento argumentativo, onde tudo, inclusive as verdades inabaláveis, pode ser contestado ou, ao menos, questionado. É a teoria do consenso da verdade, em função da qual se manifesta uma capacidade de discernimento, distinção,

entre essência e aparência (afirmações verdadeiras), entre ser e ilusão (afirmações verazes) e entre ser e dever (afirmações corretas).²⁹⁰

Segundo a autora, Habermas preserva a teoria crítica, mas supera-a, apontando para o elemento da linguagem ou competência linguística. Não é instrumental, mas, também, não é subjetiva nem imposta ou autoritária. Neste caso, a razão é comunicativa no *encontro do mundo objetivo das coisas, o mundo social das normas e o mundo subjetivo dos afetos*.²⁹¹

Há uma integração da ótica sistêmica e a do mundo vivido, a fim de encontrar os agentes em relações concretas, considerando que se trata do universo em que há uma razão instrumental e técnica. Mas, observada apenas a ótica sistêmica, o diálogo estaria excluído, pois, conforme Freitag, o núcleo sistêmico é formado pelo meio dinheiro, econômico, e pelo meio político, poder. É necessária a vivência dos atores, com memória histórica, inclusive, comunicativa. A estatização (da política) e a monetarização (da economia) atrofiou a sociedade, roubando-lhe as energias, e nisto há uma característica da modernidade, vez que a razão, neste caso, é apenas instrumental.

É o aprisionamento do homem em armação de ferro, alienação e

²⁹⁰ *Op. cit.*, p. 60;

²⁹¹ *Op. cit.*, p. 60;

unidimensionalidade, conforme Freitag, lembrando Weber, Lukács e Marcuse.²⁹²

O sistema, nas amarras da razão instrumental, aprisionou e colonizou o mundo vivido e, portanto, requer-se, agora, especialmente na esfera social e cultural, a descolonização, ou seja, a emancipação, não extinguindo, mas reorientando a razão instrumental.

Um dos pontos importantes na teoria de Habermas é a sua competência em dialogar com teorias contrárias, no sentido de absorvê-las ou servir-se delas para aperfeiçoamento e ampliação da argumentação, pois afinal sua teoria proposta é o discurso.

O TEMA DA DUPLA FACE DA CULTURA E A DISCUSSÃO DA INDÚSTRIA CULTURAL

Assim como o eixo temático da razão e a crítica da ciência, a crítica à cultura de massa foi o tema desenvolvido desde os primórdios da Escola de Frankfurt e, conforme opina Freitag, foi por isto mesmo que a Teoria Crítica ficou mais amplamente conhecida, apesar de estar presente em tantas outras áreas.

No primeiro número da Revista, em 1932, Adorno publica o artigo “Sobre a Situação Social da Música”, e denuncia que a música é um produto das relações capitalistas, embora tenha, também, um caráter

contestatório. Benjamin, por sua vez, em 1936, publica o artigo “Obra de Arte na Era da sua Reprodutibilidade Técnica”. Em 1937, Marcuse publica “Caráter Afirmatório da Cultura”. Em 1941, Horkheimer publica o ensaio “Arte e a Cultura de Massa”, e é exatamente neste ensaio que aparece pela primeira vez o termo “cultura de massa”. E todos estes artigos, conforme indica Freitag, antecederam o ensaio “Indústria Cultural, Iluminismo como Sedução das Massas”, de 1947.²⁹³

Barbara Freitag usa o critério da diferenciação dos autores do núcleo do pensamento crítico, sem obedecer à ordem cronológica. Para tratar do assunto, vale-se mais da lógica intrínseca dos desdobramentos do tema, tratando, na ordem, *do conceito de cultura, da obra de arte, sua reprodutibilidade técnica, seu consumo pelas massas, o seu desvirtuamento* (a perda da aura, na visão de Benjamin), *a preservação da música e outras formas de arte como única forma de protesto e crítica contra a ordem estabelecida*, na visão de Adorno.²⁹⁴

Segundo Freitag, a partir do momento em que Adorno assume a direção do Instituto, restringe a abrangência da teoria crítica, abandonando a análise das relações de produção e repressão das classes, para especificar-se e especificar o campo em torno da música, restringindo, com isso, a

²⁹² *Op. cit.*, p. 61;

²⁹³ *Op. cit.*, p. 66;

²⁹⁴ *Op. cit.*, p. 67;

acessibilidade de sua teoria a um número pequeno de especialistas na música.

Havia (como há) na Alemanha uma distinção entre Cultura e Civilização. Esta, a área da produção, do consumo; aquela, dos bens do espírito. Se de um lado os trabalhadores eram explorados, por outro, a cultura lhes prometia um tempo (futuro) de felicidade, sulcando ainda mais a concepção de que se há uma riqueza espiritual, é possível tolerar a pobreza material.

De qualquer forma, os pensadores da teoria crítica acreditavam que, como a arte era uma expressão burguesa (e própria dos burgueses), quando do advento da emancipação do trabalhador, ela perderia o sentido e, quiçá, desapareceria.

Mas isso não ocorreu. Ao contrário, o que era objeto de uma pequena classe converte-se em objeto de mercado (coisificação da obra de arte e da cultura em geral). Entrou no processo de produção, e daí o que chamamos “cultura de massa”, especialmente chamada por Adorno e Horkheimer de “*indústria cultural*”.

A obra de arte deixa de ser a expressão da alma humana, em toda a sua dimensão emocional, para converter-se em objeto de mercado, mas não apenas como uma necessidade material. A obra de arte vai suprir, em seu processo de produção e alcance de todos, as necessidades espirituais do trabalhador, mas não no mesmo sentido que servia à burguesia.

Agora, a obra de arte supre uma necessidade do operário, sim, de caráter espiritual, mas para tirar-lhe qualquer possibilidade de pensar em sua situação real, pois lhe oferece, em tempo presente, a ilusão da felicidade que, por isso mesmo, não precisa ficar para o futuro. De qualquer forma, ela elimina a dimensão crítica.

A indústria cultural é o *anti* ou *a*(cultural), no sentido de dissolução da obra de arte. Com ela, o trabalhador e as relações de produção ficam normalizados, inclusive pelo senso de substituição ou alienação, como lembra Freitag:

*“no lugar do amor romântico sonhado pelo poeta, intercala a telenovela, no lugar do sexo vivido se vê filme pornô, em lugar da liberdade autêntica se vive a liberdade de escolha entre produtos lançados no mercado.”*²⁹⁵

Barbara Freitag continua fazendo apontamento crítico em relação ao tema e traz a análise que Benjamin fez da obra de arte, dando-lhe, como naturalmente, a origem religiosa e daí o conceito de “aura”. Mas Benjamin ressalta que a obra de arte teria um valor de culto e outro de exposição, sendo que, de início, teria apenas o valor de culto, já que ficava escondida ou reservada a um pequeno grupo.

Contudo, no processo de dessacralização do mundo a obra de arte

²⁹⁵ *Op. cit.*, p. 73;

mantém-se, sem perder o valor de culto (por exemplo, culto ao belo), e cria o valor da exposição. No processo, iniciado na Idade Média, a obra de arte, saindo do mundo feudal, alcança o período burguês, mas mantém, aí, a aura, assim como no período feudal. Entretanto, ao sair do universo burguês e alcançar as massas, perde a aura. Benjamin aponta a perda da aura pelo processo incessante de reprodução, acesso das massas e a tecnificação. A aura respondia pela unicidade e singularidade que, perdida, todavia, faz crescer o valor de exposição. E porque todos têm, agora, acesso a ela, passa a ter um valor de consumo.

Benjamin não acompanha Adorno, nem mesmo Horkheimer, na visão da perda ou desvirtualização da obra de arte com o processo de massificação. Benjamin acredita que a obra de arte mantém-se, apenas que, agora, com acesso de todos.

E, em sua crítica, vê o uso fascista da obra de arte e, disto, obviamente, um processo de submissão das massas. Mas percebe, também, que a obra de arte pode cumprir um papel importantíssimo na politização. Freitag afirma que os pensadores antigos da teoria crítica, todos eles, veem as duas dimensões na obra de arte: a conservadora e a emancipatória, de mãos dadas.

Habermas, por último, acompanha mais Benjamin e critica Adorno, Horkheimer e Marcuse, pois considera que estes veem a obra de arte apenas de forma tradicional, como uma

promessa de felicidade, além de uma visão limitada, pois partem do referencial burguês da obra de arte, não abrindo caminho para reflexão sobre outras manifestações artísticas populares (jazz, surrealismo, filme etc...). Afirma Habermas que as obras de arte vivenciaram alterações, mudanças e, por isso mesmo, cumprem outras funções que não as tradicionais.

No processo pessimista, Adorno e Horkheimer afastam-se da análise da teoria crítica em relação aos meios de produção e opressão do trabalhador (operário) e, assim, abordam mais intensamente o tema da cultura e da indústria cultural. Há, neste momento, a partir dos anos 50, uma substituição ou transposição da teoria crítica para a teoria estética. Em especial, com Adorno, para a música, porque a cultura é identificada, agora, como forma de manipulação de consciências.

O longo processo de racionalização crítica, bem como o desencantamento, efeitos do esgotamento da teoria crítica em Adorno, Horkheimer e Marcuse, serão criticados em Habermas, que considera que aqueles pensadores levaram-se a um ponto de dilema, ou a um beco sem saída.

Habermas, assim, vê que a solução está na busca de uma razão comunicativa, intersubjetiva, aplicada às relações dialógicas e, obviamente, a análise da cultura poderá levar a outras conclusões, que não as pessimistas anteriores.

A QUESTÃO DO ESTADO E A DOMINAÇÃO TECNOCRÁTICA

A temática que envolve o Estado, assim como a crítica da razão e a cultura e indústria cultural, encontra lugar permanente na obra dos frankfurtianos.

O tema aparece em três momentos:

- a) os primeiros tempos da Escola de Frankfurt;
- b) a experiência dos frankfurtianos nos Estados Unidos e;
- c) após o retorno à Frankfurt.

No primeiro momento, a crítica se faz ao processo intervencionista do Estado na economia, tanto capitalista quanto socialista, como manipulação das crises. Para os economistas, não era possível que o Estado não interviesse na economia, pois sua presença era não apenas reguladora, mas incentivadora. O Estado moderno, e capitalista, agora passa a ser um Estado empresarial e, porque intervém, regulando e administrando crises, desativa as lutas de classes que podem, agora, buscar no Estado a satisfação de suas necessidades, mostrando, ao menos, duas funções do Estado: a função econômica e a função política, respectivamente, para administrar crises e para amortecer o impacto do conflito entre trabalhadores e capitalistas.

Em outro momento, demonstra-se que o domínio do conhecimento e da ciência nas mãos dos poderosos, que dominam o

Estado, acaba por servir à lógica técnica e não à lógica das necessidades dos homens.

Habermas retoma o tema da ciência e tecnologia, enfatizando seu caráter ideológico e de domínio. Não é mais a necessidade do homem que importa, mas a Economia, o bem-estar da economia, silenciando ou amortecendo as lutas políticas.

Outro fator importante é que o Estado, agora o guardião do bom andamento da economia, não tem que dar justificativas, pois todas as suas ações são “legítimas”, enquanto a economia se mantiver bem.

O último aspecto do Estado é longamente desenvolvido por Habermas, completando o quadro (até aqui). O Estado se torna, em um primeiro momento, intervencionista. No segundo momento, um Estado empresarial e, agora, no terceiro momento, o Estado capitalista.

Habermas aponta as crises do Estado moderno, de um capitalismo avançado, entre elas, a satisfação diante de um mercado internacional, o controle dos inúmeros grupos de contestação e o esgotamento de sua capacidade de ser o Estado do Bem-Estar Social. Em meio a crises crescentes, parece restar ao Estado avançar e encontrar-se em uma estrutura socialista ou retroceder e abraçar o fascismo.

Entretanto, Habermas vislumbra uma possibilidade que não seja nem socialismo nem fascismo, a saber, o retorno ao *status* de *polis*, ou seja, o lugar da sociedade ou lugar

societário, obviamente em consonância com sua teoria da ação comunicativa. De qualquer forma, conforme Habermas, o Estado, experimentador de crises, deverá buscar um caminho em que se redescubra em outras bases.

BIBLIOGRAFIA ANALISADA

FREITAG, Barbara. **A Teoria Crítica: Ontem e Hoje**. São Paulo: Brasiliense, 1986;
INDICAÇÕES DE LEITURA PARA TEORIAS CRÍTICAS

ARENDDT, Hannah. **Escritos Judaicos**. Trad. de Laura Degaspere Monte Mascaro, Luciana Garcia Oliveira e Thiago Dias da Silva. SP: Amariyls, 2016;

BAKER, Ivo. **Numerati**. Trad. por Ivo Korytowski. SP: Saraiva, 2009;

BARBOSA, Ruy. **O Divórcio e o Anarchismo**. RJ: Ed. Guanabara, 1933;

BARBOSA, Ruy. **Teoria Política**. Pref. de Homero Pires. SP: W. M. Jackson, 1964;

BARKER, Sir Ernest. **Teoria Política Grega – Platão e seus Predecessores**. Trad. de Sergio Fernando Guarischi Bath. Brasília: Ed. UnB, 1978;

BERTI, Giampietro. **La Dimensione Libertaria di Pierre-Joseph Proudhon**. Roma: C. Nuova, 1982;

BERTI, Giampietro. **Un’Idea Esagerata di Libertà**. Milano: Elèuthera, 1994;

BERTOLO, Amedeo (org). **L’anarchico e l’ebreo: Storia di un Incontro**. Trad. di Amedeo Bertolo, Annalisa Bertolo. Milano: Eleuthera, 2001;

BLANC, Louis. **Histoire de la Révolution Française**. Tome VIII. Bruxelles: Meline, Cans et Compagnie, 1858;

BLOCH, Léon. **Lutas Sociais na Roma Antiga**. Mira-Sintra: Europa-América, 1991;

BUBER, Martin. **EU-TU**. Trad. de N. A. Von Zuben. SP: Unicamp/Cortez, 1979;

BUBER, Martin. **O Socialismo Utópico**. Trad. de Pola Civelli. SP: Perspectiva, 1971;

BUBER, Martin. **Il Cammino dell’Uomo**. Trad. G. Bonola. Magnano: Qiqajon, 1990;

CASTORIADIS, Cornelius. **Socialismo ou Barbárie**. Trad. de Milton M. do Nascimento e Maria das G. de Souza Nascimento. SP: Brasiliense, 1983;

CHAUÍ, Marilena. **Convite à Filosofia**. 2ª ed. São Paulo: Ática, 1995;

CHEVALLIER, Jean-Jacques. **Grandes Obras Políticas de Maquiavel aos Nossos Dias**. 4ª Ed. Trad. de Lydia Christina. Pref. de André Siegfried. RJ: Liv. Agir, 1989;

CODELLO, Francesco. **Né Obbedire Né Comandare**. Milano: Elèuthera, 2009;

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga: Estudo sobre o Culto, o Direito e Instituições da Grécia e de Roma**. 2 Vol. Trad. Port. 7ª ed. Lisboa: Clássica, 1950;

DAHRENDORF, Ralf. **Após 1989: Moral, Revolução e Sociedade Civil**. Trad. de Patrícia Zimbre. RJ: Paz e Terra, 1997;

DAHRENDORF, Ralf. **Homo Sociologicus: Ensaio sobre a História, o Significado e a Crítica da Categoria de Papel Social**. Trad. de Manfredo Berger. RJ: Tempo, 1969;

DIACOV, V. e COVALEV, S. **História da Antiguidade**. III Vol. Trad. de João Cunha Andrade. SP: Fulgor, 1965;

- DIODATO, Roberto. **Movimenti e Idee del Pacifismo**. Milano: Bibliografica, 1995;
- DIÓGENES LAÉRTIOS. **Vidas e Doutrinas dos Filósofos Ilustres**. (*Vitae Philosophorum*). Trad. do grego, intr. e notas de Mário G. Kury. Brasília: UnB, 1988;
- ENGELS, Friedrich. **Del Socialismo Utópico al Socialismo Científico**, in Obras Escogidas, Vol III. 7ª Ed. Trad. soviética. Moscou: Progreso, 1974;
- ENGELS, Friedrich. **De La Autoridad**, in Obras Escogidas, Vol. II. 10ª Ed. Trad. soviética. Moscou: Progreso, 1974;
- ENGELS, Friedrich. **El Papel de la Violencia en la Historia**, in Obras Escogidas, Vol. III. 7ª Ed. Trad. soviética. Moscou: Progreso, 1974;
- ENGELS, Friedrich. **Ludwig Feuerbach y el Fin de la Filosofia Clasica Alemana**, in K. Marx e F. Engels, Obras Escogidas, Vol. III. 7ª Ed. Moscou: Progreso, 1974;
- FALCHI, Helio. **A Lei da Oferta e da Procura nos Tempos**. SP: Saraiva, 1957;
- FARRINGTON, Benjamin. **A Doutrina de Epicuro**. Trad. E. Jorge. RJ: Zahar, 1968;
- FERNANDES, Florestan (direção)
RESENDE, Paulo-Edgar A., PASSETI, Edson (seleção e notas). **Proudhon**. SP: Ática, 1986;
- FEYERABEND, Paul. **Contra o Método: Esboço de uma Teoria Anárquica da Teoria do Conhecimento**. Trad. Octanny S. Mota e L. Hegenberg. RJ: Francisco Alves, 1977;
- FISCHER, Louis. **Gandhi**. Trad. de Raul de Polillo. RJ: Círculo do Livro, 1984;
- FRIEDRICH, Carl J. **Perspectiva Histórica da Filosofia do Direito**. RJ: Zahar, 1965;
- FRIEDRICH, Carl J. **Tradição e Autoridade em Ciência Política**. Trad. de Fernando de C. Ferro. RJ: Zahar, 1974;
- FROMM, Erich. **O Dogma de Cristo e Outros Ensaio sobre Religião, Psicologia e Cultura**. Trad. Waltensir Dutra. 4ª ed. RJ: Zahar, 1974;
- FROMM, Erich. **Ter ou Ser?** Trad. de N. C. Caixeiro. 2ª ed. RJ: Zahar, 1979;
- GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 3ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001;
- GODWIN, Willian. **L'Eutanasia dello Stato**. (ant.) da Peter Marshall. Traduzione italiana Milano: Elèuthera, 1997;
- GOMES, Orlando. **Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro**. Salvador: Publicações da Universidade da Bahia, 1958;
- GRAVE, Jean. **La Società Morente**. Pref. di Ottavio Mirbeau. Trad. di Luigi Fabbri. Roma: F. Serantoni, 1907;
- GUÉRIN, Daniel. **No Gods, No Masters: an Anthology of Anarchism**. Complete Unabridged. Translation: Paul Sharkey. Oakland, Canda. AK Press, 1998;
- GUÉRIN, Daniel. **Anarchism: From Theory to Practice**. Intr. by Noam Chomsky. Transl. by Mary Klopfer. New York: Monthly Review Press, 2014;
- GUÉRIN, Daniel. **Para um Marxismo Libertario**. Trad. de Teodoro Lecman. Buenos Aires: Proyección, 1973;
- GURVITCH, George. **Proudhon**. Trad. de L. Jacob e J. Ramalho. Porto: Ed. 70, 1983;
- HOBSBAWM, Eric J. **Las Revoluciones Burguesas**. 2ª Ed. Trad. de Felipe Ximenz de Sandoval. Madrid: Ed. Guadarrama, 1971;

- IHERING, Rudolf Von. **El Espíritu del Derecho Romano**. Trad. por Fernando Vela. Buenos Aires: Revista de Occidente Argentina, 1947;
- JAEGER, Werner. **Paideia: Los Ideales de la Cultura Griega**. Trad. de Joaquín Xirau e Wenceslao Roces. 2ª ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1967;
- KROPOTKIN, Pètr. **La Conquête du Pain**. Préf. par Elisée Reclus. Trad. française. Dix-neuvième édition. Paris: Librairie P.-V. Stock, 1921;
- KROPOTKIN, Pètr. **Scienza e Anarchia**. Trad. di G. Berti. Milano Elèuthera, 1998;
- LANDAUER, Gustav. **La Rivoluzione**. Reggio Emilia: Diabasis. 2009;
- LÉVI-STRAUSS, C., GOUGH, Kathleen e SPIRO, Melford. **A Família: Origem e Evolução**. Trad. Brasileira, Porto Alegre: Ed. Villa Martha, 1980;
- LOMBROSO, Cesare. **Gli Anarchici**. 2ª ed. Torino: Fratelli Bocca, 1895;
- LOMBROSO, Cesare. **L'Homme de Génie**. 4ª éd. Traduite sur la 6ª édition italienne par Colonna D'Istria et M. Calderini. Paris: Félix Alcan. Éditeur, 1909;
- LÖWY, Michael. **Redenção e Utopia: O Judaísmo Libertário na Europa Central**. Trad. de Paulo Neves. SP: Cia das Letras, 1989;
- LÖWY, Michael. **Romantismo e Messianismo**. Trad. de M. V. Baptista e M. Pizante Baptista. SP: Perspectiva, 2008;
- MANNHEIM, Karl. **Ideologia e Utopia**. Trad. Sérgio M. Santeiro. RJ: Zahar, 1972;
- MANOR, Giora. **Bollettino: La Natura Anarchica del Kibbutz**. Milano: Centro Studi Libertari. Eleuthera, 2000;
- MARTINS-COSTA, Judith (org.) **A Reconstrução do Direito Privado**. SP: RT, 2002;
- MARX, Karl. **Carta a Pierre-Joseph Proudhon de 5 de Maio de 1846**, in Anexos à Filosofia da Miséria. Trad. e Int. de João Paulo Netto. SP: Global, 1985;
- MARX, Karl. **Filosofia da Miséria**. Trad. de João Paulo Netto. SP: Global, 1985;
- MARX, Karl. **Sobre Proudhon: Carta a J. B. Schweitzer** in K. Marx e F. Proudhon, Obras Escogidas. Vol. II, trad. soviética. Moscou: 1974;
- MATTIROLO, Luigi. **Principii di Filosofia del Diritto**. Torino/Napoli: TIP, 1871;
- MICHELET, Jules. **Storia della Rivoluzione Francese**. 2 Vol. 6 Libri. Trad. di Vincenzo Domínici, con Introd. e note di Alberto Aquarone. 2ª ed. Milano: 1960;
- MILL, John Stuart. **La Libertà**. Trad. di Luigi Einaudi. Torino: P. Gobetti Ed, 1925;
- MILL, John Stuart. **La Servitù Delle Donne**. Trad. e pref. di Anna Maria Mozzoni. Lanciano: R. Carabba, 1926;
- MIRANDA, Pontes de. **Sistema de Ciência Positiva do Direito. Introdução à Ciência do Direito**. Tomo II. 2ª ed. RJ: Borsoi, 1972;
- MIRANDA, Pontes de. **Sistema de Ciência Positiva do Direito. Investigação Científica e Intervenção na Matéria Social**. Tomo IV. RJ: Borsoi, 1972;
- MONDOLFO, Rodolfo. **O Pensamento Antigo: Filosofia Greco-Romana**. Vol. I. Trad. de Lycurgo Gomes da Motta. SP: Mestre Jou, 1971;
- MONTANELLI, Indro. **Storia dei Greci**. 10ª ed. Milano: BUR – Rizzoli, 1997;
- MORA, J. Ferrater. **Diccionario de Filosofia**. V I. 5ª r., Madrid: Alianza Ed, 1986;

- MORUS, Thomas. **A Utopia**. Trad. de Anah Mello Franco. Brasília: UnB, 1980;
- MULLER, J.-M. **Vocabulário da Não-Violência**. Trad. A. L. Jesus. SP: Loyola, 1991;
- NARDELLA-DELLOVA Pietro. **Direito Civil, Núcleos Familiares e o Movimento Crítico do Direito**. In: Carvalho, Salo Carvalho; Carvalho, Diego; Carvalho, Gabriela & Costa, Renata Almeida (organizadores). **Para Além do Direito Alternativo e do Garantismo Jurídico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016;
- NARDELLA-DELLOVA Pietro. **Sobre as Últimas Manifestações Populares de 2013**. In: Willis Santiago Guerra Filho. (Org.) *et alii*. **Alternativas Poético-Políticas ao Direito: a Propósito das Manifestações Populares em Junho de 2013 no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014;
- NARDELLA-DELLOVA, Pietro (direção/organização); MADEIRA, Wilson; MOTTA, Ana; CALLEGARI, José Antonio; CONTI, Marcelino; BRITO, Ênio; DURÃES, Ivan; MIRANDA, Napoleão (coorganizadores) *et alii*. **Direito, Mito e Sociedade** (e-book). SP: Scortecci, 2021;
- NARDELLA-DELLOVA, Pietro (edição, coordenação e artigos). **Revista de Direito Civil da Fadipa**. SP, Jundiaí: Editora UniAnchieta, 2019-2021;
- NARDELLA-DELLOVA, Pietro (org.) *et alii*. **Antropologia Jurídica: Uma Contribuição Sob Múltiplos Olhares**. 2ª ed. SP: Scortecci, 2018;
- NARDELLA-DELLOVA, Pietro. **A Crise Sacrificial do Direito- uma leitura do Direito a partir do Desejo Mimético**. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da USP, 2000;
- NARDELLA-DELLOVA, Pietro. **A Morte do Poeta nos Penhascos e Outros Monólogos – Reflexões Jurídicas, Culturais e Filosóficas**. SP: Scortecci, 2009;
- NARDELLA-DELLOVA, Pietro. **Adsum – Poesia: Translúcidos, Idálicos, Reflexivos, Convulsivos**. SP: Scortecci, 1992;
- NARDELLA-DELLOVA, Pietro. **Filosofia Política e Antropológica: um Estudo da Violência Sacrificial**. Monografia – Filosofia, 1997;
- NARDELLA-DELLOVA, Pietro. **Hermenêutica e Literatura: O Grau Zero e Outros Graus da Palavra**. Monografia de Pós-graduação – Literatura, 1994;
- NARDELLA-DELLOVA, Pietro. **Judaísmo e Direitos Humanos: um Estudo das Contribuições Judaicas na Tessitura dos Direitos Humanos**. Tese de Doutorado, Programa de Estudos Pós-graduados em Ciência da Religião da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2020;
- NARDELLA-DELLOVA, Pietro. **O Direito Civil e os Direitos da Personalidade após a CF/88**. Monografia de Pós-graduação - Direito, 1993;
- NARDELLA-DELLOVA, Pietro. **O Direito Internacional dos Refugiados: Utopia e Topia**. In: Marco Antonio Marques da Silva; Luis Roberto Barroso. (Organizadores) *et alii*. **Uma Reflexão Sobre Direitos Humanos e Refugiados**. SP: Quartier Latin, 2017;
- NARDELLA-DELLOVA, Pietro. **O Novo Direito de Família e a CF/88**. Monografia de Estágio Jurídico, OAB e Faculdade de Direito de SBC, 1990;
- NARDELLA-DELLOVA, Pietro. **Pierre Proudhon e sua Teoria Crítica do Direito Civil**. SP: Scortecci, 2021;
- NARDELLA-DELLOVA, Pietro. **Religião e Literatura: A Palavra como Construção do Sagrado na Literatura de Osman Lins**. Dissertação de Mestrado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1998;

- NETTLAU, Max. **Storia dell'Anarchismo**. Trad. G. Rose. Cesena: Stampa, 1964;
- NIZAN, Paul. **Os Materialistas da Antiguidade**. Trad. de Maria Helena Barreiro Alves. Lisboa: Estampa, 1972;
- ONFRAY, Michel. **Il Post-anarchismo Spiegato a mia Nonna**. Trad. di Guido Lagomarsino. Milano: Elèuthera, 2013;
- PETITFILS, Jean-C. **Os Socialismos Utópicos**. Trad. W. Dutra. SP: Círculo, 1984;
- PINHO, Diva Benevides. **A Doutrina Cooperativa nos Regimes Capitalista e Socialista**. 2ª ed. rev. e ampliada. SP: Pioneira Ed., 1966;
- PLATONE. **La Repubblica**. Introduzione di Francesco Adorno; traduzione di Francesco Gabrieli (italiano e greco). Milano: Biblioteca Universale Rizzoli, 1997;
- PLUM, Werner. **Utopias Inglesas, Modelos de Cooperação Social e Tecnológica**. Trad. B. C. Amaid Heidemann. R. Fed. Alemã: Friedrich-Ebert-Stiftung, 1979;
- POPPER, Karl, CHOMSKY, N. *et alii*. **Filosofía y los Problemas Actuales**. Trad. A. G. Lasierra. Madrid: Fundamentos, 1981;
- PROUDHON, P.-J. **Sistema das Contradições Econômicas ou Filosofia da Miséria**. 2 Vols. Trad. Antonio G. da Silva e Ciro Mioranza. SP: Escala, 2007;
- PROUDHON, Pierre-Joseph. **Crítica della Proprietà e dello Stato** (ontologico). A cura e traduzione di Giampietro Berti. Milano: Elèuthera, 2009;
- PROUDHON, Pierre-Joseph. **De La Célébration du Dimanche** in Oeuvres Complètes. Paris: Librairie des Sciences Politiques et Sociales Marcel Riviere, 1926;
- PROUDHON, Pierre-Joseph. **Del Principio Federativo**. Trad. di Paolo Bonacchi. Milano: Global, 2005;
- PROUDHON, Pierre-Joseph. **Epistolario**. Trad. I. Reggio. Milano: Ist. Italiano, 1917;
- PROUDHON, Pierre-Joseph. **L'Idée Generale di Rivoluzione nel XIX Secolo**. A cura di Fausto Proietti. Firenze: Centro Editoriale Toscano, 2001;
- PROUDHON, Pierre-Joseph. **La Guerra**. Trad. G. Andriulli. Firenze: Nerbini, 1914;
- PROUDHON, Pierre-Joseph. **La Teoria della Proprietà**. Trad. di Antonietta Klitsche de la Grange, Roma: O.E.T. Bottega dell'Antiquario, 1947;
- PROUDHON, Pierre-Joseph. **Lettera a Karl Marx di 17 Maggio, 1846**, in Epistolario. Trad. di Isidoro Reggio. Milano: Istituto Editoriale Italiano, 1917;
- PROUDHON, Pierre-Joseph. **Lettre de Candidature a la Pension Suard** in Oeuvres Complètes. Paris: Lib. des Sciences Politiques et Sociales Marcel Riviere, 1926;
- PROUDHON, Pierre-Joseph. **Qu'est-ce que la Propriété?** in Oeuvres Complètes. Paris: Librairie des Sciences Politiques et Sociales Marcel Riviere, 1926;
- PROUDHON, Pierre-Joseph. **Scritti Sulla Rivoluzione Italiana**. Scelta, Pref. e trad. di Agostino Lanzillo. Lanciano: R. Carabba Editore, 1914;
- RANZOLI, Cesare. **Dizionario di Scienze Filosofiche**. 3ª ed. Milano: U. Hoepli, 1926;
- RECLUS, Élisée. **Natura e Società: Scritti di Geografia Sovversiva**. A cura di John P. Clark. Trad. italiana. Milano: Elèuthera, 1999;
- RECLUS, Élisée. **Sentimento da Natureza nas Sociedades Modernas e Escritos**. Org. e trad. de Plínio A. Coêlho. SP: Intermezzo e Edusp, 2015;
- ROTH, Cecil. **Enciclopédia Judaica**. Vol. II, Rio de Janeiro: Editora Tradição, 1967;

- RUSSELL, Bertrand. **Caminhos para a Liberdade**. Trad. bras. SP: CEN, 1955;
- SCHOENBRUN, David, SZEKELY, Robert e SZEKELY, Lucy S. **Os Novos Israelenses**. Tr. L. R. S. Malta. SP: Summus, 1974;
- SEGAL, Marc, ROSENFELD, Henry e HANEGBI, Yehuda. **The Kibbutz**. Tel-Aviv: Sadan Publishing House, 1973;
- SHER, Hanan, AUMANN, Moshe and PALTI, Channa. **Facts About Israel**. Jerusalém: Keter Press Enterprises, 1977;
- SILVA MELLO, Antonio. **Israel: Prós e Contras**. RJ: Ed. Civil. Brasileira, 1961;
- STAMMLER, Rudolf. **Doctrinas Modernas sobre el Derecho y el Estado**. Estudio y trad. de Juan José Bremer. Mexico: Cia General, 1941;
- STIRNER, Max. **L'Único e la sua Proprietà**. Trad. e Int. di Ettore Zoccoli. 3ª ed. Torino: Fratelli Bocca, 1921;
- TARIZZO, Domenico. **Storia dei Movimenti Libertari nel Mondo**. Pref. di Paul Avrich. Verona: Mondadori, 1976;
- THOREAU, Henry David. **A Desobediência Civil e Outros Ensaios** (*A Vida Sem Princípios, Paraíso (a ser) Recobrado e Um Apelo em Prol do Capitão John Brown*). Seleção, trad., prefácio e notas de José Paulo Paes. 9ª ed. SP: Ed. Cultrix, 1993;
- TOGLIATTI, Palmiro. **Lições Sobre o Fascismo**. Trad. de Maria T. Lopes Teixeira, com notas de Marco A. Nogueira. SP: Liv. Ed. Ciências Humanas, 1978;
- TOGLIATTI, Palmiro. **O Caminho Italiano Para o Socialismo**. Trad. de Dalton Boechat, Int. de Jean-Paul Sartre. RJ: ECB, 1966;
- VAMPRÉ, Spencer. **O Que é o Código Civil: Conferências Realizadas na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco**. São Paulo: Liv. Ofic. Magalhães, 1916;
- VERISSIMO, Erico. **Israel em Abril**. Porto Alegre: Editora Globo, 1969;
- VERNANT, Jean-Pierre e NAQUET, Pierre-Vidal. **Trabalho e Escravidão na Grécia Antiga**. Trad. de Marina Appenzeller. SP: Papyrus, 1989;
- VERNANT, Jean-Pierre. **As Origens do Pensamento Grego**. 2ª ed. corrig. Trad. de Ísis Borges B. da Fonseca. SP: Difel, 1977;
- WEBER, Max. **Economia y Sociedad: Esbozo de Sociología Comprensiva**. 2ª ed. Trad. de José Medina Echavarría, Juan Roura Parella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Máynez y José Ferrater Mora. Dir. de Johannes Winckelmann e Notas de José Medina Echavarría. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1997;
- WEBER, Max. **História Agrária Romana**. Trad. de E. Brandão. SP: M. Fontes, 1994;
- WILDE, Oscar. **The Soul of Man Under Socialism**. NY: Max N. Maisel, 1915.

**ESTATUTO DA PESSOA COM
DEFICIÊNCIA:
CONSEQUÊNCIAS PARA A TUTELA
JURÍDICA DOS INTERESSES DAS
PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NA
PRÁTICA DE ATOS NEGOCIAIS E NA
DETERMINAÇÃO DA
RESPONSABILIDADE CIVIL²⁹⁶**

Carolina de Paula Santos²⁹⁷

Elvis Brassaroto Aleixo²⁹⁸

RESUMO

Diante da escassez de material jurídico produzido a partir do tema, em contraste à sua incontestável importância, este artigo visa apresentar duas questões-chave acerca da Lei Federal nº 13.146 de 06 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência): as consequências da tutela jurídica dos interesses das pessoas com deficiência, tanto no que se refere à prática de atos negociais quanto na determinação da responsabilidade civil. Para tanto, abordará como o estatuto se dirige a tais pessoas – e como modificou o *statu quo ante* com o seu advento – mediante pesquisa qualitativa, com viés explicativo, exploratório e descritivo baseada na revisão bibliográfica e documental do direito positivo, doutrina, jurisprudência e pesquisas existentes no meio

²⁹⁶ Artigo desenvolvido e aprovado pelo Comitê de Pesquisas do Centro Universitário Padre Anchieta, no contexto do Programa de Iniciação Científica, sob orientação do Prof. Elvis Brassaroto Aleixo.

²⁹⁷ Carolina de Paula Santos. Bacharela em Direito (2021) pelo Centro Universitário Padre Anchieta.

²⁹⁸ Elvis Brassaroto Aleixo. Licenciado em Letras (2004) e Bacharel em Direito (2017) pelo Centro Universitário Padre Anchieta, onde atua como coordenador-adjunto do curso de Direito; Mestre em Crítica Literária (2008) pela Unicamp; Pós-graduado em Direito Civil Patrimonial (2021) pela Escola Paulista de Magistratura.

jurídico. Ao final, concluiu-se que, como pontos positivos, a Lei Brasileira de Inclusão representou significativa conquista jurídico-social e tornou mais abrangente a atuação social e mais independente a gestão da vida civil das pessoas com deficiência tanto na seara patrimonial quanto existencial, inovando na ordem jurídica com a criação do instituto da Tomada de Decisão Apoiada e intensa alteração no instituto da curatela, concretizando objetivos almejados em tratados internacionais, na Constituição Federal e na legislação extravagante. Como pontos negativos, constatou-se que o custo da maior inclusão foi também uma maior desproteção daquelas pessoas – em especial as privadas de exprimir qualquer vontade – e contradição entre o que se buscou e se alcançou com a inovação legal, mormente no Regime das Incapacidades, na Responsabilidade Civil e na Teoria das Invalidades do Negócio Jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: Estatuto da Pessoa com Deficiência. Atos Negociais. Responsabilidade Civil.

ABSTRACT

In view of the scarcity of legal material produced from the theme, in contrast to its undeniable importance, this article aims to present two key-questions about Federal Law nº 13.146 of July 6, 2015 (Statute of the Persons with Disabilities): its consequences for legal protection of the interests of people with disabilities, both with regard to the practice of negotiating acts and in determining civil liability. To this end, it will address how the new law addresses these people - and how it modified the status quo with its advent - through qualitative research, with explanatory, exploratory and descriptive bias based on the bibliographic and documentary review of positive law, doctrine, jurisprudence and existing research in the legal order. In the end, it was concluded that, as a positive point, the Brazilian Inclusion Law represented a significant legal and social achievement and made social action more comprehensive and the management of the civil life of people with disabilities both in terms of heritage and

existential, more innovative, innovating in the legal order with the creation of the Supported Decision-making institute and intense change in the curatorial institute, realizing objectives pursued in international treaties, in the Federal Constitution and in extravagant legislation. As negative points, it was found that the cost of greater inclusion was also a greater deprotection of those people - especially those deprived of expressing any will - and contradiction between what was sought and achieved with legal innovation, especially in the Disability Regime, in Civil Liability and in the Theory of Invalidities of the Legal Business.

KEYWORDS: Statute of the Persons with Disabilities. Negotiating Acts. Civil Liability.

INTRODUÇÃO

No Brasil, a avaliação da deficiência e seus níveis de incapacidade considera fatores sociais, demográficos, funções do corpo, atividades, participação e questões ambientais que possibilitam aferir o grau de deficiência de uma pessoa: nenhuma, leve, moderada, grave ou completa²⁹⁹, fatores presentes no artigo 2º da Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), que define o conceito legal de pessoa com deficiência³⁰⁰.

²⁹⁹ WHO: *World Health Organization*. How to use the ICF: a practical manual for using the International Classification of Functioning, Disability and Health (ICF). Exposure draft for comment. Geneva, 2013. Disponível em: <https://www.who.int/classifications/drafticfpracticalmanual2.pdf?ua=1>. Acesso em: 28 abr. 2020.

³⁰⁰ Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na

Outrossim, a legislação extravagante define o que se entende por deficiência e incapacidade, a exemplo do Decreto nº 3.298/1999, que regulamenta a Lei nº 7.853/1989 (Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência), *in verbis*:

Art. 3º Para os efeitos deste Decreto, considera-se:

I - deficiência – toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano; [...]

III - incapacidade – uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida. (BRASIL, 1999)

Como demonstra a Pesquisa Nacional de Saúde de 2013, desenvolvida pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), 6,2% da população brasileira possui deficiência, o que leva a concluir que em um país com 200,6 milhões de pessoas, esse

sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

número é bastante expressivo (12,44 milhões de pessoas)³⁰¹.

Nesse sentido, no meio social e jurídico é necessário estudar sobre como essa parcela da população exerce seus direitos e obrigações, como forma de difundir o debate acerca do tema e de analisar o modo como o ordenamento jurídico as assiste.

As transformações legislativas acompanharam as evoluções na aceção e no tratamento das pessoas com deficiência, inclusive no modo de designá-las, abandonando o termo “portadores de deficiência” ou “deficientes” e adotando o termo “pessoas com deficiência”. A propósito, até o advento do Estatuto das Pessoas com Deficiência, parte deste grupo poderia ser considerado pessoas relativa ou absolutamente incapazes, com base no disposto no Código Civil, a despeito da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, internalizada no nosso sistema jurídico há 11 anos, que já concebia uma visão inversa.

Um dos reflexos trazidos pelo Estatuto foi a inserção de um *tertium genus* na assistência *lato sensu* às pessoas com deficiência, pois além dos institutos da tutela e curatela, inseriu-se o da tomada de decisão apoiada, que confere maior autonomia à pessoa para exercer os atos negociais e

existenciais de sua própria vida quando comparado com os demais institutos.

Contudo, embora festejada a inovação legislativa, com ela nasceram diversas indagações sobre até que ponto a consideração das pessoas com deficiência como absolutamente capazes foi realmente benéfica. Ainda que se tenha limitado alguns de seus atos apenas às questões patrimoniais e negociais, a repercussão prática aparenta ser mais abrangente.

Uma das principais críticas levantadas pela comunidade jurídica é o fato de que conceber as pessoas com deficiência como absolutamente capazes as prejudicou na proteção contra os efeitos da prescrição. Tanto da prescrição correspondente ao exercício da pretensão de direitos quanto da correspondente à responsabilidade.

Outra questão levantada foi a dificuldade de se assegurar que a vontade manifestada pelo assistente é consentânea com a que seria desejada pela pessoa incapaz de externá-la.

O instituto da Interdição, aplicável antes da vigência da Lei 13.146/2015, possibilitava maior segurança e rigor na prática dos atos negociais, que deveriam ser submetidos à apreciação judicial e periódica prestação de contas por parte de quem os realizasse em nome do interditado.

Em palestra promovida pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, o promotor de justiça Nelson Rosendal

³⁰¹ Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv94522.pdf>> Acesso em: 28 abr. 2020.

esclarece que o Estatuto da Pessoa com Deficiência não retirou a validade da Teoria das Incapacidades, mas a mitigou para adequá-la aos mandamentos constitucionais de proporcionalidade e razoabilidade. Assinalou também que o Estatuto não representou algo totalmente novo, mas a confirmação do que já estava previsto na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, incorporada ao nosso ordenamento jurídico em 2009, pelo Decreto nº 6.949/2009, com “*status*” de emenda constitucional. No mesmo evento acadêmico, o médico psiquiatra Pedro Gabriel Delgado ainda cita o exemplo da curatela, que representa – em um só tempo – uma medida de proteção, mas também de menos-valia da pessoa humana (Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2016).

Nesse passo, o professor Eduardo Tomasevicius Filho (2017) assinala que o Estatuto representou um avanço no tratamento jurídico do tema, mas ressalva que “merece atenção, todavia, a situação de pessoas totalmente incapacitadas para manifestar sua vontade e que, anteriormente, seriam absolutamente incapazes.” (TOMASEVICIUS FILHO, 2017, s/p.)

A partir desses apontamentos, fica evidenciada a celeuma instaurada, agravada ainda pela preocupação dos juristas quanto à gestão das questões levantadas e, outrossim, da situação das interdições já concedidas. Sendo assim, indaga-se quais os reflexos que o

Estatuto produziu na prática de negócios jurídicos patrimoniais? E quais os efeitos destes negócios antes da interdição? Incontestável que a nova lei trouxe importantes avanços à questão, porém até que ponto é benéfica ou prejudicial aos interesses de seus destinatários?

Dessarte, para poder responder a essas questões, esta pesquisa se desenvolverá pela análise crítica do Estatuto da Pessoa com Deficiência a par das demais leis, doutrina e jurisprudência aplicáveis ao tema.

2. REFLEXÃO CONCEITUAL SOBRE O TERMO PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Antes de adentrar nos temas centrais deste artigo, faz-se necessário compreender a quem se dirigem as disposições do Estatuto da Pessoa com Deficiência e quais os fatores determinantes para definir deficiência.

A Lei nº 13.146/2015 traz, genericamente, o conceito legal de pessoa com deficiência como sendo aquela que, tendo um impedimento físico, mental, sensorial ou intelectual de longo prazo, tem sua participação social obstruída ao se deparar com uma ou mais barreiras.

Ocorre que essa conceituação, apesar de bem formulada, não é suficiente para aferir objetivamente quem é pessoa com deficiência, razão pela qual é preciso empregar outros critérios legais que analisem impedimentos nas

funções e estruturas do corpo, fatores socioambientais, psicológicos e pessoais, limitações ou restrições a determinadas atividades. Além disso, também é necessário estabelecer critérios para determinar quais pessoas precisam ser avaliadas por profissionais habilitados, porquanto, conforme preconiza o Estatuto, “(...) a avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar (...)” (BRASIL, 2015). Tais critérios são encontrados na legislação esparsa, como o Decreto 3.298/1999 e o Decreto 5.296/2004, que especificam os impedimentos de longo prazo.

Superada essa questão inaugural terminológica, podemos prosseguir a construção do nosso raciocínio com uma breve exposição sobre as etapas identificadas até a promulgação do Estatuto. Na doutrina de Flávia Piovesan (2013)³⁰², temos presenciado diferentes fases de proteção aos direitos das pessoas com deficiência, refletindo o modo como entendemos e tratamos tais pessoas.

De início, na primeira das fases, tem-se uma postura marcada pela intolerância para com elas, segregando-as do meio social e, conseqüentemente, do mundo jurídico. A história, inclusive, presenciou o abandono e o assassinato de crianças pelos seus pais ou

chefes de tribos, por terem elas nascido com algum tipo de deficiência – práticas essas que, apesar de bárbaras, eram concebidas com normalidade.

Posteriormente, a segunda fase já não demonstrava a mesma repulsa da anterior, porém tratava as pessoas com deficiência como invisíveis, como se fossem “um nada” na sociedade, o que também representava uma afronta a seus direitos fundamentais, visto que permaneciam igualmente marginalizadas como na fase anterior.

Na terceira fase foi possível notar maior evolução na visão e no tratamento do tema, porém, de cunho demasiadamente assistencialista. A pessoa com deficiência era vista como alguém que padecia de alguma doença, o que ainda estava incorreto. Não se compreendia tais pessoas como iguais, mas como indivíduos vistos exclusivamente pela perspectiva médica, pois seriam portadores de um mal – daí serem referenciadas como “portadores de deficiência” ou “portadores de necessidades especiais”, o que fazia arraigar uma conotação negativa e estigmatizada.

Na última das etapas evolutivas, a quarta e atual fase já apresenta melhor compreensão da matéria, distanciando-se das concepções do modelo médico (deficiência como doença) da fase que a precedeu e aproximando-se do modelo social (deficiência como despreparo da sociedade), de modo que se designou-a de “Fase de Visão de Direitos Humanos das Pessoas com Deficiência”.

³⁰² PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. 14 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 289/290.

Nessa conjuntura, tais pessoas passaram a ser vistas como sujeitos de direito e isto se deve, em grande parte, às inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988, pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo (Convenção de Nova Iorque, introduzida no ordenamento jurídico brasileiro com “*status*” de emenda constitucional pelo Decreto Legislativo nº 186/2008 e Decreto Executivo nº 6.949/2009)³⁰³ e, mais recentemente, pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146 de 2015).

Foi sob este viés que a Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência foi elaborada, expressando em seu texto que o conceito de deficiência ainda não está totalmente completo, mas que, indubitavelmente, não se trata somente de algo intrínseco ao indivíduo, mas muitas vezes às barreiras com as quais ele pode se deparar ao buscar se inserir em igualdade de condições na sociedade, isto é, as restrições físicas, mentais, sensoriais ou intelectuais não estão necessária e propriamente nas pessoas, mas no ambiente em que estão inseridas.

Todos esses diplomas, conjugados, trouxeram uma revolução metodológica na abordagem do tema, pois finalmente foi compreendido que diversas limitações não estão nas pessoas com deficiência, mas na

³⁰³ Por se tratarem de normas sobre Direitos Humanos e terem sido internalizadas pelo rito de emenda constitucional previsto no artigo 5º, §3º da CRFB, logo, alçadas a normas constitucionais.

sociedade e nas demais pessoas. Fatores limitadores como falta de acessibilidade, tecnologias assistivas e preconceito podem impedir que aqueles sujeitos vivam no meio social em igualdade de condições com as demais pessoas. É verdade que determinadas restrições sensoriais, como a surdez, podem impedir alguém de ouvir música clássica, mas também é verdade que o estigma e a carência de tecnologia assistiva igualmente impedem alguém de se inserir no mercado de trabalho e estas são exemplo de limitações que não estão na pessoa com deficiência, mas no ambiente que a cerca.

Cabe ressaltar que a evolução aqui explanada foi fundamental para dar à questão a devida relevância. É sabido hoje que normas que tratam sobre os direitos das pessoas com deficiência são parte dos direitos e garantias fundamentais e, dessarte, normas de eficácia plena e cláusulas pétreas por mandamento constitucional³⁰⁴.

Há que se tecer considerações também ao momento em que foi promulgada a CRFB, pois, redigida ao tempo da terceira fase, acabou por empregar termos que hoje se mostram inadequados, como a citada terminologia “portador de deficiência” existente nos artigos 7º, inciso XXXI e 208,

³⁰⁴ Como dispõe o artigo 5º, §1º da CRFB: “§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” e o artigo 60, §4º da CRFB: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV - os direitos e garantias individuais.

inciso III. Tal inadequação é devida pela alta carga depreciativa que há no termo, que é empregado ao se designar doenças, podendo dar a entender que alguém com deficiência seja como alguém que porta um vírus ou outro mal incurável. Igualmente, mostra-se errônea semanticamente, pois a deficiência que, repita-se, está no ambiente, não é algo material que se possa guardar, transferir ou dispor.

O emprego daquele termo, de certa forma, representa que à época, o Brasil encontrava-se na fase de transição entre a terceira e quarta fases, pois, se por um lado, o termo empregado pelo constituinte denotava uma concepção do modelo médico (típico da terceira fase), por outro, demonstrava um significativo avanço no tratamento dos direitos das pessoas com deficiência (típico da quarta fase).

3. CAPACIDADE CIVIL DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

O legislador, objetivando implementar os mandamentos contidos na CRFB e na Convenção de Nova Iorque, redigiu a Lei nº 13.146 de 2015 com vistas a prover igualdade material das pessoas com deficiência em relação às demais através de uma postura não discriminatória, consagrando os princípios presentes na nossa Carta Maior, como isonomia, dignidade da pessoa humana, cidadania e democracia. Entretanto, esta prática não surgiu espontaneamente, mas sim

do compromisso firmado pelo Brasil perante a Organização das Nações Unidas (ONU) e pela internalização da referida Convenção e de seu Protocolo Facultativo. À guisa de explicação, um mandamento constante no artigo 4º da Convenção:

1. Os Estados Partes se comprometem a assegurar e promover o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência, sem qualquer tipo de discriminação por causa de sua deficiência. Para tanto, os Estados Partes se comprometem a:

a) Adotar todas as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outra natureza, necessárias para a realização dos direitos reconhecidos na presente Convenção; (ONU, 2007).

Um dos traços característicos do novel diploma é a sua primazia pela igualdade, em todos os seus sentidos, vale dizer, tanto a igualdade na lei (igualdade formal como questão de legalidade) quanto a igualdade perante a lei (igualdade material como questão de isonomia), traduzindo a ideia de que apenas o tratamento não discriminatório é capaz de minar as verdadeiras deficiências: impedimentos que uma pessoa enfrenta por barreiras impostas socialmente.

O artigo que inaugura o texto legal prevê expressamente que o objetivo do Estatuto é assegurar e promover o exercício de

direitos e liberdades fundamentais da pessoa com deficiência de maneira isonômica, visando à sua inclusão social e cidadania.

Para que fosse possível permitir o efetivo exercício dos direitos previstos na Convenção e na Constituição Federal, o Estatuto das Pessoas com Deficiência deixou de tratar as pessoas como objeto para tratá-las como sujeitos de direito. Isto significa que a lei impõe que a sociedade se dê conta de que as pessoas com deficiência são indivíduos que devem ser tratados igualmente perante a lei e que gozam de capacidade para gerir suas vidas, ou seja, até que não se demonstre o contrário, são presumivelmente capazes. A partir desta concepção chegou-se à conclusão lógica de que, em regra, ainda que haja alguma deficiência, tais pessoas devem ser consideradas plenamente capazes para os atos da vida civil, o que também conduz à ideia de que o instituto da interdição foi extinto pelo novo Estatuto e o da curatela seja excepcionalmente adotado, como assevera o professor Paulo Lôbo: *não há que se falar mais de 'interdição', que, em nosso direito, sempre teve por finalidade vedar o exercício, pela pessoa com deficiência mental ou intelectual, de todos os atos da vida civil, impondo-se a mediação de seu curador. Cuidar-se-á, apenas, de curatela específica, para determinados atos.* (LÔBO, 2015, s/p.).

Via de consequência, era forçoso que o legislador reconhecesse a necessidade de provocar alterações legais em diversos

códigos, a exemplo daquelas inseridas nos artigos 3º e 4º do Código Civil.

Assim, as pessoas que apresentem alguma deficiência em seu discernimento não são consideradas absolutamente incapazes, pois estes são agora apenas aqueles que contarem com menos de 16 anos de idade. Além disso, o Estatuto deslocou daquele rol para inserir no rol dos relativamente capazes as pessoas que não possam exprimir sua vontade, excluindo deste elenco aqueles que não tenham o necessário discernimento (ou o tenham de modo reduzido), bem como os excepcionais. É possível concluir que tais disposições estão relacionadas com o entendimento de que a deficiência não impede que uma pessoa seja considerada plenamente capaz, como afirma o artigo 6º do Estatuto:

Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

- I - casar-se e constituir união estável;
 - II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;
 - III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;
 - IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;
 - V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária;
 - e
 - VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.
- (BRASIL, 2015).

Isto significa que a deficiência não é capaz de tolher a pessoa de decidir sobre seus aspectos mais íntimos e demais questões existenciais, não retirando-lhe a capacidade de usufruir de uma vida digna em igualdade de condições com as demais pessoas, sendo tudo isso parte da responsabilidade não apenas do Estado, como também da família e da sociedade.

Como consequência do direito fundamental à vida, há imposições legais que implicam um fazer e um não fazer (dimensões positivas e negativas do direito), vez que o direito à vida não significa apenas o direito de viver, mas também de viver com respeito e dignidade. Exemplo disso é que a pessoa com deficiência não poderá ser submetida a institucionalização forçada pelo só fato da deficiência, pois sendo ela considerada capaz é necessário seu consentimento, ressalvado o caso de ser curatelada, como prevê o artigo 11 do Estatuto.

Cuidou o legislador de excepcionar o caso de curatela justamente por ser a medida cabível imposta àqueles que não apresentam condições de exercerem por si sós os atos da vida civil por já não serem capazes de exprimir suas vontades. Assim, quando necessário – e apenas em casos excepcionais – a tal pessoa será judicialmente nomeado um curador para cuidar de seus interesses, deste modo, no exemplo posto, a internação apenas poderá ser autorizada pelo seu curador, visando sempre seu melhor interesse e bem-estar.

4. PROTEÇÃO JURÍDICA E PRÁTICA DE NEGÓCIOS JURÍDICOS PATRIMONIAIS E NEGOCIAIS

Uma análise detida do novo Estatuto permite concluir que ele estabeleceu uma mudança de paradigma em toda a ordem jurídica. Velou por diversos instrumentos de proteção da pessoa com deficiência, em compasso com aqueles dispostos na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a exemplo dos direitos à vida, saúde, habilitação, dignidade da pessoa humana, isonomia e acesso à informação, dentre muitos outros. Contudo, de modo mais acentuado, estabeleceu o legislador, basicamente, dois postulados que servirão de bases fundamentais para a concretização desses e demais direitos: igualdade e não-discriminação.

Salta aos olhos como a lei norteou sua redação por postulados protetivos, os quais lhe dão traços peculiares que buscam assegurar maior efetividade da igualdade formal e material aos seus destinatários, o que não poderia ser diferente.

Cabe destacar que cuidou o Estatuto de prever interferências apenas no campo da prática de atos patrimoniais e negociais, porém jamais naqueles que dizem respeito aos aspectos mais íntimos e personalíssimos da pessoa com deficiência. Tanto é assim que o novo diploma revogou, por exemplo, o art. 1.548, I, do CC, que previa nulidade do

casamento contraído com “enfermo mental” sem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil. O enunciado, além de empregar termo demasiadamente pejorativo, privava a pessoa com deficiência de aspectos existenciais de sua vida, ferindo sua liberdade e dignidade.

Estes postulados regem não só as condutas que devem ser adotadas pelo Estado e pela sociedade, mas também a prática de negócios jurídicos patrimoniais e negociais pela pessoa com deficiência e, porventura, quem a assiste, como ensina Cristiano Chaves de Farias:

Ocorre que não basta uma igualdade formal, isto é, prescrita na lei maior, mas que se restrinja à letra morta da norma, sem aplicação na prática. Por vezes, a implantação do princípio da isonomia ou igualdade exigirá, dos entes legitimados para tanto, a adoção de medidas que visem à efetivação dos direitos assegurados na Constituição. A isso se dá o nome de ações afirmativas, isto é, quando o Estado, objetivando compensar os desequilíbrios, cria mecanismos em prol de um grupo de pessoas, visando compensar desigualdades históricas, ainda que conferindo um tratamento diferenciado a eles, quando comparados aos demais (FARIAS, 2017, p. 35).

Isso é percebido pela implantação do instituto da Tomada de Decisão Apoiada, previsto no art. 1.783-A do CC, incluído pelo Estatuto para prover maiores condições de a

pessoa com deficiência gerir seu patrimônio e praticar negócios jurídicos sem necessitar da assistência, em seu sentido estrito (como forma de integração da capacidade civil).

Seguindo estas mesmas ideias, cuidou o legislador de dedicar especial atenção à questão do acesso à justiça, que mereceu título próprio na lei, determinando que o Poder Público assegure o acesso da pessoa com deficiência ao Poder Judiciário em igualdade de condições com as demais pessoas, especialmente por intermédio do uso da tecnologia assistiva, outorgando à Defensoria Pública e ao Ministério Público o dever de tomarem as medidas necessárias para tanto, visto que as pessoas com deficiência possuem plena autonomia para tomada de decisões tanto no âmbito do Poder Judiciário quanto fora dele.

Tudo isso é relevante na medida em que a intervenção de terceiros em processos judiciais nos quais a pessoa com deficiência é parte no processo é medida excepcional, ademais, as formas legais de intervenção na vontade dessas pessoas devem ser as estritamente necessárias para a prática de atos patrimoniais e negociais, não se concebendo que possam interferir no direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto, como dita o art. 85 da lei.

Insta salientar que quando se fala de conferir maior acesso à justiça às pessoas com deficiência, não se fala apenas daquelas que

compõem a relação jurídica processual, mas também dos advogados, servidores, membros do Ministério Público e ao público em geral.

O reconhecimento de que as pessoas com deficiência são tão capazes quanto as demais importa na outorga de maior autonomia na condução da própria vida, quanto mais de seus bens, e foi por isso que o art. 84 da lei regulou o assunto, dispondo que tais pessoas poderão optar pela adoção da Tomada de Decisão Apoiada e, somente quando necessário e excepcionalmente, serão submetidas à curatela. Isto permite concluir que houve o estabelecimento de uma “ordem” para a escolha entre os institutos: preza-se pela decisão apoiada e, subsidiariamente, pela curatela.³⁰⁵

Ainda, merece destaque a redação do art. 83, que veda a imposição de barreiras pelos ofícios notariais e de registros no cumprimento de seu mister em função da deficiência de uma pessoa, a uma porque tais barreiras constituem forma de restrição à participação plena e efetiva daquelas pessoas em igualdade de condições com as demais, a duas porque é

³⁰⁵ Uma rápida pesquisa pela jurisprudência sobre o assunto é suficiente para constatar a escassez de julgados envolvendo o instituto da TDA, ao passo que sobre curatela é bem mais farta. No site do TJ-SP, por exemplo, a pesquisa retornou apenas 111 resultados para “tomada de decisão apoiada”, enquanto que para “curatela” retornou 6.921. O fato de a curatela ser instituto mais antigo certamente influenciou nos resultados, mas ainda assim os números demonstram a subutilização do instituto, considerando os cinco anos que já está em vigor. (pesquisa realizada em outubro de 2020).

reconhecida sua capacidade plena para o exercício dos atos da vida civil, seja por si só, seja por assistente, sob pena de configurar conduta discriminatória.

Em suma, o intuito das alterações promovidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência foi evitar a discriminação contra tais pessoas, através de seu tratamento isonômico, possibilitando que exercessem seus direitos em igualdade de condições com as demais. Evidentemente, em alguns casos será necessário o auxílio de terceiras pessoas para isso, mas ao contrário do que tínhamos no “Pré-Estatuto”, a intervenção não será mais a regra geral e demandará cuidadosa análise de cada caso concreto. Assim, a incapacidade civil não é mais presumida legalmente, mas aferida concretamente, caso a caso, para auxiliar a pessoa com deficiência na prática dos atos de caráter patrimonial e negocial.

5. MECANISMOS JURÍDICOS DE PROTEÇÃO: TOMADA DE DECISÃO APOIADA E CURATELA

Não sendo caso de se entender pela plena capacidade civil da pessoa com deficiência, haverá que se lançar mão dos auxílios mencionados anteriormente. Hoje, contamos com dois mecanismos jurídicos para proteção dos interesses das pessoas com deficiência: a Curatela e a Tomada de Decisão Apoiada.

A Tomada de Decisão Apoiada é procedimento de jurisdição voluntária que visa menor intervenção na vontade da pessoa com deficiência, o que lhe confere maior liberdade na gestão de atos negociais e patrimoniais. Depreende-se pela leitura de seus dispositivos que a ideia geral é implementar um mecanismo que equilibre autonomia e proteção dos direitos da pessoa apoiada. Ela, livremente, será capaz de escolher ao menos duas pessoas (com as quais mantenha certo vínculo e relação de confiança) que a auxiliarão na tomada de decisões que melhor atenderem aos seus interesses, sem que isso importe na mitigação da sua capacidade, mas na adoção de medidas que a apoiem.

O procedimento compreende a entrega de um termo que mencionará quais serão os apoiadores que aconselharão o apoiado, nele devendo constar os limites desse apoio, o compromisso firmado por aquelas pessoas juntamente com o prazo de vigência e o zelo pelo respeito à vontade, aos direitos e interesses do apoiado (art. 1.783-A, §1º do CC). Para tanto, a pessoa com deficiência apresentará um termo no qual constem as pessoas indicadas, os limites do apoio, os compromissos fixados, o prazo de vigência do acordo e os direitos e interesses da pessoa com deficiência. Após, apoiado e apoiadores serão ouvidos pelo magistrado, na presença de equipe multidisciplinar e de representante do Ministério Público.

Vigorando o apoio, os atos praticados pelo apoiado serão reputados válidos se de acordo com o referido termo, devendo os apoiadores assinar os instrumentos relativos a esses atos e exibir o termo se solicitados pelos demais pactuantes do negócio. Havendo dissenso, tal poderá ser levado à apreciação do juiz competente, após parecer do Ministério Público.

Atento a possíveis distorções e abusos por parte dos apoiadores, o legislador previu a destituição de quaisquer destes se procederem com negligência, pressão indevida ou inadimplência das obrigações assumidas, hipóteses em que o juiz ouvirá o apoiado para se constituir novo apoiador.

De outro lado, a ser adotada de forma excepcional, temos que a Curatela é concebida como medida extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, devendo perdurar pelo menor tempo possível (art. 85, §1º, da Lei nº 13.146/2015). Mostra-se como mecanismo jurídico que objetiva a garantia e a promoção dos direitos das pessoas com deficiência que, em razão da incapacidade constatada no caso concreto, demandará algum tipo de auxílio. À curatela estarão sujeitas as pessoas impossibilitadas de expressar sua vontade, transitória ou permanentemente, os ébrios habituais, os toxicômanos e os pródigos (art. 1.767 do CC alterado pelo Estatuto, que teve suprimidas as hipóteses em que pessoas com transtornos mentais estariam sujeitas à curatela).

Sua aplicação não é de modo estanque e integral, mas tão proporcional quanto for a sua necessidade, ditadas pelas peculiaridades demonstradas no caso concreto, vez que tal medida será estabelecida à luz do que o julgador da curadoria entender como suficiente e necessário à proteção dos direitos em lide, justamente para que não haja lesão ou ameaça à esfera jurídica do curatelado, garantindo seu direito à autodeterminação. Logo, sendo impossível que o legislador preveja exaustivamente parâmetros ou critérios objetivos adequados a uma infinidade de casos, incumbirá ao juiz definir a extensão da medida protetiva.

Partindo do pressuposto de que a plena capacidade é presumida, assim que não mais se verificarem presentes os motivos justificantes da curatela, deve ela ser levantada para obedecer ao mandamento de que durará o menor tempo possível, e é observando tais regramentos que se nota sua imposição apenas aos aspectos patrimoniais e negociais do indivíduo (e eventualmente dos bens de seus filhos, pela redação do art. 1.778 do CC). Aquilo que for relativo aos seus direitos de personalidade não será passível de interferência pelo curador, como se lê do art. 85: “A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial”.

O § 3º daquele artigo prevê que, em situações excepcioníssimas, é possível que a pessoa com deficiência seja institucionalizada,

mas, se assim for necessário, o juiz deverá eleger como curador, preferentemente, uma pessoa que possua relação de maior proximidade com ela. Tal relação não é necessariamente formada por ligações familiares, podendo ser também afetiva ou comunitária. Oportuno ressaltar que o juiz poderá eleger mais de um curador, como prevê o art. 1.775-A do CC, e que quanto à institucionalização, esta medida deve ser evitada, em razão da primazia do direito ao convívio social (art. 1.777 do CC).

Ainda, como consectário da não-intervenção nas questões existenciais da pessoa com deficiência, dispõe o art. 86 que não se pode invocar a curatela para obtenção de documentos oficiais; isso implica dizer que não se poderá exigir a curatela para simples emissão de documento de identidade, carteira de habilitação ou passaporte, já que constituem atos *intuitu personae* (de natureza personalíssima), isto é, se a pessoa está sujeita à intervenção apenas de seus atos negociais e patrimoniais, não subsiste razão à exigência de curatela para a emissão de documentos pessoais.

No entanto, não é pelo fato de a curatela ser medida excepcional e que demanda especial atenção do magistrado que se exige cognição exauriente para sua concessão. É possível que, mesmo se necessitando do oferecimento de efetivo contraditório na obtenção de tal medida (ouvindo-se, inclusive, o próprio curatelado),

almeje-se a concessão de tutelas provisórias de urgência, mas, por óbvio, quando tais preencherem os requisitos legais e mostrarem-se relevantes para o caso em apreço.

Dessarte, dando-se provimento a uma tutela provisória antecipada, pode-se, ouvindo previamente o Ministério Público, nomear-se provisoriamente um curador para tutelar o quanto antes os direitos da pessoa com deficiência. O contraditório (formal e substancial), por sua vez, será postergado para uma fase futura, com a oitiva dos interessados, a teor do que dispõe o art. 87:

Em casos de relevância e urgência e a fim de proteger os interesses da pessoa com deficiência em situação de curatela, será lícito ao juiz, ouvido o Ministério Público, de ofício ou a requerimento do interessado, nomear, desde logo, curador provisório, o qual estará sujeito, no que couber, às disposições do Código de Processo Civil. (BRASIL, 2015).

Denota-se que as principais diferenças entre a Tomada de Decisão Apoiada e a Curatela residem na abrangência da intervenção e na relativização que se faz da capacidade civil na inteligência de cada instituto.

Um mecanismo que também merece destaque no que se refere à proteção dos direitos das pessoas com deficiência é o critério adotado para a solução de aparentes antinomias. Diferentemente do que se aplica na legislação civil em geral, tratando aqueles

direitos, precipuamente, de direitos humanos, a superação dos conflitos normativos se dá pela norma mais benéfica (e não por critérios de especialidade, cronologia e hierarquia). Em matéria de direitos humanos, as regras não se excluem, mas se complementam, visando conferir máxima proteção à dignidade da pessoa humana, o que se convencionou chamar de princípio *pro homine*, escolhendo-se a norma que mais amplie a garantia ao gozo de direitos e que admita menores restrições ao exercício dos direitos humanos ou a que imponha mais condições a tais restrições³⁰⁶.

Por fim, é importante notar que para se alcançar maior efetividade na aplicação do referido princípio, é possível adotar-se a Teoria do Conglobamento por Institutos, “pinçando” as disposições mais favoráveis à pessoa com deficiência e descartando as mais desfavoráveis. Há críticas doutrinárias de que isso importaria em atividade legislativa pelo magistrado, mas doutrina e jurisprudência majoritárias entendem pela admissibilidade de sua aplicação.

Nessa senda, denota-se que o Estatuto prezou pela segurança da pessoa com deficiência em testemunhar – em igualdade de condições com as demais pessoas e com a utilização de recursos de tecnologia assistiva – em juízo e fora dele, pela garantia de autodeterminação, pelo direito ao matrimônio,

³⁰⁶ GARCÍA, Luis M. **El derecho internacional de los derechos humanos, em Los derechos humanos em el proceso penal**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002, p. 78.

pela exclusão da anulação do casamento em razão da deficiência, pela exclusão da possibilidade de interdição da pessoa com deficiência, pela atribuição ao Ministério Público para promover a curatela (embora parte da doutrina, como Fredie Didier Jr., entenda que o art. 748 do CPC esteja tacitamente revogado, diante dos arts. 2º e 6º do Estatuto), pela obrigatoriedade de o curatelado ser ouvido durante o processo, pela limitação das intervenções aos atos negociais e patrimoniais, pelo direito ao convívio social e pela preferência pelo instituto da Tomada de Decisão Apoiada. Todas essas inovações trazidas pelo Estatuto revelam medidas jurídicas que visam proteger o melhor interesse da pessoa com deficiência.

6. O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA PROBLEMATIZADO

A lei brasileira de inclusão parte da premissa de que a deficiência, em tese, não é capaz de afetar a capacidade de uma pessoa, e isto vem sendo discutido pelos juristas que, a exemplo de Atalá Correia (2015), entendem que a mudança jurídica não muda a realidade biológica dos fatos³⁰⁷, vez que tratar como capazes (relativa ou plenamente) pessoas diagnosticadas com graves moléstias mentais, muitas vezes até impossibilitadas de

³⁰⁷ Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-03/direito-civil-atual-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-inovacoes-duvidas>> Acesso em: 21 out. 2020.

compreender o espaço-tempo, não as tomará aptas a manifestar sua verdadeira vontade.

Alguém que se encontre totalmente incapacitado de externar sua vontade será considerado relativamente capaz e, portanto, terá seus atos da vida civil praticados com o auxílio de um assistente. Contudo, a bem da verdade, este assistente o estará representando e não apenas o assistindo, pois o curador – e qualquer outra pessoa – não terá como recorrer a meios fáticos para conhecer e concretizar a real vontade do assistido. Isto pode ser encarado como uma afronta indireta aos interesses do curatelado, pois embora seu curador esteja, na verdade, exercendo representação, juridicamente está apenas prestando assistência. Diante desta disparidade, Atalá Correia (2015) sugere que possa se admitir uma hibridização jurídica em que um curador seja representante de um relativamente incapaz e que, em consequência disso, considerem-se nulos (e não anuláveis) os atos exercidos pelo curatelado sem representação, como melhor forma de proteger seus interesses, pois assim, independentemente do tempo decorrido, os negócios jurídicos celebrados não se convalidariam.

Ainda, no que tange aos direitos políticos, haveria outro impasse. O exercício do direito de votar e ser votado do relativamente incapaz exigiria a assistência de seu curador para se concretizar (proibindo-se, inclusive, oficiar ao órgão eleitoral a interdição

para impedir o voto³⁰⁸), porém, não há possibilidade real de garantir que a vontade do curatelado seja manifestada, o que abriria brecha para prevalecer a vontade do curador, proferindo mais de uma vez o seu voto, por exemplo.

As inovações da lei, apesar de significativas, não foram acompanhadas por um regime de transição, o que fez a doutrina se debruçar sobre outro preocupante tema: a situação jurídica já consolidada daqueles que foram interditados. A mudança abrupta deixou dúvidas acerca de como se desdobrarão as anteriores interdições, os negócios jurídicos celebrados e as sentenças passadas em julgado no momento pré-estatuto.

Apesar dos anos passados desde a vigência da lei, não há entendimento pacificado doutrinário e jurisprudencialmente, o que se torna ainda mais complexo diante das especificidades do caso a caso. No entanto, tem prevalecido a tese de que situações fáticas semelhantes não podem ter tratamento jurídico distinto, isto é, não se admite que pessoas com similares deficiências tenham diferentes graus de capacidade civil apenas pelo fato de que foram interditadas antes ou depois do novo estatuto. Na verdade, o “atropelo jurídico” foi tamanho que não se chegou ainda ao consenso sobre qual seria a ação cabível para sanar essas situações: a interdição, prevista no CPC/15

³⁰⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível 70074332594**. Relator des. Luiz Felipe Brasil Santos. 8ª Câmara Cível. Julgamento em 17 de agosto de 2017.

(arts. 747 e seguintes) ou a curatela, prevista no Estatuto (art. 84, §1º).

Não bastasse isso, não se pacifica sequer o entendimento sobre a revogação ou não do instituto da interdição, como aponta Rogério Alvarez de Oliveira (2016)³⁰⁹, que partindo de uma interpretação sistemática-teleológica daquelas normas, conclui pela revogação da interdição, apontando que a mistura de conteúdo de direito material e processual naqueles diplomas trouxe ainda mais dissenso, defendendo, porém, que a curatela seria mais consentânea e compatível com a vontade do legislador, com a Convenção de Nova Iorque e com o Código Civil, e ressaltando a necessidade de tratar o tema ainda com muita parcimônia, pois apenas o tempo será capaz de sedimentar entendimentos sobre a questão.

Outra situação objeto de intenso debate é o levantamento de interdições após o Estatuto da PcD. Pergunta-se se as interdições decretadas estariam automaticamente extintas ou se seria necessário peticionar nos autos para revê-las, ou ainda se haveria que se propor uma nova ação, de curatela ou decisão apoiada, a depender do caso.

É certo que considerar todas as interdições como automaticamente extintas traria grave insegurança jurídica e prejuízos inestimáveis, além de evidente ofensa à coisa

³⁰⁹ Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-abr-18/mp-debate-sistema-incapacidades-atuacao-mp-curatela>> Acesso em: 25 out. 2020.

julgada. Contudo, concluir pela propositura de uma nova ação para cada interdição já decretada implicaria evidentemente grande tumulto processual e congestionamento no Poder Judiciário.

Assim, a solução mais prudente parecer ser a revisão da interdição, ou melhor, peticionar nos autos daquele processo requerendo seu levantamento nos termos do art. 756 do CPC/15. Tal entendimento pode ser corroborado ainda pela leitura do artigo 12.4 da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência:

4.Os Estados Partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal [...] sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, se apliquem pelo período mais curto possível e **sejam submetidas à revisão regular** por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. (ONU, 2007 - grifo nosso).

Entretanto, José Fernando Simão (2015) já sinalizou ser contra a necessidade de requerer levantamento da interdição, asseverando que a entrada em vigor da Lei Brasileira de Inclusão é apta, por si só, a estabelecer de plano que todos sejam considerados plenamente capazes, por ser lei que versa sobre o estado da pessoa natural. O jurista, pedindo atenção aos problemas decorrentes deste entendimento, expõe a dificuldade prática que se enfrentará ao se considerar plenamente capaz uma pessoa com

uma deficiência tão grave que a impossibilite totalmente de manifestar sua própria vontade, fazendo com que seja desamparada por razões de ficção jurídica, visto que a lei considerá-la capaz não a tomará, repentinamente, apta a exercer todos os atos da vida civil sozinha.

Prossegue ainda explicitando o caso da quitação dada por esta pessoa que, com o advento do Estatuto, agora conta com o risco de ter de pagar novamente por obrigação já paga por não ter exigido recibo ou por ter pagado a quem não era credor (mesmo que, no plano fático, não tenha plena condição de saber o que seja dinheiro ou quem seja o credor), chamando atenção também para a dificuldade de essa pessoa precisar manifestar concordância para obter uma doação.

Eduardo Tomasevicius Filho (2017) alerta para os casos das pessoas que, impossibilitadas de expressar vontade, seriam consideradas como absolutamente incapazes. Há decisões judiciais que declararam, inclusive, a inconstitucionalidade dos artigos 3º e 4º do diploma civil³¹⁰, sob a alegação de que ferem direitos fundamentais das pessoas com deficiência que, para serem protegidas juridicamente, necessitavam de ser reconhecidas como absolutamente incapazes e, assim, ser representadas por seus curadores³¹¹.

³¹⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação 1007607-79.2015.8.26.0565. Relator des. Fábio Podestá. 5ª Câmara de Direito Privado. Julgamento em 27 de junho de 2017.

³¹¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação 0004362- 34.2014.8.19.0007. Terceira

Por via de consequência, aquela questão implica outro questionamento, desta vez sobre a validade dos negócios jurídicos celebrados por estas pessoas. Pois em se considerando que são absolutamente incapazes de manifestar vontade, juridicamente, os atos por elas praticados não seriam nulos, mas sequer existentes, pois sob uma análise puramente técnica do caso, a ausência de vontade não formaria negócio jurídico algum, aplicando-se as regras da Escada Ponteanana. Assim, se esse ato sequer existe, não há que se perquirir sua validade, tampouco sua eficácia, fazendo com que tais atos jurídicos sejam discutidos nos autos de eventual ação declaratória de inexistência – e não de nulidade, como se observa pelo art. 166, I, do CC.

De outro lado, considerando que o agente seria relativa ou plenamente capaz, novas adversidades se apresentariam. Um contrato lesivo aos interesses daquela pessoa – que, embora não tendo plena percepção da lesão, sofre seus efeitos – implicaria evidente desproteção: no primeiro caso, dependeria arriscadamente da diligência de seu assistente; no segundo caso, padeceria com os prejuízos de um contrato desvantajoso, porém válido. Tal gravidade pode ser melhor compreendida com exemplo trazido por José Fernando Simão:

Câmara Cível. Rel. des. Peterson Barroso Simão. Julgamento em 20 de setembro de 2017.

Isso significa que hoje [antes do Estatuto], se alguém com deficiência leve, mas com déficit cognitivo, e considerado relativamente incapaz por sentença, assinar um contrato que lhe é desvantajoso (curso por correspondência de inglês ofertado na porta do metrô), esse contrato é anulável, pois não foi o incapaz assistido. Com a vigência do Estatuto, esse contrato passa a ser, em tese, válido, pois celebrado por pessoa capaz. (SIMÃO, 2015, s/p.).

Não obstante, ainda haverá que se preocupar com os prazos prescricionais e decadenciais para pleitear reparações de danos, ações regressivas (inclusive contra seus representantes ou assistentes), ações anulatórias, rescisórias ou declaratórias de inexistência, nulidade ou inexigibilidade de obrigações etc.

Alvo de grande consternação é a responsabilidade civil das pessoas com deficiência. A repercussão do Estatuto nesta questão talvez seja uma das mais abruptas, pois se antes eram protegidas pelo manto da incapacidade, que estabelecia responsabilidade patrimonial subsidiária, agora podem ser obrigadas exclusiva e diretamente a reparar os danos que provocarem, em que pese eventual incompreensão da realidade e da gravidade de suas condutas, assim é ao menos paradoxal responsabilizar quem não teria responsabilidade.

Ressaltam-se ainda as dificuldades práticas que se enfrentarão no cotidiano, a

exemplo de alguém que contrate com uma pessoa apoiada (através do procedimento de Tomada de Decisão Apoiada), mas sem ser informada desta condição. Também pode sofrer (e causar) graves prejuízos, pois o negócio celebrado será nulo por expressa previsão legal dos arts. 166, IV e 1.783-A do CC.

A festejada inclusão social permitida pela norma que ressaltou os direitos de família da pessoa com deficiência (art. 6º do Estatuto) obedeceu a imperativos de dignidade da pessoa humana e do direito de buscar a felicidade, porém, isto não exclui o fato de que o casamento é ato de extrema pessoalidade e que para isso é preciso externar vontade.

Dessa maneira, é possível destacar três problemas: se não houver vontade, o casamento inexistente; se houver vontade, mas viciada, será anulável (isto é, apesar de não corresponder à real vontade do agente, poderá ser convalidado); e a gritante contradição entre os arts. 85 do Estatuto e 1.550, §2º do CC, pois o primeiro veda interferências do curador nos atos existenciais do curatelado, não alcançando o direito ao matrimônio (§1º), enquanto o segundo prevê a expressão da vontade de casar-se através de seu responsável ou curador.

Sem se socorrer de um malabarismo jurídico para contornar tais contrassensos, a doutrina e jurisprudência não teriam outra saída a não ser entenderem pela impossibilidade jurídica desses atos (conclusão a que uma interpretação gramatical ou literal

conduziria). Isso, sem se considerar possíveis ações fraudulentas que teriam repercussão patrimonial e extrapatrimonial.

Há também muita obscuridade em torno da função do curador no cenário pós-Estatuto. Não restou esclarecido se representaria ou apenas assistiria a pessoa com deficiência, aparentando que uma ou outra atribuição ficaria a cargo de o juiz definir no caso concreto, impondo seus limites (art. 85, §2º da Lei 13.146/2015), embora não haja grandes dúvidas de que sejam restritos à integração da vontade do curatelado na prática de atos patrimoniais (e não existenciais).

Tais quadros ilustram como é possível que as mudanças legais inovem não apenas nas benesses, mas também nos prejuízos que podem delas resultar, pois observam-se muitos entraves práticos e jurídicos para fazer concretizar a vontade, sem que seja lesada, ameaçada ou desprotegida, mormente nos casos em que se verifica evidente incapacidade de a pessoa compreender e gerir seus interesses.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O custo da modernização legal para conferir maior autonomia às pessoas com deficiência mostra-se alto, mas nem por isso deixa de ser compensador. Como lembrado neste artigo, por muitos anos, as pessoas com deficiência foram escanteadas do mundo jurídico e da sociedade. A situação atual,

apesar de ainda não se mostrar ideal, representa um avanço na defesa dos direitos destas pessoas, e como toda mudança, demanda tempo até se aprimorar adequadamente.

Pelo exposto, foi possível concluir que o Estatuto voltou maior atenção àquelas pessoas com deficiências mais graves e de longo prazo, conferindo-lhes vantagens como maior autonomia e liberdade na gestão de suas vidas, adotando como regra a plena capacidade, prevendo meios de facilitar sua participação na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas – corolário da isonomia almejada. Entretanto, também é fato que ocasionou problemas jurídicos que expuseram feridas a se cicatrizarem pela doutrina e jurisprudência em razão de atecias e contraditórias disposições legais existentes entre o CC, o CPC e o próprio Estatuto, que por vezes parecem ferir seus próprios objetivos, prejudicando notadamente as pessoas que, por terem tão baixo ou nenhum grau de discernimento, precisam de representação, mas contam apenas com assistência.

Neste trabalho foi possível observar que o cerne de todas as críticas tecidas pelos juristas está na disparidade entre os objetivos do Estatuto e a realidade prática, saltando aos olhos que o fato de existir uma nova legislação não significa superação imediata das dificuldades que cercam a manifestação de vontade carente de autodeterminação e

cognoscibilidade do agente que a emite (seja por si, por assistente ou por representante).

Foi constatada ainda incongruência na comparação entre o discernimento de pessoas e sua capacidade civil, admitindo-se que alguém com grave enfermidade mental ou em estado de coma tenha maior capacidade de fato do que um adolescente, explicitando evidente desarmonia.

Outra questão que não passou despercebida foi a preocupação sobre como não há meios de se garantir que uma terceira pessoa manifeste o que realmente seria a vontade de uma outra que se encontra, transitória ou permanentemente, impossibilitada de declará-la. Há, na verdade, uma vontade fictícia, pois se não pode emitir qualquer tipo de manifestação e não pode tê-la substituída por outrem, o escape deu-se pela ficção jurídica de considerar que foi assistida na expressão de sua vontade, mas, de fato, não o foi.

A independência conferida pelo Estatuto não foi acompanhada de proporcional proteção jurídica que lhe seria correspondente, permitindo que ocorram situações em que vícios da vontade sejam convalidados pelo tempo, prejuízos sejam amargados por quem não pôde se defender e que responsabilizações recaiam sobre quem não teria responsabilidade pelos seus atos (por ausência ou deficiência de discernimento bastantes).

O bônus da maior autonomia, liberdade, igualdade e independência trazido

pela nova lei foi acompanhado do ônus da maior responsabilidade decorrente destes direitos, não sendo raro quem enxergue o novo sistema como autofágico, desprotegendo quem buscava proteger.

A doutrina faz críticas aos malefícios que acompanharam a inovação legislativa, aduzindo que não é concebível arcar com todo e qualquer custo em nome de uma desordenada inclusão. Se é certo que todos merecem ser tratados com igualdade, na medida de suas desigualdades, também é certo que todos merecem adequada proteção jurídica. Lançar mão de afoitas transformações jurídicas às custas de desproteção e abandono pode ser legal, mas não justo.

As transformações, apesar de introduzidas pela Lei 13.146/2015, nitidamente possuem contornos constitucionais e jusnaturais, pois observam princípios caros a todos nós: isonomia, dignidade da pessoa humana, liberdade e, sem dúvidas, a vedação do efeito *cliquet* (proibição ao retrocesso), permitindo uma postura mais otimista não apenas por parte dos operadores do Direito, mas de toda a sociedade, que merece contar com um ordenamento jurídico mais justo e equânime, que rechaça retrocessos ao mesmo tempo em que engrena promissores avanços, principalmente em matéria de Direitos Humanos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999. Regulamenta a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, página 10, 21 de dezembro de 1999.

BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, página 2, 07 de julho de 2015.

BRASIL. Decreto nº 6.949 de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e seu Protocolo Facultativo. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, página 3, 26 de agosto de 2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível 70074332594**. Relator des. Luiz Felipe Brasil Santos. 8ª Câmara Cível. Julgamento em 17 de agosto de 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação 0004362-34.2014.8.19.0007**. Terceira Câmara Cível. Rel. des. Peterson Barroso Simão. Julgamento em 20 de setembro de 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação 1007607-79.2015.8.26.0565**. Relator des. Fábio Podestá. 5ª Câmara de Direito Privado. Julgamento em 27 de junho de 2017.

ESCOLA da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. (03 de agosto de 2016). 11/03/2016. **Reflexos do Estatuto da Pessoa com Deficiência Lei 13.146/2015**. 1 vídeo (2 horas e 43 minutos). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=vZeqinS>

W53I&feature=emb_logo. Acesso em 29 abr. 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de [et. al.] **Estatuto da Pessoa com Deficiência Comentado – artigo por artigo**. Bahia: Editora Juspodivm, 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. **Pesquisa Nacional de Saúde 2013. Ciclos de Vida. Brasil e Grandes Regiões**. Rio de Janeiro: IBGE, 2015. *E-book*. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv94522.pdf>. Acesso em 28 abr. 2020.

GARCÍA, Luis M. **El derecho internacional de los derechos humanos, em Los derechos humanos em el proceso penal**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002.

LÔBO, Paulo. Com Avanços Legais, Pessoas com Deficiência não são mais Incapazes. **Consultor Jurídico**, 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>. Acesso em 04 set. 2020.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: direitos fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

OLIVEIRA, Rogério Alvarez de. O Novo Sistema de (in)Capacidades e a Atuação do MP na Curatela. **Consultor Jurídico**, 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-abr-18/mp-debate-sistema-incapacidades-atuacao-mp-curatela>. Acesso em 30 out. 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 1. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, *e-book*.

REVISTA DE DIREITO CIVIL, n. 1, 2019; <https://revistas.anchieta.br/index.php/RevistaDireitoCivil/issue/archive>

REVISTA DE DIREITO CIVIL, n. 2, 2019; <https://revistas.anchieta.br/index.php/RevistaDireitoCivil/issue/archive>

REVISTA DE DIREITO CIVIL, n. 3, 2020; <https://revistas.anchieta.br/index.php/RevistaDireitoCivil/issue/archive>

REVISTA DE DIREITO CIVIL, n. 4, 2020; <https://revistas.anchieta.br/index.php/RevistaDireitoCivil/issue/archive>

REVISTA DE DIREITO CIVIL, n. 5, 2021; <https://revistas.anchieta.br/index.php/RevistaDireitoCivil/issue/archive>

RODAS, João Grandino. Impactos do Estatuto da Pessoa com Deficiência e do Decreto 9.762/2019. **Consultor Jurídico** [S.l.: s.n.], 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-27/impactos-regulatorios-estatuto-portador-deficiencia>. Acesso em 18 maio 2020.

SIMÃO, José Fernando. Estatuto da Pessoa com Deficiência Causa Perplexidade (Parte I). **Consultor Jurídico**. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>. Acesso em 30 out. 2020.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. **O Entendimento Jurisprudencial do Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Consultor Jurídico, 2017. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-out->

30/direito-civil-atual-entendimento-jurisprudencial-estatuto-pessoa-deficiencia.
Acesso em: 29 abr. 2020.

UN: United Nations. **Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD)**. New York: UN, 2007. *E-book*. Disponível em: <https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities.html>. Acesso em: 03 ago. 2020.

WHO: World Health Organization. **How to use the ICF**: a practical manual for using the International Classification of Functioning, Disability and Health (ICF). Exposure draft for comment. Geneva: WHO, 2013. *E-book*. Disponível em: <https://www.who.int/classifications/drafticfpracticalmanual2.pdf?ua=1>. Acesso em: 28 abr. 2020.

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS EM CASOS DE OBESIDADE INFANTIL

*Bruna Martins Gomes Dellova*³¹²

*Renato Dellova*³¹³

RESUMO

O presente trabalho dedica-se ao estudo da obesidade infantil no Brasil e à possível responsabilização dos pais. Neste sentido, analisará as consequências jurídicas decorrentes da negligência dos pais ou responsáveis no tocante à alimentação dos menores. A ideia central é analisar detidamente a exposição das crianças a todo tipo de produto e propaganda, além do descumprimento do dever de cuidado pelos pais ou responsáveis, e a necessidade de reflexão acerca de modalidades sancionatórias.

PALAVRAS-CHAVE: Obesidade Infantil. Responsabilidade Civil. Negligência. Violência Alimentar.

³¹² Pós-graduada em Direito Processual Civil (Damásio Educacional). Pós-graduada em Direito Público (Damásio Educacional). Extensão em Direito Digital e LGPD (PUC/SP). Coautora de obras jurídicas. Advogada e Vice-Presidente da Comissão de Relações Internacionais da OAB (Campinas, SP).

³¹³ Doutorando em Direito e Ciências Sociais (UNC, Córdoba, Arg.). Pesquisador no doutorado em Educação (USF/SP). Mestre em Direito das Relações Econômicas Internacionais (PUC/SP). Pós-graduado em Direito Processual Civil (PUC/SP). Extensão em Educação (FAV/SP). Certificado em Introdução à filosofia de Friedrich Nietzsche (SORBONNE, Fran.). Professor universitário de graduação e pós-graduação. Autor e coautor de obras jurídicas e literárias. Advogado e Presidente da Comissão de Relações Internacionais da OAB (Campinas, SP).

ABSTRACT

The present work is dedicated to the study of childhood obesity in Brazil and the possible accountability of parents. In this sense, it will analyze the legal consequences arising from the negligence of parents or guardians regarding the feeding of minors. The central idea is to carefully analyze the exposure of children to all types of products and advertising, in addition to the non-compliance with the duty of care by parents or guardians, and the need for reflection on sanctioning modalities.

KEYWORDS: Childhood Obesity. Civil responsibility. Negligence. Food Violence.

INTRODUÇÃO

No Brasil e no mundo, dados sobre o aumento da obesidade infantil são inegavelmente cada vez mais alarmantes. Diversos fatores ambientais contribuem para o aumento dos níveis de obesidade em crianças e adolescentes: informações confusas e insuficientes sobre alimentos ultraprocessados; alimentos saudáveis não acessíveis para todos; produtos com itens colecionáveis; pacotes posicionados estrategicamente na altura das crianças nos supermercados; publicidade infantil e, também, cidades pouco propícias a um modo de vida mais ativo.

A obesidade infantil é uma das grandes epidemias do século XXI. Embora a alimentação seja um elemento fundamental para a sobrevivência da espécie humana, o fato é que temos cada vez mais nos distanciando do seu elemento essencial: nutrir. A alimentação

das famílias brasileiras tem se deteriorado sumariamente na última década e, desta forma, os hábitos alimentares adquiridos na primeira infância e que se perpetuam na vida adulta não têm apresentado um futuro promissor.

Segundo um estudo da Federação Mundial de Obesidade, o número de crianças e adolescentes de cinco a 17 anos que estão acima do peso aumentará para 268 milhões até 2025. Desse número, 91 milhões será obesa. Ainda, 28 milhões de crianças terão hipertensão, 39 milhões estarão com gordura no fígado e quatro milhões com diabetes tipo 2.³¹⁴

A obesidade infantil tem causado grande impacto na vida das crianças, com consequências não apenas físicas, mas também sociais, econômicas e psicológicas.

Questiona-se, assim, a quem caberia a responsabilidade pela ocorrência e intercorrência da obesidade em crianças e adolescentes. Seria exclusivamente dos responsáveis, que devem zelar pelo direito à vida, à saúde e à alimentação, além de deterem o poder familiar e, portanto, decidirem a melhor forma de conduzir a educação e estilo de vida das crianças dentro de casa?

Ou seria esta responsabilidade do Estado, que deveria atuar de forma positiva e não omissiva, garantindo a aplicação dos princípios do Estatuto da Criança e do

Adolescente, disponibilizando Políticas Públicas para acesso a informação, alimentos de qualidade nutricional e práticas de atividades físicas?

A presente discussão não pretende apenas fundamentar a necessidade de punição dos responsáveis para coibir o aumento da obesidade infantil, caso esteja demonstrada a negligência parental na manipulação dos hábitos alimentares dos menores em claro descumprimento do dever de cuidado. A pesquisa visa, sobretudo, alertar toda a sociedade, civil e política, para o cenário que vem se instalando diuturnamente nos lares brasileiros, com crianças expostas a todo tipo de produto e propaganda. Incentivar a alimentação saudável, a diminuição do sedentarismo e as ações voltadas para a saúde das crianças é papel de toda a sociedade.

I. OBESIDADE

A obesidade é uma doença crônica, identificada pelo CID (Código Internacional de Doenças) E66, subdividindo-se da seguinte forma: (i) E66.0: Obesidade devida a excesso de calorias; (ii) E66.1: Obesidade induzida por drogas; (iii) E66.2: Obesidade extrema com hipoventilação alveolar; (iv) E66.8: Outra

³¹⁴ Dados disponíveis em: <https://saude.abril.com.br/familia/taxas-de-obesidade-infantil-tendem-a-subir-no-mundo/>. Acesso em 13 setembro 2021.

obesidade; (v) E66.9: Obesidade não especificada.³¹⁵

Pela definição da Organização Mundial da Saúde, obesidade é o excesso de gordura corporal, em quantidade que determine prejuízos à saúde. Uma pessoa é considerada obesa quando seu Índice de Massa Corporal (IMC) é maior ou igual a 30 kg/m² e a faixa de peso normal varia entre 18,5 e 24,9 kg/m².

Segundo Marcondes, a obesidade pode ser caracterizada da seguinte forma:

“A obesidade é uma condição clínica caracterizada pelo acúmulo excessivo de gordura no organismo, causando prejuízos à saúde. É considerada uma doença genética, multicausal, na qual interagem fatores ambientais, psicossociais, culturais, hereditários, alimentares, hormonais e metabólicos, resultando em balanço energético no qual a retenção crônica é maior que a diária”.³¹⁶

Note-se que a obesidade é multifatorial: alimentação disfuncional, genética, problemas de saúde, problemas psicológicos.

O Ministério da Saúde e a Organização Panamericana de Saúde apontam que 12,9% das crianças brasileiras entre cinco e nove anos de idade têm obesidade, assim

como 7% dos adolescentes na faixa etária de 12 a 17 anos. No conjunto das 27 capitais brasileiras, a frequência de excesso de peso foi de 55,4%, sendo ligeiramente maior entre homens (57,1%) do que entre mulheres (53,9%).³¹⁷

A prevalência de excesso de peso e a obesidade têm crescido de forma preocupante no mundo todo, mas, principalmente, em países de renda baixa ou média, como o Brasil. Essas condições de saúde constituem importantes fatores de risco para o aumento da crescente morbimortalidade das doenças crônicas não transmissíveis, representando, portanto, um grande desafio para a saúde pública.

A obesidade infantil, por sua vez, tem chamado cada vez mais a atenção por suas consequências desastrosas. Crianças acima do peso têm mais chances de se tornarem adultos também obesos. A consequência disso é o aparecimento de diversas doenças, como diabetes, problemas ortopédicos, distúrbios psicológicos, doenças cardiovasculares e hipertensão, sendo essa última o fator de risco principal para infarto e acidente vascular cerebral. Vale lembrar ainda que a obesidade também provoca complicações caso haja infecção por Covid-19.

Uma criança com obesidade também é alvo de *bullying*, prática antes restrita às

³¹⁵ Dados disponíveis em://http: <https://pebmed.com.br/cid10/e66-obesidade/>. Acesso em 13 setembro 2021.

³¹⁶ MARCONDES, Eduardo. *Pediatria básica: pediatria Clínica Geral*, tomo II- 9 ed. São Paulo: SARVIER; 2003.

³¹⁷ Disponível em://http: <https://abeso.org.br/obesidade-e-sindrome-metabolica/mapa-da-obesidade/>. Acesso em 13 setembro 2021.

escolas e que, com o avanço da tecnologia, rompeu barreiras e invadiu a intimidade de milhares de famílias. As consequências disso podem ser muito sérias durante a infância e também na fase adulta. Estudos já atestam que crianças vítimas de *bullying* apresentam maior risco de desenvolver problemas de saúde na vida adulta, como algum tipo de transtorno psiquiátrico, compulsão alimentar, vício do cigarro/álcool e diagnóstico de doenças graves, além dos efeitos nas relações sociais e profissionais.³¹⁸

Por esta razão, o Poder Público vem adotando medidas para frear esta crescente epidemia. Em recente lançamento de campanha sobre obesidade infantil, o Ministério da Saúde anunciou a aplicação de R\$ 90 milhões para a prevenção da doença. O lançamento de várias ações para deter o avanço da obesidade infantil no país contou com a assinatura de duas portarias. Os atos foram firmados na cerimônia anual de lançamento da campanha sobre a obesidade infantil, com o lema: *“Vamos prevenir a obesidade infantil: 1,2,3 e já!”*.

A primeira portaria, assinada em 10 de agosto de 2021, institui a Estratégia Nacional de Prevenção e Atenção à Obesidade infantil (Proteja)³¹⁹, que busca articular as

iniciativas nos estados, no Distrito Federal e nos municípios. A segunda destina três parcelas de R\$31,9 milhões por ano, durante três anos, para cidades de até 30 mil habitantes que registraram, em 2019, sobrepeso em mais de 15% das crianças menores de 10 anos. Os eixos principais da medida são a vigilância alimentar e nutricional, o diagnóstico precoce e cuidado adequado às crianças e a promoção da saúde nas escolas para torná-las espaços que promovam o consumo de alimentos saudáveis e para que elas incentivem a prática de exercícios.

PORTARIA GM/MS Nº 1.862, DE 10 DE AGOSTO DE 2021

Institui a Estratégia Nacional para Prevenção e Atenção à Obesidade Infantil - Proteja.

DA ESTRATÉGIA NACIONAL PARA PREVENÇÃO E ATENÇÃO À OBESIDADE INFANTIL

Art. 1º Fica instituída a Estratégia Nacional para Prevenção e Atenção à Obesidade Infantil, com objetivo geral de deter o avanço da obesidade infantil e contribuir para a melhoria da saúde e da nutrição das crianças.

A Campanha lançada pelo Ministério da Saúde visa a prevenção da obesidade infantil com três passos simples, que podem e devem ser adotados pelas famílias: mais alimentação saudável e menos produtos processados, mais atividade física e menos tempo de telas.

³¹⁸ Disponível em: <https://abeso.org.br/criancas-obesas-maior-risco-de-bullying/>. Acesso em 13 setembro 2021.

³¹⁹ Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria->

[gm/ms-n-1.862-de-10-de-agosto-de-2021-337532485](https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-gm/ms-n-1.862-de-10-de-agosto-de-2021-337532485). Acesso em 13 setembro 2021.

Além desta Campanha, existem muitas iniciativas nas esferas estaduais e municipais, visando coibir, principalmente, o livre e fácil acesso a alimentos nocivos à saúde, como é o caso dos refrigerantes.

Por sua vez, a Lei 11.947, de 16 de junho de 2009 (Lei da Alimentação Escolar), tem como diretrizes³²⁰:

- I. O emprego da alimentação saudável e adequada, compreendendo o uso de alimentos variados, seguros, que respeitem a cultura, as tradições e os hábitos alimentares saudáveis, contribuindo para o crescimento e o desenvolvimento dos alunos e para a melhoria do rendimento escolar, em conformidade com a sua faixa etária e seu estado de saúde, inclusive dos que necessitam de atenção específica;
- II. A inclusão da educação alimentar e nutricional no processo de ensino e aprendizagem, que perpassa pelo currículo escolar, abordando o tema alimentação e nutrição e o desenvolvimento de práticas saudáveis de vida, na perspectiva da segurança alimentar e nutricional.

No entanto, a responsabilidade do Poder Público é uma pequena parcela do todo.

A atuação dos pais (ou daqueles que detenham o exercício do poder familiar) no cuidado integrado da saúde da criança é fundamental, começando inclusive na

gestação. Os estudos mostram que a saúde e boa condição nutricional materna durante a gestação, a prática do aleitamento materno (exclusivo por seis meses e com outros alimentos por dois anos ou mais), consumo variado de alimentos *in natura* e minimamente processados, não exposição exagerada a telas, com estímulo a brincadeiras, atividades ao ar livre e em companhia dos familiares, são comprovadamente fatores que protegem a criança do excesso de peso.³²¹

A obesidade infantil, portanto, é uma doença crônica que envolve não apenas a família, mas toda a sociedade, com possibilidade de prevenção, desde que trabalhada de forma multissetorial.

III. DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil é constituída de três elementos fundamentais: o dano, o nexo de causalidade e a culpa. O dano pode ser material ou emergente, lucros cessantes, moral ou estético; o nexo causal é o liame que une a conduta do agente ao dano; e a culpa, apesar da difícil conceituação, é a inobservância de um dever que o sujeito devia observar e conhecer.

³²⁰ Disponível em://http://<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2009/lei-11947-16-junho-2009-588910-publicacaooriginal-113603-pl.html>. Acesso em 13 setembro 2021.

³²¹ Disponível em://http://<https://sp.unifesp.br/epm/noticias/obesidade-infantil-2021>. Acesso em 13 setembro 2021.

Independentemente da modalidade de responsabilidade civil, os elementos sempre estarão presentes; o que muda é a necessidade ou não de comprovação deles.

Na responsabilidade civil objetiva, os três elementos estão presentes, mas somente há necessidade de comprovação, por parte do sujeito lesionado, dos danos e do nexo causal, haja vista a culpa ser presumida em relação ao agente que cometeu o ato ilícito. Aqui se considera a teoria do risco criado e do risco benefício. O fato é que o sujeito desenvolve uma atividade perigosa que pode causar danos, ainda que se resguarde ao máximo para que isso não aconteça.

No que toca à responsabilidade civil subjetiva, os três elementos também estão presentes, bem como a necessidade de comprovação de todos eles. Neste caso a relação jurídica não é alcançada pela teoria do risco, considerando a existência de um equilíbrio entre os sujeitos.

A responsabilidade civil é tratada com profundidade nos artigos 927 e seguintes do Código Civil, e a definição do ato ilícito é encontrada no artigo 186 do Código Civil:

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

No âmbito jurídico, o termo responsabilidade é utilizado para designar

diversas situações, e fundamentalmente significa que qualquer sujeito deverá assumir as consequências de uma ação ou evento.

Importante salientar que o “responsável” nem sempre é aquele que comete um ato ilícito. Na legislação há possibilidade de responsabilização neste sentido, como é o caso da responsabilidade civil dos pais pelos atos ilícitos praticados pelos filhos menores que estejam sob seu poder e em sua companhia.

A dicção legal utilizará o termo “sob sua autoridade” para esclarecer melhor a ideia de que nem sempre implicará proximidade física, isto é, não tem a ver com quem exerce a guarda, como se nota no artigo 932, I, do Código Civil:

“São também responsáveis pela reparação civil: I – os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia.”

Neste sentido fica evidente que os pais são responsáveis pelos atos praticados pelos filhos menores. Mas e os atos praticados pelos pais ou responsáveis, por omissão ou ação, que venham a prejudicar os filhos menores no tocante à obesidade infantil?

IV. DA PROTEÇÃO DOS MENORES E EVENTUAIS RESPONSABILIDADES DOS PAIS E RESPONSÁVEIS

Apesar das mais nobres intenções, alguns comportamentos dos pais ou responsáveis podem prejudicar, e muito, os filhos menores.

Na Constituição Federal brasileira, o artigo 227 é categórico:

“É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, 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. § 1º - O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida à participação de entidades não governamentais e obedecendo aos seguintes preceitos: I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil; II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos.”

Como se evidencia, a garantia de saúde aos menores é um dever conjunto, mas os pais devem retomar uma responsabilidade há tempos esquecida. Não se pode atribuir exclusivamente à sociedade ou ao Estado a responsabilidade pelos filhos. Claro que não se

pode desconsiderar as agruras que assolam muitas famílias brasileiras pela ausência de políticas públicas do Estado e de uma efetiva fiscalização e severas sanções sobre as publicidades e propagandas que ignoram a fase de desenvolvimento das crianças e dos adolescentes.

Neste sentido, necessário ressaltar o importante precedente da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, de 15 de abril de 2016, sobre propaganda de alimentos dirigida ao público infantil:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.558.086 - SP (2015/0061578-0)
EMENTA. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. PUBLICIDADE DE ALIMENTOS DIRIGIDA À CRIANÇA. ABUSIVIDADE. VENDA CASADA CARACTERIZADA. ARTS. 37, § 2º, E 39, I, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

1. Não prospera a alegada violação do art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que deficiente sua fundamentação. Assim, aplica-se ao caso, *mutatis mutandis*, o disposto na Súmula 284/STF.

2. **A hipótese dos autos caracteriza publicidade duplamente abusiva. Primeiro, por se tratar de anúncio ou promoção de venda de alimentos direcionada, direta ou indiretamente, às crianças. Segundo, pela evidente "venda casada", ilícita em negócio jurídico entre adultos e, com maior razão, em contexto de marketing que utiliza ou manipula o universo lúdico infantil (art. 39, I, do CDC).**

3. In casu, está configurada a venda casada, uma vez que, para adquirir/comprar o relógio, seria necessário que o consumidor comprasse também 5 (cinco) produtos da linha "Gulosos".
Recurso especial improvido. (grifos nossos)

Na esteira da Constituição Federal, as crianças e os adolescentes são considerados vulneráveis, e por isso têm proteção especial no ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente, que prioriza o melhor interesse deles e reconhece os seus direitos.

O artigo 3º do ECA ressalta 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.

Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem.”

Desta forma, a ingestão reduzida, ou nenhuma, de frutas, legumes, e verduras, em conjunto com um estilo de vida excessivamente sedentário, pode ser fatal. Sendo assim, a obesidade infantil, na maioria

dos casos, é resultado de negligência parental. (FIGUEIREDO, 2012)

Configurando-se uma negligência parental, o que deverá ser feito? Não é possível que tenhamos que discutir prioritariamente a perda do poder familiar, mas não inibe a possibilidade de perda da guarda pelo gestor da alimentação do menor, e de alguma sanção que possa coagir os responsáveis no contexto da obesidade infantil.

Os casos de violência alimentar devem ser analisados cuidadosamente pelo Poder Judiciário, verificando se há alternativa de um plano alimentar diferente para aquela família. Por outro lado, tanto o Poder Legislativo quanto o Executivo devem discutir e solucionar o problema relativo à alimentação dos menos favorecidos, que sequer têm ou não podem escolher o que comer!

Vale lembrar a necessidade de um Conselho Tutelar aparelhado e atuante.

A responsabilidade *também* é do Estado, e *não só* dele, seja na política, na economia e especialmente no âmbito familiar. Não é possível atribuir a culpa exclusiva ao Estado porque os pais ou responsáveis elege o *fast food*, ou porque as crianças e adolescentes não gostam de legumes, ou porque os responsáveis não têm tempo suficiente para escolher os itens adequados para cozinhar. A questão é prioritária e não admite desculpas ou relativização!

Vejamos outra decisão importante do STJ:

REsp 1613561 / SP. Data
25/04/2017 Ementa
PROCESSUAL CIVIL.
CONSUMIDOR. AUTO DE
INFRAÇÃO E MULTA DO
PROCON. PUBLICIDADE
DESTINADA ÀS CRIANÇAS.
GÊNEROS ALIMENTÍCIOS DE
BAIXA QUALIDADE
NUTRICIONAL. PUBLICIDADE
ABUSIVA. ART. 37, § 2º, DO
CÓDIGO DE DEFESA DO
CONSUMIDOR. 1. Hipótese em
que o Tribunal estadual consignou:
"[...] não se verificando na campanha
publicitária excesso qualificável
como patológico nem ofensa aos
hipossuficientes (crianças), por
desrespeito à dignidade humana, por
indução de comportamentos
prejudiciais à saúde ou à segurança
pessoal, por exploração de diminuta
capacidade de discernimento ou
inexperiência, por opressão, ou,
ainda, por estratégia de coação moral
ao consumo ou abuso de persuasão,
não se justifica a autuação e a
punição aplicada pelo Procon." (fl.
647, e-STJ). 2. O Superior Tribunal
de Justiça possui jurisprudência
reconhecendo a abusividade de
publicidade de alimentos
direcionada, de forma explícita ou
implícita, a crianças. Isso porque a
decisão de comprar gêneros
alimentícios cabe aos pais,
especialmente em época de altos e
preocupantes índices de obesidade
infantil, um grave problema nacional
de saúde pública. Diante disso,
consoante o art. 37, § 2º, do Código
de Defesa do Consumidor, estão
vedadas campanhas publicitárias
que utilizem ou manipulem o
universo lúdico infantil. Na ótica do
Direito do Consumidor, publicidade
é oferta e, como tal, ato precursor da
celebração de contrato de consumo,
negócio jurídico cuja validade
depende da existência de sujeito
capaz (art. 104, I, do Código Civil).
Em outras palavras, se criança, no
mercado de consumo, não exerce

atos jurídicos em seu nome e por
vontade própria, por lhe faltar poder
de consentimento, tampouco deve
ser destinatária de publicidade que,
fazendo tábula rasa da realidade
notória, a incita a agir como se
plenamente capaz fosse. Precedente
do STJ. 3. Recurso Especial provido.

É negligência permitir a obesidade
infantil, pois não preserva a vida e a saúde,
pelo que configura maus tratos e descaso em
relação aos menores, o que se afasta do
princípio do Melhor Interesse da Criança.

CONCLUSÃO

A alimentação das famílias brasileiras está
em rápido declínio e, por lógica, as crianças e
adolescentes têm se alimentado cada vez pior.
As refeições são cada vez mais
“desembaladas” e menos “descascadas”. O
consumo de água é irregular, dando espaço
para sucos e refrigerantes, repletos de açúcar e
com suas calorias vazias.

A ideia do presente trabalho foi de
apresentar um panorama das atuais condições
de saúde das crianças, impactadas pela má
qualidade nutricional aliada ao sedentarismo,
resultando em um quadro preocupante de
crescente obesidade infantil.

Se nos basearmos no princípio da proteção
integral da criança e do adolescente,
poderíamos responsabilizar os pais pelos danos
causados à saúde dos filhos, considerando a

negligência no ato de alimentar a criança apenas com produtos de baixa qualidade nutricional. Para tanto, necessário se faz uma análise da conduta dos pais, do dano causado, o nexos causal e, ainda, a culpa.

Claramente, no campo do direito de família, a guarda pode ser modificada caso o guardião gestor da alimentação do menor seja negligente. Ainda, sem dúvida, a responsabilização dos pais, com a devida compensação ao dano sofrido como punição, é a melhor alternativa, em detrimento daquela que seria a destituição do poder familiar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em: 13 setembro 2021.

BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm Acesso em: 13 setembro 2021.

BRASIL. Portaria GM/MS nº 1.862, de 10 de agosto de 2021. Institui a Estratégia Nacional para Prevenção e Atenção à Obesidade Infantil - Proteja. Diário Oficial da União. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-gm/ms-n-1.862-de-10-de-agosto-de-2021-337532485>. Acesso em 13 setembro 2021.

BRASIL. Lei nº 11.947, de 16 de junho de 2009. Lei da Alimentação Escolar. Diário Oficial da União. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2009/lei-11947-16-junho-2009-588910-publicacaooriginal-113603-pl.html>. Acesso em 13 setembro 2021.

BUSCA DE CID 10. CID 10. Disponível em: <https://pubmed.com.br/cid10/e66-obesidade/>. Acesso em 13 setembro 2021.

CRIANÇAS OBESAS. Crianças Obesas: Maior risco de bullying. Disponível em: <http://abeso.org.br/criancas-obesas-maior-risco-de-bullying/>. Acesso em 13 setembro 2021.

DINIZ, Maria Helena. Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil. 18. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ESCOLA PAULISTA DE MEDICINA. Obesidade Infantil, a conscientização começa em casa. Disponível em: <https://sp.unifesp.br/epm/noticias/obesidade-infantil-2021>. Acesso em 13 setembro 2021.

FARIAS, C. C; ROSENVALD, N. Curso de Direito Civil: contratos – teoria geral e contratos em espécie. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FELICETTI, Hugo Raúl. Principios al estudio del derecho civil – parte general. 2. Ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Jurídicas, 2016.

FIGUEIREDO, Thiago. Obesidade Infantil Decorrente de Negligência Parental. Disponível em: https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=8346 Acesso em 13 setembro 2021.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Direitos humanos fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1995.

GUIMARÃES, Luiz Gustavo Narciso. Obesidade e violência alimentar – reflexões acerca da influência sobre a guarda dos filhos. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/index.php/artigos/1573/Obesidade+e+viol%C3%Aancia+alimentar+%E2%80%93+reflex%C3%B5es+acerca+da+influ%C3%Aancia+sobre+a+guarda+dos+filhos> Acesso em 13 setembro 2021.

MAPA DA OBESIDADE. Mapa da Obesidade. Disponível em: <https://abeso.org.br/obesidade-e-sindrome-metabolica/mapa-da-obesidade/>. Acesso em 13 setembro 2021.

MARCONDES, Eduardo. Pediatria básica: pediatria Clínica Geral, tomo II- 9 ed. São Paulo: SARVIER, 2003.

MATIAS-PEREIRA, José. Curso de Economia Política. São Paulo: Atlas, 2015.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da; FIUZA, Ricardo. Código Civil Comentado. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil – Responsabilidade Civil. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2003.