



UNIANCHIETA

Revista de

DIREITO CÍVIL

ISSN 2596-2337

FICHA TÉCNICA

Revista de Direito Civil, ISSN 2596-2337, v. 5, n. 1, jan./jun. 2023.

Capa: Cláudia Maria Pedro Ruiz Hespanha

Editoração e Diagramação: Pedro Henrique Carvalho Gomes

Revisão: Regiane Maria Pankoski

Editora: UNIANCHIETA

Prof. Me. João Vasconcelos

Diretor Acadêmico

Prof. Me. Elvis Brassaroto Aleixo

Coordenador do Curso de Direito

Prof. Ma. Juliana Caramigo Gennarini

Coordenadora Adjunta do Curso de Direito

Prof. Dr. Giuseppe Pietro Buono Nardella Dellova

Coordenador da Revista de Direito Civil

CONSELHO EDITORIAL

- Prof.^a Dr.^a Ana Maria Motta Ribeiro**
(Universidade Federal Fluminense)
- Prof.^a Dr.^a Ana Paula Teixeira Delgado**
(Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro)
- Prof. Dr. Antonio Carlos Morato**
(USP - Universidade de São Paulo)
- Prof.^a Dr.^a Carolina Pereira Lins Mesquita**
(Universidade Federal do Rio de Janeiro)
- Prof. Dr. Claudio Ribeiro Lopes**
(Universidade Federal do Mato Grosso do Sul)
- Prof. Dr. Dalmir Lopes Junior**
(Universidade Federal Fluminense)
- Prof. Me. Elvis Brassaroto Aleixo**
(Faculdade de Direito Padre Anchieta)
- Prof. Dr. Ênio José da Costa Brito**
(Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)
- Prof. Dr. Giuseppe Pietro Buono Nardella Dellova**
(EMERJ, PUC/SP, UFF, FADIPA, CNPq)
- Prof. Dr. Ivan de Oliveira Durães**
(Universidade Brás Cubas, CNPq)
- Prof. Dr. José Antonio Callegari**
(Universidade Federal Fluminense)
- Prof. Dr. José Patrício Pereira Melo**
(URCA - Universidade Regional do Cariri)
- Prof. Dr. Lúcio Picanço Facci**
(UFF/UNESA, Procurador Federal)
- Prof.^a Dr.^a Luzia Batista de Oliveira Silva**
(Programa de Doutorado/Educação USF, CNPq)
- Prof.^a Dr.^a Marcia Simoni Fernandes**
(Ordem dos Advogados do Brasil, SP, GP CNPq)
- Prof. Dr. Marcus Fabiano Gonçalves**
(Universidade Federal Fluminense)
- Dr. Massimiliano Verde**
(Accademia Napoletana)
- Prof. Dr. Mauro Alves de Araújo**
(Faculdade de Direito Padre Anchieta)
- Prof.^a Dr.^a Myriam Benarrós**
(CEUNI/FAMETRO, USP, CNPq)
- Prof. Dr. Paulo Roberto Iotti Vecchiatti**
(Ordem dos Advogados do Brasil, SP)
- Prof. Dr. Sidnei Agostinho Beneti**
(Ministro STJ – Superior Tribunal de Justiça)
- Prof. Dr. Wagner de Oliveira**
(Universidade Estadual de Santa Cruz)
- Prof. Dr. Wilson Madeira Filho**
(Universidade Federal Fluminense)

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. Giuseppe Pietro Buono Nardella-Dellova

SUMÁRIO

Apresentação 5

A obrigatoriedade do consentimento do cônjuge/companheiro da mulher cedente do útero em caso de reprodução assistida: um exame da resolução nº 2.320/2022 do conselho federal de medicina. 7

*Mônica Neves Aguiar da Silva
Mariely Lago Vianna Nogueira*

Reserva do possível e mínimo existencial: leitura dos direitos fundamentais face de limitações orçamentárias em moçambique 25

Jeremias Arone Donane

O avanço do conservadorismo e o estatuto do nascituro: os direitos das mulheres estão em risco? 40

Fernanda Martins Mônaco

O combate e enfrentamento à violência doméstica e familiar contra crianças e adolescentes: comentários à lei n. 14.344/2022 55

*Heitor Moreira de Oliveira
Paulo Cezar Dias*

La lingua, diritto insopprimibile dell'uomo, il napoletano..... 75

Massimiliano Verde

Das relações de adimplemento e inadimplemento das obrigações jurídicas no sistema contemporâneo de direito civil 92

Pietro Nardella-Dellova

APRESENTAÇÃO

Prezados e prezadas leitores e leitoras, salve!

Temos a grande alegria de apresentar mais uma edição da nossa RDC – REVISTA DE DIREITO CIVIL em chave constitucional. Trata-se de trabalho árduo que conta, amiúde, com o esforço de vários funcionários e, desde a diagramação até a correção final, fazem um dos melhores trabalhos de edição.

Além disso, contamos, também, com vários Articulistas, Professores e Pesquisadores, que, periodicamente, aceitam nosso convite e apresentam seus Artigos para a avaliação e a aprovação do nosso Conselho Editorial. Também eles, os Membros do Conselho, empenham-se semestralmente, a fim de não apenas receber os Artigos, mas também, valorizá-los, com leitura vertical, apresentar sugestões de conteúdo e forma e, assim, aprová-los para publicação. Nesse sentido, apresentamos o resultado de mais um trabalho.

Dessa forma, nossa atual edição traz um texto bastante interessante sobre a obrigatoriedade do consentimento do cônjuge/companheiro da mulher cedente do útero em caso de reprodução assistida, assinado pelas doutoras **Mônica Neves Aguiar da Silva** e **Mariely Lago Vianna Nogueira**.

Na sequência, **Jeremias Arone Donane** nos esclarece a reserva do possível e mínimo existencial: leitura dos direitos fundamentais face de limitações orçamentárias em Moçambique.

Diante dos movimentos conservadores, muitos os quais, inclusive, em combate aos direitos constitucionais, **Fernanda Martins Mônaco**, em texto muito importante fala sobre o avanço do conservadorismo e o estatuto do nascituro, e procura responder se os direitos das mulheres estão em risco no atual quadro de embates ideológicos.

Diante do crescente desrespeito aos direitos das crianças e adolescentes, em muitas vezes, desrespeito que se torna violência doméstica e familiar, **Heitor Moreira de Oliveira** e **Paulo Cezar Dias** tratam do combate e enfrentamento à violência doméstica e familiar contra crianças e adolescentes e tecem comentários à Lei nº 14.344/2022.

Como de costume, o **Doutor Massimiliano Verde**, presidente da *Accademia Napoletana per la Cultura e Lingua napoletana*, brinda a revista com um excepcional texto sobre *la lingua, diritto insopprimibile dell'uomo, il napoletano* (*'A lengua, deritto 'e ll'Ommo, 'o Nnapulitano*).

Por último, fechamos a atual edição da revista com nosso estudo sobre *as relações de adimplemento e inadimplemento das obrigações jurídicas no sistema contemporâneo de direito civil*.

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

A OBRIGATORIEDADE DO CONSENTIMENTO DO CÔNJUGE/COMPANHEIRO DA MULHER CEDENTE DO ÚTERO EM CASO DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA: UM EXAME DA RESOLUÇÃO Nº 2.320/2022 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA.

*Mônica Neves Aguiar da Silva¹
Mariely Lago Vianna Nogueira²*

RESUMO

O objetivo principal deste artigo é investigar se a anuência do cônjuge/companheiro(a) da cedente do útero, imposta pela Resolução 2.320/2022 do Conselho Federal de Medicina (CFM), fere o princípio da autonomia e o direito de dispor sobre seu próprio corpo. Utilizou-se os métodos hermenêutico e argumentativo; sendo a pesquisa do tipo exploratória; a técnica metodológica documental indireta, por meio de pesquisa bibliográfica. A hipótese central é o aceite do(a) consorte, na cessão temporária do útero, restringe o gozo de direitos fundamentais, como liberdade, autonomia e direito ao próprio corpo. O texto está dividido em três tópicos: breve panorama conceitual sobre a esterilidade e as técnicas de reprodução humana assistida; explanação sobre a autonomia e do direito ao próprio corpo; e análise dos critérios presentes na referida Resolução do CFM. Conclui-se que a imposição do consentimento do(a) cônjuge fere garantias constitucionais e direitos de personalidade da cedente, um retrocesso.

Palavras-chave: cedente temporária de útero; autonomia; direito ao próprio corpo; anuência conjugal; gestação de substituição.

¹ Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia (1980), graduada em Ciências Econômicas pela Universidade Católica do Salvador (1980), graduada em Psicologia pela Escola Bahiana de Medicina e Saúde Pública da Bahia. Mestrado em Direito Econômico pela UFBA (2000) e doutorado em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2003). Atualmente é professora associada da UFBA, do qual foi Coordenadora do Curso de Graduação entre 2021/2022, do curso de Mestrado e Doutorado da mesma IES e do Mestrado em Direito da UCSal e atualmente é Vice-Diretora da Faculdade de Direito da UFBA. É professora do Programa de Pós Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da UFBA do qual foi coordenadora de 2006 a 2010. Professora de Bioética do Mestrado em Direito da mesma instituição e coordenadora do curso entre 2018/2021. Professora do curso de Direito da Faculdade Baiana de Direito. Experiência na área de Direito Privado, com ênfase em Biodireito, atuando principalmente nos seguintes temas: bioética, biodireito, alteridade e direitos fundamentais. Membro efetivo da Academia de Letras Jurídicas da Bahia, da qual é vice-presidente, conferencista e autora de vários artigos e obras na área de atuação. Psicóloga. Acadêmica de Medicina. Juíza Federal Aposentada. Ex-membro do Ministério Público do Estado da Bahia.

² Advogada. Bacharela em Direito pela Universidade Estadual da Bahia (2020). Especialista em Direito Previdenciário (Faculdade Legale). Pós-graduanda em Contratos pela EBRADI e LGPD pela Legale. Membro, conselheira fiscal suplente (2021-2024) e diretora da Comissão Científica do Instituto Baiano de Direito e Feminismos (IBADFEM). Editora Adjunta da Revista Direito e Feminismos.

ABSTRACT

The main objective of this article is to investigate whether the consent of the spouse/partner of the uterus transferor, imposed by Resolution 2.320/2022 of the Federal Council of Medicine (CFM), violates the principle of autonomy and the right to dispose of one's own body. The hermeneutic and argumentative methods were used; being the research of the exploratory type; the indirect documentary methodological technique, through bibliographical research. The central hypothesis is the acceptance of the consort, in the temporary transfer of the uterus, restricts the enjoyment of fundamental, rights such as freedom, autonomy and the right to one's own body. The text is divided into three topics: a brief conceptual overview of sterility and assisted human reproduction techniques; explanation about autonomy and the right to one's own body; and analysis of the criteria present in said CFM Resolution. It is concluded that the imposition of the spouse's consent violates constitutional guarantees and the transferor's personality rights, a setback.

Keywords: temporary uterus cession; autonomy; right to one's own body; marital consent; surrogate pregnancy.

1. Introdução

A impossibilidade de milhares de indivíduos e/ou casais em procriar, ao longo dos séculos, ensejou o desenvolvimento de pesquisas, tecnologias e métodos alternativos para viabilizar o projeto de família e a parentalidade dessas pessoas. Em razão das diferentes causas de infertilidade, foram desenvolvidas técnicas diversas, com graus de complexidade distintos, a fim de abranger o maior número de hipóteses possível.

A infertilidade passou a ser o fundamento dessas técnicas, embora não venha sendo seu limite, haja vista a possibilidade de pessoas férteis também se valerem dessa tecnologia, quer por estarem solteiras, quer por não pretenderem violentar sua orientação sexual mediante sexo para reprodução.

A cessão temporária do útero ou a gestação de substituição é uma das técnicas mais complexas, tanto no aspecto científico quanto no jurídico e social, pois, além de implicar o uso do método de inseminação artificial (manejo do material biológico), envolve terceiro, a pessoa cedente do útero.

Em alguns países como a Ucrânia, Colômbia, Albânia, alguns estados dos Estados Unidos da América e a Tailândia, a prática da “barriga de aluguel” é legalizada e/ou autorizada, inclusive para estrangeiros, e, geralmente, possuem o caráter oneroso, isto é, a pessoa cedente é remunerada para gerar esse bebê. Nesses países existem mecanismos jurídicos aptos a adequar

a questão da parentalidade dessas crianças de modo seguro e efetivo, mesmo para estrangeiros, e, por isso, atraem indivíduos e casais de todo o mundo.

No Brasil, em razão da vedação constitucional do comércio de órgãos, tecidos e qualquer material humano, a prática de alugar uma barriga/um útero para hospedar seu(sua)(s) descendente(s) não é permitida, contudo tem-se a alternativa de fazê-lo de modo voluntário e gratuito.

Contudo, vista a ausência de normas específicas que regulamentem o uso e as implicações jurídicas das técnicas de reprodução assistida, os estabelecimentos, os médicos, os profissionais da saúde e os clientes submetem-se às orientações éticas e deontológicas editadas pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), sendo que algumas delas, como a exigência do consentimento conjugal para cessão do útero, vão de encontro a alguns atributos inerentes à personalidade jurídica do indivíduo.

Diante da relevância social e jurídica da temática, o presente artigo almeja investigar se a anuência do cônjuge/companheiro(a) da cedente do útero, imposta pela Resolução CFM 2.320/2022, fere o princípio da autonomia e o direito de dispor sobre seu próprio corpo. Para tanto, o texto foi dividido em três tópicos.

O primeiro traz um breve panorama conceitual e histórico da esterilidade e das técnicas de reprodução humana assistida mais utilizadas. O segundo explana sobre a dimensão existencial da pessoa, com destaque para o princípio da autonomia e do direito ao próprio corpo como pressupostos autorizantes da cessão do útero. E o terceiro, por fim, analisa criticamente os critérios para aceite de terceiro como cedente do útero e as violações de direito perpetradas por alguns desses requisitos.

A partir da construção dessa linha de raciocínio sistemática e de um olhar da perspectiva de gênero, conclui-se que o CFM, mediante a resolução acima citada, revive a lógica patriarcal de domínio dos corpos, em especial, femininos, por seus parceiros, impondo, ilegitimamente, a permissão conjugal como indispensável para gestão de tomadas de decisões envolvendo seu próprio corpo.

2. Uma breve análise sobre a reprodução humana assistida

A infertilidade é uma condição que acomete o sistema reprodutivo masculino ou feminino, definida quando há insucesso na tentativa de engravidar no período de 12 (doze)

meses de relações sexuais regulares e sem uso de contraceptivos, conforme a Organização Mundial da Saúde (OMS).³ No mesmo documento, a organização estima que cerca de 48 milhões de casais e 186 milhões de indivíduos, no mundo, possuem esse diagnóstico.⁴

A infertilidade masculina é comumente causada por problemas na ejeção do sêmen, ausência ou baixos níveis de esperma, anomalia na morfologia e movimento do espermatozoide. A feminina, por sua vez, possui como causas mais comuns anomalias nos ovários, útero, trompas de Falópios e sistema endócrino, entre outros. Outrossim, fatores ambientais, estilo de vida, exposição a substâncias poluentes e toxinas podem afetar a fertilidade.⁵

Cumpre esclarecer que a infertilidade não é sinônimo de esterilidade, apesar dos termos serem usados, muitas vezes, de modo indistinto. Aquela diz respeito a uma condição reversível, mediante tratamento, ou seja, há possibilidade de gravidez de modo natural. Ao passo que a esterilidade se refere à incapacidade permanente e irreversível.

Com o intuito de solucionar a impossibilidade/dificuldade de procriar, foram realizados diversos estudos ao longo dos séculos. O primeiro experimento de reprodução humana assistida, do qual se tem conhecimento, é datado de 1785, quando Thouret, decano da Faculdade de Medicina de Paris, ministrou uma injeção intravaginal em uma mulher considerada estéril, utilizando seu próprio sêmen. Em 1791, Hunter, cirurgião inglês e diretor do Hospital S. George, teve sucesso no experimento de inseminação artificial. Já em 1876, Girault afirmou haver oito casos de gravidez provenientes de técnica de reprodução assistida.⁶

Contudo, apenas no século XX, com avanços nas pesquisas de engenharia genética, foi possível prosseguir com os estudos sobre a reprodução humana assistida.⁷

O termo reprodução assistida refere-se ao conjunto de técnicas, utilizadas por profissionais médicos especializados, cujo objetivo é facilitar e/ou viabilizar a procriação humana, em razão

³ INFERTILITY. *In*: World Health Organization (WHO). 14 set. 2020. Disponível em: <<https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/infertility>>. Acesso em: 11 nov. 2022.

⁴ Ibidem.

⁵ Ibidem.

⁶ FERRAZ, Ana Cláudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução Humana Assistida e suas Consequências nas Relações de Família**: a filiação genética sob a perspectiva da repersonalização. Curitiba: Juruá, 2016. p.42.

⁷ Ibidem, p.42-43.

da infertilidade. As técnicas mais conhecidas são a inseminação artificial, fertilização *in vitro*, transferência intratubária de zigotos, transferência intratubária de gametas e gestação de substituição.

No Brasil, o Conselho Federal de Medicina (CFM), por meio de resoluções que versam sobre a reprodução humana assistida, vem, ao longo dos anos, limitando o número máximo de embriões a serem transferidos conforme a idade do corpo receptor. De acordo com a Resolução nº 2.320/2022, atualmente vigente, em paciente com até 37 anos de idade é possível transferir até 02 embriões, enquanto que maiores de 37 anos de idade, podem receber até 03 embriões. No caso de embriões excedentes, é possível fazer o congelamento desses para doação e/ou uso futuro.

A inseminação artificial (IA) consiste na substituição da relação sexual, uma vez que o material germinativo masculino é coletado e, posteriormente, introduzido no útero para que a fecundação ocorra naturalmente, observando-se o período fértil.

Essa técnica pode ser classificada como homóloga – quando os espermatozoides utilizados pertencem a uma das partes do casal –, heteróloga – material genético utilizado é de um doador, no banco de sêmen – ou bisseminal – há a mistura do material seminal de uma das partes do casal e do doador, na hipótese de insuficiência. Em que pese haja uma seleção dos espermatozoides coletados em razão da quantidade e mobilidade desses, considera-se que não há qualquer tipo de manipulação externa, logo, esse método é considerado como intracorpóreo.⁸

A fertilização *in vitro* (FIV), conhecida como técnica do bebê de proveta, caracteriza-se pela colheita de óvulos maduros, os quais, em laboratório, são colocados em contato com sêmen e, após a fecundação, são transferidos ao útero receptor. A pessoa a qual terá os óvulos coletados deve passar por um período de tratamento hormonal, com a estimulação da ovulação e a preparação do corpo para receber o embrião, mediante injeções de estrogênio e gonadotrofina coriônica (Hcg).

Ademais, é salutar destacar a ponderação da Ana Cláudia Ferraz quanto às possibilidades de origem do material genético utilizado na FIV.

Assim como ocorre na inseminação artificial, os óvulos e, espermatozoides poderão ser fornecidos pela futura mãe e pelo pai, mas também poderão provir de outras fontes, tais como bancos de sêmen e de óvulos. Poderão, ainda,

⁸ FERRAZ, op.cit., p.45.

pertencer ao marido ou companheiro e à mulher, e a gestação ocorrer no útero de uma terceira mulher, no caso da chamada gestação substituta.⁹

No método de reprodução por gametas (GIFT), há o estímulo hormonal para ovulação, bem como a coleta dos espermatozoides, contudo, diferente da FIV, a fecundação é intracorpórea, pois o material seminal é injetado nas trompas. Ao passo que a reprodução com os zigotos (ZIFT) é considerada como uma variante da fertilização *in vitro*, uma vez que a fecundação é extracorpórea, contudo o que se injeta nas trompas receptoras não é o embrião, mas sim o zigoto (célula única).

Como bem pondera Ommati, “a grande diferença da ZIFT em relação à GIFT é que, na primeira, a fecundação se realizada (*sic*) fora do corpo da mulher, enquanto, na segunda, o encontro do óvulo com o espermatozoide, formando o embrião, ocorre nas trompas”.¹⁰

Por fim, dentre os métodos mais conhecidos e objeto do estudo, está a gestação de substituição ou cessão temporária do útero, tendo, de um lado, a gestatriz, hospedeira ou cedente do útero e, do outro lado, a mãe geratriz ou casal intencional.¹¹ De acordo com José Ommati, não se trata de uma técnica biológica, mas sim a utilização de mulheres férteis dispostas a carregar o embrião, durante o período gestacional, em razão da impossibilidade física de gestar da mulher a qual recorreu à técnica.¹²

A literatura médica indica o uso desse método nos casos em que há um problema de saúde que impossibilite e/ou contraindique a gestação na doadora genética, como também para casais homoafetivos. Essa técnica é considerada complexa, dado que se faz necessário submeter tanto o casal e/ou indivíduo que quer(em) procriar ao processo da fertilização *in vitro*, com ou sem doação de gametas, e a preparação do útero cedido para que receba os embriões de forma mais segura e saudável.

⁹ Ibidem, p.48.

¹⁰ OMMATI, José Emílio Medauar. As novas técnicas de reprodução à luz dos princípios constitucionais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 36, n. 141, p.229-238. jan/mar. 1999. Disponível em: < <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/464> >. Acesso em: 11 nov. 2022.

¹¹ LOPES, Claudia Aparecida Costa; CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Barriga de aluguel e a proteção do embrião**. Curitiba: Juruá, 2019. p.43.

¹² OMMATI, op.cit., p.

Quanto à origem do material genético utilizado na FIV, as escritoras Cláudia Lopes e Valéria Cardin explicam:

[...] O óvulo da cedente do útero pode ser fecundado com espermatozoides do membro masculino do casal contratante. Também é realizada a fecundação de óvulo da cedente do útero com espermatozoides de doador anônimo. Mostra-se corriqueiro, na gestação de substituição, ambos os gametas provirem de doadores anônimos. Ou seja, nem do casal idealizador nem da cedente do útero. Há a possibilidade, ainda, de ambos os gametas advirem do casal contratante. Desta forma, a cedente do útero contribui apenas com o processo gestacional.¹³

A partir das possibilidades acima elencadas, observa-se que a realização dessa técnica pode ser classificada como homóloga, quando o material genético utilizado é do próprio casal o qual se submeteu à reprodução assistida; ou heteróloga, ou seja, o material genético é de terceiro, doador(a) anônimo(a) ou a cedente do útero, podendo ser total (sêmen e óvulo) ou parcial (sêmen ou óvulo).

Ao final da gestação, com o parto, o bebê é entregue ao casal e/ou indivíduo idealizador, o(a)(s) qual(is) assume(m) a maternidade e/ou paternidade dessa criança perante toda sociedade, incluindo os aspectos jurídicos.

Diante da gama de técnicas disponíveis, sendo as acima elencadas parte dessa diversidade, fica a cargo do profissional de saúde e do(a)(s) paciente(s) a escolha pelo método mais adequado em cada caso.

Cumprido destacar, por fim, que embora os escritos pressupõem como pacientes casais heterossexuais, os serviços e tratamentos de (in) fertilidade também são utilizados, atualmente, por parceiros do mesmo sexo, pessoas com idade mais avançada, indivíduos que não possuem relações sexuais e/ou portador de certas patologias (HIV, câncer e outras) cujo interesse comum é a vontade de ter filho(a)(s).¹⁴

¹³ LOPES, Cláudia Aparecida Costa; CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Barriga de aluguel e a proteção do embrião**. Curitiba: Juruá, 2019. p.44

¹⁴ INFERTILITY. *In*: World Health Organization (WHO). 14 set. 2020. Disponível em: <<https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/infertility>>. Acesso em: 11 nov. 2022.

3. A cessão do útero como exercício da autonomia e do direito ao próprio corpo

As técnicas de reprodução humana assistida, como dito alhures, visam a realizar o projeto de parentalidade e constituição de famílias em suas diversas formatações. Dentre os métodos explicitados no tópico anterior, a cessão temporária de útero mostra-se um dos mais complexos e abrangentes, uma vez que conjuga outras técnicas e atende a diferentes condições limitadoras da procriação pela via natural, sendo, portanto, objeto deste escrito.

O ato de gestar por outrem, apesar de ser medicamente possível, ainda gera discussões interdisciplinares e complexas, como a validade de eventuais contratos estabelecidos entre as partes, a parentalidade do bebê gestado e os embates bioéticos. Entretanto, a partir da ótica da cedente, esse gesto pode ser considerado como uma das expressões mais significativas do exercício da autonomia e dos direitos de personalidade, em especial o da disposição do próprio corpo.

Autonomia é uma palavra de origem grega, derivada de *autos* (“próprio”) e *nomos* (“regra”, “governo” ou “lei”), tendo sido utilizada, inicialmente, como sinônimo de autogestão ou autogoverno das cidades-estados independentes da Grécia. Posteriormente, o termo estendeu-se aos indivíduos, tendo ganhado novos e variados sentidos, como autogoverno, direitos de liberdade, privacidade, escolha individual, liberdade da vontade, ser o motor do próprio comportamento e pertencer a si mesmo.¹⁵

Nessa senda, observa-se que tanto na linguagem comum quanto na filosofia contemporânea, a autonomia é pluriconceitual e deve-se, portanto, refiná-la à luz dos objetivos específicos. O sentido adotado, na perspectiva da bioética principialista de Beauchamp e Childress, é o da autonomia pessoal, do livre eu de interferências controladoras de outrem e/ou pessoais, as quais criem obstáculos à escolha expressiva de intenção. O ser autônomo age conforme o plano traçado por si mesmo, assim como um governo independente gere seu território e traça estratégias políticas.¹⁶

No ordenamento jurídico pátrio, especialmente na esfera cível, essa liberdade de autodeterminação e autogoverno fundamenta-se na autonomia privada, um poder atribuído ao

¹⁵ BEAUCHAMP, TOM L.; CHILDRESS, James F. *Princípios da Ética Biomédica*. 3.ed. São Paulo: Loyola, 2002. p.137.

¹⁶ *Ibidem*, p.138.

indivíduo para que possa reger, com efeitos jurídicos, suas relações, originando, assim, mini ordenamentos e estabelecendo regras válidas, desde que não ultrapassem as normas de direito público estabelecidas.¹⁷

Não obstante a autonomia privada seja comumente associada às questões econômicas e patrimoniais, em especial à liberdade de contratar (sujeitos do negócio jurídico) e à liberdade contratual (conteúdo do negócio)¹⁸, esse direito fundamental também abrange a esfera existencial, subjetiva, como transplantes de órgãos, doações de espermatozoides e óvulos, cessão de útero de imagem, de voz¹⁹ e, por que não, a cessão temporária do útero.

Os direitos de personalidade, apesar da ausência de conceito legal e das divergências doutrinárias, são compreendidos como direitos subjetivos, os quais decorrem da possibilidade de a pessoa titularizar direitos e obrigações (personalidade), a fim de salvaguardar o âmbito não-patrimonial e proteger sua dignidade em diferentes aspectos. Em outras palavras, são situações jurídicas existenciais cujos objetos são bens e valores essenciais da pessoa, de natureza física, moral e intelectual.²⁰

Diante da multiplicidade da natureza humana, o rol de direitos de personalidade, previsto nos artigos 11 a 21 do Código Civil, não é *numerus clausus*, taxativo, imutável ou de difícil alteração, mas sim exemplificativo e, por isso, admite alterações, as quais, geralmente, acompanham a evolução social e jurídica inerentes à passagem do tempo. O direito ao próprio corpo, enquanto um direito de personalidade, integra, junto ao direito à vida e ao cadáver, a categoria da integridade física, estabelecida por Orlando Gomes.²¹

O uso do corpo, enquanto elemento material da pessoa, é um elemento inerente ao dia a dia da vida humana em distintas circunstâncias, a exemplo da vida social, do matrimônio

¹⁷ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.47. (Coleção Prof. Agostinho Alvim)

¹⁸ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. v. 3. 12. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p.53.

¹⁹ BORGES, op. cit., p.50.

²⁰ AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.353.

²¹ GOMES, Orlando. Direitos de personalidade. **Revista de informação legislativa**, n. 11, v. 3, p. 39-48. set. 1966. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/180717>>. Acesso em: 06 jan. 2020. p.44.

(direitos sexuais e reprodutivos), da vida e saúde (investigação e cura de doenças), de transplantes e, também, dos procedimentos de reprodução assistida.²²

Inexiste problema no emprego reiterado desse atributo, pelo contrário, sua utilização demonstra a importância da regência livre e autônoma do indivíduo no tocante ao seu corpo para sua existência, desde que não ultrapasse os limites impostos pelo ordenamento jurídico, em especial o previsto no artigo 13 do Código Civil.²³

Nesse diapasão, a cessão do útero mostra-se como mais uma das formas do indivíduo dispor sobre seu corpo, em que pese a nomenclatura refira-se a um dos órgãos do sistema reprodutor feminino, a gestação afeta a pessoa em diferentes aspectos, como hormonal, físico e psíquico. Não se evidencia, em uma visão geral, qualquer lesão permanente que fira a integridade física da(o) gestante de caráter inegociável.

Outrossim, a Constituição Federal, em seu artigo 226, §7º prevê, com base nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar como uma livre decisão do casal, proibindo qualquer ação coercitiva de instituições oficiais ou privadas, sendo dever do Estado promover acesso aos recursos educacionais e científicos ao exercício desse direito.²⁴

Em que pese o texto constitucional identifique o planejamento familiar como um direito do casal, a Lei 9.263/1996, em seus artigos 2º e 3º, estabelece-o igualmente entre o homem, a mulher e o casal, fundado nos princípios do atendimento global e integral da saúde desses grupos.²⁵

²² BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos de Personalidade**. 8.ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015. p.140.

²³ Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

²⁴ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§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.

²⁵ Art. 2º Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.

Segundo Ana Cláudia Ferraz, dentre os diferentes aspectos do planejamento familiar, compreende-se o direito de os indivíduos decidirem se desejam procriar, a quantidade de filhos e o espaço de tempo entre os nascimentos, sem qualquer interferência estatal, representando, assim, o princípio da liberdade nas relações familiares. A autora pondera, ainda, que a Carta Magna não faz qualquer diferenciação entre as famílias decorrentes de procriação natural das advindas do emprego de reprodução humana assistida.²⁶

É salutar que a cedente do útero não assume a parentalidade em relação à criança, contudo a ordem constitucional e a lei federal reconhecem, dentro do planejamento familiar, a existência de direitos reprodutivos e, com isso, a autonomia do indivíduo em decidir quanto a sua procriação. Desse modo, por analogia, infere-se que estes mesmos princípios regem o poder de escolha da cedente em gestar, de modo voluntário e temporário, o filho de outrem.

Parágrafo único - É proibida a utilização das ações a que se refere o caput para qualquer tipo de controle demográfico.

Art. 3º O planejamento familiar é parte integrante do conjunto de ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde.

Parágrafo único - As instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde, em todos os seus níveis, na prestação das ações previstas no caput, obrigam-se a garantir, em toda a sua rede de serviços, no que respeita a atenção à mulher, ao homem ou ao casal, programa de atenção integral à saúde, em todos os seus ciclos vitais, que inclua, como atividades básicas, entre outras:

I - a assistência à concepção e contracepção;

II - o atendimento pré-natal;

III - a assistência ao parto, ao puerpério e ao neonato;

IV - o controle das doenças sexualmente transmissíveis;

V - o controle e a prevenção dos cânceres cérvico-uterino, de mama, de próstata e de pênis. (Redação dada pela Lei nº 13.045, de 2014)

²⁶ FERRAZ, Ana Cláudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução Humana Assistida e suas Consequências nas Relações de Família**: a filiação genética sob a perspectiva da repersonalização. Curitiba: Juruá, 2016. P.95.

4. Críticas às normas de gestação por substituição dispostas na resolução CFM 2.320/2022

As normas éticas para a utilização da cessão temporária de útero, assim como as demais técnicas de reprodução assistida, encontram-se dispostas na Resolução nº 2.320/2022 do Conselho Federal de Medicina (CFM), a qual revogou a Resolução CFM nº 2.294/2021.

O método da gestação de substituição ou cessão temporária do útero, de acordo com item VII do documento, pode ser utilizado somente nas hipóteses de impossibilidade ou contra-indicação da gestação. A norma prevê, também, os requisitos a serem preenchidos pela cedente²⁷ e documentação indispensável²⁸. Ademais, há a proibição do caráter lucrativo ou comercial da cessão temporária e da intermediação da clínica na escolha da cedente.

²⁷1. A cedente temporária do útero deve:

- a) ter ao menos um filho vivo;
- b) pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau: pais e filhos; segundo grau: avós e irmãos; terceiro grau: tios e sobrinhos; quarto grau: primos);
- c) na impossibilidade de atender o item b, deverá ser solicitada autorização do Conselho Regional de Medicina (CRM).

²⁸ 3. Nas clínicas de reprodução assistida, os seguintes documentos e observações devem constar no prontuário da paciente:

- a) termo de consentimento livre e esclarecido assinado pelos pacientes e pela cedente temporária do útero, contemplando aspectos biopsicossociais e riscos envolvidos no ciclo gravídico-puerperal, bem como aspectos legais da filiação;
- b) relatório médico atestando a adequação da saúde física e mental de todos os envolvidos;
- c) termo de Compromisso entre o(s) paciente(s) e a cedente temporária do útero que receberá o embrião em seu útero, estabelecendo claramente a questão da filiação da criança;
- d) compromisso, por parte do(s) paciente(s) contratante(s) de serviços de reprodução assistida, públicos ou privados, com tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mulher que ceder temporariamente o útero, até o puerpério;
- e) compromisso do registro civil da criança pelos pacientes, devendo essa documentação ser providenciada durante a gravidez; e
- f) aprovação do(a) cônjuge ou companheiro(a), apresentada por escrito, se a cedente temporária do útero for casada ou viver em união estável.

Um primeiro ponto que chama atenção do texto regulatório é o fato desse referir-se apenas à mulher como possível cedente do útero, excluindo, assim, pela nomenclatura, as pessoas que não se reconhecem como mulheres, contudo possuem útero e, em razão da autonomia e liberdade de dispor sobre seu próprio corpo, escolher gestar em substituição. É importante destacar que a presença de determinado órgão reprodutor não é mais o fato determinante para estabelecer o gênero do indivíduo, pois esse é uma construção social e identitária.

Outro aspecto que merece destaque é a exigência de consanguinidade até quarto grau entre a cedente e um(a) do(s) parceiros(as), isto é, veda-se, em regra geral, o aceite de terceiro sem parentesco com o indivíduo e/ou o casal idealizador. Excepcionalmente, essa nova resolução oportuniza, nas hipóteses de impossibilidade de cumprir o requisito biológico, solicitar, junto ao Conselho Regional de Medicina (CRM), autorização específica.²⁹

Não obstante as mídias tenham noticiado essa exceção como flexibilização da exigência de laços consanguíneos entre as partes, insta salientar que o procedimento somente poderá ser realizado após avaliação e autorização expressa do CRM competente. Ou seja, cada caso será submetido à apreciação do Conselho Regional, ficando a cargo desse, baseado, provavelmente, no Código de Ética Médica e demais dispositivos que o regimentam, admitir ou não a gestação de substituição, diante da inexistência, até o momento, de qualquer previsão expressa dos requisitos na Resolução CFM 2.320/2022.

Na hipótese de negativa da autorização, vista a ausência de legislação específica que regulamente os métodos de reprodução humana assistida, interpreta-se que o estabelecimento prestador deste serviço não poderá realizar o procedimento. Logo, mesmo que a cedente declare sua vontade, de forma livre e esclarecida, em gestar o bebê para aquele(a)(s) idealizador(a)(es), isso não é o bastante para poder fazê-lo, ao menos nas clínicas que atuam conforme as normas éticas do conselho.

²⁹ 1. A cedente temporária do útero deve:

[...]

b) pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau: pais e filhos; segundo grau: avós e irmãos; terceiro grau: tios e sobrinhos; quarto grau: primos)

c) na impossibilidade de atender o item b, deverá ser solicitada autorização do Conselho Regional de Medicina (CRM).

Por fim, como terceiro e último ponto de destaque dessa resolução é o item 3, letra b, o qual prevê a obrigatoriedade da apresentação de um termo de aprovação do(a) cônjuge ou companheiro(a), por escrito, caso a cedente do útero seja casada ou viver em união estável. Isto significa que apenas pessoas com estado civil de solteira, divorciada ou viúva está dispensada de exibir tal documento.

O Código Civil de 2002, em vigor, não adota a relação conjugal como aspecto apto a determinar a (in)capacidade civil da pessoa em exercer atos da vida civil.³⁰ Essa hipótese era prevista apenas no Código Civil de 1916, mais precisamente no artigo 6º, II, no qual o legislador considerava como relativamente incapaz a mulher casada, enquanto subsistisse a sociedade conjugal.³¹

Somente em 1962, com a promulgação do Estatuto da Mulher Casada, o dispositivo legal supracitado foi revogado e, desse modo, a mulher casada deixou de ser considerada como

³⁰ Art. 3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis) anos. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

Art. 4º. São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

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

II – os ébrios habituais e os viciados em tóxico; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

III – aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

IV – os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

³¹ Art. 6. São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. 1), ou à maneira de os exercer: (Revogado)

I - Os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos (arts. 154 a 156).

II - As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal.

III - Os pródigos.

IV - Os silvícolas.

Parágrafo único. Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, o qual cessará á medida que se forem adaptando á civilização do paiz.

incapaz.³² Entretanto a nova lei perpetrou limitações à autonomia da mulher, sobretudo na seara patrimonial, uma vez que à época, anterior à Carta de 1988 e à nova ordem constitucional, o ordenamento jurídico visava a proteger o bem/patrimônio em detrimento da pessoa, enquanto sujeito de direitos. Atualmente, com a ordem constitucional em vigor, o estado civil dos indivíduos, em regra, somente enseja algumas restrições de trânsito patrimonial, a depender do regime de bens adotado pelo casal.

Outrossim, não obstante a codificação civil presume a filiação das crianças concebidas na constância do casamento (art.1.597/CC)³³ e, por extensão, da união estável, no caso da gestação por substituição esse critério de parentalidade não seria aplicável. Isto porque a própria resolução do CFM exige que a questão da filiação seja previamente estabelecida entre as partes, independentemente do material genético utilizado, em três documentos distintos, quais sejam: termo de compromisso entre o(s) paciente(s) e a cedente, contemplando os aspectos legais da filiação; termo de compromisso entre as partes, estabelecendo, de forma clara, as questões atinentes à filiação da criança; e compromisso do registro civil da criança.

Destarte, evidencia-se que a imposição da anuência de cônjuge e/ou companheiro(a) vai de encontro ao livre exercício de autonomia e do direito ao próprio corpo da cedente, pois, sem qualquer justificativa ética ou jurídica, transfere a outrem o poder de autorização para gestar em substituição.

³² BRASIL. Lei 4.121, de 28 de agosto de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Brasília, DF: 1962. Disponível em: <[³³Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/14121.htm#:~:text=A%20mulher%20assume%2C%20com%20o,dire%C3%A7%C3%A3o%20material%20e%20moral%20desta%22.&text=IV-,%E2%80%9CArt.,sem%20autoriza%C3%A7%C3%A3o%20do%20marido%20(art.>. Acesso em: 20 nov. 2022.</p></div><div data-bbox=)

- I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
- II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
- III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
- IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
- V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Todavia se a ordem constitucional garante como um dos direitos reprodutivos, oriundos do planejamento familiar, a escolha de como e quando procriar/reproduzir, sem a interferência de terceiros (inclusive do Estado), não há motivos para que essa norma seja flexibilizada tão somente pelo fato da cedente e a criança gestada não terem relações de filiação/parentalidade. Há, em verdade, um retrocesso, o retorno da lógica de que uma mulher casada ou em união estável, sendo aqui importante destacar a questão de gênero, não pode dispor do seu corpo, sequer do seu útero, de forma livre, sem a interferência do(a) seu(sua) parceiro(a) para gestar, de forma voluntária e gratuita (portanto, legal), o(a)s filho(a)s de outrem. Quando não, a autorização do conselho médico torna-se imprescindível para realizar também essa gestação, nos casos de ausência de consanguinidade. A autonomia e o altruísmo são colocados em segundo plano, prevalecendo, o domínio, em algum grau, sobre os corpos femininos.

5. Considerações finais

Pelo exposto, depreende-se que a ausência de normas que tratem expressamente sobre os métodos de reprodução humana assistida enseja em lacunas éticas, bioéticas e jurídicas, as quais, os conselhos de medicina tendem a tentar preencher com a edição de normas, como a Resolução 2.230/2022.

As normas éticas editadas pelo CFM, em regra, são dirigidas à comunidade médica, com o fito de orientar a atuação desses profissionais e dos estabelecimentos de saúde, impondo balizas para condutas eticamente adequadas. Portanto a finalidade original dessas normas não é, em verdade, preencher as lacunas acima mencionadas, sobretudo no tocante à esfera privada e de caráter existencial dos indivíduos envolvidos no caso.

No contexto da gestação por outrem, caso a cedente não tenha parentesco com o(s) autor(es) do projeto de parentalidade e não seja aceita pelo conselho regional de medicina ou, até mesmo, quando casada ou em união estável, não tiver a concordância conjugal, a conduta da clínica e/ou centro de reprodução é de negar a realização da técnica ou a sua participação no procedimento.

Nesta senda, além da frustração do projeto parental, há a evidente restrição ilegal e abusiva da pessoa que, em pleno gozo da sua capacidade civil, da sua autonomia, liberdade e autodeterminação decidiu, voluntaria e gratuitamente, gestar o(a)s filho(a)s de outrem, por motivos éticos e morais que só dizem respeito a ela. Não há justificativas plausíveis aptas a

sustentar o retorno sistemático de uma lógica de superioridade e domínio masculino sobre os corpos e direitos reprodutivos femininos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BEAUCHAMP, TOM L.; CHILDRESS, James F. **Princípios da Ética Biomédica**. 3.ed. São Paulo: Loyla, 2002.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos de Personalidade**. 8.ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015. p.140.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.47. (Coleção Prof. Agostinho Alvim)

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em:

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 nov. 2022.

_____. **Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil (revogado). Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1916. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 20 nov 2022.

_____. **Lei 4.121, de 28 de agosto de 1962**. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Brasília, DF: 1962. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4121.htm#:~:text=A%20mulher%20assume%2C%20com%20o,dire%C3%A7%C3%A3o%20material%20e%20moral%20desta%22.&text=IV-,%E2%80%9CArt.,sem%20autoriza%C3%A7%C3%A3o%20do%20marido%20\(art.>](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4121.htm#:~:text=A%20mulher%20assume%2C%20com%20o,dire%C3%A7%C3%A3o%20material%20e%20moral%20desta%22.&text=IV-,%E2%80%9CArt.,sem%20autoriza%C3%A7%C3%A3o%20do%20marido%20(art.>)>. Acesso em: 20 nov. 2022.

_____. **Lei 9.263, de 12 de janeiro de 1996**. Regula o §7º do art.226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. 1996. Disponível em:

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm>. Acesso em: 14 nov. 2022.

_____. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em:

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 14 nov. 2022.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução CFM nº 2.320, de 20 de setembro de 2022**. Adota normas éticas para a utilização de técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.294, publicada no Diário Oficial da União de 15 de junho

de 2021, seção 1, p.60. Brasília, DF: CFM, 2022. Disponível em:<<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2022/2320> >. Acesso em: 11 nov. 2022.

FERRAZ, Ana Cláudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução Humana Assistida e suas Consequências nas Relações de Família**: a filiação genética sob a perspectiva da repersonalização. Curitiba: Juruá, 2016.

GESTAÇÃO de substituição. In: **Unifert - reprodução humana assistida**. [S.l.]. [2022?]. Disponível em: <<https://unifert.com.br/reproducao-humana/tratamentos/gestacao-de-substituicao/>>. Acesso em 17 nov. 2022.

GENÔMICA, Equipe Dasa. Reprodução assistida: conheça os métodos e técnicas disponíveis, e o processo da fertilização em laboratório. In: **GeneOne**. [S.l.], 18 jan. 2021. Disponível em: <<https://geneone.com.br/blog/reproducao-assistida/> >. Acesso em 12 nov. 2022.

GOMES, Orlando. Direitos de personalidade. **Revista de informação legislativa**, n. 11, v. 3, p. 39-48. set. 1966. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/180717>>. Acesso em: 06 jan. 2020.

INFERTILITY. In: **World Health Organization (WHO)**. 14 set. 2020. Disponível em: <<https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/infertility> >. Acesso em: 11 nov. 2022.

LOPES, Cláudia Aparecida Costa; CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Barriga de aluguel e a proteção do embrião**. Curitiba: Juruá, 2019.

MACHADO, Diego Carvalho. Autonomia privada, consentimento e corpo humano: para a construção da própria esfera privada na era tecnológica. **Revista Trimestral de Direito Civil**, a. 10, vol. 37, jan/mar. 2009, p. 17-52.

OMMATI, José Emílio Medauar. As novas técnicas de reprodução à luz dos princípios constitucionais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 36, n. 141, p.229-238. jan/mar. 1999. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/464> >. Acesso em: 11 nov. 2022.

SOUZA, Marise Cunha de. As técnicas de reprodução humana assistida. A barriga de aluguel. A definição de maternidade e paternidade. Bioética. In: **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro, n. 50, v.3, p.348-367. 2010. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista50/Revista50_348.pdf>. Acesso em 11 nov. 2022.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. v. 3. 12. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

RESERVA DO POSSÍVEL E MÍNIMO EXISTENCIAL: LEITURA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS FACE DE LIMITAÇÕES ORÇAMENTÁRIAS EM MOÇAMBIQUE

RESERVE OF THE POSSIBLE AND MINIMUM EXISTENTIAL: READING FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE FACE OF BUDGET LIMITATIONS IN MOZAMBIQUE

*Jeremias Arone Donane*³⁴

RESUMO

A efetivação dos direitos fundamentais plasmadas na lei superlativa e absoluta de ordenamento jurídico é proposta indispensável na redução de desigualdades sociais, ainda que se trate de um país cujo orçamento seja financiado. Porém os direitos fundamentais, na prática, estão diretamente condicionados à ação política do Estado, em razão da prerrogativa desse no âmbito da formulação de políticas legais e da disponibilidade de recursos para sua efetivação. Embora não haja qualquer interferência no poder legislativo, tendo em conta que, no âmbito de *adjudication* busca-se adequar sua conduta às previsões constitucionais, realizando a sua atribuição de afastar ameaças a direito e concretizando os direitos fundamentais. Contudo os tribunais estão vinculados à Constituição, aos princípios e regras, estabelecendo parâmetros e objetivos mínimos capazes de efetivar os direitos sociais.

Palavras-chaves: Direitos Fundamentais, princípios e regras, orçamento, lei, Constituição.

ABSTRACT

The realization of fundamental rights enshrined in the superlative and absolute law of the legal system is an indispensable proposal in the reduction of social inequalities, even if it is a country whose budget is financed. However fundamental rights, in practice, are directly conditioned to the political action of the State, due to its prerogative in the scope of formulating legal policies and the availability of resources for its implementation. Although there is no interference with the legislative power, taking into account that, within the scope of adjudication, it seeks to adapt its conduct to constitutional provisions, fulfilling its attribution of removing threats to law and implementing fundamental rights. However the courts are linked to the Constitution, the principles and rules, establishing minimum parameters and objectives capable of making social rights effective.

Keywords: Fundamental rights, principles and rights, budget, law, Constitution.

³⁴ Docente Universitário. Doutorando em Jurisdição Constitucional e Novos Direitos pela Universidade Federal da Bahia - UFBA. Doutorando em Ética e Filosofia Política pela Universidade Federal de Santa Catarina-UFSC. Mestre em Direito pela UFBA. Graduado em Direito pela UniZambeze e graduado em Língua Francesa e Inglesa pela Universidade Pedagógica - Moçambique Email: jeremiasarone90@gmail.com.

1. INTRODUÇÃO

Embora haja uma categórica impossibilidade de o Conselho Constitucional em Moçambique (Tribunal Constitucional), tutelar os direitos fundamentais dos cidadãos, como muito vem sendo apregoado em muitas geografias normativas, não nos parece *a priori* tratar-se de uma desordem jurídico-constitucional, uma vez que essas prerrogativas são garantidas precipuamente pelos tribunais ordinários, por força de direito de recurso à tutela jurisdicional. Entretanto pelo prelúdio jurídico “para cada direito violado há sempre uma ação”, está nele imbuído um interlocutor importante dentro da relação entre o sujeito e a instituição, na medida em que “o devido não pode ser denegado”.

De toda sorte, a tutela e a garantia dos direitos fundamentais por parte do Conselho Constitucional seria, naturalmente, um instrumento jurídico reputado e adequado para legitimar o vasto catálogo dos direitos sociais e na promoção da dignidade humana diante da atuação do Estado. Apoiado em tal conceito, o Conselho Constitucional, não fiscaliza a inconstitucionalidade por omissão legislativa, pelo que, gera omissões legislativas que lesam os direitos fundamentais dos cidadãos. Porém, nem tudo está perdido, basta uma análise superficial para concluir que a Constituição de 2004, doravante CRM, deu uma atenção particular aos direitos fundamentais, edificando bases sólidas e descortinando consciências sobre o plexo constitucional democrático. Historicamente, o nosso manto republicano ganhava asas próprias ao se embrenhar na tentativa de construir uma solução que desse gênese à exigência de novos paradigmas, filtrados exponencialmente nas anteriores repúblicas de 1975 e de 1990.

Nesse pêndulo semântico, à luz da Constituição em vigor, retromencionada, os limites da concretização dos direitos fundamentais, sob alegação de indisponibilidade de recursos, passam pelo radar de questionamentos intermitentes. No escopo de firmar a compreensão de que o país faz parte do terceiro mundo e, é caracterizado como um dos mais pobres, não retira o mérito desse, por intermédio do judiciário ou outras, efetivar os direitos mais básicos dos cidadãos. Contudo, a invocação da reserva do possível como suporte da alegação de insuficiência financeira e orçamentária para garantir os direitos fundamentais, traduz-se numa leitura oblíqua. Na atualidade, o que se notabiliza é a crescente onda de judicialização dos direitos fundamentais e a atuação do Judiciário em questões políticas na concessão e

implementação desses direitos, pelo que uma das razões apontadas está ligada à omissão dos demais poderes na concretização da Constituição.

Para tanto, o presente artigo é de natureza teórica exploratória, situa-se no campo do direito constitucional na interface dos direitos fundamentais e análise econômica do direito, visando a criticamente explorar a razoabilidade do judiciário na alegação de inexistência ou limitação de recurso para garantir e efetivar os direitos fundamentais, sendo alcançável entre nós que os recursos são escassos, porém o mínimo existencial reputa-se como absoluto. Portanto, digno de nota, é o périplo que estabelece evidência epistemológica concreta para o aplicador da lei tomar como guia em seu nobre ofício. O presente texto explora essa questão, trazendo para reflexão alicerces não acabados. Contudo a questão que se impõe é saber: “até que ponto os direitos fundamentais podem ser cerceados em face das limitações orçamentárias?”

2. Teoria de reserva de possível (*Der Vorbehalt des Möglichen*): Uma análise necessária

O sabor literário da temática remete-nos a pequenas incursões histórico-jurídicas sobre a gênese da reserva do possível. No entanto, a conta de curiosidade, a reserva do possível emerge pela primeira vez de um *leading case*, denominado *Numerus Clausus* - em razão da restrição às vagas nas universidades públicas pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, por ocasião do julgamento proferido em 18 de julho de 1972. Neste compasso, o pensamento constitucional pós-guerra, motivado pelos movimentos sociais, propiciou a abertura de um conjunto de reivindicações face à internacionalização dos direitos sociais nos textos constitucionais.

Em seu turno, no âmbito de movimento pela busca da tutela jurisdicional de acesso à educação universitária, desencadeado por um grupo de estudantes que pleiteavam o ingresso ao curso superior nas faculdades de medicina nas universidades públicas de Hamburgo e Munique, o Tribunal Constitucional Federal alemão, não obstante ter dado mérito à constitucionalidade da demanda proposta em controle concreto de normas de direito estadual, declarou não ser razoável a pretensão deduzida, em decorrência do contexto político turbulento que se caracterizava.

Mesmo na medida em que os direitos sociais de participação em benefícios estatais não são desde o início restringidos àquilo existente em cada caso, eles

se encontram sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade. [...] Por outro lado, um tal mandamento constitucional não obriga, contudo, a prover a cada candidato, em qualquer momento, a vaga do ensino superior por ele desejada, tornando, desse modo, os dispendiosos investimentos na área do ensino superior dependentes exclusivamente da demanda individual frequentemente flutuante e influenciável por variados fatores. [...] Fazer com que os recursos públicos só limitadamente disponíveis beneficiem apenas uma parte privilegiada da população, preterindo-se outros importantes interesses da coletividade, afrontaria justamente o mandamento de justiça social, que é concretizado no princípio da igualdade. (CASTRO, 2016)

Sendo assim, a razão matriz da normatividade axiológica externaliza pretorariamente que garantir vagas a todos os interessados sacrificaria outros serviços públicos em decorrência da onerosidade excessiva e da escassez de recursos, em parte decorrente do período pós guerra (OLSEN, 2008, p. 215). Portanto a decisão de beneficiar todos os estudantes em torno da sua pretensão é conspurcada pelo contexto, pelo que, seria literalmente adverso em situações mais prosaicas e de alguma normalidade, uma vez que a dicção constitucional prevista nos termos do artigo 12, da Lei Fundamental alemã, estabelece que “todos os alemães têm o direito de livremente escolher profissão, local de trabalho e de formação profissional”.

Parece de bom tom reafirmar que o debate encontra fundamentos na razoabilidade das demandas, por motivo das situações reais, fáticas e jurídicas. Diante disso, reitera-se o que entre nós está bem consagrado, o relativismo dos direitos fundamentais, patente na Lei constitucional moçambicana (*Lex Fundamentalis*) - art. 52 número: 2. Contudo, ao propor-se essa construção jurídica, ficou bem destacada a repercussão do paradigma de que a reserva do possível não deve ser usada como pretexto de o Estado exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, como óbvio, os direitos fundamentais estão associados à prioridade do direito constitucional.

Vale lembrar que as discussões em torno da ideia de reconhecimento dos direitos fundamentais na Constituição, permitiu que o Estado se tornasse uma entidade provedora, e, portanto, um Estado Social de Direito, sendo indiscutível que a sua corporificação em texto constitucional remete, neste contexto, a algum sentido da existência da Constituição, um mecanismo que permite a sua efetiva garantia, proteção da autonomia da pessoa e os direitos

sociais. Se à partida se pode excluir o sentido da existência de uma carta constitucional fundamental, pelo fundamento de limitação orçamentária ou pela condição econômica e financeira do Estado, a razão histórica que lhe é atribuída perde a projeção previamente idealizada.

A teoria da reserva do possível, importada do Direito alemão, em hipótese alguma associou-se à falta de recursos ou condições materiais, uma vez que a garantia dos direitos fundamentais é dependente de prestações financiadas pelo Estado. Diante disso, a eficácia positiva gira em torno da atuação estatal, propiciando ao Estado a prerrogativa de garantir que a todos seja possível usufruir de mínimas condições de dignidade humana, como indubitável reflexo da existência. Logo, a conclusão que se extrai fora do quadro de restrições configuradas pela lei constitucional resulta no fato de que não existe um parâmetro constitucional da cláusula de reserva do possível.

[...] a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixar de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar ou passar também a ser uma obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a atuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social (Acórdão nº 39/84 do Tribunal Constitucional da República Portuguesa apud STRECK, 2009, p. 53).

A reserva do possível não deve, no entanto, passar pelo radar do argumento de defesa do Estado com o pretexto de eximir-se da sua categórica responsabilidade perante terceiros. Para demonstrar o exposto, cabe a premissa elementar de que a garantia do mínimo existencial ou do mínimo vital, para além de ser o mínimo absoluto, subjaz no paradigma incontestável da existência digna de todos cidadãos, portanto, em regra geral e pela força social integradora, ele deve ser plenamente exercido, cujo limite dos limites seria manifesto nas necessidades supérfluas da população³⁵, levianas ou juridicamente impossível. Como bem fundamenta

³⁵ SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem. Da Reserva do Possível e da Proibição de Retrocesso Legal p. 354.

(SARLET, 2008, p. 19): “Sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana ficaria sacrificada”. (ROBERT ALEXY, 2008, p. 511-519)

afirma ser necessário a existência de um padrão mínimo de existência digna a ser garantido por meio dos direitos sociais fundamentais, e ainda, que quando houver conflito entre o princípio da reserva do possível e o princípio democrático, deve sempre prevalecer o reconhecimento do direito subjetivo a prestações sociais básicas, indispensáveis a uma vida digna (ALEXY, 2008, p. 511-519).

3. A Morfologia dos direitos fundamentais e a sua posição jurídica no sistema normativo

Após a Segunda Guerra Mundial surge uma nova concepção de Estado, sob os auspícios do constitucionalismo, nessa ocasião, a Constituição, passa a consagrar um sistema organizado de normas jurídicas que veiculam valores consagrados socialmente e servem como reflexo da estrutura ideológica e finalidade do Estado.³⁶ A concepção do Estado de Direito Democrático, construído a partir dos valores da dignidade da pessoa humana, por volta da segunda metade do século XX, constituiu um grande feito na seara do antropocentrismo jurídico. Nesse panorama, conforme Dirley (2008, p. 3):

Exaltou-se o “primado da Constituição” e dos “valores humanos” sobre os poderes políticos; a “força normativa dos princípios” e sua hegemonia sobre as regras; a “regulação jurídica ou a juridicização dos programas e atividades políticas do Estado”; a “ampliação e eficácia direta dos direitos fundamentais”; uma “nova hermenêutica jurídica” comprometida com a máxima efetividade do discurso constitucional; e a “expansão da jurisdição constitucional” para abranger o controle das omissões inconstitucionais do poder público.

³⁶ DANTAS, Ivo. Princípios constitucionais e interpretação constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995, p. 59

Nessa senda, o Estado constitucional democrático passou a ser promotor do desenvolvimento, e, nas suas entrelinhas, pugnou pela construção de inúmeros suportes jurídicos constitucionais. Diante disso, o princípio da dignidade da pessoa humana adquire um *status* jurídico privilegiado na premissa do Estado de Direito. Como se depreende deste cotejo originalmente estabelecido, o comando da dignidade humana se declinou a ser dependente de uma simples transcrição constitucional, ele opera, ainda que de forma implícita, no sistema normativo (DONANE, 2021, p. 140).

Nessa perspectiva, a luta pela construção do conceito da dignidade da pessoa humana na filosofia jurídica nacional e global caracterizou-se como conglobante, que envolve na sua concepção o escopo dos direitos fundamentais. Nesse cenário de mudanças, exsurge com considerável importância a necessidade do seu enquadramento dos direitos fundamentais na supremacia hierárquica das normas. Contudo é indubitável que muitas normas de direitos fundamentais estão blindadas, *prima facie*, direitos a prestações positivas, sendo certo que o Estado deve criar condições para sua plena implementação. (Sarlet, 1999, p.143):

[...] de colocar à disposição os meios materiais e implementar as condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais, os direitos fundamentais a prestações objetivas, em última análise, a garantia não apenas da liberdade-autonomia (liberdade perante o Estado), mas também da liberdade por intermédio do Estado, partindo da premissa que o indivíduo, no que concerne à conquista e manutenção de sua liberdade, depende em muito de uma postura ativa dos poderes públicos.³⁷

Fica claro, diante do exposto, que os direitos fundamentais reconhecidos e assegurados por determinada Constituição encontram-se vinculados à proibição de retrocesso - do francês *effet cliquet*, cujo argumento primordial está calcado na perspectiva a favor da não vedação, restrição ou a nulificação de direitos fundamentais previamente concretizados por meio da corporificação ou desenvolvimento legislativo. Trata-se, portanto, de um conceito que não conhece qualquer tentativa de filtração, sendo imperativamente cabível o acoplamento de benefícios, que incidam sobre a melhoria. Segundo (CANOTILHO, 1999, p. 327):

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 143.

O princípio da proibição do retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizados e efetivados 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 numa anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade do legislador tem como limite o núcleo essencial já realizado (CANOTILHO, 1999, p. 327).

Diante desse contexto, a doutrina e a jurisprudência são unânimes em tutelar direitos fundamentais, isso decorre de um compromisso do legislador constituinte em exigir do Estado a obrigação de traçar mecanismos para o desenvolvimento do país a partir da ideia do respeito e efetivação de direitos, como objetivo a ser perseguido e como limite normativo para a ação estatal. Manter um Estado forte em sua capacidade significa efetivar as normas de direitos fundamentais, com a cognição de que a concretização desses direitos requer a realização de escolhas de prioridades do Estado e da destinação dos recursos públicos disponíveis.

A partir desses referenciais, fica translúcido que a posição jurídica dos direitos fundamentais está calcada no functor obrigacional, cuja missão afigura-se necessária no sistema normativo para alcançar os efeitos desejados pela sociedade pela sua condição de seres humanos. Logo, partindo dessa lógica teórica, recorrendo-se ao gênero desse conceito, a dignidade humana torna-se um bem comum, cujo sentido será atribuído pelo intérprete a partir de sua própria identidade individual e coletiva.

4. Limitações orçamentárias vs judicialização dos direitos fundamentais em Moçambique

Em tempos recentes, o interesse pela análise de argumentos sobre as limitações orçamentárias passa pelo radar das percepções mais periféricas da comunidade. Se bem que muitas dessas reflexões críticas artesanais não tenham o óbvio fundamento factual, por estarem despidas de arcabouço técnico. No entanto vários enquadramentos teóricos e até jurídicos podem ser suscitados para aferir a escassez de recursos para a satisfação das necessidades individuais e coletivas, além do que tais questões têm implicações financeiras significativas em decorrência do próprio imperativo circunstancial da sociedade.

Fora de qualquer abstração teórica que se possa imaginar, os países pobres, como Moçambique, enfrentam dura realidade orçamentária, ao ponto de que para o funcionamento da máquina estatal depender de boa vontade de doadores internacionais. Como revela este

exame minucioso, as práticas contrárias à garantia dos direitos fundamentais e a entronização da liberdade dos sujeitos são frequentes, pelo que constituem um verdadeiro martírio para a completude do ordenamento jurídico. Neste seguimento, o realismo institucional presente, remonta uma categoria jurídica que não privilegia o antropocentrismo jurídico. Portanto é de todo razoável admitir que esse modelo de atuação e ação estatal precariza o conceito da existência da Constituição.

Todavia a invocabilidade de limitações orçamentárias, sem qualquer ônus probatório, obstrui o canal democrático, pelo que, essa reação nunca deve condicionar a isenção da garantia do mínimo - entre nós compreendida como absoluto, uma vez que o Estado deve, no exercício do seu orçamento destinar recursos para concretização dos direitos fundamentais. Neste ponto (CUNHA JÚNIOR, 2007) lembra que:

A efetividade e concretização dos direitos sociais é dependente da disponibilidade orçamentária nos cofres públicos, que deverão possuir a verba necessária para satisfazer as prestações materiais que definem seu objeto. No mais, a distribuição de tais recursos é ato discricionário da administração, entendida esta no âmbito tanto do Executivo como do Legislativo, que, juntos, compõem os entes que definem a distribuição do orçamento público (CUNHA JÚNIOR, 2007)

A efetividade dos direitos fundamentais pela própria natureza acarreta enormes custos ao Estado, cujo objetivo primordial é aperfeiçoar o bem-estar coletivo e individual, uma vez que todos os direitos são positivos (SUSTAIN; HOLMES p. 45, 2019). Assim, em que pese o debate acerca dos fundamentos da garantia dos direitos fundamentais em face da invocabilidade de limites orçamentários, o mínimo existencial reputa-se como limite dos limites e, portanto, indispensável, sendo a responsabilidade do Estado como provedor.

À luz do que legalmente se oferece, diante da inobservância dos direitos fundamentais, os cidadãos podem por via de recursos gracioso (na administração pública) ou contencioso arguir o incumprimento da obrigação que deveria ser exercida na íntegra pelo Estado, por serem diretamente aplicáveis, com base na dicção do art. 56 número:1 da CRM, isso por possuírem, relativamente, as demais normas constitucionais, maior aplicabilidade e eficácia, independente de intervenção legislativa. Portanto a aplicabilidade imediata ou autoaplicabilidade das normas de direitos fundamentais, também diz respeito às normas programáticas.

[...] ao impor tarefas estas devem ser efetivamente observadas, o que só acontecerá se existir ‘vontade de constituição’, embasada em três vertentes: a compreensão da necessidade de uma ordem normativa contra o arbítrio, a constatação de que essa ordem não é eficaz sem o concurso da vontade humana e que a ordem normativa adquire e mantém sua vigência sempre mediante atos de vontade. Assim, a força normativa da Constituição não depende apenas de seu conteúdo, mas, também, de sua prática (HESSE, 1991. p. 19-20).

Com o múnus de não pretender garantir o mínimo digno para sobrevivência dos cidadãos, a reserva do possível passou a ser o instrumento a serviço do Estado para invocar a indisponibilidade de recursos para prover os direitos fundamentais e efetivar a Constituição. Porém, neste diapasão, a Reserva do Possível nada mais é senão o próprio conflito entre os direitos sociais individuais e a garantia de que sempre haja uma reserva orçamentária, a fim de que se possa garantir na plenitude as necessidades básicas de toda a população. Sarlet (2001):

(...) declara que, os sistemas econômicos, políticos e jurídicos têm expressões diversas. Logo, nesta aura que a reserva do possível apareceu como pretexto corriqueiro nos processos judiciais envolvendo demanda pelos indivíduos de prestações dispostas na Constituição e não efetivadas. Surgindo então, a indignação de adaptar-se à reserva do possível às prestações sociais junto às reservas orçamentárias. Sarlet (2001).

Digno de nota, porém, é o instituto da judicialização dos direitos fundamentais em Moçambique, que para além de não ser exercido pelo Conselho Constitucional (Tribunal Constitucional), a lei abre espaço para que tal seja exercido no sistema por outros mecanismos legais. Assumindo que o mundo a partir da terceira democratização abriu-se de modo a garantir inúmeras promessas constitucionais, pontua-se o fato de que os direitos fundamentais apareceram com maior incidência.

Em razão da superação do positivismo jurídico, manifesta-se uma crescente onda de desvalorização da função legislativa, nisso a decisão judicial deixou de ser mera subsunção jurídica, perpassando a partilhar espaço com os princípios e sua carga axiológica. A guisa disso, o exercício de preenchimento de lacunas na corrente do positivismo crítico permitiu promover a abertura para inclusão de pautas morais, o que possibilitou que as decisões judiciais passassem pelo crivo dos princípios. Dworkin (2002, p. 36):

Denomino “política” que será aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade. Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou segurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência da justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. Dworkin (2002, p. 36).

Outrossim, a interpretação dworkiana resgata a construção de uma sociedade mais igualitária entre todos sujeitos sociais por meio de um direito que não se resume na legalidade, pois também possui uma dimensão moral e política. Insta corroborar, ainda, que a questão dworkiana em voga consiste em estabelecer a natureza interpretativa e valorativa do direito, refletida em sede da teoria da integridade por si desenvolvida. Nesse viés, a responsabilidade dos tribunais em proteger e reconhecer os direitos fundamentais nos casos concretos tem sido copiosamente ignorada, vezes sem conta, por temor reverencial em interferir o papel do legislador e decidir o que seria melhor para a maioria no caso e não qual seria a melhor decisão para aquele caso específico, respeitando os princípios do igual respeito e consideração e da liberdade.

Quando um juiz indaga o que os legisladores devem ter pretendido realizar, ele quer perguntar que políticas ou princípios ajustam-se mais naturalmente à lei que aprovaram. Quando indaga o que teriam feito se lhes exigissem que respondessem à pergunta que têm diante de si, quer perguntar que respostas decorrem das políticas ou princípios que se ajustam mais naturalmente à lei que aprovaram. Nenhuma questão é realmente psicológica ou histórica; todas colocam a mesma pergunta básica numa roupagem psicológica ou histórica (DWORKIN, 2000, p. 24-250).

Tendo em vista que o aplicador da lei desempenha um papel na integração da norma constitucional e na transformação da realidade jurídica, cuja radiação é comprovada pelo controle difuso de constitucionalidade das leis, a sua tarefa incide também em extrair da norma o máximo possível de significados e até mesmo de exercer o ativismo judicial. Como se tornou evidente, qualquer interpretação que viole os direitos fundamentais, sem aplicação de qualquer técnica, desfigura o ideal democrático. Porque os Direitos Sociais ou fundamentais são importantes garantias do Estado Constitucional Democrático, no âmbito da decisão judicial, o aplicador da lei deve observar o limite mínimo do conteúdo do direito fundamental que a

Constituição consagrou ao indivíduo, manifesto na dignidade humana e no mínimo vital. Nas palavras de (SARLET, 2007, p.192-193):

Os responsáveis pela efetivação de direitos fundamentais, inclusive e especialmente no caso de direitos sociais, onde a insuficiência ou inoperância (em virtude da omissão pela ou parcial do legislador e administrador) causam impacto mais direto e expressivo, deverão observar os critérios parciais da adequação (aptidão do meio no que diz com a consecução da finalidade almejada), necessidade (menor sacrifício do direito restringido) e da proporcionalidade em sentido estrito (avaliação da equação custo-benefício) – para alguns, da razoabilidade no que diz com a relação entre os meios e os fins, respeitando o núcleo essencial do(s) direito(s) restringido(s), mas também não poderão, a pretexto de promover algum direito, desguarnecer proteção a outro(s) no sentido de ficar aquém de um patamar minimamente eficiente de realização e de garantia do direito. Neste sentido, vale o registro de que a proibição à insuficiência assume particular ênfase no plano da dimensão positiva (prestacional) dos direitos fundamentais, o que remete, por sua vez, à questão do mínimo existencial (...) ³⁸(SARLET, 2007, p.192-193).

Considerando os argumentos contrários e favoráveis aos direitos fundamentais sociais, fica claro que ambos os lados dispõem de argumentos de peso que depõe a favor do mínimo fisiológico, que compreende, segundo a literatura jurídica alemã, as condições materiais mínimas para uma vida condigna, no sentido da proteção contra necessidades de caráter existencial básico, o conteúdo essencial da garantia do mínimo existencial, e um assim designado mínimo existencial sociocultural, que, para além da proteção básica já referida, objetiva assegurar ao indivíduo um mínimo de inserção em termos de tendencial de igualdade na vida social.

Pela centralidade do debate, as políticas públicas atinentes a direitos fundamentais precisam ser concretizadas na integralidade, pois a sua natureza envolve o que se chama de judicialização da vida ou de “constitucionalização abrangente”. Para tal, é necessário que se amplie o campo de cognição do autor que reclama a prestação jurisdicional por via de educação jurídica, bem como a dos próprios aplicadores da lei sobre tais matérias, muito embora as demandas que versam sobre os direitos fundamentais não sejam exercidas pelo Conselho Constitucional, a efetivação pela tutela judicial – na ordem dos tribunais ordinários – exerce o reconhecimento desse direito, ainda que de forma tímida.

³⁸ SARLET, I. W. Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. Direitos Fundamentais de Justiça nº 1 – out./dez. 2007. p.192-193.

Vale referência sublinhada, embora com senso crítico na literatura jurídica, que o exercício da aplicação da lei por parte do magistrado judicial é legítimo no âmbito do seu ofício, pois não interfere no poder legislativo, sendo que a sua ação de *adjudication* está adstrita, exclusivamente, a adequar sua conduta às previsões constitucionais, realizando sua atribuição de afastar lesões ou ameaças a direito e concretizando os direitos fundamentais. Entretanto numa posição contrária, Calsamiglia (1984, p. 6) pontua que:

O modelo de Dworkin evita vários problemas importantes: o primeiro, que o juiz não se constitui legislador, o que significa que o poder judiciário tem como função garantir direitos preestabelecidos. Em segundo lugar, a tese de Dworkin é compatível com o postulado de separação de poderes, posto que o juiz está subordinado à lei e ao direito. O poder judiciário é "nulo" como afirma Montesquieu porque a sua função é garantir direitos. Em terceiro lugar, o modelo de resposta correta recusa a teoria de silogismo, mas aceita seu princípio político básico: o juiz não tem nem pode ter poder político. A função do juiz é garantir os direitos individuais e não assinalar objetivos sociais. A função judicial é distinta da legislativa ou da executiva. Em quarto lugar, nos casos difíceis, os juízes não baseiam suas decisões em objetivos sociais ou diretrizes políticas. Os casos difíceis são resolvidos com base em princípios que fundamentam direitos.

Os fundamentos da Teoria da Decisão em matéria dos direitos fundamentais representam uma mudança de paradigma na cultura jurídica, por motivo de um emaranhado de críticas e propostas de superação de problemas filosóficos e políticos não resolvidos pelo positivismo jurídico. Nesse sentido, quanto ao postulado valorativo, os juízes no seu ofício lidam com uma série de controvérsias, incluindo as interpretativas, porém Dworkin propõe que – em caso de uma controvérsia interpretativa entre dois intérpretes, sobre conceitos valorativos – deve haver, por eles, o compartilhamento de algumas práticas de identificação e alguns paradigmas que permitam a identificação desses valores, a fim de assegurar uma interpretação construtiva (MACEDO, 2013, p. 287).

Naturalmente, o juiz não está autorizado a basear as suas decisões em concepções subjetivas, todavia isso não o isenta de realizar a fixação normativa competente, como pressuposto a busca de nuances de natureza argumentativa, enraizada nas disputas morais. Para Dworkin (2007, p. 488, 489):

O direito é um conceito interpretativo. Os juízes devem decidir o que é o direito interpretando o modo usual como os outros juízes decidiram o que é o direito. Teorias gerais do direito são, para nós, interpretações gerais da nossa

própria prática judicial. Rejeitamos o convencionalismo, que considera a melhor interpretação a de que os juízes descobrem e aplicam convenções legais especiais, e o pragmatismo, que a encontra na história dos juízes vistos como arquitetos de um futuro melhor, livres da exigência inibidora de que, em princípio, devem agir coerentemente uns com os outros. Ressalto a terceira concepção, do direito como integridade, que compreende a doutrina e a jurisdição. Faz com que o conteúdo do direito não dependa de convenções especiais ou de cruzadas independentes, mas de interpretações mais refinadas e concretas da mesma prática jurídica que começou a interpretar (DWORKIN, 2007, p. 488, 489).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Porque a Lei Fundamental de um ordenamento jurídico situa-se na vértice do sistema, a forma de evitar qualquer infiltração de poderes em matérias ligadas a políticas públicas no país, é importante que exerçam efetivamente as suas competências e os tribunais, em última *ratio*, apliquem a lei por via de regras e princípios, conforme propugnados no decurso do presente artigo. De todo o abordado, fica exposto que os direitos fundamentais não podem ficar à mercê das omissões do poder público, dada a dignidade da pessoa humana.

Lastreadas nessa premissa teórica, a partir de uma nova hermenêutica constitucional, as políticas públicas adotadas não têm sido suficientes para garantir a universalização dos direitos fundamentais, às vezes sobre o embasamento de escassez orçamentária para responder às demandas sociais que se mostram importantes na materialização do Estado social. Ora, a bem do funcionamento do sistema, não é mínimo razoável que se tenha dentro do sistema uma norma constitucional morta, pelo que é a obrigação do Estado implementar os direitos fundamentais, e da coletividade é exigir a implementação desses direitos. Naturalmente, a concretização desses direitos requer a realização de escolhas *trade off* de prioridades na ação prestacional do Estado e na destinação dos recursos públicos disponíveis.

Não subsistir dúvidas de que na prática prevalece uma situação de violação sistemática dos direitos fundamentais e, quanto a isso, o que se espera do judiciário é inegavelmente a reposição do direito violado com o objetivo de salvaguardar os interesses dos indivíduos, proporcionando um mínimo necessário para a efetivação desse Direito. Neste viés, o ordenamento jurídico pátrio seria melhor compreendido pelo papel hermenêutico do poder judiciário, que se lastreia para a compreensão de omissão das políticas públicas, delineadas ou não pelo Poder Legislativo.

Dessa forma, extrai-se o entendimento de que a prioridade é, inelutavelmente, conciliar democracia ao constitucionalismo, ampliando desta forma o horizonte hermenêutico e normativo do direito para um diálogo permanente e minucioso com a sociedade. Pois qualquer decisão pode ser caracterizada como arbitrária, quando sobre ela estiver esquetejada da sua realidade cultural, que dela emana e a sua sustentação racional. Entretanto a necessidade de levar em conta as pautas que sugerem exigências racionais para o aperfeiçoamento das instituições é o puro modelo de aproximação à justiça. Daí que, para Dworkin, a interpretação é um fenômeno social. Assim, interpretamos, pois existem práticas ou tradições de interpretação a que podemos aderir. Só podemos falar sobre o significado de algo, pois outras pessoas também o fazem.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CALSAMIGLIA, Albert. **Apresentação a obra de Ronald Dworkin** in: DWORKIN, Ronald. *Derechos en Serio*; Barcelona : Editora Ariel, 1984.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.

DONANE, Jeremias Arone. **A Dignidade Humana em face do valor comunitário: uma perspectiva voltada à vacinação compulsória**. Bahia, Ed. Mente Aberta. 2022.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2022.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

HOLMES, S. SUNSTEIN, C. R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: Norton Paperback, 1999.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível.** Curitiba: Juruá, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde.** In: Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça, v. 1, n. 1, p. 171-213, 25 mar. 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro **Homem. Da Reserva do Possível e da Proibição de Retrocesso Legal.**

O AVANÇO DO CONSERVADORISMO E O ESTATUTO DO NASCITURO: OS DIREITOS DAS MULHERES ESTÃO EM RISCO?

*Fernanda Martins Mônaco*³⁹

RESUMO

O Estatuto do Nascituro é um projeto de lei que causou muita polêmica nos últimos anos, sobretudo naquilo que versa sobre o direito à vida do feto e as suas consequências nas hipóteses legais de abortamento. No final de 2022, ele foi retirado de pauta a pedido de relator. No entanto, sabendo-se que a proposta legislativa pode voltar a ser discutida, é imprescindível analisar se ela realmente põe em risco os direitos das mulheres, como sugere o movimento feminista. Assim, o presente artigo estudará o contexto social conservador que permitiu o debate do tema, bem como analisará conceitos importantes correlatos aos direitos da personalidade e direitos fundamentais, destacará alguns dispositivos normativos mais polêmicos e demonstrará a dialeticidade existente entre cultura e normas jurídicas, de forma que uma influencia a outra.

Palavras-chave: Estatuto do Nascituro. Direito à vida do feto. Aborto legal. Cultura e Direito. Conservadorismo.

ABSTRACT

³⁹ Advogada. Mestranda em Direito pela Universidade Federal da Bahia – UFBA. Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET. Bacharela em Direito pela Universidade Federal da Bahia. e-mail: fernanda.monaco@hotmail.com.

The Statute of the Unborn Child is a Draft Law that has caused a lot of controversy in recent years, especially with regard to the right to life of the fetus and its consequences in the legal hypotheses of abortion. At the end of 2022, it was removed from the agenda of the National Congress. However, knowing that the legislative proposal can be discussed again, it is essential to analyze whether it puts women's rights at risk, as suggested by the feminist movement. Therefore, this article will study the conservative social context that allowed the debate on the subject, as well as analyze important concepts related to personality rights and fundamental rights, highlight some controversial normative devices and demonstrate the influence between culture and legal norms.

Keywords: Statute of the Unborn Child. Right to life of the fetus. Abortion. Culture and Law. Conservatism.

1. INTRODUÇÃO

O Projeto de Lei nº 478/2007, que estabelece o Estatuto do Nascituro, traz normas acerca do início da personalidade jurídica e dos direitos do feto, em especial, o direito à vida. Em decorrência disso, ele despertou uma acirrada discussão social, tendo em vista que há aqueles que defendem que a proposta legislativa é misógina e põe em risco os direitos das mulheres e há aqueles que são favoráveis à sua aprovação, por entenderem que os nascituros merecem proteção especial face a sua condição vulnerável.

Destarte, a pergunta norteadora do presente artigo é: a promulgação do Estatuto do Nascituro põe os direitos das mulheres em risco? Nesse sentido, este estudo justifica-se pela importância do debate levantado e por se tratar de tema que afeta não somente o Direito, sendo imprescindível analisá-lo sob uma perspectiva multidisciplinar, levando-se em considerações o contexto social em que a discussão ocorre, os direitos fundamentais envolvidos, a teoria civilista acerca do início da personalidade jurídica e os impactos que uma lei pode gerar na cultura e vice-versa.

O presente artigo, portanto, apresenta como objetivo geral analisar, de forma ampla, o Estatuto do Nascituro e as suas possíveis consequências jurídicas e sociais, e como objetivos específicos estudar a conjuntura social que possibilitou a propositura e o debate de projeto de lei tão polêmico, detalhar os conceitos de direitos fundamentais aplicáveis ao caso, determinar o início da personalidade civil e trazer previsões sobre a forma como a sociedade e a jurisprudência lidariam com a promulgação de referido diploma normativo.

Nesse sentido, o primeiro tópico será dedicado ao estudo do contexto polarizado em que o Projeto de Lei nº 478/2007 será analisado, destacando-se a presença de figuras conservadoras.

Em seguida, o segundo tópico será destinado aos conceitos fundamentais, relacionados à teoria da personalidade jurídica e dos direitos fundamentais. No terceiro tópico, serão analisados os principais artigos presentes na proposta legislativa, sobretudo aqueles que versam sobre os direitos do feto e que podem afetar a forma como a jurisprudência interpreta o aborto legal no ordenamento pátrio. Por fim, o quarto e último tópico estudará as formas pelas quais as normas jurídicas influenciam a cultura, bem como o contrário.

2. Contexto social em que o debate sobre o estatuto do nascituro ocorre

O Estatuto do Nascituro, como ficou conhecido o Projeto de Lei nº 478/2007, de autoria dos, à época de sua propositura, deputados federais Luiz Bassuma (PT/BA) e Miguel Martini (PHS/MG), foi proposto em 19 de abril de 2007 e encontra-se, desde 28 de junho de 2017, em análise pela Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher. No dia 14 de dezembro de 2022, após extensa repercussão social, com posicionamentos contrários à sua aprovação pelo movimento organizado feminista, o projeto foi retirado de pauta a pedido do relator.

No entanto isso significa, tão somente, que a discussão da proposta legislativa foi adiada e deve retornar durante a legislatura 2023-2026. Neste período, o Brasil será presidido por Luiz Inácio Lula da Silva (PT), eleito durante uma campanha presidencial polarizada e acirrada, que resultou na derrota do candidato à reeleição, de extrema direita, Jair Bolsonaro (PL).

Como consequência de um pleito eleitoral extremamente disputado, foram eleitos 99 deputados federais do Partido Liberal – PL (partido do candidato à presidência perdedor), contra 68 deputados do Partido Trabalhista – PT (partido do candidato à presidência vencedor)⁴⁰, o que indica que o clima de polarização irá perdurar durante todo o mandato presidencial. Por esse motivo, é de extrema importância estudar o contexto social em que o Estatuto do Nascituro será debatido, com o intuito de prever tendências e acontecimentos futuros.

⁴⁰ UOL. Quantidade de deputados federais eleitos por partido. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/eleicoes/2022/analise/camara/numero-de-deputados-federais-eleitos-por-partido/?uf=sp>>. Acesso em: 02 jan. 2023.

Nesse sentido, diante da hipótese de avanço da ideologia política conservadora no Brasil, é necessário iniciar o estudo pela conceituação do conservadorismo. De acordo com Andrew Heywood, o conservadorismo pode ser definido como o desejo de conservar ou como a aversão às mudanças. Ademais, para o autor, essa ideologia pode ser dividida em duas vertentes: uma, conhecida como conservadorismo tradicional, é baseada na defesa das instituições e dos valores sociais como forma de proteger o tecido social; e outra, que corresponderia à chamada nova direita, combina elementos de um libertarismo econômico e autoritarismo social.⁴¹

Ao descrever essa última, é impossível não lembrar da frase dita pelo candidato à Presidência da República, pelo Partido Novo, nas eleições de 2018, João Amoêdo, que disse ser “liberal na economia” e “conservador nos costumes”, ao posicionar-se contra a legalização do aborto e descriminalização das drogas e a favor do porte de armas e redução do Estado⁴². Essa frase parece ser a tônica dos congressistas eleitos de direita e demonstra uma tendência de adotarem um posicionamento contrário às demandas do movimento feminista.

Nesse ponto, interessante destacar aquilo que Andrew Heywood define como nova direita conservadora ou neoconservadorismo. Segundo o autor, esta ideologia política apoia o fortalecimento da instituição familiar, marcada por ideias patriarcais e hierárquicas de que as crianças devem respeitar os pais e de que o homem é o provedor, e a mulher é a dona de casa. Essa concepção está fundamentada, ainda, em uma forte noção de moralidade pública.⁴³ Nesse sentido, Andrew Heywood explica:

Os neoconservadores veem dois perigos em uma sociedade permissiva. Em primeiro lugar, a liberdade de um indivíduo escolher a própria moral ou estilo de vida pode levar à escolha de visões imorais ou “más”. Há, por exemplo, um claro elemento religioso na nova direita conservadora (...). O segundo perigo da permissividade não está tanto no fato de as pessoas poderem adotar uma moral ou estilos de vida errados, mas sim no fato de que elas podem

⁴¹ HEYWOOD, Andrew. **Ideologias Políticas: do liberalismo ao fascismo**. São Paulo: Ática, 2010. p. 75.

⁴² ESTADÃO. João Amoêdo se diz “liberal na economia” mas “conservador nos costumes”. Disponível em: <<https://www.estadao.com.br/politica/eleicoes/joao-amoedo-se-diz-liberal-na-economia-mas-conservador-nos-costumes/>>. Acesso em: 14 jan. 2023.

⁴³ HEYWOOD, Andrew. **Ideologias Políticas: do liberalismo ao fascismo**. São Paulo: Ática, 2010. p. 101.

simplesmente escolher atitudes morais diferentes. Para um liberal, o pluralismo moral é saudável porque promove a diversidade e o debate racional; para um neoconservador, porém, é profundamente arriscado, porque destrói a coesão social. Uma sociedade permissiva é uma sociedade que carece de normas éticas e padrões morais unificadores.⁴⁴

Observa-se, deste modo, que parte do Congresso Nacional, assim como o Estatuto do Nascituro, estão baseados em noções típicas da nova direita conservadora. Ao defender o fortalecimento da família, a necessidade de criar sanções criminais mais severas e a ideia de que existe uma moral “boa” ou “ruim” e um jeito “certo” ou “errado” de pensar e de se comportar, pessoas alinhadas a essa corrente condenam, por exemplo, que uma mulher possa fazer a opção individual pelo abortamento legal. Isto é, congressistas e apoiadores neoconservadores, assumindo uma posição de superioridade moral, propõem e aprovam medidas legislativas que colocam em risco os direitos das mulheres. No caso do Estatuto do Nascituro, o direito em risco é o de abortar nos casos previstos em lei.

Não há dúvidas, portanto, de que o neoconservadorismo está em expansão e de que o Congresso Nacional é formado por um grande número de pessoas que apoiam essa ideologia política. Neste cenário, é imprescindível analisar os conceitos jurídicos que fundamentam o direito de aborto, bem como o Estatuto do Nascituro e os seus possíveis impactos no ordenamento jurídico brasileiro, o que será feito nos próximos tópicos.

3. Conceitos Fundamentais

O Estatuto do Nascituro está muito focado na garantia do direito à vida do feto, trazendo diversos dispositivos sobre o tema. Com a sua discussão no Congresso Nacional, diversas camadas da sociedade demonstraram receio de que a sua aprovação pudesse representar um regresso na questão dos direitos das mulheres, sobretudo naquilo que envolve o direito de aborto. Deste modo, uma análise atenta desse projeto de lei deve ser feita à luz da teoria da personalidade jurídica, dos direitos fundamentais e das hipóteses em que o abortamento é permitido pelo ordenamento jurídico brasileiro, motivo pelo qual o presente tópico irá pincelar alguns conceitos fundamentais correlatos.

⁴⁴ HEYWOOD, Andrew. **Ideologias Políticas: do liberalismo ao fascismo**. São Paulo: Ática, 2010. p. 101-102.

Inicialmente, saliente-se que a personalidade jurídica é, de acordo com o artigo 1º do Código Civil, a aptidão que toda pessoa tem para ser titular de direitos e deveres. Uma das principais consequências desse dispositivo legal é a afirmação de que àqueles que o ordenamento jurídico brasileiro reconhece como pessoas (naturais ou jurídicas) são conferidos os direitos da personalidade.

Neste sentido, Flávio Tartuce explica que “os direitos da personalidade são aqueles inerentes à pessoa e à sua dignidade”⁴⁵, sendo certo, ainda, que “assim como os direitos da personalidade estão para o Código Civil, os direitos fundamentais estão para a Constituição Federal”⁴⁶.

Neste estudo, possui grande relevância as teorias acerca do início da personalidade, uma vez que tal análise ajudará na definição de quem são os sujeitos dotados de personalidade jurídica e, portanto, titulares dos direitos da personalidade. Destarte, a doutrina civilista aponta como três as principais teorias: i – natalista; ii – da personalidade condicional; e iii – concepcionista.

De acordo com a teoria natalista, o Código Civil brasileiro exige, para a aquisição de personalidade jurídica, o nascimento com vida, de modo que o nascituro não pode ser considerado pessoa e teria mera expectativa de direito. A teoria da personalidade condicional, por sua vez, também defende que a personalidade civil começa com o nascimento com vida, diferenciando-se, apenas, ao dizer que os direitos do nascituro são eventuais, tendo em vista que estão sujeitos a uma condição suspensiva. Por fim, a teoria concepcionista entende que o nascituro é pessoa humana, sendo dotado de personalidade desde a concepção. Para os adeptos dessa teoria, esse posicionamento é extraído de todo ordenamento jurídico e, não apenas, do artigo 1º da codificação cível. Cumpre salientar, aqui, que o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou favoravelmente à adoção dessa última teoria.⁴⁷

Conclui-se, assim, de acordo com a corrente mais aceita, que a legislação brasileira alça o feto à condição de pessoa natural, garantindo-lhe proteção jurídica contra abusos e violências. Isso não significa dizer, contudo, que os direitos do nascituro são absolutos e, tampouco, que

⁴⁵ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. Vol. Único. 10ª ed. São Paulo: Método, 2020. p. 83.

⁴⁶ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. Vol. Único. 10ª ed. São Paulo: Método, 2020. p. 84.

⁴⁷ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. Vol. Único. 10ª ed. São Paulo: Método, 2020. p. 63-67.

se sobrepõe aos direitos da gestante, de modo que cabe ao legislador e ao aplicador do direito, aplicando a teoria dos direitos fundamentais e a máxima da proporcionalidade de Robert Alexy, analisar casuisticamente questões como aborto.

Destarte, cumpre conceituar os direitos fundamentais. De acordo com Marcelo Novelino, “os direitos fundamentais são os direitos humanos consagrados e positivados na Constituição de cada país (plano interno), podendo o seu conteúdo e conformação variar de acordo com cada Estado”⁴⁸. Ingo Sarlet, por sua vez, vai explicar que a fundamentalidade de tais direitos pode ser formal, uma vez que vinculada ao regime jurídico previsto na Constituição de determinado país, ou material, tendo em vista que versam sobre as decisões fundamentais sobre a estrutura de uma sociedade naquilo que se refere à posição ocupada pela pessoa humana⁴⁹. Assim, o referido doutrinador conceitua os direitos fundamentais como:

Todas as posições jurídicas concernentes às pessoas (naturais ou jurídicas, consideradas na perspectiva individual ou transindividual) que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram expressas ou implicitamente integradas à constituição e retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos, bem como todas as posições jurídicas que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparadas, tendo, ou não, assento na constituição formal.⁵⁰

A doutrina costuma dividir os direitos fundamentais em três dimensões e, algumas vezes, até mesmo em quatro ou seis. O objetivo dessa divisão é demonstrar a evolução e adoção desses direitos no âmbito da legislação interna dos diversos países. Assim, os chamados direitos de primeira dimensão seriam pioneiros, enquanto os direitos de segunda e terceira dimensão surgiram em sequência e foram acrescentados ao rol constitucional.⁵¹

Os direitos fundamentais de primeira dimensão são os direitos de defesa do indivíduo perante ao Estado, marcados, portanto, pela noção de não intervenção estatal e de autonomia

⁴⁸ NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 16ª ed. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 313.

⁴⁹ SARLET, Ingo; MARINONI, Luís Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 278-279.

⁵⁰ SARLET, Ingo; MARINONI, Luís Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 281.

⁵¹ SARLET, Ingo; MARINONI, Luís Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 270.

individual. São os direitos de cunho “negativo”, que exigem que o Estado se abstenha de intervir na esfera individual de seu povo. Entre eles estão elencados a liberdade, a propriedade, a igualdade formal e o direito à vida.⁵²

Os direitos fundamentais de segunda dimensão, por sua vez, prescrevem uma atuação do Estado no sentido de garantir a justiça social, possuindo, deste modo, um cunho “positivo”. São os direitos a prestações sociais do Estado, sobretudo nas áreas de assistência social, saúde, educação e trabalho.⁵³

Os direitos fundamentais de terceira dimensão, por último, são também conhecidos como direitos de fraternidade e solidariedade, uma vez que se destinam à proteção, não mais do indivíduo, mas, sim, de um determinado grupo humano. São eles o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao meio ambiente equilibrado, entre tantos outros.⁵⁴

Vale ressaltar, por oportuno, que embora os direitos fundamentais estejam umbilicalmente ligados à ideia de dignidade da pessoa humana, não há que se falar em direitos absolutos, sendo possível haver colisão entre eles. Nesta seara, importante conhecer as lições de Robert Alexy – um dos autores mais estudados e difundidos quando o assunto é direitos fundamentais –, cuja teoria é muito utilizada pela jurisprudência brasileira para fundamentar a maior ou menor aplicação de um direito constitucionalmente previsto.

Neste diapasão, entender a diferença entre regras e princípios é extremamente necessário, uma vez que, de acordo com Robert Alexy⁵⁵, essa seria a base da teoria da fundamentação acerca dos direitos fundamentais, bem como a chave para a solução de diversos problemas.

O autor explica que regras e princípios são normas e que um dos critérios mais utilizados para os diferenciar é o da generalidade, de acordo com o qual os princípios possuem um maior grau de generalidade, isto é, abstração, do que as regras. Contudo o ponto decisivo para essa

⁵² SARLET, Ingo; MARINONI, Luís Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 272.

⁵³ SARLET, Ingo; MARINONI, Luís Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 273.

⁵⁴ SARLET, Ingo; MARINONI, Luís Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 274.

⁵⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Malheiros: São Paulo, 2011. p. 85.

distinção é a de que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, consistindo, portanto, em um mandamento de otimização; ao passo que as regras ou são sempre satisfeitas ou não são.⁵⁶

Em razão dessas características, um conflito entre regras só pode ser resolvido se for incluída uma cláusula de exceção em uma delas ou se alguma for declarada inválida, enquanto a colisão entre princípios é resolvida por meio da lei de colisão, de modo que, no caso concreto, um irá prevalecer sobre o outro.⁵⁷

Nas palavras do autor alemão:

Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, que nem o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta.⁵⁸

Questão interessante dentro da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy é a aplicação da máxima da proporcionalidade para solucionar o conflito entre princípios, segundo a qual se deve avaliar a necessidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito de uma determinada medida antes de aplicá-la. Assim, na questão do aborto, deve-se analisar as normas em conflito (direito à vida, à integridade física e psíquica, ao planejamento familiar, entre outros), que prescrevem direitos tanto ao feto quanto à gestante, e, no caso concreto, adotar a medida menos danosa para todos os envolvidos. Nesse exemplo, contudo, não há, no plano fático, solução que garanta ao feto e à gestante que os seus direitos sejam sacrificados o mínimo possível, de modo que cabe ao legislador e ao aplicador do direito, à luz da proporcionalidade em sentido estrito, escolher qual das normas deverá sucumbir.

⁵⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Malheiros: São Paulo, 2011. p. 90-91.

⁵⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Malheiros: São Paulo, 2011. p. 92-93.

⁵⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Malheiros: São Paulo, 2011. p. 93.

Nesse sentido, pode-se afirmar que, atualmente, como regra, o direito à vida do feto é valorado positivamente em relação aos direitos à integridade física, ao planejamento familiar, à saúde, dentre outros, da gestante, tendo em vista a opção legislativa de tipificar o aborto como crime.

Há, no entanto, algumas hipóteses em que ele é permitido. Nesse sentido, o artigo 128 do Código Penal admite o abortamento em duas situações, a saber, caso seja necessário para salvar a vida da gestante e caso a gravidez seja resultante de estupro. No âmbito jurisprudencial, é possível afirmar, ainda, que os aplicadores do direito concluíram ser possível abortar quando o feto for anencefálico. Diante disso, questiona-se se a aprovação do Estatuto do Nascituro teria o condão de acabar com tais hipóteses.

4. O Estatuto do nascituro e seus possíveis impactos no ordenamento jurídico brasileiro

Ciente dos principais conceitos e das discussões doutrinárias acerca dos direitos da personalidade e dos direitos fundamentais, cumpre, neste momento, analisar alguns dispositivos polêmicos do Estatuto do Nascituro e quais seriam as suas possíveis consequências. Nesse sentido, um primeiro artigo que merece relevo é o terceiro, abaixo transcrito:

Art. 3º O nascituro adquire personalidade jurídica ao nascer com vida, mas sua natureza humana é reconhecida desde a concepção, conferindo-lhe proteção jurídica através deste estatuto e da lei civil e penal.

Parágrafo único. O nascituro goza da expectativa do direito à vida, à integridade física, à honra, à imagem e de todos os demais direitos da personalidade.

Esse dispositivo parece inclinar-se para a adoção da teoria natalista, uma vez que afirma expressamente que a personalidade civil começa com o nascimento com vida e que o feto teria mera expectativas de direito. Assim, se aprovado, tal artigo constituiria, em verdade, em um retrocesso no tocante aos direitos do nascituro, na medida em que, ao afastar a teoria concepcionista, ele teria o condão de reduzir, ao menos simbolicamente, a proteção jurídica dos indivíduos ainda não nascidos.

Nada obstante, outros dispositivos do projeto de lei em análise parecem resguardar fortemente a expectativa do direito à vida do nascituro. Neste ponto, observe-se o artigo 9º, o qual proíbe que o Estado discrimine o feto, entre outros, em razão de sua origem (aparentemente

fazendo alusão aos casos de estupro) e da probabilidade de sobrevivida (remetendo, neste caso, às hipóteses de anencefalia).

Art. 9º É vedado ao Estado e aos particulares discriminar o nascituro, privando-o da expectativa de algum direito, em razão do sexo, da idade, da etnia, da origem, da deficiência física ou mental ou da probabilidade de sobrevivida.

Merecem destaque, ainda, os artigos 12 e 13, que abordam mais claramente sobre os fetos originários de crime, então vejamos:

Art. 12 É vedado ao Estado e aos particulares causar qualquer dano ao nascituro em razão de um ato delituoso cometido por algum de seus genitores.

Art. 13 O nascituro concebido em um ato de violência sexual não sofrerá qualquer discriminação ou restrição de direitos, assegurando-lhe, ainda, os seguintes:

I – direito prioritário à assistência pré-natal, com acompanhamento psicológico da gestante;

II – direito a pensão alimentícia equivalente a 1 (um) salário mínimo, até que complete dezoito anos;

III – direito prioritário à adoção, caso a mãe não queira assumir a criança após o nascimento.

Parágrafo único. Se for identificado o genitor, será ele o responsável pela pensão alimentícia a que se refere o inciso II deste artigo; se não for identificado, ou se for insolvente, a obrigação recairá sobre o Estado.

Esses dispositivos são muito polêmicos, tendo em vista que parecem proibir o aborto em caso de estupro. No entanto deve-se ressaltar que o Estatuto alterou as penas previstas nos artigos 124 a 126 do Código Penal, que tipificam o crime de abortamento, sem, contudo, interferir na redação da excludente legal prevista no artigo 128. Deste modo, a conclusão mais acertada, a nosso ver, é a de que o projeto de lei não pretende revogar tal dispositivo, mantendo-se, portanto, a garantia de aborto legal e seguro quando necessário para salvar a vida da gestante ou quando a gravidez for resultante de estupro.

Assim, a melhor interpretação desse projeto de lei parece ser no sentido de proteger o feto e a criança, quando a genitora desejar continuar com a gravidez, criando obrigações ao Estado para garantir o bem-estar de todos os envolvidos. Nesse sentido, observa-se que o bebê fruto de violência sexual terá direito a pensão alimentícia, até completar os 18 (dezoito) anos,

custeada pelo Estado, bem como prioridade na adoção. Aqui, não se pretende adentrar nas críticas que podem ser feitas a tal normativa, mas somente reafirmar que o Estatuto do Nascituro não pode ser interpretado no sentido de proibir o aborto, mas, apenas, como criação de obrigações aos entes públicos.

Se aprovado, espera-se que os Tribunais Superiores adotem o posicionamento aqui esposado, considerando-se que esses órgãos já manifestaram uma tendência em proteger os direitos das mulheres em relação ao aborto seguro em situações potencialmente lesivas a sua dignidade. Entretanto, mesmo com esse entendimento, a mera promulgação de uma lei com este teor é extremamente nociva para as mulheres, diante da mensagem que passa para a sociedade, conforme se verá a seguir.

5. A relação entre Direito e Cultura: De que forma uma legislação pode alterar o comportamento e as opiniões da população?

O Direito é fortemente influenciado por elementos culturais, sendo certo que, dentro de uma sociedade marcada pelo machismo e na qual o Congresso Nacional é dominado por legisladores do gênero masculino, é esperado que as normas jurídicas tenham forte ranço sexista.

Nada obstante, conforme o ensinamento da jurista costarriquenha Alda Facio, o fenômeno jurídico é formado por três elementos, a saber, o componente formal-normativo, o componente estrutural e o componente político-cultural, os quais estão dialeticamente relacionados entre si, influenciando, limitando e definindo um ao outro.⁵⁹

De acordo com a autora, o componente formal-normativo corresponde às leis formalmente promulgadas que compõem determinado ordenamento jurídico. O componente estrutural é o conteúdo não escrito, utilizado pelos legisladores e aplicadores do direito, para interpretar, combinar e aplicar as normas escritas. O componente político-cultural, por

⁵⁹ FACIO, Alda. **Cuando el género suena cambios trae**: una metodología para el análisis de género del fenómeno legal. 1ª ed. San José: Ilanud, 1992. p. 65.

derradeiro, corresponde ao conteúdo dado às leis escritas ou não, por meio da doutrina, da jurisprudência e dos costumes, e que encontram forte adesão do povo.⁶⁰

O componente político-cultural influencia o componente formal-normativo das seguintes formas, dentre outras: ao determinar o modo como as leis escritas serão interpretadas; ao indicar aos legisladores quais normas devem ser modificadas ou revogadas; e, especialmente, quando os grupos mais favorecidos pressionam política e economicamente para que determinadas leis sejam criadas, revogadas ou modificadas.⁶¹

De igual modo, o componente formal-normativo influencia o comportamento político-cultural, uma vez que as normas escritas, ao legitimar determinadas condutas, têm o poder de conformar as atitudes tomadas pelo povo, bem como pode reforçar comportamentos tradicionalmente aceitos ou rechaçá-los, eliminando-os.⁶²

Aqui, interessante notar o exemplo brasileiro do uso de cinto de segurança. Há alguns anos era comum que as pessoas não utilizassem o referido item, mas ao sobrevir legislação que penalizava os condutores por não usarem e não instruírem seus passageiros a utilizá-lo, a sociedade, de uma maneira geral, passou a adotar o comportamento desejado e estimulado pela legislação. Hoje, é possível observar que muitas pessoas utilizam o cinto por vontade própria e, não apenas, porque podem ser sancionadas.

As ações afirmativas para ingresso de pessoas negras nas universidades públicas obedecem à lógica semelhante. Ao imporem um número mínimo de alunos de origem marginalizada nas instituições de ensino superior, as cotas pretendem aumentar a escolarização, a renda e a participação de tal população na sociedade, e, com isto, criar no imaginário popular que essas pessoas são tão competentes e dignas de respeito quanto os indivíduos brancos.

Nesse sentido, a autora exemplifica que se uma sociedade deseja eliminar a convicção de que o homem é o chefe de família, não se deve redigir uma norma dizendo que ambos os

⁶⁰ FACIO, Alda. **Cuando el género suena cambios trae**: una metodología para el análisis de género del fenómeno legal. 1ª ed. San José: Ilanud, 1992. p. 65-67.

⁶¹ FACIO, Alda. **Cuando el género suena cambios trae**: una metodología para el análisis de género del fenómeno legal. 1ª ed. San José: Ilanud, 1992. p. 67-68.

⁶² FACIO, Alda. **Cuando el género suena cambios trae**: una metodología para el análisis de género del fenómeno legal. 1ª ed. San José: Ilanud, 1992. p. 68-70.

cônjuges são chefes de família, mas, sim, uma que diga expressa e abertamente que o marido não o é⁶³.

No caso do Estatuto do Nascituro, portanto, ainda que se venha a interpretá-lo da forma como defendida no presente artigo, a sua promulgação, por si só, constitui um risco aos direitos das mulheres, tendo em vista que, ao defender que os fetos não podem ser discriminados em razão de sua origem (decorrente de estupro) e de sua possibilidade de sobrevivência (bebê anencefálico), dentre outros, ele cria no imaginário popular a noção de que o aborto legal é errado e que a mulher que o faz, mesmo que acobertada pela lei, está cometendo um crime. Assim, a discriminação de gênero e a pressão social sobre as mulheres cresce, podendo resultar na edição de leis ainda mais retrógradas.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, conclui-se que:

1. Vivencia-se, no Brasil, um período de polarização política muito importante, marcado, sobretudo, pelo embate presidencial de ideologias contraditórias. Neste cenário, há uma forte presença de congressistas neoconservadores, que, a partir da noção de uma superioridade moral, defendem ideias liberais para economia e conservadoras para os costumes.

2. Parte da doutrina civilista e da jurisprudência brasileira adotou a teoria concepcionista da personalidade civil, de acordo com a qual a personalidade jurídica se inicia com a concepção. Com o Estatuto do Nascituro, no entanto, isso pode mudar, tendo em vista que o diploma legislativo fala expressamente que a personalidade começa com a vida e que o feto tem mera expectativa do direito.

3. O direito à vida é um direito fundamental, mas, nem por isso, absoluto. Deste modo, diante da colisão entre princípios constitucionais, deve ser feito o sopesamento para decidir, no caso concreto, qual direito tem que ser garantido na maior medida. Esse sopesamento pode ser feito tanto pelo legislador, ao editar normas específicas, quanto pelo aplicador do direito, ao interpretar as leis.

4. Na colisão entre o direito à vida do feto e o direito à vida, à integridade física e psíquica e ao planejamento familiar da gestante, foi feita a opção legislativa pelo primeiro, com

⁶³ FACIO, Alda. **Cuando el género suena cambios trae**: una metodología para el análisis de género del fenómeno legal. 1ª ed. San José: Ilanud, 1992. p. 70.

a proibição e tipificação criminal do aborto. Nada obstante, há algumas raras hipóteses em que o abortamento é permitido, a saber, se resultante de estupro, se colocar em risco a vida da mãe e diante da baixa probabilidade de sobrevivência da criança.

5. O Estatuto do Nascituro, se aprovado, não teria o condão de proibir o abortamento, tendo em vista que optou conscientemente por não revogar o artigo 128 do Código Penal. A interpretação mais adequada do Projeto de Lei parece ser no sentido de que ele cria obrigações para o Estado em relação ao feto fruto de estupro. Nesta ótica, portanto, não haveria prejuízo para os direitos já consolidados das mulheres.

6. O Direito é produto cultural e, como tal, é influenciado pelos pensamentos dominantes da época. Em uma sociedade machista, cujo Congresso Nacional é composto predominantemente por homens, é de se esperar que as leis produzidas tenham um conteúdo sexista.

7. A cultura influencia na produção das normas jurídicas, e o contrário também é verdadeiro. Assim, o componente político-cultural do fenômeno jurídico também tem influência no componente formal-normativo, podendo extinguir ou criar condutas. Nesse sentido, a legislação, quando deseja alterar o comportamento humano, precisa ser clara. Uma lei, tal qual o Estatuto do Nascituro, que veda a discriminação do nascituro com base em origem e possibilidade de sobrevivência, mesmo que não proíba o aborto em tais casos, cria no imaginário popular a ideia de que o abortamento, ainda que dentro das hipóteses legais, é errado, sujo ou criminoso, causando sofrimento e discriminação para as gestantes que optarem por ele. Deste modo, o Estatuto do Nascituro é prejudicial ao direito das mulheres e pode, até mesmo, cominar na edição de leis ainda mais retrógradas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Malheiros: São Paulo, 2011.

ESTADÃO. João Amoêdo se diz “liberal na economia” mas “conservador nos costumes”. Disponível em: <<https://www.estadao.com.br/politica/eleicoes/joao-amodo-se-diz-liberal-na-economia-mas-conservador-nos-costumes/>>. Acesso em: 14 jan. 2023.

FACIO, Alda. **Cuando el género suena cambios trae**: una metodología para el análisis de género del fenómeno legal. 1ª ed. San José: Ilanud, 1992.

HEYWOOD, Andrew. **Ideologias Políticas**: do liberalismo ao fascismo. São Paulo: Ática, 2010.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 16ª ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luís Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. Vol. Único. 10ª ed. São Paulo: Método, 2020.

UOL. Quantidade de deputados federais eleitos por partido. Disponível em:

<<https://noticias.uol.com.br/eleicoes/2022/analise/camara/numero-de-deputados-federais-eleitos-por-partido/?uf=sp>>. Acesso em: 02 jan. 2023.



O COMBATE E ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES: COMENTÁRIOS À LEI N. 14.344/2022



*Heitor Moreira de Oliveira*⁶⁴

*Paulo Cezar Dias*⁶⁵

RESUMO

A violência doméstica e familiar contra crianças e adolescentes não é fenômeno social recente e, ao contrário, vem se perpetuando ao longo dos anos em decorrência de características comumente observadas nos casos concretos, como a revelação tardia, a síndrome do segredo, a dependência afetiva da vítima para com o ofensor, a pressão familiar e expressiva subnotificação. A fim de consolidar políticas públicas que contribuam para a reversão dos crescentes números de violência intrafamiliar contra o público infantojuvenil, a novel Lei nº 14.344/2022, na trilha da Lei Maria da Penha, cria mecanismos para combate e enfrentamento desse lamentável quadro, incluindo a previsão de concessão de medidas protetivas de urgência

⁶⁴ Juiz de Direito no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM; Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Goiás – UFG; Especialista em Direito Previdenciário e em Direito Constitucional. ✉ heitor.ufg@gmail.com  <http://lattes.cnpq.br/2964405138464732>  <http://orcid.org/0000-0003-2592-1183>.

⁶⁵ Pós-Doutor pela Faculdade de Direito de Coimbra; Doutor em Direito pela Faculdade de Direito de São Paulo – FADISP; Bacharel e Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM; Professor efetivo do Programa de Mestrado do UNIVEM. ✉ paulo.dias@univem.edu.br  <http://lattes.cnpq.br/6930894647399337>  <https://orcid.org/0000-0001-6315-7521>.

em favor da vítima infantil. Nessa toada, o presente artigo, pautado no método hipotético-dedutivo e a partir de ampla revisão sistemática de bibliografia, tece os primeiros comentários acerca do recente diploma legislativo.

Palavras-chave: crianças e adolescentes; violência doméstica e familiar contra crianças e adolescentes; medidas protetivas; Lei nº 14.344/2022; Lei Henry Borel.

ABSTRACT

The domestic and familiar violence against children and teenagers isn't a recent social phenomenon and, on the contrary, it's been perpetuated over the years in consequence of the commonly observed features on the concrete cases, like the late revelation, the secret syndrome, the emotional dependence of the victim with its offender, the familiar pressure and the expressive subnotification. In order to consolidate the public policies that contributes to the reversal of the rising numbers of the intrafamilial violence against the childish and juvenile public, the new law n. 14,344/2022, on the same way that the law "Maria da Penha", creates mechanisms to combat and face this sad picture, including the forecast of the granting of protective measures of urgency in favor of the childish victim. In that regard, the present paper, lined on the hypothetical-deductive method and supported on extensive systematic bibliographical review, makes the first comments about the recent legislative diploma.

Keywords: child and teenagers; familiar and domestic violence against children; protective measures; Law n. 14,344/2022; Law "Henry Borel".

1. INTRODUÇÃO

Tradicionalmente referenciado como um lugar de afeto, carinho e amor, o lar, por vezes, se distancia de tais significados e pode, em sentido contrário, evocar angústia, dor e sofrimento para os membros da família, notadamente para aqueles mais vulneráveis. Do mesmo modo, a família, que comumente é vista como seio de amparo e cuidado, "não é espaço só de afetividade, mas de conflitos e, para muitos, de perigo" (RODRIGUES, 2017, p. 64). Destarte, em muitos lares disfuncionais, nos quais a dinâmica familiar segue diretrizes pautadas em dogmas adultocêntricos, em regras rígidas de hierarquia opressora e em pensamentos machistas

e de segregação de gênero, abre-se espaço para a violência, que geralmente vitimiza mulheres, crianças e adolescentes.

A violência doméstica ocorre na esfera íntima da família, envolvendo pessoas que estabelecem entre si relações de parentesco e/ou afinidade. Manifesta-se, pois, em casos de maus-tratos físicos, agressão sexual, assédio moral, abuso psicológico, incesto, ameaças, etc., praticadas por entes familiares (v.g. pais e padrastos) contra seus filhos. É violência intrafamiliar, “que abrange a grande maioria dos casos, e é caracterizada pela prática que se dá no âmbito familiar: o violentador é membro da família da criança ou goza de espaço de intimidade dentro da família” (ANDREOTTI, 2012, p. 31).

A violência doméstica acomete tanto mulheres quanto crianças e adolescentes (e, também, idosos e pessoas com deficiência). Em se tratando das vítimas infantojuvenis, a violência se desenvolve sob características peculiares, que favorecem a sua continuidade ao longo de anos, sem que haja a descoberta dos abusos e tampouco a responsabilidade dos agressores. Nesse sentido, é importante considerar que a violência intrafamiliar é praticada por pessoa da esfera de afetividade da criança ou do adolescente, que com ele estabelece vínculo emocional. No caso de violência de natureza sexual, o ofensor se vale do desconhecimento da criança, sobretudo daquelas de tenra idade, para fazer crer que os atos de violência são expressão de carinho ou então algo reservado/privado entre vítima e abusador e que, como tal, deve ser mantido em segredo entre os dois (o que dificulta a revelação dos abusos). Ainda, não raras vezes, o agressor incute na criança a percepção (falsa) de que a culpa dos abusos é da própria criança, que seria cúmplice daqueles atos. Por todos, é elucidativo o escólio de Fuks (2002, p. 17), que merece a transcrição, *verbis*:

Como esta violência interpessoal constitui uma transgressão, mais ou menos consciente, das normas que regulam a função disciplinadora do adulto, este exige que a vítima seja “cúmplice” em um “pacto de silêncio”. A vítima tem, portanto, não apenas restringido seu poder de ação e reação, mas também censurada a sua palavra, e passa a viver sob o signo do medo: medo da coação, da revelação, etc.

A culpabilização da criança-vítima, as ameaças sistemáticas, o medo de que a revelação prejudique a sua família, os sentimentos ambivalentes em relação ao abusador e o pacto de silêncio com ele estabelecido são características que contribuem para o alto índice de subnotificação dos casos de violência doméstica e familiar contra a criança e o adolescente,

que, por consequência, compromete a coleta de dados estatísticos sobre o fenômeno e, logo, dificulta o planejamento de políticas públicas de enfrentamento desta realidade. A propósito, “Acredita-se que apenas 10% dos casos são, na verdade, relatados ou chegam ao sistema judiciário criminal, o que significa que nosso conhecimento é extremamente limitado e fundamentado apenas naqueles casos que são denunciados” (SANDERSON, 2008, p. 16-17). Contudo, malgrado o baixo número de denúncias, a violência contra crianças e adolescentes, especialmente o abuso sexual infantil, continua a ocorrer com frequência. É que “o fato de o fenômeno ser pouco relatado ou notificado pode dar a impressão de que o abuso sexual infantil seja raro. Tal impressão é rapidamente desfeita quando trabalhamos ou pesquisamos a área” (WILLIAMS, 2009, p. 21). Ora, a alta incidência de tais crimes no plano da realidade fática reclama ação positiva do Estado.

Crianças e adolescentes são indivíduos que ostentam a condição peculiar de pessoas em franco estágio de desenvolvimento, físico, psíquico, emocional, moral, etc., conforme aduz o art. 6º da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente, ECA). Diante de tal especial condição, que lhes tornam sujeitos com notória vulnerabilidade, exsurge o dever do Estado, da família, da comunidade e da sociedade em geral de colocá-los a salvo de toda forma de violência, inclusive a doméstica intrafamiliar, nos termos do *caput* do artigo 227 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Ao Estado cabe, pois, o planejamento de ações, programas e políticas públicas voltadas à prevenção, à investigação, à repressão e à punição dos episódios de violência doméstica e familiar contra crianças e adolescentes. Nesse sentido, as medidas para o combate e enfrentamento da violência intrafamiliar devem envolver desde ações voltadas à educação e conscientização dos jovens e adultos até o aparelhamento dos órgãos estatais que se incumbem da persecução penal, para que haja eficaz responsabilização do ofensor.

Na luta contra a violência doméstica e familiar contra crianças e adolescentes sobressai o papel fundamental do Poder Público, por vários de seus órgãos, que devem atuar de forma concatenada, intersetorial e em harmonia, em efetiva cooperação em rede.

O combate à violência doméstica e familiar contra as mulheres ganhou destaque e proeminência na cena pública, nacional e internacional, desde fins da década de 1970, quando celebrada a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979. Em seguida, foi assinada a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, no ano de 1994. Enfim,

após provocação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que detectou falhas e omissões na apuração da violência sofrida, na cidade de Fortaleza, na década de 1980, pela senhora Maria da Penha Maia Fernandes, finalmente foi inserido no ordenamento jurídico pátrio a Lei nº 11.340/2006, que criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, inclusive a previsão de concessão de medidas protetivas de urgência em favor da vítima e que obrigam o agressor, bem como a previsão da criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. A Lei Maria da Penha, como ficou popularmente conhecida, se notabilizou como um verdadeiro marco nacional no combate e enfrentamento da violência doméstica e familiar. Ao longo de anos, desde 2006, passou por diversas reformas legislativas que lograram êxito em aperfeiçoar o seu texto às mudanças da realidade fática. Hoje, sem dúvidas, é uma lei de importância ímpar no ordenamento jurídico brasileiro e que muito já contribuiu para conscientização da população e a gradual reversão do odioso cenário de impunidade.

Ocorre que a evolução jurisprudencial sobre a Lei Maria da Penha caminhou no sentido de limitar o alcance da norma, que se restringiu, quase que exclusivamente às vítimas do sexo feminino (mulheres)⁶⁶, não se aplicando ao ofendido do sexo masculino.

Sem embargo do protagonismo que a Lei nº 11.340/2006 assumiu na luta contra a violência doméstica e familiar, é fato que, como dito alhures, a violência intrafamiliar não acomete apenas as mulheres. A violência que se imiscui no lar, tornando disfuncional a dinâmica familiar, também vitimiza os filhos, crianças e adolescentes, que, por sua peculiar condição de pessoas em desenvolvimento, comumente acabam por não ter voz (vale dizer, lhes é negado o direito de oitiva e escuta ou, de modo geral, de participação) para denunciar a violência física, psicológica, sexual, etc., sofrida dentro de suas casas.

Nessa toada, ainda que mais de 15 anos depois, finalmente foi publicada a novel Lei nº 14.344, de 24 de maio de 2022. Cuida-se de lei bastante assemelhada à já popular Lei Maria da Penha, inclusive com diversos dispositivos com idêntica redação. Deveras, a Lei nº 14.344/2022 aproveita-se de todo o legado positivo da Lei nº 11.340/2006, inclusive das reformas legislativas que aperfeiçoaram o texto legal. Contudo a recente lei de 2022 tem por foco a violência doméstica e familiar cometida em desfavor de crianças e adolescentes, criando

⁶⁶ Recentemente, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça decidiu que a Lei Maria da Penha é aplicável às mulheres trans em situação de violência doméstica. Vide STJ, 6ª Turma, REsp 1.977.124/SP, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, julgado em 05/04/2022, divulgado no Informativo nº 732.

mecanismos específicos para a prevenção, o combate e o enfrentamento da violência intrafamiliar praticada contra o público infantojuvenil.

O presente artigo tem por objetivo examinar os principais tópicos de interesse da Lei nº 14.344/2022, tecendo as primeiras considerações sobre a recente lei. Para tanto, em abordagem exploratória, vale-se do método hipotético-dedutivo, com arrimo em ampla revisão sistemática da bibliografia pertinente ao tema, em especial por meio da análise do que se consolidou na doutrina e na jurisprudência acerca da Lei Maria da Penha e da Lei nº 13.431/2017, importantes subsídios para o estudo da nova legislação nacional.

2. COMENTÁRIOS À NOVA LEI N. 14.344/2022

O artigo inaugural da Lei nº 14.344/2022, nos termos de sua rubrica, diz que a lei cria mecanismos para a prevenção e o enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a criança e o adolescente. Em seguida, coube ao artigo 2º esclarecer o conceito de “violência doméstica e familiar contra a criança e o adolescente”, o que fez nestes termos:

Art. 2º Configura violência doméstica e familiar contra a criança e o adolescente qualquer ação ou omissão que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual, psicológico ou dano patrimonial:

I - no âmbito do domicílio ou da residência da criança e do adolescente, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que compõem a família natural, ampliada ou substituta, por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação doméstica e familiar na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a vítima, independentemente de coabitação. (BRASIL, 2022)

O texto praticamente reproduz a redação do artigo 5º da Lei Maria da Penha, sobretudo no que toca às duas primeiras hipóteses (incisos I e II). Assim, em nosso sentir, valem as mesmas considerações que a doutrina lança acerca da caracterização da violência doméstica e familiar contra a mulher. Destarte, poderá restar configurada em três distintos âmbitos: da unidade doméstica, da família e da relação de afetividade.

Comentando sobre o primeiro âmbito, Cunha e Pinto (2014, p. 52) aduzem que “agressão no âmbito da unidade doméstica compreende aquela no espaço caseiro, envolvendo

pessoas com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas, integrantes dessa aliança”. Noutra giro, os mesmos autores asseveram que “a violência no âmbito da família engloba aquela praticada entre pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar, podendo ser conjugal, em razão de parentesco (em linha reta e por afinidade), ou por vontade expressa (adoção)” (CUNHA; PINTO, 2014, p. 55).

Por sua vez, o inciso III do artigo 2º da Lei nº 14.344/2022 abriga cláusula de natureza residual que tenta acobertar qualquer outra situação que eventualmente não se insira totalmente nas hipóteses contempladas nos incisos anteriores, mas que envolva violência praticada por pessoa que conviva (presente) ou tenha tido convivência passada com a vítima infantojuvenil. *Prima facie*, o dispositivo pode apresentar certa redundância por se referir a qualquer relação doméstica (inciso I) e familiar (inciso II), de certo modo já alcançadas pelos incisos anteriores. Contudo, valendo-se do que consta no inciso III do artigo 5º da Lei Maria da Penha, implícita inspiração, é possível concluir que o legislador pretendeu estender a proteção da lei a qualquer outra relação íntima de afeto, ou seja, qualquer espécie de relacionamento entre agressor e vítima que envolva intimidade (ainda que não necessariamente de cunho amoroso/sexual) e afetividade/afeto, no sentido amplo da presença de afeição/amizade estabelecida entre o ofensor e a criança ou o adolescente.

Na mesma trilha da Lei Maria da Penha, o inciso III do artigo 2º da nova lei também dispensa a coabitação entre vítima e agressor. Nesse sentido, aliás, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça (STJ) aprovou a seguinte súmula, nº 600: “Para configuração da violência doméstica e familiar prevista no artigo 5º da lei 11.340/2006, lei Maria da Penha, não se exige a coabitação entre autor e vítima”⁶⁷. Ora, pela mesma *ratio*, é forçoso concluir que para a configuração da violência doméstica e familiar prevista no art. 2º da Lei nº 14.344/2022 também não se exige a coabitação entre o agressor e a vítima infantil.

O parágrafo único da Lei nº 14.344/2022 adverte que “Para a caracterização da violência prevista no caput deste artigo, deverão ser observadas as definições estabelecidas na Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017” (BRASIL, 2022). A mencionada lei estabeleceu o sistema

⁶⁷ No julgamento do HC 280.082/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, j. em 12/02/2015, a 5ª Turma do STJ entendeu que “A caracterização da violência doméstica e familiar contra a mulher não depende do fato de agente e vítima conviverem sob o mesmo teto. Assim, embora a agressão tenha ocorrido em local público, ela foi nitidamente motivada pela relação familiar que o agente mantém com a vítima, sua irmã, circunstância que dá ensejo à incidência da Lei Maria da Penha”.

de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência, consignando, no § 1º do art. 4º, que “a criança e o adolescente serão ouvidos sobre a situação de violência por meio de escuta especializada e depoimento especial” (BRASIL, 2017). Cuida-se de importantíssima lei que assegurou o direito de participação das crianças e adolescentes, isto é, de manifestar as suas opiniões e pontos de vista sobre as matérias que afetem os seus interesses, preservando-os da violência institucional no curso dos processos judiciais e da consequente “revitimização”.

Inclusive, antes mesmo da Lei nº 14.344/2022, o artigo 6º da Lei nº 13.431/2017 já previa que “a criança e o adolescente vítima ou testemunha de violência têm direito a pleitear, por meio de seu representante legal, medidas protetivas contra o autor da violência” (BRASIL, 2017). E o artigo 21 da mesma Lei nº 13.431/2017 enumerava as seguintes medidas protetivas que poderiam ser requisitadas pela autoridade policial à autoridade judicial: proibição de contato direto da criança ou do adolescente vítima ou testemunha de violência com o suposto autor da violência; afastamento cautelar do investigado da residência ou local de convivência, quando se tratar de pessoa que tenha contato com a criança ou o adolescente; decretação da prisão preventiva do investigado, quando houver suficientes indícios de ameaça à criança/adolescente vítima/testemunha de violência; inclusão da vítima e de sua família nos atendimentos a que têm direito junto aos órgãos socioassistenciais; inclusão da criança ou do adolescente em programa de proteção a vítimas ou testemunhas ameaçadas; e representação ao Ministério Público pela propositura de ação cautelar de antecipação de prova. Sem desconsiderar, entretanto, que “em qualquer caso, a relação de ‘medidas’ passíveis de aplicação em proveito de crianças e adolescentes é meramente exemplificativa, podendo a autoridade competente aplicar outras, a depender das peculiaridades do caso e necessidades específicas de cada um” (DIGIÁCOMO; DIGIÁCOMO, 2018, p. 34).

O *caput* do artigo 4º da Lei nº 13.431/2017 conceitua as diferentes espécies de violência perpetradas em desfavor das crianças e dos adolescentes:

Art. 4º Para os efeitos desta Lei, sem prejuízo da tipificação das condutas criminosas, são formas de violência:

I - violência física, entendida como a ação infligida à criança ou ao adolescente que ofenda sua integridade ou saúde corporal ou que lhe cause sofrimento físico;

II - violência psicológica:

a) qualquer conduta de discriminação, depreciação ou desrespeito em relação à criança ou ao adolescente mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, agressão verbal e xingamento, ridicularização, indiferença, exploração ou intimidação sistemática (*bullying*) que possa comprometer seu desenvolvimento psíquico ou emocional;

b) o ato de alienação parental, assim entendido como a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente, promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou por quem os tenha sob sua autoridade, guarda ou vigilância, que leve ao repúdio de genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculo com este;

c) qualquer conduta que exponha a criança ou o adolescente, direta ou indiretamente, a crime violento contra membro de sua família ou de sua rede de apoio, independentemente do ambiente em que cometido, particularmente quando isto a torna testemunha;

III - violência sexual, entendida como qualquer conduta que constranja a criança ou o adolescente a praticar ou presenciar conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso, inclusive exposição do corpo em foto ou vídeo por meio eletrônico ou não, que compreenda:

a) abuso sexual, entendido como toda ação que se utiliza da criança ou do adolescente para fins sexuais, seja conjunção carnal ou outro ato libidinoso, realizado de modo presencial ou por meio eletrônico, para estimulação sexual do agente ou de terceiro;

b) exploração sexual comercial, entendida como o uso da criança ou do adolescente em atividade sexual em troca de remuneração ou qualquer outra forma de compensação, de forma independente ou sob patrocínio, apoio ou incentivo de terceiro, seja de modo presencial ou por meio eletrônico;

c) tráfico de pessoas, entendido como o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento da criança ou do adolescente, dentro do território nacional ou para o estrangeiro, com o fim de exploração sexual, mediante ameaça, uso de força ou outra forma de coação, rapto, fraude, engano, abuso de autoridade, aproveitamento de situação de vulnerabilidade ou entrega ou aceitação de pagamento, entre os casos previstos na legislação;

IV - violência institucional⁶⁸, entendida como a praticada por instituição pública ou conveniada, inclusive quando gerar revitimização.

V - violência patrimonial⁶⁹, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluídos os

⁶⁸ Sendo a violência institucional aquela praticada por instituição/entidade pública ou conveniada, parece-nos, a princípio, incompatível com a prática de uma violência vinculada a uma relação doméstica e familiar.

⁶⁹ O inciso V no art. 4º da Lei nº 13.431/2017 foi incluído pelo artigo 28 da Lei nº 14.344/2022.

destinados a satisfazer suas necessidades, desde que a medida não se enquadre como educacional. (BRASIL, 2017).

A previsão de múltiplas formas de violência contra a criança e o adolescente é importante na medida em que, a depender das circunstâncias do caso concreto, a violência psicológica pode causar danos muito maiores do que a própria violência física, eis que “são agressões que afetam a alma e deixam cicatrizes invisíveis aos olhos, mas que comprometem o desenvolvimento sadio e a formação psíquica da vítima” (DIAS, 2022, p. 329).

Pois, nos termos do parágrafo único do artigo 2º da Lei nº 14.344/2022, as definições estampadas na Lei nº 13.431/2017 serão utilizadas para a caracterização da violência doméstica e familiar contra crianças e adolescentes.

Por conseguinte, cotejando a Lei nº 14.344/2022 com a Lei nº 13.431/2017, é de se concluir que a violência doméstica e familiar contra criança e adolescente é qualquer tipo de violência, de natureza física, psicológica, sexual, institucional ou patrimonial, praticada contra a vítima criança ou adolescente no âmbito da unidade doméstica, da família ou de qualquer outra relação íntima de afeto. Por exemplo, a alienação parental praticada por algum dos genitores, que toma a criança como mero instrumento/objeto de vingança privada contra o outro cônjuge, é exemplo de violência doméstica e familiar contra a criança, de natureza psicológica, conforme artigo 2º, inciso II, alínea ‘b’, *supra*.

O artigo 12 da Lei nº 14.344/2022 assevera que “O depoimento da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência doméstica e familiar será colhido nos termos da Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017” (BRASIL, 2022), portanto mediado por profissional devidamente capacitado, em local apropriado e acolhedor, com infraestrutura e espaço físico que garantam a privacidade da vítima, sem qualquer contato, ainda que visual, com o suposto agressor, e seguindo-se regras inseridas em protocolos científicos, que assegurem o livre relato da vítima, evitando-se sugestionamentos, e, de preferência, realizado uma única vez, em sede de produção antecipada de prova judicial. Nesses casos, o processo tramitará em segredo de justiça e será resguardado à vítima o direito ao silêncio ou de prestar depoimento diretamente ao juiz. Inclusive, o art. 8º-A da Lei nº 12.318/2010, incluído pela Lei nº 14.340/2022, adverte que “sempre que necessário o depoimento ou a oitiva de crianças e de adolescentes em casos de alienação parental, eles serão realizados obrigatoriamente nos termos da Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017” (BRASIL, 2010).

O artigo 3º da nova lei, à semelhança do artigo 6º da Lei Maria da Penha, prescreve que “A violência doméstica e familiar contra a criança e o adolescente constitui uma das formas de violação dos direitos humanos” (BRASIL, 2022).

O artigo 4º trata de importante mecanismo para o enfrentamento da violência doméstica e familiar contra crianças e adolescentes: a atuação em rede de todos os órgãos que compõem o Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente, inclusive com o compartilhamento integrado e sistematizado de informações entre tais entidades. Em outra oportunidade já consignamos que “é preciso que os profissionais que atuem em cada um dos diversos órgãos que compõem o sistema de garantia saibam exatamente qual o seu papel e o que devem fazer, isto é, que diligências devem adotar” (OLIVEIRA, 2022, p. 168), anotando-se, ainda, que, em contrapartida ao compartilhamento das informações, “a preservação dos dados pessoais das crianças estará resguardada pelo sigilo que deve ser observado pelos órgãos do sistema de garantia” (OLIVEIRA, 2022, p. 172).

Nesse sentido, o § 2º do artigo 4º dispõe que os órgãos devem compartilhar entre si, de forma integrada, “as informações coletadas das vítimas, dos membros da família e de outros sujeitos de sua rede afetiva, por meio de relatórios, em conformidade com o fluxo estabelecido, preservado o sigilo das informações” (BRASIL, 2022), o que é reiterado pelo § 4º do mesmo dispositivo, que adverte que o compartilhamento entre os órgãos e profissionais das informações “deverá zelar pelo sigilo dos dados pessoais da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência” (BRASIL, 2022).

O artigo 5º, lado outro, arrola os objetivos da intervenção do Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente, nas situações de violência doméstica e familiar, dentre os quais, prevenção dos atos de violência e de eventuais reiterações, cessação da violência, atendimento humanizado do público infantojuvenil, com vistas à minimização das sequelas sofridas, reparação integral dos direitos da criança e do adolescente e mapeamento das ocorrências, a fim de subsidiar o planejamento das políticas públicas.

Nessa toada, a lei descreve, em sequência, ações, medidas e programas voltados à assistência integrada e multifatorial, em múltiplas searas, da criança e do adolescente vítima de violência doméstica e familiar, incluindo a criação de centros de atendimento integral e multidisciplinar, de espaços para acolhimento familiar e institucional, de programas de apadrinhamento e de delegacias e centros de perícia médica especializados e de programas e campanhas de enfrentamento da violência doméstica e familiar (art. 7º).

Sem dúvidas, uma das grandes inovações trazidas pela Lei nº 14.344/2022 é a possibilidade de concessão de “medidas protetivas de urgência” em favor da criança e/ou do adolescente vítimas de violência doméstica e familiar. Até então, tais medidas eram previstas exclusivamente na Lei Maria da Penha, de modo que seu âmbito de aplicação, na infância e adolescência, se limitava às crianças e adolescentes do sexo feminino.

Valendo-se de lição da doutrina versando sobre as medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha, que, entendemos, a tudo se aplica aquelas previstas na novel lei, tratam-se medidas que ostentam natureza cautelar:

Enfim, são medidas de natureza urgente que se mostram necessárias para instrumentalizar a eficácia do processo. Afinal, durante o curso da persecução penal, é extremamente comum a ocorrência de situações em que essas providências urgentes se mostrem imperiosas, seja para assegurar a correta apuração do fato delituoso, a futura e possível execução da sanção, a proteção da própria vítima, ameaçada pelo risco de reiteração da violência doméstica e familiar, ou, ainda, o ressarcimento do dano causado pelo delito. (LIMA, 2015, p. 937)

À semelhança da Lei Maria da Penha, a Lei nº 14.344/2022 prevê tanto medidas que obrigam o agressor, como, por exemplo, a suspensão da posse ou a restrição do porte de armas, o afastamento do lar, do domicílio ou do local de convivência com a vítima, a proibição de aproximação da vítima, com fixação de limite mínimo de distância, a vedação de contato com a vítima por qualquer meio de comunicação e a prestação de alimentos provisionais ou provisórios, como também de medidas protetivas à vítima, a exemplo de sua inclusão nos atendimentos a que tem direito nos órgãos de assistência social e em programa de proteção a vítimas ou a testemunhas, a realização de matrícula em instituição de educação mais próxima de seu domicílio ou do local de trabalho de seu responsável legal, ou sua transferência para instituição congênere, independentemente da existência de vaga, e, na impossibilidade de afastamento do lar do agressor ou de sua prisão, a remessa do caso para o juízo competente, a fim de avaliar a necessidade de acolhimento familiar, institucional ou colação em família substituta.

As medidas protetivas de urgência da Lei nº 14.344/2022 podem ser concedidas de ofício pelo magistrado ou a requerimento do Ministério Público, da autoridade policial, do Conselho Tutelar ou a pedido da pessoa que atue em favor da criança e do adolescente (art. 16, *caput*). Podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente e podem ser substituídas a qualquer

tempo por outras de maior eficácia (art. 16, § 2º), bem como pode o juiz conceder novas medidas protetivas ou rever aquelas já concedidas, se entender necessário à proteção da vítima infantojuvenil ou de seus familiares (art. 16, § 3º). De tudo, será comunicado o responsável legal pela criança ou pelo adolescente, desde que não seja o suposto agressor (art. 18), norma que concretiza o direito da vítima à informação.

A par disso, o afastamento do autor das agressões do lar, do domicílio ou do local de convivência com a vítima, nas hipóteses em que se verificar a existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física da criança e do adolescente, ou familiares, poderá ser determinado, além da autoridade judicial, também pelo próprio delegado de polícia, quando o Município não for sede de comarca, ou mesmo pelo policial, quando o Município não for sede de comarca e não houver delegado disponível no momento da denúncia, situações nas quais o juiz será comunicado no prazo máximo de 24 horas e decidirá, em igual prazo, sobre a manutenção ou revogação da medida aplicada (art. 14).

Trata-se de previsão legal, que repete a inovação que a Lei nº 13.827/2019 fez inserir na Lei Maria da Penha. Não se olvida que há candente controvérsia na doutrina acerca da constitucionalidade da competência do delegado de polícia ou do policial de conceder, *motu proprio*, as medidas protetivas de urgência, por suposta ofensa à reserva da jurisdicionalidade. Inclusive, pende de julgamento a ADI nº 6.138, ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) contra o art. 12-C da Lei nº 11.340/2006, dispositivo de redação semelhante ao art. 14 da Lei nº 14.344/2022. Contudo entendemos que se trata de norma constitucional, que favorece a proteção das vítimas. Nesse sentido:

De fato, as medidas cautelares penais estão sujeitas ao princípio da jurisdicionalidade, segundo o qual, em regra, somente podem ser concedidas pela autoridade judicial. No entanto, o art. 12-C estabelece uma hipótese de jurisdicionalidade postergada, postecipada ou diferida (CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Lei 12.403 Comentada - Medidas cautelares, prisões provisórias e liberdade provisória*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2013, p. 23). Isso porque, segundo o § 1º do dispositivo, em até 24 horas após a autoridade policial impor o afastamento do lar, o juiz deverá ser comunicado sobre a situação e terá também 24 horas para decidir se mantém ou revoga a medida aplicada. Desse modo, a decisão sobre a medida continua sendo do Poder Judiciário. Além disso, é preciso que seja feita uma ponderação dos interesses protegidos. A cláusula de jurisdicionalidade das medidas cautelares existe como uma garantia do investigado ou réu, até mesmo como decorrência do devido processo legal. No entanto, se a situação ocorre em um Município que não é sede de comarca, a exigência da jurisdicionalidade prévia geraria um risco de dano irreversível ao bem jurídico de maior importância do

ordenamento jurídico, qual seja, a vida da vítima. Ressalte-se, ainda, que a restrição aos bens jurídicos do agressor é mínima considerando que só é permitida a imposição de uma medida protetiva, qual seja, o afastamento do lar, não havendo, desse modo, risco de dano irreparável caso o magistrado entenda que deve revogar a imposição deferida pela autoridade policial. (CAVALCANTE, 2019)

Acaso concedida a medida protetiva de urgência em favor da criança ou do adolescente vítima de violência doméstica ou familiar, tendo sido o agressor devidamente intimado do teor da decisão judicial e, ainda assim, venha a descumprir a ordem, incorrerá nas penas do crime do artigo 25 da Lei nº 14.344/2022, que pune a conduta daquele que “Descumprir decisão judicial que defere medida protetiva de urgência prevista nesta Lei” com detenção de 3 (três) meses a 2 (dois) anos. Cuida-se de delito bastante semelhante àquele previsto no art. 24-A da Lei Maria da Penha, nela inserido pela Lei nº 13.641/2018, que pune o descumprimento de decisão judicial que defere medida protetiva prevista naquela lei, com a mesma pena. Aliás, para ambos os crimes, na hipótese de prisão em flagrante, apenas a autoridade judicial poderá conceder fiança.

No particular, cumpre trazer à baila comentários de Nucci (2021, p. 965-966) sobre o crime do art. 24-A da Lei Maria da Penha, que, a nosso sentir, são igualmente aplicáveis à análise do tipo penal inserido no artigo 25 da Lei nº 14.344/2022:

(...) *descumprir* significa transgredir uma regra ou norma; guarda similitude com *desobedecer*, embora esta conduta firme mais o intento do agente de desrespeito e rebeldia. De toda forma, a conduta deste tipo incriminador se volta à decisão judicial, de qualquer fase (investigação ou processo), que defere medidas protetivas de urgência *previstas nesta lei*. Cuida-se, em verdade, de um crime de desobediência específico.

Inovando-se em relação à Lei Maria da Penha, a Lei nº 14.344/2022 também tipifica outro delito em seu artigo 26, que transcrevemos abaixo:

Art. 26. Deixar de comunicar à autoridade pública a prática de violência, de tratamento cruel ou degradante ou de formas violentas de educação, correção ou disciplina contra criança ou adolescente ou o abandono de incapaz: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos.

§ 1º A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta morte.

§ 2º Aplica-se a pena em dobro se o crime é praticado por ascendente, parente consanguíneo até terceiro grau, responsável legal, tutor, guardião, padrasto ou madrasta da vítima. (BRASIL, 2022)

Como se vê, trata-se crime omissivo, no *caput*, sem prejuízo que os parentes arrolados no § 2º também respondam pelo crime decorrente da violência por omissão, nos termos do artigo 13, § 2º, alínea ‘a’, do Código Penal.

Na trilha do inciso III do artigo 313 do Código de Processo Penal, que admite a prisão preventiva se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, a criança ou o adolescente, como medida para garantia da execução das medidas protetivas de urgência, a Lei nº 14.344/2022 prevê que o juiz poderá, na fase do inquérito policial ou no curso da instrução criminal, decretar a prisão preventiva do agressor, bem como poderá revogar a prisão processual se verificar a falta de motivo que fundamenta a sua continuidade ou decretá-la novamente se sobrevierem novas razões que a justifiquem. É o que dispõe o artigo 17 da nova lei.

A bem dizer, o dispositivo praticamente reproduz o que o artigo 20 da Lei Maria da Penha prevê no caso de violência doméstica e familiar contra a mulher. Com uma notória diferença: o artigo 20 da Lei nº 11.340/2006, presente desde o texto original da lei, portanto, desde 2006, diz ser cabível a prisão preventiva decretada de ofício pelo juiz.

Ocorre que a Lei nº 13.964/2019, popularmente conhecida por Pacote Anticrime, aperfeiçoou a legislação penal e processual penal e alterou a redação do artigo 311 do Código de Processo Penal, consignando ser possível a decretação da prisão preventiva, desde que a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. Por conseguinte, excluiu-se a previsão textual que admitia a decretação da prisão preventiva *ex officio*. Vale dizer, houve alteração legislativa superveniente à Lei Maria da Penha que proibiu o juiz agir de ofício. Logo, “a decretação da prisão preventiva, a exemplo da temporária, depende de provocação” (CUNHA, 2020, p. 259). Nesse sentido, aliás, se posicionou a jurisprudência: 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do RHC 131.263, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 24/02/2021, divulgado no Informativo 686, e a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 188888/MG, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 6/10/2020, divulgado no Informativo 994. Inclusive, no julgamento do RHC 145.225-RO, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, em 15/02/2022, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu que a proibição de prisão preventiva *ex officio* também se estende para o artigo 20 da Lei nº 11.340/2006, cuja expressão “de ofício” restou tacitamente revogada pela Lei nº 13.964/2019.

Pois, em sintonia com o novo regramento sobre o tema, o artigo 17 da Lei nº 14.344/2022 praticamente reproduz o artigo 20 da Lei Maria da Pena, porém exclui a expressão “de ofício”. Desse modo, a prisão preventiva poderá ser decretada em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, contudo dependerá de requerimento do Ministério Público ou de representação da autoridade policial.

Uma profícua discussão que certamente advirá da edição da Lei nº 14.344/2022 diz respeito ao Juízo competente para a decretação das medidas protetivas de urgência em favor da criança ou do adolescente vítima de violência doméstica e familiar, a saber, se o Juízo da Vara da Infância e Juventude ou se o Juízo da Vara da Violência Doméstica.

A Lei Maria da Pena dispõe sobre a criação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e a eles atribui competência híbrida, cível e criminal:

Art. 14. Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgãos da Justiça Ordinária com competência cível e criminal, poderão ser criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher. (BRASIL, 2006)

A superveniente Lei nº 13.894/2019 incluiu o artigo 14-A na Lei Maria da Pena, prevendo, no seu *caput*, hipótese de *forum shopping* entre a Vara da Família e o Juizado (“A ofendida tem a opção de propor ação de divórcio ou de dissolução de união estável no Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher”) e, no § 1º, hipótese de exclusão da competência dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher para as pretensões relacionada à partilha de bens.

Ocorre que, diferentemente da Lei Maria da Pena, a novel Lei nº 14.344/2022 é absolutamente silente em matéria de competência jurisdicional e nada diz acerca da criação de Varas ou Juizados específicos sobre o tema.

A depender da Lei de Organização Judiciária local, há Varas Especializadas em Crimes contra a Criança e o Adolescente. É o caso da 1ª Vara Criminal e de Crimes Contra Crianças e Adolescentes da Comarca de São Caetano do Sul, no Estado de São Paulo. Além disso, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal, “Os Tribunais de Justiça têm prerrogativa para atribuir aos Juizados da Infância e Juventude competência para julgar crimes contra crianças e adolescentes” (ADI 4774, Relator: Min. Nunes Marques, Tribunal Pleno, julgado em 11/11/2021, publicado no DJe de 03/02/2022). Nesses casos, em que uma mesma

unidade judiciária acumula as competências da infância protetiva e a criminal para julgamento dos crimes cometidos contra crianças e adolescentes, não se afigura maiores controvérsias: será sua a competência para decretar as medidas protetivas previstas na Lei nº 14.344/2022. A matéria, contudo, ganha contornos mais tortuosos nas localidades em que inexistente Vara especializada no julgamento de crimes contra crianças.

Compartilhamos do entendimento de que a competência é da Vara Criminal, uma vez que tais medidas protetivas são praticamente as mesmas da Lei Maria da Penha, comumente se atrelam à suposta prática de delitos (v.g. ameaça, lesão corporal, injúria, etc.) e, em caso de descumprimento, dão azo à persecução penal pela prática dos crimes dos artigos 25 da Lei nº 14.344/2022 e 24-A da Lei nº 11.340/2006. Inclusive, o artigo 33 da Lei nº 14.344/2022 anota que aos procedimentos regulados na mencionada lei se aplicam, subsidiariamente, as disposições da Lei Maria da Penha. Em tendo sido instalado Juizado ou Vara de Violência Doméstica, será sua a competência. Em sentido diverso, inexistindo vara especializada, a competência, a nosso sentir, é da Vara Criminal comum. Evidentemente, a Vara da Infância e Juventude conserva a competência para deferir outras medidas que tenham finalidade protetiva. Porém, repita-se, as medidas inscritas nos artigos 20 e 21 da Lei nº 14.344/2022 nos parece ser de competência da Justiça penal.

Ainda sobre competência, cumpre anotar que o artigo 29 da Lei nº 14.344/2022 alterou o artigo 226 do Estatuto da Criança e do Adolescente, nele incluindo o § 1º com a seguinte redação: “Aos crimes cometidos contra a criança e o adolescente, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995” (BRASIL, 2022). Como se vê, portanto, à semelhança do artigo 41 da Lei Maria da Penha, aos crimes cometidos em contexto de violência doméstica e familiar contra crianças e adolescentes (a bem dizer, a norma é ainda mais ampla e se refere, genericamente, a todo e qualquer crime cometido contra o público infantojuvenil, ainda que não se trate de violência doméstica e familiar) não se aplica nenhuma norma contida na Lei nº 9.099/95, nenhum benefício despenalizador previsto na Lei dos Juizados Especiais Criminais⁷⁰ e o crime de lesão corporal leve ou culposo contra criança e adolescente passa a ser submetido à ação penal pública condicionada à representação.

⁷⁰ Diante da identidade de *ratio*, entendemos ser aplicável à violência doméstica e familiar praticada contra criança e adolescente as Súmulas de nº 536, 588 e 589, editadas pelo Superior Tribunal de Justiça, que, respectivamente, vedam a aplicação, aos delitos sujeitos à Lei Maria da Penha, da suspensão

Por fim, convém registrar que a novel Lei nº 14.344/2022, editada após a notória repercussão do assassinato do menino Henry Borel, homenageado no artigo 27 da norma, ainda traz importantes alterações para a Parte Especial do Código Penal, da qual destacamos a previsão de qualificadora para o homicídio contra menor de quatorze anos.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei nº 14.344/2022, de 24 de maio de 2022, publicada no DOU de 25/05/2022, entrou em vigência após 45 (quarenta e cinco) dias de sua publicação (vide art. 34 da lei). Finalmente, não sem algum atraso, é verdade, o ordenamento jurídico brasileiro conta com uma lei especialmente vocacionada a criar mecanismos para a prevenção, o combate e o enfrentamento de uma triste realidade que há anos povoa os noticiários jornalísticos: a violência contra crianças e adolescentes praticada dentro de suas casas, no recôndito de seus lares, não raras vezes por familiares e pessoas com quem mantém relação de afeto. Desde 2006, com a aprovação da emblemática e significativa Lei nº 11.340/2006, o Brasil conta com uma lei que muito já ajudou a coibir a violência de gênero doméstica e familiar contra a mulher. Ocorre que idosos, pessoas com deficiência, crianças e adolescentes também são vítimas da violência praticada no âmbito do domicílio/residência ou família. Dessa forma, ainda em tempo, a Lei nº 14.344/2022 surge com a finalidade de suprir a lacuna existente quanto ao tratamento jurídico da violência doméstica e familiar dirigida contra crianças e adolescentes, isto é, contra pessoas que ostentam ínsita vulnerabilidade advinda de sua peculiar condição de pessoas ainda em franco estágio de desenvolvimento.

O presente artigo teceu breves comentários sobre alguns dispositivos da novel Lei nº 14.344/2022, sem o afã de esgotar a análise do diploma legal, sobretudo porque, tratando-se de uma lei bastante recente, espera-se que a doutrina especializada ainda se debruce com maior afinco sobre eventuais dúvidas que a lei pode despertar. Entretanto, do que já se viu, é forçoso concluir que a Lei nº 14.344/2022 sofreu inequívoca influência da Lei Maria da Penha, o que se percebe, inclusive, na semelhança de redação entre diversos dispositivos da nova lei e da Lei nº 11.340/2006. E, de fato, a Lei Maria da Penha pavimentou importante caminho no

condicional do processo, da transação penal, da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e do princípio da insignificância.

enfrentamento da violência doméstica e familiar e, durante quase vinte anos de existência, sofreu importantes alterações que visaram a conferir maior efetividade e eficácia à legislação. Destarte, aguarda-se que a Lei nº 14.344/2022 siga na mesma trilha e logre resultados tão positivos como aqueles da “irmã mais velha” (a Lei Maria da Penha), contribuindo para a mudança de cultura da população brasileira.

Espera-se, pois, que a Lei nº 14.344/2022 sirva como efetivo instrumento para o combate à violência doméstica e familiar contra o público infantojuvenil, favorecendo a prevenção e a repressão a episódios lamentáveis como a gravidez infantil oriunda de estupros incestuosos e as torturas e maus-tratos infrafamiliares.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDREOTTI, Cristiane. **Enfrentamento da revitimização**: a escuta de crianças vítimas de violência sexual. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2012.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, [...]; Brasília: 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 10 jun. 2022.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010**. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Brasília: 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm. Acesso em: 10 jun. 2022.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 14.321, de 31 de março de 2022**. Altera a Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, para tipificar o crime de violência institucional. Brasília: 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/L14321.htm. Acesso em: 08 jun. 2022.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 14.344, de 24 de maio de 2022**. Cria mecanismos para a prevenção e o enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a criança e o adolescente, [...]. Brasília: 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Lei/L14344.htm. Acesso em: 10 jun. 2022.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Comentários à Lei 13.827/2019, que autoriza a aplicação de medida protetiva de urgência pela autoridade policial. **Dizer o Direito**. 2019. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2019/05/comentarios-lei-138272019-que-autoriza.html>. Acesso em: 11 jun. 2022.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista Pinto. **Violência doméstica: Lei Maria da Penha: comentada artigo por artigo**. 5ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime**. Lei 13.964/2019: Comentários às Alterações no CP, CPP e LEP. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 15ª ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2022.

DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Eduardo. **Comentários à Lei nº 13.431/2017**. Curitiba: Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente e da Educação do Ministério Público do Paraná, 2018. Disponível em: https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/caopca/lei_13431_comentada_jun2018.pdf. Acesso em: 11 jul. 2020.

FUKS, Lucia Barbero. Abuso sexual de niños en la familia. In: VOLVONICH, Jorge R. (comp.). **Abuso sexual en la infancia**. Buenos Aires: Grupo Editorial Lumen, 2002.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 3ª ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas: volume 1**. 14ª ed., revista, atualizada e reformulada. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

OLIVEIRA, Heitor Moreira de. O Imprescindível Compartilhamento de Dados entre os Órgãos do Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente Vítima ou Testemunha de Violência e a Cláusula de Sigilo. In: FURLANETO NETO, Mário; GIMENES, Eron Veríssimo (orgs.). **Direito na Era Digital**. Bauru: Ed. Edipro, 2022.

RODRIGUES, Maria Natividade Silva. **Violência Intrafamiliar**. O abuso sexual contra Crianças e Adolescentes. Jundiaí: Paco Editorial, 2017.

SANDERSON, Christiane. **Abuso Sexual em Crianças**. Trad. por Dalva Chaves de Almeida Ferrari. São Paulo: M. Books do Brasil Editora Ltda., 2008.

WILLIAMS, Lúcia Cavalcanti de Albuquerque. Introdução ao estudo do Abuso Sexual Infantil e Análise do Fenômeno no Município de São Carlos. In: WILLIAMS, Lúcia Cavalcanti de Albuquerque; ARAÚJO, Eliane Aparecida Campanha (orgs.). **Prevenção do Abuso Sexual Infantil**. Um Enfoque Interdisciplinar. 1ª ed. (ano 2009). 2ª reimp. Curitiba: Juruá, 2011, p. 21-40.

LA LINGUA, DIRITTO INSOPPRIMIBILE DELL’UOMO, IL NAPOLETANO

(‘A lengua, deritto ‘e ll’Ommo,’o Nnapulitano)

*Massimiliano Verde*⁷¹

*Giuseppe Pietro Buono Nardella-Dellova (for publication approval)*⁷²

SUNTO

L'idioma (ιδίωμα) è, la capacità umana di esprimere la propria particolarità, unicità e diversità. Diritto insopprimibile dell'Uomo. Tutte le manifestazioni pertanto, dirette od indirette a

⁷¹ **Massimiliano Verde**, Dottore Magistrale in Scienze Politiche, formatore esperto del patrimonio linguistico storico-culturale della Campania; Presidente del gruppo scientifico internazionale “Accademia Napoletana”, tutela e promozione della cultura e lingua napoletana. Interlocutore e referente UNESCO per l’IYIL 2019 (International Year of Indigenous Language) l’International Mother Language Day e l’International Decade of Indigenous Languages 2022-2032 per la lingua Napoletana; Membro ed coordinatore del gruppo “Language Rights, Derechos Lingüísticos, Lenguas y Comunidades de Hablantes en riesgo”; Membro e Periodista di “Lenguas Radicales” (Universidad de Atacama, Chile), Membro e collaboratore della Red Internacional de Investigadores de Lenguas, Literatura y Educación. Collabora con l’AIAE (Association of Italian American Educators), l’Italian Community of Westbury (NY), la Real Academia de Cultura Valenciana, l’Institut d’Estudis Valencians, l’Università di Atene, la Universidad URCA do Cariri.

⁷² **Prof. Dr. Giuseppe Pietro Buono Nardella Dellova** (*Pietro Nardella-Dellova*). President of the Editorial Board for approval of this international article. (coord. RDC – Rivista di Diritto Civile), Dottore in Scienze Sociali e Giuridiche. Poeta. Membro del gruppo scientifico internazionale “Accademia Napoletana”.

sradicare la lingua di un popolo, di una comunità, di una realtà umana e culturale, conducono ad eliminare ciò che in esso vi è di più visibile e di più vivo, specifico e costituiscono certamente un'aperta violazione dei diritti umani risolvendosi in un vero e proprio linguicidio. che non esige necessariamente che uno Stato imponga con la coercizione una Lingua a scapito di un'altra. In quest'articolo ci occupiamo del caso del Napoletano, lingua materna di una comunità umana in Italia e nel mondo. Problemi, violenze e resistenza in costanza di un'ideologia colonialista, razzista opprimente al servizio di un'oppressione sociale, economica, culturale e politica, verso una comunità, quella napoletana indotta all'indigenismo attraverso lo strumento dei mass-media.

Parole chiave: *Lingua, Italia, Napoletano, diritti umani, cultura.*

ABSTRACT

The idiom (ιδίωμα) is the human ability to express one's particularity, uniqueness and diversity. An insuppressible human right. Therefore, any direct or indirect activities to eradicate the language of a people, of a community, is a blatant violation of human rights and more, a real linguicide which does not necessarily require a State to coercively impose a Language at the expense of another. In this article we deal with the case of Neapolitan, the mother tongue of a human community in Italy and in the world. Problems, violence and resistance of a community to an oppressive colonialist, racist ideology at the service of a social, economic, cultural and political oppression, towards a community, the Neapolitan one that's induced to an indigenism by the Italian mass media. A problem of human rights in Italy.

Key words: *Language, Italy, Neapolitan, human rights, culture.*

1. INTRODUZIONE

Il diritto alla parola e alla lingua è un diritto insopprimibile ovvero è il diritto alla libera espressione di un essere umano e il suo soddisfacimento non è negoziabile e costituisce un obbligo per tutti: uomini, donne, famiglie, scuola e gli stessi Stati.

È fondamentale sottolineare che “oggi le lingue vengono uccise a un ritmo molto più veloce che mai nella storia umana, e relativamente molto più veloce della biodiversità. Di conseguenza, la diversità linguistica sta scomparendo” (Skutnabb-Kangas, 2000, p. 5). Secondo la Language Conservancy negli Stati Uniti (2020), “oggi le voci di oltre 7.000 lingue risuonano in ogni momento nel nostro pianeta, ma circa 2.900 o il 41% sono in pericolo. Al ritmo attuale, circa il 90% di tutte le lingue si estinguerà nei prossimi 100 anni”. Per questo motivo, la scomparsa della lingua è una delle crisi più gravi della Terra. Come sottolineato dal Rapporto

di sintesi sull'Anno internazionale delle lingue indigene, 2019 (Forum permanente delle Nazioni Unite sulle questioni indigene, 2020), nonostante il loro immenso valore, le lingue in tutto il mondo continuano a scomparire a ritmi allarmanti. Il fatto che molte di queste siano lingue indigene/autoctone mette a rischio le culture e i sistemi di conoscenza indigeni/autoctoni a cui appartengono tali lingue. Poiché molti parlanti di lingue indigene/autoctone usano anche una o più altre lingue, c'è un rischio maggiore che tali lingue scompaiano, dal momento che diventano per così dire, superflue. In termini pratici, il rischio è che i genitori e gli anziani non possano più trasmettere le lingue materne ai propri figli e che queste cadano in disuso.

È importante rilevare infatti che ogni volta che una lingua scompare, tutto il mondo perde una grande ricchezza poiché l'estinzione della lingua implica la scomparsa dell'identità culturale così come la perdita della conoscenza intellettuale, culturale e spirituale e molte volte questi patrimoni d'identità vengono sostituiti da altro, dalle lingue della società dominante, questo come vedremo accade in Italia per il Napoletano, oggetto di indigenismo e degradazione. Pertanto, ora più che mai, è necessario ricordare il valore e l'importanza delle lingue minoritarie e soprattutto minorizzate come il Napolitano poiché in ispecie questo, conosciuto ed apprezzato nel mondo e come tutte le lingue del mondo, contribuisce alla ricchezza dell'umanità.

La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, sancisce solennemente infatti che l'ideale dell'essere umano libero può essere conseguito soltanto se vengono create condizioni le quali permettano ad ognuno di godere tra gli altri, dei propri diritti culturali e, la Carta delle Nazioni Unite (1945) nell'articolo 55c, enuncia il rispetto universale e l'osservanza dei diritti umani e delle libertà fondamentali per tutti senza distinzione di razza, sesso ed appunto di lingua, tutelando così la diversità di ogni essere umano e quindi di ogni identità linguistica, culturale, ecc.

Compromettere pertanto la libertà di utilizzare una lingua significa, in qualche modo attentare all'identità culturale di una comunità, d'una identità territoriale, d'un Popolo, insomma un danno irreparabile alla realizzazione dei suoi diritti culturali implicando perciò stesso l'*effettiva impossibilità* di attuare uno *specifico* patrimonio culturale ma anche un' offesa all'integrità della persona umana ed alla dignità ed al libero sviluppo della personalità d'un individuo come richiama l'art.22 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo delle Nazioni Unite.

Per quanto concerne il Napoletano noi utilizziamo il termine lingua e non dialetto perché innanzitutto il Napoletano è la lingua della comunità e dell'identità culturale dei napoletani,

(diffusione territoriale del c.d. volgare pugliese, che correva e corre, non considerando l'emigrazione intra-extra confini italiani, dagli Abruzzi alle Calabrie) a Napoli, in Italia, ovunque essi siano nel mondo. Il Napoletano infatti è trasmesso come lingua materna in una linea di diretta continuità dai genitori ai figli come appurato da solide ricerche accademiche.

Il Napoletano è dunque, a prescindere da ogni altra polemica, inutile ed artificiosa, la lingua dei Napolitani, dell'anima e del corpus culturale di Napoli e dell'identità napolitana, un tempo (ma ancora) "nazione". Il Napoletano ovvero l'idioma- *ιδίωμα* -della comunità di fanciulli, donne, uomini e di ogni *identità* sessuale differente, napolitani soffre una potente violenza socioculturale in Italia e di riflesso internazionale.

2. PROBLEMATICA

Il diritto alla Lingua ricade in quanto tale nella fondamentale sfera del diritto all'autodeterminazione dei popoli, in virtù di cui, come leggiamo nel Patto internazionale sui diritti civili e politici di New York, i popoli stessi perseguono liberamente e senza discriminazioni di Lingua. Lo sviluppo economico, sociale e culturale di ogni comunità deve essere garantita del diritto internazionale e la legge deve proibire qualsiasi discriminazione e garantire invece a tutti gli individui una tutela eguale ed effettiva contro ogni discriminazione, sia essa fondata sulla razza, il colore, il sesso, la lingua ed ancora proibendo che, in quegli Stati nei quali esistono minoranze linguistiche gli individui appartenenti a tali minoranze siano privati del diritto di avere una vita culturale propria o di usare la propria lingua, in comune con gli altri membri del proprio gruppo.

Difatti come leggiamo nella Dichiarazione sui diritti delle persone appartenenti a minoranza nazionale o etnica, religiosa e linguistica: le persone appartenenti a minoranza hanno il diritto di costituire e mantenere, senza alcuna discriminazione, contatti liberi e pacifici oltre che con altri membri di altri gruppi e con persone appartenenti ad altre minoranze, anche contatti al di là dei confini con cittadini di altri Stati ai quali esse siano collegate da legami nazionali o etnici, religiosi o linguistici. La Dichiarazione impone agli Stati di adottare misure allo scopo di creare condizioni favorevoli a far sì che le persone appartenenti a minoranza possano esprimere le proprie caratteristiche e sviluppare la loro cultura, lingua ed ove

necessario, misure nel campo dell'educazione, al fine di incoraggiare la conoscenza della storia, delle tradizioni, della lingua e della cultura di tali minoranze.

Ancora e molto appropriatamente per garantire il diritto all'Istruzione, alla luce della cultura per i giovani e tra i giovani non possiamo non menzionare la Convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York, 20 novembre 1989, in particolare l'articolo 12: "Il diritto alla libertà di espressione che impone agli Stati ratificanti di inculcare nel fanciullo il rispetto per la sua identità, la sua lingua, e i suoi valori culturali, in conformità con le disposizioni dell'articolo 29 della stessa Convenzione" mentre l'art. 30 sancisce che un bambino appartenente ad una minoranza "non deve essere privato del diritto, insieme agli altri membri del suo gruppo, di utilizzare la propria lingua".

Inoltre il precedente art.29 impone agli Stati parte di attivarsi affinché al fanciullo sia garantita un'educazione rispettosa della propria *identità* culturale e linguistica. Questi principi sono completamente disattesi nei confronti della comunità di lingua materna napoletana, in primis per i fanciulli. Disattesi a scuola, nelle università e in ogni contesto sociale e dei mass-media.

In sede europea occorre ricordare che l'interculturalismo ed il plurilinguismo sono valori sottolineati dalla Carta Europea delle Lingue Regionali debitrice, quanto alla sua stesura, del contributo del napoletano Gaetano Arfé per il quale si poneva come inderogabile per la stessa coesione dei popoli d'Europa preservarne le lingue viventi, per arricchirne in tal modo, mediante l'apporto di tutti i loro componenti, la molteplice cultura. La salvaguardia di un patrimonio vivente di lingue e di culture infatti non può realizzarsi per Arfé se non creando e consolidando le condizioni idonee e necessarie a che questo stesso patrimonio linguistico possa trovare continuo alimento al proprio sviluppo culturale ed economico in quanto: l'identità di una regione può esistere unicamente se questa popolazione può viverci e lavorarci. Giustamente ed in tal senso Arfé raccomandava finanziamenti ad hoc per una educazione plurilinguistica da attuare attraverso progetti-pilota al fine di assicurare insieme la sopravvivenza delle culture e la loro apertura all'esterno, infine con l'insegnamento delle lingue e culture regionali nell'ambito dei programmi ufficiali, dalla scuola materna fino all'Università.

La Carta Europea delle Lingue Regionali accoglie la relazione Arfé stimolando gli Stati della UE a promuovere le lingue regionali e minoritarie favorendo il loro uso, orale e scritto sia nella vita pubblica che privata ed impone di eliminare ogni forma di distinzione, di esclusione,

di restrizione o di preferenza ingiustificata nei confronti delle lingue regionali o minoritarie, e che abbia lo scopo di scoraggiare o di mettere in pericolo lo sviluppo delle stesse.

L'UNESCO infatti, incoraggia e promuove l'educazione multilingue basata sulla lingua madre o prima lingua. Essa pertanto sostiene (e come Accademia Napoletana seguiamo nel nostro lavoro il percorso tracciato e le sue indicazioni) un tipo di educazione che inizia nella lingua che lo studente padroneggia di più e poi gradualmente introducendo altre lingue. Questo approccio infatti consente agli studenti la cui lingua madre è diversa dalla lingua di insegnamento (nel nostro caso l'Italiano, lingua insegnata vs lingua madre, il Napolitano) di colmare il divario tra casa e scuola, di scoprire l'ambiente scolastico in una lingua *familiare* e, quindi, di imparare meglio.

L'istruzione multilinguistica basata sulla lingua madre facilita l'accesso e l'inclusione nell'apprendimento per gruppi di popolazione che parlano lingue non dominanti, lingue di gruppi minoritari e lingue indigene. Pertanto è indispensabile sensibilizzare le nuove generazioni alla grande storia culturale e linguistica napoletana oltre che introdurre nelle scuole almeno della città di Napoli lo studio della grammatica, letteratura e canzone napoletana, attraverso sia materiale editoriale per ragazzi "bi-lingue" a partire dalla comunanza tra lingue romanze (napoletano-italiano; napoletano-francese, spagnolo e così via).

Come Accademia Napoletana in tal senso abbiamo realizzato, con un metodo ad hoc, di livello europeo, un corso di lingua e cultura napoletana (il primo riconosciuto da un'autorità pubblica italiana), metodo curato dal compianto filologo, Prof. Carlo Iandolo, già membro dell'Accademia Napoletana, e successivamente due progetti didattici ad hoc (nell'ambito della programmazione europea per la cultura e l'educazione).

Il Napoletano, ripetiamo, è trasmesso come lingua materna in una linea di diretta continuità dai genitori ai figli. Ciò è utile per comprendere quanto emerge da diversi studi della Banca Mondiale secondo i cui "Il 50% dei bambini che non va a scuola nel mondo vive in comunità dove la lingua di scolarizzazione è raramente o mai la lingua usata a casa. Questo porta a bassi livelli di apprendimento e alti livelli di abbandono e ripetizione degli anni scolastici". Quando la lingua madre viene utilizzata come mezzo di insegnamento per almeno un periodo compreso tra 6 e 8 anni, al contrario i risultati sono impressionanti e si hanno:

1) un aumento della fiducia in se stessi, della propria autostima; 2) una riduzione del tasso di abbandono scolastico; 3) migliori risultati accademici; 4) un periodo di scolarizzazione più lungo; 5) migliori risultati dei test scolastici; 6) una maggiore capacità nel parlare, maggiore

scioltezza e correttezza sia nella propria lingua madre sia nella lingua ufficiale o predominante, nel nostro caso l'Italiano; 7) Maggiore coinvolgimento e sostegno delle famiglie e delle comunità di questi ragazzi.

Ecco quindi che un'istruzione ad hoc nella lingua napoletana potrebbe avvicinare i ragazzi napoletani scarsamente alfabetizzati a riprendere l'accesso a scuola: in tal senso abbiamo realizzato anche un metodo d'intercomprensione, multilinguistico. Purtroppo con notevoli difficoltà e silenzio da parte delle istituzioni locali e regionali che al contrario sembrano affiancarsi ad istituzioni di tipo centrale che si occupano della lingua dominante (!) ovvero l'Italiano. Invero la situazione del Napoletano invece si presenta sul punto di non ritorno e ciò anche alla luce del fatto che invece, sarebbe necessario tutelare il patrimonio culturale e linguistico di Napoli, riconosciuto il fondamentale contributo culturale e storico-artistico anche alla costruzione della Nazione italiana, considerato il concorso del Napoletano alla costruzione della stessa lingua italiana (a partire almeno dai Placiti di Cassino) ed in tal senso, ancora, non possiamo non richiamare l'art.9 della Costituzione Italiana quando recita che la Repubblica tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione.

In Italia invece l'oppressione (soft o meno) socioculturale e l'abbandono di questo patrimonio è enorme.

In primis in Italia si assiste ad una pervicace ideologia di tipo lombrosiano nei confronti dell'identità linguistica napoletana tanto che è l'istituzione familiare che davanti ad una costruzione linguistica esterna (figlia di quell'ideologia), "funzionale" e quindi politica, promosso dall'organizzazione statale, di tipo oppressivo, colonialista ed indigenista, spontaneamente auto-censura nei figli, parzialmente e spesso anche completamente la lingua madre napoletana, compromettendo per sempre parte della loro identità, molto spesso inculcando il senso di vergogna per la loro prima lingua, culturalmente vilipesa e considerata alla stregua di qualcosa appunto di cui vergognarsi. D'altro canto ad opera dei mass-media (non importa anzi ed è ancor più grave, se proposta da interpreti napoletani) si assiste ad una mitizzazione in senso criminogeno o indigenista di questa lingua madre, quale è il Napoletano, attraverso ad esempio le arti cinematografiche e teatrali, le opere letterarie, che si pongono in contraddizione anche con i principi sanciti dalle convenzioni internazionali a difesa dalle discriminazioni e violenze di genere.

È questo il caso delle donne di lingua napoletana *oggettivate* mediaticamente, direttamente od indirettamente come vittime sic et simpliciter per via della loro etnia o

condizione socioculturale o rappresentate in modo indigenista, folclorista, degradante, superficiale, ecc. (soap opera, fictions, programmi TV, cinema, ecc.).

Situazione che stride anche con quanto enunciato dall'articolo 17 della Convenzione di Istanbul che invece prevede la partecipazione del settore privato e dei mass media all'elaborazione e attuazione di politiche, linee guida e norme di autoregolamentazione per prevenire la violenza di genere e rafforzare il rispetto della *dignità* della donna.

La Convenzione sulla prevenzione e la lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica - meglio nota come 'Convenzione di Istanbul' - adottata dal Consiglio d'Europa l'11 maggio 2011, entrata in vigore il 1° agosto 2014, a seguito del raggiungimento del prescritto numero di dieci ratifiche, vede lo stato italiano coinvolto in un ruolo importante, essendo l'Italia stata tra i primi paesi europei a fare propria la Convenzione, ratificandola con la legge 27 giugno 2013, n. 77. Ciononostante la tematica da noi summenzionata non trova alcuna rilevanza relativamente al suddetto art.17. Situazione che denunciamo anche altrove (ad interlocuzione con la stessa UNESCO per l'International Decade of Indigenous Languages 2022-2032) come Accademia Napoletana.

Sono frequenti infatti le rappresentazioni cinematografiche circa la donna di lingua materna napoletana, fatta oggetto di fat shaming, indigenismo, volgarità e criminalizzazione e degradazione sociale con una sorta di macchia di tipo appunto lombrosiana, nel silenzio di ogni consorzeria femminista, dei diritti civili delle comunità che si occupano di contrasto alla violenza di genere.

Assordante in tal senso il silenzio delle autorità locali e centrali italiane e degli stessi intellettuali napoletani occupati molto spesso a rafforzare consapevolmente o meno (?) quest'ideologia razzista e discriminatoria verso identità, comunità, persone in carne ed ossa. Situazione non dissimile ai contesti socio-culturali e politici colonizzati (borghesia vende Padria).

3. TEMATICA

Occorre sottolineare che la perdita, edulcorazione, mistificazione, degradazione, della lingua napoletana oggi in atto, in quanto espressione viva di questo patrimonio culturale, implica perciò stesso l'inizio di un processo di *trasformazione* che sta portando alla sua distruzione o scomparsa con il pericolo di compromissione concreta dello stesso principio della dignità dell'uguaglianza di tutte lingue, in definitiva, della stessa tutela delle *differenze* già

protette dall'articolo 3, comma 1 della Costituzione Italiana ed in violazione pure dell'art.21 che garantisce a Tutti il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione.

La possibilità infatti, di potere utilizzare correttamente, pienamente e senza condizionamenti di tipo indigenista, ideologico, ecc., la propria lingua, farla continuare a vivere e quindi *garantirne* l'insegnamento (in ossequio anche agli artt. 6, 33 Cost.), rappresenta uno dei più importanti elementi del diritto di trasmettere un'identità culturale ed è pertanto come si vede, intimamente connessa allo stesso diritto alle libertà *universalmente riconosciute*.

Il diritto alla lingua e il Napoletano invece e purtroppo, è un caso eclatante di minorizzazione socioculturale imposta, ricade in quanto tale anche nella fondamentale sfera del diritto all'autodeterminazione dei popoli, in virtù di cui, come ricordiamo nel Patto internazionale sui diritti civili e politici di New York, i popoli stessi perseguono liberamente e senza discriminazioni di Lingua il loro sviluppo economico, sociale e culturale e la legge deve proibire qualsiasi discriminazione e garantire invece a tutti gli individui una tutela eguale ed effettiva contro ogni discriminazione, sia essa fondata sulla razza, il colore, il sesso, la lingua ed ancora proibendo che, in quegli Stati nei quali esistono minoranze linguistiche gli individui appartenenti a tali minoranze siano privati del diritto di avere una vita culturale propria o di usare la propria lingua, in comune con gli altri membri del proprio gruppo. Difatti come leggiamo nella Dichiarazione sui diritti delle persone appartenenti a minoranza nazionale o etnica, religiosa e linguistica: le persone appartenenti a minoranza hanno il diritto di costituire e mantenere, senza alcuna discriminazione, contatti liberi e pacifici oltre che con altri membri di altri gruppi e con persone appartenenti ad altre minoranze, anche contatti al di là dei confini con cittadini di altri Stati ai quali esse siano collegate da legami nazionali o etnici, religiosi o linguistici. La Dichiarazione impone agli Stati di adottare misure allo scopo di creare condizioni favorevoli a far sì che le persone appartenenti a minoranza possano esprimere le proprie caratteristiche e sviluppare la loro cultura, lingua ed ove necessario, misure nel campo dell'educazione, al fine di incoraggiare la conoscenza della storia, delle tradizioni, della lingua e della cultura di tali minoranze.

Inoltre, come Accademia Napoletana, difendiamo e promuoviamo l'identità linguistica e culturale Napoletana anche perché il Napoletano, come ci ricorda l'UNESCO è una Lingua *vulnerabile* in quanto non parlata né soprattutto correttamente scritta, né tanto meno tutelata dallo Stato Italiano, malgrado sia in questo Stato la Lingua più diffusa dopo quella "nazionale"

(se non consideriamo i milioni di “Napoletanofoni” ovverosia coloro che anche d’origine napoletana o meridionale nel mondo sono capaci d’esprimersi, intendere e comprendere anche un dialetto della Lingua Napoletana).

La lingua Napoletana nella sua evoluzione è difatti precedente all’Italiano come al Latino, (sostrato osco e greco dorico) a una grammatica ed una struttura grammatica e fonetica complessa : possiamo dire che è una lingua che si evolve da ben 3000 anni e pertanto è davvero inverosimile che non venga né insegnata né adeguatamente tutelata considerato anche che l’Unione Europea rispetta la *diversità culturale, religiosa e linguistica* richiamandosi proprio al rispetto dei diritti umani come tutelati internazionalmente. Napoli, il suo patrimonio culturale e per ciò stesso anche quello linguistico sono infatti *elementi costitutivi del patrimonio e dell’intera Umanità*, come ci ricorda proprio l’UNESCO quando sancisce che *Napoli è Città Patrimonio dell’Umanità* riconoscendo l’unicità dell’Identità Culturale Napoletana.

Il patrimonio linguistico napoletano si confronta con la lingua italiana che, solo nel dopo guerra con la tv e radio *di Stato* si è *imposta* alla generalità degli italiani (al momento dell’unità d’Italia, ci ricorda De Mauro, solo il 2,5 per cento della popolazione conosceva l’Italiano al di fuori di Toscana e Lazio) come pure - per sole ragioni storico-politiche - qui essendo il vulnus della questione dell’assenza di “funzionalità” del Napoletano (che fa spazio ad una funzionalità *imposta*, appunto, dell’italiano) richiamata dal compianto ed illustre Prof. Carlo Iandolo – argomentando alla stregua dell’abate Ferdinando Galiani, aveva trovato spazio il dialetto fiorentino specie con la pressione delle lobbies mercatali e banchiere toscane, finalizzata ad *imporre* il loro dialetto come lingua comune.

Occorre inoltre sottolineare il fatto che larghi strati della popolazione campana e del “Mezzogiorno”, ancor oggi sono bi-lingue ed anzi molto spesso la loro prima lingua non è l’italiano ma il Napoletano o sue varianti. Oggi può anche dirsi che, anche a causa della grande emigrazione degli anni del dopo guerra nel Nord Italia, si è anche avuta una certa “influenza” del napoletano sulla lingua italiana, soprattutto attraverso la canzone, la cucina, la tradizione religiosa popolare, la filmografia ed il teatro. Negli Stati Uniti addirittura il napoletano è considerato titolo nei curriculum di assunzione. Sia per le aziende private sia per la pubblica amministrazione ed in Argentina ci sono corsi universitari di “Napolitano”.

Una lingua, quale quella napoletana che è quella dell’antifascismo, della democrazia e della resistenza al nazismo (4 giornate di Napoli). Praticamente sconosciute alle nuove generazioni (inesistenti nei programmi scolastici) autori e personalità che hanno fatto la storia

della cultura e della lingua napoletana come ad esempio Ferdinando Russo o Raffaele Viviani. Proprio l'antifascismo della lingua napoletana è espresso magnificamente in Viviani laddove il grande commediografo, poeta e gigantesco attore, denuncia potentemente l'omologazione culturale e linguistica voluta dalla dittatura di Benito Mussolini molto prima di Pasolini. L'uso del Napoletano insomma come strumento di riscatto sociale oggi giorno completamente assente o artatamente adottato verso fasulle vie di "evoluzione" sociale. La lingua Napolitana è inoltre una via realmente fondamentale per trasmettere la filosofia magno-greca del “saper vivere al meglio” (sapé campà, in Napoletano) così come l'antico vocalismo greco.

Il Napoletano, promuove il rispetto della diversità culturale e dell'orientamento sessuale grazie alle rappresentazioni sociali dei suoi parlanti. Basti pensare al culto per la Madonna Nera, detta Mamma Schiavona o alla “juta” dei femminielli (travestiti, non eterosessuali). Il legame con la cultura greca è ancora molto forte: in età classica gli ermafroditi erano considerati l'apice della meraviglia umana, poiché condensavano in un unico corpo la bellezza femminile, rappresentata dalla dea Afrodite, e la forza maschile, rappresentata dal dio Ares.

E Napoli era la capitale della Magna-Grecia. Da quanto appena detto si comprende l'indispensabilità per il rispetto di ogni diversità umana della Lingua e Cultura dei Napolitani. Oggi sotto potente attacco. Quindi il napoletano è:

a) una lingua vulnerabile così codificata dall'UNESCO (codice ISO 639-3: nap);
b) veicolo internazionale del patrimonio storico (e artistico) di Napoli, così definita dall'ICOMOS, città di unicità incomparabile. La lingua Napoletana ed il suo patrimonio linguistico, celebrati universalmente in tutte le manifestazioni artistiche e culturali, dal cinema al teatro, alla canzone, alla poesia ma paradossalmente non insegnati né, come ci ricorda l'UNESCO, dovutamente tutelati e quindi nel tempo a rischio scomparsa e molto spesso addirittura derisi e ridicolizzati in infimi stereotipi che accompagnano sovente la rappresentazione dei cittadini di Napoli o più ampiamente del cosiddetto Mezzogiorno, con un effetto concreto di *discriminazione* ed offesa alla Lingua, al territorio ed alla stessa identità Napoletana, in violazione dei diritti umani più sopra ricordati.

Tale rappresentazione mediatica contribuisce a diffondere ancor più una sotto-cultura che induce, in un pericoloso effetto domino, le giovani generazioni ad alterare, per adeguarsi a questi stessi canoni commerciali, da romanzo criminale e di estremizzazione e generalizzazione di ambienti sociali abbandonati dalle istituzioni, la pronuncia napoletana, facendole perdere le sue peculiarità migliori, la musicalità e l'espressività, che hanno reso la sua parlata famosa ed

amata a livello internazionale. Il tutto conduce quindi ad una ripetuta violenza culturale, sociale e pertanto, appunto, linguicida nei confronti d'un'intera popolazione e comunità culturale, quella appunto napoletana.

Infatti, secondo la Convenzione, gli Stati Parti devono, quando le circostanze lo richiedono, adottare, in campo sociale, economico, culturale e altro, misure speciali e concrete per assicurare l'adeguato sviluppo e la protezione di determinati gruppi razziali o individui che ne fanno parte, al fine di garantire loro il pieno ed eguale godimento dei diritti umani e delle libertà fondamentali. Inoltre: gli Stati parti si impegnano a proibire ed eliminare la discriminazione razziale in tutte le sue forme e a garantire il diritto di tutti, senza distinzione di razza, colore o origine nazionale o etnica, all'uguaglianza davanti alla legge, in particolare nel godimento dei benefici economici, diritti sociali e culturali, in particolare il diritto a un'equa partecipazione alle attività culturali.

Essi s'impegnano ad adottare misure immediate ed efficaci, in particolare nei settori dell'insegnamento, dell'istruzione, della cultura e dell'informazione, al fine di combattere i pregiudizi che portano alla discriminazione razziale e promuovere la comprensione, la tolleranza e l'amicizia tra le nazioni e le o gruppi etnici.

La rappresentazione sociale e culturale della comunità napoletana e della sua lingua in Italia e la mancanza di tutela giuridica del napoletano contrasta con quelle misure che lo Stato italiano dovrebbe adottare nei campi dell'insegnamento, dell'educazione, della cultura e dell'informazione, per contrastare quei pregiudizi che portano alla discriminazione. Non è un caso che negli ultimi trent'anni al Tg1 (il telegiornale di RAI1, radiotelevisiva italiana) solo il 9% delle notizie relative al cosiddetto Mezzogiorno viene pubblicizzato e quasi tutte riguardano la cronaca nera; negli anni 2000 gli articoli della stampa italiana sul Mezzogiorno sono diminuiti dell'80% e anche questi straripano sull'esclusivo tema criminale (Cremonesini & Cristante, 2015).

I bambini napoletani sono indotti a discriminarsi e ad odiarsi. Inoltre, sono anche discriminati od oggetto di pregiudizio dell'intera comunità italiana. Come si dice in Italia i parlanti napoletani vengono presentati come "simpatici ignoranti" (è il caso di una pubblicità Telecom che ha un personaggio chiamato Gennaro – classico nome napoletano – che si comporta da scemo rispetto alle persone con accento nord italiano); un altro esempio di questo tipo di pubblicità è Red Bull (il napoletano come lingua dei poltroni). Inoltre, i cartoni animati includono personaggi che svolgono un ruolo negativo e per rafforzare tale ruolo parlano con

accento napoletano (ad esempio, la versione italiana di “Zootropolis” o “I Simpson”, come il capo della polizia non qualificato, irresponsabile e insaziabile Winchester, ecc.). Disastrosa poi la situazione a livello di rappresentazione cinematografica (degradazione e vittimizzazione della donna meridionale, criminalizzazione delle nuove generazioni di napoletani, induzione all’esoterismo lombrosiano-spiritista, ecc.) delle numerose fictions girate a Napoli.

Tipico infatti dell’ideologia lombrosiana incasellare il “meridionale” nel ruolo di violento, atavico e/o primitivo e femmicida. In tal senso notasi chiari ed evidenti stereotipizzazioni a carico della donna meridionale “druda”, prostituta, “vittima” obbligata di un atavico patriarcato che esigerebbe evoluzioni sociali e transumanze (ancora) geografiche e d’identità (secondo il classico femminismo bianco).

Evidenti contenuti che rimandano inderogabilmente al crimine, al degrado o quanto meno allo stereotipo del “buon selvaggio”. Osserviamo difatti, che negli ultimi anni su questo specchio ideologico, proprio dei paesi in cui insistono comunità autoctone o “native” per lo più, in concreto, culturalmente e socialmente, vittimizzate, si è più decisamente proiettata una visione metapsichica, costruita ad arte e venduta come “identità” popolare. Non sfugge, in questo contesto l’espressione linguistica, soprattutto napoletana esportata, secondo questa ideologia, internazionalmente. La risposta più comune e più banale che si dà in genere a queste osservazioni consiste nell’affermare, rispetto a vari prodotti commerciali, come ad esempio le numerose fictions o soap opera girate al Sud, una presunta caratterizzazione realistica, o presunta denuncia, di racconto “neorealistico”, di ottima fattura artistica. Invero non si comprende dove e come si denunci cosa, quanto invece si mostra palese da un lato un’istigazione all’imitazione di modelli anti democratici, per così dire “immortali” o di risibili ed acquiescenti indigenismi, quanto non più di mortifere mistificazioni ed alienazioni culturali (necrofilia, culto del macabro, etc.), spacciate appunto come “identità” e “tradizione”, dall’altro.

Ecco quindi le azioni sociali di personaggi (specie donne) fisicamente oltre che linguisticamente deformati, si potrebbe dire secondo modelli e status vincenti (magrezza, accenti ed edulcorazioni della lingua materna) che si pongono a monito educativo ed ad esempio, in una sorta di paternalismo (!) verso gli altri autoctoni che linguisticamente e con il loro modus agendi vanno “evoluiti”, grazie a questi modelli appunto rappresentativi di “nordiche” civiltà. Secondo il cliché dell’“house nigger” o indiano “sbiancato” (ideologicamente oltre che linguisticamente).

In questo contesto assume rilevanza il problema della lingua, vera espressione più intima e diretta della città di Parthenope. Il Napoletano a rischio, vulnerabile statui l'Unesco qualche anno or sono, quel Napoletano che come idioma romanzo non è debitore dell'Italiano, a questo precedente con salde radici nella Magna Grecia e nel sostrato fenomenale osco, evolutosi attraverso il latino popolare, ed arricchitosi e sublimando culture linguistiche di ogni dove nel corso dei secoli.

Il Napoletano scaduto a triviale neologismo criminale in certe fictions, elemento "identitario" di un degrado morale e sociale – atavico – pur nella possibile reazione e (presunto) riscatto sociale di alcuni romanzi e fictions, forzato, edulcorato e stereotipizzato in forme sciattamente e qualunquisticamente indigeniste, quanto meno impalbabile perfino nell'accento, per finire con formulazioni italianeggianti, prive di alcun senso, di altre. In questo modo, quella mistificazione e finale annichilimento del Napoletano praticamente appare evidente: assistiamo ad una de-strutturazione, de-costruzione del patrimonio linguistico e quindi culturale della comunità napoletana, in Italia e all'estero: un vero e proprio linguicidio perpetrato, proiettato e promosso multi lateralmente da certe élites culturali centrali. E non.

Dalla lingua della criminalità a quella del degrado morale e sessista a quella folcloristica e priva di reale senso popolare, alla lingua scarnificata, appaiono evidenti costanti attacchi alla coscienza del se popolare napoletano, mediante strumentalizzazioni atte alla de-privazione della sua lingua, indi tentativi di de-privazione dell'intima identità (ιδίωμα) di questa comunità culturale che comunque, resiste a questo scivolare (indotto) verso l'"Osso di seppia", per dirla con Montale. O contro infiltrazioni faustiane che non appartengono a questa civiltà. Alla luce di quanto scriviamo assume grande rilievo la Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale è stata adottata e aperta alla firma e alla ratifica con la risoluzione 2106 (XX) dell'Assemblea generale del 21 dicembre 1965, entrata in vigore il 4 gennaio 1969.

La Convenzione promuove e incoraggia il rispetto universale e l'osservanza dei diritti umani e delle libertà fondamentali per tutti, senza distinzione di razza, sesso, lingua o religione, secondo la Carta delle Nazioni Unite. Nella presente Convenzione, il termine "discriminazione razziale" indica qualsiasi distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata su razza, colore, discendenza o origine nazionale o etnica che abbia lo scopo o l'effetto di annullare o compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, su un piano di parità, dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale, culturale o in

qualsiasi altro campo della vita pubblica. Questo è molto importante dove i *diritti culturali e sociali* non sono pienamente rispettati, è il caso delle persone di madrelingua napoletana.

Infatti, secondo la Convenzione, gli Stati Parti devono, quando le circostanze lo richiedono, adottare, in campo sociale, economico, culturale e altro, misure speciali e concrete per assicurare l'adeguato sviluppo e la protezione di determinati gruppi razziali o individui che ne fanno parte, al fine di garantire loro il pieno ed eguale godimento dei diritti umani e delle libertà fondamentali.

Inoltre: gli Stati parti si impegnano a proibire ed eliminare la discriminazione razziale in tutte le sue forme e a garantire il diritto di tutti, senza distinzione di razza, colore o origine nazionale o etnica, all'uguaglianza davanti alla legge, in particolare nel godimento dei benefici economici, diritti sociali e culturali, in particolare il diritto a *un'equa partecipazione alle attività culturali*.

Ancora, la Convenzione impone agli Stati parti d'impegnarsi ad adottare misure immediate ed efficaci, in particolare nei settori dell'insegnamento, dell'istruzione, della cultura e dell'informazione, al fine di combattere i pregiudizi che portano alla discriminazione razziale e promuovere la comprensione, la tolleranza e l'amicizia tra le nazioni e le o gruppi etnici. In questo senso, riteniamo particolarmente rilevante il contrasto con il diritto ad un'eguale partecipazione alle attività culturali, diritto seriamente messo in discussione dallo scarso o assente accesso dei bambini madrelingua napoletani ad un sapere orientato al rispetto della loro cultura e patrimonio linguistico. Questo infatti, per i motivi sopra citati, dovrebbe necessariamente comprendere anche una – corretta – educazione nella e della propria lingua madre. Un'educazione basata sul valore e sulla dignità sociale della lingua e cultura napoletane, come patrimonio di un'intera comunità. Al contrario, in Italia, non è prevista alcuna tutela concretamente legale per la lingua napoletana.

La Carta richiede e lo sottolineiamo, di eliminare la discriminazione razziale in ogni sua forma per garantire il diritto all'uguaglianza davanti alla legge senza distinzione di origine etnica, nel pieno godimento, in particolare, dei diritti sociali e culturali. La rappresentazione sociale e culturale della comunità napoletana e della sua lingua in Italia e la mancanza di tutela giuridica del napoletano contrasta con quelle misure che lo Stato italiano dovrebbe adottare nei campi dell'insegnamento, dell'educazione, della cultura e dell'informazione, per contrastare quei pregiudizi che portano alla discriminazione.

Disgraziatamente chi scrive auspicherebbe che tutto quanto sopra fosse frutto di una personale fantasia (magari!) ma le conferme rispetto alle tesi succitate arrivano potenti e frequenti, ovviamente non dall'Italia ma dall'estero, soprattutto da comunità e personalità accademiche che per loro sfortuna sono a fronteggiare situazioni di colonizzazione culturale e sociali da almeno cinquecento anni. Ci riferiamo ai numerosi e positivi attestati, assenti circa quelle argomentazioni e collaborazioni con il Latino America, in ispecie e non da ultimo con alcuni paesi di comunità di origine afro.

Attestati e riconoscimenti internazionali che arrivano perfino dall'UNESCO, per cui chi scrive si occupa per il Napoletano del Decennio Internazionale delle Lingue Indigene 2022 - 2032. E non crediamo sia un caso. Tutto ciò nel silenzio ripetiamo assordante delle istituzioni competenti che nella città di Napoli e del territorio regionale sono state moltissime volte sensibilizzate su quanto sopra. Incluse quelli universitarie all'uopo costituite. Invano.

4. CONCLUSIONI

La situazione dei napoletano-parlanti oggi, nonostante si assista ad un revival di tipo commerciale per quanto concerne la lingua napoletana (totalmente scevro da basi e finalità pedagogiche), è disastrosa in spregio a tutti i principi sanciti solennemente di cui sopra e sfortunatamente nell'acquiescenza degli intellettuali e della politica napoletana (che in tal modo si dimostra napoletana soltanto nell'anagrafica). Per cui, considerando che ogni forma di riscatto sociale del popolo napoletano non può prescindere dal recupero reale e concreto del suo patrimonio linguistico, alla base di ogni inderogabile e completa re-identificazione della sua comunità e civiltà, qual è da millenni la napolitana risulta necessario e doveroso proseguire nel nostro progetto socio-culturale di promozione e sensibilizzazione in Italia ed internazionalmente, come Accademia Napoletana e ringraziamo il chiarissimo Prof. Avv. Dellova per sostenerci, per la ricostruzione della nostra identità, culturale e linguistica e della nostra stessa dignità di napolitani, semplicemente perché: "Nu Popolo senza Lengua Nun esiste".

BIBLIOGRAFIA

CARTA EUROPEA DELLE LINGUE REGIONALI O MINORITARIE, Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, 1° marzo 1998;

CONVENTION ON THE RIGHTS OF THE CHILD - CRC), 20 November 1989;

COUNCIL OF EUROPE CONVENTION ON PREVENTING AND COMBATING VIOLENCE AGAINST WOMEN AND DOMESTIC VIOLENCE ISTANBUL, 11.V.2011

DICHIARAZIONE UNIVERSALE DEI DIRITTI UMANI, ONU - Organizzazione delle Nazioni Unite, 10/12/1948;

DICHIARAZIONE DELLE NAZIONI UNITE DEI DIRITTI DELLE PERSONE APPARTENENTI A MINORANZE NAZIONALI O ETNICHE, RELIGIOSE E LINGUISTICHE, 18/12/1992;

INTERNATIONAL CERTIFICATE OF NEAPOLITAN LANGUAGE, NAPLES, 2017 in: https://www.academia.edu/33500613/INTERNATIONAL_CERTIFICATE_OF_NEAPOLITAN_LANGUAGE;

INTERNATIONAL CONVENTION ON THE ELIMINATION OF ALL FORMS OF RACIAL DISCRIMINATION, 4 January 1969, UN General Assembly, resolution 2106 (XX) of 21 December 1965;

LEDGEWAY, Adam, 2009. 'La grammatica diacronica del napoletano, De Gruyter

LAUD AND CLEAR, EFFECTIVE LANGUAGE OF INSTRUCTION POLICIES FOR LEARNING, 2021 International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank

MOSELEY, Christopher 2010, Atlas of the world's languages in danger, UNESCO

NAPOLI, LINGUA E CULTURA-BIS (NAPLES, LANGUAGE, AND CULTURE) PROJECT, European Structural Funds - National Operational Program "For school, skills and learning environments" 2014-2020, IC 72° Palasciano School, Naples, 2019/2020,

<https://en.iyil2019.org/resources/european-social-fund-project-naples-language-and-culture-napoli-lingua-e-cultura-2/>

PATTO INTERNAZIONALE SUI DIRITTI CIVILI E POLITICI, ONU - Organizzazione delle Nazioni Unite, 16/

DAS RELAÇÕES DE ADIMPLEMENTO E INADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES JURÍDICAS NO SISTEMA CONTEMPORÂNEO DE DIREITO CIVIL

Pietro Nardella-Dellova⁷³

RESUMO

A obrigação jurídica existe para ser cumprida pelo devedor, e cumprida no modo original, ou seja, pelo pagamento. Quando não é possível efetuar o pagamento, surgem outros modos especiais de extinção e de modificação das obrigações jurídicas. Se o cumprimento da obrigação jurídica ocorrer pelo modo original ou por quaisquer dos outros modos previstos no Código Civil, temos o adimplemento obrigacional. Pode se ocorrer a prescrição da obrigação jurídica

⁷³ **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 membro do Observatório Judaico de Direitos Humanos. É Autor de vários livros, entre os quais, *Antropologia Jurídica* (2017); *Direito, Mito e Sociedade* (2021), *Pierre Proudhon e o Direito Civil: Teorias da Propriedade como “droit d’aubaine” e como função libertária* (2021); *Teoria Geral do Direito Civil* (2022); *Direito das Obrigações* (2022); *Direito Constitucional* (2023) e *Direito Civil-Constitucional* (2023). 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. Foi Pesquisador do Grupo de Pesquisa TC TCLA E CNPq, e Coordenador, no mesmo Grupo, da Linha de Pesquisa “Direito Civil Constitucional, Teorias Críticas e Educação. 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 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. Desenvolve atividades acadêmicas de pesquisa, com Bolsa por Excelência, na Universidade Hebraica de Jerusalém, Israel. <http://lattes.cnpq.br/7491942652467244>

quando a pretensão do credor é atingida pelo prazo prescricional previsto na lei. Prescrição é o fato legal que impede a cobrança da dívida por decurso de prazo. No inadimplemento da obrigação jurídica, a situação diversa. O cumprimento da obrigação jurídica não pode ser feito, ou não foi feito por quaisquer das formas previstas em lei. Frustra-se assim a expectativa do credor, por ato atribuível ao devedor ou por força maior, com repercussões diversas. Em outras palavras, conforme o motivo do inadimplemento, pode haver efeitos do descumprimento ou da inexecução.

Palavras-chave: obrigação jurídica, pagamento, prescrição, meios legais de modificação da obrigação jurídica, inadimplemento da obrigação jurídica.

ABSTRACT

The legal obligation exists to be fulfilled by the debtor, and fulfilled in the original way, that is, by payment. When it is not possible to make payment, other special ways of extinguishing and modifying legal obligations arise. If the fulfillment of the legal obligation occurs in the original way or in any of the other ways provided for in the Civil Code, we have the obligatory compliance. The prescription of the legal obligation may occur when the claim of the creditor is reached by the statute of limitations established by law. Prescription is the legal fact that prevents the collection of debt due to lapse of time. In the event of non-compliance with the legal obligation, the situation is different. Compliance with the legal obligation cannot be done, or has not been done, in any of the ways provided for by law. Thus, the creditor's expectation is frustrated, by an act attributable to the debtor or by force majeure, with different repercussions. In other words, depending on the reason for default, there may be effects of non-compliance or non-compliance.

Key words: legal obligation, payment, prescription, legal means of modifying the legal obligation, breach of the legal obligation.

1. Do conceito de obrigação jurídica⁷⁴

Para Clovis Bevilacqua obrigação jurídica “é a relação transitória de direito, que nos constrange a dar, fazer ou não fazer alguma coisa economicamente apreciável, em proveito de alguém que, por ato nosso ou de alguém conosco juridicamente relacionado, ou em virtude de lei, adquiriu o direito de exigir de nós essa ação ou omissão” (1910:13).

De modo mais sintético e contemporâneo, podemos conceituar a obrigação como “a relação jurídica, de caráter transitório, entre pessoas, sendo uma das partes obrigada a cumprir determinada prestação à outra, chamadas respectivamente, devedor e credor, e que, no caso de inadimplemento, resolve-se patrimonialmente”.

⁷⁴ Matéria em conformidade com o texto do mesmo autor no livro Direito Civil-Constitucional.

Os romanos qualificaram a relação jurídica como “vínculo jurídico”. Atualmente, entretanto, não se pode mais falar em vínculo, pois entre os romanos, o dever recaía sobre a pessoa do devedor, sendo esse submetido ao credor, com sua liberdade ou integridade física.

Além disso, ensina Orlando Gomes, que as definições acentuaram o lado passivo e, não à toa, a expressão “obrigação” pode ser compreendida como “dívida”. Entretanto, esclarece Gomes, há o lado ativo e em correspondência, chama-se “crédito”. Assim, conclui aquele civilista, o chamado Direito das Obrigações pode, também, ser chamada de Direitos de Crédito (2016:9).

De toda sorte, a ideia obrigacional de “vínculo”, conforme Moreira Alves, remete ao tempo em que a responsabilidade se impunha sobre a pessoa do devedor, isto é, o devedor estava, pessoalmente, vinculado ao credor e, assim, respondia pessoalmente, com o seu próprio corpo (1995, v. II:3-4).

A responsabilidade – no avançar da humanização do direito e, em especial, de sua constitucionalização – foi se afastando da pessoa do devedor e recaindo sobre seu patrimônio. E, acrescente-se, mesmo a responsabilidade patrimonial foi sendo suavizada pelo processo de humanização e, por isso mesmo, nem todo patrimônio do devedor responde, mas apenas aquele que for penhorável. Há bens que não são penhoráveis e, assim, disciplinados por legislação especial, pelo Código Civil ou Código de Processo Civil.

Nesse sentido, parece-nos mais adequado o termo relação jurídica e não mais vínculo jurídico. Relação jurídica entre credor e devedor e, portanto, direito pessoal (*ius ad personam*) que tem uma prestação e os modos pelos quais ela pode ser cumprida, com seus desdobramentos e efeitos. É assim que a obrigação jurídica está disciplinada a partir do Artigo 233 do Código Civil de 2002, assim como, Artigos 513 a 538 e 797 a 913, entre outros, do Código de Processo Civil de 2015.

Como se observa pela leitura do conceito exposto, cinco elementos aparecem como necessários, sem os quais não se pode falar em obrigação jurídica do ponto de vista obrigacional. São eles: “relação jurídica, transitoriedade ou caráter transitório, partes ou sujeitos da relação obrigacional, prestação e responsabilidade patrimonial.”⁷⁵

2. Adimplemento, extinção e modificação das obrigações

⁷⁵ O presente texto integra o conteúdo digital do mesmo autor, publicado pela B42.

Aqui, estudaremos o adimplemento das obrigações, desde o pagamento às formas especiais de extinção ou modificação do vínculo obrigacional. Como já vimos, com Radbruch, “a obrigação traz em si o germe de sua própria morte”, ou seja, a obrigação nasce para ser cumprida e o cumprimento é sua extinção.

Espera-se do devedor que cumpra a obrigação por inteiro e, do outro lado, espera-se que o credor receba o pagamento do modo como se convencionou. É dever e, também, direito de o devedor cumprir a obrigação.

Quando o devedor deve entregar, restituir, fazer ou não fazer, e assim age, entregando, restituindo, fazendo e se abstendo de fazer, dizemos que ele cumpriu a obrigação e, cumprindo-a, tem direito a uma regular quitação. O pagamento extingue a dívida; a quitação resguarda o devedor.

Entretanto nem sempre ocorre o pagamento do modo esperado. Isso leva a relação aos casos especiais de extinção ou modificação, como quando o pagamento se faz via depósito judicial ou quando o devedor oferece algo no lugar do pagamento. No primeiro caso, tem-se o pagamento por consignação; no segundo, a dação em pagamento.

O direito civil estabelece muitos meios pelos quais o vínculo obrigacional se desfaz ou modifica-se, incluindo a transferência do crédito ou assunção da dívida.

Por isso mesmo, sob o título genérico de “adimplemento”, aparecem tanto o pagamento quanto outras formas de extinção ou modificação do vínculo obrigacional.

No caso do pagamento, a relação se faz entre alguém que deve cumprir a obrigação, chamado de *solvens*, e alguém que tem o direito de receber – o *accipiens*. No caso de outras formas, verificaremos que o polo passivo – *solvens*, pode ser alterado, assim como o polo ativo – *accipiens*. Se há uma prestação específica, determinada, poderá ocorrer de ser trocada por outra ou de se fazer compensar com dívida da mesma natureza por parte de uma e outra parte.

Veremos, também, que pode ocorrer que as qualidades de *solvens* e de *accipiens* se confundam em uma mesma pessoa, extinguindo a obrigação por confusão. Ou, que o credor perdoe, faça a remissão, da dívida, liberando o devedor de modo pleno.

Por fim, não se quer que o vínculo obrigacional se estenda no tempo. Seja pelo pagamento, simples e objetivo, ou por quaisquer outras formas de extinção ou modificação, a obrigação precisa encontrar seu fim, e as partes retomarem a relação de igualdade, quites, sem as qualidades de credor e devedor.

3. Pagamento

O que se pretende com o pagamento é a extinção da obrigação. Conforme afirma Maria Helena Diniz (2014, p. 236 e ss), há dois sentidos no pagamento: sentido *lato* e sentido *restrito*.

No sentido *lato*, é qualquer meio de extinção da obrigação e, assim, ocorre o adimplemento direto ou indireto. No sentido *restrito*, o pagamento é espécie do gênero *adimplemento*, ou seja, é o cumprimento direto da obrigação pelo devedor sem que seja compelido pelo credor. Nas relações obrigacionais é o que se espera: cumprimento direto.

Cabe aqui um questionamento: qual a natureza jurídica do pagamento? Esclarecem Maria Helena Diniz (2014, p. 236 e ss) e Orlando Gomes (2016, p. 99 e ss) que para alguns o “pagamento é fato jurídico” cujo efeito, caso seja válido, é extinguir a obrigação. Para outros, o pagamento é um “ato jurídico” (e não fato jurídico) *stricto sensu*, pois não se anula um pagamento com erro ou outro vício de consentimento. Afirmam que a ação, nesse caso, não seria anulatória, mas de repetição do indébito.

Maria Helena Diniz aponta, ainda, que para o jurista italiano Carnelutti o pagamento é um “ato devido”, isto é, um ato vinculado. Pode ser considerado um “ato causal”, tendo em vista que só se efetua para extinguir a obrigação.

Para outros autores, continua Diniz, o pagamento é um “negócio jurídico unilateral”, pois pode se realizar independentemente da vontade do credor e mesmo sem sua vontade. É, também, “negócio jurídico bilateral”, pois trata-se de acordo de vontade com finalidade liberatória, sendo seu requisito fundamental o *animus solvendi*. Muitos civilistas consideram o pagamento um “negócio jurídico bilateral ou unilateral”, sendo bilateral nas obrigações de dar, unilateral nas obrigações de fazer e algumas de não fazer.⁷⁶

Após conceituar o pagamento, Maria Helena Diniz (2014, p. 236 e ss) e Paulo Lobo (2013, p. 152 e ss) apontam os requisitos essenciais para o exato cumprimento da obrigação: “existência de vínculo obrigacional, intenção de solver tal vínculo, satisfação exata da prestação, presença da pessoa que efetua o pagamento, presença da pessoa que recebe o pagamento, tempo do pagamento, lugar do pagamento e prova do pagamento”.

⁷⁶ Pagamento é um negócio jurídico e um fato jurídico, já que se inclui no negócio jurídico se tiver função translativa de domínio, e dentro de fato jurídico se for meramente extintivo de vínculo obrigacional.

Não se poderia falar em pagamento caso não houvesse o vínculo obrigacional que se pretende extinguir, pois é esse o principal caracterizador da relação obrigacional. Além disso, por ser negócio jurídico ou fato jurídico de caráter volitivo, o *animus solvendi*, ou seja, a intenção de solver o vínculo. Trata-se, nesse caso, de vontade real cujo objetivo é desfazer o vínculo.

Mais um dos requisitos essenciais para o exato cumprimento da obrigação é a satisfação exata da prestação. Lembra Diniz (2014, p. 236 e ss) que o devedor se desvincula apenas quando satisfaz exatamente a prestação. Ademais, o devedor não pode exigir que o credor receba em partes um débito que, por convenção, deve ser pago por inteiro. Por último, o devedor deve satisfazer a obrigação pelo modo devido, pontualmente e no lugar determinado, já que, conforme o Art. 394 do CC/02, faltando um desses elementos, o devedor será considerado em mora.

Os Arts. 304 a 307 do CC/02 dispõem sobre aqueles que efetuam o pagamento, chamados de *solvens*. Nesse sentido, esclarecem Diniz (2014, p. 236 e ss) e Lobo (2013, p. 170 e ss) que se o pagamento for *intuitu personae*, isto é, personalíssimo ou infungível, deve ser realizado apenas pelo devedor. Caso não seja personalíssimo, qualquer interessado, vale dizer, um terceiro interessado, pode realizá-lo sem que o credor possa se opor.

Pode, também, realizar o pagamento quando não infungível, um terceiro não interessado, desde que o faça em nome do devedor. Importante destacar que o pagamento efetuado por um terceiro não interessado deve caracterizar-se realmente como ato de pagamento e não como ato de liberalidade, pois nesse caso não terá direito ao reembolso, enquanto naquele, sim, terá direito ao reembolso.

Quando se tratar de terceiro não interessado, o mesmo deve saber, *a priori*, se o devedor originário se opõe ao pagamento, pois se fizer o pagamento com oposição do devedor, não terá direito ao reembolso. O mesmo se diga no caso do terceiro não interessado pagar antes de vencida a dívida, caso em que não poderá reclamar reembolso antes do vencimento.

Isso ocorre, explica Diniz (2014, p. 236 e ss) à luz do Art. 306 do CC/02, pois o devedor originário pode ter meios de ilidir a ação de cobrança do credor por vários motivos, por exemplo, compensação de dívidas, prescrição, quitação e nulidades. Pode também haver um caso de obrigação bilateral e a incidência da cláusula *exceptio non adimpleti contractus*, ou a exceção do contrato não cumprido, em função da qual o devedor não estaria obrigado a pagar a dívida, pois o credor não cumpriu a sua obrigação.

Importante destacar que, à luz do Art. 307 c. c/ Art. 1228 do CC/02, o pagamento que importa transmissão da propriedade só terá eficácia quando feito por quem possa alienar o objeto em que ele consistiu. Entretanto o Código Civil beneficia o credor de boa-fé que recebeu uma coisa fungível e a consumiu, ainda que o solvente não tivesse o direito de aliená-la. Não se relativiza a titularidade da alienação, mas leva-se em conta o comportamento de boa-fé do credor.⁷⁷

Os Arts. 308 a 312, do CC/02, dispõem sobre as pessoas a quem se deve pagar, chamadas de *accipiens*. É importante pagar a quem possa receber, a fim de tornar o pagamento válido. São sete facetas do *accipiens* tratadas no Código Civil.

O pagamento deve ser feito ao credor, o real destinatário, conforme disposto no Art. 308 do CC/02. Não sendo possível, será feito ao representante do credor. Realmente, o Código indica o representante de direito e, neste sentido, pode ser quem tenha “representação legal ou convencional”, por exemplo, os pais com poder familiar, o tutor ou o procurador com procuração escrita e com poderes para tanto. Assim, pagar ao representante, legal ou convencional, equivale a pagar ao credor e libera o devedor. Pode ocorrer, entretanto, que o pagamento seja feito a quem não seja o representante e, por isso, o pagamento só será válido se o credor ratificá-lo ou se for beneficiado por ele.

Em alguma situação pode ocorrer de uma pessoa parecer juridicamente o credor. Chama-se credor “*putativo*”. É alguém que não é o credor, mas parece o credor para quem o pagamento é feito de boa-fé. O Art. 309 do CC/02 estabelece a validade desse pagamento, sobretudo por valorizar as relações de boa-fé. Isso não significa dizer que o credor original perca seu direito à prestação, mas que o devedor fica liberado do vínculo obrigacional, cabendo ao credor exigir do credor putativo o valor recebido.

O pagamento enquanto negócio jurídico exige partes capazes a fim de chegar à validade, conforme dispõe, como regra geral, o Art. 104 do CC/02. Caso o agente seja absolutamente ou relativamente incapaz, o negócio será nulo ou anulável, conforme os Arts. 166 e 171 do CC/02.

⁷⁷ Comumente, quando alguém efetua um pagamento indevido, excetuando os casos legais, tem o direito de ajuizar ação de repetição do indébito, a fim de obter o valor de volta.

Entretanto quando o pagamento é feito ao credor incapaz de quitar, o Art. 310 do CC/02 o considera válido se o devedor o fizer ciente da incapacidade e provar que foi para seu benefício.

Trata-se de humanização do direito civil e de respeito à necessidade de quem se encontrar incapaz de praticar um ato da vida civil, no caso, quitar. Poderia o devedor, em face da incapacidade do credor, depositar em juízo valendo-se do disposto no Art. 335 do CC/02, mas, conforme o caso concreto, isso poderia ser caracterizado abuso de direito no exato sentido do Art. 187 do CC/02.

Dispõe, ainda, o Art. 311 do CC/02, que o portador da quitação está autorizado a receber o pagamento. Nesse caso, não se trata de representante do credor, mas apenas de um portador da quitação. A recusa em pagar ao portador pode caracterizar mora e gerar dever indenizatório por parte do credor.

Por fim, o Art. 312 do CC/02 apresenta mais duas facetas do *accipiens*: o impugnante e o exequente. Dispõe o citado Artigo que “se o devedor pagar ao credor, apesar de intimado da penhora feita sobre o crédito, ou da impugnação a ele oposta por terceiros, o pagamento não valerá contra estes, que poderão constranger o devedor a pagar de novo, ficando-lhe ressalvado o regresso contra o credor”.⁷⁸

Após tratar dos sujeitos do pagamento, *solvens e accipiens*, o CC/02, nos seus Arts. 327 a 330, trata do lugar do pagamento.

O pagamento é feito no lugar convencionado pelas partes, sendo essa uma característica da autonomia de vontade. Na ausência de um lugar especificado, o pagamento será feito no domicílio do devedor (*quérable*).

Pode acontecer do lugar do pagamento ser determinado em lei, como nos casos de letras de câmbio e dívidas fiscais, ou, ainda, da natureza da obrigação ou das circunstâncias, como nos casos de venda da coisa como pagamento no lugar de recebimento.

As partes podem convencionar que o lugar do pagamento é o endereço do credor, e assim será chamado de *portable*, pois o devedor deverá levar o pagamento àquele lugar. Se, entretanto, houver designação de dois ou mais lugares, o credor tem o direito de escolher entre eles.

⁷⁸ Conforme o Art. 882 do CC/02, não se pode repetir o que se pagou para solver dívida prescrita, ou cumprir obrigação judicialmente inexigível.

Entre os lugares estabelecidos em lei para pagamento, o Art. 328 do CC/02 dispõe que “se o pagamento consistir na tradição de um imóvel, ou em prestações relativas a imóvel, far-se-á no lugar onde situado o bem”.

Se houver um local designado no contrato para pagamento, mas reiteradamente esse foi se realizando em outro, o Art. 330 do CC/02 presume que o credor renunciou ao endereço contratual. Trata-se de uma presunção *iuris tantum*, ou seja, que admite prova em contrário.⁷⁹

Os Arts. 331 a 333 do CC/02 dispõem sobre o tempo do pagamento, assim como há um lugar, há, também, um tempo ajustado para ser efetivado. O tempo pode ser uma data específica no calendário ou um prazo entre duas datas. Se houver um prazo para cumprimento obrigacional, ou seja, o interregno, destaca-se uma data inicial, *dies a quo*, e uma data final, *dies ad quem*.

Há, contudo, obrigações que são exigíveis de imediato. Chamam-se obrigações *sine die* (sem uma data) e, por isso, podem ser exigidas imediatamente. Entretanto, tais obrigações podem ser exigidas de imediato, desde que considerados os aspectos de bom senso, boa-fé e regularidade obrigacional.

Veja-se o caso exemplar de uma obrigação de serviço logístico de transporte, com entrega imediata. Imediata não significa agora, pois há de se considerarem vias de transporte, local de entrega, clima etc.

Quando as obrigações são condicionais, vale dizer, com um elemento de eficácia dependente de evento futuro e incerto, essas serão cumpridas quando houver o implemento da condição.⁸⁰

⁷⁹ Caso haja motivos graves para que o devedor não efetue o pagamento no lugar determinado, pode ele efetuar-lo em outro, sem prejuízo para o credor, inclusive depositando em juízo.

⁸⁰ Exigir que o devedor cumpra a obrigação antes de vencido o prazo ou tempo ajustado constitui-se em ato ilícito por parte do credor, conforme o Art. 939 do CC/02. Entretanto, a lei permite a cobrança antecipada em alguns casos. Conforme o Art. 333 do CC/02, o credor tem o direito de cobrar a dívida antes de vencido o prazo estipulado no contrato ou marcado neste Código: *I - no caso de falência do devedor, ou de concurso de credores; II - se os bens, hipotecados ou empenhados, forem penhorados em execução por outro credor; III - se cessarem, ou se se tornarem insuficientes, as garantias do débito, fidejussórias, ou reais, e o devedor, intimado, se negar a reforçá-las.*

Efetuada o pagamento no modo, lugar e tempo, o devedor tem direito à quitação. O pagamento é negócio jurídico para extinção da obrigação, enquanto a quitação é negócio jurídico para resguardar o devedor. É a prova do pagamento disciplinada pelos Arts. 319 a 326 do CC/02.

Se houver recusa por parte do credor em fornecer a quitação, o devedor tem o direito de reter o pagamento e, enquanto o credor está em mora, pode depositar em juízo conforme os Arts. 334 e 335 do CC/02 e obter a extinção obrigacional pelo pagamento em consignação.

Por vezes, a quitação consiste simplesmente na devolução de um título, por exemplo, nota promissória, no momento do pagamento. Neste caso, se o título se perder, o devedor pode reter o pagamento e exigir uma declaração do credor que inutilize o título desaparecido.

Não poderá o devedor depositar em juízo se o credor lhe fornecer a declaração, posto que seria abuso de poder e característico ato ilícito, conforme o Art. 187 do CC/02. Se, de modo diverso, o credor devolver o título, é caso de presunção do pagamento efetuado. Objetivamente, são casos que permitem prova em contrário (presunção *iuris tantum*), mas o credor tem o prazo decadencial de sessenta dias para provar o não pagamento.

Se o pagamento é feito em cotas periódicas, ou seja, em parcelas, presume-se que a quitação da última indica que as anteriores estejam solvidas.⁸¹

4. Formas especiais de extinção e modificação das obrigações

No contexto do título adimplemento e extinção das obrigações, o Código Civil trata, a partir do Art. 334, das “formas especiais de extinção da obrigação, a saber: pagamento em consignação, pagamento com sub-rogação, imputação do pagamento, dação em pagamento, novação, compensação, confusão e remissão das dívidas”.

Caio Mario da Silva Pereira (2016, p. 201 e ss.) trata do pagamento em consignação, pagamento com sub-rogação, imputação do pagamento, dação em pagamento como “pagamentos especiais”, e da novação, compensação, confusão e remissão das dívidas como

⁸¹ A quitação, que sempre poderá ser dada por instrumento particular, designará o valor e a espécie da dívida quitada, o nome do devedor, ou quem por este pagou, o tempo e o lugar do pagamento, com a assinatura do credor, ou do seu representante.

“extinção das obrigações sem pagamento”. Venosa (2017, p. 272), por sua vez, trata todas como “formas especiais de pagamento e extinção de obrigações”.

O pagamento em consignação, chamado por Paulo Lobo de “consignação em adimplemento ou adimplemento em consignação” (2013, p. 200) ocorre quando, por “alguma dificuldade por parte do devedor em adimplir a dívida e dela liberar-se”, é efetuado o depósito da coisa devida. É matéria tratada no direito material, Arts. 334 a 345 do CC/02 e no direito processual, Arts. 539 a 549 do Código de Processo Civil de 2015.

Esclarece Lobo que a “coisa devida pode ser móvel, imóvel, dinheiro, coisas incorpóreas, como os direitos autorais patrimoniais” (2013, p. 200). O Art. 334 do CC/02 dispõe que a consignação em pagamento pode ser judicial ou extrajudicial, nesse caso, quando for dívida em dinheiro, depositando-se em estabelecimentos bancários oficiais. Para ter força e validade de pagamento, dispõem os Arts. 336 e 337 do CC/02, a consignação em pagamento deve ocorrer em relação às pessoas, modo, tempo e no lugar do pagamento. Efetuado o depósito, cessam, para o depositante, os juros da dívida e os riscos, exceto se for finalmente julgado improcedente.⁸²

Não pode o devedor depositar em juízo ou em estabelecimento bancário imotivadamente, pois a finalidade é liberar-se pelos motivos apontados em lei. Assim, estabelece o Art. 335 do CC/02 que a consignação tem lugar:

I - se o credor não puder, ou, sem justa causa, recusar receber o pagamento, ou dar quitação na devida forma; II - se o credor não for, nem mandar receber a coisa no lugar, tempo e condição devidos; III - se o credor for incapaz de receber, for desconhecido, declarado ausente, ou residir em lugar incerto ou de acesso perigoso ou difícil; IV - se ocorrer dúvida sobre quem deva legitimamente receber o objeto do pagamento; V - se pender litígio sobre o objeto do pagamento.

⁸² Quando se tratar de obrigação em dinheiro poderá o valor ser depositado em estabelecimento bancário oficial, onde houver, situado no lugar do pagamento, cientificando-se o credor por carta com aviso de recebimento, assinado o prazo de 10 (dez) dias para a manifestação de recusa. Decorrido o prazo, contado do retorno do aviso de recebimento, sem a manifestação de recusa, considerar-se-á o devedor liberado da obrigação, ficando à disposição do credor a quantia depositada. Se ocorrer a recusa, manifestada por escrito ao estabelecimento bancário, poderá ser proposta, dentro de 1 (um) mês, a ação de consignação, instruindo-se a inicial com a prova do depósito e da recusa. Se não ajuizar a ação neste prazo, ficará sem efeito o depósito, podendo levantá-lo o depositante.

Os Arts. 346 a 351 do CC/02 tratam do “pagamento com sub-rogação”. Como se desprende dos mencionados dispositivos dá-se sub-rogação quando alguém paga a dívida, adquirindo o direito ao crédito. Como lembra Orlando Gomes (2016, p. 121), a obrigação é extinta, mas o devedor não é liberado porque passa a dever a quem a extinguiu.

Chamamos de sub-rogação pessoal, a fim de diferenciar da sub-rogação real. Neste caso, refere-se à substituição de coisas; naquele, de pessoas. O Código Civil aponta duas espécies de sub-rogação pessoal: “sub-rogação legal e sub-rogação convencional”.

Impõe-se, de modo taxativo, a sub-rogação legal, conforme o Art. 346 do CC/02, em favor de:

I - do credor que paga a dívida do devedor comum; II - do adquirente do imóvel hipotecado, que paga a credor hipotecário, bem como do terceiro que efetiva o pagamento para não ser privado de direito sobre imóvel; III - do terceiro interessado, que paga a dívida pela qual era ou podia ser obrigado, no todo ou em parte.

Explica Orlando Gomes (2016, p. 121) que os dois primeiros casos restringem a sub-rogação a casos de créditos acompanhados de garantia real e, no último, a sub-rogação é reconhecida a quem tem interesse na aquisição da dívida, entre os quais, o devedor solidário, o fiador, o segurador no direito do segurado contra terceiro responsável pelo sinistro.

A sub-rogação convencional advém do acordo entre o credor e terceiro que paga a dívida. O Art. 347 do CC/02 dispõe que a sub-rogação é convencional:

I - quando o credor recebe o pagamento de terceiro e expressamente lhe transfere todos os seus direitos; II - quando terceira pessoa empresta ao devedor a quantia precisa para solver a dívida, sob a condição expressa de ficar o mutuante sub-rogado nos direitos do credor satisfeito.⁸³

Os Arts. 352 a 355 do CC/02 dispõem sobre a “imputação do pagamento”. Ocorre quando uma pessoa obrigada por dois ou mais débitos da mesma natureza, a um só credor, tem o direito de indicar a qual deles oferece pagamento, se todos forem líquidos e vencidos.

⁸³ A sub-rogação, legal ou convencional, transfere ao novo credor todos os direitos, ações, privilégios e garantias do primitivo, em relação à dívida, contra o devedor principal e os fiadores.

O devedor tem o direito de indicar o pagamento, mas se não o fizer e aceitar a quitação de uma delas, determina o Art. 353, que não terá direito a reclamar da imputação feita pelo credor, exceto se houver violência ou dolo.

Entretanto mesmo quando o devedor não faz a imputação e, por isso, essa é feita pelo credor, vale a regra geral da responsabilização por abuso de direito, prevista no Art. 187 do CC/02. A boa-fé exigida nas relações contratuais impõe um comportamento solidário e colaborativo das partes. Por isso mesmo, o credor deve fazer a imputação, se for o caso, respeitando os princípios da anterioridade e da menor onerosidade (para o devedor).⁸⁴

A “dação em pagamento” é objeto dos Arts. 356 a 359 do CC/02. Ensina Orlando Gomes (2016, p. 122) que a *datio in solutum* não é propriamente um modo de extinção, mas um meio supletivo. O credor não é obrigado a receber coisa diversa da avençada, mas pode consentir em receber outra a fim de satisfazer a dívida.

A característica fundamental da dação em pagamento é a substituição da prestação obrigacional por uma coisa com o consentimento do credor. O art. 356 do CC/02 é claro: “o credor pode consentir em receber prestação diversa da que lhe é devida”.

Afirma Gomes (2016, p. 123) que a dação em pagamento é “contrato translativo”, o que é correto, pois, conforme o Art. 357, determinado o preço da coisa dada em pagamento, as relações entre as partes regular-se-ão pelas normas do contrato de compra e venda. Se, contudo, for título de crédito a coisa dada em pagamento, a transferência importará em cessão.⁸⁵

Dentre os modos de extinção das obrigações ou de sua modificação, a “novação”, disciplinada pelos Arts. 360 a 367 do CC/02, destaca-se como meio de substituição da dívida.

Preceitua o Art. 360 do Código Civil que ocorre a novação:

I - quando o devedor contrai com o credor nova dívida para extinguir e substituir a anterior; II - quando novo devedor sucede ao antigo, ficando este quite com o credor; III - quando, em virtude de obrigação nova, outro credor é substituído ao antigo, ficando o devedor quite com este.

⁸⁴ Havendo capital e juros, o pagamento imputar-se-á primeiro nos juros vencidos, e depois no capital, salvo estipulação em contrário, ou se o credor passar a quitação por conta do capital.

⁸⁵ Se o credor for evicto da coisa recebida em pagamento, restabelecer-se-á a obrigação primitiva, ficando sem efeito a quitação dada, ressalvados os direitos de terceiros.

Disso decorre, conforme esclarece Orlando Gomes (2016, p. 140), a necessidade de conjugação dos seguintes elementos: 1) existência jurídica de uma obrigação (*obligatio novanda*); 2) constituição de uma nova obrigação (*aliquid novi*); 3) *animus novandi*.

É pressuposto a existência de uma obrigação a ser objeto de novação e é requisito essencial o *animus novandi*, pois, conforme preceitua o Art. 361, “não havendo ânimo de novar, expresso ou tácito, mas inequívoco, a segunda obrigação confirma simplesmente a primeira”.

Pelo que se depreende do Art. 360, há dois tipos de novação: “objetiva e subjetiva”. É “objetiva” quando o devedor contrai nova dívida com o credor para substituir a primeira. É “subjetiva” quando novo devedor sucede o antigo, desde que ficando quite com o credor, ou quando, em razão de nova obrigação, outro credor substitui o antigo, ficando o devedor quite com este. Gomes (2016, p. 142) lembra que a substituição do devedor pode ser chamada de “novação passiva”, enquanto a substituição do credor, “novação ativa”.

Conforme o Art. 362, a novação por substituição do devedor (novação passiva) pode ser efetuada independentemente de consentimento deste.

O Art. 367 do CC/02 estabelece que as obrigações nulas ou extintas não podem ser objeto de novação. As que forem simplesmente anuláveis, sim.⁸⁶

O Código Civil regula a possibilidade das pessoas terem dívidas recíprocas. Como anota Orlando Gomes (2016, p. 133), esse fato não teria importância se a lei não determinasse ou permitisse o encontro dessas dívidas com o fim de extingui-las.

Esta é a inteligência do Art. 368: “se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem”. A compensação legal é de pleno direito, *ipso iure*, pois o objetivo é eliminar as relações inúteis.

A lei exige, entretanto, que a compensação deve efetuar-se entre dívidas líquidas, vencidas e de coisas fungíveis. Neste caso, não apenas fungíveis, mas da mesma qualidade quando esse aspecto estiver expresso no contrato.

A compensação não leva em conta a diferença de causa das dívidas, exceto, como dispõe o Art. 373: I – “se provier de esbulho, furto ou roubo; II - se uma se originar de comodato, depósito ou alimentos; III - se uma for de coisa não suscetível de penhora”.

⁸⁶ Novação é, portanto, a extinção de uma obrigação pela formação de outra, destinada a substituí-la.

Importante lembrar, à luz do Código Civil, que não haverá compensação quando as partes, por mútuo acordo, a excluïrem, ou no caso de renúncia prévia de uma delas. Sendo a mesma pessoa obrigada por várias dívidas compensáveis, serão observadas, no compensá-las, as regras estabelecidas quanto à imputação do pagamento, incluindo os princípios da anterioridade e da menor onerosidade.⁸⁷

Finalmente, o Código Civil disciplina as formas especiais “confusão e remissão das dívidas” nos Arts. 381 a 388.

Pode ocorrer, como nos casos de sucessão hereditária, que as qualidades de credor e devedor confundam-se em uma mesma pessoa. Ocorreria, nesse sentido, a extinção da obrigação.

Ainda, conforme casos de sucessão hereditária, pode ocorrer a confusão parcial, se houver mais de um herdeiro ou, havendo apenas um, confusão total da dívida.

Destacamos que a confusão pode ser temporária e, uma vez cessando, se restabelece a obrigação com todos os seus acessórios. Por exemplo, um herdeiro que tem em si as qualidades de credor e devedor por conta do seu direito hereditário, pode, não obstante, ser excluído da herança pelos motivos do Art. 1814 do CC/02. Nesse sentido, a confusão seria temporária.⁸⁸

A “remissão da dívida” também é ato de extinção da obrigação, é ato de perdão. Se aceita pelo devedor, extingue a obrigação, desde que, como é característica do Código Civil, os terceiros não sejam prejudicados. Por exemplo, a remissão que pode repercutir em fraude contra credores, no sentido dos Arts. 158 e ss. do CC/02.

A devolução do título da obrigação que, como já vimos, tem a força de quitação se for por escrito particular, prova a desoneração do devedor e de seus coobrigados.⁸⁹

Por último, registra Maria Helena Diniz (2014, p. 236 e ss.), a extinção da obrigação pela prescrição, pela impossibilidade de execução sem culpas do devedor ou pelo advento de condição ou termo extintivo.

⁸⁷ Não se admite a compensação em prejuízo de direito de terceiro. O devedor que se torne credor do seu credor, depois de penhorado o crédito deste, não pode opor ao exequente a compensação, de que contra o próprio credor disporia.

⁸⁸ A confusão operada na pessoa do credor ou devedor solidário só extingue a obrigação até a concorrência da respectiva parte no crédito, ou na dívida, subsistindo quanto ao mais a solidariedade.

⁸⁹ A restituição voluntária do objeto empenhado prova a renúncia do credor à garantia real, não a extinção da dívida.

De fato, como já vimos, a prescrição, disciplinada nos Arts. 189 e ss. do CC/02, atinge a pretensão do credor em exigir o cumprimento da obrigação. Por outro lado, também vimos que a impossibilidade de cumprimento da obrigação por força maior ou caso fortuito, isto é, sem culpa do devedor, e desde que não esteja em mora, põe fim à relação obrigacional.

Enfim, seja pelo pagamento, forma original de extinção da obrigação, seja pelas formas especiais estudadas acima ou pela prescrição, a obrigação não se perpetua. A relação obrigacional deve encontrar seu termo, seu fim, e as partes devem restabelecer a igualdade econômica na quitação.⁹⁰

5. Transmissão das obrigações: Cessão de crédito e assunção da dívida

Finalmente, os Arts. 286 a 303 do CC/02 disciplinam a transmissão das obrigações: cessão de crédito e assunção da dívida.

Maria Helena Diniz (2014, p. 471 e ss.), Orlando Gomes (2016, p. 209 e ss.) e Paulo Lobo (2013, p. 152 e ss) tratam do tema, considerando que a relação obrigacional é passível de “alteração na composição de seu elemento pessoal sem que esse fato atinja sua individualidade, de tal modo que o vínculo subsistirá na sua identidade, apesar da modificação operada pela sucessão singular ativa ou passiva.”⁹¹

A cessão, explicam os civilistas, é a transferência negocial, onerosa ou gratuita, de um direito, de um dever, de uma ação ou de um complexo de direitos, deveres e bens, com conteúdo predominantemente obrigatório (cessionário e cedente).

As espécies de cessão: “cessão de crédito, cessão de débito e cessão de contrato ou cessão de débito e crédito”.

A cessão de crédito, explica Diniz, é negócio jurídico bilateral, gratuito ou oneroso, pelo qual o credor (cedente) transfere a terceiro (cessionário), independentemente do consentimento

⁹⁰ Estar quite é não se posicionar como credor ou devedor, situação especialmente cara aos antigos romanos. Estar quite é retomar uma posição econômica na qual não se pode cobrar, exigir, qualquer obrigação de uma pessoa.

⁹¹ Suceder é colocar-se no lugar do sujeito de direito, ativa ou passiva, um outra pessoa, de tal forma que o direito deixe de integrar o patrimônio de um (cedente) e passe a integrar o de outro (cessionário). Este ato denomina-se cessão.

do devedor (cedido) sua posição na relação obrigacional. O devedor (cedido) não intervém no negócio jurídico, embora deva ser comunicado.

Isso é possível porque o direito de crédito é um valor patrimonial e, por isso, pode ser objeto de negócio jurídico. A cessão de crédito pode ser “gratuita ou onerosa”, pode ser “total ou parcial”, pode ser “convencional, legal ou judicial”.

Será convencional como contrato a título gratuito ou oneroso. Legal - porque resulta da lei, por exemplo, cláusula penal, garantias, sub-rogação legal, etc. Judicial - quando por sentença, por exemplo, adjudicação no juízo divisório (partilha), sentença condenatória que supra declaração de cessão, de assinação ao credor de crédito do devedor.

A cessão pode ser *pro soluto* ou *pro solvendo*. *Pro soluto*, com quitação plena do débito do cedente para com o cessionário. *Pro solvendo*, com o objetivo de extinguir uma obrigação que, entretanto, só se extinguirá quando o crédito for efetivamente cobrado.⁹²

A cessão de crédito tem como requisitos, uma vez que é negócio jurídico, a capacidade de fato e de direito dos agentes. Há créditos que são incedíveis, por exemplo, direitos personalíssimos: alimentos. A herança de pessoa viva é incedível, tendo em vista que a lei proíbe a *pacta corvina*. E se houver pacto de intransmissibilidade com o devedor também o crédito será incedível.

Nada impede que haja “cessão de débito”, ou seja, a substituição do sujeito passivo (por exemplo, “causa mortis”, pois o credor pode exigir do herdeiro, dentro das forças da herança, o crédito a que tem direito).

Por outro lado, permite a lei a “novação subjetiva passiva”. Assim, lembra Diniz, podendo o mais, pode o menos (substituição do devedor e mantendo-se a obrigação).

Outro caso de cessão de débito é a transferência de fundo de comércio, situação em que o novo devedor assume todos os compromissos, colocando-se na posição do antigo devedor.

⁹² Há institutos similares à cessão de crédito, mas que dela se distinguem. A cessão de crédito se distingue da novação, pois na novação há a extinção da dívida anterior e a criação de uma nova – *animus novandi*. A cessão de crédito se distingue da sub-rogação, pois na cessão há um aspecto especulativo. O cedente assume a responsabilidade da existência do crédito cedido, o que não ocorre com o sub-rogante. O cessionário será reconhecido por terceiros após a notificação da cessão; o sub-rogado não precisa publicizar.

Também no financiamento de construções, quando o devedor ao alienar o imóvel, passa seu débito ao adquirente.

A “cessão de débito” ou “assunção da dívida” é negócio jurídico bilateral, pelo qual o devedor (cedente) com anuência expressa do credor (cedido) transfere a um terceiro (assuntor ou cessionário) sua posição na relação obrigacional. O débito original se mantém inalterado.

Para a cessão de débito exigem-se:

- 1) existência e validade da obrigação transferida;
- 2) substituição do devedor sem alteração do vínculo obrigacional;
- 3) concordância expressa do credor;
- 4) observância aos elementos de validade do negócio jurídico.

A cessão de débito realiza-se pela “expromissão”, quando uma pessoa assume o débito da outra, “liberatória ou cumulativa”, e pela delegação, contrato com terceiro e o devedor.⁹³

Outra forma de transmissão das obrigações é a “cessão de contrato”.

É a transferência da inteira posição ativa e passiva, do conjunto de direitos e de obrigações, de contrato já ultimado, mas ainda não executado. Há uma transferência de titularidade contratual, cessão global, por exemplo, cessão de contrato de locação, de empreitada, de compromisso de compra e venda, de mandato.⁹⁴

Havendo a cessão de contrato, haverá a transferência de crédito e de débito, a subsistência da obrigação e a liberação do cedente do liame contratual.

6. Inadimplemento das obrigações

⁹³ A cessão de débito gera a liberação do devedor primitivo, a transferência de débito a terceiro, a cessação de privilégios e garantias pessoais do devedor primitivo, a sobrevivência das garantias reais, mas não as pessoais (fiança, aval, hipoteca de terceiro), a anulação da substituição do devedor, a possibilidade de o adquirente de imóvel hipotecado tomar a seu encargo o pagamento do crédito garantido (se o credor não impugnar em 30 dias).

⁹⁴ Para a cessão de contrato são requisitos: a) que o contrato seja bilateral, pois se for unilateral, será apenas cessão de crédito ou débito; b) se puder ser transferido de modo global (depois de sua formação e antes de sua execução); c) se houver cessão dos direitos como dos deveres do cedente; d) se o cedido consentir, prévia ou posteriormente; e) deve haver a observância dos requisitos do negócio jurídica; f) a obrigação não pode ser *infungível*.

Estudaremos aqui o inadimplemento das obrigações, ou seja, a não realização do cumprimento da obrigação.

Como vimos, a obrigação nasce para ser adimplida, cumprida no modo original, pelo pagamento. Quando não é possível efetuar o pagamento, surgem outros modos especiais de extinção e de modificação das obrigações.

Sendo pelo modo original ou por quaisquer dos outros modos, temos o adimplemento da obrigação. Pode ocorrer, e já vimos também, a prescrição obrigacional, quando a pretensão é atingida pelo prazo prescricional. Prescrição é o fato legal que impede a cobrança da dívida por decurso de prazo. Como dissemos, há o *debitum*, mas não mais a *obligatio*.

No inadimplemento é situação diversa. O adimplemento não pode ser feito, ou não foi feito, por quaisquer das formas previstas em lei. Frustra-se a expectativa do credor, por ato atribuível ao devedor ou por força maior, com repercussões diversas. Em outras palavras, conforme o motivo do inadimplemento, pode haver, como veremos, efeitos do descumprimento ou da inexecução.

Nisto reside a importância de se saber o motivo pelo qual a obrigação não foi cumprida e quais seus desdobramentos. Se por motivo atribuível ao devedor, este responde. Se por motivo alheio à sua vontade, a obrigação é resolvida para ambas as partes.

A seguir, estudaremos a teoria fundamental do inadimplemento, assim como o conceito de mora, seja ela da parte do devedor, *mora solvendi*, ou da parte do credor, *mora accipiendi*. Veremos o conceito e dimensão das perdas e danos, sejam materiais, isto é, danos efetivos ou lucros cessantes, assim como danos morais. Passaremos, na sequência, à análise dos juros legais e das arras em sua nova concepção: arras confirmatórias, arras penitenciais e arras indenizatórias.

Nela apreciaremos, também, a cláusula penal, instituto que tem a natureza de obrigação acessória, prevista para o caso de inadimplemento, total ou parcial, ou de mora. E, por fim, veremos as preferências e privilégios dos credores, pois entre credores pode haver concurso e, neste sentido, faz-se necessário saber qual dos credores têm o direito de receber sua parte em primeiro lugar.

O inadimplemento é parte final das obrigações jurídicas, cujo estudo iniciou-se com a natureza e conceito da obrigação, assim como com sua classificação, fontes e adimplemento.

Resta dizer, ainda como introdução, que o inadimplemento quando não motivado por fato alheio à vontade do devedor, como nos casos fortuitos ou de força maior, enseja a responsabilidade civil que gera um impacto sobre os bens penhoráveis do devedor.

7. Inadimplemento em geral

7.1 Teoria geral do inadimplemento

Ocorre o inadimplemento quando o devedor não cumpre a obrigação, voluntária ou involuntariamente.

Conforme esclarece Orlando Gomes (2016, p. 145) “*inadimplemento propriamente dito*” equipara-se à “*mora do devedor*” que é um retardamento do pagamento, ou a tentativa de seu cumprimento sem que se respeite o modo e o lugar estabelecidos. Equiparam-se, mas não se confundem, pois no inadimplemento, a indenização tem por fim substituir o cumprimento.

O inadimplemento, que é descumprimento da obrigação, pode se dar por impossibilidade não imputável ao devedor ou por culpa do devedor. É o inadimplemento voluntário, culposo, do devedor. Quando a impossibilidade de cumprimento advém de caso fortuito ou de força maior, caracteriza-se o inadimplemento involuntário.

Gomes lembra, ainda, que a indenização por inadimplemento tem por fim alcançar os casos em que o descumprimento é voluntário ou quando houver mora, considerando descumprimento voluntário a partir da culpa ou da intenção, respectivamente, inadimplemento culposo e inadimplemento doloso.

Em ambos os casos, haverá indenização por inadimplemento, pois, no primeiro caso, de culpa, o devedor agiu ou se omitiu, impossibilitando o cumprimento; enquanto, no segundo, intencionalmente, o devedor não cumpre a obrigação. A diferença entre ambos, que não atinge a indenização, conforme lembra Gomes (2016, p. 146), ocorre porque no inadimplemento culposo o cumprimento se torna impossível, enquanto no inadimplemento intencional o cumprimento é possível. Na inexecução involuntária, o devedor quer, mas não pode cumprir a obrigação por motivos alheios à sua vontade.⁹⁵

⁹⁵ Conforme a atualização da obra do grande civilista indicado, é da maior importância a determinação da causa da inexecução, pois se for culposa, o devedor responde por perdas e danos e mais juros, atualização monetária e honorários do advogado.

Importante lembrar que a culpa acima mencionada tem um sentido amplo, não poucas vezes, abrangendo as noções de culpa específica e dolo. Entretanto não se confunde com a “culpa aquiliana” prevista no Art. 186 do CC/02, mas com a culpa contratual. Uma e outra fundamentarão a responsabilidade civil aquiliana e a responsabilidade civil contratual.

Aqui, estamos tratando da culpa contratual ou, em outras palavras, da impossibilidade de cumprir a obrigação por conduta atribuível ao devedor. Trata-se, assim, como ensina Sílvio Venosa (2017, p. 359), de obrigação advinda da *pacta sunt servanda* (os pactos devem ser cumpridos).

Rosa e Nelson Nery (2005, p. 354), comentando o Art. 389 do CC/02, lembram que o inadimplemento é o não cumprimento dos deveres obrigacionais por aquele que tinha o dever de fazê-lo, podendo ser “inadimplemento absoluto”, quando não se pode mais cumprir a obrigação, ou “inadimplemento relativo”, quando o devedor pode ainda, de alguma maneira, cumprir a obrigação.

Nesse caso, verifica-se o inadimplemento relativo quando houver mora, conforme disposto no Art. 394 do CC/02, ou quando houver cumprimento da obrigação de forma defeituosa (*exceptio non rite adimpleti contractus*), aqui chamado também de “violação positiva da obrigação”.

O Art. 389 do CC/02 dispõe que, não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária, segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.⁹⁶

Nesse sentido, registram Nelson e Rosa Nery (2005, p. 354) que as perdas e danos são aquelas referentes ao Art. 402 do CC/02, ou seja, “prejuízo efetivo e lucros cessantes”. Efetivamente, o CC/02 dispõe que as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele “efetivamente perdeu”, o que “razoavelmente deixou de lucrar”.

Importante salientar que o CC/02, em seu Art. 403, aponta a inexecução resultante de dolo, como vimos acima, mas, ainda que assim seja, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato. Ou seja, não amplia a imposição

⁹⁶ Conforme enunciado 161 da Jornada III do STJ, os honorários advocatícios previstos no Art. 389 e 404 do CC/02, apenas têm cabimento quando ocorre a efetiva atuação profissional do advogado.

de indenização para além do nexos que se estabelece entre a inexecução e as perdas e danos verificadas. Não é o dolo, mas a inexecução, o inadimplemento, que interessa, pois é este que causa prejuízo ao credor.

Em perfeita sintonia com o Art. 389, dispõe o CC/02, no Art. 404, que, nos casos em que a obrigação é em dinheiro, as perdas e danos devem ser pagas com atualização monetária, com incidência de juros e honorários advocatícios, bem como, se houver, a pena convencional pelas partes.

No caso do prejuízo não ser coberto pelos juros, e não havendo a pena convencional, sobretudo a multa compensatória, o juiz pode conceder, caso o credor peça, uma indenização suplementar, conforme disposto no Parágrafo único do Art. 404, do CC/02.

Parece-nos que as disposições do CC/02 estão de acordo com o princípio geral do direito de “não causar prejuízo a outrem” (*alterum non laedere*). Esse princípio indica que as pessoas devem se portar, sobretudo, nas relações obrigacionais de tal forma a não prejudicar outrem. Faz parte de um conjunto de princípios que vem do sistema romano antigo, e assim eram conhecidos: “*iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*” que, em vernáculo, assim se traduz: “os preceitos do direitos são estes: viver honestamente, não lesar a outrem, dar a cada um o que é seu.”

Recordamos, em complemento aos princípios clássicos, que se aplicam as normas de direitos fundamentais com eficácia imediata, conforme o Art. 5º, §§ 1º e 2º da CF/88:

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.⁹⁷

7.2 Mora

⁹⁷ Não se pode falar em Direito infraconstitucional sem uma ligação direta com a Constituição Federal, ainda que não apareça expressamente, como ocorre com o Código Civil que, embora publicado em 2002, tem seu texto redigido muito antes. Tal não ocorreu com o Código de Processo Civil de 2015, com texto posterior à CF/88 e que traz em seu Art. 1º: *o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.*

Como vimos acima, o inadimplemento pode ser absoluto ou relativo. Por inadimplemento relativo devemos compreender a mora, disciplinada pelos Arts. 394 e ss., do CC/02.

Conforme anota Maria Helena Diniz (2014, p. 414), a mora pode ser *solvendi* ou *accipiendi*, respectivamente, do devedor e do credor ou, conforme o caso, de ambos. O Art. 394, do CC/02, realmente dispõe que, considera-se em mora “o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo” no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer.

Havendo mora *solvendi*, o CC/02 estabelece que o devedor responde pelos prejuízos materiais e morais. À indenização pelos prejuízos são acrescidos os juros, atualização monetária e, havendo serviços advocatícios, os honorários de advogado.

Nesse caso, trata-se de indenização por prejuízos ocasionados pela mora. Pode ocorrer, entretanto, que a prestação em si mesma se torne inútil ao credor por conta da mora. Nesse caso, o credor tem o direito de enjeitá-la e exigir indenização por perdas e danos, não apenas dos prejuízos advindos da mora, mas do descumprimento prestacional.

Importante ressaltar que a mora, para fins indenizatórios, deve ser originada por fato ou omissão imputável ao devedor, pois, ao contrário, não se caracteriza a “mora *solvendi*”.

É preciso definir quando ocorre a mora. A obrigação deve ser cumprida no seu termo, isto é, no seu tempo. Não cumprida no termo, o devedor está em mora independentemente de qualquer diligência do credor, por se trata de mora *ipso iure*, ou seja, de pleno direito. Não é o caso das obrigações que não tenham um termo para seu cumprimento. Nesse caso, o credor deve interpelar o devedor, pela via judicial ou extrajudicial, marcar tempo para o cumprimento e, apenas assim, o devedor estará em mora. A mora, havendo termo, constitui-se de imediato; não havendo, depende de interpelação.

Os casos referentes ao tempo do cumprimento da obrigação, acima expostos, são aqueles cuja obrigação é contratual ou negocial. Há, contudo, obrigações que nascem do ato ilícito, por exemplo, Arts. 186 e 187 do CC/02. Nesse caso, o CC/02 dispõe que o devedor está em mora desde o momento em que o tenha praticado.

Diferente da inutilidade da prestação por conta da mora, é a impossibilidade da prestação por conta de caso fortuito ou de força maior. É bastante fácil compreender que se alguém não pode cumprir a obrigação por essas razões, a obrigação resolve-se para ambos, voltando a relação ao *status qui ante* (situação anterior).

Porém o Art. 399 do CC/02 estabelece que o devedor responderá nesses casos, mesmo havendo caso fortuito ou de força maior, se estes ocorrerem durante o atraso; salvo se provar isenção de culpa, ou que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada. A questão aqui é que os casos, fortuito ou de força maior, ocorreram durante a mora e impossibilitaram o cumprimento obrigacional. Mas se para a mora não houve culpa do devedor, este não responde. Também, se o devedor provar que o evento danoso ocorreria de qualquer modo, não responderá.

A outra faceta da mora é a *accipiendi*, ou seja, a mora do credor. Ocorrendo, cabe ao devedor depositar em juízo ou em estabelecimento bancário, conforme os Arts, 334 e ss., do CC/02.

Dispõe, ainda, o Art. 400, do CC/02, que a mora do credor subtrai do devedor isento de dolo a responsabilidade pela conservação da coisa, obriga o credor a ressarcir as despesas empregadas em conservá-la, e sujeita-o a recebê-la pela estimação mais favorável ao devedor, se o seu valor oscilar entre o dia estabelecido para o pagamento e o da sua efetivação.⁹⁸

Como já tivemos oportunidade de expor, especialmente ao tratarmos do conceito de obrigação, o inadimplemento da prestação que se possa imputar ao devedor resulta em responsabilidade patrimonial.

O Art. 391, do CC/02, estabelece que pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor. Entretanto, a expressão: “todos os bens do devedor” deve ser compreendida como se referindo aos bens penhoráveis. Há, efetivamente, bens não penhoráveis. Tepedino, Barboza e Moraes (2004, p. 698), também consideram que o Artigo traz uma certa imprecisão, pois, anotam, nem todos os bens respondem pelo inadimplemento da obrigação.

Conforme a Lei 8009/90, o imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam

⁹⁸ Purga-se a mora: I - por parte do devedor, oferecendo este a prestação mais a importância dos prejuízos decorrentes do dia da oferta; II - por parte do credor, oferecendo-se este a receber o pagamento e sujeitando-se aos efeitos da mora até a mesma data.

seus proprietários e nele residam. Há hipóteses que eliminam a impenhorabilidade previstas nos Arts. 2º e 3º da Lei 8009/90.

Além do imóvel e sua construção, dispõe a Lei 8009/90, a impenhorabilidade compreende as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados.

Além da Lei 8009/90, dispõe o Art. 1711, do CC/02, da possibilidade dos cônjuges ou entidade familiar destinar parte de seu patrimônio para instituir bem de família, que não será objeto de penhora.

Do mesmo modo, o Art. 789, do Código de Processo Civil de 2015, dispõe que o devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei. Além deste dispositivo, o CPC/2015 estabelece uma longa lista de bens impenhoráveis no Art. 833. Assim, são impenhoráveis:

- I - os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução;
- II - os móveis, os pertences e as utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou os que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida;
- III - os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor;
- IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvada a prestação alimentícia;
- V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício da profissão do executado;
- VI - o seguro de vida;
- VII - os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas;
- VIII - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família;
- IX - os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social;
- X - a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos (ressalvados valores de prestação alimentícia);
- XI - os recursos públicos do fundo partidário recebidos por partido político, nos termos da lei.
- XII - os créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias, sob regime de incorporação imobiliária, vinculados à execução da obra.

Por vezes, a impenhorabilidade advém de cláusulas em negócios jurídicos, por vontade do agente, assim como ocorre no já mencionado Art. 1711, do CC/02, o testador pode, havendo justa causa, declarar em testamento a cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade e de incomunicabilidade sobre os bens da legítima, conforme os Arts. 1846 e 1848, do CC/02.⁹⁹

Por fim, ao comentarem o Art. 391 do CC/02, Rosa e Nelson Nery (2005, p. 355), além de considerarem, na mesma linha de raciocínio, que a expressão “todos os bens” é relativa, conforme o que já expusemos acima, lembram também que o poder de penhorar bens do devedor não é absoluto, pois sofrem os efeitos das limitações que visam ao resguardo da dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III, CF/88), da solidariedade (Art. 3º, I, CF/88) e do patrimônio mínimo (Art. 1º, III e 3º, I e III, CF/88).

8. Efeitos acessórios do inadimplemento

8.1 juros legais

Conforme anota Paulo Lobo (2013, p. 254), juro é um fruto civil do crédito, é um rendimento. Comumente os juros são em dinheiro, mas, continua Lobo, nada impede que sejam fixados em bens patrimoniais.

Os juros são moratórios ou compensatórios, sendo estes devidos desde o início da dívida, e aqueles, desde a mora. Enquanto os juros moratórios são um tipo de acessório, pena para o inadimplemento, os compensatórios são remuneratórios.

Necessário diferenciar juros convencionais dos juros legais, pois estes nascem de força de lei e não dependem de acordo ou qualquer convenção entre as partes. Doutro modo, os juros convencionais dependem de convenção escrita entre os contratantes.

Paulo Lobo (2013, p. 255) exemplifica os juros legais, apontando os juros processuais, determinados em sentença, conforme prevê o Art. 407 do CC/02. As dívidas provenientes de ato ilícito, conforme Art. 368 do CC/02, nas quais a lei impõe juros legais. Outro exemplo legal

⁹⁹ Conforme a Súmula 49 do STF, a cláusula de inalienabilidade inclui a incomunicabilidade dos bens.

refere-se ao desembolso efetuado pelo mandatário, conforme o Art. 677 do CC/02, entre outros variados exemplos.¹⁰⁰

Conforme o Art. 405 do CC/02, os juros de mora contam-se desde a citação inicial. Entretanto nas obrigações advindas de ato ilícito, os juros são contados desde a data do evento, conforme o Art. 398 do CC/02 e orientação da Súmula 54 do STJ – Superior Tribunal de Justiça – sobretudo no que disser respeito a danos físicos. Por outro lado, o mesmo STJ firmou entendimento de que nos casos de danos morais, os juros serão devidos apenas a partir da sentença judicial que os arbitrou.

No que pertine às taxas dos juros, essas devem ser limitadas por intervenção do Estado, conforme Lobo (2013, p. 256), pois têm uma natureza imoral quando excessivas. Mas isso não ocorre quando se trata de instituições financeiras, desde que a Lei 4595, de 1964, as excluiu do controle. Nesse sentido, o STJ editou a Súmula 422, desobrigando limitação de juros remuneratórios nos contratos vinculados ao sistema financeiro de habitação.

Conforme o Art. 406, do CC/02, quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional. Trata-se de dispositivo um tanto dúbio, que cria ambiente de incerteza, em franca desafinação com o Decreto n. 22.626, de 1933 (Lei da Usura), que não permitia que os juros ultrapassassem o limite máximo de 12% ao ano.

Aponta Lobo (2013, p. 257) que há dois modos de se calcular os juros moratórios devidos à Fazenda Pública. O primeiro é mediante a taxa SELIC (Sistema Especial de Liquidação e Custódia), que reflete a compra e venda dos títulos públicos. O segundo, pela taxa de 12%, conforme dispõe o Art. 161, § 1º do CTN – Código Tributário Nacional. Lobo afirma, e nós concordamos, que apenas a taxa máxima prevista no CTN pode ser aplicada nos juros moratórios entre particulares, sejam legais ou convencionais.

Por último, os juros disciplinados pelos Arts. 406 e 407 do CC/02 devem ser compreendidos em conjunto com a Lei da Usura.

¹⁰⁰ Os juros moratórios são exigíveis, independentemente de previsão expressa, tendo a Súmula 254 do STF enunciado que se incluem na liquidação, embora omissas a petição inicial ou a condenação judicial.

8.2 cláusula penal

A cláusula penal disciplinada pelos Arts. 408 a 416 do CC/02, é conhecida como multa ou pena convencional, tem natureza acessória e é fixada pelos interessados para os casos de inadimplemento ou adimplemento insatisfatório. Seja estipulada antes ou depois do contrato, é sempre acessória cumulativa ou alternativamente, e deve ser expressa.

É dispositivo do Código Civil que a cláusula penal estipulada conjuntamente com a obrigação, ou em ato posterior, pode referir-se à inexecução completa da obrigação, a de alguma cláusula especial ou simplesmente à mora.

Paulo Lobo (2013, p. 268) aponta três funções da cláusula penal: 1) pena convencional; 2) de compensação ou prefixação da indenização; 3) de reforço ou garantia da obrigação.

Conforme o Código Civil, incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora. Assim, estabelece o Art. 410 do CC/02, que, quando se estipular a cláusula penal para o caso de total inadimplemento da obrigação, esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor.

Por outro lado, dispõe o Art. 411 do CC/02 que – quando se estipular a cláusula penal para o caso de mora, ou em segurança especial de outra cláusula determinada – terá o credor o arbítrio de exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação principal. De qualquer forma, o valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.

Por imperativo de equidade e justiça, o Código Civil prevê que a penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.

Nos casos de obrigação indivisível, todos os devedores, caindo em falta um deles, incorrerão na pena; mas esta só se poderá demandar integralmente do culpado, respondendo cada um dos outros somente pela sua quota. Aos não culpados fica reservada a ação regressiva contra aquele que deu causa à aplicação da pena.

Sendo indivisível a obrigação, estabelece o Código Civil, que só incorre na pena o devedor ou o herdeiro do devedor que a infringir, e proporcionalmente à sua parte na obrigação.

Por último, o Art. 416 do CC/02, dispõe que para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo.¹⁰¹

8.3 arras ou sinal

As arras estão disciplinadas pelos Arts. 417 a 420 do CC/02, apesar das críticas feitas por Caio Mário da Silva Pereira (2016, p. 345), segundo quem as arras deveriam estar dispostas na parte de contratos, tendo em vista se referirem a estes.

Conforme Pereira, as arras nasceram no direito de família ligadas aos contratos esponsalícios, mas entrou no direito obrigacional. Trata-se de convenção acessória real, com a finalidade de assegurar a conclusão do contrato. Diferem da cláusula penal, vista acima, pois neste caso trata-se de convenção real, no sentido de que um dos contratantes entrega uma importância ou coisa.

O Art. 417 do CC/02 dispõe que se, por ocasião da conclusão do contrato, uma parte der à outra, a título de arras, dinheiro ou outro bem móvel, deverão as arras, em caso de execução, ser restituídas ou computadas na prestação devida, se do mesmo gênero da principal.

Destaca-se no citado artigo o que se convencionou chamar de arras penitenciais, embora a ideia principal seja a confirmação (arras confirmatórias). Assim, no que diz respeito às arras penitenciais, dispõe o Art. 418, se a parte que deu as arras não executar o contrato, poderá a outra tê-lo por desfeito, retendo-as; se a inexecução for de quem recebeu as arras, poderá quem as deu haver o contrato por desfeito e exigir sua devolução mais o equivalente, com atualização monetária, segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, juros e honorários de advogado.

Vê-se que as arras estabelecidas como sinal de boa-fé na conclusão do contrato e, assim, confirmatórias, convertem-se em penitenciais, com o fim de penalizar o agente que se arrependeu do contrato. Claro que as arras, além de penitenciais, antecipam um prejuízo na não conclusão do contrato.

¹⁰¹ Conforme o parágrafo único do Art. 416 do CC/02, ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente.

Cabe à parte inocente, conforme o Art. 419 do CC/02, pedir indenização suplementar, se provar maior prejuízo, valendo as arras como taxa mínima. Pode, também, a parte inocente exigir a execução do contrato, com as perdas e danos, valendo as arras como o mínimo da indenização.

Nos casos acima, já previstos em legislação anterior, tem-se o instituto das arras em seu sentido tradicional. Mas o Código Civil de 2002 trouxe novidades, criando, ao lado das já conhecidas arras confirmatórias e penitenciais, as arras indenizatórias.

Assim, o CC/02 dispõe que se no contrato for estipulado o direito de arrependimento para qualquer das partes, as arras ou sinal terão função unicamente indenizatória. Neste caso, quem as deu perdê-las-á em benefício da outra parte; e quem as recebeu devolvê-las-á, mais o equivalente. Diferentemente das tradicionais, em ambos os casos não haverá direito a indenização suplementar.

8.4 do pagamento indevido, do enriquecimento sem causa e das preferências e privilégios creditórios

8.4.1 do pagamento indevido

Pode ocorrer, por quaisquer razões, que alguém receba o que não lhe era devido. Nesse caso, dispõe o Art. 876 do CC/02, que fica obrigado a restituir, incluindo aquele que recebe dívida condicional antes de cumprida a condição. Mas aquele que voluntariamente pagou o indevido incumbe a prova de tê-lo feito por erro.

Se houver acessões, benfeitorias e deteriorações sobre a coisa dada em pagamento indevido, devem ser aplicados os dispositivos que tratam da boa-fé ou da má-fé em relação ao possuidor, conforme Arts. 1196 e ss., do CC/02.

Quando não é possível receber de volta o que indevidamente se pagou, resolve-se em indenização.¹⁰²

¹⁰² Dívidas prescritas têm o *debitum*, mas não a *obligatio*. Por isso mesmo, conforme o Art. 882, do CC/02, não se pode repetir o que se pagou por elas, já que não são pagamentos indevidos, apenas que não eram mais exigíveis.

Da mesma forma, conforme o Art. 883 do CC/02, não terá direito à repetição aquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral ou proibido por lei. Mas, neste caso, o que se deu em pagamento reverterá em favor de estabelecimento local de beneficência, a critério do juiz.

8.4.2 do enriquecimento sem causa

Conforme Paulo Lobo (2013, p. 285), o enriquecimento sem causa ou enriquecimento injustificado é o que se dá sem origem jurídica, em prejuízo de outrem. O caracterizador, neste caso, é a licitude ou ilicitude.

O direito permite o enriquecimento, mas com causa. Por isso mesmo, dispõe o Art. 884 do CC/02 que aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários. Caso o enriquecimento tenha se dado com coisa determinada, e esta não mais existir, a restituição se fará pelo seu valor na época em que foi exigido.

O Código Civil estabelece que a restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir.¹⁰³

8.4.3 das preferências e privilégios creditórios

Como estudado acima, o patrimônio do devedor responde pelo inadimplemento da dívida. Entretanto, lembra Caio Mario da Silva Pereira (2016, p. 348), tal patrimônio pode não ser suficiente para satisfazer a todas as dívidas contraídas diante dos vários credores.

Por isso mesmo, os Arts. 955 a 965 do CC/02 regula o concurso de credores, especialmente, quando o patrimônio passivo (dívidas) excedem o patrimônio ativo (bens).¹⁰⁴

¹⁰³ O prazo para exigir a restituição é de três anos, conforme o Art. 206, § 3º, IV, do CC/02.

¹⁰⁴ Quando o patrimônio passivo do devedor excede seu patrimônio ativo, o mesmo o torna insolvente, seja no âmbito da falência empresarial ou no da insolvência civil. O estado de insolvência do devedor deve ser reconhecido através de requerimento judicial por credor quirografário, pelo próprio devedor ou pelo inventariante de seu espólio.

Não por outra razão, dispõe o Art. 955, do CC/02, que procede-se à declaração de insolvência toda vez que as dívidas excedam à importância dos bens do devedor. Isso abre a discussão entre os vários credores, cujo problema pode versar sobre a preferência entre eles disputada, ou, ainda, sobre a nulidade, simulação, fraude ou falsidade das dívidas e contratos.

A preferência entre credores se dá por títulos legais. Não havendo tais títulos, terão os credores igual direito sobre os bens do devedor comum.

O Art. 958 do CC/02 classifica os títulos legais de preferência como privilégios e direitos reais.

Assim, dispõe o Art. 959 do CC/02, que conservam seus respectivos direitos os credores, hipotecários ou privilegiados:

I - sobre o preço do seguro da coisa gravada com hipoteca ou privilégio, ou sobre a indenização devida, havendo responsável pela perda ou danificação da coisa;

II - sobre o valor da indenização, se a coisa obrigada a hipoteca ou privilégio for desapropriada.

Como regra, estabelece o Art. 961 do CC/02, que: “a) o crédito real prefere ao pessoal de qualquer espécie; b) o crédito pessoal privilegiado, ao simples; c) e o privilégio especial, ao geral”.

Entretanto, quando concorrerem aos mesmos bens, e por título igual, dois ou mais credores da mesma classe especialmente privilegiados, haverá entre eles rateio proporcional ao valor dos respectivos créditos, se o produto não bastar para o pagamento integral de todos.

No que diz respeito ao privilégio especial, este só compreende os bens sujeitos, por expressa disposição de lei, ao pagamento do crédito que ele favorece; e o geral, todos os bens não sujeitos a crédito real nem a privilégio especial.

Dispõe o Art. 964, do CC/02, que têm privilégio especial:

I - sobre a coisa arrecadada e liquidada, o credor de custas e despesas judiciais feitas com a arrecadação e liquidação;

II - sobre a coisa salvada, o credor por despesas de salvamento;

III - sobre a coisa beneficiada, o credor por benfeitorias necessárias ou úteis;

IV - sobre os prédios rústicos ou urbanos, fábricas, oficinas, ou quaisquer outras construções, o credor de materiais, dinheiro, ou serviços para a sua edificação, reconstrução, ou melhoramento;

V - sobre os frutos agrícolas, o credor por sementes, instrumentos e serviços à cultura, ou à colheita;

VI - sobre as alfaias e utensílios de uso doméstico, nos prédios rústicos ou urbanos, o credor de alugueis, quanto às prestações do ano corrente e do anterior;

VII - sobre os exemplares da obra existente na massa do editor, o autor dela, ou seus legítimos representantes, pelo crédito fundado contra aquele no contrato da edição;

VIII - sobre o produto da colheita, para a qual houver concorrido com o seu trabalho, e precipuamente a quaisquer outros créditos, ainda que reais, o trabalhador agrícola, quanto à dívida dos seus salários.

IX - sobre os produtos do abate, o credor por animais.

Por fim, o Art. 965, do CC/02, dispõe que goza de privilégio geral, na ordem seguinte, sobre os bens do devedor:

I - o crédito por despesa de seu funeral, feito segundo a condição do morto e o costume do lugar;

II - o crédito por custas judiciais, ou por despesas com a arrecadação e liquidação da massa;

III - o crédito por despesas com o luto do cônjuge sobrevivente e dos filhos do devedor falecido, se foram moderadas;

IV - o crédito por despesas com a doença de que faleceu o devedor, no semestre anterior à sua morte;

V - o crédito pelos gastos necessários à manutenção do devedor falecido e sua família, no trimestre anterior ao falecimento;

VI - o crédito pelos impostos devidos à Fazenda Pública, no ano corrente e no anterior;

VII - o crédito pelos salários dos empregados do serviço doméstico do devedor, nos seus derradeiros seis meses de vida;

VIII - os demais créditos de privilégio geral.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vimos que a obrigação jurídica nasce para ser originalmente cumprida ou, nas palavras de Gustav Radbruch: “a obrigação nasce com o germe de sua própria morte”. Assim, cumprir é o meio original e esperado para o desfazimento do vínculo obrigacional.

Entretanto, conforme o caso, não é possível extinguir o vínculo ou a relação obrigacional pelo pagamento. A lei apresenta formas especiais de extinção ou apenas de modificação da relação obrigacional, como o pagamento com sub-rogação, o pagamento em consignação, a compensação ou a dação em pagamento.

Às vezes a pretensão do credor é atingida pelo dispositivo legal da prescrição. Outras vezes, pela decadência.

Finalmente, o devedor por se ver impedido de cumprir a obrigação por força maior ou caso fortuito e, como sabemos, a obrigação resolve-se para ambas as partes, obedecido, claro, os critérios do *status quo ante*.

Geralmente, a obrigação não é cumprida no tempo, lugar e modo avençados, por deliberação do devedor ou por dificuldades financeiras ou econômicas. Neste caso, o inadimplemento é relativo e chama-se “mora”. Não é demais lembrar que a mora, por parte do devedor ou do credor, coloca o sujeito em mora em risco e, assim, assume os riscos da coisa se perder ou se deteriorar e, ainda que seja por força maior, poderá ser responsabilizado.

Por último, o inadimplemento por dolo ou motivo atribuível ao devedor caracteriza a situação como inadimplemento e, com isso, repercute no patrimônio do devedor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. **Tutela Civil do Nascituro**. SP: Saraiva, 2000;

ALTAVILLA, Enrico. **La Colpa – il reato colposo, riflessi civilistici, analisi psicologica**. Roma: Edizioni dell’Ateneo, 1950;

ALVES, João Luiz. **Código Civil da República dos Estados Unidos do Brasil Annotado**. Rio de Janeiro: F. Briguiet e Cia Editores, 1926;

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 7ª ed. RJ: Renovar, 2008;

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis**. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1987;

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo e GUARINO, Antonio. **Breviarium Iuris Romani**. Milano: A. Giuffrè Ed., 1943;

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

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de Família**. 5ªed. São Paulo: RT, 2002;

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria Geral das Obrigações – Responsabilidade Civil**. 10ª edição. São Paulo, 2004;

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia**. 4ª ed., São Paulo: Saraiva: 2010;

- BARRETO, Carlos Eduardo. **Constituições do Brasil**. II Volumes. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1971;
- BARROSO. Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional** Contemporâneo. 10 ed. [recurso eletrônico]. São Paulo: Saraiva, 2022;
- BAUDRI-LACANTINERIE, G. e BARDE, L.. **Trattato Teorico-Pratico di Diritto Civile – Delle Obbligazioni**. Vol. 1 con appendice di **Pietro Bonfante**. Milano Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1913;
- BAUDRI-LACANTINERIE, G. e SAIGNAT, Leone. **Trattato Teorico-Pratico di Diritto Civile: Della Vendita e della Permuta**. Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1913;
- BENARRÓS, Myriam. **Introdução Histórica ao Sistema Jurídico Romano-Gernânico e a formação do subsistema latino-americano**. Belo Horizonte: Dialética, 2021;
- BETTI, Emilio. **Interpretacion de la Ley y de los Actos Jurídicos**. Tradución y prólogo por José Luis de los Mozos. Madrid: Ed. Rev. de Derecho Privado, 1971;
- BEVILAQUA, Clovis. **A Constituição e o Código Civil** in Opúsculos. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti, 1940;
- BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado**. Edição histórica. 2 vols. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975;
- BEVILAQUA, Clovis. **Comentários ao Código Civil dos Estados Unidos do Brasil** de 1958. Edição histórica. RJ: Editora Rio, 1980;
- BEVILAQUA, Clovis. **Direito das Obrigações**. Bahia: Livraria Magalhães, 1910;
- BEVILAQUA, Clovis. **Opúsculos**. Vol. II. Rio de Janeiro: Pongetti, 1940;
- BEVILAQUA, Clovis. **Princípios Elementares de Direito Internacional Privado (de 1906)**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977;
- BEVILAQUA, Clovis. **Teoria Geral do Dir. Civil**. 4ªed. Brasília: Min. da Justiça, 1972;
- BOBBIO, Norberto. **L'Età dei Diritti**. Torino: Einaudi, 1997;
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003;
- BONAVIDES, Paulo. **Reflexões sobre Política e Direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998;
- BONINI, Giotto. **Istituzioni di Diritto Civile – delle persone e della famiglia**. Napoli: Edizione Jovene, 1940;
- BRASIL. CDC - Lei 8078/1990 – **Código de Defesa do Consumidor**;

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**;

BRASIL. CPC - Lei 13.105/2015 – **Código de Processo Civil**;

BRASIL. ECA – Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 - **Estatuto da Criança e do Adolescente**

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002;

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Institui o Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União - Seção 1 – p. 1-51, 17/3/2015;

BRASIL. **Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990**. Dispõe sobre a **impenhorabilidade do bem de família**.

BRASIL. LINDB – Decreto- Lei 4657, de 4 de setembro de 1942 - **Lei de Introdução à Normas de Direito Brasileiro**;

BRASIL. LRP - Lei 6015/73 - **Lei de Registros Públicos**;

BULGARELLI, Waldirio. **O Kibutz e a Entidade Cooperativa**. São Paulo: Secretaria de Agricultura/USP, 1964;

CAENEGEM, R. C. Van. **Uma Introdução Histórica ao Direito Privado**. Tradução de Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000;

CALAMANDREI, Pietro. **Discorso sulla Costituzione, il 26 gennaio, 1955**. YouTube: discurso completo: <https://www.youtube.com/watch?v=wFeL69hkMdo&t=11s>

CAMBLER, Everaldo. **Curso Avançado de Direito Civil. Vol. 2 – Direito das Obrigações**. São Paulo: RT, 2001;

CARVALHO SANTOS, J. M. de. **Código Civil Brasileiro Comentado**. Vol. XI. 5ª edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953;

CHAGAS, Sílvio Donizete (org) e ARRUDA JR., Edmundo Lima de (coord. Geral Conselho Editorial). **Lições de Direito Civil Alternativo**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994;

CHAVES, Antonio. **Direto à Vida e ao Próprio Corpo**. 2ª ed. São Paulo: RT, 1994;

CHAVES, Cristiano e ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil – Obrigações**. Vol. 2. São Paulo: Atlas, 2015;

CHIRONI, G. P.. **Questioni di Diritto Civile**. Torino: Bocca, 1890;

CODICE CIVILE ITALIANO. A cura di FERRARI, Santo; FERRARI, Roberto e FERRARI, Giorgio. Milano: Hoepli Ed., 1998

CÓDIGO NAPOLEÃO – **Código Civil dos Franceses**. Traduzido, prefaciado e apresentado, respectivamente, por Souza Dias, Miguel Reale e José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Record, 1962;

COGLIOLO, Pietro. **Filosofia del Diritto Privato**. 2ªed. Firenze: G. Barbèra Ed, 1891;

COGLIOLO, Pietro. **L'Evoluzione del Diritto Privato**. Torino: Fratelli Bocca, 1885;

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013;

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013;

COSTANTINO, Michele. **Contributo alla Teoria della Proprietà**. Napoli: Editore Jovene, 1967;

CROME, Carlo. **Teorie Fondamentali delle Obligazioni nel Diritto Francese**. Traduzione con note di A. Ascoli e F. Cammeo. Milano: Società Editrice Libreria, 1908;

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003;

DANTAS, San Tiago. **Programa de Direito Civil**. 3ª ed. RJ: Forense, 2001;

DELLOVA, Renato (coord.). **Direito Civil e Temas Transversais**. São Paulo: Publischoba, 2020;

DINIZ, Maria Helena. **As Lacunas no Direito**. 4ªedição. São Paulo: Saraiva, 1997;

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro - Teoria Geral das Obrigações**. Vol. 2. 29ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014;

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria Geral do Direito Civil**. 30ª edição. São Paulo: Saraiva;

DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro Interpretada**. 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012;

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007;

DURAN, Ivan de Oliveira. **Curso de Direito do Seguro**. SP: Saraiva, 2008;

DURAN, Ivan de Oliveira. **Curso de Lógica Geral e Jurídica**. SP: Atlas, 2009;

DURKHEIN, Émile. **Da Divisão do Trabalho Social**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1995;

ESPÍNOLA, Eduardo. **Sistema do Direito Civil Brasileiro (de 1914)**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977;

- FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. 2ªed. RJ: Renovar, 2006;
- FERRARA, Francesco. **Interpretação e Aplicação das Leis**. 4ª edição. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1987;
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986;
- FRANÇA, Limongi. **Instituições de Direito Civil**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 1996;
- FREITAS, Augusto Teixeira. **Esboço do Código Civil** de 1860. Volumes I e II. RJ: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, Serviço de Documentação, 1952;
- GIORGI, Giorgio. **Teoria delle Obbligazioni nel Diritto Moderno Italiano**. 8 volumi. 7ª edizione. Firenze: Fratelli Cammelli, 1911;
- GIRARD, Renè. **A Violência e o Sagrado**. Tradução de M. C. Gambini. São Paulo: Unesp/Paz e Terra, 1990;
- GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 21ª edição. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2016;
- GOMES, Orlando. **Novas Questões de Direito Civil**. 2ª ed. SP: Saraiva, 1988;
- GOMES, Orlando. **Obrigações**. Atualizado por Edvaldo Brito. 18ª edição. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2016;
- GOMES, Orlando. **Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro**. Salvador: Publicações Universidade da Bahia, 1958;
- GONÇALVES, Carlos R. **Dir. Civil Brasileiro – Parte Geral**. 12ª ed. SP: Saraiva, 2014;
- GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Princípios de Direito Civil Luso-Brasileiro**. 3 Vols.. São Paulo: Max Limonad, 1951;
- GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Tratado de Direito Civil**. 30 vols. São Paulo: Max Limonad, 1957;
- GOZZO, Débora e LIGIERA, Wilson Ricardo (orgs.). **Bioética e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012;
- GRINBERG, Keila. **Código Civil e Cidadania**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Zahar, 2002;
- GUIMARÃES, Ulisses. **Discurso de Promulgação da Constituição Federal de 1988**, proferido em 5 de outubro de 1988:: <https://www.youtube.com/watch?v=x dgVdhElwtg&t=429s>
- IACOMINI, Vanessa (org). **Biodireito e Genoma Humano: perspectivas jurídicas**. Curitiba: Juruá, 2013;

JENNINGS, Sir Ivor. **A Constituição Britânica**. Tradução de Carlos Alberto Lambarck. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981;

JUYNBOLL, Th. W.. **Manuale di Diritto Musulmano – secondo la dottrina della Scuola Sciafeita**. Traduzione con postille e note sulla dottrina della Scuola Malikita di Giovanni Baviera. Milano: Casa Editrice Dottor FRancesco Vallardi, 1916;

LOBO, Paulo. **Direito Civil – Obrigações**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013;

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

LOTUFO, Renan. **Curso Avançado de Direito Civil. Vol. 1 - Parte Geral**. 2ªed. São Paulo: RT, 2003;

MADEIRA, Hécio Maciel França. **O Nascituro no Direito Romano**. São Paulo: Cia Editora Nacional, 2005;

MAIERINI, Angelo. **Della Revoca degli Atti Fraudolenti (fatti dal debitore in pregiudizio dei creditori)**. 3ª edizione. Firenze: Fratelli CAMmelli, 1898;

MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. **Interpretação do Negócio Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011;

MARK, Thomas. **Curso Elementar de Direito Romano**. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 1995;

MARMOR, Andrei. **Direito e Interpretação – Ensaio de Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000;

MARTINS-COSTA, Judith. **A Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: RT, 2002;

MATTIROLO, Luigi. **Principii di Filosofia del Diritto**. Napoli: Società L'Unione Top.-Editrice, 1871;

MELO, José Patrício Pereira. **Os Kariri – Identidades e Direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020;

MENDES, Gilmar. Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 17 ed. [recurso eletrônico] São Paulo: Saraiva, 2022.

MENDONÇA, Manoel Ignácio Carvalho de. **Contratos no Direito Civil Brasileiro**. 2 vols. 4ª edição. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957;

MENDONÇA, Manoel Ignácio Carvalho de. **Doutrina e Prática das Obrigações ou Tratado Geral dos Direitos de Crédito**. Curitiba: Typ. E Lith. a vapor Imp. Paranaense, 1908;

MICELI, Vincenzo. **Principii di Filosofia del Diritto**. 2ª ed.. Milano: Società Editrice Libreria, 1928;

- MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil – Direito das Obrigações**. Vol. 4 – 1ª Parte. 37ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012;
- MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 10ª ed.. SP: Atlas, 2013;
- MORATO, Antonio Carlos. **Direito de Autor: Obra Coletiva**. São Paulo: Saraiva, 2007;
- MORATO, Antonio Carlos. **Pessoa Jurídica Consumidora**. São Paulo: RT, 2008;
- MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano**. Vo. II. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995;
- NARDELLA-DELLOVA, Pietro (org.) et al. **Antropologia Jurídica: uma contribuição sob múltiplos olhares**. 2ª edição. São Paulo: Scortecci, 2018;
- NARDELLA-DELLOVA, Pietro (org.) et al. **Direito, Mito e Sociedade**. (livro digital) São Paulo: Scortecci, 2020;
- NARDELLA-DELLOVA, Pietro (organizador/editor). **Revista de Direito Civil da UniAnchieta** <https://revistas.anchieta.br/index.php/RevistaDirCivil/issue/archive>
- NARDELLA-DELLOVA, Pietro. **A título de introdução: Direito Civil e Constituição** in Revista de Direito Civil da UniAnchieta. Jundiaí. Vol. 1, n. 1, p. 4-10, jan/jun, 2019.
- NARDELLA-DELLOVA, Pietro. **Anarquia e Direito Civil: um estudo proudhoniano das facetas do direito de propriedade como droit d’aubaine e como função libertária**. Tese de Doutorado na Universidade Federal Fluminense. Niterói. Rio de Janeiro: PPGSD/UFF, 2018;
- NARDELLA-DELLOVA, Pietro. **Direito Civil I – Obrigações** (conteúdo digital) São Paulo: B42, 2022;
- NARDELLA-DELLOVA, Pietro. **Direito Constitucional I** (conteúdo digital). São Paulo: B42, 2023;
- NARDELLA-DELLOVA, Pietro. **Direito de Família em face da nova Constituição Federal de 1988**. Monografia de Bacharelado na Fac. de Direito de SBC, SP, 1990;
- NARDELLA-DELLOVA, Pietro. **Direitos da Personalidade**. Monografia de Pós-graduação lato-sensu em Direito Civil da Fac. de Direito de SBC, SP, 1993;
- NARDELLA-DELLOVA, Pietro. ITO, Debora et al. **Elementos para uma teoria crítica e constitucional aplicada ao Direito Civil** in Revista de Direito Civil da UniAnchieta. Jundiaí. Vol. 1, n. 1, p. 144-174, janeiro/junho, 2019. <https://revistas.anchieta.br/index.php/RevistaDirCivil/issue/view/117/79> . Acesso em 1 de junho de 2022;
- NARDELLA-DELLOVA, Pietro. **Judaísmo e Direitos Humanos: um estudo das contribuições judaicas na tessitura dos direitos humanos**. Tese de Doutorado, com financiamento CAPES/FUNDASP na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. SP: PROCRE-PUC/SP, 2020;

NARDELLA-DELLOVA, Pietro. **Pierre Proudhon e sua Crítica ao Direito Civil**. São Paulo: Scortecci, 2021;

NARDELLA-DELLOVA, Pietro. **Teoria Geral do Direito Civil**. (conteúdo digital) São Paulo: Delínea, 2022;

NARDELLA-DELLOVA, Pietro. **Direito Civil-Constitucional**. São Paulo: Editora Scortecci, 2023;

NERO, Patrícia Aurélio Del. **Propriedade Intelectual – a tutela jurídica da biotecnologia**. São Paulo: RT, 1998;

NERY, Rosa Maria de Andrade e NERY JUNIOR, Nelson. **Código Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005;

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Direito Civil – Alguns Aspectos da sua Evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 2001;

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações**. Vol. II. 28ª edição. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2016;

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. 1, 2ª edição. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2016;

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil Constitucional**. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997;

PERTICONE, Giacomo. **Lezioni di Filosofia del Diritto**. Roma: Ateneo, 1961;

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011;

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo I. 4ª edição. Revista dos Tribunais, 1983;

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo II. 4ª edição. Revista dos Tribunais, 1983;

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado – Parte Especial – Direito das Obrigações**. Tomo XXII. 3ª ed. SP: RT, 1984;

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado – Parte Especial – Direito das Obrigações**. Tomo XXII. 3ª ed. SP: RT, 1984;

QUINTANA, Mario. **Prosa & Verso**. 6ª ed. São Paulo : Ed. Globo, 1996;

QUIRINO, Célia Galvão e MONTES, Maria Lúcia. **Constituições Brasileiras e Cidadania**. São Paulo: Ática, 1987;

RABELLO, Alfredo Mordechai. **Introduzione al Diritto Ebraico: fonti, matrimonio e divorzio, bioética**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2002;

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Vol. II (dois tomos em um) – Parte Especial. 2ª ed. Trad de L. Cabral de Moncada. Coimbra: Arménio Amado, 1945;

RADBRUCH, Gustav. **Propedeutica alla Filosofia del Diritto**. Traduzione di Dino Pasini e Carlo A. Agnesotti. Torino: G. Giappichelli Editore, 1959;

RANDAZZO, P. Mirto. **Istituzioni di Diritto Romano**. 4ª ed. Roma: Ed Adriani, 2001;

RÁO, Vicente. **Ato Jurídico**. 4ªed. São Paulo: RT, 1999;

RÁO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**. 2 vols. 4ª ed. SP: RT, 1997;

RDC - **Revista de Direito Civil da UniAnchieta**
<https://revistas.anchieta.br/index.php/RevistaDirCivil/issue/archive>

REALE, Miguel. **História do Novo Código Civil**. São Paulo: RT, 2005;

RIBAS, Joaquim (Conselheiro). **Direito Civil Brasileiro (1865)**. RJ: Rio, 1977;

RIPERT, Georges. **A Regra Moral nas Obrigações Civis**. Tradução da 3ª edição francesa por Osório de Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1937;

SAGGESE, Francesco Laviano (coord). **Istituzioni di Diritto Privato – Diritto Civile**. IX Edizione. Napoli: Ed. Giuridiche Simone, 2002;

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil**. 3 vols. São Paulo: Freitas Bastos, 1959;

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001;

SKORKA, Abraham (compilador). **Introducción al Derecho Hebreo**. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2001;

TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloisa Helena e MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Comentado conforme a Constituição da República**. Vols. 1 e 2, Rio de Janeiro: Renovar, 2004;

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Vol. II. RJ: Renovar, 2006;

VAMPRÉ, Spencer. **O Que é o Código Civil**. São Paulo: Livraria e Officinas Magalhães, 1916;

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil – Obrigações e Responsabilidade Civil**. Vol. II. 17ª edição. São Paulo: Atlas, 2017;

VOLTERRA, Edoardo. **Diritto Romano e Diritti Orientali**. Napoli: Jovene Ed., 1983;

WEBER, Max. **Economia y Sociedad: esbozo de sociologia comprensiva**. Tradução J. M. Echavarría, J. R. Parella, E. Ímaz, E. G. Máynez e J. Ferrater Mora. México: Fondo de Cultura Económica, 1997;

WEBER, Max. **História Agrária Romana**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1994;

ZITSCHER, Harriet Christiane. **Introdução ao Direito Civil Alemão e Inglês**. Belo Horizonte: DelRey, 1999.