

Leonardo Ferreira Vilaça  
Leônidas Meireles Mansur Muniz de Oliveira  
Wilson Almeida Benevides  
(organizadores)

# AUTONOMIA PRIVADA:

*democracia, estado de direito  
e valores existenciais e patrimoniais*

*Prefácio:*  
Professor Fábio Ulhoa Coelho



Foi com muita alegria que recebi o convite para confeccionar a nota de contracapa do livro intitulado "AUTONOMIA PRIVADA: Democracia, estado de direito e valores existenciais e patrimoniais", cuja organização coube aos professores Leonardo Ferreira Vilaça, Leônidas Meireles Mansur Muniz de Oliveira e Wilson Almeida Benevides.

O movimento de constitucionalização do direito privado teve como uma de suas principais contribuições a despatrimonialização e, conseqüentemente, o advento do princípio da dignidade da pessoa humana. Verifica-se o rompimento com as premissas trazidas pelos estudos desenvolvidos no âmbito da autonomia da vontade, momento histórico em que o direito privado tinha como um de seus principais eixos a proteção do patrimônio.

Nesse contexto propositivo verifica-se que os negócios jurídicos, as relações privadas, a correlação entre as esferas públicas e privadas, assim como a construção teórico-pragmática das bases epistemológicas do Estado Democrático de Direito passaram a ser diretamente relacionadas com a ampla e integral proteção constitucional da dignidade humana, que assume o papel de princípio e fundamento da República Federativa do Brasil.

A partir da segunda metade do século XX a ciência do Direito passou a ser vista como locus de ampla exauriência argumentativa. As proposições normativas deixam de ter o fim em si mesmo para, assim, serem utilizadas como referenciais que viabilizam a implementação dos direitos fundamentais e humanos previstos no plano constituinte e instituinte.

O Estado Democrático de Direito evidenciou o compromisso com a alteridade, haja vista que a norma jurídica em si deve ser utilizada como instrumento para combater discriminações, garantir igualdade, limitar o exercício do poder, legitimar o exercício das liberdades públicas e privadas, além de viabilizar a inclusão de pessoas, numa proposta que se relaciona de forma direta com a superação da marginalidade e exclusão social.

Em suma, portanto, convido todos os leitores a conhecerem as proposições teóricas apresentadas nessa obra, que objetivam desvendar, sob o ponto de vista epistemológico e pragmático, as reflexões que permeiam a autonomia privada na sociedade contemporânea globalizada!

### ***Fabrcio Veiga Costa***

Professor do PPGD – Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna. Doutor e Mestre em Direito. Pós-doutorado em Educação e Psicologia. Residência pós-doutoral em Direito

ISBN 978-65-89904-55-7



9 786589 904557 >

Leonardo Ferreira Vilaça  
Leônidas Meireles Mansur Muniz de Oliveira  
Wilson Almeida Benevides  
(Organizadores).

# AUTONOMIA PRIVADA:

*democracia, estado de direito  
e valores existenciais e patrimoniais*



Prefácio:

**Fábio Ulhoa Coelho**

Advogado e Professor Titular da PUC-SP

Belo Horizonte/MG – 2022

<sup>1</sup> O Projeto Vozes do Futuro foi criado pelo professor Leonardo Ferreira Vilaça em 2017, durante período de vínculo com a UNA Betim/MG – Grupo Ânima, e, objetiva instigar os docentes a promoverem práticas, pesquisas e metodologias ativas que propiciem ao alunado a oportunidade de desenvolverem trabalhos e publicações científicas, além, claro, do gosto pela leitura, pela carreira escolhida e pelo debate entre o teórico e o prático. Ver: VILAÇA, Leonardo Ferreira (coord.). Vozes do Futuro: reflexões e análises sobre a crise política brasileira, governabilidade e corrupção. Belo Horizonte/MG: Conhecimento, 2020.



**Dra. Adriana Goulart De Sena Orsini**

Professora Associada IV e membro do corpo permanente do Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da UFMG.

**Dra. Amanda Flavio de Oliveira**

Professora associada e membro do corpo permanente do PPGD da faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

**Dr. Eduardo Goulart Pimenta**

Professor Associado da Faculdade de Direito da UFMG e do Programa de Pós-graduação em Direito da PUC/MG

**Dr. Francisco Satiro**

Professor do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP – Largo São Francisco

**Dr. Henrique Viana Pereira**

Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da PUC Minas.

**Dr. João Bosco Leopoldino da Fonseca**

Professor Titular da Faculdade de Direito da UFMG

**Dr. Leonardo Gomes de Aquino**

Professor do UniCEUB e do UniEuro, Brasília, DF.

**Dr. Luciano Timm**

Professor da Fundação Getúlio Vargas - FGVSP e ex Presidente da ABDE (Associação Brasileira de Direito e Economia)

**Dr. Marcelo Andrade Féres**

Professor Associado da Faculdade de Direito da UFMG

**Dra. Renata C. Vieira Maia**

Professora Adjunta da Faculdade de Direito da UFMG

**Dr. Rodolpho Barreto Sampaio Júnior**

Professor Adjunto na PUC Minas e na Faculdade de Direito Milton Campos, vinculado ao Programa de Mestrado.

**Dr. Rodrigo Almeida Magalhães**

Professor Associado da Faculdade de Direito da UFMG e do Programa de Pós-graduação em Direito da PUC/MG

**Direção editorial:** Luciana de Castro Bastos  
**Diagramação e Capa:** Daniel Carvalho e Igor Carvalho  
**Revisão:** Do Autor

A regra ortográfica usada foi prerrogativa do autor.



Todos os livros publicados pela Expert Editora Digital estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 BY-SA. <https://br.creativecommons.org/>

"A prerrogativa da licença creative commons 4.0, referencias, bem como a obra, são de responsabilidade exclusiva do autor"

#### **Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**

VILAÇA, Leonardo Ferreira, OLIVEIRA, Leônidas Meireles Mansur Muniz de, BENEVIDES, Wilson Almeida (Org.)

Título: Autonomia Privada: democracia, estado de direito e valores existenciais e patrimoniais - Belo Horizonte - Editora Expert - 2022.

Organizadores: Leonardo Ferreira Vilaça, Leônidas Meireles Mansur Muniz de Oliveira, Wilson Almeida Benevides

ISBN: 978-65-89904-55-7

Modo de acesso: <https://experteditora.com.br>

1.Direito Privado 2. Estado Democrático de Direito 3.Proteção Constitucional 4.Dignidade Humana; I. I. Título.

CDD: 346

**Pedidos dessa obra:**

[experteditora.com.br](https://experteditora.com.br)

[contato@editoraexpert.com.br](mailto:contato@editoraexpert.com.br)





*Em primeiro lugar, dedicamos essa obra aos nossos familiares e amigos que, dentro de seus olhares, acompanham nosso cotidiano profissional e acadêmico, e, torcem sempre pelos nossos êxitos, seus frutos inerentes e alegrias vindouras!*

*Dedicamos também esse trabalho a todos os professores, amigos e colegas que, de alguma maneira, contribuíram para este resultado final que aqui se apresenta! Nossa eterna gratidão!*

*Também dedicamos essa obra a todos os nossos colegas do PPGD-PUC Minas e a todos os discentes dos professores-autores que gentilmente aceitaram participar, cooperar e contribuir para o bom debate de uma temática tão essencial para nosso cotidiano!*

*Por fim, em homenagem póstuma, dedicamos essa obra ao Dr. Alberto Deodato Maia Barreto Filho, comprometido ex-professor da UFMG e das Faculdades Milton Campos, pessoa que sempre se dedicou ao exercício do bem e pai zeloso!*

*Esperamos que os artigos aqui presentes possam promover reflexões profícuas e ações de promoção de aprendizado e bem-comum!*

**Organizadores.**

*“A autonomia é um poder que só se conquista de dentro e que só se exerce no seio da cooperação.”*

**Piaget.**

## **AUTORES**

### ***DOCENTES COLABORADORES<sup>1</sup>:***

#### **Adriano Stanley Rocha Souza**

Pós-Doutor pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG). cursou disciplinas isoladas no Programa de Doutorado da Universidad de Deusto, em Bilbao (Espanha). Atualmente é professor Adjunto IV da PUCMG. Autor de vários artigos jurídicos, capítulos de livros e dos Livros “Direito das Coisas”, “Tutelas de Urgência na Reparação do Dano Moral” e “Dano Moral e Punitive Damages”. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil, atuando principalmente nos seguintes temas: direito civil, propriedade, responsabilidade civil, dano moral e meio ambiente.

#### **Alfredo de Assis Gonçalves Neto**

Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor Titular Aposentado de Direito Empresarial da Faculdade de Direito da UFPR, foi seu Diretor no período de 1989-1993, e, lecionou nos cursos de graduação, mestrado e doutorado da referida instituição, da qual se aposentou em 2008. Com vários livros publicados, foi presidente da OAB, Seção do Paraná, do Instituto dos Advogados do Paraná, da Academia Paranaense de Letras Jurídicas. Parecerista, advogado sócio-fundador da sociedade de advogados Assis Gonçalves, Kloss Neto e Advogados Associados. Email: assis@agkn.com.br.

---

<sup>1</sup>Dados coletados da Plataforma Lattes ou dos artigos enviados pelos autores

## **Amauri Cesar Alves**

Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG). Professor da Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP), na Graduação e no Mestrado Acadêmico em Direito (Área de Concentração “Novos Direitos, Novos Sujeitos”). Atual Chefe do Departamento de Direito da UFOP e Presidente da Assembleia Departamental. Membro do Núcleo Docente Estruturante do Curso de Direito da UFOP (NDE, DEDIR/UFOP). Membro do Colegiado da Pós-Graduação em Direito da UFOP. Membro da Comissão Permanente de Formação Prático-Profissional do DEDIR/UFOP. Coordenador do Grupo de Estudos de Direito do Trabalho (GEDIT) da UFOP. Membro do Comitê de Mediação e Humanização das Relações de Trabalho COMHUR/UFOP. Membro da Comissão de Egressos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFOP. Membro da Comissão de Bolsas e Estágio Docência, PPGD/UFOP. Membro de Comissão de verificação de autodeclaração para fins de concurso público na UFOP. Editor do site [www.direitodotrabalhoessencial.com.br](http://www.direitodotrabalhoessencial.com.br). Avaliador do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior – BASIS. INEP/DAES/MEC.

## **Camila Pita Figueiredo**

Mestranda em Direito na Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP). Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pela Faculdade Pitágoras. Especialista em Gestão Educacional pela Faculdade Pitágoras. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG). Pesquisadora do Grupo de Estudos de Direito do Trabalho (GEDIT) e do Núcleo de Estudos ‘Novos Direitos Privados e Reconhecimento’ (NDP) da UFOP. Advogada.

## **Carla Carvalho**

Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professora da Faculdade de Direito da UFMG. Membro titular do Comitê de Ética na Pesquisa da UFMG. Membro do Departamento

Científico de Bioética da Sociedade Mineira de Pediatria. Associada do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil. Advogada. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5925303284208861>. E-mail: [carla@carlacarvalho.com.br](mailto:carla@carlacarvalho.com.br).

### **Carlos Henrique Soares**

Doutor e Mestre em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG). Professor de Direito Processual Civil da PUCMG e da Escola Superior Dom Hélder Câmara. Coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito Processual Civil – IEC/PUCMG. Professor de Pós-Graduação, Presidente da ACADEPRO. Escritor, Conferencista e Advogado e Sócio-Diretor da Pena, Dylan, Soares & Carsalade – Sociedade de Advogados (PDSC) – Email: [carlos@pdsc.com.br](mailto:carlos@pdsc.com.br).

### **Cássio Augusto Barros Brant**

Doutor e Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG). Especialista em Direito da Empresa e da Economia pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Professor adjunto substituto na PUCMG, lecionando as seguintes disciplinas no curso de graduação em Direito: direito das obrigações, direitos reais e direito das sucessões. Advogado.

### **César Fiuza**

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor de Direito Civil na Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e na Acadêmica de Polícia Militar de Minas Gerais (APMMG) onde atua no Núcleo de Pesquisa em Ciências Policiais e Segurança Pública. Ocupa a Cadeira 14 da Academia Mineira de Letras Jurídicas. Advogado, consultor jurídico e parecerista. Sócio do Escritório César Fiuza e Bruno Lewer Sociedade de Advogados.

## **Charley Teixeira Chaves**

Doutor em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG). Mestre em Direito Processual e Especialista em Direito Processual pela PUCMG. Graduado em Direito. Ex-Diretor Acadêmico, Ex-Coordenador de Curso de Direito e Pesquisador/Procurador Institucional da FASPI. Ex-Coordenador de Curso de Direito da FAMINAS-BH. Ex-Coordenador de Pós-graduação. Revisor da revista De Jure do Ministério Público de Minas Gerais. Advogado. Professor de Graduação e Pós-Graduação. Membro do Instituto Mineiro de Direito Processual – IMDP. Membro da Academia de Direito Processual Democrático – ACADEPRO. Autor de diversos artigos e dos livros: Ministério Público como instituição permanente popular: os sujeitos processuais no direito democrático (Arraes Editores, 2012); Recurso: um direito constitucional democrático (Arraes Editores, 2013, 2ª ed. 2015 e 3ª ed. 2021); A fiscalidade da constitucionalidade (VirtualBooks, 2015); O Povo e o Tribunal do Júri (D' Plácido, 2015 e 2ª ed. 2020); Curso de Teoria Geral do Processo (D' Plácido, 2014; 2ª ed. 2016; 1ª Reimp. 2017; 3ª ed. 2019; 4ª ed. 2020); e, Processo Constitucional (D' Plácido, 5ª ed. 2021). Contatos: @charleyteixeirachaves/charleychaves@charleychaves.com.br/www.charleychaves.com.br.

## **Daniel Rocha Corrêa**

Doutorando em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG). Mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor Assistente IV da PUCMG. Coordenador do Colegiado de Coordenação Didática do Curso de Direito da Unidade Barreiro da PUCMG e membro da Câmara Departamental da Faculdade Mineira de Direito da PUCMG. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Econômico, atuando principalmente nos seguintes temas: direito econômico, direito ambiental, desenvolvimento sustentável, direito constitucional e direito da concorrência. Colaborador da Comissão de Concorrência e Regulação da OAB/MG. E-mail: danielcorrea@pucminas.br.

## **Eduardo Goulart Pimenta**

Doutor e Mestre em Direito Empresarial pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFMG e da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG). Coordenador dos cursos de especialização em “Direito, Inovação e Startups” e em “Direito Bancário e do Mercado Financeiro” pela PUCMG Virtual. Procurador do Estado de Minas Gerais. Árbitro e Consultor. Email: goulartpimenta@hotmail.com.

## **Fausto Amador Alves Neto**

Doutor e Mestre em Geografia pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Estácio de Sá. Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade Norte do Paraná. Graduado em Direito pela Fundação Educacional de Ituiutaba – UEMG. Professor efetivo do Curso de Direito da Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG) – Unidade Ituiutaba/MG – área: Direito de Família e de Sucessões. Líder do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direito das Famílias e do Núcleo de Estudos Integrados em Direito e Geografia (NEDIGE) – Grupos de Pesquisa CNPq. Foi Coordenador do Curso de Direito da UEMG – Unidade Ituiutaba (2018-2020). Advogado inscrito na OAB/MG – Associado ao IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família). Advogado. E-mail: fausto.neto@uemg.br

## **Gladston Mamede**

Doutor (1994) em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Membro do Instituto Histórico e Geográfico de Minas Gerais. Diretor do Instituto Pandectas. Bacharel (1988) em Direito. Iniciou sua atuação acadêmica pela Filosofia do Direito. Atualmente dedica-se ao estudo do Direito Privado, com ênfase no Empresarial e Direito Contratual. Tem contribuições em outras disciplinas jurídicas, designadamente no Direito do Turismo. Professor Assistente I na Graduação e no Mestrado Acadêmico em

Direito da FUMEC. Professor de Direito Empresarial e Ética Profissional e Estatuto da Advocacia e da OAB.

### **Gualter de Souza Andrade Júnior**

Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG). Professor Adjunto da Faculdade Mineira de Direito da PUCMG. Professor de Direito Civil, Teorias do Estado, Teoria do Direito e de Prática Jurídica da PUCMG. Líder do grupo José Pedro Galvão de Sousa e o Direito Brasileiro (GJP). Advogado.

### **João Hagenbeck Parizzi**

Doutorando e Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UNICEUB-DF). Graduado em Direito pela Universidade Tiradentes (UNIT-SE). Professor efetivo do Curso de Direito da Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG) – Unidade Ituiutaba/MG. Professor de Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho e Direito Previdenciário. Advogado. E-mail: joao.parizzi@uemg.br

### **Leila Bitencourt Reis da Silva**

Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), na Área de Estudo ‘Empresa no Mercado’. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP). Especialista em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG). Advogada. Participante do Grupo de Pesquisa Sistema Financeiro Nacional – Negócios e Regulação e do Núcleo de Estudos ‘Novos Direitos Privados e Vulnerabilidades’. E-mail: leilareis091@gmail.com.

### **Leonardo Ferreira Vilaça**

Doutorando em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG). Mestre em Direito Internacional e Comunitário

pela PUCMG. Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos – Nova Lima/MG. Especialista em Advocacia Empresarial e em Coordenação Pedagógica pela PUCMG e em Direito Processual Civil pela Universidade de Itaúna/MG (UIT). Professor na Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG). Advogado.

### **Leônidas Meireles Mansur Muniz de Oliveira**

Doutor em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG). Mestre em Direito Empresarial (Bolsista FAPEMIG) e Bacharel em Direito pela PUCMG. No período da graduação, atuou em pesquisa e extensão universitária, representou a PUCMG internacionalmente na Cidade de Díli, Timor Leste, realizou intercâmbio em Ensino Internacional na Escola norte-americana Language Studies International (LSI), na cidade de Boston, Massachusetts. Possui experiência em gestão educacional como Coordenador de Curso de Direito, Coordenador de Núcleo de Prática Jurídica, Membro de Comissão Permanente de Avaliação, Membro de Comitê de Ética em Pesquisa e Implementação de Metodologias Ativas. Na docência, atua como Professor Substituto na UFLA (Aprovado no concurso 51/20), Professor da Graduação na PUCMG, Professor na pós-graduação em Direito Contratual e Gestão Empresarial da PUCMG Barreiro e Praça na Liberdade. É membro da Diretoria do Estado de Minas Gerais do IBDCONT (Instituto Brasileiro de Direito Contratual). Coordenador da Revista de Direito do Terceiro Setor da Editora Fórum, Avaliador da Revista de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Avaliador da Revista da Faculdade Mineira de Direito da PUCMG – VirtuaJus, Avaliador ad hoc da Revista Percurso Acadêmico da PUCMG Barreiro, Pesquisador vinculado ao Núcleo Jurídico de Políticas Públicas da PUCMG (NUJUP), Advogado militante e palestrante.

### **Lívia Guimarães Gonçalves**

Mestre em Direito Privado e Pós-graduada em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG). Advogada do Escritório Godinho, Barbosa e Bregunci Sociedade de Advogados, atuante na

consultoria cível e contencioso empresarial e cível, inclusive no Direito das Famílias e das Sucessões.

### **Lucélia de Sena Alves**

Mestre (2014) em Direitos Fundamentais, da linha de Direito Processual Coletivo, pela Universidade de Itaúna (UIT). Possui experiência em pesquisa empírica em Direito. Ex-Professora de Direito Processual Civil das Faculdades Kennedy de Minas Gerais e da Faculdade Promove. Ex-Coordenadora do curso de Pós-graduação em Advocacia Cível e Tecnologias Aplicadas à Advocacia da Faculdade Promove. Professora da Escola Superior da Advocacia de Minas Gerais. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Advogada no escritório Sena & Alves Advocacia.

### **Lucia Martins de Almeida Prado**

Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR) – Linha de Pesquisa: Direito Constitucional nas Relações Econômicas. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Advogada na área do Direito Privado, com ênfase em Direito Comercial. Email: [luciaprado@edu.unifor.br](mailto:luciaprado@edu.unifor.br).

### **Luciana de Castro Bastos**

Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Veiga de Almeida – RJ. Professora de Direito Empresarial na FEAMIG e na PUCMG. Coordenadora dos cursos de especialização em “Direito, Inovação e Startups” e em “Direito Bancário e do Mercado Financeiro” pela PUCMG Virtual. Email: [luciana.castro@zipmail.com.br](mailto:luciana.castro@zipmail.com.br).

### **Luciana Fernandes Berlini**

Pós-doutora em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Doutora e Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG). Professora do Curso de Direito da Universidade Federal de Lavras (UFLA). Professora do Curso de Direito Médico do IEC – PUCMG. Associada fundadora do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil. Presidente da Comissão de Responsabilidade Civil da OAB/MG. Autora de livros e artigos jurídicos. Advogada. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8274959157658475>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5379-974X>. Email: [luciana@berlini.com.br](mailto:luciana@berlini.com.br).

### **Marina Luiza Amari**

Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Graduada em Direito pela UFPR. Advogada do escritório Assis Gonçalves, Kloss Neto e Advogados Associados. Email: [mia@agkn.com.br](mailto:mia@agkn.com.br)

### **Marlon Tomazette**

Doutor e Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (CEUB). Professor de Direito Comercial no CEUB e no Instituto de Direito Público – IDP. Procurador do Distrito Federal e Advogado. Tem como áreas de atuação principal o Direito Societário, o Direito Falimentar e Recuperacional e os Contratos Empresariais.

### **Oksandro Gonçalves**

Pós-Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa com bolsa CAPES. Doutor em Direito pela da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Mestre em Direito pela da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Professor Titular da PUCPR. Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da PUCPR. Advogado. E-mail: [oksandro.goncalves@pucpr.br](mailto:oksandro.goncalves@pucpr.br).

## **Roberto Henrique Pôrto Nogueira**

Doutor e Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG). Especialista em Direito Tributário pela Milton Campos. Coordenador do Núcleo de Estudos ‘Novos Direitos Privados e Vulnerabilidades’ e participante do Grupo de Pesquisa Sistema Financeiro Nacional – Negócios e Regulação. Professor Associado do Mestrado Acadêmico e da Graduação em Direito da Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP). E-mail: roberto.nogueira@ufop.edu.br.

## **Rodrigo Almeida Magalhães**

Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG). Professor Adjunto IV da PUCMG, na graduação e no Programa de Pós-graduação em Direito (Mestrado e Doutorado). Professor titular I do Centro Universitário Unihorizontes. Professor associado I da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Comercial, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito de Empresa, Títulos de Crédito, Direito Societário, Arbitragem e Recuperação.

## **Samir Alves Daura**

Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos (FDMC). Foi pesquisador bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), nível mestrado. Tem interesse na pesquisa jurídica em Direito Civil e Direito do Consumidor, especialmente, em estudos que articulem a transformação dos direitos da personalidade em face da internet das coisas, as relações entre Bioética e Biodireito com o Direito Civil, a boa-fé objetiva perante as relações contratuais cíveis e consumeristas, a evolução da responsabilidade civil em face das novas tecnologias, assim como as relações entre Direito e Economia, principalmente

as contribuições da Behavioral Economics para a análise jurídica. Associado titular do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC). Professor do Curso de Direito do Centro Universitário do Cerrado Patrocínio (UNICERP). Advogado. E-mail: samir@unicerp.edu.br.

### **Unie Caminha**

Pós-Doutora e Doutora pela Universidade de São Paulo (USP). Professora titular do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade de Fortaleza (UNIFOR) e professora associada da Universidade Federal do Ceará (UFC). Áreas de atuação: Direito Comercial, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito Societário, Contratos, Direito Concursal, Mercado Financeiro, Mercado de Capitais, gestão de ativos públicos e previdência complementar. Advogada.

### **Wilson Almeida Benevides**

Doutorando em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG). Mestre e Bacharel em Direito pela Faculdade Milton Campos. Atualmente Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG). Professor do Centro Universitário Unihorizontes. Professor da PUCMG – disciplina: Estágio supervisionado III – Magistratura.

## **DISCENTES COLABORADORES<sup>2</sup>:**

### **André Anderson Gonçalves de Oliveira**

Discente no curso de Direito pela Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG). Atualmente estagiário na revista Virtujus da Faculdade Mineira de Direito.

### **Izabel Laurita Chaves Costa**

Discente no curso de Direito pela Faculdade Milton Campos – Nova Lima/MG. Experiência de estágio em órgãos públicos, Tribunal Regional Eleitoral (TRE – MG) e Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG).

---

<sup>2</sup> Dados coletados da Plataforma Lattes ou dos artigos enviados pelos autores

## ***NOTA DA ORGANIZAÇÃO E COORDENAÇÃO CIENTÍFICA***

A autonomia privada é um importante sustentáculo do direito civil brasileiro. Compreendida como elemento balizador das relações privadas, chama a atenção dos mais diversos estudiosos do direito quando o assunto é a sua definição, os seus impactos e a sua relação com o direito privado. Mas, seus atrativos não somente estes.

Fruto da crise da vontade, a autonomia privada caminha perfeitamente em diversos campos jurídicos, estabelecendo um importante diálogo entre direito privado e as demais áreas do direito, e, boas interfaces com outras áreas das ciências humanas. Ou seja, além de ser um tema encantador que desperta calorosos debates, é um assunto interdisciplinar que permite, através de reflexões, o aprimoramento do direito privado e do direito como um todo, além de ser via franca de promoção da dignidade humana. É, com essa perspectiva contributiva, que organizamos esta obra.

Trazer múltiplos olhares sobre a mesma temática é uma forma de tornar o assunto ainda mais rico e valioso.

Esta obra conta com a contribuição de grandes autores, advogados, professores, pesquisadores e estudiosos do direito, que apresentam, de forma contemporânea, temas que relacionam a autonomia privada aos direitos administrativo e processual, à crise sanitária, à desconsideração da personalidade jurídica, à standardização dos contratos, à boa-fé, à tecnologia e inteligência artificial, ao direito do trabalho, ao processo legislativo de normas contemporâneas e seus almejados reflexos sociais-jurídicos etc. Portanto, a leitura da presente obra é uma forma de aprofundar os estudos do instituto em destaque, bem como de inspirar novas produções científicas, buscar novas abordagens e promover o fomento e manutenção do desenvolvimento do direito privado.

Os temas foram organizados de forma a convidar o leitor para uma jornada multifacetada e pluridisciplinar que vai muito além de uma mera leitura ou um estudo, e sim, de inserção dinâmica em uma

via de contínua construção própria do direito, sob o viés de valores existenciais e patrimoniais que a sociedade moderna busca tutelar.

Esperamos que esta obra contribua na produção e desenvolvimento de conhecimentos para todos os leitores e desperte a atenção e inspiração necessárias para a compreensão verticalizada da temática.

Estes são nossos sinceros votos!

Boa leitura!

***Os Organizadores.***

## ***PREFÁCIO***

“Autonomia” remete à situação em que o sujeito consegue agir por si mesmo.

No campo da psicologia do desenvolvimento, a criança ganha autonomia à medida que se torna capaz de processar individualmente as informações relevantes para orientar as suas decisões e ações. Ao se erguer sozinha, normalmente um pouco antes de completar o primeiro ano de vida, cada pessoa processa informações extremamente simples, quando comparadas com as que processará na vida adulta. E, ao fazê-lo, está mais autônoma por conseguir realizar esta singela ação por si mesmo, isto é, sem precisar de ninguém.

No campo da ética, se formos a Kant, encontraremos a chave para a moralidade das condutas no conceito de autonomia da vontade. Sob o ponto de vista kantiano, não age moralmente quem fala a verdade por temer as consequências de eventual revelação de sua mentira. Só age de modo moralmente adequado aquele que fala a verdade por definitivamente não admitir mentiras em hipótese alguma. E, ao fazê-lo, manifesta uma vontade autônoma, independente de qualquer outra consideração (que poderia relativizar a oportunidade da verdade ou constranger esta com a ameaça de sanções); uma vontade, em suma, que se guia por si mesma, ou seja, se basta.

Autonomia, na psicologia do desenvolvimento e na ética, não tem relação com a liberdade. Em nosso crescimento, progressivamente ganhamos autonomia e perdemos liberdade: com o aumento da capacidade de processar as informações vem a responsabilidade (não se repreende o bebê que regurgita, mas repreende-se a criança que cospe a comida). A vontade autônoma kantiana, por sua vez, guia-se por si mesma, mas sem ultrapassar jamais os limites do imperativo categórico (“faça apenas o que corresponde a uma máxima universal de conduta”): ninguém pode usar uma pessoa como meio de alcançar os seus objetivos.

No campo do direito – em que muitas vezes as coisas são às avessas –, autonomia é frequentemente associada a uma espécie

de liberdade. Alguns a chamam de liberdade positiva (poder de concretizar as suas potencialidades), em contraposição à negativa (inexistência de coerção). Essa distinção, no entanto, é inoperante no plano argumentativo do direito porque, a menos que se enverede pelos anacrônicos caminhos do jusnaturalismo, a autonomia de qualquer sujeito será sempre considerada uma definição da ordem jurídica; e, enquanto definição, será sempre uma concessão, já que as normas jurídicas podem tirar o que dão, voltar a dar, limitar, condicionar etc.

Em síntese, “autonomia” no discurso jurídico é expressão que “remete à situação em que o sujeito consegue agir por si mesmo” porque a ordem vigente lhe atribuiu essa prerrogativa. A autonomia é “o que ficou”, na feliz imagem reproduzida por Pontes de Miranda que Alfredo de Assis Gonçalves Neto e Marina Luiza Amari oportunamente lembram. É uma imagem que, cunhada para o âmbito do direito privado (“ficou para as pessoas”), ilustra igualmente bem a discussão ambientada no direito público: autonomia é o que ficou para os sujeitos de direito (público ou privado, pessoa natural ou jurídica, entes despersonalizados, segmentos do Estado etc.).

Os municípios, o Ministério Público, as Defensorias Públicas Estaduais e as universidades são autônomos porque assim estabeleceu a Constituição Federal. As autarquias e fundações públicas gozam de autonomia porque o Dec.-lei nº 200/67 a concedeu. A LGPD, ao afirmar o princípio da autodeterminação informativa, deu direito a cada um de decidir autonomamente acerca do tratamento de seus dados pessoais. Os empresários podem dispor sobre os seus interesses comuns em razão da autonomia dada pela lei à vontade dos particulares (reforçada pelo princípio da supletividade instituído pela Lei da Liberdade Econômica).

Nenhuma dessas esferas de autonomia é ilimitada. Há, na ordem jurídica, adjetivações (autonomia administrativa, científica, orçamentária etc.) e exceções (a ineficácia da autodeterminação informativa para fins jornalísticos, por exemplo) circunscrevendo o espaço por ela delimitado onde se consegue ir por si mesmo, exercendo o direito de tomar decisões com liberdade. E os adjetivos

e as excepcionalidades podem ser alterados, restringindo aqueles e ampliando estas, por meio da edição de novas normas jurídicas – que terão, se necessário, hierarquia constitucional para escaparem das aferições judiciais de validade (tentar escapar, pelo menos, já que há normas constitucionais inconstitucionais). Para além do plano especificamente normativo, a jurisprudência também limita a autonomia (Marlon Tomazette fornece um exemplo na discussão sobre a definição contratual dos critérios de apuração de haveres nas sociedades limitadas).

Nos dias de hoje, enfim, a afirmação de que a ordem jurídica tem que “reconhecer” certos direitos por assim dizer naturais ou inatos perdeu a eficácia retórica (embora ainda tenha certa presença na dogmática, como na reflexão de Adriano Stanley Rocha Souza e Leonardo Ferreira Vilaça sobre o direito de propriedade ou na de Gualter de Souza Andrade Júnior sobre certos institutos do direito de família). As disputas se dão, portanto, em torno dos limites da liberdade concedida pela ordem jurídica, vale dizer, da extensão de uma autonomia incontornavelmente limitada.

Por outro lado, se a criança, na psicologia do desenvolvimento, torna-se autônoma em razão do imparável processo fisiológico do crescimento (abstraída a morte, claro) e a ética kantiana nos julga autônomos à luz de herméticos padrões absolutos, o direito irá tratar determinados conflitos de interesses a partir de uma noção necessariamente fluida de autonomia. Os conflitos que emergem na sociedade contemporânea, desafiando o tratamento jurídico, são de tal modo complexos que nenhum balizamento rígido conseguiria dar conta deles. No contexto da Grande Astúcia<sup>1</sup>, assim, doutrinadores são convocados a cumprir o papel de sempre: flexibilizar as normas jurídicas, isto é, construir argumentos eficientes que fortaleçam as normas fracas, pressupondo que os seus redatores sempre sabem o que estão fazendo e o fazem invariavelmente com lógica e apuro técnico, ou enfraqueçam as fortes, lembrando que são produto da

---

<sup>1</sup> *Minha Biografia não autorizada do direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2021, p. 40

ação humana e, assim, inevitavelmente imperfeitas e falíveis. Quando divergem, nenhum deles está certo e nenhum está errado – são apenas mais ou menos convincentes.

Aliás, por enquanto, a inteligência artificial ainda não transita pelos argumentos retóricos e – ao menos enquanto aguardamos eventuais progressos nessa área quando alcançarmos a efetiva supremacia quântica – as máquinas só conseguem aprender binariamente, o que tornam indispensáveis os seres humanos (assunto submetido a outras abordagens por Adriano Stanley Rocha Souza e Lívia Guimarães Gonçalves). Nenhuma máquina que o homem tenha construído até o momento consegue decidir se a omissão de uma norma é lacuna a ser preenchida ou revela o campo do juridicamente irrelevante (veja-se a contribuição de Daniel Rocha Corrêa) porque a lógica não dá conta desta questão<sup>2</sup>. No futuro, certamente os avanços da jurimetria (metodologia utilizada por Unie Caminha e Lucia de Almeida Prado) contribuirão para, de um lado, orientar a construção de tais máquinas e, de outro, desnudar os seus limites.

No direito, assim, autonomia é a liberdade concedida pelo ordenamento jurídico. Pais não têm autonomia para decidir se os filhos serão ou não vacinados (conforme Carla Carvalho e Luciana Fernandes Berlini resolvem, corretamente, os “dilemas” da recusa vacinal), a autonomia do planejamento familiar é estrangida por preceitos de deontologia médica (Fausto Amador Alves Neto, João Hagenbeck Parizzi e Samir Alves Daura cuidam desse tema), contratantes são titulares de autonomia privada para dispor de seus próprios interesses, mas desde que se mantenham nas divisas sinalizadas pela boa fé (apontam Rodrigo Almeida Magalhães e Leonardo Ferreira Vilaça) e noutras que relativizam o *pacta sunt servanda* (encontradas na otimista releitura feita por Leônidas Meireles Mansur Muniz de Oliveira e André Anderson Gonçalves de Oliveira, na síntese de Adriano Stanley Rocha Souza e Lívia Guimarães Gonçalves e na discussão sobre os meios de superação de impasses contratuais

---

<sup>2</sup> *Minha Biografia...* pp. 218-219 e 280-282.

empreendida por Roberto Henrique Pôrto Nogueira e Leila Bitencourt Reis da Silva), direitos alheios não podem ser constrangidos por quem lança mão de inovações tecnológicas (uma preocupação bem destacada por Oksandro Gonçalves) e, enquanto não houver mudança legislativa, a autonomia privada não pode ser fundamento para a livre criação de títulos executivos extrajudiciais (ponderam Wilson Almeida Benevides e Izabel Laurita Chaves Costa); enfim, de modo abrangente, a autonomia entrevista na liberdade de iniciativa nunca foi e não pode ser ampla, como demonstra a erudita e percuciente contribuição de Gladston Mamede.

Autonomia também está relacionada à limitação da liberdade quando remete à autarquia, separação, segregação. Mas, nesse caso, pode-se dizer que a limitação recai sobre a liberdade alheia: a autonomia patrimonial das sociedades empresárias impede que os seus credores cobrem os sócios (ou vice-versa, como desenvolvem Eduardo Goulart Pimenta e Luciana de Castro Bastos), salvo em casos excepcionais (delimitados por César Fiuza); a autonomia universitária é um obstáculo às interferências externas no conteúdo transmitido aos alunos ou submetido à pesquisa metódica (assunto que pode ser ligado à preocupação expressada por Amauri Cesar Alves, Camila Pita Figueiredo e Roberto Henrique Pôrto Nogueira em relação às discriminações algorítmicas no trabalho docente); a autonomia constitucional de cada um dos Poderes da República fixa os contornos da independência de cada um deles (uma questão problematizada por Charley Teixeira Chaves). Mesmo a fundamentação da autonomia na dignidade da pessoa humana (como apresentada por Cássio Augusto Barros Brant) pode ser vista pelo ângulo da restrição à liberdade alheia.

Nesta obra coletiva organizada por Leonardo Ferreira Vilaça, Leônidas Meireles Mansur Muniz de Oliveira e Wilson Almeida Benevides, a autonomia privada é abordada por diferentes ângulos e visões, assentados em alguns recantos da ampla extensão do direito privado. O seu leitor terá acesso, a partir das contribuições dos coautores, a uma porção relevante das questões suscitadas em torno do conceito de autonomia privada em seus contornos jurídicos,

preparando-se assim para os próximos passos de aprofundamento da reflexão.

***Fábio Ulhoa Coelho***

Advogado e Professor Titular da PUC-SP.

## SUMÁRIO

### **1 A AUTONOMIA PRIVADA E O INTERVENCIONISMO ESTATAL NA ESFERA DA ADMINISTRAÇÃO SOCIETÁRIA**

*Alfredo de Assis Gonçalves Neto*  
*Marina Luiza Amari*

1. Introdução.....	47
2. Restrições ao exercício da atividade econômica .....	49
3. A intervenção judicial em matéria societária e suas modalidades .....	50
4. A intervenção judicial no direito comparado.....	57
5. Conclusões .....	59
Referências .....	63

### **2 A TEORIA INVERSA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: uma abordagem interdisciplinar**

*Eduardo Goulart Pimenta*  
*Luciana de Castro Bastos*

1. Considerações iniciais.....	67
2. A desconsideração da personalidade jurídica.....	69
2.1 A teoria clássica da desconsideração da personalidade jurídica .....	69
3. A disregard doctrine contemporânea.....	74
3.1 O incidente da desconsideração da personalidade jurídica no código de processo civil de 2015.....	79

3.2 A desconsideração inversa .....	84
3.2.1 A teoria inversa no direito de família .....	86
3.2.2 Efeitos da desconsideração inversa .....	89
4. Considerações finais .....	95
Referências .....	97

### **3 APONTAMENTOS SOBRE A INTERFACE ENTRE A BOA-FÉ OBJETIVA E A AUTONOMIA PRIVADA**

*Rodrigo Almeida Magalhães*  
*Leonardo Ferreira Vilaça*

1. Noções introdutórias – a boa-fé objetiva, a autonomia privada e o ordenamento jurídico pátrio .....	104
1.1 As premissas da ética, da responsabilidade e do comportamento socialmente recomendado .....	106
2. A boa-fé como princípio geral de direito e suas perspectivas de análise e significação .....	108
2.1 Breve histórico da boa-fé e o direito .....	110
2.2 Aspectos conceituais da boa-fé e sua significação ‘subjativista’ – pressupostos, presunção relativa e normatização .....	111
3. A boa-fé objetiva ou negocial – o abandono da crença e os aspectos gerais sobre padrões de comportamento socialmente recomendados .....	113
3.1 A boa-fé objetiva e os ideários da preceptividade e da confiabilidade .....	115
3.2 Positivização e referenciais de direito comparado .....	119
3.3 A boa-fé objetiva e os denominados deveres anexos (ou conexos) ou obrigações	

secundárias (acessórias ou laterais) .....	122
3.4 Efeitos, repercussões e desdobramentos da aplicação da boa-fé objetiva ...	124
3.4.1 <i>Venire contra factum proprium</i> .....	125
3.4.2 <i>Supressio</i> .....	126
3.4.3 <i>Surrectio</i> .....	127
3.4.4 <i>Tu quoque</i> .....	127
3.4.5 <i>Exceptio doli</i> .....	128
3.5 As funções da boa-fé objetiva e a autonomia privada .....	129
4. Considerações finais .....	132
Referências .....	137

**4 AUTONOMIA E AUTORIDADE: dilemas da recusa  
vacinal em relação aos filhos menores**

*Carla Carvalho  
Luciana Fernandes Berliní*

1. Introdução.....	143
2. Um olhar bioético e jurídico sobre os interesses envolvidos .....	144
3. Autoridade parental e vacinação .....	152
4. Responsabilidade parental e recusa vacinal .....	157
5. Considerações finais .....	163
Referências .....	165

## **5 AUTONOMIA PRIVADA E AUTONOMIA PÚBLICA**

### **NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

*Charley Teixeira Chaves*

1. Introdução.....	169
2. A propagação da separação ou tripartição dos poderes .....	170
3. Autonomia privada e autonomia pública no estado democrático de direito .....	174
4. Teoria discursiva do direito (princípio do discurso ao princípio da democracia) .....	178
5. Considerações finais .....	179
Referências .....	181

## **6 AUTONOMIA PRIVADA E CONTRATOS: uma releitura da “crise da vontade” e da teoria da standardização**

*Leônidas Meireles Mansur Muniz de Oliveira*

*André Anderson Gonçalves de Oliveira*

1. Introdução.....	185
2. A autonomia privada e a standardização dos contratos.....	187
2.1 O contrato, crise da vontade, autonomia privada e autonomia da vontade – uma visão histórica e contemporânea .....	187
2.2 Autonomia privada e o contrato contemporâneo .....	191
3. A contratação em massa, standardização e revisão judicial .....	193
4. Considerações finais .....	202
Referências .....	203

## **7 AUTONOMIA PRIVADA EM TEMPOS DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL**

*Oksandro Gonçalves*

1. Introdução.....	207
2. Autonomia da vontade e autonomia privada .....	208
3. Inteligência artificial – primeiras reflexões de seus impactos sobre a autonomia privada .....	215
4. Considerações finais .....	224
Referências .....	226

## **8 AUTONOMIA PRIVADA NA FORMAÇÃO DE NOVOS TÍTULOS EXECUTIVOS EXTRAJUDICIAIS**

*Wilson Almeida Benevides  
Izabel Laurita Chaves Costa*

1. Resumo .....	231
2. Introdução.....	232
3. Processo civil – fases no direito processual civil .....	233
4. Códigos de 1973 e 2015.....	236
5. Negócios jurídicos – código civil.....	237
6. Autonomia.....	240
7. Contrato .....	242
8. Título executivo extrajudicial .....	244
9. Negócio jurídico processual.....	251

10. Arbitragem .....	253
11. Conclusão .....	256
Referências .....	259

## **9 AUTONOMIA PRIVADA NOS CONTRATOS SOCIAIS DE SOCIEDADES LIMITADAS – APURAÇÃO DE HAVERES**

*Marlon Tomazette*

1. Introdução.....	263
2. A natureza contratual das sociedades limitadas e a aplicação do regime geral dos contratos.....	264
3. Autonomia privada nos contratos em geral .....	265
4. A força obrigatória dos contratos como corolário da autonomia privada .....	268
5. Notas sobre liberdade contratual nas sociedades limitadas .....	270
6. O fenômeno da dissolução parcial nas sociedades limitadas e sua disciplina legal .....	272
7. Apuração de haveres e a autonomia privada.....	275
8. Considerações finais .....	279
Referências .....	281

**10 DA AUTONOMIA DA VONTADE À AUTONOMIA  
PRIVADA: breve análise da trajetória dos contratos**

*Adriano Stanley Rocha Souza  
Lívia Guimarães Gonçalves*

1. Resumo .....	287
2. Introdução.....	288
3. Abordagem histórica do contrato .....	288
4. O estado liberal e a autonomia da vontade .....	290
5. Enfim, autonomia privada .....	292
5.1. A função social dos contratos no contexto da autonomia privada .....	293
5.2. Liberdade contratual sob a ótica da autonomia privada .....	294
6. Considerações finais .....	296
Referências .....	297

**11 (DES) INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E A  
INCONSTITUCIONALIDADE DO JUIZ-ROBÔ**

*Carlos Henrique Soares  
Lucélia de Sena Alves*

1. Resumo .....	301
2. Introdução.....	302
3. O que é inteligência artificial? .....	305
4. Ética, moral e “inteligência artificial” .....	310
5. Utilização da “inteligência artificial” no processo jurisdicional brasileiro .....	313

6. Inconstitucionalidades e impossibilidade jurídica do “juiz-robô” .....	315
7. Responsabilidade do estado pela função do “juiz-robô” .....	318
8. Decisões padronizadas e decisões robotizadas .....	323
9. Juiz-robô e a valoração e valorização das provas .....	326
10. Considerações finais .....	327
Referências .....	330

## **12 DIREITO EMPRESARIAL: uma (re)leitura para o tempo e seus contratempos**

*Gladston Mamede*

1. Teoria e tempo: interpretação e aplicação .....	335
2. Iniciativa econômica privada .....	341
3. O capital .....	345
4. Oportunidade, risco e lucro .....	349
5. Profissão de fé .....	358

## **13 ENTRE A AUTONOMIA E A SUBORDINAÇÃO NO TRABALHO DOCENTE MEDIADO POR ALGORITMOS**

*Amauri Cesar Alves  
Camila Pita Figueiredo  
Roberto Henrique Pôrto Nogueira*

1. Considerações iniciais .....	364
2. Sobre algoritmos aplicados ao trabalho .....	365

3. Subordinação jurídica e autonomia privada nas relações de trabalho .....	370
4. Considerações finais .....	377
Referências .....	380

## **14 LACUNAS NO CÓDIGO CIVIL: espaço deixado**

### **à liberdade ou irrelevância jurídica?**

*Daniel Rocha Corrêa*

1. Introdução.....	385
2. A tradicional delimitação da liberdade a partir do estado.....	388
3. A lei na concepção monista de sistema jurídico.....	389
4. O desafio de se regular a vida por meio de um código civil.....	390
5. O princípio democrático e a renovação do sistema jurídico.....	393
6. A dimensão jurídica da conduta humana e a incompletude do código civil.....	393
7. A superação da incompletude por meio dos princípios gerais de direito .....	396
8. A autonomia privada ante a irrelevância jurídica.....	398
9. O papel da ciência do direito em face da incompletude do código civil.....	399
10. Considerações finais.....	401
Referências .....	403

## **15 O CREDOR FORNECEDOR: uma jurimétrica em Fortaleza**

*Únie Caminha*

*Lucia Martins de Almeida Prado*

1. Introdução.....	407
2. A previsão de tratamento diferenciado aos credores fornecedores no plano de recuperação judicial no Brasil .....	409
3. Resultados .....	415
3.1 Período de distribuição.....	415
3.2 Plano de recuperação judicial .....	416
3.3 Previsão de tratamento diferenciado a uma classe de credores no plano de recuperação judicial .....	418
3.4 Desfecho .....	419
4. Considerações finais .....	421
Referências .....	424

## **16 O MARCO LEGAL DAS STARTUPS E A LIBERDADE**

### **CONTRATUAL: a promoção da autonomia privada como reforço para os ecossistemas empreendedores e inovadores**

*Leonardo Ferreira Vilaça*

1. Introdução.....	427
2. Marco legal das startups - aspectos conceituais, diretrizes e estrutura principiológica.....	431
3. A interface entre o princípio da liberdade contratual e as atividades negociais	

pátrias .....	438
3.1 Abordagens conceituais e alcance normativo do princípio – perspectivas civil e empresarial.....	439
3.2 A lei de liberdade econômica e a liberdade contratual .....	445
4. A liberdade contratual como uma realidade normativa-empresarial preexistente e o marco legal das startups.....	447
4.1 A necessidade de reforço ou não para uma liberdade contratual já positivada .....	449
4.2 Motivação legislativa de previsão principiológica para a liberdade contratual no MLS.....	451
5. Considerações finais .....	453
Referências .....	458

## **17 POR UMA CONTRIBUIÇÃO À TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA**

*César Fiuza*

1. Resumo .....	465
2. Introdução.....	465
3. Escorço histórico .....	466
4. Fundamento geral .....	468
5. A teoria da desconsideração no Brasil.....	474
6. Conclusão.....	480
Referências .....	482

**18 REFLEXÕES SOBRE A ATUAÇÃO DO ESTADO E DA  
ESFERA PRIVADA NA OBTENÇÃO DA PLENITUDE DOS  
DIREITOS REAIS FACE À REALIDADE DA PROPRIEDADE  
DEFECTIVA: o paradigma de Denis Lerrer Rosenfield**

*Adriano Stanley Rocha Souza  
Leonardo Ferreira Vilaça*

1. Resumo .....	485
2. Noções introdutórias e marcos de reflexão.....	486
3. Plenitude no exercício do direito à propriedade – paradigma, matriz de pensamento, realidade defectiva e a atuação estatal.....	489
4. A valorização social e o reconhecimento estatal do direito à propriedade .....	495
5. A função social da propriedade – urbanidade prática de utilização e contributos ideológicos de defectividade.....	498
6. Reflexões sobre o estado ‘ideal’ para a devida tutela à propriedade .....	500
7. Estado de direito e plenitude do direito à propriedade – o referencial lockeano e considerações finais .....	503
Referências .....	508
Outras referências para leitura .....	509

**19 REFLEXÕES SOBRE O PLEITO COMO POSSÍVEL  
ALTERNATIVA PARA O REFORÇO DA AUTONOMIA  
DE PESSOAS ENVOLVIDAS EM CONFLITOS**

*Roberto Henrique Pôrto Nogueira  
Leila Bitencourt Reis da Silva*

1. Resumo .....	513
2. Introdução.....	514
3. O pleito .....	515
4. O estímulo às formas alternativas consensuais de enfrentamento de conflitos no Brasil.....	519
5. O pleito como possível alternativa de reforço à autonomia de pessoas envolvidas em conflitos.....	526
6. Considerações finais .....	528
Referências .....	531

**20 RELEITURA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E  
AUTONOMIA PRIVADA: a desmistificação de alguns conceitos**

*Cássio Augusto Barros Brant*

1. Introdução.....	537
2. Diferença entre dignidade humana e direitos fundamentais .....	538
2.1 Diferença entre individuo humano e pessoa humana.....	542
3. Conceito de pessoa.....	543
4. Dignidade da pessoa humana e direitos da personalidade.....	544

5. Renúncia aos direitos da personalidade e aplicação da dignidade humana.....	547
6. Diferença entre autonomia da vontade e autonomia privada: observância de sua aplicação diante da dignidade da pessoa humana .....	549
6.1 Autonomia privada e seus limites nas situações existenciais .....	550
7. Dignidade humana é cláusula geral dos direitos de personalidade: mito ou realidade? .....	552
8. Novos paradigmas do direito privado: a ressystematização ou constitucionalização do direito civil e a dignidade da pessoa humana como centro do ordenamento jurídico .....	556
9. Considerações finais .....	559
Referências .....	561

**21 REPRODUÇÃO ASSISTIDA E PLANEJAMENTO FAMILIAR:  
análise da autonomia privada sob a ótica do direito de família**

*Fausto Amador Alves Neto*  
*João Hagenbeck Parizzi*  
*Samir Alves Daura*

1. Introdução.....	566
2. Autonomia privada e sua evolução no direito de família .....	567
3. O livre planejamento familiar e a reprodução assistida .....	570
4. Análise jurisprudencial da autonomia privada e suas implicações jurídicas em casos envolvendo inseminação artificial “caseira”.....	574
5. Considerações finais .....	580

Referências .....	582
-------------------	-----

**22 TEORIA DO DEVER DE CUIDADO-INCONDICIONADO,  
AFETIVIDADE E FAMÍLIA: o amor não é sentimento**

*Gualter de Souza Andrade Júnior*

1. Resumo .....	587
2. Introdução.....	589
3. O estado da arte jurídico sobre significado de afetividade, amor e cuidado.....	590
4. O amor não é afeto .....	600
5. Teoria do dever de cuidado-incondicionado nas relações familiares .....	628
5.1 O conceito universal de família e a correção do nome direito de família ...	629
5.2 A função social da família como propósito jurídico .....	633
5.3 A paternidade ontológica em substituição à paternidade socioafetiva, o amor como ato e dever, e, a afetividade como não objeto do direito para responsabilização do direito de família: o cuidado-incondicionado .....	637
5.4 A instalação da autoridade nas relações familiares pelo método da liderança servidora .....	648
6. Conclusão.....	656
Referências .....	660



# **1 A AUTONOMIA PRIVADA E O INTERVENCIONISMO ESTATAL NA ESFERA DA ADMINISTRAÇÃO SOCIETÁRIA**

**Alfredo de Assis Gonçalves Neto**

Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR).

Professor Titular Aposentado de Direito Empresarial da Faculdade de Direito da UFPR, foi seu Diretor no período de 1989-1993, e, lecionou nos cursos de graduação, mestrado e doutorado da referida instituição, da qual se aposentou em 2008. Com vários livros publicados, foi presidente da OAB, Seção do Paraná, do Instituto dos

Advogados do Paraná, da Academia Paranaense de Letras Jurídicas. Parecerista, advogado sócio-fundador da sociedade de advogados Assis Gonçalves, Kloss Neto e Advogados Associados. Email: [assis@agkn.com.br](mailto:assis@agkn.com.br).

**Marina Luiza Amari**

Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Graduada em Direito pela UFPR. Advogada do escritório Assis Gonçalves, Kloss Neto e Advogados

Associados. Email: [mila@agkn.com.br](mailto:mila@agkn.com.br).



# A AUTONOMIA PRIVADA E O INTERVENCIONISMO ESTATAL NA ESFERA DA ADMINISTRAÇÃO SOCIETÁRIA

**Alfredo de Assis Gonçalves Neto**

Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor Titular Aposentado de Direito Empresarial da Faculdade de Direito da UFPR, foi seu Diretor no período de 1989-1993, e, lecionou nos cursos de graduação, mestrado e doutorado da referida instituição, da qual se aposentou em 2008. Com vários livros publicados, foi presidente da OAB, Seção do Paraná, do Instituto dos Advogados do Paraná, da Academia Paranaense de Letras Jurídicas. Parecerista, advogado sócio-fundador da sociedade de advogados Assis Gonçalves, Kloss Neto e Advogados Associados. Email: assis@agkn.com.br.

**Marina Luiza Amari**

Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Graduada em Direito pela UFPR. Advogada do escritório Assis Gonçalves, Kloss Neto e Advogados Associados. Email: mla@agkn.com.br.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Restrições ao exercício da atividade econômica; 3. A intervenção judicial em matéria societária e suas modalidades; 4. A intervenção judicial no direito comparado; 5. Conclusões; Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

A autonomia privada exsurge como pilar principiológico do Direito Privado. É “o que ficou às pessoas<sup>1</sup>, isto é, o campo individual de liberdade que o Direito tutela em razão de sua relevância. Entre idas e vindas conceituais e práticas, trafegou desde o contratualismo voluntarista do século XVIII até chegar à sua versão hodierna, sujeita às limitações impostas em nome de um interesse e uma função ditos que se deve velar.

---

1 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Tomo III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 56.

Os conceitos de liberdade, autonomia e contrato foram historicamente associados. A noção de passagem do *status* ao contrato<sup>2</sup> exprime a ideologia que marcou a Modernidade. O indivíduo não mais seria estratificado segundo o grupo a que pertencia, mas reconhecido pela possibilidade de se autodeterminar, por meio da expressão de sua vontade.

A vontade, enquanto cerne da vida moderna, encontrou espaço no *Code Napoléon* e, mais tarde, no *BGB*, neste último sob o manto mais abstrato do negócio jurídico. Em um ambiente regado à livre estipulação contratual, o que era tido por um “acordo de vontades” não estava sujeito a modificação ou limitação.

A ruptura desse ideário foi paulatinamente acontecendo pelas vicissitudes das grandes guerras. Tais acontecimentos, e uma crescente participação estatal no espaço de autonomia dos sujeitos, foram provocando alterações nas normas então vigentes por se demonstrarem insuficientes para a solução de novos problemas, surgidos pelas circunstâncias da época, de modo que legislações transitórias emergiram no propósito de adequá-las.

Se outrora os contratantes podiam sustentar que o contrato fazia lei entre as partes, essa evidência não mais poderia ser afirmada sem que se analisasse, *a priori*, os limites legais impostos à autonomia privada. Não mais existiam as condições políticas, econômicas e sociais que antes justificavam as concepções eminentemente voluntaristas e que pressupunham uma igualdade formal inexistente. Por conta desse cenário, e da necessária e conseqüente intervenção estatal na economia, recepcionada em maior medida no pós-segunda guerra, muito se debateu a respeito da crise do contrato<sup>3</sup> e, conseqüentemente, da impossibilidade de autorregramento da vontade dos cidadãos.

---

<sup>2</sup> A expressão é de Henry Maine (ROPPO, Enzo. O contrato. Coimbra: Almedina, 2021, p. 26).

<sup>3</sup> A esse respeito, GALGANO, Francesco. El crepúsculo del negocio jurídico. In: Revista Derecho & Socied, n. 16, 2001; GUERREIRO, José Alexandre Tavares. O Estado e a Economia dos Contratos Privados. São Paulo: Revista de Direito Mercantil. vol. 31. ano XVII, 1978, p. 78; GOMES, Orlando. Autonomia privada e negócio jurídico. In: GOMES, Orlando. Novos temas de direito civil. Rio de Janeiro, Forense, 1983, ps. 77-79.

Longe de mitigar tal conceito, o que de fato ocorreu foi a abertura teórica para que as exigências práticas fossem respeitadas. Na concepção contemporânea do Direito Privado, a leitura da liberdade é feita consoante suas limitações, em atenção a fatores diversos, como o interesse social, a boa-fé e a coibição de abusos. Exemplo claro da mão interventora estatal é o que se dá nas disposições que levam em consideração a existência de uma parte assimétrica em relação à outra, como as que hoje estão presentes no Código de Defesa do Consumidor, na Lei de Locações etc.

## **2. RESTRIÇÕES AO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE ECONÔMICA**

No campo do Direito Comercial, muito embora também sujeita a limitações, a liberdade econômica e, por consequência, a autonomia privada, possuem e mantêm espaço maior. Isso porque, como bem lembrado por PAULA FORGIONI “*a liberdade de contratar e a autonomia privada no direito mercantil até por força do art. 131 do Código Comercial, sempre foram objetivadas pelo mercado*”<sup>4</sup>.

Não poderia ser diferente, posto que o princípio da livre iniciativa está consagrado no artigo 170 da Constituição Federal. O Estado apenas é autorizado a explorar diretamente as atividades econômicas que atenderem aos imperativos de segurança nacional ou a um relevante interesse coletivo.

Considerando o caráter excepcional de intervenção estatal no domínio econômico, faremos uma tentativa de evidenciar algumas das restrições impostas à autonomia privada no ambiente do direito societário, mais precisamente, no que se refere ao exercício da atividade econômica por seus agentes.

Sob tal viés, a limitação à autonomia privada apresenta-se com outros ingredientes, como, *v. g.*, o amparo ao sócio minoritário ou não controlador, a transparência dos negócios perante a comunidade

---

<sup>4</sup> FORGIONI, Paula Andrea. Contratos empresariais: teoria geral e aplicação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 117.

na qual a sociedade atua, a proteção ao crédito público etc. Assim, por exemplo, excepcionando o que estabelece nosso Código Civil em relação à formação dos contratos em geral (art. 425), o de sociedade deve ser celebrado consoante um dos tipos legalmente permitidos (Código Civil, art. 983), em respeito ao princípio da tipicidade. Tal restrição busca, entre outros propósitos, conferir segurança jurídica, tanto em favor de terceiros que contratam com a sociedade, quanto em relação aos sócios, para defender sua posição e seus interesses *interna corporis*<sup>5</sup>. De certo modo, ao agir assim, o ordenamento jurídico atua em uma função promocional, erigindo modelos jurídicos que visam a harmonizar interesses idênticos ou discrepantes<sup>6</sup>.

Por vezes, a legislação enuncia o campo de autonomia dos particulares na vida societária. A lei, ao elencar seus tipos, oferece um esqueleto ao empreendedor, que poderá, no espaço reservado à sua autonomia, adaptar aquele modelo, com acréscimo ou não de estipulações, mantendo o que há de cogente, a fim de que exerça sua atividade em busca da obtenção de lucro. Há situações em que a lei impõe a formação da vontade social pela manifestação unânime dos sócios; outras há em que ela é obtida por maioria qualificada ou por maioria absoluta, em detrimento da maioria ocasional ou simples. Não sendo atingida a maioria legal, *v. g.*, de  $\frac{3}{4}$  do capital social para a alteração do ato constitutivo da sociedade limitada, não será possível obtê-la, mesmo que sócios a aproveem (Código Civil, art. 1.076, inc. I).

### **3. A INTERVENÇÃO JUDICIAL EM MATÉRIA SOCIETÁRIA E SUAS MODALIDADES**

Deixando de lado a contenção legislativa à autonomia da vontade, é preciso realçar outra, bem mais delicada, que decorre da intervenção estatal por meio do Poder Judiciário, a qual se verifica,

---

5 GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Direito de empresa. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 220.

6 TELLECHEA, Rodrigo. Autonomia privada no direito societário. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 39.

geralmente, em momento posterior às manifestações volitivas dos agentes, por diversas maneiras e por diferentes fundamentos, com realce para as que ocorrem no seio das sociedades.

Não há espaço neste trabalho para discorrer a respeito das diversas manifestações do Estado que interferem na vontade das pessoas para a realização da justiça. Trata-se de uma coerção necessária, sem a qual não seria possível a aplicação do direito ao caso concreto. Muitas vezes, no entanto, essa coerção é exercida com certa margem de discricionariedade, conferida ao agente investido de autoridade pública para resolver o conflito de interesses ou assegurar o resultado útil do processo – o que ocasiona sérios reflexos, quando afeta o exercício da atividade econômica.

Compreendem-se nessa moldura, portanto, duas modalidades de intervenção: a) para a resolução de um conflito de interesses; b) para conduzir o processo ao cumprimento de sua finalidade.

A primeira surge quando o Poder Judiciário é chamado a decidir a lide. Exemplo é o caso de empate. Com exceção das matérias que envolvam unanimidade, e não havendo estipulação contratual diversa, as deliberações sociais podem ser tomadas por maioria simples ou qualificada de votos. Em caso de empate, a regra geral é de a contagem ser feita pelo maior número de sócios e, persistindo o empate, a solução é atribuída ao juiz (Código Civil, art. 1.010, §2º<sup>7</sup>); na lei das sociedades por ações, o caso de empate é estampado no art. 129, § 2º<sup>8</sup>, que, afastando a solução do voto *per capita*, também enuncia, como última medida, a decisão pelo Poder Judiciário. O juiz, também, ao

---

7 Em outra oportunidade, o coautor Alfredo de Assis Gonçalves Neto destacou que seria possível contornar tal situação pela inserção de cláusula no ato constitutivo ou contrato social que preveja a eleição de um procedimento expedito (cf. autorizado pelo art. 190, CPC), ou a previsão de uma cláusula compromissória, de modo a levar o impasse à arbitragem, que se pode realizar de maneira simplificada para um simples decidir. (GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Direito de empresa. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 343).

8 A teor da Lei do Anonimato, no caso de empate, se o estatuto não estabelecer procedimento de arbitragem e não contiver norma diversa, a assembleia será convocada, com intervalo mínimo de 2 (dois) meses, para votar a deliberação; se permanecer o empate e os acionistas não concordarem em cometer a decisão a um terceiro, caberá ao Poder Judiciário decidir, no interesse da companhia.

julgar a lide, pode reconhecer, no âmbito das companhias, a exclusão de responsabilidade do administrador, se convencido de sua boa-fé e de postura compatível ao interesse da sociedade (LSA, art. 159, § 6º).

Já a segunda modalidade, ou seja, a ingerência externa na vida societária em razão do poder atribuído ao juiz – já não mais de resolver o litígio, mas de dirigir o processo ou de assegurar seu resultado útil – pode se dar, mesmo sem previsão legal expressa, mediante um simples bloqueio de conta bancária até uma medida bastante gravosa, como a da intromissão na administração das sociedades.

A intervenção judicial, por sua especial relevância e por configurar interferência no domínio econômico constitucionalmente reservado aos particulares, é a que merece atenção para os fins desse estudo, especialmente porque, inexistindo requisitos legais para que seja perfectibilizada, grande flexibilidade para sua adoção é conferida aos magistrados.

Da análise dos casos, denota-se que seu pleito pode advir de variadas razões, como (i) a impossibilidade de os órgãos de deliberação tomarem as decisões que lhes competem, em atenção ao princípio da maioria; (ii) o abuso dos poderes do administrador escolhido pelo acionista controlador, ou pela minoria, quando por ela eleito<sup>9</sup>; e (iii) desavenças ocorridas entre sócios ou entre eles e os administradores, em casos como de concorrência desleal, dilapidação do patrimônio, desvio de patrimônio, conflito de interesses e assim por diante.

A necessidade de medidas de tal envergadura decorre, não apenas do mandamento de cuidado e diligência do administrador (Código Civil, art. 1.011), mas também, como lembra Judith Martins Costa, do fato de que ele deve abster-se de agir de modo prejudicial à sociedade ou no uso de sua posição para a persecução de interesses egoísticos<sup>10</sup>.

---

9 SPINELLI, Luis Felipe; SCALZILLI, João Pedro; TELLECHEA, Rodrigo. Intervenção judicial na administração de sociedades. São Paulo: Almedina, 2019, p. 25.

10 MARTINS-COSTA, Judith. A boa fé no direito privado. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 313.

Apenas para fins ilustrativos, pense-se nos casos em que há algum impedimento para que os sócios escolham o administrador. Tome-se como exemplo uma sociedade com dois sócios, na qual o majoritário é seu administrador, porém faltante com seus deveres. Nesse caso, o sócio minoritário não pode destituí-lo e não tem participação suficiente para eleger um coadministrador. Seria viável, portanto, o pleito de intervenção judicial para fazer cessar a atuação ilícita daquele administrador, cabendo ao juiz ver qual a melhor medida que melhor poderia atender os fins sociais. A intervenção judicial costuma ser a tônica, também, de conflitos políticos em sociedades limitadas, especialmente quando há equivalência de participação societária. Para que não haja um desgoverno, é possível que se requeira uma intervenção provisória a fim de que a sociedade não seja prejudicada.

Esses e outros exemplos revelam que a intervenção pode portar distintas características a depender da função do auxiliar da justiça indicado pelo magistrado. Há casos em que é nomeado um interventor para atuar como mero fiscal ou observador da prática dos atos tomados pelo administrador. Essa medida mostra-se como a forma de intervenção branda, porque de ingerência menos drástica, quando capaz de evitar a adoção de outras que podem prejudicar o andamento das atividades sociais.

Em determinadas situações, o administrador é nomeado para coadministrar a sociedade – isto é, para ter uma atuação conjunta ao administrador, ou aos administradores escolhidos pelos sócios para a função.

E, é claro, há casos mais gravosos em que o administrador é afastado com a indicação de um substituto, seja para assumir papéis de administração de uma maneira geral, seja para cumprir determinada obrigação, sempre visando a não prejudicar em demasia a sociedade. Essas intervenções, porém, só devem ser recomendadas em caráter excepcional, quando todas as outras alternativas não se mostrarem satisfatórias. Registre-se que, para os magistrados, elas são um enorme tormento, por não ser de sua área de conhecimento o modo de condução do negócio a ser administrado, a isso somada a

dificuldade de escolher a pessoa certa, de sua confiança, para cuidar de um patrimônio alheio.

Haverá, ainda, casos em que o interventor será apenas um executor das ordens do magistrado, podendo atuar como um “administrador depositário”<sup>11</sup>. Não há propriamente a fiscalização ou a gestão da sociedade, mas, apenas, o cumprimento de alguma decisão judicial. Há, também, a discutível figura do interventor liquidante, nomeado em processos de apuração de haveres para viabilizar a perícia que fará a avaliação da participação societária<sup>12</sup>.

Ainda que não haja regramento sobre o tema, é relevante que o magistrado limite os poderes do interventor nomeado, para que não extrapole o *munus* que lhe foi conferido e, como já observado, entrave ou ponha em risco a marcha dos negócios sociais.

Cumpra entender quais os fundamentos legais para tal pleito.

No Brasil, uma das hipóteses de intervenção está disciplinada pela legislação de maneira mais genérica no artigo 49 do Código Civil<sup>13</sup>, ao enunciar que, na falta de administração, o juiz, desde que requerido, nomeará um administrador provisório. Tal dispositivo não foi previsto especificamente para os problemas societários, dado que se situa no título reservado às pessoas jurídicas. Percebe-se, contudo, que a norma se dirige às hipóteses em que há ausência de administrador, como se dá com o falecimento ou o abandono do órgão pelo antigo dirigente, não se aplicando, a princípio, nas celeumas em que se objetiva destituir o administrador, embora haja quem defenda o uso do art. 49 também como fundamento de intervenção direta<sup>14</sup>. Os adeptos dessa orientação defendem que o verbo “faltar” teria

---

11 ZANINI, Carlos Klein; SAYDELLES, Rodrigo Salton Rotunno. Notas sobre a intervenção judicial na administração de sociedades. In: LUPION, Ricardo (Org.) Sociedades Limitadas: estudos em comemoração aos 100 anos [recurso eletrônico]. Porto Alegre/RS: Editora Fi, 2019, p. 249.

12 SPINELLI, Luis Felipe; SCALZILLI, João Pedro; TELLECHEA, Rodrigo. Intervenção judicial na administração de sociedades. São Paulo: Almedina, 2019, p. 55.

13 Art. 49. Se a administração da pessoa jurídica vier a faltar, o juiz, a requerimento de qualquer interessado, nomear-lhe-á administrador provisório.

14 LEITE, Marcelo Lauer. Intervenção judicial em conflitos societários. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, ps. 26-32.

interpretação extensiva, de modo a englobar, além da ausência física, a legal ou funcional<sup>15</sup>.

É o que está, por igual, no art. 1.019, do Código Civil que possibilita ao magistrado exonerar o administrador<sup>16</sup>, quando sócio<sup>17</sup>, ou limitar os seus poderes, desde que demonstrada uma justa causa autorizativa.

A legislação processual civil também elenca algumas hipóteses de intervenção. É o que ocorre quando há penhora de quotas em sociedades simples ou empresárias (Código de Processo Civil, art. 835, IX). Poderá ser nomeado um administrador para a liquidação das quotas, caso os sócios não tenham interesse em adquiri-las (Código de Processo Civil, art. 861, §3º.<sup>18</sup>). Registre-se, por oportuno, que, não obstante tal permissivo, as disposições previstas nos parágrafos do art. 861 determinam a instauração de um novo procedimento para que a quota seja liquidada, o que acaba não apenas dificultando a satisfação do crédito pelo credor, mas se revelando uma verdadeira intromissão nos assuntos que apenas caberiam à sociedade.

A nomeação de administrador igualmente se dá quando houver penhora sobre percentual de faturamento da empresa (Código de Processo Civil, art. 866, §2º<sup>19</sup>), caso em que, conforme se viu, o interventor é um mero executor das ordens do magistrado.

---

15 LOTUFO, Mirelle Bittencourt. Intervenção judicial na administração das sociedades empresárias. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 152.

16 Art. 1.019. São irrevogáveis os poderes do sócio investido na administração por cláusula expressa do contrato social, salvo justa causa, reconhecida judicialmente, a pedido de qualquer dos sócios.

17 O art. 1.019 não se aplica aos casos em que o administrador é um terceiro. Nesse caso, a destituição é possível a qualquer tempo, por deliberação dos sócios em maioria, na forma do art. 1.010, Código Civil.

18 § 3º Para os fins da liquidação de que trata o inciso III do *caput*, o juiz poderá, a requerimento do exequente ou da sociedade, nomear administrador, que deverá submeter à aprovação judicial a forma de liquidação.

19 § 2º O juiz nomeará administrador-depositário, o qual submeterá à aprovação judicial a forma de sua atuação e prestará contas mensalmente, entregando em juízo as quantias recebidas, com os respectivos balancetes mensais, a fim de serem imputadas no pagamento da dívida.

É ainda possível a nomeação de interventor para executar decisão proferida no âmbito do CADE<sup>20</sup>, sujeito ao procedimento específico previsto na Lei nº 12.259/2011 (arts. 102 a 111).

Feitas essas observações, cumpre dizer que, muito embora nossa legislação traga algumas hipóteses específicas a respeito da intervenção, não há previsão legal sobre os casos de intervenção mediata, sobretudo para solucionar impasses advindos da ineficiência do princípio da maioria, do abuso de poder por parte do administrador e assim por diante.

A ausência de regramento, contudo, não é impeditivo de que os casos ocorram, como demonstra o grande número de processos envolvendo pedidos de intervenção<sup>21</sup>.

Dessa forma, ante à falta de regulamentação específica sobre o tema, a doutrina defende que a intervenção judicial usualmente se dá por meio de pedidos fulcrados no poder geral de cautela (Código de Processo Civil, art. 297). Como sabido, diferentemente do que ocorre na tutela satisfativa, na cautelar, objetiva-se assegurar, por meio da tutela provisória obtida em cognição sumária, o resultado que se deseja ao final do processo (Código de Processo Civil, art. 301).

Para que tal medida seja deferida, é necessária a demonstração da probabilidade do direito alegado e do perigo de dano (Código de Processo Civil, art. 300), obtemperados pelo imperativo do Direito Societário de excepcionalidade de intervenção estatal. Para coibir resultados danosos, é facultado ao juiz determinar, como medida de contracautela, que o autor da demanda caucione o juízo, a fim de se evitar futuros prejuízos decorrentes da intervenção provisória requerida.

---

20 Art. 102. O Juiz decretará a intervenção na empresa quando necessária para permitir a execução específica, nomeando o interventor.

21 LOTUFO, Mirelle Bittencourt. Intervenção judicial na administração das sociedades empresárias. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 145. Lotufo explicita que os casos de intervenção judicial imediata possuem regulamentação em lei, como é o caso da anulação de negócio jurídico praticado por administradores que atuam em conflito de interesses (LSA, art. 156, §2º).

Vale destacar a necessidade de fundamentação substancial do pedido, dado que não será suficiente qualquer fundamento para ordenar uma intervenção judicial. Tome-se como exemplo a alegação isolada de quebra de *affectio societatis*, que em si nada significa<sup>22</sup>; se desacompanhada de qualquer comprovação de abusividade pelo administrador, não autoriza qualquer provimento judicial. É preciso demonstrar que o administrador contratou de maneira imprudente; que utilizou os recursos de forma excessiva; que se nega a demonstrar as contas sociais etc.

Contudo, em razão da ausência de regramento, não há, na legislação brasileira, outras exigências elencadas como essenciais para que seja deferida tal medida, além dos requisitos específicos para a concessão da cautelar. Do que se percebe de uma simples visualização das decisões judiciais, a análise feita pelo Poder Judiciário baseia-se na situação fática da sociedade em comento. Verifica-se, em resumo, se houve conduta faltosa, omissa ou imprudente do administrador, considerando a responsabilidade que o órgão impõe<sup>23</sup>.

#### 4. A INTERVENÇÃO JUDICIAL NO DIREITO COMPARADO

Diferente é o que ocorre em alguns outros países, em que há uma sistematização para o tema.

Na legislação argentina (*Ley de Sociedades Comerciales*), por exemplo, é previsto que a intervenção judicial se dará quando os administradores realizarem atos ou incorrerem em omissões que ponham em perigo grave a sociedade<sup>24</sup>. Naquele país, muito embora

---

22 GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Direito de empresa, cit., nº 232, p. 428, nota 127.

23 “Diante deste cenário, vislumbra-se que, de fato, há indícios de que o agravado Camilo busca promover a dilapidação do patrimônio do estabelecimento comercial, tendo negociado a sua alienação sem a concordância de sua sócia, o que viola o princípio da boa-fé e as normas do contrato social da empresa havida e comum”. (TJPR – 18ª C.Cível – 0000699-72.2020.8.16.0000 – Curitiba – Rel.: DESEMBARGADOR MARCELO GOBBO DALLA DEA – J. 11.05.2020).

24 ARTICULO 113. — Cuando el o los administradores de la sociedad realicen actos o incurran en omisiones que la pongan en peligro grave, procederá la intervención judicial

a intervenção também se dê por meio de uma medida de natureza cautelar, há a necessidade de preenchimentos de três requisitos, quais sejam: (i) que o sócio ajuíze a demanda, sendo dele a legitimidade ativa, (ii) que sejam esgotados os recursos previstos no contrato social; (iii) que tenha sido ajuizada prévia ação de remoção do administrador<sup>25</sup>.

O Código Civil italiano, no âmbito das sociedades por ações (art. 2.409), elenca como pressuposto a fundada suspeita de que os administradores tenham cometido graves irregularidades, podendo causar danos à sociedade ou à sua controlada. O estatuto poderá prever um quórum a ser preenchido para que a intervenção possa ser pleiteada, ou deverão os sócios sujeitar-se ao quórum legal<sup>26</sup>. O tribunal poderá exigir a apresentação de uma caução pelo acionista que requereu a intervenção, restituível ao final. Serão ouvidos administradores e os órgãos fiscais. Se for constatada a prática das irregularidades apontadas, deverão ser sanadas pela administração indicada, a quem incumbe detalhar a situação e justificar as medidas. Pode haver a remoção dos administradores e a indicação de um administrador judicial, por prazo determinado, em casos mais graves. O administrador judicial terá as incumbências determinadas no momento da indicação, podendo propor ação de responsabilidade civil em face dos antigos administradores.

A Lei uruguaia (*Ley de Sociedades Comerciales*) é extremamente semelhante à da Argentina, prevendo, do mesmo modo, uma medida cautelar quando os administradores realizem atos ou incorram em omissões que coloquem em perigo grave ou neguem aos sócios o

---

*como medida cautelar con los recaudos establecidos en esta Sección, sin perjuicio de aplicar las normas específicas para los distintos tipos de sociedad.*

25 ARTICULO 114. — *El peticionante acreditará su condición de socio, la existencia del peligro y su gravedad, que agotó los recursos acordados por el contrato social y se promovió acción de remoción.*

26 *Se vi è fondato sospetto che gli amministratori, in violazione dei loro doveri, abbiano compiuto gravi irregolarità nella gestione che possono arrecare danno alla società o a una o più società controllate, i soci che rappresentano il decimo del capitale sociale o, nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, il ventesimo del capitale sociale possono denunciare i fatti al tribunale con ricorso notificato anche alla società. Lo statuto può prevedere percentuali minori di partecipazione.*

exercício de direitos essenciais. Em ambas, é preciso comprovar a condição de sócio e que a intervenção há de ser a *ultima ratio*, isto é, uma vez esgotados todos os meios possíveis para a resolução *interna corporis*. A intervenção é igualmente admitida se os órgãos sociais não atuarem ou quando tomarem soluções inválidas, afetando a normalidade da vida social<sup>27</sup>. O magistrado deverá fixar um prazo de duração e seus poderes não poderão ser maiores do que aqueles previstos pela lei e pelo contrato social. Também como ocorre na Argentina, na legislação uruguaia está disposto que os poderes conferidos aos interventores não devem extrapolar aqueles conferidos usualmente pelo contrato ou lei.

A lei paraguaia determina que a intervenção ocorrerá quando não existir outra medida cautelar suficiente para garantir os direitos que se busca tutelar. Quando decretada a intervenção, o juiz determinará as faculdades que o administrador terá de exercer, levando em conta a natureza do negócio e as circunstâncias do caso<sup>28</sup>.

Existem, ainda, experiências específicas na Espanha<sup>29</sup>, em Portugal<sup>30</sup> e na França<sup>31</sup>.

## 5. CONCLUSÕES

Dito isso, parece que a legislação estrangeira pode indicar alguns caminhos a serem seguidos em nosso País. À guisa de exemplo,

---

27 Artículo 184 (*Intervención judicial. Procedencia*). Cuando el o los administradores de la sociedad realicen actos o incurran en omisiones que la pongan en peligro grave o nieguen a los socios o accionistas el ejercicio de derechos esenciales, procederá la intervención judicial como medida cautelar, con los recaudos establecidos en esta Sección. También será admisible cuando por cualquier causa no actúen los órganos sociales o cuando actuando, no sea posible adoptar resoluciones válidas, afectándose el desarrollo de la actividad social.

28 Art.727 – *Intervención*. Cuando no exista otra medida cautelar suficiente para asegurar los derechos que se intenta garantizar o la decretada fuere ineficaz, a petición de parte, podrá ordenarse la intervención de un establecimiento comercial, una explotación industrial o un capital en giro.

29 Ley de Enjuiciamiento Civil, arts. 630-633 e 727, 2.ª; Código de Comercio, art. 132.

30 Código de Processo Civil, arts. 1.053 a 1.055; Código civil, art. 986; Código das sociedades comerciais, arts. 253, 394 e 418.

31 *Code de Commerce*, arts. L 225-231 (*société par actions*) e L. 223-37 (*société limitée*).

supõe-se necessário que o Poder Judiciário verifique se há, no contrato social, alguma estipulação para solucionar o litígio; poderá, também, ponderar o uso da contracautela como garantia suficiente para não prejudicar a sociedade e definir aqueles que teriam legitimidade ativa para ajuizar tal demanda.

Como medidas de ordem prática e para assegurar o direito de terceiros, é importante que sejam comunicadas a Junta Comercial ou o Registro Civil de Pessoas Jurídicas (este no caso das sociedades simples). Ao magistrado, cabe delimitar temporalmente a intervenção, além de designar especificamente os efetivos poderes do interventor, suscetível de ser destituído em caso de não agir diligentemente.

No Brasil, como adiantado, em razão da inexistência de um regramento definido especialmente no tocante ao direito material, possibilita-se um grande ativismo judicial. Balizas dessa ordem, portanto, têm grande importância. A preocupação com o alto grau de discricionariedade é majorada pela falta de especialização dos magistrados na matéria. São poucos os tribunais que contam com varas e câmaras especializadas de Direito Comercial, todos, porém, sem experiência capaz de lhes proporcionar uma visão prática que lhes permitam dosar adequadamente a intervenção e prever toda a extensão de seus efeitos. Os magistrados, pela própria natureza de suas funções, são pessoas distantes da realidade empresarial; muitas vezes guiam-se por profissionais habilitados, como se dá nos casos em que é feita uma perícia técnica. Tal distância é tão notória que, quando pertinente, a legislação enuncia a importância da tecnicidade. Exemplo disso é a norma que, para fins de apuração de haveres, determina que a nomeação do perito recaia “preferencialmente sobre especialista em avaliação de sociedades” (Código de Processo Civil, art. 606, parágrafo único).

O magistrado, evidentemente, deverá orientar-se dentro dos limites impostos pelo princípio da intervenção mínima, da livre iniciativa, e, da preservação da empresa. Apenas de maneira excepcional e limitada declarará a sua vontade em sobreposição ou em substituição da vontade dos sócios. Não poderá o Poder Judiciário

atuar como um administrador da sociedade, limitando-se a controlar atos discrepantes no que tange à gestão, na linha da orientação seguida pelo Superior Tribunal de Justiça, que tem adotado tal concepção no que tange ao tema da administração de sociedades<sup>32</sup>.

As liberdades constitucionais funcionam como guias hermenêuticas para a matéria societária. Sobre esse tema, destaca-se a recente Lei de Liberdade Econômica, que positivou algumas normas de natureza interpretativa de relevância para a matéria comercial e que podem ter importância, também, não apenas para a decisão dos magistrados nos casos de intervenção, como para se pensar uma sistematização do tema no Brasil<sup>33</sup>.

Outra modificação que igualmente merece destaque é a que se deu no art. 113 do Código Civil. Considerando a relevância de o magistrado interpretar o contexto societário em que ocorre o pedido de intervenção, o parágrafo 1º, inciso II, desse dispositivo legal, evidencia que a interpretação deve se basear nos *“usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio”*. Tal conceito não se distancia do que já dizia o Código Comercial quando enunciava que o contrato deveria ser interpretado em atenção *“ao verdadeiro espírito e natureza do contrato”* (art. 131, 1), bem como consoante o *“uso e prática geralmente observad[os] no comércio nos casos da mesma natureza”* (art. 131, 4).

Afinal, como bem pontuou Judith Martins-Costa, no âmbito do Direito Comercial, os usos e práticas normalmente seguidos pelas

---

32 “A atuação do Poder Judiciário em causas que versem sobre a administração das sociedades deve pautar-se sempre por um critério de intervenção mínima” (STJ, MC 14.561/BA, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/09/2008, DJe 08/10/2008).

33 A Lei de Liberdade Econômica é fruto da Medida Provisória nº 881/19 e teve como um de seus objetivos limitar a intervenção estatal no mercado. Para os fins deste estudo, importa a alteração do art. 421, em que foi disciplinado que *“nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual”*.

partes são “âncoras” para a interpretação e integração dos negócios mercantis, dado que “*indicam a regularidade das condutas no mercado*”<sup>34</sup>.

---

34 MARTINS-COSTA, Judith. A boa fé no Direito Privado. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 307.

## REFERÊNCIAS

FORGIONI, Paula. Contratos empresariais: teoria geral e aplicação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

GALGANO, Francesco. El crepúsculo del negocio jurídico. In: Revista Derecho & Socied, n. 16, 2001.

GOMES, Orlando. Autonomia privada e negócio jurídico. In: GOMES, Orlando. Novos temas de direito civil. Rio de Janeiro, Forense, 1983, ps. 77-79.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Direito de empresa. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. O estado e a economia dos contratos privados. São Paulo: Revista de Direito Mercantil. vol. 31. ano XVII, 1978.

LEITE, Marcelo Lauar. Intervenção judicial em conflitos societários. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

LOTUFO, Mirelle Bittencourt. Intervenção judicial na administração das sociedades empresárias. São Paulo: Quartier Latin.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa fé no direito privado. São Paulo: Saraiva, 2018.

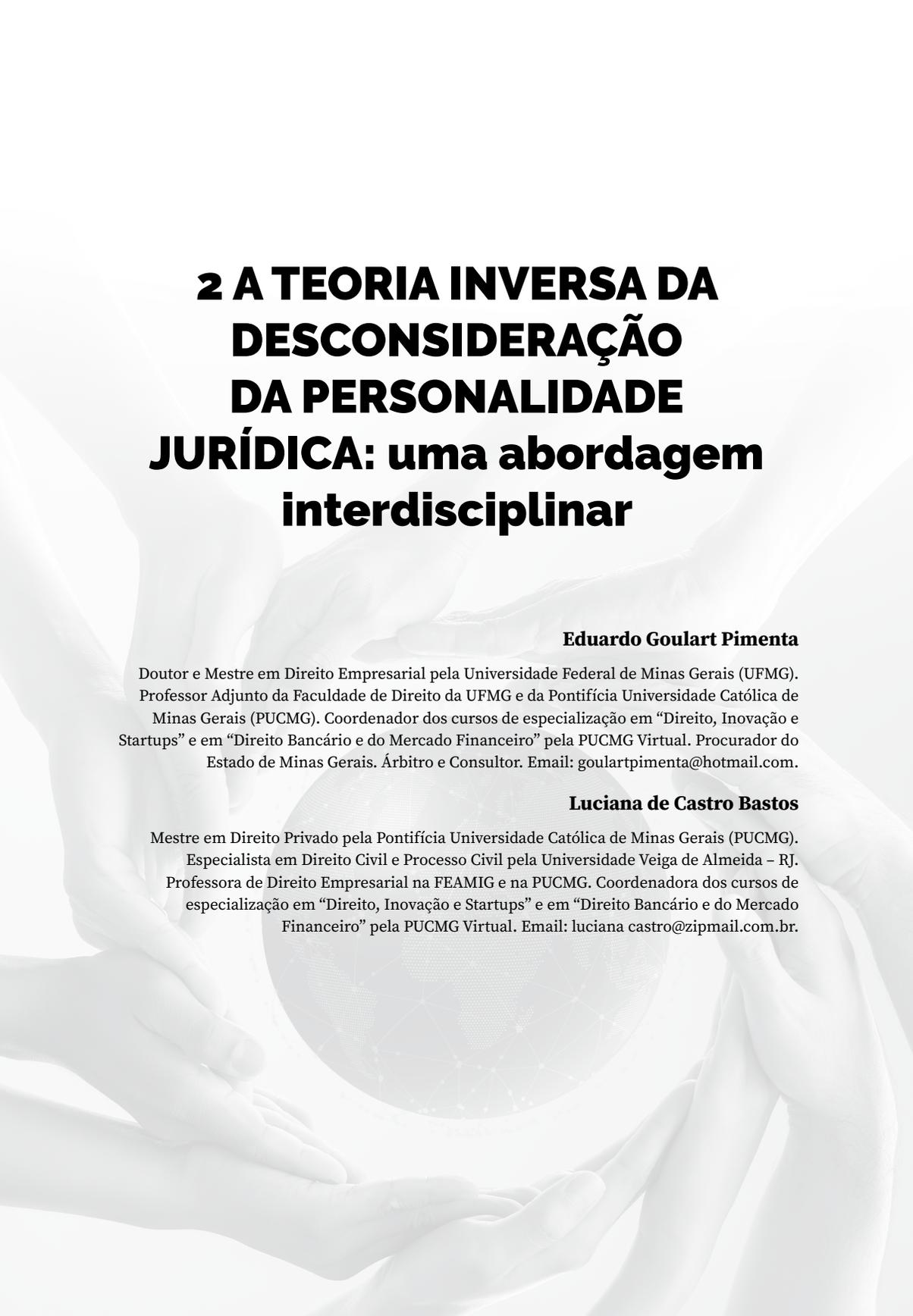
PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Tomo III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

ROPPO, Enzo. O contrato. Coimbra: Almedina, 2021.

SPINELLI, Luis Felipe; SCALZILLI, João Pedro; TELLECHEA, Rodrigo. Intervenção judicial na administração de sociedades. São Paulo: Almedina, 2019.

TELLECHEA, Rodrigo. *Autonomia privada no direito societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

ZANINI, Carlos Klein; SAYDELLES, Rodrigo Salton Rotunno. Notas sobre a intervenção judicial na administração de sociedades. In: LUPION, Ricardo (Org.). *Sociedades limitadas: estudos em comemoração aos 100 anos* [recurso eletrônico]. Porto Alegre/RS: Editora Fi, 2019, ps. 224-237.



# **2 A TEORIA INVERSA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: uma abordagem interdisciplinar**

## **Eduardo Goulart Pimenta**

Doutor e Mestre em Direito Empresarial pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFMG e da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG). Coordenador dos cursos de especialização em “Direito, Inovação e Startups” e em “Direito Bancário e do Mercado Financeiro” pela PUCMG Virtual. Procurador do Estado de Minas Gerais. Árbitro e Consultor. Email: goulartpimenta@hotmail.com.

## **Luciana de Castro Bastos**

Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Veiga de Almeida – RJ. Professora de Direito Empresarial na FEAMIG e na PUCMG. Coordenadora dos cursos de especialização em “Direito, Inovação e Startups” e em “Direito Bancário e do Mercado Financeiro” pela PUCMG Virtual. Email: luciana castro@zipmail.com.br.



# A TEORIA INVERSA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: uma abordagem interdisciplinar

## Eduardo Goulart Pimenta

Doutor e Mestre em Direito Empresarial pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFMG e da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG). Coordenador dos cursos de especialização em “Direito, Inovação e Startups” e em “Direito Bancário e do Mercado Financeiro” pela PUCMG Virtual. Procurador do Estado de Minas Gerais. Árbitro e Consultor. Email: goulartpimenta@hotmail.com.

## Luciana de Castro Bastos

Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Veiga de Almeida – RJ. Professora de Direito Empresarial na FEAMIG e na PUCMG. Coordenadora dos cursos de especialização em “Direito, Inovação e Startups” e em “Direito Bancário e do Mercado Financeiro” pela PUCMG Virtual. Email: luciana.castro@zipmail.com.br.

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais; 2. A desconsideração da personalidade jurídica; 2.1. A teoria clássica da desconsideração da personalidade jurídica; 3. A *Disregard Doctrine* contemporânea; 3.1. O incidente da desconsideração da personalidade jurídica no Código de Processo Civil de 2015; 3.2. A desconsideração inversa; 3.2.1. A teoria inversa no Direito de Família; 3.2.2. Efeitos da desconsideração inversa; 4. Considerações finais; Referências.

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O objeto do presente estudo enfoca um dos temas clássicos do Direito Empresarial, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, trazida para a seara familiar em seu caráter inverso, por meio da qual se busca impedir o uso indevido da pessoa jurídica com o intuito de prejudicar terceiros ou de se locupletar sem causa legítima, atingindo diretamente aqueles que a estão manipulando.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica, expressão nacional, recebe diversas nomenclaturas nos vários ordenamentos jurídicos, tais como *disregard of legal entity*, *disregard doctrine* ou

*piercing the corporate veil* do direito anglo-americano<sup>1</sup>, *levantamento da personalidade colectiva*<sup>2</sup>, em Portugal, *teoria de la penetración*<sup>3</sup>, na Argentina, *superamento della personalità giuridica*, na Itália, ou *Durchgriff*<sup>4</sup>, na Alemanha.

Entre nós, tem-se utilizado com mais frequência a expressão “desconsideração da pessoa (ou da personalidade) jurídica”, a qual, ao lado da mais sucinta *disregard doctrine*, utilizar-se-á no correr deste estudo<sup>5</sup>.

Inicia-se aqui a forma de demonstrar a *disregard doctrine* nos limites condizentes com o ordenamento jurídico brasileiro, principalmente do campo do Direito de Família, inversamente, demonstrando a fraude como elemento intrínseco à convivência humana, a qual deve ser combatida pelo Direito.

Logo, são elencados, no ordenamento jurídico, alguns instrumentos de combate a esses desvios de conduta e à criatividade do ser humano, que parece não encontrar limites. Dentre os quais, encontra-se a teoria do abuso de direito, atualmente positivado no Código Civil de 2002, que o define como ato ilícito, em seu art. 187, que diz: “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

A desconsideração da personalidade jurídica tanto no Direito Empresarial, quanto no âmbito do Direito de Família, é uma derivação desta teoria do abuso de direito e tem a finalidade de conter, reprimir

---

1 VANDEKERCKHOVE, Karen. *Piercing the corporate veil: a transnational approach*. Aspen: Kluwer Law International, 2007. V. 2.

2 MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *O levantamento da personalidade colectiva no direito civil e comercial*. Coimbra: Almedida, 2000.

3 GARRONE, José Alberto. *Derecho comercial: instituciones generales, sociedades, contratos*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008, t. 1. p. 214.

4 WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. *A crise de limitação da responsabilidade dos sócios e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica*. 2004. 269 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004. p. 149-155.

5 KOURY, Susy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 65.

os “agentes fraudulentos” frente aos abusos cometidos à limitação de responsabilidade, em seus direitos e deveres, quando tal limitação é utilizada contra essas razões que a condicionam, inclusive no universo familiar. Esse instituto mostra-se, então, mecanismo pelo qual, judicialmente, seria possível relativizar a contingência do princípio da autonomia patrimonial, jamais a extinguindo, mas somente afastando-a em determinadas situações.

Nesse sentido, o desafio do presente trabalho foi realizar um estudo interdisciplinar do instituto da *disregard doctrine*, em seu caráter inverso, tendo em mente os mencionados pontos em comum entre o Direito Comercial e o Direito de Família, sem desprezar, porém, cada um desses ramos com sua lógica própria e inconfundível.

## **2. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA**

Nos ensinamentos de Robert Blakey Thompson, a desconsideração da personalidade jurídica é “o tema mais debatido no Direito Societário e, não obstante, permanece entre os menos compreendidos”<sup>6</sup>.

### **2.1 A TEORIA CLÁSSICA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA**

A *disregard doctrine* ou desconsideração da personalidade jurídica é tema clássico do Direito e exclusivamente ligado às relações privadas. Surgida, primeiramente, por obra da jurisprudência, se manifesta atualmente nas mais diversas áreas, como no Direito Administrativo, Direito Tributário, Direito Previdenciário, Direito Ambiental, Direito do Consumidor, Direito Trabalhista e outros.

---

<sup>6</sup> THOMPSON, Robert Blakey. Piercing the corporate veil: an empirical study. *Cornell Law Review*, n. 76, p. 1036-1074, Jul. 1991, p. 1036. “*Piercing The Corporate Veil is the most litigated issue in corporate law and yet it remains among the last understood.*”

Ante à autonomia patrimonial da pessoa jurídica, sabe-se que a sociedade, quando usada de forma indevida, pode fazer desta autonomia patrimonial um instrumento de abuso de direito ou de fraude contra terceiros. E, diante desses atos de má-fé, fez-se necessário criar um instituto que estabelecesse limites à autonomia da pessoa jurídica, protegendo, assim, os interesses daqueles que estavam sendo lesados quando agiam de boa-fé.

Por essa razão, afirma Walsir Edson Rodrigues Júnior que, “sempre que a pessoa natural usar a pessoa jurídica para cometer um ilícito, a personalidade jurídica da pessoa jurídica poderá ser desconsiderada e a pessoa natural punida em seu lugar<sup>7</sup>.” É a chamada “teoria da desconsideração da personalidade jurídica” ou *disregard doctrine*.

De acordo com César Fiuza, é a “teoria que visa considerar ineficaz a estrutura da pessoa jurídica quando utilizada desvirtuadamente<sup>8</sup>.”

Foi com essa necessidade, que surgiu a teoria da desconsideração da personalidade jurídica ou *disregard doctrine*.

Adepto ao *common law*, o direito americano trouxe na jurisprudência sua importante contribuição para o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, baseando-se, inicialmente, na teoria da ficção para rechaçar as fraudes perpetradas por seus membros em face de terceiros.

Até pouco tempo, no Brasil, os tribunais aplicavam a teoria da desconsideração da personalidade jurídica às situações em que ocorriam a fraude ou o abuso de direito, em casos de má administração da personalidade jurídica. Os fundamentos eram trazidos da doutrina estrangeira e do art. 20 do Código Civil de 1916, nos quais se distinguia a personalidade da sociedade e dos sócios.

Tratando-se dessa teoria, sobressaem os estudos de Rubens Requião em conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, sendo um dos precursores da

---

7 RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. Direito civil: famílias. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 218.

8 FIUZA, César. Direito Civil: Curso completo. 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

doutrina no Brasil, o qual, desde os primórdios dos anos sessenta, já discutia a questão:

A desconsideração da personalidade jurídica não seria a anulação da personalidade jurídica em toda a sua extensão, mas apenas a declaração de sua ineficácia para determinado efeito, em caso concreto, em virtude de o uso ilegítimo da personalidade ter sido desviado de sua finalidade (abuso de direito) ou para prejudicar credores ou violar a lei (fraude).<sup>9</sup>

O objetivo peculiar dessa teoria, em todas as etapas de sua criação, sempre foi coibir a fraude e o abuso de direito realizados por meio da sociedade empresária.

Nessa concepção sobre a desconsideração da personalidade jurídica, pode se dizer, também, que essa teoria se mostra como uma alternativa para solucionar aqueles casos em que o empresário se utiliza da personalidade jurídica para fins diversos de sua função, ou seja, quando a personalidade jurídica se torna instrumento para que a limitação do patrimônio societário fuja aos princípios basilares do ordenamento jurídico pátrio e seus pilares da probidade e da boa-fé.

Em vista disso, sob o véu da limitação patrimonial, os sócios conseguiriam manter a incomunicabilidade entre seu patrimônio e os bens da pessoa jurídica, valendo-se dessa perspectiva para materializar fins atípicos, incompatíveis com a finalidade das sociedades comerciais.

As primeiras comprovações, no direito pátrio, em defesa de terceiros de boa-fé, no que se refere às fraudes efetuadas através das pessoas jurídicas, vieram com a promulgação da Lei nº 4.591/64 (Lei do Condomínio), que dispõe, no parágrafo único de seu art. 66,

---

<sup>9</sup> REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969, p. 17.

e permite: imputação de responsabilidade por danos causados pela incorporação, alcançando o responsável pelo empreendimento<sup>10</sup>.

Posteriormente, tem-se a Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, o Código Tributário Nacional, que prevê, em seus arts. 134, VII<sup>11</sup> e 135, III<sup>12</sup>, que, em determinados casos, os sócios são responsáveis por dívidas da sociedade, sem quebrar, porém, o princípio da separação entre o ser da pessoa jurídica e o ser da pessoa membro.

Desde o século passado, na década de 1960, tanto a doutrina quanto a jurisprudência, no Brasil, vêm adotando a desconsideração da personalidade jurídica. Todavia, esse instituto só foi expressamente disciplinado no sistema normativo nacional, com a entrada em vigor da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), em seu art. 28<sup>13</sup>,

---

10 BRASIL. Lei nº 4.591 de 16 de dezembro de 1964. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Diário Oficial da União, Brasília, 21 Dez. 1964. Art. 66 [...] Parágrafo único. No caso de contratos relativos a incorporações, de que não participe o incorporador, responderão solidariamente pelas faltas capituladas neste artigo o construtor, o corretor, o proprietário ou titular de direitos aquisitivos do terreno, desde que figurem no contrato, com direito regressivo sobre o incorporador, se as faltas cometidas lhe forem imputáveis.

11 Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:

[...]

VII – os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas.

12 Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

[...]

III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

13 Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

§ 1º (Vetado).

§ 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa.

§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

estando também disciplinado na Lei nº 8.884/94 (Lei Antitrustes), art. 34<sup>14</sup> e na Lei nº 9.605/98 em seu art. 4º<sup>15</sup>, que implementou o amparo ao meio ambiente.

Porém, foi o Código Civil de 2002, em seu art. 50<sup>16</sup>, que tratou da teoria em moldes mais adequados e, assim, a norma da *disregard* ganhou aplicação legal no Direito Privado.

César Fiuza assevera que:

O abuso de personalidade ganhou tipificação aberta, ficando as hipóteses concretas subsumidas às espécies concebidas como desvio de finalidade da pessoa jurídica e confusão patrimonial entre os bens da pessoa jurídica e seus membros. Ocorrerá desvio de finalidade, sempre que a pessoa jurídica não cumprir a finalidade a que se destina, causando, com isso, prejuízos a terceiros. Além disso, é também desvio de finalidade, ou melhor, de função, o desrespeito ao princípio da função social da empresa. A confusão patrimonial ocorrerá quando não for possível estabelecer claramente o que é da sociedade e o que é dos sócios. Destaque-se que a confusão patrimonial também ocorre nos casos de dissolução irregular da pessoa jurídica, quando desaparecem os sócios e os bens, e remanescem débitos a ser pagos.<sup>17</sup>

---

14 Art. 34. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. Parágrafo único. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

15 Art. 4º. Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.

16 Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso. (Nova redação dada pela Lei nº 13.874, de 2019).

17 FIUZA, César. Direito civil: curso completo. 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.157.

Veja-se que o grande avanço da norma elencada no art. 50 do *Códex* de 2002 é instituir uma regra geral para a utilização da *disregard doctrine*, não sendo mais necessário utilizar determinadas leis esparsas à procura de uma solução para coibir certos tipos de fraudes e abuso de direitos.

### 3. A DISREGARD DOCTRINE CONTEMPORÂNEA

A relevância das consequências da limitação da responsabilidade na atividade empresarial serviu de base para a construção dos pressupostos de aplicação da teoria da desconsideração clássica. A necessidade de proteger não só o mercado, mas a sociedade como um todo, vez que o mercado tem grande impacto na vida social, política e econômica, fez com que a construção da teoria clássica elencasse cinco pressupostos a serem observados cumulativamente para que a desconsideração da personalidade jurídica pudesse resguardar os direitos de quem fosse lesado pelo ato abusivo, e deixar claro que a desconsideração seria uma medida excepcional, e não um meio de indiretamente pôr fim à limitação da responsabilidade.

Essa doutrina só deverá ser aplicada quando não for possível responsabilizar os sócios pessoalmente por outros meios já previstos em lei.<sup>18</sup>

Walsir Edson Rodrigues Júnior cita, como exemplo, a transferência de recursos financeiros da sociedade para os sócios ou pessoas ligadas ao sócio com o objetivo de inviabilizar a satisfação de uma dívida exequenda. Caracterizado está o desvio de finalidade e, conseqüentemente, a possibilidade de deferimento do pedido de desconsideração da personalidade jurídica, que pode ser feito incidentalmente na própria ação de execução, a fim de que o patrimônio dos sócios possa ser atingido pela penhora<sup>19</sup>.

---

18 FIUZA, César. Direito civil: curso completo. 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 155.

19 RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. Direito civil: famílias. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 219.

A desconsideração da personalidade jurídica não incide de forma unitária, afetando indistintamente todos que participam da sociedade empresária, mas é aplicada contra o sócio que possua “o poder de controle da sociedade”<sup>20</sup> e tenha dele se utilizado de forma ilícita, desrespeitando a autonomia da atividade da sociedade como centro de imputação, provido de patrimônio próprio e distinto dos bens e da vontade dos outros sócios.

Nas hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica, é importante frisar que se trata apenas de um afastamento pontual e momentâneo da personalidade jurídica para solver crédito em caso concreto, não podendo se falar em extinção.

Tanto Pablo Stolze Gagliano quanto Rodolfo Pamplona Filho entendem que:

O afastamento da personalidade jurídica deve ser temporário e tópico, perdurando, apenas no caso concreto, até que os credores se satisfaçam no patrimônio pessoal dos sócios infratores, verdadeiros responsáveis pelos ilícitos praticados. Ressarcidos os prejuízos, sem de simultânea responsabilização administrativa e criminal dos envolvidos, a empresa, por força do próprio princípio da continuidade, poderá, desde que apresente condições jurídicas e estruturais, voltar a funcionar.<sup>21</sup>

Deve-se sempre reforçar que a *disregard doctrine* não extingue a pessoa jurídica que sobrevive integralmente. Somente em momento preciso e para fins determinados, é descartada a sua autonomia. O

---

20 “Um dado, porém, é certo. Essa desconsideração da personalidade jurídica é sempre feita em função do poder de controle societário. É este o elemento fundamental, que acaba predominando sobre a consideração da pessoa jurídica, como ente distinto dos seus componentes”. (COMPARATO, Fábio Konder. O poder de controle na sociedade anônima. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977).

21 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. V. 1: parte geral. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 220.

Juiz “se limita a confinar a pessoa jurídica precisamente à esfera que o Direito lhe reservou”.<sup>22</sup>

Consequentemente, depois de ressarcidos os danos causados a terceiros, provenientes da utilização indevida da pessoa jurídica, esta pode voltar a funcionar normalmente, se possuir as condições necessárias.

Para a completa aplicação do instituto da *disregard doctrine*, devem ser adotados os seguintes objetivos: coibir a fraude, o desvio de finalidade de pessoa jurídica<sup>23</sup>, a confusão patrimonial<sup>24</sup>, garantir o direito de receber dos credores e proteger o instituto da pessoa jurídica.

No âmbito do Direito Privado, como regra, a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica prevista no art. 50 do Código Civil, exige a prova específica do abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial.

Com a entrada em vigor da Lei nº 13.874 de 2019 (Lei da Liberdade Econômica), pretendeu-se resgatar os pressupostos clássicos da *disregard doctrine*, retomando a essencialidade da limitação da

---

22 SERICK, Rolf. Apariencia y realidad em las sociedades mercantiles: el abuso de derecho por médio de la persona jurídica. Traducción de José Puig Brutal. Barcelona: Ariel, 1958. p. 242.

23 “Desvio de finalidade. A identificação do desvio de finalidade nas atividades da pessoa jurídica deve partir da constatação da efetiva desenvoltura com que a pessoa jurídica produz a circulação de serviços ou de mercadorias por atividade lícita, cumprindo ou não o seu papel social, nos termos dos traços de sua personalidade jurídica. Se a pessoa jurídica se põe a praticar atos ilícitos ou incompatíveis com sua atividade autorizada, bem como se com sua atividade favorece o enriquecimento de seus sócios e sua derrocada administrativa e econômica, dá-se ocasião de o sistema de direito desconsiderar sua personalidade e alcançar o patrimônio das pessoas que se ocultam por detrás de sua existência jurídica.” (NERY JUNIOR, Nelson. Código civil comentado. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 261-262).

24 “Confusão patrimonial. Também é aplicada a desconsideração nos casos em que houver confusão entre o patrimônio dos sócios e da pessoa jurídica. Essa situação decorre da não separação do patrimônio do sócio e da pessoa jurídica por conveniência da entidade moral. Neste caso, o sócio responde com seu patrimônio para evitar prejuízos aos credores, ressalvada a impenhorabilidade do bem de família e os limites do patrimônio da família.” (NERY JUNIOR, Nelson. Código civil comentado. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 262).

responsabilidade patrimonial para o funcionamento do mercado econômico e para o incentivo ao empreendedorismo, incorporando em seu *caput* e §§ 1º e 2º<sup>25</sup>, a interpretação que vinha sendo aplicada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ao referido dispositivo, de modo a definir e delimitar a extensão da expressão abuso da personalidade jurídica, a partir das suas duas espécies: a) desvio de finalidade; e, b) confusão patrimonial.

Nota-se, nesse sentido, a imprescindibilidade de uma objetivação da desconsideração da personalidade jurídica, com a previsão de procedimentos e requisitos mais precisos e detalhados, restringindo o espaço de atuação do aplicador do Direito e, conferindo assim, segurança maior às hipóteses de incidência deste instituto.

Desse modo, na sistemática vigente, o abuso da personalidade jurídica é requisito primordial para a *disregard doctrine* no Direito Privado e carecerá de prova específica de uma das suas espécies legais (desvio de finalidade ou confusão patrimonial) por parte do requerente da desconsideração.

Segundo Fábio Bellote Gomes<sup>26</sup>, o desvio de finalidade é modalidade que denota o dolo e se caracteriza pela fraude e pela intenção manifesta dos sócios em lesarem credores e terceiros que se relacionem negocialmente com a sociedade. Já a confusão patrimonial é modalidade que exige culpa e se caracteriza pela manifesta prática administrativa e gerencial negligente, imprudente ou imperita e que

---

25 § 1º Para os fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza.

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

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

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

III – outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial. (...).

26 GOMES, Fábio Bellote. A importância da prova para a desconsideração da personalidade jurídica à luz da lei da liberdade econômica. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 25, n. 6345, 14 nov. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/86624>. Acesso em: 20 set. 2021.

se enquadre especificamente nas hipóteses tipificadas nos incisos do art. 50, § 2º.

Quanto ao *caput* do art. 50, acrescenta Fernanda Marra Vidigal:

É importante destacar que a nova previsão, ao contrário do que possa parecer, não representa a adesão à teoria subjetiva da desconsideração, que preconiza a necessidade de se examinar a intenção do agente de praticar ato abusivo ou contrário ao direito. Na realidade, busca-se analisar a conduta do sócio ou administrador do ponto de vista objetivo e o seu nexos de causalidade com o abuso cometido, a fim de orientar a incidência da norma sobre os verdadeiros responsáveis pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial. Ademais, há que se questionar a suficiência do critério adotado no sentido de abranger os sujeitos que se beneficiaram do ato, deixando-se de incluir, ao menos em uma interpretação literal, eventuais agentes envolvidos na prática do abuso, independentemente da obtenção de algum benefício.<sup>27</sup>

No mesmo sentido Ana Frazão:

Questiona-se, apenas, se o critério do benefício não deveria ter sido acompanhado, igualmente, do critério dos envolvidos no desvio de finalidade. Afinal, havendo administradores ou sócios que participaram, direta ou indiretamente, do abuso da personalidade jurídica, a circunstância de não terem tido benefícios não afasta, por si só, o desrespeito à autonomia da

---

27 VIDIGAL, Fernanda Marra. Confusão patrimonial como hipótese de desconsideração da personalidade jurídica / Fernanda Marra Vidigal. — Belo Horizonte — Expert Editora 2021, p. 162.

pessoa jurídica e os reflexos sobre a insuficiência patrimonial que irá prejudicar os credores sociais.<sup>28</sup>

Mesmo com estes questionamentos, a inovação trazida pela Lei da Liberdade Econômica ao *caput* do art. 50 do Código Civil brasileiro foi importante para regular a abrangência do instituto, afastando a possibilidade de imputação de responsabilidade aos sócios minoritários, que não exercem influência sobre a atuação da pessoa jurídica.

Dessarte, no âmbito do Direito Privado, a *disregard doctrine* disposta no art. 50 do Código Civil, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 13.874/2019, exige a prova específica do abuso da personalidade jurídica, a partir de uma das suas espécies legais (desvio de finalidade ou confusão patrimonial), pelo interessado em obter a sua aplicação e a subsequente responsabilização patrimonial dos sócios.

### **3.1 O INCIDENTE DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015**

O Código de Processo Civil de 2015 realça de forma especial a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, contando com um capítulo autônomo destinado à intervenção de terceiros, regulando a matéria em nível processual como tema incidente, e a disciplinar a aplicação do instituto no direito processual pátrio, qual seja, o capítulo IV, do título II, denominado justamente “Do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica”.

Acrescente-se que a desconsideração da personalidade jurídica sempre necessitou de uma regulamentação para o seu procedimento, frente às dúvidas geradas na doutrina e jurisprudência acerca da aplicação deste instituto.

---

28 FRAZÃO, Ana. Lei de liberdade econômica e seus impactos sobre a desconsideração da personalidade jurídica. In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). Lei de liberdade econômica e seus impactos no direito brasileiro. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 467-486.

A redação do art. 133<sup>29</sup> do Código de Processo Civil de 2015, que cuida desse incidente em definitivo, deve enterrar a tese de que o dispositivo jurídico deve ser aplicado por meio de ação autônoma na justiça, visto que o texto, em qualquer processo ou procedimento, permite ao juiz operá-lo.

Primeiramente, fica evidente nesse dispositivo que o magistrado só atua se as partes o provocarem, e, que se não houver pedido expresso da parte ou do Ministério Público, o julgador fica impedido de promover o afastamento da personalidade jurídica.

Pode-se constatar, com a redação desse dispositivo legal que, sob a égide do novo diploma, fica extinta a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica *ex officio* pelo juiz, sem que haja a participação da parte diretamente afetada ou o devido processo legal, porquanto o incidente procederá com a citação do polo passivo e, como de hábito, poderá ser provocada por meio de Agravo de Instrumento<sup>30</sup> ou por Agravo Interno, se a decisão tiver sido proferida em segunda instância.

O segundo parágrafo do referido artigo nos chama à atenção, uma vez que refere a outra modalidade de desconsideração da personalidade jurídica, pela qual quem comete a fraude e o desvio de finalidade é o sócio, e não a administração da empresa em si.

Em tal caso, aplica-se o que se convencionou chamar de desconsideração da personalidade jurídica inversa, e, diante disso, os bens do sócio são o alvo da execução, sendo necessário desconsiderar-se a personalidade jurídica para que estes possam ser atingidos.

---

29 Art. 133. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.  
§ 1º O pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei.

§ 2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica.

30 Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

IV – incidente de desconsideração da personalidade jurídica;

Ademais, no artigo 134<sup>31</sup>, em homenagem à garantia da duração razoável do processo e à celeridade processual, percebe-se não se tratar de uma ação autônoma, mas de um incidente processual, apresentando-se em qualquer etapa do processo, quer seja fase de conhecimento, cumprimento de sentença ou mesmo execução de título executivo extrajudicial.

Reforça, Guilherme Rizzo Amaral:

O legislador optou pela dispensa de ação própria para o fim da desconsideração. Assim, o NCPC, ao reservar o espaço do incidente para o trato da questão, reafirmou o caráter sumário do debate a ser estabelecido. Embora não haja restrições na Lei acerca de tipos de prova ou prazos, o fato é que não se pode imaginar a amplitude do debate peculiar ao de uma ação própria travestida em incidente, sobretudo quando proposto no curso do processo de conhecimento.<sup>32</sup>

O § 3º do art. 134 reza sobre a suspensão do processo no momento da instauração do incidente da desconsideração da personalidade jurídica, exceto se requerida na petição inicial, momento em que a sociedade ou o sócio serão citados para responder dentro do prazo para a defesa. Nesse período de suspensão, fica resguardada ao magistrado

---

31 Art. 134. O incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.

§ 1º A instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas.

§ 2º Dispensa-se a instauração do incidente se a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica.

§ 3º A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2o.

§ 4º O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica.

32 Nesse sentido, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, et al. Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo: de acordo com a Lei ° 13.256/2016. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 252 e 255.

a prerrogativa de estabelecer atos urgentes de acordo com o disposto art. 314<sup>33</sup>. “Frize-se, que independentemente da suspensão, o incidente deve ser decidido antes do mérito, uma vez que seu resultado pode inserir novos réus, os quais terão suas garantias processuais violadas se contra eles incidir decisão prolatada anteriormente”<sup>34</sup>.

Interessante anotarmos a consagração dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório nos casos de instauração do incidente da desconsideração da personalidade jurídica, que determina a citação do polo passivo ao sócio ou à pessoa jurídica, como já dito, que poderá se manifestar com o prazo regular de 15 dias e especificar provas, se entender necessário, conforme determina o art. 135: “Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias”.

A respeito do art. 136, o legislador foi coerente ao estabelecer o incidente de desconsideração da personalidade jurídica como uma decisão interlocutória, visto que, conforme o §1º do art. 203<sup>35</sup> deste diploma processual, é considerada sentença, “o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução”. Assim, como a decisão que resolve esse incidente não extingue a fase cognitiva, nem a executiva do processo, será enquadrada como decisão interlocutória, como disposto no §2º do art. 203. Nesse contexto, o art. 136 deverá ser interpretado conjuntamente com o

---

33 Art. 314. Durante a suspensão é vedado praticar qualquer ato processual, podendo o juiz, todavia, determinar a realização de atos urgentes a fim de evitar dano irreparável, salvo no caso de arguição de impedimento e de suspeição.

34 DONIZETTE, Elpídio. Novo código de processo civil comentado (Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015): análise comparativa entre o novo CPC e o CPC /73. São Paulo: Atlas, 2015. p. 115.

35 Art. 203. Os pronunciamentos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.

§ 1º Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução.

§ 2º Decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no § 1º. [...]

art. 1.015, IV<sup>36</sup>, que dispõe sobre a possibilidade de ser questionada por meio de agravo de instrumento a decisão que resolve o incidente, pois, em tese, são irrecuráveis as decisões interlocutórias: “Art. 136. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória”.

Cumprido destacar que, com o provimento do incidente, a pessoa jurídica ou o sócio passará à condição de litisconsorte, tornando-se parte no processo, inclusive no processo de execução.

Ante os fatos apontados, levando-se em consideração todas as inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015, no entendimento da doutrina, o incidente da desconsideração da personalidade jurídica não suprimiu de forma cabal a prerrogativa que possui o juiz, com base em sua discricionariedade, de atingir os bens dos sócios em causas, por exemplo, que demandem medidas liminares.

Melhor dizendo, nas demandas que implicam pedido de antecipação dos efeitos de tutela ou pedidos liminares no propósito de desconsiderar a personalidade jurídica, a tutela de urgência poderá ser concedida *inaudita altera parte*, e o contraditório poderá ser deferido na medida em que estejam presentes requisitos tradicionais para o deferimento da concessão de liminar ou da tutela antecipada.

Esse conjunto de alterações processadas no sentido de garantir o contraditório no procedimento da *disregard doctrine* pode dar a impressão de que esse *códex* se preocupou em excesso com a segurança patrimonial dos sócios a serem executados.

Desse modo, cumpre ressaltar, no entanto, “que não há elementos que impeçam o magistrado de, no exercício de seu poder geral de cautela, conceder tutela que aproxime a aplicação do dispositivo à resolução útil do processo”<sup>37</sup>.

---

36 Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: [...]

IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica; [...]

37 D. C. COSTA. Considerações sobre o poder geral de cautela. Revista Científica Integrada - Unaerp Campus Guarujá, Guarujá, ano 1, n. 1, mar. 2012.

Logo, conclui-se que, em se tratando da muito discutida teoria da desconsideração da personalidade jurídica, o Código de Processo Civil de 2015 dedicou-se com prontidão a assegurar o contraditório das empresas e sócios, protegendo a segurança patrimonial destes, com o intuito de coibir a aplicação descabida da teoria da *Disregard Doctrine* pelo Judiciário.

### 3.2 A DESCONSIDERAÇÃO INVERSA

O precursor do estudo no Brasil foi Fábio Konder Comparato, no final dos anos 70, salientando que: “aliás, essa desconsideração da personalidade jurídica não atua apenas no sentido da responsabilidade do controlador por dívidas da sociedade controlada, mas também no sentido inverso, ou seja, no da responsabilidade desta última por atos do seu controlador”<sup>38</sup>.

A expressão “desconsideração inversa da personalidade jurídica” é utilizada pela jurisprudência e pela doutrina, como a busca pela responsabilização da sociedade no tocante às dívidas ou aos atos praticados pelos sócios, utilizando-se para isso, a quebra da autonomia patrimonial.

Na desconsideração inversa da personalidade jurídica, a responsabilidade ocorre no sentido oposto, isto é, os bens da sociedade respondem por atos praticados pelos sócios. Nesse diapasão, cumpre salientar que serão aplicados os mesmos princípios da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Nesse caso, Fábio Ulhôa Coelho defende que “desconsideração inversa é o afastamento do princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica para responsabilizar a sociedade por obrigação do sócio”<sup>39</sup>.

Leonardo Netto Parentoni acrescenta, ainda, que:

---

38 COMPARATO, Fábio Konder. O poder de controle na sociedade anônima. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 346.

39 COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. São Paulo: Saraiva, 1999. 2 v. p. 45.

A desconsideração inversa consiste em imputar a um centro autônomo de direitos e deveres, obrigação formalmente contraída por seus membros. A nomenclatura decorre do fato de que tal teoria fora inicialmente aplicada, por obra da jurisprudência, a casos nos quais se pretendia atribuir ao sócio obrigação formalmente contraída pela sociedade. Assim, sua aplicação contra a pessoa jurídica constituiria aplicação inversa da mesma regra.<sup>40</sup>

J. Lamartine Corrêa de Oliveira, em sua obra “A dupla crise da personalidade jurídica”, resume o problema e a resposta:

Se é em verdade uma outra pessoa que está a agir, utilizando a pessoa jurídica como escudo, e se é essa utilização da pessoa jurídica, fora de sua função, que está tornando possível o resultado contrário à lei, ao contrato, ou às coordenadas axiológicas (...) é necessário fazer com que a imputação se faça com predomínio da realidade sobre a aparência.<sup>41</sup>

Conclui-se que a finalidade da teoria da desconsideração inversa da personalidade jurídica é essencialmente semelhante à *disregard doctrine* tradicional, que é combater a utilização indevida do ente societário por seus administradores e sócios, além de coibir a fraude contra credores e o abuso de direito.

As situações mais comuns que levam à desconsideração inversa estão ligadas ao Direito de Família. Normalmente ocorrem quando há confusão patrimonial, quando há fraude no dever de alimentar<sup>42</sup>

---

40 PARENTONI, Leonardo Netto. Desconsideração contemporânea da personalidade jurídica: dogmática e análise científica da jurisprudência brasileira (Jurimetria/Empirical Legal Studies). São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 87.

41 OLIVEIRA, J. Lamartine Correa de. A dupla crise da pessoa jurídica. São Paulo: Saraiva. 1979. p. 613.

42 A fraude ocorre quando o alimentante encoberta pelo “véu” da personalidade jurídica seu patrimônio pessoal para que esse diminua, de modo que no momento da

e quando o cônjuge ou companheiro esvazia os bens do casal com o intuito de ludibriar a partilha de bens.<sup>43</sup>

### 3.2.1 A TEORIA INVERSA NO DIREITO DE FAMÍLIA

Além da seara empresarial, outro campo em que o instituto da desconsideração inversa vem sendo aplicado com frequência é o Direito de Família que, segundo Walsir:

Em decorrência da personalidade própria e da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, com o objetivo de prejudicar o cônjuge na partilha de bens ou pagar um valor menor de pensão alimentícia, o abuso da personalidade jurídica passou a ocorrer pela via inversa. Assim, no lugar de esvaziar o patrimônio da pessoa jurídica em benefício dos sócios e prejuízo dos credores dela, o esvaziamento patrimonial é da

---

análise dos critérios de capacidade e necessidade o juiz se depare com uma situação financeira precária não real por parte do alimentante. Tal situação implicará no pagamento reduzido da pensão alimentícia, sendo a única forma de o alimentado ter seus direitos respeitados a desconsideração inversa da personalidade jurídica. JESUS, Hélio Marcos de. A desconsideração inversa da personalidade jurídica. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/desconsidera%C3%A7%C3%A3o-inversa-da-personalidade-jur%C3%ADdica-0>>. Acesso em: 20 Maio. 2017

43 Quando o cônjuge na iminência do divórcio, tentando deixar fora da divisão parte do patrimônio do casal, transfere os bens de propriedade comum para uma pessoa jurídica. Nesta pessoa jurídica, o cônjuge possui certo controle administrativo, fraudando a partilha a ser realizada por força do término da união matrimonial.” (JESUS, Hélio Marcos de. A desconsideração inversa da personalidade jurídica. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/desconsidera%C3%A7%C3%A3o-inversa-da-personalidade-jur%C3%ADdica-0>>. Acesso em: 20 Maio. 2017). O raciocínio é o mesmo quando o sócio se retira da sociedade às vésperas do divórcio, transfere sua parte para outro sócio, e depois do processo retorna “à empresa e à livre administração dos bens que eram comuns ao casal.” (JESUS, Hélio Marcos de. A desconsideração inversa da personalidade jurídica. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/desconsidera%C3%A7%C3%A3o-inversa-da-personalidade-jur%C3%ADdica-0>>. Acesso em: 20 Maio. 2017).

sociedade conjugal em benefício da pessoa jurídica e prejuízo dos cônjuges ou dos credores de alimentos.<sup>44</sup>

O que ocorre realmente, diante do processo de separação ou de divórcio, é que um dos cônjuges ou parceiros, objetivando burlar a divisão justa dos bens que fazem parte do patrimônio do casal, utiliza uma pessoa jurídica, na qual não possui cotas a outra parte, e, normalmente com auxílio de terceiros, para ocultar parte ou a integralidade do patrimônio em comum. E assim, com propósito de reprimir essa prática abusiva, desenvolveu-se a desconsideração da personalidade jurídica no juízo de família, que está sendo difundida entre a doutrina e jurisprudência, mesmo sem haver disposição legal expressa, e tem, no Brasil, Rolf Madaleno como precursor.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica foi introduzida no Direito das Famílias, visando à proteção do cônjuge lesado na ação de alimentos, no instante da partilha ou na sucessão, em que somente há patrimônio em nome de uma pessoa jurídica comandada pelo cônjuge fraudador ou até por interposta pessoa, e não em nome do casal.

Exemplo claro, na hipótese de um dos cônjuges, que, ao adquirir bens de maior valor, registra-os em nome de pessoa jurídica sob o seu controle, para livra-los da partilha a ser realizada nos autos da separação judicial. Ao se desconsiderar a autonomia patrimonial, será possível responsabilizar a pessoa jurídica pelo devido ao ex-cônjuge do sócio.

Diante disso, para que haja a desconsideração inversa da personalidade jurídica, sua aplicação será efetivada na esfera familiar quando o cônjuge empresário esconde-se sob as vestes da pessoa jurídica, objetivando fraude à partilha matrimonial e, por consequência, encobrendo a capacidade econômica e financeira da pessoa física, equiparando o sócio à sociedade.

---

44 RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. Direito civil: famílias. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 219.

Face ao exposto, a desconsideração inversa vem sendo constantemente aplicada no âmbito do Direito de Família. Para que seja utilizada pelo magistrado, deverão estar presentes os pressupostos essenciais da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, que, por sua vez, também são da desconsideração inversa.

Nesse contexto, Rolf Madaleno, acerca da desconsideração inversa no Direito de Família e a aplicação dos princípios da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, afirma:

É larga e producente a sua aplicação no processo familiar, principalmente frente à diuturna constatação nas disputas matrimoniais, do cônjuge empresário esconder-se sob as vestes da sociedade, para a qual faz despejar, se não todo, ao menos o rol mais significativo dos bens comuns. [...] quando o marido transfere para a sua empresa o rol significativo de seus bens matrimoniais, sentença final de cunho declaratório haverá de desconsiderar esse negócio específico, flagrada a fraude ou o abuso, havendo, em consequência, como matrimoniais esses bens, para ordenar a sua partilha no ventre da separação judicial, na fase destinada a sua divisão, já considerados comuns e comunicáveis.<sup>45</sup>

Nesse diapasão, a pessoa jurídica e os sócios poderão responder por uso abusivo, simulado ou fraudulento da sociedade, tanto diretamente como inversamente, podendo ser atingidos os bens sociais, no tocante à responsabilização do sócio, ou do cônjuge empresário, em que haverá a responsabilização no tocante aos bens matrimoniais, no caso do Direito de Família.

Verifica-se, portanto, que, no Direito de Família a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica dar-se-á, habitualmente,

---

45 MADALENO, Rolf. Direito de família: aspectos polêmicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 28.

na via inversa, desconsiderando o ato para atingir o bem da sociedade, propiciando assim, o pagamento do cônjuge ou credor familiar.

Há, inclusive, o Enunciado nº 283, aprovado na IV Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, admitindo a desconsideração da personalidade jurídica no sentido inverso, que estabelece: “é cabível a desconsideração da personalidade jurídica denominada ‘inversa’ para alcançar bens de sócio que se valeu da pessoa jurídica para ocultar ou desviar bens pessoais, com prejuízo a terceiros”.

### **3.2.2 EFEITOS DA DESCONSIDERAÇÃO INVERSA**

A *disregard doctrine*, no Direito de Família, está cada vez mais difundida, bem elaborada, e sendo recepcionada pela magistratura, que, perante as fraudes já analisadas, não deixa de decidir pela quebra da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, aplicando a desconsideração da personalidade jurídica e restituindo o que cabe de direito à parte lesada.

Para melhor compreensão, em razão da utilização ilícita da pessoa jurídica, será aplicada a desconsideração inversa, acarretando os seguintes efeitos: a quebra do princípio da autonomia patrimonial, o alcance dos bens patrimoniais da sociedade e a partilha dos bens do casal.

Separando a pessoa jurídica da pessoa física de seu sócio e estabelecendo, assim, patrimônios e responsabilidades diversas, determina, por conseguinte, uma ampla forma de indevida utilização da pessoa jurídica, sendo instrumento de fraude em prejuízo de terceiros.

Importante registrar que o princípio da separação do sócio e da sociedade é relativizado quando o sócio aproveita-se desse princípio como anteparo para prática de fraude, abuso e simulação.

Assim, a desconsideração inversa da personalidade jurídica poderá ser aplicada, pois os atos dos sócios serão atribuídos à pessoa jurídica.

Aprofundando no estudo do tema, Fábio Ulhoa Coelho explica:

[...] O devedor transfere seus bens para a pessoa jurídica sobre a qual detém absoluto controle. Desse modo, continua a usufruí-los, apesar de não serem de sua propriedade, mas da pessoa jurídica controlada. Os seus credores, em princípio, não podem responsabilizá-lo executando tais bens. É certo que, em se tratando de pessoa jurídica de uma sociedade, ao sócio é atribuída a participação societária, isto é, quotas ou ações representativas de parcelas do capital social. Essas são em regra penhoráveis para a garantia do cumprimento das obrigações do seu titular [...].<sup>46</sup>

Conforme se observa, tanto na jurisprudência quanto na doutrina, a desconsideração inversa da personalidade jurídica possui como um de seus efeitos o efetivo alcance dos bens patrimoniais da sociedade, quando esta for utilizada como “esconderijo” de bens que antes eram de propriedade do sócio e sua família, como também nas situações nas quais esse sócio detém o controle absoluto da sociedade. Isso ocorre, entretanto, em decorrência de manobras fraudulentas, objetivando acobertar seu patrimônio pessoal, transferindo-o para uma pessoa jurídica, maculando assim, o princípio da autonomia patrimonial.

Impende-se observar que a desconsideração inversa da personalidade jurídica é amplamente aplicada no campo do Direito de Família, como exposto acima, para descobrir a finalidade ilícita encoberta pela sociedade, adentrando o disfarce societário no qual

---

46 COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. São Paulo: Saraiva, 1999. 2 v. p. 45.

se esconde o sócio, para então, frustrar o resultado fraudulento e totalmente abusivo que a sociedade pretendeu alcançar.

Para tanto, Fábio Ulhôa Coelho arremata:

A desconsideração invertida ampara, de forma especial, os direitos de família. Na desconstituição do vínculo de casamento ou união estável, a partilha dos bens comuns pode resultar fraudada. Se um dos cônjuges ou companheiros, ao adquirir bens de maior valor, registra-os em nome da pessoa jurídica sob o seu controle, eles não integram, sob o ponto de vista formal, a massa familiar. Ao se desconsiderar a autonomia patrimonial, será possível responsabilizar a pessoa jurídica pelo devido ao ex-cônjuge ou ex-companheiro do sócio, associado ou instituidor.<sup>47</sup>

Portanto, para se ver isento e liberado de prestar contas da circulação dos bens comuns, o cônjuge transfere todo e qualquer patrimônio para o rol de bens da pessoa jurídica que é por ele administrada, propiciando o trânsito do parceiro empresário. Seguindo a mesma risca, o cônjuge apreensivo com a partilha judicial, retira-se da sociedade antes do momento da separação e transfere a sua participação para outro sócio. Posteriormente à separação judicial, regressa à empresa e, por conseguinte, à livre administração dos bens que eram comuns ao casal.

Segundo Rolf Madaleno,

Os instrumentos jurídicos postos pelo Direito Penal e pelo Processo Civil Brasileiro não têm sido suficientemente criativos e intimidatórios, enquanto for julgado que o atual Direito Comercial ainda permite decidir pela absoluta supremacia da

---

47 COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. São Paulo: Saraiva, 1999. 2 v. p. 45.

personalidade jurídica sobre a pessoa física dos sócios que compõem uma empresa.<sup>48</sup>

Frente a essas práticas ilícitas, no âmbito da sentença judicial lançada no processo de separação ou de dissolução de união estável, o magistrado pode desconsiderar as alterações contratuais que reduziram ou transferiram a participação social do cônjuge empresário, retornando assim, ao estado anterior da flagrante apropriação da meação do cônjuge despojado. Autorizada está, assim, a partilha conjugal diante da aplicação da desconsideração inversa da personalidade jurídica.

Destarte, a desconsideração inversa da personalidade jurídica poderá ser aplicada sempre que o cônjuge busque por meio de fins ilícitos, fraudar à meação, utilizando-se da pessoa jurídica. Consequentemente, a retirada do véu societário e o seu efetivo alcance dos bens serão a garantia da integridade da verdadeira meação.

Assim, a desconsideração inversa da personalidade jurídica sendo aplicada, ordenará que os bens desviados fraudulentamente para a pessoa jurídica retornem ao monte conjugal, havendo a desconsideração da transferência dos bens do casal para a sociedade, sendo ordenada, ao final, a partilha integral.

Finalizando, ocorrerá também a desconsideração inversa no âmbito alimentar, quando o alimentante aproveita-se do manto da pessoa jurídica para ocultar sua real capacidade econômica e financeira enquanto pessoa física, procurando dissimular o seu dever legal de alimentos.

Exemplo da aplicação da desconsideração inversa e do efetivo alcance dos bens transferidos à sociedade se revela quando se busca a majoração da pensão alimentícia com base na necessidade do alimentado e no aumento da fortuna do alimentante. Nesse momento, o devedor de alimentos dissimula a sua condição de sócio majoritário da pessoa jurídica e transfere grande parte do capital social para

---

48 MADALENO, Rolf; MADALENO, Ana Carolina; MADALENO, Rafael. A disregard nos alimentos, 2016.

interposta pessoa, para, em uma revisão de alimentos, afirmar que não é sócio majoritário, mas um simples prestador de serviços à sociedade, buscando ao final, não ter o aumento da pensão alimentícia.

Desse modo, pontua Rolf Madaleno:

Maior relevo ainda, adquire a teoria da desconsideração da personalidade jurídica quando a fraude procura perpetrar o ato abusivo praticado sob o manto societário ou busca prejudicar direito vinculado à dignidade da pessoa humana, como ocorre com o crédito alimentício, direito natural, sagrado, essencial à vida e à subsistência do alimentando. Cuida a ilícita atividade praticada sob a máscara da pessoa jurídica, de fraudar ou abusar o primeiro de todos os direitos, referente à tutela da existência física, mental e psicológica do credor pensional e, quando se trata de proteger a vida, fraudada pela via societária, a resposta judicial há que ser imediata, desritualizada, eficaz e corajosa. Há que vir desvestida de falsos dogmas, que, por vezes, só se prestam para defender equivocados interesses patrimoniais.<sup>49</sup>

Nesse caso, haverá o alcance dos bens do devedor quando o sócio da sociedade ou pessoa jurídica mantém sob esta o controle total sobre os seus órgãos administrativos, concretizando assim, com maior eficácia, a fraude do desvio de bens.

Cabe recordar que a pensão alimentícia assenta-se no critério da proporcionalidade entre a possibilidade do alimentante e a necessidade do alimentado. Por essa razão, reduzir a renda do prestador, temporariamente e de forma artificial, constitui estratégia artil para diminuir o valor da pensão.

Nesse sentido, Maria Berenice Dias alerta:

---

49 MADALENO, Rolf; MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rafael Carpes. A disregard nos Alimentos. 2016.

Para definir valores, há que se atentar ao princípio que norteia a obrigação alimentar: o princípio da proporcionalidade. Este é o vetor para a fixação dos alimentos. Tradicionalmente invoca-se o binômio necessidade-possibilidade, ou seja, perquirem-se as necessidades do alimentando e as possibilidades do alimentante para estabelecer o valor da pensão. No entanto, esta mensuração é feita para que se respeite o critério maior, da proporcionalidade. Por isso, se começa a falar, com mais propriedade, em trinômio: proporcionalidade-possibilidade-necessidade.<sup>50</sup>

Contudo, o ex-cônjuge atua também de forma fraudulenta quando hesita em prestar alimentos declarando possuir baixos rendimentos, e sua conduta pública não condiz com a sua postura processual, na qual ostenta riqueza e luxo. Nesse caso, tanto a desconsideração inversa da personalidade jurídica, quanto o princípio da aparência serão aplicados na justa solução para o litígio alimentar.

Em diversos casos, pais ou cônjuges irresponsáveis, insensíveis e relapsos utilizam-se da pessoa jurídica na qual são sócios para montar diversas estratégias com a intenção de impedir que o autor da ação de alimentos possa demonstrar os rendimentos reais percebidos ou seus respectivos bens particulares, por meio de dados concretos que não deixam sombra de dúvidas.

A utilização da desconsideração inversa da personalidade jurídica vem, dessa forma, tornar ineficaz a constituição dos atos, apenas e excepcionalmente, para julgar a conduta fraudulenta ou abusiva do sócio; para os demais momentos, os atos jurídicos permanecem válidos e eficazes.

Contudo, ao se aplicar a referida desconsideração, deve-se ter a plena convicção e comprovação do nexo entre o prejuízo e o ato praticado, para, desse modo, não reconhecer os efeitos de tais abusos contra os rendimentos do credor alimentar.

---

50 DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 90.

## 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tema clássico da seara comercial, hoje expandido pelos mais diversos ramos do Direito, inclusive no Direito de Família, a desconconsideração da personalidade jurídica sempre esteve enredada em inúmeras polêmicas.

Após diversas exposições, tanto no plano doutrinário quanto jurisprudencial, destacou-se a forte ligação existente entre o Direito Comercial e o Direito de Família na abordagem desse tema, demonstrando a interseção. Buscou-se, assim, analisar as peculiaridades do instituto da *disregard doctrine*, especialmente em caráter inverso.

Dessa forma, a teoria da desconconsideração da personalidade jurídica foi sendo construída e compreendida, procurando-se apresentá-la de uma forma clara e concisa, percorrendo a sua trajetória até chegar à desconconsideração inversa.

Verificou-se que o *Códex* de 2002, ao incorporar textualmente o instituto da *disregard doctrine*, procura corrigir o uso abusivo da pessoa jurídica, sempre que esta for utilizada com o escopo de frustrar direito de terceiros.

Entendeu-se que a desconconsideração da personalidade jurídica só deverá ser aplicada quando não for possível responsabilizar os sócios pessoalmente por outros meios já previstos em lei.

Constatou-se, no âmbito do Direito Privado, que a desconconsideração da personalidade jurídica prevista no art. 50 do Código Civil, com a redação que lhe foi dada pela Lei da Liberdade Econômica, exige a prova específica do abuso da personalidade jurídica, a partir de uma das suas espécies legais (desvio de finalidade ou confusão patrimonial), pelo interessado em obter a sua aplicação e a subsequente responsabilização patrimonial dos sócios.

Com efeito, demonstrou-se ainda que essa teoria revelou-se um elemento importante e foi criada como uma alternativa aos casos de fraude já previstos em lei, e, que só poderá ser aplicada,

excepcionalmente, quando não houver outro remédio jurídico que solucione a questão.

Como visto, é importante frisar que a desconsideração inversa é utilizada não só no Direito Empresarial como também no campo do Direito de Família, estando autorizada quando há a transferência do patrimônio particular do devedor para o patrimônio da empresa, na qual o devedor é sócio e, assim, burlar a meação e a obrigação ou dever de alimentar.

Foi observado ao longo do presente trabalho que a aplicação da *disregard doctrine* inversa, da mesma forma que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, não visa à anulação da personalidade jurídica, mas apenas à declaração da ineficácia para um ato determinado, tendo em vista ser apenas um afastamento pontual e momentâneo da personalidade jurídica para solver crédito em caso concreto, não podendo, dessa forma, se falar em extinção.

Ante o exposto, frente à enorme gama de possibilidades de aplicação de tal teoria, considera-se bem vinda a discussão doutrinária, não se olvidando que a *disregard doctrine* merece amplo amparo no ordenamento em todos os âmbitos que puder alcançar.

Nesse contexto, o ponto principal desta pesquisa encontrou-se na aplicação inversa da desconsideração da personalidade jurídica, tornando-se a melhor forma de coibir o mau uso da pessoa jurídica nas relações familiares, utilizando a empresa para encobrir a fraude praticada.

Finalizando este estudo, é necessário compreender que o trabalho procurou apontar as semelhanças e diferenças do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, principalmente em seu caráter inverso, sugerindo os caminhos a serem percorridos. Porém, muitos outros existem e não foram abordados, pois se entende que o trabalho científico revela constante progresso.

## REFERÊNCIAS

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. São Paulo: Saraiva, 1999. 2 v.

COMPARATO, Fábio Konder. O poder de controle na sociedade anônima. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

D. C. COSTA. Considerações sobre o poder geral de cautela. Revista Científica Integrada – Unaerp Campus Guarujá, Guarujá, ano 1, n. 1, mar. 2012.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DONIZETTE, Elpídio. Novo código de processo civil comentado (Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015): análise comparativa entre o novo CPC e o CPC /73. São Paulo: Atlas, 2015.

FIUZA, César. Direito civil: curso completo. 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

FRAZÃO, Ana. Lei de liberdade econômica e seus impactos sobre a desconsideração da personalidade jurídica. In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). Lei de liberdade econômica e seus impactos no direito brasileiro. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. V. 1: parte geral. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GARRONE, José Alberto. Derecho comercial: instituciones generales, sociedades, contratos. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008, t. 1.

GOMES, Fábio Bellote. A importância da prova para a desconsideração da personalidade jurídica à luz da lei da liberdade econômica. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 25, n. 6345, 14 nov. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/86624>. Acesso em: 20 set. 2021.

KOURY, Susy Elizabeth Cavalcante. A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MADALENO, Rolf. Direito de família: aspectos polêmicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 28.

MADALENO, Rolf; MADALENO, Ana Carolina; MADALENO, Rafael. A disregard nos alimentos. 2016.

MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. O levantamento da personalidade colectiva no direito civil e comercial. Coimbra: Almedida, 2000.

OLIVEIRA, J. Lamartine Correa de. A dupla crise da pessoa jurídica. São Paulo: Saraiva. 1979.

PARENTONI, Leonardo Netto. Desconsideração contemporânea da personalidade jurídica: dogmática e análise científica da jurisprudência brasileira (Jurimetria/Empirical Legal Studies). São Paulo: Quartier Latin, 2014.

REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 598082162. Relatora: Maria Berenice Dias – Sétima Câmara Cível. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 194/350.

RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. Direito civil: famílias. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SERICK, Rolf. Apariencia y realidade em las sociedades mercantiles: el abuso de derecho por médio de la persona jurídica. Traducción de José Puig Brutal. Barcelona: Ariel, 1958.

THOMPSON, Robert Blakey. Piercing The Corporate Veil: An Empirical Study. Cornell Law Review, n. 76, p. 1036-1074, Jul. 1991, p. 1036. "Piercing The Corporate Veil is the most litigated issue in corporate law and yet it remains among the last understood."

VIDIGAL, Fernanda Marra. Confusão patrimonial como hipótese de desconsideração da personalidade jurídica / Fernanda Marra Vidigal. — Belo Horizonte — Expert Editora, 2021.

VANDEKERCKHOVE, Karen. Piercing the corporate veil: a transnational approach. Aspen: Kluwer Law International, 2007. V. 2.

WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. A crise de limitação da responsabilidade dos sócios e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. 2004. 269 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004.



# **3 APONTAMENTOS SOBRE A INTERFACE ENTRE A BOA-FÉ OBJETIVA E A AUTONOMIA PRIVADA**

***Rodrigo Almeida Magalhães***

Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG). Professor Adjunto IV da PUCMG, na graduação e no Programa de Pós-graduação em Direito (Mestrado e Doutorado). Professor titular I do Centro Universitário Unihorizontes. Professor associado I da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Comercial, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito de Empresa, Títulos de Crédito, Direito Societário, Arbitragem e Recuperação.

***Leonardo Ferreira Vilaça***

Doutorando em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG). Mestre em Direito Internacional e Comunitário pela PUCMG. Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos – Nova Lima/MG. Especialista em Advocacia Empresarial e em Coordenação Pedagógica pela PUCMG e em Direito Processual Civil pela Universidade de Itaúna/MG (UIT). Professor na Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG). Advogado.



# APONTAMENTOS SOBRE A INTERFACE ENTRE A BOA-FÉ OBJETIVA E A AUTONOMIA PRIVADA

## Rodrigo Almeida Magalhães

Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG). Professor Adjunto IV da PUCMG, na graduação e no Programa de Pós-graduação em Direito (Mestrado e Doutorado). Professor titular I do Centro Universitário Unihorizontes. Professor associado I da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Comercial, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito de Empresa, Títulos de Crédito, Direito Societário, Arbitragem e Recuperação.

## Leonardo Ferreira Vilaça

Doutorando em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG). Mestre em Direito Internacional e Comunitário pela PUCMG. Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos – Nova Lima/MG. Especialista em Advocacia Empresarial e em Coordenação Pedagógica pela PUCMG e em Direito Processual Civil pela Universidade de Itaúna/MG (UIT). Professor na Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG). Advogado.

**SUMÁRIO:** 1. Noções introdutórias – a boa-fé objetiva, a autonomia privada e o ordenamento jurídico pátrio; 1.1. As premissas da ética, da responsabilidade e do comportamento socialmente recomendado; 2. A boa-fé como princípio geral de direito e suas perspectivas de análise e significação; 2.1. Breve histórico da boa-fé e o direito; 2.2 Aspectos conceituais da boa-fé e sua significação ‘subjettivista’ – pressupostos, presunção relativa e normatização; 3. A boa-fé objetiva ou negocial – o abandono da crença e os aspectos gerais sobre padrões de comportamento socialmente recomendados; 3.1. A boa-fé objetiva e os ideários da preceptividade e da confiabilidade; 3.2. Positivização e referenciais de direito comparado; 3.3. A boa-fé objetiva e os denominados deveres anexos (ou conexos) ou obrigações secundárias (acessórias ou laterais); 3.4. Efeitos, repercussões e desdobramentos da aplicação da boa-fé objetiva; 3.4.1 *Venire contra factum proprium*; 3.4.2 *Suppressio*; 3.4.3 *Surrectio*; 3.4.4 *Tu quoque*; 3.4.5 *Exceptio doli*; 3.5. As funções da boa-fé objetiva e a autonomia privada; 4. Considerações finais; Referências.

## 1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS – A BOA-FÉ OBJETIVA, A AUTONOMIA PRIVADA E O ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

A atual relação entre os princípios da autonomia privada e da boa-fé objetiva carece de boa observação e de constante harmonização, uma vez que de suas interseções e efeitos, e de considerações a respeito do princípio do equilíbrio contratual, deriva a ideia de segurança jurídica, um dos pilares fundamentais da sociedade ocidental<sup>1</sup>, e conforme menciona Mota<sup>2</sup>, implica na substancialização dos direitos e numa nova consideração da eficácia das obrigações, mesmo, por exemplo, após a extinção de um contrato.

Outro ponto inicial que merece destaque é uma breve, mas fundamental, distinção entre os conceitos de ‘autonomia da vontade’ e ‘autonomia privada’, vez que este último é cerne para o presente texto em virtude de sua interface com o princípio da boa-fé negocial:

**a)** Autonomia da vontade: como ideal subjacente do Estado Liberal que, em análise mais extrema, exaltava a máxima liberdade das partes no exercício de atividades negociais, vez que ao indivíduo era dado o poder de autodeterminação e de total gestão de seus bens e vida – na esfera privada significava: liberdade de contratar e livre propriedade (o contrato como instrumento hábil para ‘circulação de riquezas’, seu teor tratado como lei entre as partes – *pacta sunt servanda* –, e, partes consideradas em plano de igualdade – *formal* – no trato e convergência de suas vontades);

**b)** Autonomia privada: reconhecida como princípio que retira o caráter voluntarista e liberal da categorização clássica do negócio

---

1 NORONHA, Fernando. O direito dos contratos e seus princípios fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 100-101. Stein e Shand citados por Noronha, mencionam que os três valores fundamentais da sociedade ocidental seriam a ordem (segurança), a justiça e a liberdade.

2 MOTA, Maurício. A pós-eficácia das obrigações revisitada. Revista Quaestio Iuris, vol. 4, n. 01. ISSN 1516-0351, p. 351-423. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/10194/7970>>. Acesso em 29 de abril de 2019. p. 371.

jurídico; diante da realidade fática de desigualdade econômico-social entre as partes – uma detentora dos bens de produção e consumo, e, outra, mera detentora de força de trabalho e carente de recursos –, a liberdade na manifestação e na realização da vontade das partes deixou de ser recepcionada como ilimitada, absoluta, tornando-se condicionada à ordem pública e aos bons costumes e efetivando-se através de práticas solidariamente responsáveis de condutas.

Inclusive, sobre os impactos da autonomia privada sobre os negócios jurídicos, Nogueira<sup>3</sup> assim leciona:

O negócio jurídico, entendido em seu sentido liberal, mostra-se insuficiente para abarcar a complexidade das relações sociais, sobrevindas, especialmente, do último século. A experiência social complexa determinou a intervenção crescente do Estado na autonomia da vontade, uma vez que os desequilíbrios advindos da preservação do paradigma da igualdade formal passaram a ser insustentáveis. Hoje, a vontade não se apresenta ilimitada, mas sim, subordinada aos preceitos jurídicos, para proibir ou permitir as manifestações de seu conteúdo. (NOGUEIRA, 2009, p. 15).

Portanto, é a partir desse novo viés, o da ‘Autonomia Privada’ que, a denominada Teoria ‘Preceptiva’ e o Princípio da Boa-fé objetiva tornam-se fundamentais à concepção atual de negócio jurídico, e, em que pese entendimentos de breves destoâncias, o cerne da Teoria da Confiança apresenta-se como esteio de harmonização na conjugação de diferentes interesses em específica situação jurídica, institutos esses de contextualização de senso social e de responsabilidade das

---

3 NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto. A comunidade principiológica aberta no direito privado: um estudo a partir da proposta de Ronald Dworkin em “Império do Direito”. In: FIUZA, César; DE SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Direito civil: princípios jurídicos no direito privado. Atualidades III. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 15.

partes, e, que diante de acontecimentos e mudanças históricas, como a urbanização e a massificação dos grandes centros, a concentração capitalista e seus ideais de concorrência e produção industrial em série, auxiliam na compreensão das transformações da ‘forma de contratar’ – do tradicionalismo da autonomia da vontade aos novos modelos contratuais e às novas posturas em relação à contraparte e à sociedade (para Mota<sup>4</sup>: uma funcionalização da liberdade de contratar, diante da totalidade dos interesses sociais).

Em suma, diante dos muitos desafios jurídico-sociais apresentados por essa atual sociedade, a Autonomia Privada e a Boa-fé Objetiva, como institutos de ‘pacificação social’, precisam ser compreendidas e gerenciadas com ‘responsabilidade e lealdade’ para realizarem o estreito e importante fim civilista de harmonização das situações jurídicas; Mota<sup>5</sup>, inclusive, já afirmava: “(...) cabe ao direito civil atuar como um mecanismo em que os atores sociais reduzam a complexidade interna do seu sistema de interação.”

## **1.1 AS PREMISSAS DA ÉTICA, DA RESPONSABILIDADE E DO COMPORTAMENTO SOCIALMENTE RECOMENDADO**

A própria ideia geral de ‘boa-fé’, como será demonstrado abaixo, pressupõe de maneiras implícita e explícita, condutas arraigadas em concepções de eticidade e responsabilidade, contudo, uma abordagem objetiva e principiológica da boa-fé permite olhares mais completos do negócio jurídico, ao considerarem em suas interpretações, todos os elementos que o cercam, e, em linhas contemporâneas de peculiaridades estatais, exigindo das partes estandartes comportamentais.

Segundo Naves<sup>6</sup>, a boa-fé objetiva insere novos deveres de conduta à situação jurídica e limita condutas abusivas, retomando o

---

4 MOTA, op. cit., p. 355.

5 Ibid, p. 354.

6 NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. O direito pela perspectiva da autonomia privada: relação jurídica, situações jurídicas e teoria do fato jurídico na segunda modernidade. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014. p. 83.

liame de fundamentação ética do Direito, tão essencial ao exercício da autonomia privada; do ‘voluntarismo’ que o negócio jurídico carregaria, a boa-fé objetiva imprimiria, hoje, um destaque à destinação social em suas concepção e execução e à imposição de responsabilidades e deveres de atenção e zelo da origem à pós-conclusão de específico negócio jurídico.

Nessa evolução histórica de conceitos e princípios entre a era do Estado Liberal para o Estado Social<sup>7</sup>, hoje, a ‘globalidade’ dos negócios jurídicos – patrimoniais ou extrapatrimoniais – perpassam por uma análise de seus casos concretos e se vinculam, por dever, ao cumprimento de princípios constitucionais que orientam a Economia pátria, sempre tendo como estandarte a prevalência da ‘pessoa’ (e de sua dignidade) sobre o ‘estigma’ do patrimônio, instituindo uma verdadeira dinâmica de leitura e interpretação – releitura e reinterpretação – do Direito Privado.

O fato é que a boa-fé é escopo contemporâneo para a construção dos diversos conjuntos normativos privatistas no mundo, o que não é diferente aqui para o Brasil, como demonstra Chavinho<sup>8</sup>:

O ordenamento jurídico pátrio, a exemplo dos sistemas estrangeiros, busca sempre a proteção da boa-fé, amparada em um fundamento de justiça e, por conseguinte, nota-se, cada vez mais, a preocupação

---

7 “(...) segundo o modelo ‘welfarista’, no Estado Social, o grupo tem existência autônoma e não se confunde com o Estado, mas a ele se adiciona. Como a sociedade antecede ao indivíduo, este último passa a ter alguns deveres derivados da repartição ou da socialização do risco com a coletividade; algo essencialmente solidário, fundado na concepção de justa distribuição dos ônus e dos lucros sociais, funcionando o Direito Social como um equilíbrio entre interesses conflitantes das pessoas (o que se faz tratando desigualmente os desiguais, ou seja, protegendo o mais fraco)”. TIMM, Luciano Benetti. As origens do contrato no novo código civil: uma introdução à função social, ao welfarismo e ao solidarismo contractual. *The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies*. Volume 3, Issue 1, 2008, Article 3. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/158955186/funcao-social-welfarismo-e-solidarismo-contractual>>. Acesso em 01 de maio de 2019. p. 3.

8 CHAVINHO, Mateus Bicalho de Melo. A boa-fé objetiva nas relações familiares. In: POLI, Leonardo Macedo; SÃO JOSÉ, Fernanda (Orgs.). *Direito de família na contemporaneidade* 1. 2. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018. p. 204.

do legislador em positivar regras contendo menção expressa à boa-fé, dotando-a, pois, de um caráter deontológico, sem perder a sua origem ontológica de valor ligado à própria moral estruturante do próprio Direito. (CHAVINHO, 2018, p. 204).

Além do exposto, vale destacar como temática de reflexão inicial, o abandono do elemento volitivo como ‘centro das atenções’ de um negócio jurídico – o que traz nova perspectiva para o campo das relações interpessoais juridicamente tuteladas: o negócio passa a ser um ato de autonomia privada que vincula suas partes a exercerem condutas que, só atingirão o fim negocial desejado e pactuado, se também se estreitarem em ações éticas, responsáveis e compatíveis com os regulamentos sociais que seus também ‘interesses’, outrora concretizaram em respectivo ordenamento jurídico de submissão.

## **2. A BOA-FÉ COMO PRINCÍPIO GERAL DE DIREITO E SUAS PERSPECTIVAS DE ANÁLISE E SIGNIFICAÇÃO**

Em primeiras impressões, tratar do conceito de ‘boa-fé’ pode remeter o leitor a considerações éticas e morais, devido ao caráter aberto de suas abordagens doutrinárias.

Gagliano e Pamplona Filho<sup>9</sup> afirmam que “a boa-fé é, antes de tudo, uma diretriz principiológica de fundo ético e espectro eficaz jurídica”; e continuam: “a boa-fé se traduz em um princípio de substrato moral, que ganhou contornos e matiz de natureza jurídica cogente”. Portanto, em que pese essa ideia preliminar do conceito, também pode-se consolidar que a mesma faz-se premissa de compreensão de suas significações.

Entre os variados olhares que podem ser lançados sobre o tema (sem descartar também aqueles de índole coloquial), importa aqui, antes de dar o próximo passo na direção da compreensão do instituto,

---

<sup>9</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil – contratos: teoria geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, vol. IV, tomo 1, 2009. p. 63.

desfazer um mal entendido: o de pensar que a boa-fé é o ‘contraponto’ da má-fé somente pois, isso não é uma verdade; Mota<sup>10</sup> destaca que o bom emprego da expressão está atrelado à ideia de confiabilidade e que, “(...) a boa-fé contrapõe-se à ausência de boa-fé e não à má fé”; o autor retro esclarece que “(...) a atuação em desconformidade com os padrões de conduta exigíveis caracteriza violação do dever de agir de boa-fé (objetiva), mesmo sem má fé (ou dolo) e sem culpa”; e, conclui: “portanto, nem sempre a atuação não conforme a boa-fé (objetiva) será ilícita, mas, mesmo quando não ilícita, em princípio, continuará sendo geradora de responsabilidade”.

Esclarecido o imbróglio acima, percebe-se que a abertura conceitual do instituto requer o estabelecimento de marcos de compreensão, e, para isso, um bom ponto de partida faz-se, sem dúvida, na postura unânime da doutrina pátria em:

- a)** reconhecer que a boa-fé é um princípio geral de direito;
- b)** oferecer as principais perspectivas de análise, interpretação e utilização para esse princípio geral – uma subjetiva e outra objetiva.

No que concerne ao trato da boa-fé como princípio geral, isso objetiva permitir que seus intérpretes possam determinados parâmetros, quando de sua aplicação aos casos *in concreto*, principalmente, em uma vertente objetivista<sup>11</sup> de situações negociais, conforme destaca Silva – a boa-fé como cláusula geral e a adoção de *standarts* de comportamento para os envolvidos (temas que ainda serão abordados neste texto).

---

10 MOTA, op. cit., p. 359.

11 “Nesse contexto, identifica-se como critérios aptos a permitir a efetividade (concretude) da boa-fé objetiva no caso concreto: a) a natureza da relação jurídica (civil, empresarial ou consumerista); b) o regime jurídico aplicável (Código Civil ou Código de Defesa do Consumidor); c) a observância aos deveres anexos (proteção, cooperação, informação, dentre outros) incidentes na relação jurídica contratual; d) o adimplemento às legítimas expectativas (tutela da confiança) despertadas na avença; e) a qualificação da informação (transparência) fornecida entre os contratantes; f) a adequação aos preceitos éticos-jurídicos no âmbito negocial; g) a imprescindível observância à finalidade socioeconômica do contrato.” SILVA, op. cit., p. 152.

Já sobre as mencionadas perspectivas subjetiva e objetiva, Amaral<sup>12</sup> as apresenta abaixo:

**1ª – De natureza subjetiva ou psicológica:** a boa-fé é a crença de que se procede com lealdade, com a convicção da existência do próprio direito, da licitude do ato ou da situação jurídica. É estado de consciência de agir conforme o direito – respeito consciente ao direito de outrem (boa-fé de quem não tem conhecimento da real situação jurídica).

**2ª – De natureza objetiva:** a boa-fé significa a consideração, pelo agente, dos interesses alheios, ou a imposição de consideração pelos interesses legítimos da contraparte, o que é próprio de um comportamento leal, probo, honesto, que traduza um dever de lisura, correção e lealdade (no direito italiano: *correttezza*).

Em suma, como princípio geral do direito, a boa-fé caracteriza-se pela sua amplitude, visto que, na esfera subjetiva, tem seu campo de atuação, por exemplo, em matérias de posse, casamento putativo, usucapião, e, na esfera objetiva, aplica-se na formação, interpretação ou execução dos negócios jurídicos, e, também, em situações extranegociais (como na responsabilização por um atropelamento, por exemplo).

## 2.1 BREVE HISTÓRICO DA BOA-FÉ E O DIREITO

Além da importância para os diversos contextos normativos atuais, Amaral<sup>13</sup> afirma que o princípio da boa-fé já era um valor normativo histórico e universal de grande importância desde o direito romano; ele disserta que o primeiro testemunho da presença

---

12 AMARAL, Francisco. Direito civil: introdução. 6. ed. revisada, atualizada e aumentada. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 420-421.

13 Ibid., p. 420-421.

de *fides* (boa-fé) encontra-se na Lei das XII Tábuas, na antiga norma denominada *patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto*.

E sobre a *fides*, ele explica que “(...) era assim considerada o núcleo normativo dos contratos de direito privado, com a função de exigir dos contraentes o respeito à palavra dada (*pacta sunt servanda*), isto é, os fatos devem corresponder às palavras” – e continuou: “(...) o grande mérito do pensamento jurídico no final da República (...) foi pôr em evidência a necessidade de conceber-se o direito como inseparável dos seus valores éticos”.

Com base em construções normativas romanas, na Idade Média, a importância da boa-fé asseverou-se sob duas perspectivas: em matéria contratual (fruto de um futuro trato do ideário objetivista), em especial na compra e venda, tornou-se expressão de eticidade, via dever de lealdade e correção em todo o contexto de origem e conclusão de matéria obrigacional, e, em matéria de posse, transmutando-se em atitude psicológica (subjativista) – uma crença da parte que desconhece possível vício.

Já no período histórico das codificações, os Códigos francês, italiano e alemão acolheram o princípio da boa-fé também em suas duas dimensões citadas: a subjetiva ou psicológica, e, a objetiva, ressaltando a necessidade de um comportamento probo e de correção em todas as fases de um negócio jurídico, inclusive, quando de sua interpretação (instituinto deveres de conduta também para os ‘juízes’).

## **2.2 ASPECTOS CONCEITUAIS DA BOA-FÉ E SUA SIGNIFICAÇÃO ‘SUBJETIVISTA’ – PRESSUPOSTOS, PRESUNÇÃO RELATIVA E NORMATIZAÇÃO**

Claro que para o presente texto interessa a ***boa-fé objetiva***, contudo, em que pesem breves menções diferenciadoras retro citadas entre as esferas subjetiva e objetiva desse princípio geral do direito, faz-se necessário um destaque inicial de maior especificidade para

a da boa-fé subjetiva, posto que, de sua compreensão como instituto jurídico, mais claro ficará também sua distinção real quanto a sua seara ‘objetiva’, conforme ditames de muitos ordenamentos jurídicos em contexto global, seja em tempo presente ou em tratos de outrora; importa frisar que o Direito Civil pátrio vigente trabalha com ambos os conceitos – o da boa-fé subjetiva, relacionando-o ao sujeito da situação jurídica e ao seu respectivo estado anímico, e, o da boa-fé objetiva, relacionando-o à própria situação jurídica e aos seus elementos pertinentes.

Naves<sup>14</sup> afirma que a ‘Boa-fé Subjetiva’ também é conhecida como ‘boa-fé crença’: “(...) é o estado interno de crença de se estar fazendo a coisa certa (...) de acordo com o que é justo”. E continua: “(...) refere-se, pois, à correta situação do sujeito dentro da relação jurídica, não ao conteúdo ou efeitos da relação”.

Em linhas de identificação da origem e dos fundamentos da presente temática e, considerando a breve abordagem histórica sobre a boa-fé como princípio geral do direito, apresentada no item anterior, pode-se dizer que a boa-fé subjetiva, como um instituto jurídico em específico, deriva, segundo autor retro, de um conceito medieval próprio do Direito Canônico, que modifica o conteúdo da *fides bona* dos romanos, elevando-o à metafísica (discussão teórica) e ao estudo de outras ciências – nesta perspectiva canônica, a boa-fé representava a sacralidade e a força da palavra dada, a equidade da relação jurídica em razão da inexistência de pecado, ou seja, da boa-fé.

Como a perspectiva em foco têm cunho anímico, o agente pratica específica conduta acreditando agir com boa-fé e retidão, segundo suas convicções de uma melhor convivência social.

Segundo Fiuza<sup>15</sup>, a boa-fé subjetiva “consiste em crenças internas, (...) no desconhecimento de situação adversa”. E continua: “quem compra de quem não é dono, sem saber, age de boa-fé, no sentido subjetivo”.

---

14 NAVES, op. cit., p. 79.

15 FIUZA, César. Direito civil: curso completo. 11. ed. revisada, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 406.

Tal ideário é confirmado, inclusive, por Naves<sup>16</sup> que, em suma, enfatiza e conclui que, nesta esfera subjetivista da boa-fé, parte-se do pressuposto que o sujeito age segundo a convicção de estar fazendo o ‘certo’, sem a menor intenção de prejudicar a contraparte ou terceiro – trata-se de uma presunção ‘relativa’, já que envolvidos e/ou interessados podem comprovar a má-fé, se necessário. Exemplo: situação de pedido de usucapião referente a imóvel adquirido de quem não é proprietário e nem tinha poderes para realizar a venda – aquisição feita de boa-fé, com posse prolongada, contínua e incontestada, e, sim, justo título (o artigo 1.242 do Código Civil pátrio aponta fundamento que permita tal pedido e possível decisão favorável, vez que a Boa-fé, no presente caso, funda-se no erro ou ignorância da real situação jurídica – o comprador aqui foi ludibriado por terceiro, mas de boa-fé passou a possuir o bem como seu).

### **3. A BOA-FÉ OBJETIVA OU NEGOCIAL – O ABANDONO DA CRENÇA E OS ASPECTOS GERAIS SOBRE PADRÕES DE COMPORTAMENTO SOCIALMENTE RECOMENDADOS**

Desde que revelados os malefícios do escopo liberal para a ‘liberdade de contratar’, diante da realidade de desigualdades econômicas, financeiras, políticas, sociais, e, até mesmo, jurídicas, entre as partes de um negócio, o instituto ‘contrato’ como um dos cernes do ordenamento jurídico e propiciador de circulação de riquezas também precisou se adaptar às novas realidades e tecnologias, e, aos novos ideais sociais galgados e conquistados ao longo da história, inclusive, no que tange a recepção e utilização do princípio da boa-fé.

Como visto, a dimensão objetivista da boa-fé, absorvida pelas diversas codificações privatistas globais, apresentou-se como alternativa para corrigir as diversas discrepâncias e diferentes condições existentes entre as partes de um negócio jurídico, apontando delimitações e estandartes de conduta para seus

---

16 NAVES, op. cit., p. 79.

respectivos agentes – surgem ‘padrões’ de comportamento exigidos socialmente para determinada situação subjetiva, independente dos envolvidos acreditarem agir corretamente em específico contexto (a partir de então, sob o viés objetivista, o Direito só protege o agente, se sua conduta estiver de acordo com padrão social recomendado e pertinente).

Fiuzza<sup>17</sup>, inclusive, menciona que “em fatos de ordem objetiva”, a conduta das partes, durante as diversas fases das muitas tratativas negociais, deve refletir “correção e honestidade, correspondendo à confiança reciprocamente depositada”. E complementa: “as partes devem ter motivos objetivos para confiar uma na outra”; portanto, as posturas exigidas dos envolvidos – em relações negociais, e, até mesmo em situações extranegociais – também precisam se instituir como padrões de convivência, em nome de um adequado exercício do ideário da autonomia privada<sup>18</sup>.

Segundo Naves<sup>19</sup>, esse padrão de comportamento é determinado pelas circunstâncias que envolvem o caso concreto e importa em uma série de ações e omissões. Exemplos: agir com o cuidado e a atenção que o caso requer; informar a parte contrária das características essenciais do negócio; impedir que características insalubres e perigosas ponham em risco à saúde e a segurança das demais partes envolvidas; entre outras.

---

17 FIUZA, op. cit., p. 406.

18 “A partir da inserção nas relações jurídicas contratuais, do princípio norteador da boa-fé objetiva, a autonomia privada dos contratantes passa a ser conformada, por meio de suas funções e deveres ético-jurídicos de conduta, imbuídos pela percepção de igualdade substancial nas relações contratuais, e, tendo por arcabouço os preceitos sociais preconizados pelo Estado Democrático de Direito, com o objetivo de se compatibilizar o exercício da liberdade contratual aos contornos do Direito Contratual na contemporaneidade.” SILVA, Michel César. Convergências e assimetrias do princípio da boa-fé objetiva no direito contratual contemporâneo: modelos de aplicação e critérios de densificação. In: DE SÁ, Maria de Fátima Freire; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto; SCHETTINI, Beatriz (Organizadores). Novos direitos privados. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016. p. 139.

19 NAVES, op. cit., p. 79.

Mota<sup>20</sup>, por sua vez, explica que o princípio da boa-fé “se expressa e vincula o ordenamento através da noção de cláusula geral” (temática já introduzida no item 2 deste, via lição de Silva). E continua:

Essa constitui numa técnica legislativa, uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem (...) ‘aberta’, ‘fluida’ ou ‘vaga’, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir a ele um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas (...). (MOTA, 2019, p. 358).

Por fim, o autor retro ainda destaca que a boa-fé objetiva possui três peculiaridades importantes para sua compreensão, a saber: 1<sup>a</sup>) pressupõe a existência de, no mínimo, duas pessoas ligadas por específica situação jurídica, que lhes imponha especiais deveres de conduta, umas em relação às outras, ou, pelo menos de uma delas em relação à outra; 2<sup>a</sup>) o fato de tais deveres serem aqueles pertinentes a comportamentos exigíveis do bom cidadão, do profissional competente, enfim, de uma pessoa diligente (noção de *bonus pater familias*); 3<sup>a</sup>) em determinada situação jurídica, a criação na contraparte de um estado de confiança no negócio celebrado, tutelando-se, a partir de então, essa expectativa, via princípio da boa-fé objetiva.

### **3.1 A BOA-FÉ OBJETIVA E OS IDEÁRIOS DA PRECEPTIVIDADE E DA CONFIABILIDADE**

A boa-fé objetiva tem importante relação com a denominada Teoria da Confiança ou do Crédito Social, aplicável aos negócios jurídicos, uma vez que diante de um conflito entre a vontade interna (aquela presente em uma ‘reserva mental’) e a declaração volitiva, a

---

20 MOTA, op. cit., p. 358.

citada teoria estabelece que a declaração deve prevalecer, desde que desperte no destinatário da declaração, confiança suficiente, segundo critérios objetivos – ou seja, não basta o livre exercício da autonomia da vontade: na verdade, como mencionado em notas iniciais, há uma ‘funcionalização da liberdade de contratar’ diante de novos interesses sociais, um ocaso do elemento volitivo, e, faz-se necessária a observação pelas partes de condutas socialmente recomendadas, probas e responsáveis.

Inclusive, Naves<sup>21</sup> destaca que “(...) esse estado de confiança pauta-se (...) não em crenças ou convicções internas (...)”, uma vez que, a confiança protegida pelo ordenamento jurídico pátrio é a que é “recebida com boa-fé objetiva”.

Não obstante a importância do ideário ‘confiabilidade’ para o trato de questões que envolvam a aplicabilidade do princípio da boa-fé objetiva, de idêntica envergadura e convergência para o tema, principalmente quando o foco estreita-se para o estudo dos negócios jurídicos, faz-se premente a compreensão e a aplicação da chamada Teoria Preceptiva.

Fiuza<sup>22</sup> leciona que, para o ideário preceptivo, “(...) as obrigações oriundas dos contratos valem não apenas porque as partes assumiram, mas porque interessa à sociedade a tutela da situação objetivamente gerada, por suas consequências econômicas e sociais.”

Pelo exposto, pode-se concluir que o respeito dedicado pelas partes ao teor de um específico negócio jurídico, além de permitir alcançar os fins individuais pretendidos e pactuados, realiza também, em âmbito coletivo, fins sociais e econômicos, multiplicando assim, seus benefícios para todo o ordenamento jurídico de inserção – trata-se de elo indissociável pensar e aplicar a boa-fé objetiva sempre em consonância com as teorias preceptiva e da confiança; ou seja, a realização de ações que cumpram o ideário da confiabilidade, da honestidade e retidão é de suma importância para a concretização harmoniosa de um contrato e a satisfação integral pretendida pelos

---

21 NAVES, op. cit., p. 80.

22 FIUZA, op. cit., p. 402.

contratantes, e, conseqüentemente, para a realização de fim mediato, mas não menos importante, como a pacificação social (pretensão preceptiva já apontada).

Ainda quanto a teoria do crédito social, ela foi recepcionada pela maioria dos juristas italianos após a promulgação de seu Código Civil, em 1942, e, adotada pelo Código Civil brasileiro de 2002 em várias normas, como será demonstrado adiante; entretanto, segundo Naves<sup>23</sup> ‘Teoria da Confiança’ é um título sob o qual ancora-se duas outras (sub) teorias – a da ‘confiança’ (*stricto sensu*) e a da ‘autorresponsabilidade’, a saber:

1<sup>a</sup> – Prevalência da declaração quando recebida com boa-fé objetiva pelo destinatário, ou seja, recebida via estado de confiança pautado em padrões socialmente recomendados;

2<sup>a</sup> – Imposição de responsabilidades e deveres de atenção e zelo no ato de celebração do negócio jurídico (o que pode ser expandido, dentro de uma perspectiva solidarista contemporânea, para condutas das partes nos momentos de execução e pós-conclusão do negócio jurídico).

Em que pese a doutrina dispensar tratamento apartado para tais (sub) teorias, o autor retro citado destaca que, atualmente, não há mais razão para diferenciá-las, já que a confiança, encarada objetivamente, fundamenta-se na atribuição de responsabilidades e deveres de atenção e zelo no ato de celebração do negócio jurídico (de sua origem ao *post factum*), postura esta adotada pelo Código Civil de 2002 – em franca demonstração de simbiose ‘funcional’ entre a presente teoria e o princípio da boa-fé objetiva, com os seus já mencionados reflexos preceptivos.

Em suma, percebe-se, portanto, que às partes são outorgadas responsabilidades por suas condutas: o declarante é responsável pelos termos de sua declaração, e o destinatário, por uma conduta diligente

---

23 NAVES, op. cit., p. 77.

- ambos responsáveis, em relação à contraparte, e, considerando aspectos jurídicos garantidores de padrões de comportamento e de uma segurança social, em relação à toda uma coletividade de inserção.

Naves<sup>24</sup>, inclusive, enfatiza que o negócio jurídico assume um caráter diferente com a Teoria da Confiança, valorizando condutas diligentes, incorporando a boa-fé como norma central que o dirige e permitindo o exercício da autonomia privada dentro de parâmetros que se estabelecem caso a caso – olhar que permite a continuidade de fins clássicos, mas que também proporciona exata adequação à uma nova principiologia obrigacional (solidarista) atribuída à institutos chaves para o ordenamento jurídico pátrio, como o ‘contrato’, por exemplo.

Além disso, Roberto e Fiuza<sup>25</sup> destacam que a nova principiologia obrigacional não exclui os princípios contratuais clássicos, e, que estes devem ter sua aplicação “(...) contextualizada com as atuais exigências da justiça social e sempre em harmonia com os novos princípios”. Portanto, os interesses particulares devem estar em harmonia com os gerais e o instrumento ‘contrato’ passa então, a realizar um valor de utilidade social – e ‘valor’ é uma premissa, uma verdade básica fundamental, que, segundo Fiuza<sup>26</sup>, em menção de lição de Stein e Shand, seriam quatro para a sociedade moderna ocidental, a saber: ordem (segurança), justiça, liberdade e dignidade humana – e complementa: “com base nesses valores que o contrato intenta promover o bem comum (...)”, ou seja, realiza seu ideário preceptivo e solidarista<sup>27</sup>.

---

24 Ibid, p. 79.

25 FIUZA, César; ROBERTO, Giordano Bruno Soares. Contratos de adesão. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 97.

26 FIUZA, op. cit., p. 402.

27 “(...) o ideário solidarista exige uma nova racionalidade jurídica, caracterizada por uma maior abstração das normas jurídicas (‘normas programáticas’ na maioria das vezes), justamente para dar espaço ao juiz para resolver os conflitos sociais, cada vez mais complexos, diante de uma sociedade cada vez mais especializada e funcionalizada. Mas não se trata de qualquer racionalidade, mas de uma racionalidade dirigida à redistribuição dos benefícios do capitalismo para com os menos favorecidos, protegendo, através da lei, os fracos – em síntese, uma racionalidade essencialmente material e não formal”. TIMM, op. cit., p. 7.

### 3.2 POSITIVAÇÃO E REFERENCIAIS DE DIREITO COMPARADO

O princípio da boa-fé objetiva aparece diversas vezes ao longo do texto da Lei nº 10.406 de 2002 (atual Código Civil brasileiro); na Parte Geral, seus ideais se apresentam cinco vezes (arts. 113, 128, 164, 167, §2º e 187); e, no que tange ao direito obrigacional, outras várias vezes (exemplo: art. 422).

Entre as normas mencionadas, uma das mais emblemáticas está no art. 113, que assim dispõe: “*Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração*”. Amaral<sup>28</sup> destaca que este artigo não tem correspondente no Código de 1916, constituindo importante inovação normativa atual, que, além de reafirmar a boa-fé como princípio geral do direito, introduz assim, expressamente, o ideário objetivista na sistemática legal do direito civil.

Já Tartuce<sup>29</sup> discorda daqueles que mencionam inexistir, no âmbito privatista brasileiro, menção normativa expressa quanto à boa-fé negocial, em momento anterior à promulgação do Código Civil de 2002:

Ao contrário do que muitos podem imaginar, já existia previsão expressa quanto à boa-fé objetiva, de cunho contratual, em nosso ordenamento jurídico. Com efeito, esta era a previsão do artigo 131, I, do Código Comercial de 1.850, constante na parte que foi revogada pelo Novo Código Civil: “A inteligência simples e adequada que for mais conforme a boa-fé e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras”. (TARTUCE, 2019, p. 5).

---

28 AMARAL, op. cit., p. 419.

29 TARTUCE, Flávio. O princípio da boa-fé objetiva em matéria contratual: apontamentos em relação ao novo código civil e visão do projeto nº 6.960/02. Disponível em: <[https:// www.flaviotartuce.adv.br/assets/uploads/artigos/artigo-boafe-TARTUCE.doc](https://www.flaviotartuce.adv.br/assets/uploads/artigos/artigo-boafe-TARTUCE.doc)>. Acesso em 01 de julho de 2019. p. 5.

Em que pese o bom debate quanto à expressa previsão legal da boa-fé em momento anterior à 2002, o fato é que o artigo 113 traduz-se em importante referencial civilista pátrio, e, Reale<sup>30</sup> leciona que a boa-fé, conforme tratada pelo teor da citada norma é “tanto forma de conduta como norma de comportamento, numa correlação objetiva entre meios e fins, como exigência de adequada e fiel execução do que tenha sido acordado pelas partes”, ou seja, “que a intenção destas só pode ser endereçada ao objetivo a ser alcançado, tal como este se acha (...) configurado nos documentos que o legitimam” – ditames que convergem para a uma adequada relação de confiabilidade.

Ainda sobre o teor da norma supra, vale um detalhe: ao se falar em interpretação conforme ‘costume’ do lugar de sua celebração, fica evidente a preocupação do legislador com as consequências que o negócio jurídico gerará para o contexto econômico-social de sua inserção (pretensão preceptiva já mencionada).

Dentre as normas citadas no início desse tópico, outra que merece destaque é a contida no artigo 187 do código civilista pátrio, que assim dispõe: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”; sobre o ditame normativo retro, Reale<sup>31</sup> também se manifesta, lecionando que o atual Código Civil volta a “dar importância ao Direito consuetudinário, o qual foi banido do Código anterior (...), em contraste com o ora vigente, com suas regras genéricas e abertas que permitem ao advogado e ao juiz apreciarem as relações jurídicas ‘in concreto’”. Essa generalidade e abertura, inclusive, permitem aos operadores do Direito atender ao aspecto social de um contrato e, segundo mesmo autor, a “considerar ilícito o comportamento do titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé e pelos bons costumes”.

---

30 REALE, Miguel. Um artigo-chave do código civil. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/artchave.htm>>. Acesso em 14 de janeiro de 2017.

31 Ibid, 2017.

Por fim, de maneira específica, no que tange ao âmbito da boa-fé objetiva (contratual), vale uma última menção normativa, esta referente ao artigo 422 do Código Civil pátrio, que assim dispõe: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. A análise do teor desta citada norma permite reconhecimento categórico do ideário da boa-fé objetiva – é o direito civil brasileiro recepcionando a ‘conduta socialmente recomendada’, e, elidindo o excesso ou abuso de direito (assevera-se aqui a exigência de responsabilidade e solidarismo nas relações negociais).

Para além de um contexto nacional de análise, o aproveitamento da boa-fé objetiva pelos ordenamentos jurídicos civilistas ocidentais é fenômeno real e de inúmeros lastros contemporâneos. Entre os paradigmas e referenciais de fundamentação para os mencionados dispositivos normativos pátrios no que tange à recepção e franco aproveitamento do princípio da boa-fé objetiva, pode-se mencionar os Códigos Civis francês, e seu artigo 1.135, alemão, e seu parágrafo 157, italiano, e seu artigo 1.366, e, português, e seu artigo 239.

Nesse viés exemplificativo, Naves<sup>32</sup> indica outras fontes normativas estrangeiras pertinentes ao ideário da boa-fé objetiva:

**a)** Código Civil alemão (BGB-1900): prescreve no §242: “O devedor está obrigado a executar a prestação como exige a boa-fé, em atenção aos usos e costumes”;

**b)** Código Civil italiano (1942): exige dos contratantes, no desenvolvimento das negociações preliminares e na formação do contrato, que se comportem segundo a boa-fé (artigo 1337), mas que, também no momento de sua execução, o façam segundo a boa-fé (artigo 1375);

**c)** Código Civil português (1966): estabelece que “quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nas preliminares

---

32 NAVES, op. cit., p. 80-81.

como na formação dele, proceder segundo regras da boa-fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte” (artigo 227).

### **3.3 A BOA-FÉ OBJETIVA E OS DENOMINADOS DEVERES ANEXOS (OU CONEXOS) OU OBRIGAÇÕES SECUNDÁRIAS (ACESSÓRIAS OU LATERAIS)**

É importante acentuar que a boa-fé traz em seu bojo obrigações denominadas ‘secundárias, acessórias’, ou mesmo, ‘deveres anexos’, que, por acompanharem toda a situação negocial, acabam por impor, além do dever/obrigação principal (prestação), uma série de outras obrigações/deveres de caráter enumerativo (não taxativo), tão importantes quanto aquele(a). Martins-Costa<sup>33</sup> exemplifica diversos desses deveres anexos:

a) **os deveres de cuidado, previdência e segurança**, como o dever do depositário de não apenas guardar a coisa, mas também de bem acondicionar o objeto deixado em depósito; b) **os deveres de aviso e esclarecimento**, como o do advogado, de aconselhar o seu cliente acerca das melhores possibilidades de cada via judicial passível de escolha para a satisfação de seu *desideratum*; o do consultor financeiro, de avisar a contraparte sobre os riscos que corre, ou o do médico, de esclarecer ao paciente sobre a relação custo/benefício do tratamento escolhido, ou dos efeitos colaterais do medicamento indicado, ou ainda, na fase pré-contratual, o do sujeito que entra em negociações, de avisar o futuro contratante sobre os fatos que podem ter relevo na formação da declaração negocial; c) **os deveres de informação**, de exponencial relevância no âmbito das relações jurídicas de consumo, seja por expressa disposição legal (CDC,

---

33 MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 439.

arts. 12, in fine, 14, 18, 20, 30 e 31, entre outros), seja em atenção ao mandamento da boa-fé objetiva; d) **o dever de prestar contas**, que incumbe aos gestores e mandatários, em sentido amplo; e) **os deveres de colaboração e cooperação**, como o de colaborar para o correto adimplemento da prestação principal, ao qual se liga, pela negativa, o de não dificultar o pagamento, por parte do devedor; f) **os deveres de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte**, v. g., o dever do proprietário de uma sala de espetáculos ou de um estabelecimento comercial de planejar arquitetonicamente o prédio, a fim de diminuir os riscos de acidentes; g) **os deveres de omissão e de segredo**, como o dever de guardar sigilo sobre atos ou fatos dos quais se teve conhecimento em razão do contrato ou de negociação preliminar, pagamento, por parte do devedor etc. (MARTINS-COSTA, 1999, p. 439).

Gagliano e Pamplona Filho<sup>34</sup> destacam que essas obrigações secundárias e esses deveres anexos “(...) são impostos tanto ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo da relação jurídica obrigacional, pois referem-se, em verdade, à exata satisfação dos interesses envolvidos na obrigação assumida, por força da boa-fé contratual.”

O fato de tais obrigações ou deveres possuírem qualificativos tais como ‘secundárias(os), laterais, anexos(as)’, deriva de um referencial de oposição ao dever principal de prestar, contudo, esclarece-se que não são obrigações menos importantes na realização do ideário de segurança jurídica.

Por fim, Neves<sup>35</sup> assevera que tais deveres excedem o estrito dever da prestação, pois obrigam a certos comportamentos em momentos anteriores à própria constituição do vínculo obrigacional (*in contrahendo*), prolongam-se pela execução da mesma e, muitas vezes, permanecem após seu término (*post factum finitum*) – exemplos:

34 GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, op. cit., p. 67.

35 NAVES, op. cit., p. 81.

guarda de documentos, fornecimento de material de reposição ou informações a terceiros sobre os negócios realizados, manutenção de segredo de parceria industrial, entre outros.

### **3.4 EFEITOS, REPERCUSSÕES E DESDOBRAMENTOS DA APLICAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA**

Um dos aspectos mais interessantes dos deveres de conduta introduzidos pela boa-fé objetiva traduz-se na geração de expectativas legítimas criadas pelo comportamento da outra parte; se o agente gerador de tais expectativas provoca uma frustração de intenções pactuadas, isso pode ser visto como modalidade de abuso de direito. Exemplo de tal assertiva está na efetividade dos resultados obtidos após a conclusão de específico negócio jurídico, que precisa se coadunar com os ideários da confiabilidade e da preceptividade, não bastando a obtenção formal de soluções que atinjam os fins do negócio engendrado, sob pena de caracterização de situação abusiva de direito – regra da primazia da materialidade subjacente.

Num exemplo acadêmico, seria contrário à boa-fé e, a esse título, abusivo, o comportamento do devedor que, obrigado a colocar determinada quantidade de tijolos num prédio do credor, os descarregasse no fundo dum poço: ainda quando o local da entrega ficasse ao critério do devedor, deve entender-se que a opção não poderia ser feita em termos danosamente inúteis. (CORDEIRO *apud* NAVES, 2014, p. 83).<sup>36</sup>

O fato é que a aplicação pragmática da boa-fé objetiva provoca desdobramentos nos mais variados campos, e, Gagliano e Pamplona Filho<sup>37</sup> lecionam que, na prática, esses efeitos podem ser sistematizados

---

<sup>36</sup> Ibid, p. 83.

<sup>37</sup> GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, *op. cit.*, p. 81-82.

em locuções de uso corrente no cotidiano forense, “consistentes em figuras parcelares”, entendidas “como argumentações usuais para decisões com fundamentação tópica, (...) também chamadas de ‘função reativa’ ou de subprincípios da boa-fé objetiva”. O presente texto optará em adotar para os institutos em voga a denominação ‘efeitos’ da boa-fé objetiva.

Portanto, em linhas de identificação dos institutos em estudo, as principais menções feitas pela doutrina pátria referem-se às: *venire contra factum proprium*, *supressio*, *surrectio* e *tu quoque*; os autores retro também indicam a *exceptio doli*. Todos os efeitos mencionados, seguem abaixo em considerações didáticas, objetivando sistematização e boa compreensão dos institutos.

### **3.4.1 VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM**

Naves<sup>38</sup> explica que, “com tal restrição têm-se a proteção de uma parte que, confiando no comportamento assumido pela contraparte anteriormente, se vê surpreendida por uma conduta contraditória à expectativa criada.” Cria-se para um dos contratantes, portanto, uma confiança na aparência do negócio celebrado, confiança esta gerada pela conduta e postura da contraparte, mas que se macula posteriormente, diante de novas condutas e posturas não pactuadas que frustram o pacto original. Exemplo: Art. 330 – estabelece que, em dívida periódica, se o credor comumente aceita o pagamento fora do local convencionado, presume-se sua renúncia em relação àquele local de pagamento estabelecido no contrato.

O autor acima mencionado leciona que a *venire contra factum proprium* possui os seguintes requisitos: a) um *factum proprium*, ou seja, uma conduta inicial; b) criação de expectativa ou legítima confiança; c) comportamento contraditório à conduta inicial; d) dano efetivo ou, ao menos, sua potencialidade.

---

38 NAVES, op. cit., p. 82.

Aqui, a boa-fé objetiva age no sentido de impedir que as partes pratiquem ações contraditórias àquelas inicialmente pactuadas e que impeliram a concretização do negócio [irrazoabilidade de uma pessoa praticar específico ato ou conjunto deles, e, no instante seguinte, executar ações ou omissões que se coloquem em oposição direta ao(s) primeiro(s) – teoria dos atos próprios ou proibição do comportamento contraditório].

### 3.4.2 SUPRESSIO

Quanto à *supressio*, ela se traduz na supressão de um direito pactuado, diante do seu não exercício em determinado lapso de tempo; aqui, a boa-fé objetiva impede que o exercício atemporal desse citado direito, ou seja, em período posterior ao exaurimento de um lapso temporal previsto ou razoável para a conclusão de específico negócio jurídico, gere incompatibilidades com as legítimas expectativas criadas nas partes pelo pacto original (cuja execução e satisfação das pretensões dos envolvidos ocorra em período pactuado ou necessário para o cumprimento de prestação e contraprestação).

Gagliano e Pamplona Filho<sup>39</sup> destacam que trata-se de um comportamento omissivo no exercício de um direito, “que o movimentar-se posterior soa incompatível com as legítimas expectativas até então geradas”; já Naves<sup>40</sup> leciona que o efeito *supressio* revela que “se um direito não é exercido durante um determinado lapso temporal, não poderá sê-lo à vontade da parte.” Exemplo da aplicação desse efeito pode ser observado na frequente renúncia aos juros moratórios em prestações periódicas – tal conduta impede que se exija, sem aviso prévio, seus efeitos em uma próxima prestação.

---

39 GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, op. cit., p. 84.

40 NAVES, op. cit., p. 82.

### 3.4.3 SURRECTIO

Quanto à *surrectio*, configura-se no nascimento de um direito e de sua consequente exigibilidade em função de uma conduta de um ou de todos os envolvidos em específico negócio jurídico.

Naves<sup>41</sup> explica que esse citado efeito da aplicação da boa-fé objetiva consiste no surgimento de “um direito em consequência à prática continuada de certos atos”, e, exemplifica o instituto indicando que “a distribuição constante dos lucros de certa sociedade em montante superior ao previsto no contrato social faz surgir uma legítima expectativa de que tal procedimento continue a ocorrer”.

O artigo 330 do atual Código Civil pátrio é pródigo em exemplificar a *surrectio* (e também a *supressio*), segundo Gagliano e Pamplona Filho<sup>42</sup>, pois, para eles, “se o credor aceitou (...) que o pagamento se desse em lugar diverso do convencionado, há tanto uma *supressio* do direito do credor de exigir o cumprimento do contrato, quanto uma *surrectio* do devedor de exigir que o contrato seja (...) cumprido no novo lugar tolerado.”

### 3.4.4 TU QUOQUE

No que se refere à *tu quoque*, ela pode ser identificada em situações jurídicas em que uma das partes rompe com o ideário da confiabilidade, surpreendendo a contraparte através de condutas inesperadas ou não pactuadas, e, deixando-a em desvantagem negocial.

Mais do que a simples surpresa e a promoção de desigualdade negocial, a *tu quoque* como efeito da aplicação da boa-fé objetiva visa proibir que um contratante exija dos demais uma conduta que frustrasse o pacto e suas partes, se ele mesmo já se comportou de maneira contraditória às legítimas pretensões de todos os envolvidos.

---

41 Ibid, p. 82.

42 GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, op. cit., p. 85.

Naves<sup>43</sup> explica que “é a proibição de se exigir o cumprimento de preceito que a própria parte anteriormente descumprira.” Como exemplo, o autor retro menciona o caso do condômino “que descumpre norma da convenção depositando objetos na garagem”, e que, por isso, “não pode exigir de outro condômino conduta contrária, opondo-se ao depósito alheio.”

### 3.4.5 EXCEPTIO DOLI

Por fim, um outro efeito da aplicação da boa-fé objetiva é a ‘exceção dolosa’ que, segundo Gagliano e Pamplona Filho<sup>44</sup>, “visa a sancionar condutas em que o exercício do direito tenha sido realizado com o intuito, não de preservar legítimos interesses, mas, sim, de prejudicar a parte contrária.” Trata-se de conduta intencional de causar dano à contraparte.

Entre situações que podem exemplificar esse desdobramento da boa-fé objetiva estão: a de quem demanda por dívida já paga ou parcialmente adimplida, sem mencionar na lide as quantias já recebidas, ou mesmo, quem pede mais do que realmente é devido – nestes casos, a *exceptio doli* impõe ao agente de má-fé, para o primeiro caso, que pague ao devedor o dobro do que for cobrado e, na segunda situação, o equivalente do que se exigir (ressalvada prescrição); a de quem pratica a famigerada ‘litigância de má-fé’, ou seja, a do agente que utiliza dos instrumentos processuais para elidir ou atrasar cumprimento de ordem judicial – em que pesem as punições que a legislação processual pátria atribui a condutas com este perfil (ver artigos 79 a 81 do CPC/2015), a boa-fé objetiva aqui se impõe como instrumento de mitigação de comportamentos maliciosos.

---

43 NAVES, op. cit., p. 82.

44 GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, op. cit., p. 86.

### 3.5 AS FUNÇÕES DA BOA-FÉ OBJETIVA E A AUTONOMIA PRIVADA

Tratar do exercício da boa-fé objetiva significa compreender a adequada realização de suas inerentes funções num cotidiano múltiplo de situações jurídicas, às quais os sujeitos de direito estão adstritos, segundo contemporâneo ideário da autonomia privada. Ademais, como demonstrado em tópico anterior, uma atenta observação do conjunto normativo civilista pátrio permite verdadeiro vislumbre de inúmeras hipóteses de absorção e de aproveitamento funcionais da boa-fé no seio negocial.

Amaral<sup>45</sup>, inclusive, afirma que, “o Código Civil brasileiro, ao dispor no seu art. 113 que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de celebração, refere-se à boa-fé no sentido objetivo, como regra de comportamento” – aqui, por exemplo, o autor destaca a identificação de funções interpretativas-integrativas do princípio da boa-fé. Outra expressão que se destaca no mesmo dispositivo legal em foco, diz respeito aos “usos do lugar de celebração”, referindo-se ao *modus operandi* de observação de regras, segundo funções da boa-fé: que deve ser feita “de modo uniforme, público e constante pelas pessoas de uma mesma localidade, e por elas consideradas juridicamente obrigatórias para, na falta da lei, regularem determinados negócios.”

Em linhas gerais, portanto, a doutrina pátria identifica três funções para esta espécie de boa-fé, a saber: **1<sup>a</sup> – Interpretativa**: que busca estabelecer um sentido e um alcance para a norma e sua respectiva aplicação; **2<sup>a</sup> – Integrativa**: que objetiva ser a via de preenchimento de eventuais lacunas para os textos normativos, em prol da harmonização de específica situação jurídica; e, **3<sup>a</sup> – Limitadora**: que foca no controle de direito subjetivos, principalmente no campo da autonomia privada, tentando ser instrumento de correção ou adequação de pretensões em situação de potencial incongruência (aqui, inclusive, outra norma

---

45 AMARAL, op. cit., p. 421.

pode ser citada como exemplo de sensibilidade legislativa pertinente à aplicação da boa-fé negocial – artigo 422 do Código Civil).

Especificamente sobre a retro citada função ‘interpretativa’ (e sua devida aplicação sobre as mais variadas situações negociais), importante lição é apresentada por Fiuza<sup>46</sup>, ao afirmar que “os contratos devem ser interpretados de acordo com seu sentido objetivo aparente (...)”, e “quando o próprio sentido objetivo suscite dúvidas, deve ser preferido o significado que a boa-fé aponte como o mais razoável” – o generalismo e o sistema aberto da norma dão ao intérprete a necessária liberdade de estabelecer o seu sentido e alcance em cada caso (seja em contratos ou em negócios jurídicos unilaterais), salvo quando o destinatário conheça a vontade real do declarante.

Não obstante o exposto, se em um primeiro momento ainda persistirem ambiguidades negociais, outras boas alternativas podem ser utilizadas pelo intérprete em “xeque”, e, que já se tornaram bons instrumentos para os tribunais pátrios na busca de uma adequada aplicação da boa-fé objetiva em casos concretos, conforme demonstra Mota<sup>47</sup> a seguir:

- a)** aplicação do princípio da conservação do contrato, pelo qual deve-se escolher sempre, entre os diversos sentidos possíveis, o que assegure a preservação do contrato;
- b)** aplicação do princípio do menor sacrifício, ou seja, pela ideia de que o contrato deve ser interpretado no sentido mais favorável à parte que assume obrigações;
- c)** aplicação do princípio da interpretação contra o predisponente, pelo qual se deve interpretar o contrato sempre no sentido menos favorável a quem o redigiu, disposição esta particularmente relevante no que se refere aos contratos padronizados e de adesão. (MOTA, 2019. p. 361).

---

46 FIUZA, op. cit., p. 406.

47 MOTA, op. cit., p. 361.

Sobre a função integrativa da boa-fé objetiva, Fiuza<sup>48</sup> ressalta que “o contrato contém deveres, poderes, direitos e faculdades primários e secundários” e que eles são “integrados pelo princípio da boa-fé”; todo esse contexto numa perspectiva ordenada e voltada para o adimplemento e para a harmonização de específica situação jurídica.

Para Mota<sup>49</sup>, a citada função integrativa diz respeito “a ideia de que os deveres das partes não são, para cada uma, apenas o de realizar a prestação estipulada no (...) negócio jurídico (...), eventualmente acrescido de outros deveres previstos pelas partes e ainda dos estabelecidos nas leis”; para ele, os envolvidos em específica situação jurídica precisam observar “muitos outros deveres de conduta, a partir da análise da obrigação de uma perspectiva sistêmica ou totalizante vocacionada para o adimplemento.”

Por fim, no que tange à função limitadora ou de controle da boa-fé objetiva, ela é verdadeiro estandarte da relativização da ‘liberdade de contratar’, da autonomia da vontade em contexto generalizado, e, acima de tudo, faz-se importante instrumento de combate à comportamentos abusivos de direito – Exemplo: cláusulas leoninas de um contrato.

Em consonância com esta citada ótica quanto à função de controle da boa-fé negocial, Chavinho<sup>50</sup> expõe que:

o instituto da boa-fé, pois, apresenta traços próprios que delimitam a sua função no ordenamento jurídico, ora para suprir consentimentos, ora para sanar atos ou adquirir e proteger direitos, ora para limitar o exercício da autonomia privada, impondo deveres de conduta, ou para controlar o exercício abusivo do direito. (CHAVINHO, 2018, p. 206).

---

48 FIUZA, op. cit., p. 406.

49 MOTA, op. cit., p. 361.

50 CHAVINHO, op. cit., p. 206.

Fiuza<sup>51</sup>, inclusive, leciona que em observância a esta mencionada função da boa-fé negocial, “o credor, no exercício de seu direito, não pode exceder os limites impostos pela boa-fé, sob pena de proceder ilicitamente.”

Em suma, pode-se afirmar, portanto, que é no cumprimento eficaz destas funções mencionadas que os envolvidos em específico negócio jurídico podem permanecer tranquilos no que se refere aos objetos de pactuação, sejam eles quais forem dentro do ideário da legalidade, e, acima de tudo, realizarem a verdadeira justiça contratual (ideal preceptivo e concretizador do próprio Direito enquanto instituto, garantindo a harmonia e a justiça das relações jurídicas estabelecidas).

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante do exposto e de todo um contexto temporal que não se pode descartar, percebe-se que os diferentes negócios jurídicos utilizados pela humanidade na instituição das mais variadas situações jurídicas, nada mais são do que produtos de uma evolução humana – seja ela histórica, econômica, cultural, política e/ou social –, através da qual a arte de pactuar torna-se instrumento de concretização de anseios individuais e coletivos.

Outra constatação faz-se na verificação dos efeitos que essa mencionada evolução gera para os instrumentos de concretização dos variados negócios jurídicos: os contratos, por exemplo, precisaram sim, ao longo dos anos e em locais variados, de uma readequação de suas atribuições aos interesses de mercado e de toda a coletividade.

Oliveira e Adams<sup>52</sup> enfatiza que “durante a transição dos diversos modelos de política e economia, a sociedade exteriorizou na relação contratual, aspectos que considerava relevantes”. E, por isso, o

---

51 FIUZA, op. cit., p. 406.

52 OLIVEIRA, Marcella Gomes de; ADAMS, Fernanda. A boa-fé como elemento de equilíbrio na relação contratual de consumo. In: *Ética, ciência e cultura jurídica: IV Congresso Nacional da FEPODI*: [Recurso eletrônico on-line]; Organização FEPODI/ CONPEDI/ANPG/PUC-SP/UNINOVE; Coordenadores: Livia Gaigher Bosio Campello, Mariana Ribeiro Santiago – São Paulo: FEPODI, 2015.

contrato, como fruto de todas essas mudanças, assimilou complexidade – da ideia liberalista até o surgimento dos contratos de adesão e dos contratos-tipos (inclusive, na esfera do direito empresarial).

Em suma, considerando um contexto contemporâneo de massificação, urbanização, novas tecnologias e alta concorrência de mercado, como mencionado em itens anteriores, os contratos continuam a ser percebidos e utilizados para a concretização de interesses individuais pactuados (econômicos<sup>53</sup>, especialmente), mas também, e, sobretudo, para atender anseios sociais, via ideais de solidarismo e de boa-fé negocial.

Nesse viés, pode-se afirmar que a boa-fé objetiva permite um olhar amplo, geral e completo dos negócios jurídicos, ao utilizar de suas funções para o atingimento de interesses individuais e coletivos, e, hoje, no exercício de sua estrita relação com a licitude, utiliza de elementos objetivos, mesmo que circunstanciais, para o bom atendimento da denominada ‘justiça negocial’, inserindo novos deveres de conduta a situações jurídicas *in concreto*, limitando condutas abusivas e, segundo Naves<sup>54</sup>, retomando “o liame de fundamentação ética do Direito, tão essencial ao exercício da autonomia privada.”

Inclusive, é por instituir entre os envolvidos em específica situação jurídica, um dever de agir – via obrigações principais ou acessórias – focado em padrões de comportamento socialmente recomendados como os de honestidade, lealdade e lisura e honestidade, que a boa-fé negocial, por suas peculiaridades, torna-se um verdadeiro estigma

---

53 Sobre a transição na compreensão das funções do instituto ‘contrato’: “Em suma: se o contrato deve continuar sendo instrumento de trânsito jurídico de bens e de interesses, esse não é mais seu único escopo, à luz da atual ordem constitucional, refletida na atual configuração dos princípios do contrato. A função econômica está subordinada a uma racionalidade que enfatiza a necessidade de realização da dignidade da pessoa humana e a construção de uma sociedade livre justa e solidária, conforme preconizado na Carta Constitucional.” RUZYSK, Carlos Eduardo Pianovski. Os princípios contratuais: da formação liberal à noção contemporânea. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira (Coord.). Direito civil constitucional: situações patrimoniais. Curitiba: Juruá, 2002. p. 37.

54 NAVES, op. cit., p. 83.

global. E sobre essas peculiaridades, Mota<sup>55</sup>, didaticamente, assim se manifesta:

Três são as notas características da boa-fé objetiva. A primeira pressupõe a existência de duas pessoas ligadas por uma determinada relação jurídica, que lhes imponha especiais deveres de conduta, de cada uma delas em relação à outra, ou, pelo menos de uma delas em relação à outra. Esses deveres, a segunda nota característica, são aqueles referentes ao comportamento exigível do bom cidadão, do profissional competente, enfim, de uma pessoa diligente, comportamento este expresso na noção de *bonus pater familias*. Deve-se observar também se a situação criada produziu na contraparte um estado de confiança no negócio celebrado, quando então deverá se tutelar essa expectativa. (MOTA, 2019, p. 359).

Portanto, é exatamente nessa boa expectativa criada na contraparte de um negócio jurídico que reside o cerne da proteção jurídica através do princípio da boa-fé objetiva – uma tutela da confiabilidade; uma tutela tão importante que, sua adequada aplicação se faz em ‘dever’, não só para a sociedade ocidental, mas sim, para toda a humanidade, em estreito laço com os ideais da Autonomia Privada.

Por conseguinte, como ‘via de mão dupla’, percebe-se, também, que o princípio da Autonomia Privada vem retirar o caráter voluntarista e liberal da categorização clássica do negócio jurídico, destacando para o instituto, sua destinação social, e, que sua execução e efeitos de ‘pós-conclusão’, atendam aos ditames da confiabilidade e honestidade – seja no que tange à obrigação pactuada ou aos seus deveres anexos.

Na verdade, diante de toda complexificação sofrida pelas relações interpessoais, pelos já apontados motivos, independente de critérios temporais ou espaciais, destaca-se como ponto comum de uma nova interpretação que pede os específicos negócios jurídicos, a

---

55 MOTA, op. cit., p. 359.

aplicação do princípio da autonomia privada: com fins **patrimoniais**, as partes devem atender aos princípios constitucionais que norteiam as ordens econômica e social pátrias (observando, por exemplo, os ditames constitucionais dos artigos 170 e seguintes), sempre tendo em mente a prevalência da pessoa sobre o patrimônio; com fins **extrapatrimoniais**, deve-se atender à dignidade da pessoa humana, no que se sobreleva a liberdade de autoconstrução da personalidade.

Reafirma-se, ademais, diante do exposto, que os ideários da confiabilidade e da preceptividade, unidos à adequada aplicação do Princípio da Boa-fé objetiva, tornam-se fundamentais à concepção atual de negócio jurídico, por darem destaque a um senso social em detrimento de interesses meramente particulares (e até egoísticos), sem, contudo, desmerecerem a importante ‘responsabilidade’ das partes no cumprimento dos – não menos importantes – interesses individuais pactuados. Na contemporaneidade, sem deixar de lado os princípios ditos ‘sociais’, a ideia é fazer da boa-fé negocial importante instrumento sociológico-teleológico para a concretização de paz social, com a responsabilidade da licitude e a confiabilidade da retidão de conduta.

Naves<sup>56</sup>, inclusive, ressalta que, diante das novas necessidades e nova realidade jurídico-social, “negócio jurídico e responsabilidade são contiguidade de um comportamento ético e, portanto, nada melhor que se proteger uma declaração digna de confiança” (de boa-fé).

Portanto, nesse viés da relação entre confiabilidade-responsabilidade-eticidade, como já demonstrava Villela<sup>57</sup>, conclui-se que comportamentos e condutas como formas de expressão da contemporânea autonomia privada devem andar juntas com a ideia de ‘responsabilidade’, como forma de atingimento de uma verdadeira felicidade: **“O homem só é feliz à condição de ser livre. Só é livre,**

---

56 Ibid, p. 87.

57 VILLELA, João Baptista. Direito, coerção e responsabilidade: por uma ordem social não-violenta. Movimento Editorial da Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, v. 4, n. 3, p. 13-82, 1982 (Série Monografias), p. 32.

*quando responsável. E só é responsável se os motivos de sua conduta estão dentro e não fora dele”.*

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. Direito civil: introdução. 6. ed. revisada, atualizada e aumentada. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CHAVINHO, Mateus Bicalho de Melo. A boa-fé objetiva nas relações familiares. In: POLI, Leonardo Macedo; SÃO JOSÉ, Fernanda (Orgs.). Direito de família na contemporaneidade 1. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

FIUZA, César. Direito civil: curso completo. 11. ed. revisada, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

FIUZA, César; ROBERTO, Giordano Bruno Soares. Contratos de adesão. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil – contratos: teoria geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, vol.IV, tomo 1, 2009.

GOMES, Orlando. Transformações gerais do direito das obrigações. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 439.

MOTA, Maurício. A pós-eficácia das obrigações revisitada. Revista Quaestio Iuris, vol. 4, n. 01. ISSN 1516-0351, p. 351-423. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/10194/7970>>. Acesso em 29 de abril de 2019.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. O direito pela perspectiva da autonomia privada: relação jurídica, situações jurídicas e teoria do fato jurídico na segunda modernidade. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.

NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto. A comunidade principiológica aberta no direito privado: um estudo a partir da proposta de Ronald Dworkin em “Império do Direito”. In: FIUZA, César; DE SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Direito civil: princípios jurídicos no direito privado. Atualidades III. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

NORONHA, Fernando. O direito dos contratos e seus princípios fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1994.

OLIVEIRA, Marcella Gomes de; ADAMS, Fernanda. A boa-fé como elemento de equilíbrio na relação contratual de consumo. In: Ética, ciência e cultura jurídica: IV Congresso Nacional da FEPODI: [Recurso eletrônico on-line] organização FEPODI/ CONPEDI/ANPG/PUC-SP/UNINOVE; coordenadores: Livia Gaigher Bosio Campello, Mariana Ribeiro Santiago – São Paulo: FEPODI, 2015.

REALE, Miguel. Um artigo-chave do código civil. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/artchave.htm>>. Acesso em 14 de janeiro de 2017.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Os princípios contratuais: da formação liberal à noção contemporânea. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira (Coord.). Direito civil constitucional: situações patrimoniais. Curitiba: Juruá, 2002.

SILVA, Michel César. Convergências e assimetrias do princípio da boa-fé objetiva no direito contratual contemporâneo: modelos de aplicação e critérios de densificação. In: DE SÁ, Maria de Fátima Freire; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto; SCHETTINI, Beatriz (Organizadores). Novos direitos privados. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.

VILLELA, João Baptista. Direito, coerção e responsabilidade: por uma ordem social não-violenta. Movimento Editorial da Revista

da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, v. 4, n. 3, p. 13-82, 1982 (Série Monografias).

TARTUCE, Flávio. O princípio da boa-fé objetiva em matéria contratual: apontamentos em relação ao novo código civil e visão do projeto nº 6.960/02. Disponível em: <<https://www.flaviotartuce.adv.br/assets/uploads/artigos/artigo-boafe-TARTUCE.doc>>. Acesso em 01 de julho de 2019.

TIMM, Luciano Benetti. As origens do contrato no novo código civil: uma introdução à função social, ao welfarismo e ao solidarismo contractual. *The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies*. Volume 3, Issue 1, 2008, Article 3. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/158955186/funcao-social-welfarismo-e-solidarismo-contractual>>. Acesso em 01 de maio de 2019.



# **4 AUTONOMIA E AUTORIDADE: dilemas da recusa vacinal em relação aos filhos menores**

**Carla Carvalho**

Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professora da Faculdade de Direito da UFMG. Membro titular do Comitê de Ética na Pesquisa da UFMG. Membro do Departamento Científico de Bioética da Sociedade Mineira de Pediatria. Associada do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil. Advogada. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5925303284208861>. E-mail: [carla@carlacarvalho.com.br](mailto:carla@carlacarvalho.com.br).

**Luciana Fernandes Berlini**

Pós-Doutora em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Doutora e Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG). Professora do Curso de Direito da Universidade Federal de Lavras (UFLA). Professora do Curso de Direito Médico do IEC – PUCMG. Associada fundadora do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil. Presidente da Comissão de Responsabilidade Civil da OAB/MG. Autora de livros e artigos jurídicos. Advogada. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8274959157658475>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5379-974X>. Email: [luciana@berlini.com.br](mailto:luciana@berlini.com.br).



# **AUTONOMIA E AUTORIDADE: dilemas da recusa vacinal em relação aos filhos menores**

**Carla Carvalho**

Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professora da Faculdade de Direito da UFMG. Membro titular do Comitê de Ética na Pesquisa da UFMG. Membro do Departamento Científico de Bioética da Sociedade Mineira de Pediatria. Associada do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil. Advogada. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5925303284208861>. E-mail: [carla@carlacarvalho.com.br](mailto:carla@carlacarvalho.com.br).

**Luciana Fernandes Berlini**

Pós-Doutora em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Doutora e Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG). Professora do Curso de Direito da Universidade Federal de Lavras (UFLA). Professora do Curso de Direito Médico do IEC – PUCMG. Associada fundadora do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil. Presidente da Comissão de Responsabilidade Civil da OAB/MG. Autora de livros e artigos jurídicos. Advogada. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8274959157658475>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5379-974X>. Email: [luciana@berlini.com.br](mailto:luciana@berlini.com.br).

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Um olhar bioético e jurídico sobre os interesses envolvidos; 3. Autoridade parental e vacinação; 4. Responsabilidade parental e recusa vacinal; 5. Considerações finais; Referências.

## **1. INTRODUÇÃO**

O presente capítulo tem por escopo enfrentar a problematização que circunda a obrigatoriedade de vacinação frente à responsabilidade parental em caso de descumprimento.

Para tanto foram analisados os limites e possibilidades oriundos da autoridade parental nesse processo, já que alguns pais, em razão de suas convicções pessoais, religiosas e morais, optam por não vacinar seus filhos. No entanto, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, a recusa dos pais é inconstitucional.

O que se observa é que a autonomia parental deve ser pensada em prol do melhor interesse de crianças e adolescentes. Desse modo, o direito à saúde, como direito social constitucionalmente assegurado, é um direito de todos, cabendo ao Estado promovê-la, de forma integral e prioritária, à criança e ao adolescente, mas também à toda coletividade.

Cumprida à presente pesquisa apresentar a responsabilização civil parental e possíveis soluções frente ao descumprimento do dever dos pais de vacinar seus filhos, não sem antes apresentar um olhar jurídico e bioético sobre os interesses envolvidos.

## **2. UM OLHAR BIOÉTICO E JURÍDICO SOBRE OS INTERESSES ENVOLVIDOS**

A autonomia é, a um só tempo, um dos pilares do pensar bioético e um princípio jurídico fundamental, resguardado em todo o ordenamento brasileiro. É neste sentido que a discussão sobre a possibilidade de uma pessoa se recusar a receber uma vacina, ou de impedir que seus filhos menores a recebam, integra os debates das duas searas, acerca não apenas da autonomia, mas especialmente dos limites a ela impostos.

A bioética clássica, de cunho principialista, se estrutura em torno do reconhecimento e afirmação de quatro princípios, a serem seguidos nas relações de cuidados de saúde: autonomia, beneficência, não maleficência e justiça<sup>1</sup>. Em que pese os bioeticistas defenderem não haver hierarquia entre tais princípios, percebe-se uma certa proeminência conferida à autonomia, vista como um superprincípio, que acaba conduzindo a solução da maioria dos dilemas concretos. Entendida como autodeterminação, liberdade de escolha e comportamento individual, entre outros significados, seu exercício depende da observância de certos pressupostos ou

---

<sup>1</sup> BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. Princípios de ética biomédica. São Paulo: Loyola, 2013.

condições essenciais, ligados à liberdade – tida como independência de influências controladoras – e capacidade de ação intencional do sujeito<sup>2</sup>.

Aqueles que não se encontram em condições de exercer sua autonomia de forma plena, seja por falta de liberdade, seja por falta de competência para agir na proteção de seus próprios interesses, demandam o auxílio de terceiros para a garantia de que suas escolhas não lhes sejam prejudiciais.

No Direito, a autonomia encontra reconhecimento *prima facie* na Constituição a partir da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República e de todo o direito brasileiro, para além dos diversos dispositivos que estabelecem o respeito da liberdade individual. É neste sentido que se afirma a autonomia como verdadeira face ou mesmo corolário da dignidade, o que se reveste de especial sentido diante do campo da bioética.

Quando se pensa a ética com relação a própria vida e existência humana, as análises devem considerar o conteúdo individual da própria noção de dignidade, levando a uma observância de valores individuais, ou seja, da própria autonomia. A noção de vida digna é, assim, fruto de uma percepção autônoma do sujeito, na medida em que a dignidade constitui ideia polissêmica a funcionar “como um espelho: cada um projeta nela a sua própria imagem de dignidade”<sup>3</sup>.

Entre os vários conceitos e análises acerca da dignidade, a noção kantiana de que esta traduz um elemento imanente em todo homem, que faz dele um fim em si mesmo, ilumina a ideia de que o respeito da autonomia é o único caminho para que uma pessoa tenha sua dignidade respeitada. Com efeito, a ideia de ser fim e não meio reflete a escolha dos próprios valores pelo sujeito, que não deve ser instrumentalizado à satisfação de interesses alheios. Assim é que substituir-se às escolhas de uma pessoa, obrigando-a a viver um projeto

---

2 BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. Princípios de ética biomédica. São Paulo: Loyola, 2013.

3 BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia, Uberlândia, v. 38: 235-274, 2010, p. 249.

de vida que não é seu, revela uma ofensa à sua própria dignidade. “Integra o conteúdo da dignidade a autodeterminação individual e o direito ao igual respeito e consideração. As pessoas têm o direito de eleger seus projetos existenciais e de não sofrer discriminações em razão de sua identidade e de suas escolhas”<sup>4</sup>.

No Código Civil, a proteção da autonomia com relação ao próprio corpo recebe reconhecimento expresso no texto do art. 15, que estabelece que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”. Em que pese a existência de interpretações variadas para a expressão ‘com risco de vida’, entende-se que a mais consentânea com os valores presentes no ordenamento e na própria Constituição é a que aponta que mesmo diante de risco de morrer, a pessoa não pode ser compelida à realização sobre seu corpo de procedimentos que não deseja, sob pena de se instrumentalizar à consecução de valores alheios.

A autonomia com relação ao próprio corpo reflete-se na exigência do consentimento livre e esclarecido do paciente, como condição da realização de qualquer intervenção em sua saúde, pensada esta no sentido amplo, estabelecido pela Organização Mundial de Saúde, que abrange o bem-estar nas dimensões física, psíquica e social. Sua promoção é, assim, resultado de um complexo processo dialógico entre equipe de cuidados, paciente, e eventualmente familiares, com espaço para o efetivo esclarecimento acerca dos procedimentos e garantia da liberdade para aceitá-los ou recusá-los, diante da oferta de cuidados alternativos.

Todavia, mesmo no Direito, o autorregramento, como exercício autônomo das situações jurídicas, encontra limites. O legislador fixa, desta forma, situações em que o sujeito terá sua autonomia reduzida, com destaque para o estabelecimento legal das hipóteses de incapacidade, absoluta ou relativa, nos arts. 3º e 4º do Código Civil. Entre elas, destaca-se aqui o estabelecimento de um critério

---

4 BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia, Uberlândia, v. 38: 235-274, 2010, p. 251.

etário, rígido e objetivo, em que se fixa o limite inferior de idade para a aquisição da capacidade para a prática dos atos da vida civil. Por mais que se aponte que individualmente a maturidade pode variar entre as pessoas, e junto dela a compreensão e solução dos próprios problemas, opta o legislador por conferir segurança ao trato jurídico, estabelecendo uma idade fixa, que marca a aquisição de capacidade de agir autônomo pelo sujeito, em relação às situações jurídicas que vivencia. Considerados incapazes, os menores de 18 (dezoito) anos dependerão da participação de um representante ou assistente no exercício de seus direitos e obrigações.

Assim, a partir da ideia de que certos sujeitos carecem de apoio para a formulação e defesa de seus valores ou exercício de atos da vida civil, ante a falta ou restrição na sua capacidade de ação intencional, Direito e Bioética estabelecem regras para esta intervenção externa na autonomia individual.

Erigem-se, pois, os chamados modelos de decisão substituta, tendo por objetivo explicar como deve ser o processo de tomada de decisões em relação a sujeitos com autonomia reduzida.

Haveria, deste modo, uma substituição necessária pela falta de competência, fundamentada no poder familiar e não uma representação de vontade. Os pais devem buscar qual seria a opção que o filho escolheria se assim pudesse fazer (modelo de juízo substituto), ou dentre as opções ofertadas, aquela que melhor atende aos interesses mediados e futuros da criança (modelo dos melhores interesses).<sup>5</sup>

O modelo do melhor interesse é estabelecido, tanto pelo Direito como pela Bioética, como a chave para a compreensão do papel dos pais ou representantes legais no respeito da autonomia das crianças e adolescentes, uma vez que exige que aqueles busquem, na tomada de

---

5 SILLMANN, Marina Carneiro Matos. Competência e recusa de tratamento médico por crianças e adolescentes: um necessário diálogo entre o biodireito e o direito infanto-juvenil. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 141-142.

decisão em nome destes, identificar a escolha que lhes proporcione o melhor resultado em termos de bem-estar ou o maior benefício, diante dos riscos e custos envolvidos. Serve especialmente para iluminar o exercício da representação ou tomada de decisão substituta em relação a pacientes que nunca foram capazes ou em relação àqueles que perderam a capacidade anteriormente ostentada, sem que se possa aferir concretamente qual seria a sua própria vontade, por meio de declarações antecipadas ou até da reconstituição de seus valores e sua biografia.

Segundo Beauchamp e Childress, “o modelo dos melhores interesses protege o bem-estar de uma outra pessoa, avaliando os riscos e os benefícios dos vários tratamentos e das alternativas ao tratamento, levando em consideração a dor e o sofrimento e avaliando o restabelecimento e a perda de funções”<sup>6</sup>.

A complexidade da aplicação deste modelo surge, contudo, do desafio de se impor a um pai que se desvincilhe de seus próprios valores e princípios, a fim de pautar sua decisão pelo interesse presumido e autônomo do filho. “Os pais devem ter em mente que estão atuando em benefício de seu filho e não para promoção dos seus interesses pessoais”<sup>7</sup>. Esta foi uma das importantes questões analisadas pelo STF, no âmbito do julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo 1267879<sup>8</sup>: se os pais podem fazer dos filhos os seus próprios interesses e valores, em termos de filiação religiosa e convicções filosóficas, no que tange a autorização para a vacinação no âmbito do programa nacional de imunização.

A questão não é de todo nova, tanto pela existência de outros julgados de juízos estaduais que enfrentam a questão da recusa da

---

6 BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. Princípios de ética biomédica. São Paulo: Loyola, 2013, p. 205.

7 SILLMANN, Marina Carneiro Matos. Competência e recusa de tratamento médico por crianças e adolescentes: um necessário diálogo entre o biodireito e o direito infante-juvenil. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019, p. 142.

8 STF. ARE 1267879, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2020.

vacinação infantil<sup>9</sup>, quanto pelos julgados que analisam outras situações de recusa de tratamento, a exemplo da autorização para hemotransfusão de filhos de pessoas que professam a fé das Testemunhas de Jeová.

Em geral, posiciona-se a jurisprudência no sentido de que, em se tratando de decisão médica com consequências graves, há um melhor interesse presumido em prol da realização do tratamento ou intervenção. “Mostra-se mais adequado, nesse caso, garantir a autonomia futura da criança do que preservar uma crença que ainda não está consolidada na sua pessoa”<sup>10</sup>. Tal entendimento é esposado, ainda, pela Procuradoria Geral da República, na inicial da ADPF 618, ainda pendente de julgamento:

Embora a Constituição assegure a liberdade de crença, cabe ao Estado proteger a vida do incapaz, na hipótese aqui analisada, especialmente quando não houver métodos alternativos de tratamento na instituição de saúde, assegurando e respaldando a aplicação do tratamento médico necessário, segundo as técnicas médicas disponíveis. Isso porque as convicções religiosas são questões de caráter individual e íntimo de uma pessoa, que não podem ser asseguradas nem mesmo por familiares ou por pessoas de seu convívio próximo. **Não é possível presumir** que um paciente, em caso de risco de morte, abriria mão de sua vida para preservar mandamentos religiosos ou que a realização de determinado tratamento atingiria profundamente a sua dignidade, a ponto de ocasionar a morte de sua moral – ponderação essa que somente

---

9 Cite-se como exemplos: TJSC, Agravo de Instrumento n. 4020087-02.2019.8.24.0000, Relator Desembargador Carlos Roberto da Silva, julgado em 08/07/2019; TJSP, Apelação Cível n. 1003284-83.2017.8.26.0428, Relator Desembargador Fernando Torres Garcia, julgado em 11/07/2019.

10 SILLMANN, Marina Carneiro Matos. Competência e recusa de tratamento médico por crianças e adolescentes: um necessário diálogo entre o biodireito e o direito infanto-juvenil. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019, p. 143.

cada um pode fazer sobre a sua própria vida, os seus valores e os seus projetos pessoais.

O raciocínio é aplicado no caso das crianças e dos adolescentes, com o importante acréscimo de que, diante do dever do Estado de proteger a criança e o adolescente, impõe-se que, em caso de risco de morte e em não havendo métodos alternativos de tratamento, a realização da transfusão de sangue seja realizada mesmo contra a vontade do menor e de seus familiares ou representantes legais.

Afinal, o poder familiar não confere aos pais ou responsáveis a realização da ponderação de direitos fundamentais, especialmente quando uma das opções de escolha tiver como provável consequência a morte evitável.<sup>11</sup>

Além dos limites à autonomia derivados da ideia da aptidão individual para regular seus próprios interesses, outros limites são extraídos da noção de alteridade, também em decorrência da dignidade, na medida em que a pessoa se constrói num constante processo interativo social e comunicativo com os outros.

Nesta ótica, o exercício das faculdades decisórias com relação a si e sua saúde deve ter em vista o respeito pelo outro, sob pena de converter-se em abuso. Neste sentido é que Hans Jonas<sup>12</sup> preceitua uma ética da responsabilidade, em que o sujeito se responsabiliza pelo impacto de suas ações não apenas em relação àqueles que se situam numa esfera próxima, mas no domínio mais amplo do fazer coletivo.

Por isso, a decisão acerca de tratamentos, por si ou por outrem, no caso dos incapazes, além de contemplar os valores do próprio sujeito, também deve observar o interesse coletivo na realização ou não da intervenção. Assim é que as normas do Conselho Federal de Medicina, ao preceituar o respeito pela autonomia, sempre reconhecem como

---

11 GR. ADPF 618. Petição inicial. 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5769402>>. Acesso em 27 jan. 2021.

12 JONAS, Hans. O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.

limite a saúde pública ou o interesse de terceiros, a teor do art. 5º, §1º, da Resolução 2.232/2019:

Art. 5º A recusa terapêutica não deve ser aceita pelo médico quando caracterizar abuso de direito.

§1º Caracteriza abuso de direito:

I – A recusa terapêutica que coloque em risco a saúde de terceiros.

II – A recusa terapêutica ao tratamento de doença transmissível ou de qualquer outra condição semelhante que exponha a população a risco de contaminação.

No caso específico da vacinação, no âmbito do Programa Nacional de Imunização estabelecido pelo Ministério da Saúde, o interesse coletivo está inequivocamente demonstrado, na medida em que o próprio programa fora desenvolvido tendo em vista a necessidade de controle de doenças evitáveis por imunização e da prevenção de pandemias e epidemias, em nome do interesse público:

o cenário epidemiológico das doenças imunopreveníveis mudou radicalmente no país, consolidando a vacinação como uma das principais e mais relevantes intervenções em saúde pública, com registro da erradicação da poliomielite, bem como da eliminação da rubéola e da síndrome da rubéola congênita e do tétano neonatal. Além disso, reduziu drasticamente a ocorrência de outras doenças transmissíveis como a difteria, o tétano e a coqueluche que ceifaram vidas ou deixaram sequelas tão graves que podem comprometer a qualidade de vida e a saúde de milhões de brasileiros (DOMINGUES, et al, 2020, p. 2-3).

Vê-se, pois, que o direito de recusa de tratamentos e intervenções sobre a saúde, fundado nas normas constitucionais e oriundas do debate bioético, pode sofrer limitações, especialmente pela necessidade de se verificar o melhor interesse da criança e do adolescente, bem como da compatibilização do interesse individual com as demandas coletivas, o que alcança especial impacto na discussão da recusa de vacinação em relação aos filhos menores.

### **3. AUTORIDADE PARENTAL E VACINAÇÃO**

Analisar a obrigatoriedade de vacinação dos filhos perpassa pela necessidade de investigar o alcance, limites e possibilidades do poder familiar, na medida em que os filhos em estágio de desenvolvimento estão sujeitos a este poder-dever e têm, muitas vezes, a vontade substituída pela vontade de seus genitores.

Abordando os contornos do poder familiar, a partir do prisma dos deveres que ele estabelece para os pais de atuar no interesse dos filhos, considerados estes em sua qualidade de sujeitos de direito, Maria Berenice Dias traz a noção de poder-função:

De objeto de poder, o filho passou a sujeito de direito. Essa inversão ensejou modificação no conteúdo do poder familiar, em face do interesse social que envolve. Não se trata do exercício de uma autoridade, mas de um encargo imposto por lei aos pais. O poder familiar é sempre trazido como exemplo da noção de poder-função ou direito-dever, consagradora da teoria funcionalista das normas de direito das famílias: poder que é exercido pelos genitores, mas que serve ao interesse do filho.<sup>13</sup>

---

13 DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 461.

O imbróglgio se apresenta quando há um conflito (ainda que aparente) de interesses entre a vontade dos pais e o melhor interesse dos filhos, que pode ser exemplificado pela obrigatoriedade de vacinação, quando há uma resistência em vacinar os filhos em razão de convicções pessoais.

Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal negou por unanimidade, no dia 17 de dezembro de 2020, a possibilidade de os pais não vacinarem seus filhos, elaborando a seguinte tese, em sede de repercussão geral:

É constitucional a obrigatoriedade de imunização por meio de vacina que, registrada em órgão de vigilância sanitária, (i) tenha sido incluída no Programa Nacional de Imunizações ou (ii) tenha sua aplicação obrigatória determinada em lei ou (iii) seja objeto de determinação da União, Estado, Distrito Federal ou Município, com base em consenso médico-científico. Em tais casos, não se caracteriza violação à liberdade de consciência e de convicção filosófica dos pais ou responsáveis, nem tampouco ao poder familiar.<sup>14</sup>

Um dos fundamentos utilizados na decisão refere-se à prevalência do direito à saúde de crianças e adolescentes em detrimento das convicções pessoais de seus genitores.

Não há dúvida de que o limite à autonomia sobre a saúde é a saúde pública. Não se está afirmando aqui que a mitigação da autonomia acarreta uma ideia de saúde como dever. O que se afirma é que as imunizações obrigatórias estão legitimadas pelo princípio da solidariedade social quando restar caracterizada a potencialidade de dano à coletividade pela ausência de vacinação. [...] Por isso, a autonomia

---

14 STF. ARE 1267879, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2020.

parental é restrita em face também dos interesses da coletividade, observando-se especialmente o princípio bioético da justiça e o princípio jurídico da solidariedade social e familiar.<sup>15</sup>

No mesmo sentido, a Corte Europeia de Direitos Humanos decidiu, em abril de 2021, que normas nacionais que determinam a vacinação compulsória de crianças e adolescentes não violam o art. 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que consagra o direito ao respeito da vida privada. No julgado, consignou-se que o melhor interesse da criança e do adolescente deve nortear as decisões a respeito de sua saúde e desenvolvimento, o que corresponde normalmente à realização do esquema vacinal completo:

288. Consequentemente, os Estados têm a obrigação de colocar o melhor interesse da criança, e também o das crianças como um grupo, no centro de todas as decisões que afetam sua saúde e desenvolvimento. Quando se trata de imunização, o objetivo deve ser que todas as crianças sejam protegidas contra doenças graves (ver parágrafo 133 acima). Na grande maioria dos casos, isso é conseguido pela oferta às crianças do esquema completo de vacinas durante os primeiros anos. Aqueles a quem esse tratamento não pode ser administrado são indiretamente protegidos contra doenças contagiosas, desde que o nível necessário de cobertura vacinal seja mantido em sua comunidade, ou seja, sua proteção vem da imunidade de rebanho. Assim, quando se considera que uma política de vacinação voluntária não é suficiente para atingir e manter a imunidade coletiva, ou a imunidade coletiva não é relevante devido à natureza da doença (por exemplo, tétano), as autoridades nacionais podem razoavelmente introduzir uma política de vacinação

---

15 SCHAEFER, Fernanda. Autonomia parental e vacinação obrigatória. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; DADALTO, Luciana. Autoridade parental: dilemas e desafios. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019. p. 257.

compulsória a fim de alcançar um nível adequado de proteção contra doenças graves. O Tribunal entende que a política de saúde do Estado demandado se baseia em tais considerações, à luz das quais pode ser considerada consistente com o melhor interesse das crianças que são o seu foco (tradução livre).<sup>16</sup>

Nesse ponto, há que se ressaltar que o exercício o poder familiar encontra limitação no momento que se choca com o melhor interesse do filho, de modo que a renúncia a um direito, no caso o direito à saúde, só poderia ser exercida pelo próprio titular, já que se apresenta um relevante conflito de interesses e, ainda assim, considerando outros aspectos como a saúde pública.

As possibilidades de atuar e de decidir decorrentes da autoridade parental são muito amplas, e essa amplitude justifica-se para viabilizar a criação, a educação e a proteção dos filhos menores. Trata-se do exercício de um *múnus*, o que importa dizer que este visa a realizar os interesses da criança e do adolescente, ainda quando isso contrarie o interesse dos pais.<sup>17</sup>

Assim, a autoridade parental não pode ser exercida de forma absoluta pelos pais, encontrando seu principal balizamento no melhor interesse dos filhos. “A autoridade parental incute nos pais o dever de reger a formação e garantir o pleno e livre desenvolvimento da personalidade dos filhos menores de idade, incutindo-lhes a liberdade e responsabilidade, na medida do discernimento advindo”<sup>18</sup>.

---

16 EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. GRAND CHAMBER. Vavříčka and others v. the czech republic. Strasbourg, 8 abr. 2021. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:\[%22001-209039%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:[%22001-209039%22])>. Acesso em 10 nov. 2021.

17 LIMA, Taísa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Ensaio sobre a infância e a adolescência. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016. p. 40.

18 BERLINI, Luciana Fernandes; SOUZA, Iara Antunes de. Autoridade parental e lei da palmada. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; DADALTO, Luciana. Autoridade

Como sustenta a melhor doutrina, a capacidade de agir em matéria existencial não pode ser aferida da mesma forma como se mensura a capacidade para a prática de atos civis de natureza patrimonial. Tampouco parece razoável atualmente atribuir-se a alguém a titularidade de uma situação existencial (*rectius*, de um direito fundamental) sem lhe conceder a capacidade de exercício. [...] Atualmente a autoridade parental é instrumental, funcionalizada para a promoção da personalidade dos filhos.<sup>19</sup>

Cumprе salientar, que a obrigatoriedade de vacinar vem sendo fundamentada muito mais no aspecto da limitação da autoridade parental do que propriamente em uma autonomia infantil. Primeiro, porque o que se afirma é que a prevenção a doenças atende ao melhor interesse da criança e salvaguarda seu direito à saúde. Mas, especialmente, pouco se utiliza da defesa de uma autonomia infantil, hipótese em que a recusa de vacinar parte da criança ou adolescente.

De todo modo, ainda que se defenda a autonomia infantil, a solução jurisprudencial, ao que tudo indica, caminhará no mesmo sentido. Isso porque o entendimento que tem prevalecido frente à recusa de tratamento médico por crianças e adolescentes é pela impossibilidade infantil de recusa. Ante a limitação espacial do presente trabalho, foge ao escopo entrar no mérito da autonomia infantil em caso de recusa de tratamento médico, mas, fato é que, no que tange à vacinação, acrescenta-se ainda o fundamento relacionado à saúde pública, que ultrapassa os danos da seara de quem recusa e atinge também a coletividade, o que acaba por ensejar não apenas uma limitação à autonomia dos filhos, como também e, principalmente, da autonomia parental.

---

parental: dilemas e desafios. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019. p. 128.

19 BODIN DE MORAES, Maria Celina. Instrumentos para a proteção dos filhos frente aos próprios pais. Revista Eletrônica Civilística.com. Rio de Janeiro, a.7, n.3, 2018. Disponível em: <<http://civilistica.com/wpcontent/uploads/2019/01/Bodin-de-Moraes-civilistica.com-a.7.n.3.2018.pdf>>. Acesso em 14 jan. 2021.

Outrossim, o exercício da autoridade parental evoca a responsabilidade do pai e da mãe na criação e proteção dos filhos de forma a assegurar os direitos básicos previstos no artigo 227 da Constituição da República de 1988.

Assim, verificados, pois, os interesses contrapostos, a solidariedade familiar e a integridade psíquica são princípios que se superpõem, com a força que lhes dá a tutela constitucional, à autonomia dos genitores em relação a comportamento que ignore os interesses dos filhos.<sup>20</sup>

Dentro dessa realidade, em que crianças e adolescentes são protegidos constitucionalmente pelo sistema de proteção integral, devem ter assegurados a tutela jurídica correlata e, também, de reparação/compensação dos danos que eventualmente sofrerem, pelo exercício abusivo da autoridade parental, o que será enfrentado no próximo tópico.

#### **4. RESPONSABILIDADE PARENTAL E RECUSA VACINAL**

A maior parte das ocorrências de descumprimento do calendário vacinal em relação aos seus filhos menores não terá o seu deslinde no campo da esfera coercitiva, mas sim no da reparação civil dos danos eventualmente decorrentes. O fenômeno da recusa vacinal, reflexo prático do chamado movimento antivacina, torna-se especialmente perigoso, neste sentido, porque passa em geral despercebido na sociedade, até que doenças antes erradicadas, ou ao menos controladas, voltem a se manifestar com o surgimento de surtos em determinadas regiões.

---

20 BODIN DE MORAES, Maria Celina. Instrumentos para a proteção dos filhos frente aos próprios pais. Revista Eletrônica Civilística.com. Rio de Janeiro, a.7, n.3, 2018. Disponível em: <<http://civilistica.com/wpcontent/uploads/2019/01/Bodin-de-Moraes-civilistica.com-a.7.n.3.2018.pdf>>. Acesso em 14 jan.2021.

O simples ato de olhar uma criança não permite saber se ela fora ou não vacinada, o que faz com que muitos pais não sejam denunciados pela sua omissão no exercício do poder familiar. As consequências de atitudes deste tipo, no entanto, revelam danos importantes, tanto para as crianças que, não vacinadas, ficam expostas a doenças imunopreveníveis e às sequelas deixadas, quanto para a sociedade como um todo, que sofre um decréscimo num patamar histórico de saúde pública alcançado.

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal fixou tese no sentido de que a recusa, injustificada e inconstitucional, dos pais em vacinar seus filhos, não ensejará medida policial coercitiva de se levar a criança à força para a vacinação, sendo, contudo, passível de responsabilização<sup>21</sup>.

O desafio que se revela consiste em compatibilizar a aplicação da tutela civil pertinente, sem que essa responsabilização prejudique direta ou indiretamente a criança, levando-se em consideração os aspectos existenciais e patrimoniais, a peculiar condição de desenvolvimento dos filhos e seus direitos fundamentais básicos.

Algumas jurisdições aplicam multas ou restrições à matrícula em escolas, como adverte Nelson Rosenvald:

Na maioria das jurisdições, a sanção se resume à multa, o que, em um primeiro momento gera o efeito positivo de constranger os pais à vacinação. Ocorre que, muitos optam por não pagar, entendendo aquela

---

21 “A vacinação compulsória não significa vacinação forçada, por exigir sempre o consentimento do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes, e (i) tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes, (ii) venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes, (iii) respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas; (iv) atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, e (v) sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente; e tais medidas, com as limitações expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência” (STF. ARE 1267879, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2020).

multa como um preço a ser pago para a aquisição do “direito a não vacinação”. Assim, em tese, o termo “compulsório”, só se aplicaria nos casos em que a criança fosse momentaneamente separada dos pais para ser vacinada, contra a sua vontade ou a dos pais. Isso não acontece nos estados democráticos. Daí a necessidade de recorrer a métodos coercitivos que imponham sanções legais ao invés da aposta em instituições coercitivas que façam uso da força para assegurar o cumprimento de ordens. Pode-se exemplificar com regras nos EUA que permitem aos pais a recusa à vacinação, porém advertem que essa escolha acarretará restrições para a interação de seus filhos com outras crianças, mediante proibição de ingresso em berçários, pré-escolas, colégios e mesmo o acesso a unidades pediátricas, objetivando a proteção da saúde das demais pessoas. Vale dizer, a coerção e certos métodos de persuasão afetam a natureza voluntária da vacinação.<sup>22</sup>

Cumpra ressaltar que restrições dessa natureza, como as acima elencadas, apesar de impedirem a convivência com outras crianças para evitar proliferação de doenças, culminam na violação direta dos direitos fundamentais da própria criança, que acaba sendo revitimizada.

Por essa razão a tutela civil pertinente à espécie deve recair diretamente sobre os pais que se recusam a vacinar seus filhos, seja por meio de multa, seja pela responsabilização civil parental. A população infantil deve ser protegida de forma absoluta e prioritária.

Assim, a obrigação parental de vacinar os filhos pode ensejar multa cominatória cujo fundamento legal se perfaz pelo comando do art. 213 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que prevê o instituto da tutela antecipatória, ao estabelecer pena pecuniária capaz de dar efetiva proteção em caso de descumprimento dos direitos fundamentais

---

<sup>22</sup> ROSENVALD, Nelson. O direito civil em movimento: desafios contemporâneos. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 21.

das crianças e dos adolescentes, o que pode ser aplicado pelo juiz, em caso de não vacinação, aos pais que descumpram a medida.

O descumprimento do dever de vacinar configura abusividade no exercício do poder familiar, capaz de desencadear a responsabilização civil, nos termos do art. 187 do Código Civil, a partir do qual “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

A responsabilidade civil, na hipótese, apresenta-se como imposição jurídica dirigida àquele que comete um ilícito danoso. Dessa forma, o bem jurídico tutelado deve ser protegido de qualquer ameaça ou lesão, encontrando na responsabilidade civil proteção jurisdicional, cuja natureza é compensatória, mas, também, preventiva e coercitiva.

Assim, pensando na possibilidade de responsabilização civil como forma de desfazer, tanto quanto possível, os efeitos danosos oriundos da não vacinação, resgata-se a noção preventiva essencial da própria responsabilização civil.

Todavia, se a vacinação não for cumprida, mesmo com a aplicação de multa e/ou com a responsabilização civil decorrente do exercício abusivo da autoridade parental, poderia se pensar na nomeação de um guardião provisório, para cumprimento desse ato. O fundamento legal dessa guarda encontra-se no próprio Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

§ 2º Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados.

Entende-se, dessa maneira, que o estabelecimento de uma guarda provisória para o fim específico de vacinar é medida mais branda e eficaz que a destituição da autoridade parental e menos danosa para a prole.

Recentemente, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, provocado pela Defensoria Pública, suspendeu o regime de visitação de um genitor que se recusou a vacinar contra o COVID.

Diante de tal quadro e do elevado risco de a criança contrair, novamente, a covid-19 por conta da postura paterna, a mãe, com base no dever de zelar pela saúde de sua filha, apresentou perante o Judiciário um pedido de suspensão do regime de convivência, o que foi deferido.<sup>23</sup>

O fundamento da decisão corrobora que a autoridade parental deve ser exercida em benefício da prole, assim como a guarda e o direito à convivência. Dessa forma, se a convivência com o genitor coloca a filha em risco, o regime de visitação pode ser suspenso até que o fator de risco cesse.

O caso, embora não se refira à recusa de vacinação da prole, demonstra como a temática se desdobra e o entendimento jurisprudencial vem se consolidando, em privilegiar o melhor interesse de crianças e adolescentes, demandando cada vez mais, uma conscientização e responsabilização parental.

Este termo, responsabilidade, é como vimos o que melhor define hoje a relação parental. Trata-se, com efeito, de uma relação assimétrica, entre pessoas que estão em posições completamente diferentes, sendo uma delas dotada de particular vulnerabilidade. Além disso, a relação é tendencialmente permanente, sendo

---

23 NEVES, Cláudia. Recusa de vacina impede a convivência paterna. Revista Jus Navigandi. Teresina, ano 26, n. 6665, 30 set. 2021. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/93466>>. Acesso em: 8 nov. 2021.

custoso e excepcional o seu término: de fato, a perda ou a suspensão do poder familiar só ocorre em casos de risco elevado ou de abuso. Assim, como a autoridade parental raramente cessa, a responsabilidade não pode, evidentemente, evanescer-se por simples ato de autonomia.<sup>24</sup>

Ademais, as sanções que comprometam a convivência da criança no espaço escolar ou médico não deveriam ser utilizadas, pois danosas demais para os filhos e não para seus genitores, que deram causa ao descumprimento de um dever jurídico.

O que precisa ser levado em consideração é a necessidade de se coadunar o exercício da autoridade parental com o melhor interesse do filho. Assim, se a vacinação for negada pelos pais, a compensação dos danos deverá ocorrer com a pertinente tutela civil cabível, como restou demonstrado.

A preocupação dos pais com os efeitos colaterais das vacinas também não pode ser desconsiderada. Embora haja um rigoroso processo de pesquisa sobre os benefícios e possíveis danos das vacinas, de um modo geral, fato é que danos colaterais não estão descartados. No entanto, os benefícios individuais e coletivos superam eventuais danos, pesando na balança do melhor interesse do menor. Tais danos, cumpre salientar, são passíveis de reparação:

Como a esfera federal conjuga o poder de controle de qualidade pelo registro e a direção das campanhas nacionais para a imunização, converge para a União o dever de responder pelos danos causados às pessoas em virtude do uso da vacina. Considera-se dano

---

24 BODIN DE MORAES, Maria Celina. Instrumentos para a proteção dos filhos frente aos próprios pais. Revista Eletrônica Civilística.com. Rio de Janeiro, a.7, n.3, 2018. Disponível em: <<http://civilistica.com/wpcontent/uploads/2019/01/Bodin-de-Moraes-civilistica.com-a.7.n.3.2018.pdf>>. Acesso em 14 jan. 2021.

injusto a lesão a interesse protegido, mesmo quando o ato lesivo é considerado lícito.<sup>25</sup>

Paralelamente, pode-se discutir a possibilidade de reparação dos danos sociais<sup>26</sup> causados pelos pais, ao impedir a vacinação de seus filhos menores, na medida em que o ato abusivo traz consequências para a sociedade de uma forma ampla, afetada pelo surgimento de surtos de doenças antes controladas.

Portanto, embora o objetivo do presente trabalho esteja voltado para a responsabilização parental, cumpre alertar que o tema ‘vacinação’ pode gerar diferentes tipos de responsabilização.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tanto à luz da Bioética quanto do Direito, a autonomia das crianças e dos adolescentes, com relação às decisões sobre tratamentos e intervenções sobre seu corpo, mostra-se limitada, em face da ausência de capacidade de agir intencional, o que torna necessária a representação ou assistência dos pais para suprir-lhes o consentimento. Neste sentido, o ordenamento jurídico atribui aos pais o poder familiar, que deve ser exercido no melhor interesse dos filhos, a partir de um cálculo dos benefícios, custos e riscos dos diferentes cenários que se colocam à decisão em matéria de saúde.

Além da limitação pessoal para o exercício da autonomia, em virtude da idade, há que se reconhecer também a existência limitações, tanto para o próprio sujeito, quanto para os titulares do poder familiar,

---

25 MENEZES, Joyceane Bezerra de e SERPA, Jamila Araújo. Responsabilidade civil da união pelos danos causados pela vacina contra a influenza – síndrome guillain barré (SGB). In: ROSENVALD, Nelson; MENEZES, Joyceane Bezerra de; DADALTO, Luciana. Responsabilidade civil e medicina. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020. p.322 e 333.

26 “são lesões à sociedade, no seu nível de vida, tanto por rebaixamento de seu patrimônio moral – principalmente a respeito da segurança – quanto por diminuição na qualidade de vida” (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: FILOMENO, José Geraldo Brito, et al. O código civil e sua interdisciplinaridade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 376).

em situações em que a recusa de tratamentos coloque em risco a saúde de terceiros e da coletividade, considerando-se abusiva.

A limitação ao exercício do poder familiar no que tange a vacinação dos filhos é uma realidade imposta pelo atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal e de Cortes Internacionais de Direitos Humanos. Tal limitação vem sendo justificada pela necessidade de observância do melhor interesse dos filhos, em consonância com a doutrina de proteção integral, como também pela preservação da saúde pública.

É necessário, no entanto, enfrentar a possibilidade de responsabilização parental nos casos em que, ainda assim, os pais descumprem o dever de vacinarem seus filhos. O presente trabalho estabeleceu, portanto, a aplicabilidade da responsabilização civil parental, em decorrência da omissão abusiva dos pais, com fundamento no abuso de direito previsto na codificação civil.

Ademais, verificou que a utilização da multa cominatória pode e deve ser utilizada para os casos de recusa dos genitores e cumulada com a responsabilização civil.

Reconheceu-se, de outro modo, que a exemplo de alguns países, não raras vezes os pais, mesmo com a responsabilização civil e multa, preferem descumprir o dever de vacinar. Para essas situações, foi apresentada a possibilidade de utilização do instituto da guarda provisória, previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, como medida eficaz, temporária e com a minimização de eventuais danos, tal qual se defendeu em relação à responsabilização civil e multa.

## REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JR., Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (coord.). O código civil e sua interdisciplinaridade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia, Uberlândia, v. 38: 235-274, 2010.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. Princípios de ética biomédica. São Paulo: Loyola, 2013

BERLINI, Luciana Fernandes; SOUZA, Iara Antunes de. Autoridade parental e lei da palmada. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; DADALTO, Luciana. Autoridade parental: dilemas e desafios. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. Instrumentos para a proteção dos filhos frente aos próprios pais. Revista Eletrônica Civilística. com. Rio de Janeiro, a.7, n.3, 2018. Disponível em <<http://civilistica.com/wpcontent/uploads/2019/01/Bodin-de-Moraes-civilistica.com-a.7.n.3.2018.pdf>>. Acesso em 14 jan. 2021.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DOMINGUES, Carla Magda Allan Santos, et al. 46 anos do programa nacional de imunizações: uma história repleta de conquistas e desafios a serem superados. Cadernos de Saúde Pública. Rio de Janeiro, vol. 36, supl. 2, 2020. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/csp/v36s2/1678-4464-csp-36-s2-e00222919.pdf>>. Acesso em 28 jan. 2021.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. GRAND CHAMBER. Vavříčka and others v. the czech republic. Strasbourg, 8 abr. 2021. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22001-209039%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-209039%22]})>. Acesso em 10 nov. 2021.

JONAS, Hans. O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.

LIMA, Taísa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Ensaio sobre a infância e a adolescência. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.

MENEZES, Joyceane Bezerra de e SERPA, Jamila Araújo. Responsabilidade civil da união pelos danos causados pela vacina contra a influenza – síndrome guillain barré (SGB). In: ROSENVALD, Nelson; MENEZES, Joyceane Bezerra de; DADALTO, Luciana. Responsabilidade civil e medicina. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020.

NEVES, Claudia. Recusa de vacina impede a convivência paterna. Revista Jus Navigandi. Teresina, ano 26, n. 6665, 30 set. 2021. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/93466>>. Acesso em: 8 nov. 2021.

ROSENVALD, Nelson. O direito civil em movimento: desafios contemporâneos. Salvador: JusPODIVM, 2017.

SCHAEFER, Fernanda. Autonomia parental e vacinação obrigatória. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; DADALTO, Luciana. Autoridade parental: dilemas e desafios. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019.

SILLMANN, Marina Carneiro Matos. Competência e recusa de tratamento médico por crianças e adolescentes: um necessário diálogo entre o biodireito e o direito infanto-juvenil. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

# 5 AUTONOMIA PRIVADA E AUTONOMIA PÚBLICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

**Charley Teixeira Chaves**

Doutor em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG). Mestre em Direito Processual e Especialista em Direito Processual pela PUCMG. Graduado em Direito. Ex-Diretor Acadêmico, Ex-Coordenador de Curso de Direito e Pesquisador/Procurador Institucional da FASPI. Ex-Coordenador de Curso de Direito da FAMINAS-BH. Ex-Coordenador de Pós-graduação. Revisor da revista De Jure do Ministério Público de Minas Gerais. Advogado. Professor de Graduação e Pós-Graduação. Membro do Instituto Mineiro de Direito Processual – IMDP. Membro da Academia de Direito Processual Democrático – ACADEPRO. Autor de diversos artigos e dos livros: Ministério Público como instituição permanente popular: os sujeitos processuais no direito democrático (Arraes Editores, 2012); Recurso: um direito constitucional democrático (Arraes Editores, 2013, 2ª ed. 2015 e 3ª ed. 2021); A fiscalidade da constitucionalidade (VirtualBooks, 2015); O Povo e o Tribunal do Júri (D' Plácido, 2015 e 2ª ed. 2020); Curso de Teoria Geral do Processo (D' Plácido, 2014; 2ª ed. 2016; 1ª Reimp. 2017; 3ª ed. 2019; 4ª ed. 2020); e, Processo Constitucional (D' Plácido, 5ª ed. 2021). Contatos: @charleyteixeirachaves / charleychaves@charleychaves.com.br / www.charleychaves.com.br.



# AUTONOMIA PRIVADA E AUTONOMIA PÚBLICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

**Charley Teixeira Chaves**

Doutor em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG). Mestre em Direito Processual e Especialista em Direito Processual pela PUCMG. Graduado em Direito. Ex-Diretor Acadêmico, Ex-Coordenador de Curso de Direito e Pesquisador/Procurador Institucional da FASPI. Ex-Coordenador de Curso de Direito da FAMINAS-BH. Ex-Coordenador de Pós-graduação. Revisor da revista De Jure do Ministério Público de Minas Gerais. Advogado.

Professor de Graduação e Pós-Graduação. Membro do Instituto Mineiro de Direito Processual – IMDP. Membro da Academia de Direito Processual Democrático – ACADEPRO. Autor de diversos artigos e dos livros: Ministério Público como instituição permanente popular: os sujeitos processuais no direito democrático (Arraes Editores, 2012); Recurso: um direito constitucional democrático (Arraes Editores, 2013, 2ª ed. 2015 e 3ª ed. 2021); A fiscalidade da constitucionalidade (VirtualBooks, 2015); O Povo e o Tribunal do Júri (D' Plácido, 2015 e 2ª ed. 2020); Curso de Teoria Geral do Processo (D' Plácido, 2014; 2ª ed. 2016; 1ª Reimp. 2017; 3ª ed. 2019; 4ª ed. 2020); e, Processo Constitucional (D' Plácido, 5ª ed. 2021). Contatos: @charleyteixeirachaves / charleychaves@charleychaves.com.br / www.charleychaves.com.br

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. A propagação da separação ou tripartição dos poderes; 3. Autonomia privada e autonomia pública no estado democrático de direito; 4. Teoria discursiva do direito (Princípio do discurso ao princípio da democracia); 5. Considerações finais; Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

A esfera pública não se desconecta do privado. A interação de conteúdo, opiniões e posições são desenvolvidas entre elas. Como descreve Habermas, “há uma união pessoal entre os *cidadãos* do Estado, enquanto titulares da esfera pública política, e os *membros da sociedade*,”<sup>1</sup> dessa interação, comunicação e participação, formam-se as opiniões e vontade pública.

---

1 HABERMAS. Direito e democracia: entre facticidade e validade, 2003. p. 98.

Há uma dominação legal de uma suposta camuflagem dos denominados cidadãos-civis que representa uma sociedade civil dos patrimonializados.

O povo, sem perceber, ainda, permanece na ilusão de uma participação civilizatória.

O processo civilizatório conduz uma dominação secularizada, participativa sem ao menos saber como expressar sua opinião e vontade, por não ter ainda formação isonômica com relação aos demais propositores do diálogo, ficando a mercê de argumentos de poder – manutenção da exclusão social. Uma espécie de ‘cativeiro’ socialmente aceito, semelhante a um ‘sequestro’ que priva a pessoa.

A prova disso é a denominação ‘Poder Judiciário, Poder Legislativo e Poder Executivo’.

Não se pode **dissociar a autonomia pública da privada**, elas “pressupõem-se mutuamente”. Essa reflexão liga “a ideia da autonomia jurídica dos cidadãos” e exige, isso sim, “que os destinatários do direito possam ao mesmo tempo ver-se como seus autores.”<sup>2</sup>

## **2. A PROPAGAÇÃO DA SEPARAÇÃO OU TRIPARTIÇÃO DOS PODERES**

Ao imortalizar as ideias de Montesquieu como autor da teoria da separação de poderes, pode-se afirmar que isso é fruto, *data venia*, de um equívoco interpretativo.

Friedrich Hegel (1770-1831) defendeu que o Estado é que fundamenta a sociedade. “Não é o Indivíduo que escolhe o Estado, mas sim é por ele constituído.” A sociedade civil apenas existe no Estado; assim, o indivíduo não precede ao Estado. Contudo, o Estado representa a síntese – unidade final; é o único capaz de superar a contradição existente entre o privado e o público.<sup>3</sup> Por outro lado, Rosemiro Pereira Leal coloca que as constituições não representam

---

2 HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro. São Paulo: Loyola, 2002. p. 293-294.

3 ARANHA, 1993, p. 234.

apenas um estatuto exclusivo do Estado, “mas um texto articulador e legitimante de instituições jurídicas,” [*grifo nosso*] sendo a Constituição uma instituição jurídica inviolável; já [...] “o Estado comparece como uma delas e com funções específicas, sem conotações hegelianas de expressão entitativa superior, criador de direitos, condutor único e controlador normativo, soberano e absoluto da sociedade política.”<sup>4</sup>

Tem-se, na verdade, como propagador da separação ou tripartição dos poderes estatais, em “Poder” Executivo, “Poder” Legislativo e “Poder” Judiciário, fruto das ideias de Montesquieu, donde se justifica essa divisibilidade apenas porque através do poder seria capaz de deter o outro poder, ideias essas refletidas na maioria das constituições no tocante a autonomia e divisão dos poderes do Estado, entretanto, foram mal interpretadas.

Nesse contexto, oportuno é a pesquisa esclarecedora desenvolvida por Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias<sup>5</sup>, que analisou o poder do Estado; constatou que as ideias de Montesquieu foram mal interpretadas. A separação ou tripartição dos poderes estatais, em Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário, fruto até então, das ideias de Montesquieu, onde se justificaria essa divisibilidade apenas porque, através do poder, seria capaz de deter o outro poder, ideias essas refletidas na maioria das constituições no tocante a autonomia e divisão dos poderes do Estado, todavia, “essa teoria é atribuída com alguma deturpação de seu enfoque original a Montesquieu, o qual, por sua vez, inspirou-se nas ideias de Locke.”<sup>6</sup>

Não obstante a perpetuação da expressão separação de poderes, indicar a fragmentação do poder e o fracionamento da soberania do Estado, a moderna compreensão doutrinária resiste à ideia da qual o poder possa ser fragmentado, demandando, assim, a substituição da expressão separação dos poderes por separação das funções do Estado.<sup>7</sup>

---

4 LEAL, 2004, p. 48.

5 DIAS, 2004.

6 DIAS, 2004, p. 66.

7 DIAS, 2004, p. 67.

Nesse sentido leciona Baracho:

A separação de poderes é uma forma clássica de expressar a necessidade de distribuir e controlar respectivamente o exercício do poder político. **A designação errônea de separação dos poderes estatais, na realidade, não passa de uma distribuição de determinadas funções estatais por órgãos diferentes.** O conceito de ‘poderes’ deve ser entendido neste contexto de maneira figurativa, daí que prefere falar em ‘separação de funções’, em lugar de separação de poderes. [grifo nosso]<sup>8</sup>

Ao imortalizar as ideias de Montesquieu como autor da teoria da separação de poderes, fruto, *data venia*, de um equívoco interpretativo, sequer poderia ser extraída das obras de Montesquieu a expressão separação de poderes do Estado muito menos essa teoria. Nesse sentido se manifestou Dias<sup>9</sup>: “Montesquieu sugeriu uma distinção dos poderes do Estado, discorreu sobre a liberdade política do cidadão e estabeleceu as bases de um direito político, com espeque na distribuição dos poderes do Estado, mas sem falar em separação dos poderes”.

Paulo Bonavides aponta possíveis fatores históricos que içaram a bandeira da necessidade da separação dos poderes do Estado, apesar de entender que tal expressão encontra-se, na contemporaneidade, em declínio. Vejamos: “A separação foi historicamente necessária quando o poder pendia entre governantes que buscavam recobrar suas prerrogativas absolutas e pessoais e o povo que, representado nos parlamentos, intentava dilatar sua esfera de mando e participação na gerência dos negócios públicos.”<sup>10</sup>

---

8 BARACHO, 1984, p. 47-48.

9 DIAS, 2004, p. 67-68.

10 BONAVIDES, 2000, p. 146-147.

Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias entende que a expressão poderes do Estado deve ser lida como sistemas ou complexos de órgãos com delimitação constitucional de competências para o exercício das funções do Estado<sup>11</sup>. Escorados nesses argumentos, não se pode mais falar em divisão de poderes do Estado. Qualquer texto legal que conste a expressão “poder” deve ser compreendida como função estatal delimitada pela Constituição República.

O poder pertence ao povo e não ao Estado e jamais poderia ser dividido. Por outra conjuntura, no que fora proposto, outrossim, como não se pode falar mais em divisibilidade de poderes, por ser uno, inócua se torna a tentativa de enquadrar o Ministério Público em um dos supostos poderes do Estado, ainda mais que, a nosso ver, amplas são as instituições existentes, incluindo o Estado e o Ministério Público a título de exemplo, com atribuições e competências distintas estabelecidas pela Constituição – (texto Constitucional inviolável – articulador e legitimante de todas as instituições jurídicas).<sup>12</sup>

Por fim, através da participação do povo (legitimado ao Processo), aberto a todos participantes da comunidade jurídica, será possível libertar-se das amarras seculares de dominação e das leis antidemocráticas.

Reconhecer o cidadão como parte legítima e ativa do Poder (autor da norma) é requisito fundamental das democracias. Não é outra conclusão retirada da obra de Marcelo Cattoni<sup>13</sup> ao colocar que com a “participação discursiva no processo legislativo democrático, os destinatários das normas jurídicas são os autores das mesmas”, isto é, o povo é co-autor e destinatário da norma. José Alfredo Baracho

---

11 DIAS, 2004, p. 74.

12 Ver: CHAVES, Charley Teixeira. Ministério público como instituição permanente popular: os sujeitos processuais no direito democrático. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

13 CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Direito constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 154.

também aponta o direito dos cidadãos participarem das pautas públicas, “direito pertencente à esfera do *status activae civitatis*”<sup>14</sup>.

### 3. AUTONOMIA PRIVADA E AUTONOMIA PÚBLICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A esfera pública não se desconecta do privado. A interação de conteúdo, opiniões e posições são desenvolvidas entre elas. Como descreve Habermas, “há uma união pessoal entre os cidadãos do Estado, enquanto titulares da esfera pública política, e os *membros da sociedade*,”<sup>15</sup> dessa interação, comunicação e participação, formam-se as opiniões e vontade pública.

Por fim, Leal percebe que Habermas tenta diferenciar a sociedade civil pelo sistema de necessidades, ainda ligado às concepções hegelianas<sup>16</sup>. Nesta acepção “a sociedade civil é o lugar das atividades econômicas, e, portanto, onde prevalecem os interesses privados, sempre antagônicos entre si.” A solução do conflito “para superar as contradições que põem em perigo a coletividade, faz-se em reconhecer a soberania do Estado”, com o objetivo de alcançar o bem coletivo, ou seja, os interesses públicos e universais.<sup>17</sup>

O Habermas não percebe, o que Rosemiro Pereira Leal aponta quanto a esfera pública: “é que historicamente a sociedade dos CIVIS invade as **cidades** (espaços públicos) que eles próprios concedem ao *potus* como forma de diluição e propagação estratégica (ideológica) de suas formas de dominação.”<sup>18</sup> Na realidade, os espaços públicos estão contaminados pelos “domínios civis”, dos patrimonializados tendo do outro lado os despatrimonializados, um povo inesclarecido, alienado pelas caridades, necessidades e falta de ilustração da compreensão do

---

14 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral da cidadania. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 56.

15 HABERMAS. Direito e democracia: entre facticidade e validade, 2003. p. 98.

16 LEAL. Processo civil e sociedade civil, 2005.

17 ARANHA. Filosofando: introdução à filosofia, 1993. p. 234.

18 LEAL. Processo civil e sociedade civil, 2005.

espaço que ocupa. Diga-se, um povo sequestrado inconscientemente e acomodado com a dominação que lhe é imposta. Historicamente *potus* (despossuído) se seculariza pelo processo de civilização, mantido pelos civis e pelos cidadãos paternalizados, constante do sistema de política criado estrategicamente e adotado; com isso, aumenta-se a exclusão social – inviabilização de qualquer interligação com o espaço público.

Habermas explica como a técnica de dominação se perpetua:

Determinados fins e interesses da dominação não são outorgados à técnica apenas ‘posteriormente’ e a partir de fora – inserem-se já na própria construção do aparelho técnico; a técnica é, em cada caso, um projeto histórico-social; nele se projeta o que cada sociedade e os interesses nela dominantes pensam fazer com os homens e com as coisas.<sup>19</sup>

A teoria do agir comunicativo surge como forma de oposição à teoria do agir estratégico, sendo certo que é tida como fonte de integração social, a partir da prevalência da força consensual do entendimento, da busca da produção do consenso através da argumentação – distante da coerção. “Falamos então de agir comunicativo quando agentes coordenam seus planos de ação mediante o entendimento mútuo linguístico, ou seja, quando eles os coordenam de tal modo que lançam mão das forças de ligação ilocucionárias próprias dos atos de fala.”<sup>20</sup> No agir estratégico, “esse potencial de racionalidade comunicativa permanece inutilizado, mesmo quando as interações são linguisticamente mediadas.” Habermas explica que: “como aqui os envolvidos coordenam seus planos de ação mediante uma influência recíproca, a linguagem

---

19 HABERMAS, Direito e democracia, 2001. p. 47.

20 HABERMAS, Jürgen. Verdade e justificação: ensaios filosóficos. São Paulo: Loyola, 2004. p. 118.

não é empregada comunicativamente no sentido já explicado, mas de forma orientada a consequências.”<sup>21</sup>

Daí o motivo que Leal descreve que o agir comunicativo proposto por Habermas esconde uma realidade, secular, de excluídos sociais, vejamos:

Infere-se que Habermas concebe a sociedade civil como agrupamento de atores sociais transformativos dos rumos do poder oficial, o que não coincide com as raízes históricas do civil que, em sua origem, é fonte ou usuário do poder estatal. Essa inversão proposta por Habermas oculta a massa de excluídos sociais que não têm acesso sequer à presença episódica, organizada ou abstrata, para pensar a condição de *potus* a que estão secularmente condenados. Em não podendo organizar-se, essa massa de excluídos não pode ser situada no mundo da vida que seria o recinto de um agir comunicativo aludido por Habermas como “já racionalizado”.<sup>22</sup>

Há uma camuflagem dos denominados cidadãos-civis que representa uma sociedade civil dos patrimonializados. O povo, sem perceber que ainda permanece no *potus*, acaba por ser modelado (processo civilizatório) e convocado a se enquadrar em uma cidadania<sup>23</sup> participativa sem ao menos saber como expressar sua opinião e vontade, por não ter ainda formação isonômica com relação aos demais propositores do diálogo, ficando a mercê de argumentos de poder – manutenção da exclusão social. Uma espécie de ‘cativeiro’ socialmente aceito, semelhante a um ‘sequestro’ que priva a pessoa da sua vontade. Assim, resta por prejudicada a legitimação de um povo com base em um tratamento, ainda, discriminatório, escondendo uma

---

21 HABERMAS, Jürgen. Verdade e justificação: ensaios filosóficos. São Paulo: Loyola, 2004. p. 118.

22 LEAL, Processo civil e sociedade civil, 2005.

23 LEAL, Processo civil e sociedade civil, 2005.

realidade, histórica, sobre o disfarce estratégico de uma participação popular pelos institutos existentes.

Almeida assim se expressou:

Mas, importa saber se estes instrumentos de participação estão regidos pela principiologia do processo ou se estão apenas disfarçando a exclusão do povo como fonte originária e pessoal de garantia jurídica para a criação, aplicação e fiscalização do ordenamento jurídico que é fonte secundária (derivada) impessoal de garantia jurídica.<sup>24</sup>

Logo, “a comunidade jurídica não se constitui através um contrato social, mas na base de um entendimento obtido através do discurso”<sup>25</sup>, há uma reviravolta no modo de conceber a questão.

Como bem apontado por Habermas, os “cidadãos só podem fazer uso adequado de sua autonomia pública quando são independentes o bastante, em razão de uma autonomia privada que esteja equanimemente assegurada”<sup>26</sup>. Não se pode **dissociar a autonomia pública da privada**, elas “pressupõem-se mutuamente”. Essa reflexão liga “a ideia da autonomia jurídica dos cidadãos” e exige, “isso sim, que os destinatários do direito possam ao mesmo tempo ver-se como seus autores.”<sup>27</sup>

Como demonstrado supra, antes de surgir o público ele deve passar pelo privado, **o privado precede ao público**. Habermas, como outrora comentado, estabelece uma inter-relação entre **autonomia pública e autonomia privada**, de forma a integrar o povo (sociedade) e o Estado – a chamada “esfera pública” – que representa [...] “uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição

---

24 ALMEIDA. Processualidade jurídica e legitimidade normativa, 2005. p. 128.

25 MOREIRA, Luiz. A fundamentação do direito em Habermas. 2. ed., Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

26 HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro. São Paulo: Loyola, 2002. p. 293-294.

27 HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro. São Paulo: Loyola, 2002. p. 293-294.

e opiniões; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos.”<sup>28</sup>

Os cidadãos passam a interpretar dialogicamente o direito, incluindo-se nas decisões públicas como autores e destinatários do seu direito. O cidadão passa a ser partícipe da “esfera pública” pela procedimentalidade habermasiana, para-nos, pelo Devido Processo Constitucional, como referente de integração do público e privado<sup>29</sup>, agindo como intérprete da norma, desde seu nascedouro até a sua aplicação, e, por sua vez, se reconhece como autor e destinatário da norma.

#### **4. TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO (PRINCÍPIO DO DISCURSO AO PRINCÍPIO DA DEMOCRACIA)**

Habermas já demonstrava sua preocupação com a necessidade de se reconstruir o Direito, a partir da sua teoria do discurso, da razão comunicativa, através da participação efetiva dos cidadãos no processo de reconstrução e legitimação do Direito e o faz através do conceito de democracia participativa.

O conceito de democracia, proposto por Habermas, implica na autolegislação dos cidadãos e pode ser entendido no seguinte trecho de sua obra “Direito e Democracia entre facticidade e validade”: “Uma ordem jurídica não pode limitar-se apenas a garantir que toda pessoa seja reconhecida em seus direitos por todas as demais pessoas; o reconhecimento recíproco dos direitos de cada um por todos os outros deve apoiar-se, além disso, em leis legítimas que garantam liberdades

---

28 HABERMAS. Direito e democracia: entre facticidade e validade. V. II, 2003. p. 92.

29 “O processo instituição constitucionalizada de controle e regência popular soberana legitimante dos procedimentos como estruturas técnicas de argumentos jurídicos assegurados, numa progressiva relação *espácio-temporal*, de criação, recriação (transformação), extinção, fiscalização, aplicação (decisão) e realização (execução) de direitos, segundo os princípios do contraditório, isonomia e ampla defesa.” Cf. LEAL, Rosemíro Pereira. Teoria processual da decisão jurídica. São Paulo: Landy, 2002. p. 178-179.

iguais”, de modo que “a liberdade do arbítrio de cada um possa manter-se junto com a liberdade de todos”. As leis morais preenchem esta condição *per se*; no caso das regras do direito positivo, no entanto, essa condição precisa ser preenchida pelo legislador político<sup>30</sup>.

No sistema jurídico, o processo da legislação constitui, pois, o lugar propriamente dito da integração social. Por isso, temos que supor que os participantes do processo de legislação saem do papel de sujeitos privados do direito e assumem, através de seu papel de cidadãos, a perspectiva de membros de uma comunidade jurídica livremente associada, na qual um acordo sobre os princípios normativos da regulamentação da convivência já está assegurado através da tradição ou pode ser conseguido através de um entendimento segundo regras reconhecidas normativamente<sup>31</sup>.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, conclui-se que a esfera pública não se desconecta do privado. Não se pode dissociar a autonomia pública da privada, elas “pressupõem-se mutuamente”. Para tanto, importante desmitificar o conceito de “poder”.

Tem-se como propagador da separação ou tripartição dos poderes estatais, em “Poder” Executivo, “Poder” Legislativo e “Poder” Judiciário, fruto das ideias de Montesquieu, donde se justifica essa divisibilidade apenas porque através do poder seria capaz de deter o outro poder, ideias essas refletidas na maioria das constituições no tocante a autonomia e divisão dos poderes do Estado, entretanto, foram mal interpretadas.

Não obstante a perpetuação da expressão separação de poderes, indicar a fragmentação do poder e o fracionamento da soberania do Estado, a moderna compreensão doutrinária resiste à ideia da qual

---

30 HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, Vol. I. p. 52-53.

31 HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, Vol. I. p. 52-53.

o poder possa ser fragmentado, demandando, assim, a substituição da expressão separação dos poderes por separação das funções do Estado.

Ao imortalizar as ideias de Montesquieu como autor da teoria da separação de poderes, fruto, portanto, de um equívoco interpretativo, sequer poderia ser extraída das obras de Montesquieu a expressão separação de poderes do Estado muito menos essa teoria.

Qualquer texto legal que conste a expressão ‘poder’ deve ser compreendida como função estatal delimitada pela Constituição República.

O poder pertence ao povo e não ao Estado e jamais poderia ser dividido.

A esfera pública não se desconecta do privado. A interação de conteúdo, opiniões e posições são desenvolvidas entre elas.

Os espaços públicos estão contaminados pelos “domínios civis”, dos patrimonializados tendo do outro lado os despatrimonializados, um povo inesclarecido, alienado pelas caridades, necessidades e falta de ilustração da compreensão do espaço que ocupa. Diga-se, um povo sequestrado inconscientemente e acomodado com a dominação que lhe é imposta.

Como demonstrado supra, antes de surgir o público ele deve passar pelo privado; o privado precede ao público. A inter-relação entre autonomia pública e autonomia privada deve integrar o povo (sociedade) e o Estado – a chamada “esfera pública” – que representa.

Os cidadãos passam a interpretar dialogicamente o direito, incluindo-se nas decisões públicas como autores e destinatários do seu direito. O cidadão passa a ser partícipe da “esfera pública”, como referência de integração do público e privado, agindo como intérprete da norma, desde seu nascedouro até a sua aplicação, e, por sua vez, se reconhece como autor e destinatário da norma.

Por fim, através da participação do povo (legitimado ao Processo), aberto a todos participantes da comunidade jurídica, será possível libertar-se das amarras seculares de dominação e das leis antidemocráticas.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Andréa Alves de. Processualidade jurídica e legitimidade normativa. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005.

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena. Filosofando: introdução à filosofia. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Moderna, 1993.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral da cidadania. São Paulo: Saraiva, 1995.

BONAVIDES, Paulo. Teoria do estado. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BONAVIDES, Paulo. Ciência política. 10. ed. 9. tir. São Paulo: Malheiros, 2000.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Direito constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CHAVES, Charley Teixeira. Ministério Público como instituição permanente popular: os sujeitos processuais no direito democrático. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

CHAVES, Charley Teixeira. O povo e o tribunal do júri. 2. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2020.

CHAVES, Teixeira Chaves. Curso de teoria geral do processo. 4. ed. Belo Horizonte: Editora D'plácido, 2020.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Responsabilidade do estado pela função jurisdicional. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

HABERMAS, Jürgen. Técnica e ciência como ideologia. Lisboa: Edições 70, 2001.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. v. I e II. 2. ed. trad: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria processual da decisão jurídica. São Paulo: Landy, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria geral do processo. 5. ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004.

LEAL, Rosemiro Pereira. Processo civil e sociedade civil. Virtua-jus: Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito da PUC Minas, Belo Horizonte, a. 4, n. 2, dezembro de 2005e. Disponível em: <[http://www.fmd.puc Minas.br/Virtuajus/Prod\\_Docente\\_Ano2.html](http://www.fmd.puc Minas.br/Virtuajus/Prod_Docente_Ano2.html)>. Acesso em 26 abr. 2006.

MOREIRA, Luiz. A fundamentação do direito em Habermas. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

# **6 AUTONOMIA PRIVADA E CONTRATOS: uma releitura da “crise da vontade” e da teoria da estandardização**

**Leônidas Meireles Mansur Muniz de Oliveira**

Doutor em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG). Mestre em Direito Empresarial (Bolsista FAPEMIG) e Bacharel em Direito pela PUCMG. No período da graduação, atuou em pesquisa e extensão universitária, representou a PUCMG internacionalmente na Cidade de Díli, Timor Leste, realizou intercâmbio em Ensino Internacional na Escola norte-americana Language Studies International (LSI), na cidade de Boston, Massachusetts. Possui experiência em gestão educacional como Coordenador de Curso de Direito, Coordenador de Núcleo de Prática Jurídica, Membro de Comissão Permanente de Avaliação, Membro de Comitê de Ética em Pesquisa e Implementação de Metodologias Ativas. Na docência, atua como Professor Substituto na UFLA (Aprovado no concurso 51/20), Professor da Graduação na PUCMG, Professor na pós-graduação em Direito Contratual e Gestão Empresarial da PUCMG Barreiro e Praça na Liberdade. É membro da Diretoria do Estado de Minas Gerais do IBDCONT (Instituto Brasileiro de Direito Contratual). Coordenador da Revista de Direito do Terceiro Setor da Editora Fórum, Avaliador da Revista de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Avaliador da Revista da Faculdade Mineira de Direito da PUCMG – VirtuaJus, Avaliador ad hoc da Revista Percurso Acadêmico da PUCMG Barreiro, Pesquisador vinculado ao Núcleo Jurídico de Políticas Públicas da PUCMG (NUJUP), Advogado militante e palestrante.

**André Anderson Gonçalves de Oliveira**

Discente no curso de Direito pela Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG). Atualmente estagiário na revista VirtuaJus da Faculdade Mineira de Direito.



# **AUTONOMIA PRIVADA E CONTRATOS: uma releitura da “crise da vontade” e da teoria da standardização**

## **Leônidas Meireles Mansur Muniz de Oliveira**

Doutor em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG). Mestre em Direito Empresarial (Bolsista FAPEMIG) e Bacharel em Direito pela PUCMG. No período da graduação, atuou em pesquisa e extensão universitária, representou a PUCMG internacionalmente na Cidade de Díli, Timor Leste, realizou intercâmbio em Ensino Internacional na Escola norte-americana Language Studies International (LSI), na cidade de Boston, Massachusetts. Possui experiência em gestão educacional como Coordenador de Curso de Direito, Coordenador de Núcleo de Prática Jurídica, Membro de Comissão Permanente de Avaliação, Membro de Comitê de Ética em Pesquisa e Implementação de Metodologias Ativas. Na docência, atua como Professor Substituto na UFLA (Aprovado no concurso 51/20), Professor da Graduação na PUCMG, Professor na pós-graduação em Direito Contratual e Gestão Empresarial da PUCMG Barreiro e Praça na Liberdade. É membro da Diretoria do Estado de Minas Gerais do IBDCONT (Instituto Brasileiro de Direito Contratual). Coordenador da Revista de Direito do Terceiro Setor da Editora Fórum, Avaliador da Revista de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Avaliador da Revista da Faculdade Mineira de Direito da PUCMG – VirtuaJus, Avaliador ad hoc da Revista Percurso Acadêmico da PUCMG Barreiro, Pesquisador vinculado ao Núcleo Jurídico de Políticas Públicas da PUCMG (NUJUP), Advogado militante e palestrante.

## **André Anderson Gonçalves de Oliveira**

Discente no curso de Direito pela Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG). Atualmente estagiário na revista VirtuaJus da Faculdade Mineira de Direito.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. A autonomia privada e a standardização dos contratos; 2.1 O contrato, crise da vontade, autonomia privada e autonomia da vontade – uma visão histórica e contemporânea; 2.2 Autonomia privada e o contrato contemporâneo; 3. A contratação em massa, standardização e revisão judicial; 4. Considerações finais; Referências.

## **1. INTRODUÇÃO**

O contrato é um dos institutos mais antigos e mais utilizados do direito privado. A doutrina contemporânea, dia após dia, vem

aprimorando, cada vez mais, as teorias que se aplicam a esse ramo do direito privado. O estudo da teoria geral dos contratos, contemporaneamente, já passa a ser estendido para a compreensão dos contratos empresariais, contratos consumeristas, contratos de trabalho, além dos contratos civis. Logo, é perceptível a rápida adaptação do instituto diante das diversas modificações sociais. Os contratos ao mesmo tempo em que figuram como um instituto secular, podem ser considerados os mais contemporâneos dos componentes do direito privado, afinal tem se adaptado muito às realidades distintas da vida atual.

Essas modificações e novas configurações colocam em xeque preceitos e teorias já adormecidos no direito contratual. Temas como a crise da vontade, a autonomia privada, a autonomia da vontade, a morte dos contratos e a standardização dos contratos parecem ultrapassados, porém, são de grande pertinência e contemporaneidade. Assim como os contratos, com a modificação dos paradigmas sociais, que refletem no direito contratual, tais teorias e postulados merecem ser revistos, principalmente em tempos no qual impera, fortemente, o dirigismo contratual.

A contratação em massa, a fortificação da separação do estudo dos contratos empresariais dos contratos civis e a grande quantidade de pedidos de revisão contratual, oriunda da ausência da fase de negociação nos contratos, são pontos que merecem chamar a atenção dos estudiosos contemporâneos dos contratos para que se possa refletir sobre todos esses conceitos à luz dos fenômenos atuais.

Com base nessas ideias, o presente artigo tem como objetivo convidar o leitor a revisitar conceitos como os da autonomia privada, da autonomia da vontade, da crise dos contratos, da standardização dos contratos e do dirigismo contratual. O objetivo desse convite é demonstrar, para o leitor que, em se tratando de direito contratual, não há que se falar em teoria ou postulado já pacificado; o direito contratual é um ramo cosmopolita do direito e todos os seus institutos, sejam clássicos ou modernos, precisam sempre ser revisitados para

que possamos sempre compreender, da melhor forma, a dinâmica dos contratos.

Este artigo tem como método de estudo uma revisão com enfoque teórico e bibliográfico, bem como análise jurisprudencial, com o fito de ilustrar questões levantadas no decorrer do texto. Foram selecionados autores clássicos e contemporâneos para apresentar, ao leitor, diversas visões sobre o tema proposto; sendo assim, autores como Orlando Gomes, César Fiuza, Giselda Hironaka, Enzzo Roppo, Flávio Tartuce dentre outros fazem-se marcos teóricos deste estudo.

Para alcançar o objetivo proposto, o presente artigo será dividido em duas grandes seções. Na primeira, será abordada a relação temática entre a autonomia privada e a teoria da standardização, bem como temas como a crise da vontade e a morte dos contratos; na segunda seção, será apresentada uma reflexão sobre os contratos de adesão em massa e seus reflexos no Poder Judiciário e no direito contratual.

## **2. A AUTONOMIA PRIVADA E A STANDARDIZAÇÃO DOS CONTRATOS**

Antes de aprofundar acerca do controverso e polêmico fenômeno da standardização dos contratos, é importante retroagir e dissertar sobre a crise da autonomia da vontade, o apogeu da autonomia privada, e, a suposta crise dos contratos, que contribuem diretamente para a padronização generalizada dos instrumentos contratuais.

### **2.1 O CONTRATO, CRISE DA VONTADE, AUTONOMIA PRIVADA E AUTONOMIA DA VONTADE – UMA VISÃO HISTÓRICA E CONTEMPORÂNEA**

Em meados do século XVIII, com as constantes revoluções de cunho liberal que assolavam as principais potências do mundo, a liberdade era o maior paradigma e valor a ser alcançado. Leis, ordenamentos, mentalidades, políticas, tudo estava voltado para a

liberdade. E, deste modo, a visão liberal se associou, de forma intensa, ao direito civil, o ramo destinado a regular a vida privada e a relação *inter partes* dos indivíduos.

Dentre vários institutos que sofreram uma forte inspiração do ideário de liberdade, pode-se dizer que o contrato foi o que mais naturalmente se vinculou a essa ideia. O princípio da autonomia da vontade é definido, pelo jurista Carlos Roberto Gonçalves, como “o poder dos contratantes de disciplinar os seus interesses mediante acordo de vontades suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica” (GONÇALVES, 2013, p.41). Deste modo, é evidente que a noção de contratos, no passado, era diretamente associada com o princípio da autonomia da vontade, isto é, a liberdade contratual possuía caráter absoluto, de modo que a vontade expressa nos contratos possuía efeitos amplos e irrestritos pelo poder estatal. Essa vontade absoluta passa a ser balizada pela legislação, ou seja, começa a se falar em autonomia privada e não autonomia da vontade. Aquela é configurada pelo direito de escolher o objeto do contrato, bem como escolher a parte com quem contratar, devendo sempre observar os preceitos da boa-fé objetiva e da função social dos contratos. (TARTUCE, 2018).

Para Orlando Gomes (1983), a relativização da vontade no negócio jurídico apresenta a denominada “crise da vontade”:

Tendo passado a ser, na atividade econômica, o “mecanismo funcional e instrumental da empresa”, antes que da propriedade, o contrato se desnatura como categoria jurídica, perdendo seus caracteres originários de ato de vontade, mais salientes na teoria do negócio jurídico elaborada pelos pandectistas. Para explicar os mecanismos de vinculação jurídica utilizados no exercício das atividades econômicas organizadas sob forma de empresa, no empenho de decidir se lhe são aplicáveis as disposições legais e os princípios relativos ao negócio jurídico, os doutores imaginam e desenham novas figuras jurídicas, tais como os negócios de atuação, as relações contratuais

fáticas, o comportamento social típico, a obrigação de contratar. Semelhante preocupação revela a existência de uma crise da autonomia privada, na qual se funda a imagem do negócio jurídico. É que “despojado do seu conteúdo de vontade, o negócio jurídico perde grande parte das próprias razões de ser”. (...) (GOMES, 1983, p. 86).

Deste modo, é evidente que a revisão contratual enfrentava uma série de entraves e obstáculos, devido ao caráter patrimonial absoluto, ao efeito cogente da vontade, e, ao princípio que fundamentou o sobrepujar dos interesses privados: *pacta sunt servanda*. Tal princípio fundamenta que o contrato se faz lei entre as partes, e como estabelece o professor Caio Mário Pereira:

Os sistemas de direito positivo consignaram a predominância da regra segundo a qual o contrato se forma pelo consenso das partes. Retomou uma velha parêmia, *pacta sunt servanda*, não apenas para dizer que os contratos devem ser cumpridos (princípio da força obrigatória), mas para generalizar que qualquer ajuste, como expressão do acordo de vontade das partes, tem igual força cogente. (PEREIRA, 2017, p. 18).

Sendo assim, os contratos se apresentavam como instrumentos análogos a normas cogentes absolutas, de modo que não eram submetidas a intervenções estatais em seus elementos formais, subjetivos, substanciais. Apesar de representar uma autonomia plena da vontade privada, que alimentava e sanava os anseios liberais, é mister que tal hegemonia patrimonial é danosa à noção de coletividade, dignidade humana, que se torna o foco da teoria da autonomia privada.

Segundo César Fiuza (2021) “o contrato pertence à espera social, no máximo na privada, nunca na esfera íntima, o que legitima a intervenção estatal para harmonizar os interesses em conflito”. (2021,

p. 410). É perceptível que a mudança de paradigma na regulação dos contratos refletiu diretamente em suas formas de execução, interpretação e integração.

O contrato, instrumento milenar, que abrigava o máximo da esfera íntima, passa a conceder abrigo ao denominado dirigismo contratual. Ou seja, as questões privadas começam a ser equilibradas com as questões coletivas, permitindo o Estado regular a relação entre particulares. Atualmente, o dirigismo contratual, apesar de necessário, encontra-se em alta principalmente nos contratos de natureza jurídica consumerista e civis. Os contratos de natureza empresarial, com a inserção do artigo 421-A no Código Civil, por força da Lei nº 13.874 de setembro de 2019, passam pela revisão contratual em caráter de exceção, contudo, não fogem completamente à regra.

O dirigismo contratual divide opiniões na doutrina civilista contemporânea e abre brecha para o questionamento de uma suposta perda de função dos contratos. Afinal, de que adianta gozar da liberdade de contratar e da liberdade contratual sendo que o pacto poderá ser interpretado ou integrado por um agente – Poder Judiciário – que não faz parte dele?

César Fiuza apresenta a importância e a necessária atuação do Poder Judiciário na seara contratual, lembrando a importância da interpretação e integração do instrumento pelo Poder Judiciário, sem aventar nenhum abalo na estrutura jurídica do negócio jurídico, veja-se:

O homem vive em sociedade. Qualquer exame que não leve isso em conta será pura abstração, em princípio, sem qualquer finalidade útil. Raymond Racine dizia que a densidade das populações provoca uma interdependência social desconhecida dos tempos passados, daqueles que elaboram as bases do pensamento econômico, que era liberal. Não é concebível, hoje em dia, separar as prerrogativas privadas das coletivas. (FIUZA, 2021, p. 409).

O trecho destacado demonstra a importância de se estabelecer uma releitura sobre a temática, afinal o contrato contemporâneo não perde sua função pelo fato de não existir mais uma separação entre as prerrogativas privadas e coletivas; pelo contrário. O contrato torna-se mais dinâmico e, cada vez mais, denota a importância da autonomia privada no contrato contemporâneo.

## 2.2 AUTONOMIA PRIVADA E O CONTRATO CONTEMPORÂNEO

Devido às mudanças de paradigmas na realidade contemporânea, como a complexidade social e a égide dos direitos individuais, sociais e difusos que moldam a vigência do Estado Democrático de direito, o princípio da autonomia privada encontra solo fértil para a consolidação de uma noção contratual associada com a preservação da vontade privada, juntamente com a garantia dos direitos coletivos.

De acordo com o autor Orlando Gomes (1983, p.79), “a autonomia privada é, em sentido *lato*, o poder atribuído à vontade individual de partejar relações jurídicas concretas, admitidas, previstas, reguladas *in abstracto* na lei”. Deste modo, é evidente que a consolidação da autonomia privada surge como um remédio jurídico com o intuito de sanar os danos causados pela autonomia da vontade, como a hegemonia patrimonial, lesões à dignidade humana e liberdade de imposições abusivas. Também, Tartuce define tal conceito:

A autonomia privada é o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações que participam, estabelecendo-lhe o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica. Sinônimo de autonomia da vontade para grande parte da doutrina contemporânea, com ela, porém não se confunde, existindo entre ambas, sensível diferença. A expressão ‘autonomia da vontade’ tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto a autonomia privada marca o poder da vontade

no direito de um modo objetivo, concreto e real. (TARTUCE, 2017, p. 655).

Assim, a autonomia privada estabelece a independência do contratante de regular seus respectivos interesses, garantindo a liberdade privada das partes. Contudo, esta liberdade privada não é plena e absoluta, tendo em vista que a lei e princípios constitucionais, como a boa-fé objetiva, função social e dignidade humana, são elementos que limitam esta autonomia, de modo a tutelar não apenas a relação particular, mas também os efeitos difusos e coletivos do instrumento contratual.

O que ocorre, então, é a relativização do *pacta sunt servanda*. Ou seja, é garantida por lei a liberdade de contratar, sendo, o indivíduo livre para regular a composição subjetiva de seus negócios jurídicos, devendo somente se atentar a certas exceções que a lei limita, como por exemplo o art. 497 do Código Civil, que veda a compra e venda de bens pelos tutores, curadores, testamentários e administradores.

Além disso, é também garantida a liberdade contratual, que consiste na liberdade privada de regular o objeto do contrato, porém se submetendo à limitação estatal acerca do conteúdo do contrato, que deve estar em conformidade com o ordenamento jurídico.

Tais elementos que compõem a intitulada autonomia privada podem ser presenciados no Código Civil de 2002, que funda a constitucionalização do direito civil, que em seu artigo 421 estabelece:

Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. Parágrafo único: Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e excepcionalidade da revisão contratual. (BRASIL, Lei nº 10.406, 2002).

Assim, a Constituição privada consolida o princípio da autonomia privada no instituto dos contratos, de modo que é garantida a autonomia individual das partes de regular seus próprios interesses.

Contudo, o Estado atuará na regulação de certos elementos contratuais, com o intento de preservar a igualdade das partes, combater qualquer abusividade e onerosidade excessiva de uma parte, e resguardar o interesse social, que é afetado pelos contratos, tendo em vista que atualmente negócios jurídicos não possuem meramente um efeito *inter partes*, mas sim, análogo ao efeito *erga omnes*, repercutindo em toda a sociedade.

### **3. A CONTRATAÇÃO EM MASSA, ESTANDARDIZAÇÃO E REVISÃO JUDICIAL**

Como exposto anteriormente, o conceito e as noções associadas ao instituto dos contratos são objetos de constantes mudanças, de modo que os contratos se moldam com base nas novas realidades, sociais, jurídicas e costumeiras. Assim, o conceito contemporâneo de contratos é definido pelo jurista Paulo Nalin (2005, p. 55) como “uma relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre titulares, mas também perante terceiros”.

Deste modo, Nalin expõe os elementos constitutivos fundamentais dos contratos, tais como a vontade das partes, a tutela constitucional e o caráter coletivo dos efeitos contratuais. Levando em conta estes elementos, podemos analisar como a standardização dos contratos lesa e danifica cada um deles, e como este fenômeno disseminado na sociedade pode ser um fator que incentiva a teoria conhecida como a suposta crise dos contratos.

A standardização dos contratos consiste na intensa padronização dos instrumentos contratuais na atualidade, de modo que empresas, corporações, sites digitais e afins, impõem, ao consumidor ou ao contratante, contratos rígidos, inflexíveis, com cláusulas preestabelecidas, em que se torna impossível para quem está assinando, dissertar acerca do conteúdo e manifestar sua vontade privada. Assim, cabe ao contratante aceitar ou recusar.

Primeiramente, é evidente que isso fere o princípio da autonomia privada, pois, como foi dito, o conceito contemporâneo de contratos estabelece a necessidade de declarações de vontade de ambas as partes, de modo que o contrato seja um instrumento subjetivo, ou seja, demonstre o interesse de ambas as partes. Deste modo, a estandardização dos contratos lesiona a vontade privada do indivíduo, e este, parte presumida pelo Código de Defesa do Consumidor como a mais frágil da relação jurídica, é exposto a uma realidade fática de abusividade, admoestação de direitos, de forma análoga a um regime ditatorial, em que a liberdade é apenas um sonho utópico a ser dificilmente alcançado.

Além da limitação da declaração da vontade, outro fator que merece destaque são as cláusulas leoninas e abusivas presentes em contratos massificados, de modo que é imposto, ao contratante, aceitá-las, sem debates, consenso e participação de ambas as partes. Tais cláusulas que impõem consequências extremamente onerosas aos contratantes podem ser vistas de forma reiterada em contratos estandardizados, como, por exemplo, contratos de adesão.

Culminado pela intensa massificação dos contratos, o contrato de adesão é aquele em que suas cláusulas são preestabelecidas por uma parte, e imposta a outra parte, com o intuito teórico de facilitar e tornar mais práticas contratações e realizações de negócios. Contudo, o que se mostra é um acordo unilateral e desproporcional, tendo em vista que a parte que elabora o contrato irá favorecer sua vontade própria, e a parte contratante ficará a mercê de um instrumento contratual que legitima a disparidade entre sujeitos. Sendo assim, contratos de adesão, estandardizados por natureza, tornam-se diretamente responsáveis por cláusulas abusivas impostas aos consumidores, de modo que são expostos a uma onerosidade excessiva, e não podem manifestar sua vontade para combater tal imposição. Neste prisma, os consumidores se localizam no polo mais vulnerável da relação jurídico-econômica, e de acordo com a professora Cláudia Lima Marques:

Em uma visão particular, podemos afirmar que o arbítrio e a unilateralidade excessiva na fixação de elementos essenciais do contrato (sujeitos, objeto, preço e consenso) detectados nas cláusulas leoninas e meramente potestativas são características comuns com as cláusulas hoje consideradas abusivas. A diferença estaria no grau de unilateralidade e de arbítrio antes exigido, muito maior do que o atual, e na matéria regulada pelas cláusulas consideradas abusivas, que hoje pode englobar (e geralmente faz) os elementos não essenciais do negócio, como as garantias referentes ao vício do objeto, a evicção, ao pagamento, ao não atraso do pagamento. (MARQUES, 1995, p. 292).

Deste modo, evidencia-se que os contratos estandardizados possuem características comuns às cláusulas atualmente denominadas abusivas, pois anulam a vontade privada de se manifestar na celebração contratual, aplicam cláusulas questionáveis aos princípios da boa-fé objetiva e da dignidade humana, além de expor o contratante a uma onerosidade excessiva. Contudo, por se tratar de um entrave extensamente disseminado na sociedade contemporânea, leis e jurisprudências atuam como um remédio jurídico, buscando sanar tal questão.

Como é exposto no próprio princípio da autonomia privada, quanto no art. 421 do Código Civil, a revisão contratual, apesar de possuir um caráter excepcional, pode ser aplicada no caso concreto. Neste sentido, a revisão contratual consiste em um objeto jurídico voltado ao dirigismo contratual, que se define na intervenção do Estado perante o instrumento privado, aplicando princípios constitucionais no caso concreto e atuando com o objetivo primário de combater o individualismo contratual, buscando equiparar as partes que se encontram em desigualdade evidente.

Ainda nesta seara, é importante citar a importância do Código de Defesa do Consumidor no combate à estandardização dos contratos, à

anulação da declaração da vontade privada e à imposição de cláusulas leoninas. De acordo com o art. 51 da mesma lei:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: IV – estabeleçam obrigações consideradas incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; § 2º A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes. (BRASIL, Lei nº 8.078/90).

Desta forma, o art. 51 estabelece a possibilidade de nulidade de cláusulas contratuais que estabelecem obrigações abusivas aos contratantes, além de desvantagem exagerada que são incompatíveis com os princípios constitucionais de justiça. Sendo assim, o contratante de um contrato estandardizado, alvo de diversas cláusulas danosas e onerosas, pode requerer a nulidade absoluta das mesmas, de modo que tal proteção ao consumidor busca sanar a disparidade *inter partes*, e manter a igualdade entre as partes, que é preconizada pelo Código Civil e legislações que visam combater a exploração contratual.

Neste sentido, é evidente a importância da aplicação da teoria do diálogo das fontes, com o intento de tutelar de forma mais eficaz os entraves sofridos pela parte mais frágil da relação consumerista-contratual. Assim, a teoria consiste na “via de diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002, visando a solução de antinomias das normas” (TARTUCE, 2013, p. 24). Em suma, a teoria do diálogo das fontes leciona que no momento da interpretação de um contrato civil, o Judiciário poderá se valer de regras e princípios do Direito do Consumidor, consolidando de forma eficaz o conceito de justiça.

Considerando-se então, a situação jurídica do Brasil contemporâneo, em que contratos estandardizados se tornam padrões

consolidados, é possível concluir que essa massificação de contratos de adesão, por exemplo, culmina em litígios, ignorância de preceitos constitucionais, imposições de cláusulas abusivas e onerosas, dentre outras consequências. Dessa forma, cabe ao Estado atuar de forma intensa, a partir de revisões contratuais que, durante a construção do Código Civil, foram pensadas como um instrumento excepcional. Porém, com o fenômeno da standardização dos contratos, o dirigismo contratual tornou-se uma prática cada vez mais comum na jurisdição brasileira, o que é possível de ser comprovado a partir da análise da jurisprudência contemporânea.

É preciso ressaltar que o necessário dirigismo contratual promoveu, também, a denominada “suposta crise dos contratos” ou como leciona Tartuce (2018): “a morte dos contratos”. Essa é uma temática há tempos discutida no direito civil, mas que ainda faz-se presente e contemporânea, afinal, a revisão judicial e os contratos em massa são cada vez mais comuns no Brasil. No entanto, segundo Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, não há que se falar na morte dos contratos, mas sim na sua modificação, na sua adaptação:

Confundindo-se, muitas vezes, liberdade de contratar com liberdade contratual, o diagnóstico foi sempre muito pessimista, a respeito da sobrevida institucional do contrato. Mas, como o “sonho de John Lenon”, o contrato não morreu. Nem declinou, nem encolheu, nem perdeu espaço, nem poder. Rui de Alarcão escreveu, e com toda a razão, que tal pessimismo foi claramente desmentido, a significar que o alarde foi exagerado e que a pós-modernidade prescreve a necessidade de novos modelos de realização do Direito, estando entre eles, certamente, os novos modelos contratuais que todos os dias se multiplicam, indicando uma fertilidade inesgotável desses paradigmas e o seu verdadeiro e sempre renovado papel de organizador e auto-regulamentador dos interesses privados. Ora mais publicizado, ora mais socializado, ora mais poroso à intervenção estatal, ora

mais limitado quanto ao seu conteúdo específico, ora mais funcionalizado, não importa. Todas essas faces são as faces do contrato, que se transmuda e evolui sempre, com o a própria transmudação e evolução da pessoa humana e das relações que estabelece com os demais. A dinâmica própria da vida dos homens e a realidade jurídica subjacente conseguem explicar e justificar essa mobilidade, traçando-a naturalmente, conforme convém, e imprimindo o devido grau de certeza acerca da necessidade e urgência desta releitura contratual. Construção e crítica se alternaram, [desde o início do anterior século], produzindo um movimento de edificação de uma teoria [geral do Direito privado] tão sólida quanto volátil. Esse movimento é absolutamente saudável, rejuvenescedor e revigorante para as instituições privadas, mesmo porque, dizendo respeito a relações de natureza intersubjetiva, quer dizer, dos sujeitos entre si, essas instituições se renovam com o próprio uso, e o seu eventual desuso é que pode acarretar sua morte, por inércia. O contrato não caiu em desuso nunca e, por isso, permanece vivo; sua força revela sua indispensabilidade no trato das relações jurídicas e da manutenção da segurança. (HIRONAKA, 2002, p. 128).

O fenômeno da estandardização dos contratos se tornou disseminado na realidade jurídica atual, de modo a facilitar as firmações de contratos e negócios jurídicos, de forma prática e dinâmica. Contudo, consiste em um elemento comprometedor da autonomia privada dos indivíduos de manifestarem suas respectivas vontades, submetendo-se à vontade da empresa, de cunho unilateral, devendo o contratante aceitar as cláusulas sem possibilidade de discuti-las.

Esse elemento danoso à manifestação da autonomia individual dos consumidores pode ser vista, de forma clara, na jurisprudência

contemporânea brasileira. Neste sentido, é possível analisar o posicionamento da jurisdição brasileira perante tal entrave.

A partir da análise jurisprudencial na contemporaneidade, é evidente que o dirigismo contratual se tornou um personagem protagonista do instituto contratual. É definido como um princípio limitador da autonomia da vontade das partes, consistindo na atuação estatal por meio do poder jurisdicional, de modo a proteger e tutelar as partes mais fracas da relação contratual, resguardando o interesse social e coletivo. Neste sentido, é cada vez mais comum a atuação estatal perante instrumentos privados, pois com a alta disseminação dos contratos estandardizados, como por exemplo os contratos de adesão, é evidente que as revisões contratuais são usuais, de modo a solucionar relações desiguais e tornar nulas as cláusulas que atentam contra o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da função social.

De acordo com a Apelação Cível n. 2015.021582-7, de Criciúma (1ª Vara Cível):

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REVISIONAL. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. FINANCIAMENTO DE VEÍCULO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. RECURSO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. POSSIBILIDADE DE REVISÃO CONTRATUAL. CONTRATO DE ADESÃO. CONSUMIDOR QUE ACEITA AS CLÁUSULAS EM BLOCO OU NÃO AS ACEITA. PRINCÍPIO PACTA SUNT SERVANDA MITIGADO. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR À RELAÇÃO JURÍDICA FORMADA ENTRE AS PARTES. ARTS. 2º E 3º DO CDC. SÚMULA 297 DO STJ. POSSIBILIDADE DE REVISÃO DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 6º E 54 DO CDC. APELO NÃO PROVIDO NESSE ASPECTO. JUROS REMUNERATÓRIOS. UTILIZAÇÃO DA TAXA MÉDIA DE MERCADO DIVULGADA PELO BACEN COMO REFERENCIAL PARA A CONSTATAÇÃO DA ABUSIVIDADE. PARÂMETRO AMPLAMENTE ADMITIDO PELA JURISPRUDÊNCIA. ENUNCIADOS I E IV DO GRUPO

DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL DESTES E TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SÚMULA 296 E RESP N. 1.061.530/RS, AMBOS DO STJ. VERIFICAÇÃO DE QUE A TAXA CONTRATADA NO PACTO É SUPERIOR À MÉDIA DE MERCADO. LIMITAÇÃO À MÉDIA DE MERCADO. SENTENÇA MANTIDA NESTE ASPECTO. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO CONTRATUAL. INEXISTÊNCIA DE PROVA DE QUE O ENCARGO ESTÁ SENDO EXIGIDO DO DEVEDOR. DISCUSSÃO ACERCA DA ABUSIVIDADE INÓCUA. ENCARGOS DA INADIMPLÊNCIA PREVISTOS NO PACTO: JUROS REMUNERATÓRIOS, LIMITADOS À TAXA MÉDIA DE MERCADO NA ÉPOCA DA CONTRATAÇÃO; JUROS DE MORA DE 1% AO MÊS E MULTA CONTRATUAL DE 2%. RECURSO PROVIDO NESTE TÓPICO. CORREÇÃO MONETÁRIA. CÁLCULO QUE DEVE OBSERVAR O INPC, EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE ESTIPULAÇÃO CONTRATUAL. DECISUM MANTIDO. MORA. CARACTERIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE DEPÓSITO DO VALOR INCONTROVERSO OU CAUÇÃO IDÔNEA. INADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL DA DÍVIDA. INSURGÊNCIA ACOLHIDA. RECURSO PROVIDO NO TÓPICO. INSCRIÇÃO DO NOME DO AUTOR NOS CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. ORIENTAÇÃO N. 4 DO RESP REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA Nº 1.061.530/RS. AUSÊNCIA DE DEPÓSITO DA PARCELA INCONTROVERSA OU DE PRESTAÇÃO DE CAUÇÃO. POSSIBILIDADE DA NEGATIVAÇÃO ANTE O NÃO CUMPRIMENTO DO REQUISITO ANTERIORMENTE CITADO. SENTENÇA REFORMADA NESTE PONTO. MANUTENÇÃO DO AUTOR NA POSSE DO BEM. IMPOSSIBILIDADE EM RAZÃO DA CARACTERIZAÇÃO DA MORA E AUSÊNCIA DE DEPÓSITO. REFORMA DO DECISUM NESTE ASPECTO. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. MANUTENÇÃO. DEVOUÇÃO DOS VALORES COBRADOS INDEVIDAMENTE, NA FORMA SIMPLES. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. READEQUAÇÃO.

JULGAMENTO DO RECURSO QUE IMPORTA NO RECONHECIMENTO DA SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. ART. 21, CAPUT, DO CPC. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

(TJ-SC – AC: 20150215827 Criciúma 2015.021582-7, Relator: Soraya Nunes Lins, Data de Julgamento: 30/04/2015, Quinta Câmara de Direito Comercial).

Neste caso concreto em questão, a apelante V Financeira S/A Crédito Financiamento e Investimento defende que não existe a possibilidade de revisão contratual, tendo em vista que a atuação estatal neste contrato pode ser considerada um atentado ao princípio do *pacta sunt servanda*. Contudo, a relatora Soraya Nunes Lins questiona tal afirmação, fundamentando que “a finalidade dessa relativização, necessário que se diga, não é a de modificar livremente as cláusulas e não observar a autonomia das vontades, mas unicamente de resguardar a função social do contrato e a boa-fé objetiva, com vistas à manutenção do equilíbrio contratual.”

Deste modo, o Poder Judiciário se posiciona de modo a reestabelecer o equilíbrio contratual, combatendo práticas e cláusulas extremamente onerosas, classificadas como abusivas.

Desse modo, é possível a revisão do contrato bancário quando a parte indicar as cláusulas e práticas comerciais que considera abusivas. Importante anotar que o art. 6º, incisos IV e V, do CDC disciplina ser direito básico do consumidor a proteção contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos ou serviços, assim como a modificação das que estabeleçam prestações desproporcionais ou a sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.

Desta forma, é evidenciado pela jurisprudência que é possível e é fundamental que haja a revisão contratual quando houver desproporção entre as partes, pois consiste em direito básico do consumidor, que são expostos a contratos de adesão e suas cláusulas

abusivas, que nas palavras de Nelson Nery Júnior, o consumidor “aceita-as, em bloco, ou não as aceita”.

Assim, apesar de diversas críticas ao ativismo judicial e a interferência incessante nos negócios da esfera privada, é indispensável a atuação estatal para a proteção das partes hipossuficientes da relação contratual.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Considerando-se, então, os entraves gerados pela estandardização dos contratos no universo do direito privado brasileiro, é importante que certos institutos e fenômenos jurídicos sejam discutidos e abordados sob uma visão embasada em paradigmas constitucionais.

Neste sentido, é indispensável que o poder jurisdicional, ao ser provocado, atue de modo a tutelar a dignidade e a integridade dos mais vulneráveis na relação contratual, a partir de revisões contratuais que combatam onerosidades excessivas, abusividades contratuais e cláusulas leoninas que lesem direitos de primeira, segunda e terceira geração.

Desta forma, apesar de muitos argüirem que o Poder Judiciário na atualidade atua de modo a ferir e demolir a autonomia privada e princípios como o *pacta sunt servanda*, é evidente que na verdade, trata-se do apogeu dos paradigmas do Estado Democrático de Direito e do Direito Civil-Constitucional, que garante a autonomia individual de cada cidadão, contudo limitando certos aspectos da vontade privada, devido à preocupação essencial com a coletividade e harmonia social.

## REFERÊNCIAS

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.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais. 9. ed., v. 3. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Orlando. Novos temas de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GOMES, Orlando. Teoria geral dos contratos. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado. Revista de Direito da Universidade de São Paulo. V. 97. São Paulo: 2002. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67537>>. Acesso em: 21 de setembro de 2021.

NALIN, Paulo. Do contrato: conceito pós-moderno. Curitiba: Juruá, 2005. p. 255

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil: contratos. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, [s. n.], 2018. v. 3.

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

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. A evolução do direito contratual brasileiro. (2020) Site JusBrasil. Disponível em: <<https://claudiamaraviegas.jusbrasil.com.br/artigos/829904071/a-evolucao-do-direito-contratual-brasileiro>>. Acesso em 21 de setembro de 2021.



# 7 AUTONOMIA PRIVADA EM TEMPOS DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

**Oksandro Gonçalves**

Pós-Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa com bolsa CAPES. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Professor Titular da PUCPR. Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da PUCPR. Advogado. E-mail: [oksandro.goncalves@pucpr.br](mailto:oksandro.goncalves@pucpr.br).





# **AUTONOMIA PRIVADA EM TEMPOS DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL**

**Oksandro Gonçalves**

Pós-Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa com bolsa CAPES. Doutor em Direito pela da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Mestre em Direito pela da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Professor Titular da PUCPR. Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da PUCPR. Advogado. E-mail: oksandro.goncalves@pucpr.br.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Autonomia da vontade e autonomia privada; 3. Inteligência artificial – primeiras reflexões de seus impactos sobre a autonomia privada; 4. Considerações finais; Referências.

## **1. INTRODUÇÃO**

O presente artigo visa apresentar algumas reflexões a respeito dos possíveis impactos da inteligência artificial sobre a autonomia privada.

Recentemente, o tema da inteligência artificial ganhou amplo espectro no meio acadêmico, sendo objeto de discussões em áreas como o Direito, a Economia, a Filosofia e a Ética, para ficar apenas naquelas que interessam, neste momento, ao texto a seguir apresentado.

Infelizmente não é possível dizer ao certo em que estágio se encontra o desenvolvimento da inteligência artificial, entretanto, alguns indícios apontam para um estágio avançado e, porque não dizer, preocupante, eis que o desenvolvimento tecnológico tem caminhado a passos largos, enquanto as Ciências Sociais e Humanas, em geral, têm promovido debates, mas não na mesma velocidade.

Dessa forma, há uma desconexão entre reflexões de caráter social sobre o tema e as reflexões absolutamente técnico-informáticas a respeito da inteligência artificial e seus impactos para a sociedade, o que torna a necessidade de um debate mais rápido e aprofundamento

sobre a intersecção entre essa nova tecnologia e seus impactos sobre a autonomia privada.

O texto primeiro aborda as perspectivas doutrinárias sobre a autonomia privada, em seguida trata da inteligência artificial e, finaliza, com a abordagem crítica do tema proposto no título do presente artigo.

## 2. AUTONOMIA DA VONTADE E AUTONOMIA PRIVADA

A ideia de autonomia envolve duas dimensões, a primeira reside no fato de que ela corresponde a uma condição inerente ao próprio ser, enquanto a segunda correspondente a uma regra, fruto da origem grega das palavras *autós* e *nomói* (si mesmo e regra, respectivamente).<sup>1</sup>

No vernáculo em geral representa a ideia de liberdade e independência própria da área onde mais ela se aplica que é na esfera dos negócios jurídicos em geral e especialmente na área dos contratos.

Trata-se de tema da mais alta relevância sobre o qual debruça-se a doutrina constantemente, sempre trazendo aspectos novos que acabam por gerar novas discussões, em um movimento cíclico que, longe de servir para o desprestígio do instituto, acaba por torná-lo ainda mais interessante e discutível.

Para os fins deste artigo, interessa-nos a estipulação de uma cronologia a partir da Revolução Francesa, em 1789, com os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade. A partir da nova definição de liberdade, que permearia toda a evolução jurídica posterior ao evento, tem-se a construção de um pilar sobre o qual se assenta o Direito Privado, a partir da noção de que os indivíduos podem exercer sua liberdade e somente se obrigarem em função da sua vontade. Assim, pontua Otávio Luiz Rodrigues Júnior que a partir do Liberalismo<sup>2</sup>

---

1 Ver mais a respeito em: RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade. Revista de Informação Legislativa, ano 41, n. 163, julho/setembro de 2004, Brasília, p. 113.

2 No mesmo sentido: NORONHA, Fernando. O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994,

concilia-se a liberdade formal e a segurança como alicerces das relações privadas, em que a “vontade era a fonte dos direitos e o contrato sua forma excelsa de exteriorização”, para concluir que foi nesse espaço que se qualificou a autonomia da vontade.

Kant tratou do tema da autonomia da vontade, realçando que:

Autonomia da vontade é aquela sua propriedade graças à qual ela é para si mesma a sua lei (independentemente da natureza dos objectos do querer). O princípio da autonomia é, portanto, não escolher senão de modo a que as máximas da escolha estejam incluídas simultaneamente, no querer mesmo, como lei universal. Que esta regra prática seja um imperativo, quer dizer que a vontade de todo o ser racional esteja necessariamente ligada a ela como condição, é coisa que não pode demonstrar-se pela simples análise dos conceitos nela contidos, pois se trata de uma proposição sintética; teria que passar-se além do conhecimento dos objectos e entrar numa crítica do sujeito, isto é, da razão prática pura; pois esta proposição sintética, que ordena apodicticamente, tem que poder reconhecer-se inteiramente a priori.<sup>3</sup>

O clássico autor, na obra mencionada, conclui seu raciocínio em torno da premissa de que a liberdade funciona como uma propriedade de todos os seres racionais, atribuindo a todo indivíduo com vontade a ideia de liberdade sob a qual ele vai agir, inadmitindo “pensar uma razão que com a sua própria consciência recebesse de qualquer outra parte uma direção a respeito dos seus juízos”.<sup>4 5</sup>

---

p. 113. O autor destaca a origem no Liberalismo e a passagem da autonomia da vontade para a autonomia privada em função da revisão pela qual passou o liberalismo.

3 KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, LTA, 2007. p. 85.

4 KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, LTA, 2007. p. 96.

5 Fernando Noronha, ao tratar do tema, destaca que a autonomia da vontade tinha inspiração kantiana, o qual, por sua vez, sustentava que somente por sua própria

Assim, a defesa da autonomia da vontade é a defesa da liberdade do indivíduo a respeito de uma determinada decisão em que aquele pode aceitar ou não se obrigar. Se aceita a obrigação tem uma “lei entre as partes”. Essa concepção tem por origem a oposição ao absolutismo que a Revolução Francesa combateu e que tinha por objetivo evitar a interferência estatal sobre os negócios privados de modo geral, convertendo-se em princípio<sup>6</sup> e fonte das relações jurídicas privadas.

A consolidação do sistema capitalista também consolida a autonomia da vontade, vinculando-a historicamente ao Liberalismo, que reconhecia no encontro das vontades autônomas uma fonte para o direito obrigacional.<sup>7</sup>

Com o desenvolvimento econômico e social, e o surgimento do Estado Social, outros valores, ainda com origem na Revolução Francesa, passam a orientar os indivíduos, especialmente sob o prisma da igualdade e da fraternidade, refletidas na dimensão da solidariedade. Neste momento histórico-cultural a autonomia da vontade passa a encontrar limites substanciais para mitigar a noção de uma liberdade plena e irrestrita, impondo-se uma liberdade mitigada por valores axiológicos importantes para os indivíduos. Valores como a dignidade da pessoa humana, igualdade, eticidade passam a mitigar a autonomia da vontade.

---

vontade o indivíduo poderia obrigar-se. Haveria, assim, uma vontade geral, fruto da soberania política, e uma vontade individual, uma espécie diferente de poder soberano. NORONHA, Fernando. O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 112.

6 RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade. Revista de Informação Legislativa, ano 41, n. 163, julho/setembro de 2004, Brasília, p. 118.

7 Sobre a vinculação ao Estado Liberal: “No Estado Liberal, o contrato converteu-se em instrumento por excelência da autonomia da vontade, confundida com a própria liberdade, ambas impensáveis sem o direito da propriedade privada. Liberdade de contratar e liberdade de propriedade seriam interdependentes, como irmãs siamesas. (...) Emancipada da rigidez estatal da Idade Média, a propriedade privada dos bens econômicos ingressou em circulação contínua, mediante a instrumentalização do contrato. Autonomia da vontade, liberdade individual e propriedade privada transmigraram dos fundamentos teóricos e ideológicos do Estado liberal para os princípios de direito, com pretensão de universalidade e intemporalidade.” Lôbo, Paulo. Contratos. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 58.

No Brasil, a autonomia da vontade vai encontrar seus limites em princípios fundamentais da Constituição e em normas infraconstitucionais<sup>8</sup>, momento em que passa a considerar a ideia de autonomia privada. Assim, a autonomia da vontade que surgiu para combater os abusos do Estado, passa a submeter-se a esse mesmo Estado, sob outro matiz, a partir da percepção de que a vontade pura tem um limite que é encontrado na lei, que lhe fixa os quadrantes sobre os quais pode-se dispor da autonomia que lhe é inerente à condição de indivíduo. Francisco dos Santos Amaral Neto, trata a autonomia privada como um princípio fundamental da ordem jurídica. Para esse autor, a autonomia privada “problematiza as relações entre a vontade e a norma”, distinguindo que na primeira “dá-se proeminência aos interesses do agente”, enquanto na segunda “visam os interesses gerais da comunidade”. O festejado autor ainda ressalta que o habitat natural do tema é a pessoa humana<sup>9</sup>, premissa de especial utilidade para o artigo, por enfrentarmos também a questão da inteligência artificial, o que pode prenunciar um conflito entre a premissa instituidora da categoria jurídica tradicional da autonomia da vontade e da autonomia privada e um novo fenômeno, em que a pessoa humana não é a única a exarar uma espécie de “vontade”.

Atualmente, a autonomia privada corresponde à permissão que o sujeito possui para estabelecer regras e normas individuais para si e suas relações, desde que isso não venha a ofender certas regras estabelecidas pelo ordenamento jurídico. Tem-se, portanto, o duplo objetivo: tutelar a vontade individual compatibilizando-o com o interesse coletivo. Na visão clássica de José de Oliveira Ascensão “a autonomia privada significa que a ordem jurídica global admite que os particulares participem na construção da sua própria ordem jurídica,

---

8 RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade. Revista de informação legislativa, v. 41, n. 163, p. 113-130, jul./set. 2004, p. 121-125.

9 AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. Revista de Informação Legislativa, v. 26, n. 102, p. 207-230, abr./jun. 1989. p. 214.

nos quadros da ordem jurídica global.”<sup>10</sup> Em parte, é o reconhecimento de que os valores que orientaram a Revolução Francesa precisavam de uma releitura para evitar o individualismo excessivo da autonomia da vontade e possíveis desvios que do seu exercício poderiam advir.

Há um efeito circular na definição de autonomia privada, pois serve tanto como expressão da garantia do exercício, pelo indivíduo, da sua liberdade, que é própria da proteção que lhe conferem os postulados relacionados à dignidade da pessoa humana, como, também, expressão de que o seu exercício se dá em função de limites que a própria lei vem estabelecer.

Na visão contratual, a vontade está manifestada no arranjo que as partes resolvem estabelecer segundo seus interesses individuais e os limites estão estabelecidos no contrato que veste a vontade das partes.<sup>11</sup> Assim, o contrato, enquanto operação econômica, define e delimita a vontade das partes e seu juízo de conveniência e oportunidade. Dessa maneira, “a liberdade condicionada de contratar deve obedecer aos ditames legais, sob pena de se tornar uma iniciativa abusiva. Assim, embora os pactos tenham que ser cumpridos (*pacta sunt servanda*), estabelecem-se um conjunto de regras, as chamadas cláusulas gerais que estabeleceram um limite ao exercício da vontade para contratar.<sup>12</sup> De modo geral, as promessas consubstanciadas em um contrato são cumpridas, surgindo o problema apenas quando isso

---

10 ASCENÇÃO, José de Oliveira. Teoria geral do direito civil: ações e factos jurídicos. Vol. III, Lisboa, 1992. p. 39.

11 Enzo Roppo, ao tratar do contrato operação econômica e do contrato conceito jurídico, destaca o caráter instrumental deste: “... a) que o contrato-conceito jurídico é o direito dos contratos, são instrumentais da operação econômica, constituem a sua veste formal, e não seriam pensáveis abstraído dela; b) que, todavia, o contrato-conceito jurídico e o direito dos contratos não são exclusivamente redutíveis à operação econômicas, mas tem em relação a esta uma certa autonomia, que se exprime de vários modos”. Em seguida, o mesmo autor define o conceito geral de contrato como o “acordo de duas ou mais partes para constituir, regular ou extinguir, entre si, uma relação jurídica patrimonial”. ROPPO, Enzo. O contrato. Almedina: Coimbra, 1988. p. 11.

12 A respeito: TROVÃO, Lidiana Costa de Souza; MOLLICA, Rogério. Autonomia privada como princípio norteador da compra e venda de criptomonedas. Revista Jurídica Luso-Brasileira, ano 5, 2019, n. 3, p. 1149, Lisboa: CIDP.

não ocorrer, ou seja, a lei somente será invocada se a promessa não for cumprida.

Para Fernando Araújo, “em larga medida é deixado às partes constituírem o núcleo jurídico de cada contrato, e o enquadramento da hetero-disciplina do quadro normativo é intencionalmente remetido para um plano subsidiário”, destacando ainda a importância do papel da vontade, ao dizer que “antes, pois, de o valor segurança entrar na disciplina contratual é preciso apurar se as partes entenderam alcançado um acordo justo – e é essa precedência do valor justiça que dita a atenção prestada à formação da vontade contratual e à congruência com padrões de liberdade.”<sup>13</sup> Dessa forma, a vontade exarada pelas partes deve ser o primeiro fator a ser considerado para, somente então, questionar-se acerca de algum limite àquela manifestação de vontade materializada em um contrato.

Não obstante, há na doutrina brasileira o movimento em prol da constitucionalização do Direito Civil que impacta sobre a autonomia privada. Propugna-se uma reconfiguração do instituto a partir de um olhar constitucionalizado, em que o ser se sobrepõe ao ter<sup>14</sup>, em um movimento que desloca o foco do patrimônio para a pessoa.<sup>15</sup>

Paulo Lobô destaca uma autonomia privada negocial apontando:

Para alguns autores, antes a colisão de direitos fundamentais e a autonomia privada negocial é razoável o entendimento de que, quanto maior for a desigualdade de poderes entre os envolvidos, mais intensa deve ser a proteção ao direito fundamental em jogo, e menor a tutela da autonomia privada;

---

13 ARAÚJO, Fernando. Teoria econômica do contrato. Lisboa: Almedina, 2007. p. 330.

14 A expressão é cunhada por Jussara Meirelles para descrever a alteração substancialmente do panorama jurídico das relações privadas, que deixaram de ter enfoque no patrimônio e passou a ser o centro das atenções o ser humano. MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: Luiz Edson Fachin. (Org.). Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 87-114.

15 FACHIN, Luiz Edson. Famílias: entre o público e o privado. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Anais do VIII Congresso Nacional do IBDFAM. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2012. p. 161.

em contrapartida, se não houver poder privado dominante, a autonomia privada deve receber proteção mais intensa. Para outros, há de ser aplicada à autonomia privada e à liberdade contratual, quando em conflito com direitos fundamentais, no caso concreto, a mesma solução de ponderação dos valores, norteadas pela busca de equilíbrio e concordância prática (Sarlet, 2000:159).

Para nós, a autonomia privada negocial não tem natureza de direito fundamental, posto que não constitucionalizada, e, em nenhuma hipótese, os princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social podem ser sacrificados, porque são princípios que estruturam toda a ordem jurídica brasileira.<sup>16</sup>

Como destaca Enzo Roppo, que a “mais ampla liberdade de contratar” não abria espaço para a igualdade e a justiça substancial das operações econômicas realizadas através do contrato, pressupondo uma igualdade jurídica plena.

Eis a razão pela qual há o crescimento da vertente em prol da constitucionalização do contrato a partir do matiz dos direitos fundamentais, ainda que parte da doutrina, como acima visto, não compactue dessa posição.

De forma um pouco distinta, há uma visão baseada na Teoria da Barganha, de natureza anglo-americana, a partir de duas perguntas fundamentais: (a) Quais promessas deveriam ser executáveis no direito? E, (b) Qual deveria ser o remédio jurídico para a quebra de promessas válidas e eficazes?

Também há a Teoria Econômica do Contrato, que merece especial atenção por refletir uma visão mais próxima da realidade, pois considera que muitas relações contratuais são resolvidas de forma instantânea e simultaneamente em que há poucas variáveis a considerar, reconhecendo que o maior problema reside nas chamadas

---

16 Lôbo, Paulo. Contratos. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 52.

trocas diferidas, ou seja, aquelas em que há a passagem de um certo tempo e nas quais a incerteza e o risco são maiores. Introduce-se, assim, duas novas variáveis à matriz da autonomia privada que acabam por renovar a discussão em torno do tema.

Elementos como a cooperação dos contratantes, a racionalidade econômica do contrato, a vontade não somente antecedente, mas o comportamento durante e após a contratação passam a ser considerados, ampliando os horizontes de estudo da autonomia privada.

Apresentadas algumas considerações acerca da autonomia privada, coloca-se em marcha o texto para avançar sobre a inteligência artificial e seus possíveis impactos sobre aquela.

### **3. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL – PRIMEIRAS REFLEXÕES DE SEUS IMPACTOS SOBRE A AUTONOMIA PRIVADA**

A crítica que se faz em torno da temática reside na possível quebra dos paradigmas atuais da autonomia privada pelo emprego da inteligência artificial.

Antes, contudo, de avançar, é preciso tratar da inteligência artificial, que no Brasil possui um projeto de lei visando criar o seu marco legal. O Projeto de Lei nº 21/2020 estabelece os princípios, direitos e deveres para o uso da inteligência artificial que é conceituada como o “sistema baseado em processo computacional que pode, para um determinado conjunto de objetivos definidos pelo homem, fazer previsões e recomendações ou tomar decisões que influenciam ambientes reais ou virtuais”.

No âmbito da Convenção Europeia sobre inteligência artificial, o conceito refere-se a sistemas que apresentam um comportamento inteligente, analisando o seu ambiente e tomando medidas – com algum grau de autonomia – para atingir objetivos específicos. Sobre a capacidade de aprendizado, destaca-se:

Como disciplina científica, a IA inclui diversas abordagens e técnicas, sendo que hoje a maioria desses sistemas detém mecanismos de raciocínio (que inclui planejamento, programação, representação, busca e otimização), robótica (que insere características de controle, percepção, sensores, bem como a integração de todas as outras técnicas em sistemas cyberfísicos) e autoaprendizagem, intitulado de *machine learning*. Este último configura uma forma de incorporar algoritmos de aprendizado em máquinas, permitindo que o computador transforme essas informações em experiências novas dentro dos seus limites estruturais e as incorporem ao seu já imenso conjunto de dados, fazendo com que esses sejam processados e sua reação ao comando seja aprimorada a cada interação. (HIGH-LEVEL EXPERT GROUP ON AI, 2019a, p. 4).

Existem várias formas de autoaprendizagem, entre elas está a chamada aprendizagem profunda (*deep learning*), a qual se caracteriza pela detenção por parte da IA de uma rede neural composta por múltiplos estratos que possibilitam aprender uma relação global de *input-output* em etapas sucessivas, tornando o sistema mais autônomo e com menos necessidade da orientação humana. Outro tipo de abordagem é intitulado de aprendizado de reforço, no qual o sistema IA possui certa liberdade para tomar suas decisões e, a partir delas, se institui um método de recompensa de acordo com uma boa ou má decisão. (HIGH-LEVEL EXPERT GROUP ON AI, 2019a, p. 4).<sup>17</sup>

Um dos princípios para o uso responsável da inteligência artificial é promover o aumento das capacidades humanas. Neste

---

17 PEREIRA, Ana Carolina de Souza; BRUNO, Ana Luis Brêtas; AZEVEDO, Ariane Meirelles de; PINHEIRO, Caroline da Rosa; CAMPOS, Lívida Melo Honorato; ORNELLAS, Nicole Vieira Abreu; PAIXÃO, Victória Presoti. Inteligência artificial e direitos humanos: impactos e dilemas éticos atuais. Homa Publica – Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas. Volume 4, janeiro-dezembro 2020, p. 4, Universidade Federal de Juiz de Fora: Brasil.

ponto reside uma das preocupações objeto deste texto, pois o aumento das capacidades humanas através do uso da inteligência artificial pode impactar sobre a vontade dos indivíduos.

Psicologicamente, a vontade é “uma faculdade espiritual do homem que manifesta uma tendência, um impulso para algo, a realização de um valor intelectualmente conhecido”.<sup>18</sup> A vontade enquanto espécie de motor das relações contratuais, não é demasiado exagero imaginar que a inteligência artificial pode atuar no âmbito da racionalidade limitada dos indivíduos para buscar alterar essa vontade. Caso isso ocorra, estar-se-á atingindo a dimensão liberdade do sujeito de direitos e obrigações para que ele possa criar, modificar ou extinguir uma relação jurídica.

Posto o problema, cumpre tratar do que se entende por inteligência artificial antes de avançarmos. O tema confunde-se em parte com filmes de ficção científica e na literatura destacando-se, neste ponto, Isaac Asimov e as suas três leis da robótica até hoje empregadas. Entretanto, o cenário é muito mais realista e teve início com Alan Turing<sup>19</sup> que concebeu uma das primeiras manifestações informáticas de relevância. No campo de algumas atividades físicas, a tecnologia tem substituído com facilidade o trabalho humano, como é o caso de fábricas totalmente automatizadas. Nesta linha, tem-se o crescimento das propostas em torno, por exemplo, da aplicação da inteligência artificial às decisões judiciais, como é o caso dos projetos

---

18 AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. Revista de Informação Legislativa, v. 26, n. 102, p. 207-230, abr./jun. 1989. p. 211.

19 Sobre o tema: “Alan Turing em 1950 descreveu em seu artigo intitulado *Computing Machinery and Intelligence*, a possibilidade de que máquinas pudessem pensar, mas para isso ele teve de definir o que era o pensar. Assim, ele propôs um modelo de substituição de questões em lugar de outras, mas com aparente semelhança aos originais, baseado no jogo da imitação, em que originalmente se colocavam um homem e uma mulher em uma sala e, uma terceira pessoa, do lado de fora, que por meio de perguntas direcionadas aos indivíduos da sala tentaria, com base nas respostas, acertar quem era o homem e quem era a mulher”. MARGRAF, Alencar Frederico; FRANCO, Tiago Arantes. Inteligência artificial na produção de decisões humanizadas: uma verdadeira quimera da busca pela decisão perfeita. Revista Jurídica Luso Brasileira, ano 5 (2019), n. 5, p. 4, Lisboa: CIDP.

em andamento no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.<sup>20</sup>

Assim, o passo seguinte encontra-se no desenvolvimento de um sistema que possa tomar decisões<sup>21</sup> e, o que é mais importante, formar seus próprios padrões de tomada de decisão, como salienta a doutrina:

A utilização de dados pessoais para alimentar os novos sistemas de inteligência artificial e a sua utilização para tomar decisões proporcionam uma acurácia bastante significativa para um número crescente de aplicações. Isto abre espaço para, ao menos, dois temas centrais para os debates sobre autonomia e direitos fundamentais nos próximos anos: os efeitos que a utilização desses sistemas causará para a pessoa e sua autonomia pessoal, bem como a necessidade de qualificar a natureza desses instrumentos e sistemas de inteligência artificial.<sup>22</sup>

Se a inteligência artificial pode tomar decisões, ela pode influenciar o processo de tomada de decisão dos indivíduos, a

---

20 Sobre o tema: LONGUINI, Regina Célia Ferrari; DENARDI, Eveline. O uso da inteligência artificial como instrumento de promoção de sustentabilidade no Poder Judiciário brasileiro: os impactos da justiça 4.0. Revista Jurídica Luso-Brasileira, ano 7 (2021), n. 5, p. 2037-20161, Lisboa: CIDAD.

21 “A interferência da Inteligência Artificial na vida humana se faz cada vez mais intensa e presente. Em virtude disso, é imprescindível discutir sobre o assunto, uma vez que ele está cada vez mais em voga no contexto dos avanços mercadológicos e sociais. Nesse cenário, nota-se o surgimento de novas relações sociais estabelecidas por sistemas e dispositivos interconectados, os quais passam a tomar decisões que antes eram consideradas exclusivamente humanas.” PEREIRA, Ana Carolina de Souza; BRUNO, Ana Luis Brêtas; AZEVEDO, Ariane Meirelles de; PINHEIRO, Caroline da Rosa; CAMPOS, Lívida Melo Honorato; ORNELLAS, Nicole Vieira Abreu; PAIXÃO, Victória Presoti. Inteligência artificial e direitos humanos: impactos e dilemas éticos atuais. Homa Publica - Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas. Volume 4, janeiro-dezembro 2020, p. 4, Universidade Federal de Juiz de Fora: Brasil.

22 DONEDA, Danil Ceslar Maganhoto; MENDES, Laura Schertel; SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; ANDRADE, Norberto Nuno Gomes de. Considerações iniciais sobre inteligência artificial, ética e autonomia pessoal. Revista Pensar, Fortaleza, v. 23, n. 4, p. 3 (1-17), outubro/dezembro 2018.

partir da constatação de que os seres humanos possuem uma capacidade limitada de análise e processamento de informações comparativamente à inteligência artificial. A capacidade dessa figura avaliar e prever comportamentos individuais pode influenciar a autonomia privada no momento da formação do contrato, subtraindo do indivíduo aquela parcela de liberdade que ele exercita quando exara sua vontade e se obriga contratualmente. Há autores que vão além, e enxergam nessa possibilidade um impacto que pode chegar até mesmo às questões existenciais, não sem antes concordar que existe uma capacidade latente de a inteligência artificial influenciar a autonomia do indivíduo:

As decisões automatizadas, referentes a um indivíduo determinado, que se baseiam em um método estatístico para a análise de grande volume de dados e informações, podem ter grande impacto sobre os direitos individuais, especialmente no que se refere à autonomia, igualdade e personalidade. Afinal, na sociedade atual, caracterizada pelas relações remotas, os dados pessoais acabam por se constituir na única forma de representação das pessoas perante as mais diversas organizações estatais e privadas...<sup>23</sup>

O problema reside na assimetria de informações evidentemente desproporcional. Enquanto a inteligência artificial é alimentada com uma infinidade de dados que são, então, processados e transformados em informação de qualidade, os seres humanos, naturalmente, possuem uma capacidade limitada de executar essa mesma tarefa em razão de suas limitações cognitivas. O indivíduo possui uma racionalidade limitada que está sujeita às limitações cognitivas e a um processo natural de reação a incentivos sem que, todavia, sejam

---

23 DONEDA, Danil Ceslar Maganhoto; MENDES, Laura Schertel; SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; ANDRADE, Norberto Nuno Gomes de. Considerações iniciais sobre inteligência artificial, ética e autonomia pessoal. Revista Pensar, Fortaleza, v. 23, n. 4, p. 4 (1-17), outubro/dezembro 2018.

capazes de considerar todas as alternativas possíveis. Tomado como referência a inteligência artificial e sua capacidade infinitamente superior de processar as informações sem que sofra com limitações cognitivas, tem-se a primeira vantagem em seu favor.

A segunda vantagem decorre da própria capacidade que a inteligência artificial tem de estruturar seu processo de tomada de decisão de forma a potencialmente criar incentivos que margeiem o processo de tomada de decisão de um indivíduo visando obter uma decisão conforme sua própria predição final. Assim, o indivíduo será levado a uma declaração de vontade que não necessariamente será correspondente àquilo que ele decidiria caso tivesse liberdade na formação da vontade. Considerando o poder de predição da inteligência artificial, embora o indivíduo possa tomar uma decisão livremente, ele estará sujeito a incentivos que gerarão, então, um conjunto de decisões invariáveis com certa segurança, justamente um dos objetivos da criação da inteligência artificial. Discute-se, na doutrina, se a inteligência artificial é capaz de ser dotada de autonomia para a tomada de decisão, entretanto, admite-se neste momento apenas o comportamento emergente que deflui do conjunto de dados objeto de *input* recebido do ambiente em que se encontra inserido e que diverge do comportamento esperado.<sup>24</sup>

---

24 A respeito dessas considerações: “Cada vez mais se noticia sobre o desenvolvimento de aplicações de inteligência artificial cujo comportamento não havia sido previamente imaginado pelos programadores responsáveis. No momento em que o resultado não foi expressamente antevisto, será correto dizer que a máquina tomou uma decisão autônoma? Aqui reside o debate sobre a chamada autonomia da inteligência artificial. Como ainda não se está em um momento em que se possa falar em autonomia total de comportamento por parte das máquinas, Ryan Calo (2015) prefere chamar essa característica de “comportamento emergente”, de modo a prestigiar o fato de que o elemento principal no debate não é “autonomia”, mas o fato de que o robô passa a se comportar de modo distinto a partir do input que recebe do ambiente.” DONEDA, Danilo César Maganhoto; MENDES, Laura Schertel; SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; ANDRADE, Norberto Nuno Gomes de. Considerações iniciais sobre inteligência artificial, ética e autonomia pessoal. Revista Pensar, Fortaleza, v. 23, n. 4, p. 7 (1-17), outubro/dezembro 2018.

O processo de produção de decisões humanizadas pela inteligência artificial oculta a tentativa da busca pela decisão perfeita.<sup>25</sup> Essa afirmação decorre da categorização da inteligência artificial em forte e fraca. A inteligência artificial forte é aquela que “sintetiza estados cognitivos funcionais, idênticos ao funcionamento cerebral humano, e como no cérebro humano, o processamento de símbolos gera uma compreensão daquilo que se chama de pensamentos”, enquanto a versão fraca defende que a “compreensão das operações cerebrais deve partir de processos elementares, que se equivalem ao processo dos neurônios e partindo desse ponto criar teorias explicativas do estado cognitivo”.<sup>26</sup>

Dessa forma, é possível refletir sobre essa crescente proposta de autonomização da inteligência artificial visando a tomada de decisão independente e seu impacto sobre os contratos, como já asseverou Mafalda Miranda Barbosa ao dizer dos possíveis impactos na sociedade: “quer ao domínio contratual (pense-se nas hipóteses em que o contrato é celebrado através de impulsos eletrônicos que são determinados pelo próprio computador, em função de determinadas variáveis que considera em concreto, e que são enviados para um computador recetor)”.<sup>27</sup>

Discute-se, inclusive, a personalidade jurídica eletrônica, fruto de um novo paradigma:

Exsurge, destarte, um novo paradigma operacional cibernético cada vez mais presente com máquinas tomando decisões e assumindo posturas típicas de indivíduos, situações nas quais funcionavam

---

25 MARGRAF, Alencar Frederico; FRANCO, Tiago Arantes. Inteligência artificial na produção de decisões humanizadas: uma verdadeira quimera da busca pela decisão perfeita. *Revista Jurídica Luso Brasileira*, ano 5 (2019), n. 5, p. 1-19, Lisboa: CIDP.

26 MARGRAF, Alencar Frederico; FRANCO, Tiago Arantes. Inteligência artificial na produção de decisões humanizadas: uma verdadeira quimera da busca pela decisão perfeita. *Revista Jurídica Luso Brasileira*, ano 5 (2019), n. 5, p. 4, Lisboa: CIDP.

27 BARBOSA, Mafalda Miranda. Inteligência artificial, e-persons e direito: desafios e perspectivas. *Revista Jurídica Luso Brasileira*, ano 3 (2017), n. 3, p. 1478 (1475-1503), Lisboa: CIDP.

profissões ora obsoletas. Sistemas que decidem como serão feitos os investimentos de um banco, carros que são conduzidos de modo autônomo, negócios jurídicos que são firmados por meio de softwares em contratos eletrônicos, microscópios da *Google Brain* que são capazes de diagnosticar câncer, robôs que são produzidos para colaborar no cotidiano de idosos no Japão, além de mecanismos utilizados no cotidiano, como *Spotify*, *Waze* e *Netflix*, são apenas amostras do potencial transformador da inteligência artificial no meio comunitário. Um sistema de inteligência artificial não é capaz somente de armazenamento e manipulação de dados, mas também de aquisição, representação e manipulação de conhecimento, que inclui a capacidade de deduzir ou inferir novos conhecimentos a partir daquele já existente e utilizar métodos de representação e manipulação para resolver problemas complexos.<sup>28</sup>

Destaque-se o uso crescente pelo Poder Público, como é possível observar do documento intitulado EBIA – Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial, divulgado pelo Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações, que relaciona os seguintes usos na esfera federal:

Na esfera federal:

- TCU – “Alice” (Análise de Licitações e Editais). Alice, o primeiro dos três robôs do TCU, lê as licitações e editais publicados nos Diários Oficiais trazendo aos membros do Tribunal o número de processos por Estado, assim como o valor dos riscos de cada um. Com esses dados, o robô ainda cria um documento apontando se há indícios de fraudes.

---

28 EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; SILVA, Gabriela Buarque Pereira. Pessoa e sujeito de direito: reflexões sobre a proposta europeia de personalidade jurídica eletrônica. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 23, p. 57-79, jan./ mar. 2020. DOI:10.33242/rbdc.2020.01.003.

- TCU – “Sofia” (Sistema de Orientação sobre Fatos e Indícios para o Auditor). Funciona como um corretor que auxilia o auditor ao escrever um texto, apontando possíveis erros e até sugerindo informações relacionadas às partes envolvidas ou ao tema tratado. Sofia cria alertas com dados como a validade de um CPF registrado pelo auditor, a existência e a validade de contratos de uma entidade, se há registro de óbito sobre determinada pessoa, e se o cidadão ou empresa está ou não cadastrado no sistema do TCU.
- TCU – “Monica” (Monitoramento Integrado para Controle de Aquisições). Traz informações sobre as compras públicas na esfera federal, incluindo os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, além do Ministério Público. O robô faz um trabalho mensal de obtenção de dados, com exceção das informações sobre pregões, que são atualizadas semanalmente. Além disso, a tecnologia permite que sejam feitas buscas rápidas por palavras-chave no objeto das aquisições.
- TST – “Bem-Te-Vi”: gerencia processos judiciais com IA. Desde o começo de maio de 2019, a ferramenta permite a análise automática da observância de prazos dos processos.
- CGU: implantou um sistema para encontrar indícios de desvios na atuação de servidores.
- CGU: possui outro sistema baseado em IA usado com o propósito de fiscalizar contratos e fornecedores. A ferramenta elabora uma análise de riscos, incluindo não somente o de corrupção, mas também de outros problemas, como a possibilidade de um fornecedor não cumprir o contrato ou fechar as portas.
- STF – “Victor”: a ferramenta tem por objetivo ler todos os Recursos Extraordinários que chegam ao STF e identificar quais estão vinculados a determinados temas de repercussão geral.

- MPF – HALBert Corpus: classifica os pareceres dados em Habeas Corpus quanto a sua admissibilidade (conhecimento, não conhecimento, se está prejudicado, etc) e mérito (concessão, denegação, sem exame de mérito, etc).

Facilmente é possível observar que há muito o assunto deixou o campo de ficção científica e passou para uma aplicação em grande escala, o que suscita e justifica a reflexão sob a ótica do Direito Privado, especialmente dos contratos e da autonomia privada.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

As primeiras reflexões a respeito da inteligência artificial e possíveis impactos sobre a autonomia privada revelam um cenário interessante e, ao mesmo tempo, preocupante.

Interessante porque demonstra a infinita capacidade que temos de nos surpreender com os avanços tecnológicos e seus impactos sobre o cotidiano. Preocupante porque a indefinição a respeito de uma possível regulação da inteligência artificial e a ausência de contornos ético-sociais-jurídicos deixam o tema excessivamente aberto a influências negativas que podem desvirtuar o avanço tecnológico em que consiste a inteligência artificial.

Sob a ótica da autonomia privada, preocupa-nos a possibilidade de a inteligência artificial, no processo de tomada de decisão, considerando as inúmeras possibilidades de interação atualmente consideradas, interferir na autonomia privada dos indivíduos levando-os à celebração de contratos de forma inadequada ou até mesmo ilícita.

A crescente automatização de todas as fases da vida humana, inclusive do contrato, recomenda reflexões sobre o tema para que a centralidade do ser humano não seja relativizada e se preserve a liberdade do indivíduo na emissão da sua vontade.

Por isso, é preciso considerar que a inteligência artificial pode ser utilizada no processo de formação de um contrato e, que

através de incentivos, pode afetar a já limitada racionalidade dos agentes econômicos, de modo a impactar sobre a própria construção do processo de formação da vontade e da decisão em firmar um determinado contrato, visando assumir uma determinada obrigação.

## REFERÊNCIAS

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. *Revista de Informação Legislativa*, v. 26, n. 102, p. 207-230, abr./jun. 1989.

ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*. Lisboa: Almedina, 2007.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Teoria geral do direito civil: acções e factos jurídicos*. Vol. III, Lisboa, 1992.

BARBOSA, Mafalda Miranda. Inteligência artificial, e-persons e direito: desafios e perspectivas. *Revista Jurídica Luso Brasileira*, ano 3 (2017), n. 3, p. 1478 (1475-1503), Lisboa: CIDP.

DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto; MENDES, Laura Schertel; SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; ANDRADE, Norberto Nuno Gomes de. Considerações iniciais sobre inteligência artificial, ética e autonomia pessoal. *Revista Pensar, Fortaleza*, v. 23, n. 4, p. 1-17, outubro/dezembro 2018.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; SILVA, Gabriela Buarque Pereira. Pessoa e sujeito de direito: reflexões sobre a proposta europeia de personalidade jurídica eletrônica. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 23, p. 57-79, jan./ mar. 2020. DOI:10.33242/rbdc.2020.01.003.

FACHIN, Luiz Edson. Famílias: entre o público e o privado. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Anais do VIII Congresso Nacional do IBDFAM*. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2012.

KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, LTA, 2007.

LÔBO, Paulo. Contratos. São Paulo: Saraiva, 2011.

LONGUINI, Regina Célia Ferrari; DENARDI, Eveline. O uso da inteligência artificial como instrumento de promoção de sustentabilidade no Poder Judiciário brasileiro: os impactos da justiça 4.0. Revista Jurídica Luso-Brasileira, ano 7 (2021), n. 5, p. 2037-20161, Lisboa: CIDP.

MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: Luiz Edson Fachin. (Org.). Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, p. 87-114, 1998.

NORONHA, Fernando. O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994.

PEREIRA, Ana Carolina de Souza; BRUNO, Ana Luis Brêtas; AZEVEDO, Ariane Meirelles de; PINHEIRO, Caroline da Rosa; CAMPOS, Lívida Melo Honorato; ORNELLAS, Nicole Vieira Abreu; PAIXÃO, Victória Presoti. Inteligência artificial e direitos humanos: impactos e dilemas éticos atuais. Homa Publica – Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas. Volume 4, janeiro-dezembro 2020, p. 4, Universidade Federal de Juiz de Fora: Brasil.

ROPPO, Enzo. O contrato. Almedina: Coimbra, 1988.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade. Revista de informação legislativa, v. 41, n. 163, p. 113-130, jul./set. 2004, p. 116-121

TROVÃO, Lidiana Costa de Souza; MOLLICA, Rogério. Autonomia privada como princípio norteador da compra e venda de

criptomoedas. Revista Jurídica Luso-Brasileira, ano 5, 2019, n. 3, p. 1143-1167, Lisboa: CIDP.

# **8 AUTONOMIA PRIVADA NA FORMAÇÃO DE NOVOS TÍTULOS EXECUTIVOS EXTRAJUDICIAIS**

**Wilson Almeida Benevides**

Doutorando em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG). Mestre e Bacharel em Direito pela Faculdade Milton Campos. Atualmente Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG). Professor do Centro Universitário Unihorizontes. Professor da PUCMG – disciplina: Estágio supervisionado III – Magistratura.

**Izabel Laurita Chaves Costa**

Discente no curso de Direito pela Faculdade Milton Campos – Nova Lima/MG. Experiência de estágio em órgãos públicos, Tribunal Regional Eleitoral (TRE – MG) e Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG).



# **AUTONOMIA PRIVADA NA FORMAÇÃO DE NOVOS TÍTULOS EXECUTIVOS EXTRAJUDICIAIS**

## **Wilson Almeida Benevides**

Doutorando em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG). Mestre e Bacharel em Direito pela Faculdade Milton Campos. Atualmente Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG). Professor do Centro Universitário Unihorizontes. Professor da PUCMG – disciplina: Estágio supervisionado III – Magistratura.

## **Izabel Laurita Chaves Costa**

Discente no curso de Direito pela Faculdade Milton Campos – Nova Lima/MG. Experiência de estágio em órgãos públicos, Tribunal Regional Eleitoral (TRE – MG) e Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG).

**SUMÁRIO:** 1. Resumo; 2. Introdução; 3. Processo Civil – fases no Direito Processual Civil; 4. Códigos de 1973 e 2015; 5. Negócios Jurídicos – Código Civil; 6. Autonomia; 7. Contrato; 8. Título Executivo Extrajudicial; 9. Negócio Jurídico Processual; 10. Arbitragem; 11. Conclusão; Referências.

## **1. RESUMO**

O presente artigo visa analisar as limitações da autonomia privada na criação de títulos executivos extrajudiciais, especialmente no que toca ao documento particular assinado por duas testemunhas. A insistente e abusiva interferência estatal na esfera privada dos negócios jurídicos, atuando de forma a coibir determinados anseios e vontades dos indivíduos, inspirou a pesquisa e redação do presente trabalho.

A realidade entre o mando estatal e a vontade individual dos sujeitos de direito (cidadãos), para a obtenção de que a autonomia destes seja resguardada, ganha a cada dia mais espaço, graças ao entendimento aplicado nas decisões judiciais em razão da sistemática do Novo Código de Processo Civil.

Palavras-Chave: Autonomia privada; Títulos executivos extrajudiciais; Processo Civil.

## 2. INTRODUÇÃO

Existem várias teorias que tentam explicar o surgimento do Estado. Thomas Hobbes, pensador político inglês, no seu livro “Leviatã”, que tem como tema central a organização social, explica que no estado de natureza, o homem busca satisfazer suas próprias necessidades, que o leva a se impor sobre os demais, conseqüentemente competindo entre si, por isso a vida seria uma “guerra de todos contra todos”, na qual o “homem é o lobo do homem”.

Dessa forma, para formar uma sociedade, o homem teria que estabelecer um “contrato social”, que seria um pacto mútuo entre os homens, garantido pelo poder soberano. Defende um pacto, por meio do qual, os indivíduos, que eram livres, alienam tudo, para ficarem sob o comando do governo, sendo absolutamente submissos.

Assim sendo, seguindo essa teoria do Hobbes, a ideia de participação do Estado na vida privada para regular determinadas condutas, servindo de uma espécie de barreira contra eventuais atitudes egoístas e arbitrárias do homem existia desde os tempos mais remotos.

Nesse sentido, não há dúvidas que a noção de “Estado” se aperfeiçoou com o tempo, mas não deixou de existir.

Isso porque, o federalismo no Brasil foi introduzido com a proclamação da República em 1889. O Estado Federal nada mais é que uma forma de organização e distribuição do poder estatal que, embora exista um governo central, os Estados-membros têm suas respectivas responsabilidades e competências. Os cinco notáveis receberam à época a incumbência de apresentar um projeto de federalismo, sendo que Rui Barbosa, singular notável, buscou no sistema norte-americano o modelo do que hoje é a nossa constituição.

Entre 1889 e 1934 as Unidades da Federação detinham significativa parcela de competência para legislar, valendo destacar

a competência para legislar sobre Processo Civil. Durante a fase da República, conhecida como Estado Novo, houve a elevação da esfera de competência para legislar, agora concentrada nas mãos da União, o que provocou uma silenciosa e grave distorção dos princípios da federação, podendo ser atribuída parcialmente a crise do judiciário, a concentração de competência em um único ente. Assim é porque agora cabe a ele, além de legislar, o papel de assegurar uniformidade de aplicação e interpretação nas demais Unidades da Federação. O Supremo Tribunal Federal passa a não suportar o peso de tamanha gama de atribuições, surgindo daí a necessidade de mais um degrau na longa e demorada busca pelo provimento no processo de conhecimento. Tudo agora conspira ainda mais para o enxugamento da tutela de conhecimento em favor da tutela de execução, na busca da celeridade e da efetividade da jurisdição.

A Constituição de 1988, atual e vigente, popularmente conhecida como “Constituição Cidadã”, manteve intacta essa distorção, analisada sob o prisma da origem, constando do art. 22, I, que compete privativamente à União legislar sobre direito processual; ficou a consideração de que, caso os Estados-membros inovem em matéria pertinente a direito processual, estará usurpando a competência privativa da União para legislar sobre esse tema, uma vez que no referido dispositivo, a Constituição Federal erigiu a uniformidade nacional como diretriz para o disciplinamento do processo, de modo que cabe apenas à União dispor sobre a matéria.

### **3. PROCESSO CIVIL – FASES NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

O Processo Civil passou por várias fases metodológicas, concretizando sua evolução e aperfeiçoamento, de forma que proporcionou a partir de então, uma melhor aplicação do direito material vigente. São elas:

- I. **FASE SINCRÉTICA:** nessa fase os conhecimentos eram empíricos, sem qualquer relação com princípios próprios ou

conceitos. Não tinha autonomia como ciência. O processo era uma espécie de mero procedimento, definido como “sucessão de atos”. Não havia análise da relação jurídica entre as partes, muito menos da possibilidade de contraditório. Nessa fase, o direito processual era visto por uma ideologia mais privatista do direito material e, conseqüentemente, mais privatista também do processo.

- II. **PROCESSUALISMO:** período de autonomia do processo, com o surgimento de conceitos bem formulados e estruturas bem ordenadas. Durante esse período, os processualistas enfatizaram a autonomia processual e acabaram por afastar o direito processual do direito material. Assim, o processo jurisdicional, visto como atos sequenciais e organizados com objetivo de obter a tutela do direito material, afastava-se de sua própria finalidade, uma vez que a preocupação com a forma era tão grande que acabava por dificultar o próprio processo.
- III. **INSTRUMENTALISMO:** o processo passou a ser entendido como instrumento para a satisfação de um direito material, levando a conclusão que o processo não é um fim em si mesmo, mas o meio para que seja possível se atingir um fim. O processo passou a ser o meio para alcançar o seu principal objetivo, a tutela jurisdicional e, “todo instrumento, como tal, é meio; e todo meio só é tal e se legitima, em função dos fins a que se destina” (DINAMARCO, 2002, p. 206). Corrige a separação entre direito material e direito processual. Estabelece entre eles uma relação harmônica.
- IV. **FORMALISMO-VALORATIVO:** decorre do “neoconstitucionalismo” e consolida a constitucionalização do direito processual. Ocorre, especialmente, a conexão entre o processo e a Constituição, sendo dever do processo resguardar a efetivação dos direitos fundamentais.

A ideia do formalismo-valorativo foi desenvolvida pelo jurista Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, com a intenção de inibir o formalismo exagerado, que certamente proporcionava uma rigidez antagônica à finalidade do processo.

O processo é visto, para além da técnica, como fenômeno cultural, produto do homem, e não da natureza. Nele os valores constitucionais, principalmente o da efetividade e o da segurança dão lugar a direitos fundamentais, com características de normas principais. A técnica passa a segundo plano, como mero meio para atingir o valor. O fim último do processo já não é mais apenas a realização do direito material, mas a concretização da justiça material, segundo as peculiaridades do caso. (OLIVEIRA, 2009, p. 3).

Um dos aspectos mais relevantes no formalismo-valorativo é a valorização de um processo cooperativo, a busca pela participação inerente à democracia, já que o processo se baseia na constituição.

Nas palavras de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero:

O fim do processo já não é mais apenas a realização do direito material, mas a concretização da justiça material, segundo as peculiaridades do caso, e a pacificação social. A lógica é argumentativa, problemática, da racionalidade prática. O juiz, mais do que ativo, deve ser cooperativo, como exigido por um modelo de democracia participativa e a nova lógica que informa a discussão judicial, ideias essas inseridas num novo conceito, o de cidadania processual. (OLIVEIRA; MITIDIERO, 2010, p. 16).

Portanto, objetivando demonstrar o desenvolvimento dos conceitos que envolvem essa seara do direito proposto pelo tema deste artigo e do próprio ‘processo’ aqui no Brasil, o presente texto seguirá com abordagens pertinentes no que tange aos códigos de 1973 e 2015.

#### **4. CÓDIGOS DE 1973 E 2015**

Como supracitado, o processo civil é marcado por muita evolução. Assim, no Brasil, na vigência Código de Processo Civil 1973, o processo sofreu muitas modificações, em especial a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, além disso o legislador fez modificações no âmbito da execução dos títulos executivos extrajudiciais, com a finalidade de trazer agilidade e simplificação e por consequência, maior efetividade na execução de tais títulos.

Desta feita, as mais relevantes modificações ocorreram no âmbito da penhora, da expropriação de bens penhorados e da citação, com o advento da Lei nº 11.382/2006. Essa lei cuidou de várias novidades, dentre elas: a presunção de validade das comunicações dirigidas ao endereço residencial ou profissional declinado nas peças processuais, fazendo com que a parte haja com diligência no processo, atualizando o endereço sempre que houver modificação. Considerou como ato atentatório a dignidade da justiça o executado que intimado, não indica, em 5 dias, quais são e onde se encontram os bens sujeitos à penhora. Determinou também que poderiam ser penhorados, à falta de outros bens, os frutos e rendimentos dos bens inalienáveis, salvo se destinados à satisfação de obrigação alimentar.

Nessa linha de inovações e mudanças revolucionárias a que o processo civil vinha se submetendo, nasceu o Novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, sancionada em 16 de março de 2015, que entrou em vigor no dia 18 de março de 2016.

Esse novo código traz uma ideia de processo cooperativo, que consagra uma maior liberdade das partes, com conseqüente maior atuação e autonomia no processo.

Dentre tantas inovações nas normas de processo civil, merece especial atenção a que traz o art. 190 (CPC/15), que disciplina os negócios jurídicos processuais. Negócio jurídico por meio do qual, nos limites da autonomia privada de cada uma das partes, pode alterar o procedimento.

## **5. NEGÓCIOS JURÍDICOS – CÓDIGO CIVIL**

Os negócios jurídicos são regulados pelo Código Civil de 2002, matéria pertinente ao direito material.

Assim, negócio jurídico é sinônimo de pacto, negociação feita entre duas pessoas ou mais.

À vista disso, é bem verdade que a vida decorre de uma sucessão de acontecimentos, muito embora, nem todos os acontecimentos tem relevância para o mundo do direito, uma vez que não repercutem nas relações jurídicas.

Os acontecimentos, só interessam para o mundo do direito quando eles repercutem nas relações jurídicas nas mais variadas formas, criando, modificando ou até mesmo extinguindo direito. Esses são denominados fatos jurídicos, regulados no Livro III do Código Civil, do art.104 ao 232.

Nesse sentido, as relações jurídicas podem ser intersubjetivas, quando vinculam pessoas, tais como as relações jurídicas obrigacionais que vinculam credor e devedor em razão de uma obrigação. Ou podem, ainda, ser relações jurídicas reais, quando se estabelecem entre pessoa e coisa.

Os fatos jurídicos, por sua vez, podem ser acontecimentos naturais ou acontecimentos resultantes de condutas pessoais.

Os acontecimentos naturais são aqueles que independem da ação volitiva humana, ou seja, ocorrem independentemente da intervenção humana. Esses são fatos jurídicos em sentido estrito, visto que tem o condão de interferir nas mais variadas relações jurídicas, ainda que sejam acontecimentos extremamente naturais.

Nas palavras de Marcos Bernardes Melo (2015, p. 195): “Todo fato jurídico em que, na composição do seu suporte fático, entram apenas fatos da natureza, independentes de ato humano como dado essencial, denomina-se fato jurídico *stricto sensu*.”

Já os fatos jurídicos que decorrem de condutas pessoais vão resultar da conduta das pessoas, tanto da conduta comissiva ou omissiva, e podem interferir nas relações jurídicas de forma positiva ou negativa, quando produzem efeitos desejados ou indesejados, respectivamente.

Quando interferem de forma positiva, são chamados de Atos Jurídicos Lícitos. Quando a interferência se dá de forma negativa, produzindo efeitos indesejados, são chamadas de Atos Ilícitos. Sendo certo, portanto, que todos os atos ilícitos são fatos jurídicos, embora produzam efeitos antijurídicos, porque interferem nas relações jurídicas de forma negativa.

O Código Civil define os Atos Ilícitos em dois artigos, quais sejam, o art. 186, trazendo uma definição clássica, e art. 187, trazendo uma definição mais moderna, vanguardista. Vejamos o teor do Art. 186: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Acerca dessa redação, no que toca à técnica legislativa, percebe-se que o art. 186 cuida de regular mais do que precisava. Isso porque se uma parte fosse eliminada, em nada seria comprometida a definição do ato ilícito. Assim, feita uma análise cuidadosa e detalhada do disposto legal, percebe-se que poderia ser eliminada a seguinte parte: “[...] E causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral”.

Nesse sentido, menciona-se que causar dano não é elemento integrante ao ato ilícito, mas tão somente pressuposto para a responsabilidade civil, uma vez que só é responsabilizado civilmente aquele que houver cometido um ato ilícito que cause dano a uma vítima, ainda que exclusivamente moral.

Conclui-se, portanto, que é possível cometer um ato ilícito sem causar dano, mas não é possível responsabilizar civilmente aquele que

comete ato ilícito sem dano, porque os indivíduos são responsabilizados civilmente quando são obrigadas a indenizar em razão de um dano.

Nesse sentido, caso uma pessoa receba indenização por um dano que ela não sofreu, acarretará enriquecimento ilícito, hipótese vedada pelo ordenamento jurídico.

Ainda assim, o art. 927 dispõe que:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.  
Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

O artigo dispõe acerca da responsabilidade civil, redigido de forma correta, posto que se o ato ilícito causar dano a alguém fica obrigado a repará-lo.

Fica claro que ao mesmo tempo em que o ato ilícito pode constituir para a vítima o direito de ser indenizada, estará constituindo para quem o praticou o dever de indenizar. Referindo-se ao que inicialmente se mencionou, está servindo então para constituir uma relação jurídica.

Nessa ordem de ideias, o art. 187 do código civil estabelece que as pessoas que cometem um ato ilícito não precisam necessariamente violar direitos. Vez que o titular de direito, ao exercer o seu direito, exceder os limites impostos pela função econômica ou social da boa-fé ou bons costumes, mesmo que no exercício do seu direito, fazendo de forma abusiva, comete ato ilícito.

Por fim, percebe-se que os atos ilícitos podem servir para criar, modificar, conservar ou extinguir as relações jurídicas, por isso são fatos jurídicos.

Passando a análise aos Atos Jurídicos Lícitos, estes criam, modificam, conservam ou até mesmo extinguem a relação jurídica, de

forma positiva. Uma vez que a interferência desses atos jurídicos nas relações jurídicas se der como pré-estabelecido pelo legislador, serão atos jurídicos em sentido estrito. Estes, produzem efeitos decorrentes da lei, que se sobrepõe a manifestação de vontade. Quando os atos jurídicos constituírem direitos e deveres resultantes da manifestação de vontade são denominados ‘negócios jurídicos’. Assim, para que um ato seja caracterizado como negócio jurídico é necessário que a vontade seja direcionada não à prática do ato, mas também à produção de um determinado efeito jurídico.

Acerca do tema, destaca com propriedade Marcos Bernardes de Mello (2015) que: “Sem a previsão normativa, vontade alguma pode ser considerada negócio jurídico, ou mesmo elemento constitutivo seu; será mero fato da vida, sem relevância jurídica alguma.”

Apesar da diferenciação, tanto os atos jurídicos em sentido estrito, quanto os negócios jurídicos, resultam da conduta voluntária das pessoas.

De relevante para nosso estudo, em tudo que foi dito sobre os atos e fatos jurídicos, cabe concluir, ainda que parcialmente, que podemos considerar como fontes da obrigação a lei e a vontade. Nesse sentido, quanto mais se valoriza a vontade como fonte de obrigações fica evidente a afirmação concreta da autonomia privada.

## **6. AUTONOMIA**

Nessa perspectiva, não há dúvidas que a vontade que leva o sujeito a contratar. Logo, para que o contrato possa se formar, é preciso que as pessoas sejam livres para exercer suas próprias vontades.

Classicamente, pensavam que a vontade era ilimitada. Entretanto, com a passagem do Estado absolutista para o Estado liberal, o protagonista é o indivíduo em detrimento do rei, que não quer a intervenção estatal. As liberdades são chamadas “negativas”, isto é, o Estado não atua, não age para que indivíduo consiga alcançar o seu objetivo. De forma que se alcance a igualdade formal, em outras palavras, igualdade perante a lei, que deve estar positivada.

Desse modo, na Inglaterra foi positivada a “*Bill of Rights*”, nos Estados Unidos, a Declaração do Bom Povo do Estado da Virgínia, e, na França, a Declaração dos Direitos do Homem e Cidadão. A Declaração dos Direitos do Homem e Cidadão expressamente dispunha: “Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum”. De forma que torna perceptível o princípio da igualdade e princípio do liberalismo. Por fim, no Brasil, a Constituição do Império (1824) e a Constituição da República (1891) tiveram um papel marcante nos direitos de primeira geração.

Muito embora, devido às mudanças da sociedade, no início do século XX, houve a segunda geração de direitos, de forma que o liberalismo perdeu espaço e foi substituído pelo Estado Social, isto é, o Estado atua para promover as liberdades positivas e a igualdade material. Frisa-se que não é mais a igualdade formal como na primeira geração de direitos, trata-se de igualdade material, igualdade de fato, diminuindo o papel da vontade, vez que havia atuação do Estado para regular as relações.

Por autonomia, entende-se a liberdade que o indivíduo tem de realizar determinado negócio jurídico, objetivando a constituição de uma relação privada, com a observância de determinados preceitos legais. De forma que, a melhor atuação do Estado não seria obstar as práticas negociais, mas oportunizar que as pessoas exerçam suas liberdades e realizem seus negócios jurídicos, condicionados a não praticar abusos.

Insta observar, no entanto, que quanto à autonomia, há distinção entre autonomia da vontade e autonomia privada. No entendimento de Francisco Amaral (2006, p.345): “A expressão ‘autonomia da vontade’ tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto a autonomia privada marca o poder da vontade no direito de um modo objetivo, concreto e real”.

Nesse diapasão, a autonomia da vontade certamente está relacionada com à vontade interna, psíquica, ao passo que a autonomia

privada se aproxima da exteriorização de vontade, criando normas jurídicas complementares ao ordenamento do Estado.

## 7. CONTRATO

Nessa ordem de ideias, é imperioso destacar que o contrato é um tipo de negócio jurídico, em que as partes registram suas vontades, portanto, no âmbito da autonomia privada, e estabelecem meios e instrumentos, por meio de cláusulas, para que o objeto contratual seja alcançado.

A história do contrato acompanha a evolução social, assim como a autonomia.

De igual forma, no Estado liberal, que deu origem aos direitos de primeira geração, foram consagrados o dogma da vontade e a força obrigatória dos pactos.

Os contratos certamente eram verdadeiras leis entre as partes, pois a autonomia privada era absoluta, uma vez que o Estado não interferia na vida privada. O Estado era excessivamente liberal, dado que o contrato era garantia absoluta da vontade das partes, sem qualquer tipo de reflexão quanto ao que hoje chamamos de função social do contrato.

Segundo Cláudia Lima Marques:

O liberalismo restou inserido na legislação daquele período que possuía o papel de garantir o efetivo cumprimento da vontade das partes, ou seja, servia como instrumento de interpretação contratual na busca pela obediência às cláusulas acordadas pelas partes. (MARQUES, 2005, p. 51-52).

Não havia proteção de direitos sociais, o Estado não agia para que fosse possível o indivíduo exercer sua vontade absoluta. Dessa feita, não há dúvidas que essa ideia de direito contratual extremamente liberal promovia a autonomia da vontade, sem ter em conta os reflexos

do acordo face à sociedade, assim como também possibilitava que uma das partes obtivesse vantagens ilegais.

Nesse sentido, no modelo liberal, quando existiram os direitos de primeira geração, os contratantes possuíam apenas igualdade formal, porquanto havia garantia da liberdade de contratar, mas sem qualquer interferência do Estado para agir garantindo o direito material das partes.

Não há como olvidar que a vontade exercida de forma ilimitada, absoluta, traz grandes prejuízos às partes e à sociedade, tendo em vista o desequilíbrio na relação contratual.

Assim sendo, com as mudanças e anseios da sociedade, a ideia de contratar sofreu limitações, passando a ter uma análise também no âmbito social, uma vez que o interesse particular está intimamente relacionado ao interesse social.

Com a chegada dos direitos de segunda geração, houve mudanças no âmbito contratual, o Estado agia para garantir um equilíbrio na relação contratual e zelar pela igualdade material, igualdade de fato.

A partir dessas mudanças de perspectivas, alcançamos o que temos hoje: a atuação do Estado com a finalidade de garantir o efetivo cumprimento da função social, dos deveres anexos decorrentes da boa-fé, que impõe que os contratantes devem agir com lealdade, cooperação em todas as fases do contrato, fazendo com que a autonomia privada sofra limitações.

Desta feita, nos tempos atuais, o negócio jurídico contratual é o instrumento que representa o acordo de vontade entre duas ou mais partes, preservando as garantias constitucionais da livre iniciativa e autonomia privada, respeitados os limites da ordem pública, os deveres anexos ou laterais, inerentes à boa-fé objetiva e à função social do pacto contratual face a sociedade. Nesse sentido Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Júnior ensinam que:

O contrato é instituto emblemático de liberdade privada, voltado para a finalidade de fazer circular riquezas. Bom por isso, a Constituição Federal e

o Código Civil garantem às pessoas o exercício da autonomia privada, concedendo às partes o direito de contratar com liberdade, apenas impondo como limites da disposição privada, a ordem pública e a função social do contrato [...].

O contrato, bem por isso, é expressão de liberdade operosa e de realização efetiva dessa liberdade, para o bem particular e em respeito ao interesse público, com o qual essa vontade livre sempre deve buscar se harmonizar, sendo essa sua função social [...]

Assim, circular riquezas, observada a função social desse especial acordo de vontades, com força normativa, com observância da boa-fé objetiva, da função social e ambiental da propriedade [...] desenha a funcionalidade moderna do instituto, que nem por isso deixa de ser expressão extraordinária de autonomia privada, de liberdade individual e de forte presença da sociedade civil no comando da circulação social de riquezas. (NERY; NERY JÚNIOR, 2016).

Feitas tais considerações gerais sobre o negócio jurídico e suas funcionalidades e reflexos pertinentes ao ‘acordo de vontades’, o presente texto passa agora a tratar da interface existente entre a redução a termo de um negócio jurídico e seu aproveitamento como título executivo extrajudicial.

## **8. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL**

Conseqüentemente, havendo inadimplemento na obrigação fixada contratualmente, há a necessidade de executar o contrato, caso este seja um título executivo extrajudicial.

Assim, “Título”, para fins de tutela executiva está ligado à ideia de um documento que representa um direito líquido, certo e exigível.

Nessa lógica, pelo princípio da “*nulla executio sine titulo*”, nenhuma execução é cabível, sem um título executivo. É o que

consagra o art. 798, I “a” do CPC. Além do art. 783 que estabelece os requisitos do título, quais sejam, obrigação certa, líquida e exigível.

O primeiro requisito, a certeza da obrigação, ocorre quando no título não deixa dúvida sobre a obrigação que deve ser cumprida. Não sendo preciso analisar qualquer elemento extrínseco para ser identificada.

O segundo requisito, a liquidez, estabelece que o título deva demonstrar o “*quantum debeatur*”, ou possibilita que a quantia a ser paga possa ser apurada por cálculos aritméticos. Porquanto o CPC/15, no art. 786 §único, estabelece que a necessidade de simples operações aritméticas para apurar o crédito não retira a liquidez da obrigação do título.

À vista disso, Humberto Theodoro Júnior (2022) menciona que: “A liquidez consiste no plus que se acrescenta à certeza da obrigação. Por ela demonstra-se não somente se sabe que ‘se deve’, mas também ‘quanto se deve’”.

Por fim, além da certeza e da liquidez, o título deve conter exigibilidade. Esta ocorre quando a obrigação estiver vencida, demonstrando que não houve adimplemento, ou caso esteja submetida à algum termo ou condição, e estes já ocorreram. É, em suma, a obrigação inadimplida que já pode ser exigida.

Desta feita, apesar do título executivo extrajudicial, na maioria das vezes, refletir a vontade das partes, respeitando sua autonomia privada, o procedimento para que seja realizada a execução não se preocupa com a autonomia privada, absolutamente em dissonância ao ordenamento jurídico.

Isso porque, o legislador cuidou de tornar o rol dos títulos executivos extrajudiciais taxativos, de forma que, somente a lei, em sentido estrito, pode criar novos títulos executivos. Não sendo possível as partes convencionarem para que estas decidam atribuir força executiva a um documento que a lei não estabeleça como título executivo ou, de forma contrária, retirar a força executiva de um documento tipificado pela lei como título executivo. Trata-se de grave ofensa a autonomia privada, tendo em vista que em vários

outros momentos, em discussões jurídicas muito mais consistentes, privilegia a autonomia da vontade em detrimento da formalidade excessiva, como emblemático caso da arbitragem. Sem perder de vista também, os negócios jurídicos processuais, previstos no próprio Código de Processo Civil. Que é, em tese, um viés privatista do processo, proporcionando uma maior flexibilidade no procedimento, vinculando as partes.

Assim sendo, especificamente, o inciso III do art.784 do CPC, estabelece que o documento particular para se tornar título executivo extrajudicial deve ser assinado pelo devedor e 2 (duas) testemunhas. *In verbis*:

Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais:  
III – o documento particular assinado pelo devedor e por 2 (duas) testemunhas.

Como se observa, é muito claro que para o documento particular se tornar título executivo, não basta a assinatura das partes, há a necessidade da assinatura de duas testemunhas. Com efeito, resta configurada ofensa pontual a autonomia privada, tendo em vista que além da exigência não ter nenhuma efetividade prática, como veremos adiante, representa óbice a autonomia das partes, sem razão de existir.

Ressalte-se, no entanto, que a exigência da assinatura de duas testemunhas no documento particular não interfere na sua validade, apenas e tão somente na possibilidade de tornar título executivo extrajudicial e, portanto, poder se valer do processo de execução, que parte do pressuposto da certeza do direito do credor, tornando-se então, meio mais ágil para satisfazer a obrigação. Em outras palavras, caso o documento bilateral não esteja assinado por duas testemunhas, ele será válido, muito embora, na hipótese de haver inadimplemento, o credor tem que recorrer ao processo de conhecimento, por meio da ação de cobrança, ou ação monitória, a depender das peculiaridades do caso concreto.

Percebe-se claramente que a lei exige o cumprimento de uma formalidade, que serve apenas para engessar o procedimento.

Isso porque, a finalidade teleológica do inciso III do art. 784 do CPC em determinar a presença de duas testemunhas no documento particular, é para proteger quem assina contra eventuais vícios nas manifestações da vontade, como ameaças, fraudes, coação.

A isso se agrega o fato de que o documento público, constante do inciso II, é dispensado de tal exigência, porquanto a publicidade do ato gera uma presunção de regularidade da negociação, uma vez que há menor possibilidade do documento estar sendo usado como ameaça, via de fraudes, ou conter vantagens manifestamente indevidas.

Destarte, para que faça sentido, certamente as assinaturas das testemunhas devem ser contemporâneas à formação do documento particular, na medida em que o disposto legal calcula que tais pessoas tenham presenciado o fato, com a finalidade de atestarem a livre manifestação de vontade das partes, ou seja, que as vontades ali reduzidas a termo estão livres de irregularidades. Vale destacar, inclusive, a própria natureza da palavra “testemunha”, como sendo a pessoa que presenciou o fato e é capaz de testemunhar.

Entretanto, corroborando os argumentos supracitados, diante da falta de efetividade prática da imposição legal, o STJ, no REsp 541.267/RJ, firmou entendimento pacífico no sentido de que as testemunhas podem ser meramente instrumentárias, ou seja, podem assinar o documento em momento futuro a celebração do negócio.

Nesta esteira, releva pontuar que se antes a norma feria gravemente a autonomia privada, depois do citado entendimento do STJ, a norma perdeu completamente sua razão de existir. Uma vez que a finalidade da exigência, como supracitado, é proteger contra eventuais vícios na manifestação de vontade. Assim, partindo do pressuposto que a testemunha não precisa estar presente no momento da celebração do contrato, ou seja, não precisa ser testemunha ocular, não há que se falar em proteção, sendo a testemunha apenas e tão somente uma formalidade para o nascimento do título executivo extrajudicial.

Vale destacar ainda, que o STJ, a fim de adequar as exigências legais ao ordenamento jurídico, foi além e entendeu que são dispensadas as assinaturas de duas testemunhas, quando o devedor não impugna a existência do contrato que estipula a dívida líquida, certa e exigível, conforme se extrai do acórdão do AgInt no REsp 1870540/MT, da relatoria do Ministro Raul Araújo, no caso julgado em 14/09/2020 pela 4ª Turma:

A assinatura das testemunhas é um requisito extrínseco à substância do ato, cujo escopo é o de aferir a existência e a validade do negócio jurídico; sendo certo que, em caráter absolutamente excepcional, os pressupostos de existência e os de validade do contrato podem ser revelados por outros meios idôneos e pelo próprio contexto dos autos, hipótese em que tal condição de eficácia executiva poderá ser suprida. (REsp 1.438.399/PR, Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe de 05/05/2015). (...) Na hipótese, o Tribunal de origem, com arrimo no acervo fático-probatório carreado aos autos, e seguindo a jurisprudência do STJ, concluiu que (...) essa situação mitigadora é evidente, na medida em que o excipiente/agravante não nega a assinatura do contrato, tampouco a existência do negócio entabulado.

Entende-se, portanto, que a ausência das testemunhas pode ser mitigada quando a certeza da existência do contrato puder ser obtida por outros meios.

Nesse diapasão, embora o recurso não tenha sido afetado à sistemática de recurso especial repetitivo ou de incidente de resolução de demandas repetitivas e, portanto, não tenha força vinculante, demonstra a irrelevância da assinatura de duas testemunhas no documento particular e certamente remonta a valorização da autonomia privada.

Assim, se considerarmos a autonomia privada e inclusive a lógica sistêmica do novo código de processo civil, o mais plausível seria estimular as partes a, no âmbito de sua liberdade, adotarem a forma mais adequada para a regulamentação dos seus próprios negócios jurídicos. Isso também porque pela própria natureza do negócio jurídico, tem-se que é um acordo de vontades com finalidade a adquirir, modificar ou extinguir direitos. De modo que, se para a criação do negócio jurídico, basta o acordo de vontades com agente capaz, objeto lícito, possível, determinado, a execução para satisfação da obrigação ali consubstanciada, também deveria se basear em título formado por acordo de vontades e não se restringir ao Estado determinar o que vai ser um título executivo extrajudicial ou não, por meio da previsão legal.

Nessa perspectiva, o princípio da taxatividade, ao nosso sentir, não é barreira impeditiva para a criação de títulos executivos além das previstas em lei, sobretudo porque, se a lei processual visa garantir às partes maior protagonismo no processo, certamente essa estrutura organizacional deve se estender aos títulos executivos extrajudiciais. A cerca disso, o Código de Processo Civil, no art.190 do CPC/15, permite expressamente que as partes estipulem mudanças no procedimento, desde que o processo verse sobre direitos que admitam auto-composição.

Essa discussão começa ganhar mais espaço no ordenamento jurídico com as decisões inovadoras. A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial 1.495.920/DF entendeu, por maioria, que a ausência das assinaturas de testemunhas no contrato eletrônico, por si só, não é capaz de afastar sua força executiva.

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. EXECUTIVIDADE DE CONTRATO ELETRÔNICO DE MÚTUO ASSINADO DIGITALMENTE (CRIPTOGRAFIA ASSIMÉTRICA) EM CONFORMIDADE COM A

INFRAESTRUTURA DE CHAVES PÚBLICAS BRASILEIRA. TAXATIVIDADE DOS TÍTULOS EXECUTIVOS. POSSIBILIDADE, EM FACE DAS PECULIARIDADES DA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO, DE SER EXCEPCIONADO O DISPOSTO NO ART. 585, INCISO II, DO CPC/73 (ART. 784, INCISO III, DO CPC/2015). QUANDO A EXISTÊNCIA E A HIGIDEZ DO NEGÓCIO PUDEM SER VERIFICADAS DE OUTRAS FORMAS, QUE NÃO MEDIANTE TESTEMUNHAS, RECONHECENDO-SE EXECUTIVIDADE AO CONTRATO ELETRÔNICO. PRECEDENTES. 1. Controvérsia acerca da condição de título executivo extrajudicial de contrato eletrônico de mútuo celebrado sem a assinatura de duas testemunhas. 2. O rol de títulos executivos extrajudiciais, previsto na legislação federal em “*numerus clausus*”, deve ser interpretado restritivamente, em conformidade com a orientação tranquila da jurisprudência desta Corte Superior. 3. Possibilidade, no entanto, de excepcional reconhecimento da executividade de determinados títulos (contratos eletrônicos) quando atendidos especiais requisitos, em face da nova realidade comercial com o intenso intercâmbio de bens e serviços em sede virtual. 4. Nem o Código Civil, nem o Código de Processo Civil, inclusive o de 2015, mostraram-se permeáveis à realidade negocial vigente e, especialmente, à revolução tecnológica que tem sido vivida no que toca aos modernos meios de celebração de negócios, que deixaram de se servir unicamente do papel, passando a se consubstanciar em meio eletrônico. 5. A assinatura digital de contrato eletrônico tem a vocação de certificar, através de terceiro desinteressado (autoridade certificadora), que determinado usuário de certa assinatura a utilizara e, assim, está efetivamente a firmar o documento eletrônico e a garantir serem os mesmos os dados do documento assinado que estão a ser sigilosamente enviados. 6. Em face destes novos instrumentos de verificação de autenticidade e presencialidade

do contratante, possível o reconhecimento da executividade dos contratos eletrônicos. 7. Caso concreto em que o executado sequer fora citado para responder a execução, oportunidade em que poderá suscitar a defesa que entenda pertinente, inclusive acerca da regularidade formal do documento eletrônico, seja em exceção de pré-executividade, seja em sede de embargos à execução. 8. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. REsp 1.495.920/DF, Rel. Min. Paulo De Tarso Sanseverino, julgado em 15/05/2018.

Conforme se extrai do julgado, percebe-se a ideia do julgador em adequar a legislação à realidade, sobretudo, às necessidades dos indivíduos, sem causar impedimentos meramente formais, conseqüentemente, sem qualquer efetividade prática.

Ainda assim, por mais que a decisão tenha sido proferida no âmbito dos contratos no meio digital, o posicionamento o STJ é inovador, demonstrando uma maior apreciação acerca da força executiva dos títulos, sem perder de vista que o posicionamento anterior era no sentido de que a falta das assinaturas das testemunhas excluiria a executividade do documento, sendo necessário recorrer ao ajuizamento de demandas de conhecimento, ou, a depender do caso, ação monitória.

## **9. NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL**

Como se nota, o novo Código de Processo Civil estabelece uma ideia de colaboração entre as partes, com o objetivo de aproximá-las, tornando o processo um instrumento mais participativo e democrático, o que confere especial valor ao princípio da autonomia privada. Certamente rompeu com o publicismo processual, que significa às partes estarem submetidas a normas cogentes, obrigatórias, mesmo que opostas à vontade das partes.

O código atual não privilegia a rigidez procedimental, uma vez que dispõe de normas pré-estabelecidas, mas em contrapartida prevê

a possibilidade de flexibilização procedimental, isto é, adota o sistema de legalidade das formas, mas também prestigia a liberdade das formas procedimentais.

À vista disso, trouxe ao ordenamento jurídico uma grande novidade no novo CPC, os chamados “negócios jurídicos processuais”, positivado no art. 190.

No entendimento do doutrinador, Fredie Didier Jr, negócio processual é:

O fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático se reconhece ao sujeito o poder de regular, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais ou alterar o procedimento. (DIDIER JR. 2018, p. 439).

Nesse passo, negociação quanto ao procedimento, está amparada pelo princípio da cooperação processual, positivada no art. 6º do CPC/15, estabelecendo que os sujeitos da relação processual devem cooperar entre si para que obtenha em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Fazendo uma análise sob essa essência do novo Código de Processo Civil, essa mesma sistemática deveria se estender e se aplicar aos processos executivos, distribuindo poderes negociais e vinculando as partes, na medida da sua declaração de vontade.

De forma que as partes possam realizar a flexibilização do o procedimento, regulando de forma diversa a lei, escolhendo os efeitos que serão produzidos pelos atos processuais. Considerando os anseios da sociedade e inclusive, os ideais do Estado-juiz, de entregar uma jurisdição mais adequada e eficiente.

Lado outro, um dos princípios basilares que informam o processo executivo, como supracitado, é o princípio da taxatividade, segundo o qual, os títulos executivos só podem ser criados por lei, de forma que a matéria processual só a União pode deter a iniciativa legislativa, conforme disposto do art. 22, I da Constituição Federal.

Ainda assim, já que é possível estabelecer negócios jurídicos processuais, concedendo às partes a possibilidade de acordar sobre o procedimento, deveria também existir a possibilidade de um negócio jurídico firmado entre as partes criar um título executivo que não esteja no rol taxativo do art. 784 CPC/15, deixando as partes atuarem com base na autonomia privada, determinando os seus próprios títulos executivos extrajudiciais, evidentemente, em estrita observância aos princípios da boa-fé e função social do contrato.

A vista disso, quanto menos o Estado interferir para criar normas processuais que são antagônicas ao princípio da cooperação processual, maior a efetividade da existência do Novo Código de Processo Civil, dados seus ideais um tanto quanto inovadores no âmbito da autonomia privada.

## **10. ARBITRAGEM**

A arbitragem, regulada pela Lei nº 9.307/96 não traz uma definição para a mesma. Assim, Carlos Alberto Carmona (2009) entende que a arbitragem é:

[...] meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial – é colocada à disposição de quem quer que seja para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor. (CARMONA, 2009).

Assim sendo, o art. 3º da lei estabelece que é facultativo às partes solucionarem seus litígios perante um juízo arbitral, por meio de uma convenção arbitral, que é composta pela cláusula compromissória e compromisso arbitral.

A diferença se estabelece uma vez que a cláusula compromissória é um acordo preliminar, no qual as partes podem pactuar no mesmo contrato ou em contrato elaborado futuramente, estabelecendo que os litígios decorrentes daquele contrato serão resolvidos por meio arbitral.

Por outro lado, o compromisso arbitral, está previsto no 9º da Lei nº 9.307/96 que: “O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial”.

Nesse caso, as partes submetem ao julgamento do árbitro um conflito atual, já existente.

Para Nery e Nery Júnior (2016), o compromisso arbitral é: “Negócio jurídico celebrado entre partes capazes, que se obrigam a aceitar a sentença do juiz não togado por elas escolhido, para dirimir o conflito de direito disponível que se formou entre elas”. (NERY e NERY JÚNIOR, 2016).

Não há dúvidas que a arbitragem está intimamente relacionada com a autonomia privada, de forma que é por meio dela que as partes tem a possibilidade de estabelecer cláusula compromissória ou compromisso arbitral.

Sem sombras de dúvidas é com base na autonomia privada que as partes podem realizar o negócio jurídico de eleger a arbitragem como meio de resolução de conflito, inclusive afastando a apreciação da controvérsia pelo Poder Judiciário.

Apesar do legislador ter sido cuidadoso e estabelecer que a arbitragem só se torna possível face as controvérsias estabelecidas quantos aos direitos disponíveis, não deixa de excluir o Poder Judiciário de tal apreciação.

Em que pese o fato de o art.5º da Constituição da República, inciso XXXV, estabelecer que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, garantindo a qualquer cidadão a possibilidade de dirigir-se ao Judiciário para o exercício e a garantia de seus direitos, menciona-se que o STF entendeu pela

constitucionalidade da Lei de Arbitragem, em decisão muito técnica e acertada.

Naquela ocasião, o Parecer do Procurador Geraldo Brindeiro citado por Picorelli (2022) foi no seguinte sentido, quanto ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional:

Não determina que os interessados devem sempre levar ao Judiciário suas demandas. Se admite como lícita a transação relativamente a direitos substanciais objetos da lide, não se pode considerar violência à Constituição abdicar do direito constitucional de ação através de cláusula compromissória. E, em se tratando de direitos patrimoniais disponíveis, não somente é lícito e constitucional, mas é também recomendável aos interessados – diante do acúmulo de processos e do formalismo excessivo que tem gerado a lentidão das demandas judiciais – abdicarem do direito e do poder de ação e buscarem a composição do conflito por meio de sentença arbitral cujos efeitos sejam idênticos àqueles das decisões prolatadas pelo Poder Judiciário. (BRINDEIRO *apud* PICORELLI, 2022).

À vista disso, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Nery (2016) ensinam que:

A arbitragem não ofende os princípios constitucionais da inafastabilidade do controle jurisdicional, nem do juiz natural. A Lei de Arbitragem deixa a cargo das partes a escolha, isto é, se querem ver sua lide julgada por juiz estatal ou por juiz privado. Seria inconstitucional a Lei de Arbitragem se estipulasse arbitragem compulsória, excluindo do exame, pelo Poder Judiciário, a ameaça ou lesão a direito. Não fere o juiz natural, pois as partes já estabelecem, previamente, como será julgada eventual lide existente entre elas. O requisito da pré-constituição

na forma da lei, caracterizador do princípio do juiz natural, está presente no juízo arbitral. (NERY e NERY JÚNIOR, 2016).

Percebe-se, portanto, a valorização da autonomia privada, vez que as partes podem pactuar como será julgada eventual controvérsia existente entre elas e sendo possível se dá em âmbito privado. Inclusive, o art. 485 VIII do CPC determina que o juiz não resolverá o mérito quando acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência. Há, portanto, uma estrita observância à possibilidade das partes convencionarem pela arbitragem.

Nessa toada, importante evocar uma expressão latina famosa no direito, “*a maiori, ad minus*”, por ela entende-se que o que vale para o mais, deve valer para o menos. Ou seja, quem pode mais, pode menos. Assim, quanto à constitucionalidade da Lei da Arbitragem, essa se deu ao argumento de que não fere os princípios da inafastabilidade do controle jurisdicional e do juiz natural, porquanto as partes podem escolher se querem submeter suas demandas ao juízo estatal ou ao juízo privado. Percebe-se, nesse caso, uma grande valorização da autonomia privada, entendendo que as partes estão autorizadas a escolher onde se dará os rumos do seu processo, de forma que se escolherem pelas câmaras arbitrais, excluirão a análise do Poder Judiciário.

## 11. CONCLUSÃO

Paralelamente ao movimento que valoriza e cria títulos executivos extrajudiciais, iniciado por volta de 1994, verifica-se também o avanço no emprego de métodos coercitivos ao lado da subrogação estatal característica da tutela executiva.

Mais recentemente o que se vê em alguns países, em especial França e Portugal, é a desestatização da execução extrajudicial.

No Brasil, há relevantes projetos de lei que criam novas opções de efetivar as obrigações sem que necessariamente se recorra ao Judiciário.

Assim foi com a Lei nº 9.514 de 1997 que, em seu art. 26, estabeleceu que “vencida e não paga, no todo ou em parte, a dívida e constituído em mora o fiduciante, consolidar-se-á, nos termos deste artigo, a propriedade do imóvel em nome do fiduciário”, ficando desde logo o oficial do Registro de Imóveis, nos termos do §7º, autorizado a promover a averbação na matrícula, de modo a consolidar a propriedade fiduciária.

O projeto de Lei nº 6.204/19 dispõe sobre a desjudicialização da execução civil, seja por título judicial ou extrajudicial, e, pode ser de enorme valia no cumprimento forçado das obrigações civis.

Assim, a despeito da gradual privatização de parte do poder estatal no que tange ao cumprimento das obrigações, verifica-se que a União se mantém firme na concentração do poder de legislar, mantendo e agravando a distorção criada em 1934 que desfigurou o conceito clássico de liberalismo, de modo a limitar consideravelmente a autonomia privada em sua essência, que é o poder de criar obrigações e especificar o modo e as condições de seu cumprimento. Só a União pode legislar sobre o assunto e ela se mantém inerte nesse quesito tão caro ao aprimoramento do direito privado.

Inconcebível a manutenção do texto do artigo 784, XII, do CPC, pela qual, além dos títulos nominados nos demais incisos, também seriam executivos “todos os demais títulos aos quais, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva.”

Conclui-se que essa exigência de previsão legal ofende gravemente a autonomia privada, vez que a simples declaração pelas partes, que atribua força executiva ao documento que contenha obrigação líquida, certa e exigível, seria suficiente para que o mesmo servisse como base para a execução forçada, sem a necessidade de lei que o autorize.

Desloca-se a fonte a obrigação da lei para a vontade, como deve ser, e retira-se a necessidade de o ato ser testemunhado por duas

pessoas para ter força executiva, o que, em tese, configura injunção estatal indevida na vontade e acaba por sujeitar a sua manifestação a exigência de elemento externo, disposto no direito processual, público por natureza, e, portanto, estranho ao direito privado.

Forçoso concluir, por fim, que se no âmbito da autonomia privada as partes podem estabelecer cláusula compromissória, firmar compromisso arbitral e entabular negócio jurídico processual, certamente deveriam poder também determinar o documento que vai ser ou não título executivo extrajudicial, que comparativamente, é muito menos invasivo à sistemática do processo civil.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. Direito civil: introdução. 6. ed. Rio de Janeiro/RJ: Renovar, 2006.

BRASIL. Código civil de 2002. Série legislação 2021. Leme/SP: Edijur, 2021. 384p.

BRASIL. Constituição federal. Série legislação 2021. 3. ed. Leme/SP: Edijur, 2021. 288p.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo. 3. ed. São Paulo/SP: Atlas, 2009.

DIDIER JÚNIOR., Fredie. Curso de direito processual civil: parte geral e processo de conhecimento. 20. ed. Salvador/BA: Editora JusPodivm, 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 2. ed. São Paulo/SP: Malheiros, 2002.

MALMESBURY, Tomas Hobbes de. Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. 2. ed. São Paulo/SP: Martin Claret Editora, 2009. 636p.

MARQUES, Claudia Lima. Contratos no código de defesa do consumidor. São Paulo/SP: Revista do Tribunais, 2005.

MELLO, Marcos Bernardes. Teoria do fato jurídico: plano de eficácia. 1ª parte. 10. ed. São Paulo/SP: Saraiva, 2015.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JÚNIOR, Nelson. Instituições de direito civil: contratos. Vol. 3. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais, 2016.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo. 3. ed. São Paulo/SP: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de; MITIDIERO, Daniel. Curso de processo civil. São Paulo: Atlas, 2010. v. 1.

PICORELLI, Fernanda Estevão. Arbitragem: constitucionalidade da Lei de Arbitragem brasileira. Algumas considerações. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2899, 9 jun. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/19295>. Acesso em: 25 jan. 2022.

REsp 1.438.399/PR, Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe de 05/05/2015.

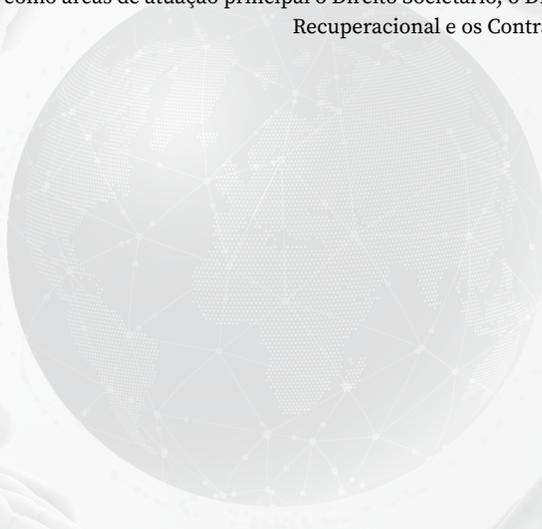
REsp 1.495.920/DF, Rel. Min. Paulo De Tarso Sanseverino, julgado em 15/05/2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Certeza, liquidez e exigibilidade da obrigação constante do título executivo. Disponível em: <<https://vlex.com.br/vid/certeza-liquidez-exigibilidade-da-678970757>>. Acesso em 15 de janeiro de 2022.

# 9 AUTONOMIA PRIVADA NOS CONTRATOS SOCIAIS DE SOCIEDADES LIMITADAS – APURAÇÃO DE HAVERES

**Marlon Tomazette**

Doutor e Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (CEUB). Professor de Direito Comercial no CEUB e no Instituto de Direito Público – IDP. Procurador do Distrito Federal e Advogado. Tem como áreas de atuação principal o Direito Societário, o Direito Falimentar e Recuperacional e os Contratos Empresariais.





# AUTONOMIA PRIVADA NOS CONTRATOS SOCIAIS DE SOCIEDADES LIMITADAS – APURAÇÃO DE HAVERES

**Marlon Tomazette**

Doutor e Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (CEUB). Professor de Direito Comercial no CEUB e no Instituto de Direito Público – IDP. Procurador do Distrito Federal e Advogado. Tem como áreas de atuação principal o Direito Societário, o Direito Falimentar e Recuperacional e os Contratos Empresariais.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. A natureza contratual das sociedades limitadas e a aplicação do regime geral dos contratos; 3. Autonomia privada nos contratos em geral; 4. A força obrigatória dos contratos como corolário da autonomia privada; 5. Notas sobre liberdade contratual nas sociedades limitadas; 6. O fenômeno da dissolução parcial nas sociedades limitadas e sua disciplina legal; 7. Apuração de haveres e a autonomia privada; 8. Considerações finais; Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

A vida em sociedade traz consigo, necessariamente, contatos entre os sujeitos, dando margens a encontros de vontade que representam, em muitos casos, operações de circulação econômica. Nesta seara, é que surgem os contratos enquanto instrumentos essenciais do convívio em sociedade, em especial, no exercício de atividades econômicas.

O contrato é o centro da vida econômica, representando o instrumento típico da atividade empresarial dirigida à produção e circulação de riquezas<sup>1</sup>. Dentro dessa ideia, os contratos são também o instrumento padrão<sup>2</sup> de constituição de sociedades, especificamente

---

1 GALGANO, Francesco. Trattato di diritto civile. 2. Ed. Pádova: CEDAM, 2010, v. 2, p. 133.

2 A nosso ver, as sociedades anônimas não possuem natureza contratual. Contudo, o nosso foco estaria nas sociedades contratuais.

das sociedades limitadas, enquanto instrumentos de união de esforços e recursos para o exercício das atividades econômicas<sup>3</sup>.

Os contratos sociais das sociedades limitadas devem possuir, ao menos, os elementos essenciais do artigo 997 do CC, sem os quais a sociedade não pode ser constituída. Porém, além desses elementos essenciais, os contratos sociais podem e devem conter outros ajustes entre os sócios, que representem o seu entendimento sobre temas, abrindo uma boa margem de atuação para a autonomia privada.

Um dos temas mais conflituosos entre os sócios são os critérios de apuração de haveres para os casos de dissolução parcial. Esse assunto é tratado pelos artigos 1.031 do CC e 606 do CPC e, em razão desse tratamento, surge a dúvida sobre os limites da autonomia privada para regular a matéria, sendo esse o objeto do presente trabalho.

## **2. A NATUREZA CONTRATUAL DAS SOCIEDADES LIMITADAS E A APLICAÇÃO DO REGIME GERAL DOS CONTRATOS**

Apesar de alguma controvérsia, ao menos, em relação às sociedades regidas pelo Código Civil prevalece a opinião da natureza contratual, seja como um contrato organização<sup>4</sup> seja como um contrato plurilateral<sup>5</sup>. Contudo, é importante ressaltar que não se quer imaginar a sociedade como um contrato bilateral tradicional.

Apesar das diferentes visões teóricas, é certo que todas as visões contratuais da sociedade reconhecem a existência de um fim comum,

---

3 Não se nega a existência de sociedades unipessoais no direito brasileiro, mas para o presente trabalho serão consideradas apenas as sociedades pluripessoais.

4 FERRO-LUZZI, Paolo. I contratti associativi. Milão: Giuffrè, 2001, p. 22-23; CATAPANI, Márcio Ferro. Os contratos associativos. In: NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladolid Azevedo (coord.). Direito societário contemporâneo I. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 87-103; SALOMÃO FILHO, Calixto. O novo direito societário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 42-43.

5 BUONOCORE, Vincenzo. Le società. Milano: Giuffrè, 2000, p. 34; JAEGER, Pier Giusto; DENOZZA, Francesco. Appunti di diritto commerciale. 5. ed. Milano: Giuffrè, 2000, p. 95; MARASÁ, Giorgio. Le società. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2000, p. 125; ASCARELLI, Tullio. Problemas das sociedades anônimas e direito comparado. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. p. 275.

que não é típico dos contratos bilaterais tradicionais como a compra e venda. No contrato de sociedade, é essencial que todos os contratantes busquem um fim comum<sup>6</sup> que é o exercício da atividade econômica da sociedade.

Além disso, nos contratos de sociedade todas as partes assumem obrigações para com todas as outras e para com a sociedade. E mais, assumem o mesmo tipo de obrigação, como preleciona Tullio Ascarelli: “todas as partes de um mesmo contrato plurilateral gozam de direitos do mesmo tipo [...] nos demais contratos, ao contrário, o direito de cada parte é tipicamente distinto daquele da parte contrária”<sup>7</sup>.

Com essas e outras peculiaridades, é certo que contrato de sociedade está submetido ao regime geral dos contratos<sup>8</sup>, observadas as particularidades inerentes a essa ideia. Dentro do regime geral dos contratos, é certo que o contrato de sociedade segue os princípios inerentes ao direito dos contratos, como o princípio da autonomia privada.

### **3. AUTONOMIA PRIVADA NOS CONTRATOS EM GERAL**

O contrato é uma realidade prática das mais antigas da humanidade. Assim, pode-se afirmar que o contrato não foi inventado ou criado pelo direito, mas, pela prática dos seres humanos, vivendo em sociedade. Dentro dessa ideia, contratar é da essência da natureza humana<sup>9</sup>, sendo essencial e natural que tenha liberdade para realizar esse ato. É nessa perspectiva da liberdade individual que

---

6 FERRARA JUNIOR, Francesco; CORSI, Francesco. *Gli imprenditori e le società*. 11. ed. Milano: Giuffrè, 1999. p. 251.

7 ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. p. 275.

8 BUONOCORE, Vincenzo. *Le società*. Milano: Giuffrè, 2000. p. 34.

9 RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade*. *Revista de informação legislativa*, v. 41, n. 163, jul./set. 2004, p. 119.

surge a autonomia privada como princípio essencial do direito dos contratos<sup>10</sup>.

Na ótica contratual, a autonomia privada é um poder atribuído às partes, no sentido de “constituir ou regular ou extinguir relações patrimoniais: que eles possam, isto é, dispor dos próprios bens e possam obrigar a executar prestações a favor de outros”<sup>11</sup>. De modo similar, Clóvis do Couto e Silva afirma que ela representa “a *facultas*, a possibilidade, embora não ilimitada, que possuem os particulares para resolver seus conflitos de interesses, criar associações, efetuar o escambo dos bens e dinamizar, enfim, a vida em sociedade”<sup>12</sup>.

Cuida-se da chamada liberdade contratual, que dá às partes poderes de definir voluntariamente aspectos da sua vida econômica, por meio de contratos.

A autonomia privada pode ser visualizada na liberdade assegurada às partes no sentido de realizar ou não o contrato; de escolher o outro contratante; de escolher a figura jurídica do contrato; de selecionar o conteúdo do contrato, de escolher a forma do contrato, salvo quando essa é vinculada; de designar o modo no qual se transmite a declaração de vontade; e de escolher a modalidade como se conclui o contrato<sup>13</sup>. Assim, são vários aspectos em que se visualiza essa liberdade das partes, inclusive nos contratos de sociedade, como se verá adiante.

Com a Lei da Liberdade Econômica (Lei nº 13.784/2019 – art. 3º, VIII) fica consagrada expressamente essa autonomia, ao se prever que os negócios empresariais serão “objeto de livre estipulação das partes pactuantes, de forma a aplicar todas as regras de direito empresarial

---

10 AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica – perspectivas estrutural e funcional. Revista de Informação Legislativa, v. 26, n. 102, p. 207-230, abr./jun. 1989.

11 GALGANO, Francesco. Trattato di diritto civile. 2. Ed. Pádova: CEDAM, 2010, v. 2, p. 162, tradução livre de “costituire o regolare o estinguere rapporti patrimoniali: che essi possono, cioè, disporre dei propri beni e possono obbligarsi ad eseguire prestazioni a favore di altri”.

12 COUTO E SILVA, Clóvis. A obrigação como processo. São Paulo: FGV, 2011, edição do kindle, posição 385.

13 ALPA, Guido. Corso di diritto contrattuale. Pádova: CEDAM, 2006. p. 18.

apenas de maneira subsidiária ao avençado, exceto normas de ordem pública”. Além disso, o art. 421, parágrafo único do CC, prevê uma excepcionalidade da intervenção do Estado nos contratos, reforçando a autonomia das partes.

A liberdade assegurada pela autonomia privada, porém, nunca foi absoluta. Vale dizer, ela sempre encontrou limites na ordem pública<sup>14</sup>, que pode ser entendida como “o conjunto de interesses jurídicos e morais erigidos pela sociedade e não podem ser modificados por convenção entre particulares”<sup>15</sup>. Como princípio que é, autonomia é conformada pelo ordenamento jurídico e deve obedecer aos seus limites.

Assim, em regra, a parte tem o poder de escolher se vai celebrar ou não contrato. É um ato seu decidir por contratar ou não. Dentro da mesma lógica, a pessoa tem o direito de definir com contratar. Contudo, em determinadas situações, os contratos são compulsórios<sup>16</sup>, isto é, devem ser obrigatoriamente celebrados, como o seguro obrigatório<sup>17</sup>. Do mesmo modo, por vezes, há um monopólio legal ou de fato que limita a possibilidade de escolha, como por exemplo, nos serviços postais no Brasil. Do mesmo modo, tal liberdade é limitada no caso da concessão de serviços públicos (água, luz, telefone, transporte...).

Outro aspecto da liberdade contratual é o poder de escolher o tipo contratual. Todavia, nem sempre há a possibilidade de escolher o tipo de contrato, pois em certos negócios a legislação impõe um tipo de contrato. Nos negócios envolvendo a propriedade intelectual, só são possíveis os contratos de licença, concessão ou cessão. Nas relações agrárias, os contratos de parceria e arrendamento seriam os únicos possíveis para certos negócios.

---

14 LOPEZ, Tereza Ancona. Princípios contratuais. In: FERNANDES, Wanderley (coordenador). Fundamentos e princípios dos contratos empresariais. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 11.

15 BEGALLI, Paulo Antônio. Direito contratual no novo código civil. São Paulo: Editora de Direito, 2003. p. 91.

16 PATTERSON, Edwin W. Compulsory contracts in the Crystal Ball. Columbia Law Review, vol. 43, no. 5, July 1943. p. 731-749.

17 LORENZETTI, Ricardo Luis. Tratado de los contratos: parte general. 2. Ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2010. p. 136.

A autonomia privada também dá a liberdade de escolher a forma do contrato, salvo quando a lei determina uma força especial. Assim, as partes, em regra, têm a liberdade de definir se vão usar a forma escrita ou se celebrarão um contrato verbal. Todavia, para alguns contratos a lei exige a forma escrita, como na fiança.

Por fim, as partes têm a liberdade de escolher o conteúdo do contrato, isto é, de definir quais obrigações serão assumidas em virtude daquele contrato. Tal aspecto da autonomia da vontade, porém, está sujeito a diversas limitações. Além disso, os princípios da função social dos contratos e da boa-fé objetiva representam hoje limites da autonomia privada<sup>18</sup>, além das regras de ordem pública.

#### **4. A FORÇA OBRIGATÓRIA DOS CONTRATOS COMO COROLÁRIO DA AUTONOMIA PRIVADA**

Manifestada regularmente e livremente a vontade de contratar, as partes ficam vinculadas às obrigações assumidas, isto é, as partes devem cumprir o contratado. “As estipulações feitas no contrato deverão ser fielmente cumpridas (*pacta sunt servanda*), sob pena de execução patrimonial contra o inadimplente”<sup>19</sup>. Esse é o princípio da força obrigatória dos contratos, comumente chamado de “*pacta sunt servanda*”, que não se encontra expressamente escrito na legislação, mas é reconhecido como um princípio essencial. Trata-se de um elemento essencial para a segurança jurídica que se espera do tráfico jurídico, trazendo consigo a estabilidade e a previsibilidade<sup>20</sup> exigidas para tanto.

Embora não haja consagração expressa de tal princípio, é certo que ele decorre implicitamente dos artigos 389, 390 e 391 do Código

---

18 LOPEZ, Tereza Ancona. Princípios contratuais. In: FERNANDES, Wanderley (coordenador). Fundamentos e princípios dos contratos empresariais. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 14.

19 DINIZ, Maria Helena. Tratado teórico e prático dos contratos. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1. p. 73.

20 LÔBO, Paulo. Direito civil: contratos. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 63.

Civil que preveem as consequências do inadimplemento contratual, demonstrando que os contratos devem ser cumpridos<sup>21</sup>.

Esse princípio traz consigo o dever de pontualidade no cumprimento das obrigações, a irrevogabilidade ou irretratabilidade do vínculo e a intangibilidade de seu conteúdo<sup>22</sup>.

Quem assume uma obrigação, por meio de um contrato, deve cumprir tal obrigação no vencimento, sob pena de sofrer as penalidades decorrentes da sua impontualidade (juros, multa...). Do mesmo modo, a parte que assumiu o compromisso não pode, por um simples ato de vontade, se afastar da obrigação, ou revogar o vínculo por não mais querer tal obrigação. Além disso, o conteúdo da obrigação também não pode ser alterado exclusivamente pela vontade de uma das partes, devendo-se manter o que foi acordado<sup>23</sup>.

Obviamente, tal princípio não é absoluto. Em certos casos, admite-se o não cumprimento do contrato como nas hipóteses em que se admite a resolução ou a denúncia do contrato. Do mesmo modo, a quebra do equilíbrio contratual pode autorizar a revisão ou até mesmo a extinção do contrato nos casos de onerosidade excessiva. Tais exceções não retiram a importância e a necessidade de tal princípio para a segurança jurídica que se espera de todos os negócios.

Os contratos têm força obrigatória não apenas pela manifestação da vontade das partes, mas porque interessa à própria sociedade a proteção das expectativas econômicas e sociais geradas pelo contrato<sup>24</sup>. “A força obrigatória do contrato simboliza um ambiente social de confiança na segura circulação de bens e serviços”<sup>25</sup>.

---

21 TARTUCE, Flávio. Direito civil, v. 3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, cap. 2, item 2.4.

22 LOPEZ, Tereza Ancona. Princípios contratuais. In: FERNANDES, Wanderley (coordenador). Fundamentos e princípios dos contratos empresariais. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 17.

23 LISBOA, Roberto Senise. Responsabilidade civil nas relações de consumo. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 93.

24 FIUZA, César. Contratos. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 36.

25 FARIA, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito dos contratos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 147.

## 5. NOTAS SOBRE LIBERDADE CONTRATUAL NAS SOCIEDADES LIMITADAS

Os contratos sociais de sociedades limitadas precisam conter necessariamente a estrutura e a organização da sociedade<sup>26</sup>. Vale dizer, é essencial, para todo contrato social, que seja identificada a sociedade que está sendo criada (nome, sede, objeto e prazo de duração), bem como os sócios que lhe deram origem, especificando sua contribuição para o chamado capital social e, também, o critério de repartição dos lucros. Para a atuação concreta da sociedade, também é essencial que se defina quem vai agir pela sociedade, isto é, quem vai administrá-la. Mesmo nesses elementos essenciais, há uma boa margem de autonomia contratual.

No que tange ao nome da sociedade, os sócios podem escolher tanto denominações quanto firmas, exigindo o CC apenas a inclusão do LTDA expressamente. Além disso, o nome escolhido não poderá gerar confusão com outro nome já registrado no mesmo âmbito (CC – art. 1.163).

A sede, o objeto e o prazo de duração se inserem na livre escolha entre as partes. Apenas no que diz respeito à sede, é importante observar restrições urbanísticas e ambientais para localização do negócio. Em todo caso, ele pode ser inclusive virtual.

No que diz respeito à contribuição dos sócios, a lei proíbe a contribuição em serviços (CC – art. 1.055, §2º), permitindo que a contribuição ocorra apenas em dinheiro ou outros bens. O valor das contribuições de cada sócio e o momento da contribuição se inserem dentro da liberdade contratual.

De modo similar, o critério de distribuição de lucros será livremente pactuado entre os sócios. No silêncio deles, o artigo 1.007 estabelece que os lucros sejam distribuídos proporcionalmente ao capital de cada sócio.

---

26 TELLECHEA, Rodrigo. *Autonomia privada no direito societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2016. p. 46-52.

Por fim, é livre a escolha de quem vai administrar a sociedade, podendo essa escolha recair sobre um sócio ou não, desde que a pessoa não incorra nos impedimentos legalmente previstos (CC – art. 1.011, §1º).

Com esses elementos, a sociedade já pode ser constituída, mas existem vários outros pontos que podem ser tratados no contrato social, para que o contrato consiga cumprir uma de suas funções, que é solucionar ou minimizar conflitos que surjam em razão das relações jurídicas travadas no âmbito da sociedade.

Especificamente no caso do direito societário, uma de suas principais funções é minimizar os chamados conflitos de agência. A relação de agência ocorre quando uma pessoa (principal) contrata serviços de outra (agente), delegando certo poder de decisão a esta<sup>27</sup>. Neste aspecto, o direito societário lida essencialmente com três tipos de conflitos: conflitos entre administradores e sócios, conflitos entre sócios e conflitos entre sócios e terceiros (*stakeholders*), incluindo credores e empregados<sup>28</sup>. Embora tecnicamente a relação jurídica seja entre a sociedade e os administradores<sup>29</sup>, não se pode deixar de visualizar este tipo de relação entre os sócios e os administradores. Dentro destas linhas gerais, podem ser explicitados objetivos críticos mais específicos, mas sempre dentro destas duas ideias gerais.

Nos conflitos entre administradores e sócios, o contrato social deve trazer mecanismos que sejam capazes de coibir o abuso dos poderes dos administradores<sup>30</sup>. Neste sentido, o contrato deve limitar, ao menos na órbita interna, a realização de negócios que extrapolem o objeto da sociedade. Neste ponto, cabe ao contrato impor as regras

---

27 JENSEN, Michael C.; MECKLING, William H. Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure. *Journal of Financial Economics*, Philadelphia, v. 3, n. 4, October 1976, p. 308.

28 HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier. What is corporate law? In: KRAAKMAN, Reinier et al. *The anatomy of corporate law: a comparative and functional approach*. New York: Oxford University Press, 2004, p. 2.

29 STOUT, Lynn. *The shareholder value myth*. San Francisco: Berrett-Koehler Publishers, 2012. p. 42.

30 MILMAN, David. *National corporate law in a globalised market: the UK experience in perspective*. Cheltenham: Edward Elgar, 2009. p. 50.

necessárias para a melhor gestão da sociedade, como por exemplo, pela fixação de deveres de lealdade e de diligência. Igualmente há a necessidade de responsabilizar o administrador por abusos, mas com limites, a fim de não inibir a atuação dos administradores em prol da sociedade.

Em relação aos conflitos entre sócios e terceiros, não há muito que o contrato social possa dispor, uma vez que sua função é disciplinar as relações internas da sociedade e não as relações externas. De todo modo, o contrato social pode trazer regras que impliquem maior transparência na gestão da sociedade, evitando um desfalque patrimonial, que possa gerar eventual responsabilidade dos sócios.

No que diz respeito aos conflitos entre sócios, a disciplina do contrato social pode auxiliar a evitar abusos dos majoritários em relação aos minoritários. Até por isso, existem regras cogentes sobre os quóruns de deliberação na sociedade, com destaque para o quórum de 75% (setenta e cinco por cento) para qualquer alteração do contrato social. Apesar de se considerar o quórum elevado, é certo que ele é o quórum mínimo estabelecido na lei. As partes podem, se for do seu interesse, ampliar o quórum, exigindo por exemplo unanimidade para todas as deliberações. Não se deve implodir o poder dos sócios, sob pena de desvirtuação das relações de poder dentro das sociedades, mas é possível e recomendável uma organização contratual desse poder. Outrossim, o contrato social pode trazer regras de convocação e instalação de reunião para sociedades de até 10 (dez) sócios, diminuindo os custos e agilizando as deliberações.

Ainda nas relações entre sócios, surge a questão do tratamento da dissolução parcial e da apuração de haveres, sendo esta última o objeto principal do presente trabalho.

## **6. O FENÔMENO DA DISSOLUÇÃO PARCIAL NAS SOCIEDADES LIMITADAS E SUA DISCIPLINA LEGAL**

Diante da natureza contratual plurilateral de organização da sociedade limitada, é certo que questões relativas ao vínculo de um

sócio não precisam afetar necessariamente a existência da própria sociedade. Vale dizer, é possível que se encerre o vínculo de um sócio, sem que a sociedade seja obrigatoriamente extinta. Esse fenômeno é a chamada dissolução parcial das sociedades.

Coube à lei definir algumas das hipóteses de dissolução parcial para os casos de morte de sócio, exclusão, exercício do direito de retirada e divórcio ou dissolução da união estável. Registre-se que o próprio contrato social, dentro da autonomia dos sócios, pode estabelecer outras hipóteses de dissolução parcial.

De acordo com o artigo 1.028 do CC, no caso de um falecimento de um sócio, em regra, haverá a dissolução parcial da parte do sócio falecido, cabendo aos herdeiros o recebimento da chamada apuração de haveres. Em alguns casos, de acordo com os demais sócios e cláusula contratual autorizativa, é possível que os herdeiros ingressem na sociedade. Também é possível que, em razão de características pessoais do sócio, os demais optem pela dissolução total da sociedade.

Além do falecimento, o sócio pode dissolver o seu vínculo com a sociedade, por meio do recesso. Nas sociedades por prazo indeterminado, assiste ao sócio o direito de, a qualquer tempo, se retirar apurando os seus haveres<sup>31</sup>, ainda que disciplinada supletivamente pela Lei das Sociedades Anônimas<sup>32</sup>. Essa possibilidade de retirada é um corolário da natureza contratual de tais sociedades, vigendo o princípio de que ninguém é obrigado a ficar preso a um contrato, podendo denunciá-lo a qualquer momento. Para as sociedades por prazo determinado, deve-se aplicar o artigo 1.077 do CC que autoriza o recesso nos casos de modificação do contrato social, fusão da sociedade, incorporação de outra, ou dela por outra, fixandose um prazo de 30 (trinta) dias para o exercício de tal direito.

---

31 COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 2, p. 420; LUCENA, José Waldecy. Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 567.

32 STJ – REsp 1839078/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/03/2021, DJe 26/03/2021.

Também gera a dissolução parcial da sociedade, a exclusão de um sócio por iniciativa da sociedade ou de pleno direito<sup>33</sup>.

A exclusão de pleno direito ocorre nos casos em que a quota do sócio é liquidada em virtude da sua falência pessoal (CC – art. 1.030), ou da iniciativa de seus credores particulares que penhora suas quotas para pagamento de dívidas (CPC – art. 861).

Além disso, a própria sociedade pode excluir o sócio. A exclusão do sócio é um direito da própria sociedade de se defender contra aqueles que põem em risco sua existência e sua atividade. Na sociedade limitada, há uma previsão específica para exclusão extrajudicial no art. 1.085 do CC, exigindo a existência de uma cláusula contratual, um grave descumprimento das obrigações sociais reconhecidos pela maioria absoluta do capital social, em assembleia ou reunião especificamente convocada para esse fim, assegurada a ampla defesa ao sócio. Ficam dispensadas a reunião/assembleia específica e a ampla defesa, nos casos de sociedades com apenas dois sócios. Também é possível a exclusão por meio de ação judicial promovida pela sociedade, a partir da deliberação da maioria dos demais sócios, diante de uma falta grave cometida por qualquer sócio. Por fim, existe a possibilidade específica de exclusão extrajudicial do sócio remisso (CC – arts. 1.058 e 1.004), entendido como aquele que não pagou sua contribuição na data devida, foi notificado e continuou sem pagar.

No CPC, o art. 600, parágrafo único, estabelece que “o cônjuge ou companheiro do sócio cujo casamento, união estável ou convivência terminou poderá requerer a apuração de seus haveres na sociedade, que serão pagos à conta da quota social titulada por este sócio”, permitindo o imediato exercício do direito à participação no acervo social. Há pois uma garantia do direito ao ex-cônjuge ou ex-companheiro de promover a imediata dissolução parcial perante a sociedade que acabará pagando os haveres, mas sempre deduzida da participação do sócio na sociedade.

---

33 MOSSA, Lorenzo. Trattato del nuovo diritto commerciale. Padova: CEDAM, 1951, v. 2. p. 326.

## 7. APURAÇÃO DE HAVERES E A AUTONOMIA PRIVADA

Ressalvada a hipótese da exclusão do sócio remisso, em todas as outras hipóteses o sócio que saiu, seus herdeiros, seus credores ou seu ex-cônjuge/companheiro farão jus à chamada apuração de haveres. Em outras palavras, em todos esses casos de dissolução parcial, o sócio recebe o que ele receberia se a sociedade fosse extinta como um todo.

Tal matéria é tratada pelo artigo 1.031 do CC que diz que a quota do sócio “liquidar-se-á, salvo disposição contratual em contrário, com base na situação patrimonial da sociedade, à data da resolução”.

Sobre o mesmo tema, o CPC, no artigo 606, estabelece que “em caso de omissão do contrato social, o juiz definirá, como critério de apuração de haveres, o valor patrimonial apurado em balanço de determinação, tomando-se por referência a data da resolução e avaliando-se bens e direitos do ativo, tangíveis e intangíveis, a preço de saída, além do passivo também a ser apurado de igual forma”.

Veja-se, pois, que os dois dispositivos ressalvam o tratamento do tema pelos sócios. O artigo 1.031 do CC fala “salvo disposição contratual em contrário”. O artigo 606 do CPC fala “em caso de omissão do contrato social”. Parece bem claro que o contrato social tem margem para disciplinar esse tema, dentro da autonomia privada assegurada aos sócios.

Contudo, a jurisprudência nem sempre reconheceu essa autonomia. O STJ, no julgamento do REsp 1335619/SP, concluiu, por maioria que “na dissolução parcial de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, o critério previsto no contrato social para a apuração dos haveres do sócio retirante somente prevalecerá se houver consenso entre as partes quanto ao resultado alcançado”<sup>34</sup>.

---

34STJ-REsp1335619/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/03/2015, DJe 27/03/2015; no mesmo sentido: TJSP; Agravo de Instrumento 2103661-29.2021.8.26.0000; Relator (a): Alexandre Lazzarini; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Central Cível - 1ª VARA EMPRESARIAL E CONFLITOS DE ARBITRAGEM; Data do Julgamento: 29/11/2021; Data de Registro: 29/11/2021.

No caso concreto, o contrato social estabelecia a apuração de haveres pelo valor econômico da sociedade, por meio das metodologias denominadas FCF (*Free Cash Flow*) ou EVA (*Economic Value Added*). Apesar da previsão contratual, o STJ decidiu que se o sócio não concordou com esse valor, deve ser aplicado o critério de balanço de determinação estabelecido na legislação.

É importante ressaltar que o Ministro Ricardo Villas Boas Cueva, em seu voto vencido, reconheceu “imperiosa a utilização de tais parâmetros no cálculo da apuração de haveres em atenção ao princípio da autonomia da vontade”.

Em outro julgado, a 4ª Turma do STJ reconheceu a prevalência do critério estabelecido no contrato, reconhecendo que “a apuração de haveres – levantamento dos valores referentes à participação do sócio que se retira ou que é excluído da sociedade – se processa da forma prevista no contrato social, uma vez que, nessa seara, prevalece o princípio da força obrigatória dos contratos, cujo fundamento é a autonomia da vontade, desde que observados os limites legais e os princípios gerais do direito”<sup>35</sup>. Esse julgado tratava de uma outra questão relacionada ao prazo de pagamento, mas, reconheceu a validade do prazo de 48 (quarenta e oito) vezes para o pagamento. De todo modo, foi reconhecida a vinculação das partes ao que está estabelecido no contrato.

Apesar das divergências apontadas, a meu ver, a autonomia privada tem uma grande espaço para atuação aqui na apuração de haveres, tanto na fixação de parâmetros para avaliação, quanto na fixação de prazo e condições de pagamento.

É importante relembrar que se está diante de um contrato de sociedade, discutindo as relações internas entre os sócios. Não se discute o interesse de um empregado ou um consumidor, de uma parte mais fraca na relação. Não se pretende dizer que todos os sócios têm o mesmo poder, mas que os sócios de uma sociedade são empreendedores e não são subordinados aos demais sócios.

---

35 STJ – REsp 1239754/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 15/05/2012, DJe 22/05/2012.

Eles possuem sim uma autonomia que é exercida especialmente no ingresso na sociedade, concordando com as regras ali estabelecidas ou negociando alterações.

O direito à apuração de haveres é um direito de caráter patrimonial que se insere na órbita privada dos sócios, colocando-se dentro de sua esfera de disponibilidade. Em outras palavras, os sócios podem dispor sobre esse direito, dentro daquilo que lhes convém, seja no que diz respeito à avaliação da sociedade, seja no que diz respeito ao prazo e forma de pagamento. Não havendo vícios na formação da vontade dos sócios, eles devem se manter vinculados ao que ficou estabelecido no contrato social.

A apuração de haveres exige, num primeiro momento, a avaliação da sociedade. Ocorre que há dezenas de critérios de avaliação<sup>36</sup>. Isso é natural, uma vez que cada negócio possui uma realidade, que traz formas diferentes de avaliação. Criar um critério único de avaliação dificilmente será capaz de definir realmente quanto valem as sociedades. Até por isso, é bem razoável que os sócios, dentro da sua autonomia, estabeleçam critérios de apuração.

Assim, a lei (CC e CPC) estabeleceu apenas um critério subsidiário à vontade das partes, isto é, o critério patrimonial pelo balanço de determinação se aplicará apenas no silêncio do contrato social. Vale dizer, as partes que constituem uma sociedade, dentro da sua autonomia, podem e devem estabelecer critérios de avaliação daquele negócio. Apenas se as partes não escolherem nenhum critério, vai ser utilizado o critério legal, isto é, sua aplicação é meramente supletiva<sup>37</sup>.

Imagine-se que o contrato social estabeleça a cláusula de apuração de haveres pelo método do fluxo de caixa descontado, estabelecendo os prazos e as taxas a serem consideradas. Esse critério deve ser obedecido, “mesmo que conduza a uma sobreavaliação ou

---

36 DAMODARAN, Aswath. Valuation: como avaliar empresas e escolher melhores ações. São Paulo: LTC, 2012, cap. 1.

37 BARUFALDI, Alexandre. Apuração de haveres dos sócios. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. p. 70.

subavaliação”<sup>38</sup>. Faz parte do risco assumido voluntariamente pelos sócios.

Do mesmo modo, a forma e o prazo de pagamento serão aqueles definidos no contrato social. Não se pode ignorar que a dissolução parcial e o pagamento dos haveres se justificam em razão da preservação da empresa e nada mais lógico do que uma forma e um prazo de pagamento que resguardem a continuação do negócio.

Negar validade ao que foi combinado no contrato e todos os sócios concordaram é um contrassenso e vai contra a lógica de uma sociedade.

Hernani Estrella faz um alerta muito importante sobre as decisões que ignoram o que foi combinado no contrato social, afirmando que “ter-se-á assim, sob o pretexto de resguardar a regra moral e restabelecer a justiça no contrato, um resultado que na essência é divorciado da mesma regra moral e atentatório da mesma justiça. Uma vez que o direito positivo forneça o meio de faltar o contratante à fé jurada, e venha em abono da atitude assumida pela parte inadimplente, é todo o comércio jurídico que sofre, é a insegurança que se institui como norma, é a infidelidade protegida pela lei que abala e ameaça todo o edifício do direito obrigacional, lançando o germe da desconfiança e do receio nos meandros da vida econômica. Se o pretexto de fazer justiça é que leva à própria injustiça e se é o direito que consagra a quebra da fidelidade sob calor de afinar-se com a regra moral, no fundo quem se desprestigia é a justiça e quem se desvaloriza é o direito”<sup>39</sup>.

Como ato de vontade que é, “qualquer contrato devia ser uma operação absolutamente livre para os contratantes interessados”<sup>40</sup>, vale dizer, deve haver uma liberdade dos sócios na redação dos contratos sociais. A autonomia privada representa, portanto, a liberdade que

---

38 SPINELLI, Luis Felipe. Exclusão de sócio por falta grave na sociedade limitada. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 507.

39 ESTRELLA, Hernani. Apuração de haveres. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 105.

40 ROPPO, Enzo. O contrato. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 32.

as partes têm de contratar, escolhendo os melhores elementos para o contrato e fixando livremente o conteúdo das cláusulas, desde que não sejam contrárias à ordem pública. Tal princípio é reconhecido há muito tempo como um princípio fundamental nas relações privadas<sup>41</sup> e, em especial, nas relações empresariais<sup>42</sup>. Neste sentido, o STJ afirmou que a “concreção do princípio da autonomia privada no plano do Direito Empresarial, com maior força do que em outros setores do Direito Privado, em face da necessidade de prevalência dos princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e da função social da empresa”<sup>43</sup>.

## 8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A autonomia privada é um dos princípios mais importantes de todas as relações entre particulares, especialmente nas relações empresariais voltadas ao mercado. Neste particular, a contratação de sociedades limitadas se mostra com um campo muito fértil para a atuação da autonomia privada, especialmente diante das lacunas e da qualidade discutível do nosso regramento atual. Assim sendo, cada vez mais é fundamental a atuação mais detalhada na redação de contratos sociais para a que o direito societário consiga cumprir sua finalidade, resolvendo ou mitigando os conflitos nas relações internas da sociedade.

É fundamental, porém, que essa autonomia privada seja respeitada, isto é, que as partes sejam compelidas a cumprir o que foi combinado. Desse modo, a força obrigatória dos contratos entre as partes é um complemento necessário e fundamental para que a autonomia cumpra seu papel. Só haverá segurança e previsibilidade

---

41 RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. Tratado de derecho civil: segun el tratado de Planiol. Trad. De Delia Garcia Daireaux. Buenos Aires: La Ley, 1964, t. 4, v. 1. p. 71.

42 LORENZETTI, Ricardo Luis. Tratado de los contratos: parte general. 2. Ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2010. p. 138.

43 STJ – REsp 1158815/RJ, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/02/2012, DJe 17/02/2012.

nessas relações, se as partes cumprirem o que foi efetivamente combinado.

Especificamente no que diz respeito à apuração de haveres, em razão da dissolução parcial, verificou-se a existência de julgados que negam validade ao pactuado entre as partes. Apesar das razões levantadas, tais julgados não representam a interpretação correta do tema, uma vez que a apuração de haveres se insere dentro da esfera de disponibilidade dos sócios e, por isso, deve ser objeto de sua livre disposição, vinculando-se todos ao combinado. Faz parte do jogo arriscar e se sujeitar às regras combinadas entre as partes.

Não se pretende defender uma autonomia privada absoluta, a qual não é nem desejável. O que se deseja é o respeito à livre disposição das partes, nos temas em que o direito deixou para as partes a disciplina. Esse é o caso da apuração de haveres, cujos critérios de apuração, forma e prazo de pagamento se inserem sim dentro da autonomia privada dos sócios, devendo ser obedecida, salvo qualquer demonstração de vícios de vontade.

## REFERÊNCIAS

ALPA, Guido. Corso di diritto contrattuale. Pádova: CEDAM, 2006.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica – perspectivas estrutural e funcional. Revista de Informação Legislativa, v. 26, n. 102, p. 207-230, abr./jun. 1989

ASCARELLI, Tullio. Problemas das sociedades anônimas e direito comparado. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

BARUFALDI, Alexandre. Apuração de haveres dos sócios. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

BEGALLI, Paulo Antônio. Direito contratual no novo código civil. São Paulo: Editora de Direito, 2003.

BUONOCORE, Vincenzo. Le società. Milano: Giuffrè, 2000.

CATAPANI, Márcio Ferro. Os contratos associativos. In: NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo (coord.) Direito societário contemporâneo I. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 87-103.

COUTO E SILVA, Clóvis. A obrigação como processo. São Paulo: FGV, 2011.

DAMODARAN, Aswath. Valuation: como avaliar empresas e escolher melhores ações. São Paulo: LTC, 2012.

DINIZ, Maria Helena. Tratado teórico e prático dos contratos. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1.

ESTRELLA, Hernani. Apuração de haveres. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FARIA, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito dos contratos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERNANDES, Wanderley (coordenador). Fundamentos e princípios dos contratos empresariais. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERRARA JUNIOR, Francesco; CORSI, Francesco. Gli imprenditori e le società. 11. ed. Milano: Giuffrè, 1999.

FERRO-LUZZI, Paolo. I contratti associativi. Milão: Giuffrè, 2001.

FIUZA, César. Contratos. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

GALGANO, Francesco. Trattato di diritto civile. 2. Ed. Pádova: CEDAM, 2010, v.2.

JAEGER, Pier Giusto; DENOZZA, Francesco. Appunti di diritto commerciale. 5. ed. Milano: Giuffrè, 2000.

JENSEN, Michael C.; MECKLING, William H. Theory of the Firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure. Journal of Financial Economics, Philadelphia, v. 3, n. 4, October 1976.

KRAAKMAN, Reinier et al. The anatomy of corporate law: a comparative and functional approach. New York: Oxford University Press, 2004.

LISBOA, Roberto Senise. Responsabilidade civil nas relações de consumo. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LÔBO, Paulo. Direito Civil: Contratos. São Paulo: Saraiva, 2011.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Tratado de los contratos: parte general. 2. Ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2010.

LUCENA, José Waldecy. Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MARASÁ, Giorgio. *Le società*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2000.

MILMAN, David. *National corporate law in a globalised market: the UK experience in perspective*. Cheltenham: Edward Elgar, 2009.

MOSSA, Lorenzo. *Trattato del nuovo diritto commerciale*. Padova: CEDAM, 1951, v. 2.

PATTERSON, Edwin W. *Compulsory contracts in the Crystal Ball*. *Columbia Law Review*, vol. 43, no. 5, July 1943, p. 731-749.

RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. *Tratado de derecho civil: segun el tratado de Planiol*. Trad. De Delia Garcia Daireaux. Buenos Aires: La Ley, 1964, t. 4, v. 1.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade*. *Revista de informação legislativa*, v. 41, n. 163, p. 113-130, jul./set. 2004.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SPINELLI, Luis Felipe. *Exclusão de sócio por falta grave na sociedade limitada*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

STOUT, Lynn. *The shareholder value myth*. San Francisco: Berrett-Koehler Publishers, 2012.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil, v. 3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TELLECHEA, Rodrigo. *Autonomia privada no direito societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2016.





# **10 DA AUTONOMIA DA VONTADE À AUTONOMIA PRIVADA: breve análise da trajetória dos contratos**

**Adriano Stanley Rocha Souza**

Pós-Doutor pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG). cursou disciplinas isoladas no Programa de Doutorado da Universidad de Deusto, em Bilbao (Espanha). Atualmente é professor Adjunto IV da PUCMG. Autor de vários artigos jurídicos, capítulos de livros e dos Livros “Direito das Coisas”, “Tutelas de Urgência na Reparação do Dano Moral” e “Dano Moral e Punitive Damages”. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil, atuando principalmente nos seguintes temas: direito civil, propriedade, responsabilidade civil, dano moral e meio ambiente.

**Lívia Guimarães Gonçalves**

Mestre em Direito Privado e Pós-graduada em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG). Advogada do Escritório Godinho, Barbosa e Bregunci Sociedade de Advogados, atuante na consultoria cível e contencioso empresarial e cível, inclusive no Direito das Famílias e das Sucessões.



# DA AUTONOMIA DA VONTADE À AUTONOMIA PRIVADA: breve análise da trajetória dos contratos

*Adriano Stanley Rocha Souza*

Pós-Doutor pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG). Coursou disciplinas isoladas no Programa de Doutorado da Universidad de Deusto, em Bilbao (Espanha). Atualmente é professor Adjunto IV da PUCMG. Autor de vários artigos jurídicos, capítulos de livros e dos Livros “Direito das Coisas”, “Tutelas de Urgência na Reparação do Dano Moral” e “Dano Moral e Punitive Damages”. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil, atuando principalmente nos seguintes temas: direito civil, propriedade, responsabilidade civil, dano moral e meio ambiente.

**Lívia Guimarães Gonçalves**

Mestre em Direito Privado e Pós-graduada em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG). Advogada do Escritório Godinho, Barbosa e Bregunci Sociedade de Advogados, atuante na consultoria cível e contencioso empresarial e cível, inclusive no Direito das Famílias e das Sucessões.

**SUMÁRIO:** 1. Resumo; 2. Introdução; 3. Abordagem histórica do contrato; 4. O Estado Liberal e a autonomia da vontade; 5. Enfim, autonomia privada; 5.1. A função social dos contratos no contexto da autonomia privada; 5.2. Liberdade contratual sob a ótica da autonomia privada; 6. Considerações finais; Referências

## 1. RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade examinar a trajetória dos contratos, inicialmente guiados pela autonomia da vontade e, posteriormente, pela autonomia privada. Busca-se analisar a importância da funcionalização dos institutos de direito privado no contexto da autonomia privada, bem como se esta implicaria a restrição da liberdade econômica dos contratantes.

Palavras-chave: Contratos; Autonomia privada; Autonomia da vontade; Funcionalização; Liberdade econômica.

## 2. INTRODUÇÃO

O contrato é instituto jurídico de imensurável utilidade social e, por isso, o seu estudo desperta o interesse de tantos juristas.

Com o objetivo de se fazer entender a razão pela qual os dispositivos que regem os contratos têm a exata roupagem insculpida nos códigos atuais, remontar-se-ão, neste trabalho, momentos históricos relevantes do aspecto econômico-social para a formação e evolução dos contratos.

Indo mais adiante, para melhor compreensão da temática proposta, o presente trabalho levará o leitor à compreensão de dois institutos importantes para o estudo dos contratos. Inicialmente, abordar-se-á a autonomia da vontade e, como evolução histórica desta, chegar-se-á à autonomia privada, analisando-se, nesse ponto, a relevância da funcionalização dos institutos de Direito Privado.

Ao final, sem o objetivo de encerrar o debate da matéria, será feita a abordagem de que o conceito moderno de autonomia e a forma como se desenvolvem as relações contratuais na atualidade não implicam, necessariamente, o cerceamento da liberdade dos contratantes. É o que se verá no presente trabalho.

## 3. ABORDAGEM HISTÓRICA DO CONTRATO

Ensina Enzo Roppo que “as situações, as relações, os interesses que constituem a substância real de qualquer contrato podem ser resumidos na ideia de operação econômica”<sup>1</sup>.

É por instrumentalizar uma operação econômica que o contrato não se constitui como fim em si mesmo, mas como um conceito jurídico elaborado com vista e em função da operação econômica que representa. Trata-se da forma de representação de variados interesses, com o único objetivo de circulação de riqueza, de modo que, se não há operação econômica, não há que se falar em contrato.

---

1 ROPPO, Enzo. O contrato. São Paulo: Editora Almedina, 2009. p. 8.

Mas ao se pensar nesse conceito jurídico, passa-se a se questionar quando os contratos, no sentido por nós conhecido de captura das operações econômicas pelo Direito, passaram a ser assim entendidos. O que conhecemos hoje, certamente, é matéria recente.

É nesse contexto que vale levar o leitor a refletir que uma organização econômica liga-se estruturalmente a uma organização social. A evolução desta reflete o desenvolvimento e incremento daquela, leia-se: dos contratos, gerando transformações do seu papel e modificando o âmbito de sua incidência.

Justamente por isso, nos sistemas econômicos arcaicos, por exemplo, baseados no modo de produção antigo, por meio de trabalho escravo e feudal, havia produção própria e baixo volume de trocas, o que não propiciou o desenvolvimento de uma estrutura contratual, pois as operações econômicas no sentido puro aconteciam de forma esporádica.

Fazendo digressão histórica ainda maior, tem-se que, no Direito Romano, não existia uma figura geral de contrato, havia apenas a *stipulatio*, que eram pactos vinculativos pelo viés religioso, além de alguns contratos típicos, como a *negotia*. As operações econômicas aconteciam no mundo fático e acabavam por absolver os contratos no Direito Romano.

Apenas com Justiniano, graças à afirmação de um espírito jurídico mais evoluído, foi que se chegou a um instrumento geral – contrato inominado – capaz de dar veste e eficácia legal a uma série de operações econômicas.

Passando-se mais adiante na linha do tempo, tem-se que a primeira grande sistematização do Direito dos Contratos ocorreu no Código Civil Francês de 1804 (Código de Napoleão), no contexto do amadurecimento da Revolução Industrial, tendo constituído o fruto político direto da Revolução Francesa, da vitória histórica da classe burguesa com os ideários de liberdade, igualdade e fraternidade.

O Código Napoleônico trouxe consigo mais de 800 artigos para tratar da propriedade privada e apenas 7 para regular as relações de trabalho. No que se refere aos contratos, o referido código deixou

expresso em seu artigo 1.134 que as convenções firmadas entre as partes faziam-se leis entre elas.

Tal período, como se sabe, foi marcado pelo aumento da produção e da força produtiva, com mais empregos e mais consumo, no ritmo do modelo econômico liberal, que afastava a intervenção do Estado nos planos jurídico e econômico. A plena liberdade fundamentava a igualdade das partes e dava azo às trocas intensas e à necessidade de um sistema jurídico rígido que desse segurança às relações contratuais, que fosse capaz de fazer cumprir os contratos.

Era tempo de se proteger o “ter” burguês, preterindo-se o “ser”. Então, o Estado era mero coadjuvante nas relações contratuais, isolado na posição de garantidor da liberdade contratual e do cumprimento dos pactos pelos contratantes. Não se duvidava naquela época que a plena liberdade, aliada à igualdade formal, conduziria à justiça contratual.

Em outras palavras, o ideário liberal pregava a liberdade plena dos particulares na direção de seus interesses, o que, de forma indireta, acabaria por propiciar o bem comum, por meio da realização dos interesses e das necessidades coletivas. Reservava-se ao Estado apenas a garantia do livre exercício da direção de seus negócios e interesses, eis que eventual intervenção na ordem econômica poderia oferecer obstáculos, ainda que indiretos, à consecução do bem comum.

#### **4. O ESTADO LIBERAL E A AUTONOMIA DA VONTADE**

Como se percebe, a autonomia da vontade, ou plena liberdade contratual, a obrigatoriedade dos contratos e o consensualismo eram os princípios básicos das relações contratuais da época. Havia plena liberdade de contratar, com dever de cumprimento pelas partes do que se entabulava, figurando o Estado apenas como garantidor da liberdade formal.

A vontade era o elemento nuclear dos Contratos, sendo o que legitimava o seu necessário cumprimento. Mas ter a vontade nessa posição primordial era um problema, pois o consenso jamais poderia

ser considerado injusto, o que viabilizava, por exemplo, o uso de mão de obra de menores e as intermináveis jornadas de trabalho do proletariado emergente.

Trata-se da concepção voluntarista de contrato encampada por o que chamamos, hoje, de Doutrina Clássica.

Passando adiante, durante o século XIX, verificou-se um contexto de sérias desigualdades nas relações jurídicas, o que acarretou uma profunda alteração, no início do século XX, do Direito Constitucional e, também, do Direito dos Contratos.

Em síntese, o fracasso do Estado Liberal após as duas Guerras Mundiais, agravado pelo fenômeno da urbanização, propiciou a evolução para o Estado Social, com a criação de instrumentos jurídicos para solucionar os problemas então emergentes.

Foi nesse contexto em que, clamando pela questão social no Brasil, escreveu Rui Barbosa:

Trouxeram ao Brasil, criaram no Brasil a questão social. Ela urge conosco por medidas, que como sociedade atendam aos seus mais imperiosos reclamos. Mas como é que lhe atenderíamos nos limites estreitos do nosso Direito Constitucional? Ante os nossos princípios constitucionais, a liberdade dos contratos é absoluta, o capitalista, o industrial, o patrão estão ao abrigo de interferências da lei, a tal respeito. Onde iria ela buscar, legitimamente, autoridade para acudir a certas reclamações operárias, para, por exemplo, limitar horas ao trabalho? Veja-se o que tem passado a América do Norte, onde leis adotadas para acudir tais reclamações têm ido esbarrar, por vezes, a título de inconstitucionalidade, em sentenças de tribunais superiores. Daí um dilema de caráter evolucionário e corolário nefastos; porque ora a opinião das classes mais numerosas se insurge contra a jurisprudência dos tribunais, ora os tribunais transigem com elas em prejuízo da legalidade constitucional. Num caso é a

justiça que se impopulariza. No outro, é a constituição que se desprestigia.<sup>2</sup>

Surgiram, então, Constituições com normas de conteúdo programático, versando sobre a forma de intervenção estatal no domínio econômico e nas relações contratuais, o que se denomina **dirigismo contratual**. No Brasil, a primeira Constituição a prezar pela supremacia da ordem pública foi a de 1934.

Foi assim que os Estados Liberais cederam espaço aos Estados Sociais de Direito e, após, aos Estados Democráticos de Direito, passando as relações contratuais a terem como princípios básicos a autonomia privada, a boa-fé e a justiça contratual.

## 5. ENFIM, AUTONOMIA PRIVADA

Mas o que seria a autonomia privada, instituto que passou a ser consagrado pelo Direito dos Contratos após o fracasso do Estado Liberal? Nada mais do que a esfera de atuação dentro da qual os particulares auto disciplinam e auto determinam os seus próprios interesses, nos limites e com as finalidades determinadas pela função social do contrato.

Caio Mário conceitua a autonomia como o poder criador de efeitos jurídicos “*que se enuncia por dizer que indivíduo é livre de, pela declaração de sua própria vontade, em conformidade com a lei, criar direitos e contrair obrigações*”<sup>3</sup>.

Em resumo, a ordem jurídica confere poderes aos particulares para que firmem seus contratos, mas estabelece parâmetros e limites, ou seja, mecanismos jurídicos para que operem essa auto-regulamentação, de acordo com os seus interesses. Daí conclui-se (i) que o direito subjetivo e a liberdade contratual não deixam de

---

2 BARBOSA, Rui. Comentários à constituição federal brasileira. São Paulo: Saraiva, 1934. p. 474.

3 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. vol. I, 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 479.

ser instrumentos da autonomia privada; (ii) que autonomia privada, enquanto autonomia, não é originária.

Estabelecendo esses limites à atuação dos contratantes, as Constituições Democráticas consagram valores como justiça social, dignidade da pessoa humana, igualdade formal e bem comum. Disso, decorreu a funcionalização de vários institutos jurídicos, alterando-se os seus conceitos. Um desses institutos, como se vê, é o da autonomia do indivíduo enquanto sujeito de direito.

Então, ao gozarem da faculdade que lhes é conferida de estabelecerem normas que irão reger as suas relações patrimoniais privadas, dentro dos limites estabelecidos pelo Estado, as partes terão que observar, inclusive, a função social do contrato.

Daí pode-se fechar esse tópico com a sistematização de que autonomia privada sob a ótica contratual é, simplesmente, a faculdade conferida a uma pessoa, observando-se os limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico e, em especial, a função social do contrato, de se reger, firmando negócios jurídicos com outros indivíduos com o objetivo de circular riqueza.

## **5.1. A FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS NO CONTEXTO DA AUTONOMIA PRIVADA**

Conforme explicado, a funcionalização dos institutos de Direito Privado é uma tentativa de correção das distorções sociais.

Enquanto fruto da concepção liberal, o contrato possuía apenas a função econômica, a de circulação de riquezas, mas esse modelo acabou por preterir as próprias pessoas enquanto sujeito de direitos. Assim, mostrou-se necessário que o contrato também encampasse a proteção dos anseios sociais, passando, a partir disso, a tutelar valores que informam a ordem jurídica.

Nas palavras de André Luiz Azevedo Sette, “a função social do contrato poderia ser resumida na ultimação do seu fim econômico (ou seja, na circulação de riquezas) de forma justa e equânime”<sup>4</sup>.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 reconstruiu o conceito de propriedade privada, introduzindo a função social, fazendo-o por meio de seus artigos 5º, XXII e XXIII, 170, 182 e 186. Já o Código Civil de 2002 consagrou a função social dos contratos, sobre ela fazendo previsão expressa, nos artigos 421 e 2.035, parágrafo único.

Para o Código Civil de 2002, o exercício da liberdade contratual deve ocorrer em razão e nos limites da função social do contrato. Com efeito, o novo Código Civil disciplinou, de forma inovadora (pois inexistente no Código de 1916), a figura do abuso de direito e estabeleceu que o limite da liberdade contratual é a função social do contrato, prevendo, ainda, a nulidade do negócio jurídico por violação de lei imperativa (artigo 166).

É certo que, hoje, a função social do contrato ganha destaque em razão da teoria do abuso de direito e de sua consagração legislativa, bem como em razão de limites impostos à liberdade negocial.

## **5.2. LIBERDADE CONTRATUAL SOB A ÓTICA DA AUTONOMIA PRIVADA**

Como se viu no presente trabalho, o contrato vem se transformando ao longo do tempo para se adequar ao tipo de mercado, em outras palavras, à organização econômica predominante em cada momento histórico.

Essa adequação tem como objetivo exclusivo o de que o contrato continue desempenhando a sua função fundamental no âmbito das economias de mercado, qual seja, a de instrumento de liberdade da iniciativa econômica.

---

4 SETTE, André Luiz Menezes Azevedo. Direito dos contratos: seus princípios fundamentais sob a ótica do Código Civil de 2002. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 67.

Nas palavras de Enzo Roppo:

Está agora claro que as transformações do instituto contratual, que designamos em termos da sua objectivação, não contrariam, mas antes secundam, o princípio da autonomia privada, desde que se queira ter deste princípio uma noção realista e correcta: autonomia privada, portanto, não como sinónimo de autonomia da vontade individual, mas como forma jurídica e legitimação da liberdade económica, da liberdade de prosseguir o lucro ou, então, de actuar segundo as conveniências de mercado – nos moldes ou com as técnicas adequadas ao tipo de mercado historicamente determinado.<sup>5</sup>

É nesse cenário em que se percebe que, embora o papel da vontade do ponto de visto psicológico tenha declinado, não foi atingido o núcleo da autonomia privada, não se tendo restringido a liberdade económica de seus operadores. Em outras palavras: foram limitadas as formas de exercício das liberdades, para adequá-las às novas formas de mercado.

Não assiste razão aos que sinalizam a perda de prestígio da autonomia privada, enquanto da liberdade negocial, uma vez que o que se verificou foi apenas e tão somente o declínio da autonomia da vontade, daquela plena liberdade contratual que era concebida pelo liberalismo económico e que, repisa-se, revelou-se nociva.

O despertar para as necessidades sociais permitiu que se reconstruísse a principiologia dos contratos, como forma de se alcançar valores jurídicos que passaram as ser consagrados pelas Constituições Democráticas, sobretudo a função social. Viu-se, assim, um movimento de funcionalização dos institutos jurídicos, passando o direito particular, eminentemente egoísta, para o social. Pretende-se,

---

5 ROPPO, Enzo. O contrato. São Paulo: Editora Almedina, 2009. p. 310.

hoje, a realização da justiça social, sendo que a autonomia privada deve direcionar-se nesse sentido.

## **6. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Com a contribuição colocada neste trabalho, a merecer, evidentemente, aprofundamento em estudos futuros, dada a importância e a extensão da temática, espera-se ter contribuído para a compreensão da trajetória dos contratos e do próprio conceito de autonomia, antes, da vontade, hoje, privada, no âmbito das relações contratuais.

Ao mesmo tempo, espera-se ter levado à compreensão do leitor a razão pela qual se operou o fenômeno da funcionalização dos institutos de direito privado e a roupagem atual da função social dos contratos no Brasil.

Ao final, tem-se a constatação científica em amadurecimento de que a autonomia privada, interpretada à luz da principiologia contratual moderna, não implica, necessariamente, restrição à liberdade das partes contratantes.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Luiz Otávio de Oliveira. Teoria geral do direito. São Paulo: Forense, 2006.

BARBOSA, Rui. Comentários à constituição federal brasileira. São Paulo: Saraiva, 1934.

BARROSO, Luís Roberto Barroso. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 102, n. 384, p. 83, mar/abr. 2006.

GOMES, Orlando. Contratos. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume III: contratos e atos unilaterais. São Paulo: Saraiva, 2004.

FIUZA, César. Direito civil. 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. Revista Direito GV, v.1. n.1: (2005): 41-66. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35261>>. Acesso em: 20/7/2019.

NEGREIROS, Teresa. Teoria do contrato: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NERY JÚNIOR, Nelson & NERY, Rosa Maria de Andrade. Código civil comentado. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

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

PRATA, Ana. A tutela constitucional da autonomia privada. São Paulo, Editora Almedina, 2016.

ROPPO, Enzo. O contrato. São Paulo: Editora Almedina, 2009.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Função social do contrato: primeiras anotações. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, v. 132, São Paulo: Malheiros, 2003.

SETTE, André Luiz Menezes Azevedo. Direito dos contratos: seus princípios fundamentais sob a ótica do código civil de 2002. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. O contrato e sua função social. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TIMM, Luciano Betti. Função social do direito contratual no código civil brasileiro: justiça distributiva vs. eficiência econômica. RIDB, Ano 1 (2012). N.º. 6.

WALD, Arnaldo. Direito civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.



# **11 (DES) INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E A INCONSTITUCIONALIDADE DO JUIZ-ROBÔ**

**Carlos Henrique Soares**

Doutor e Mestre em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG). Professor de Direito Processual Civil da PUCMG e da Escola Superior Dom Hélder Câmara. Coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito Processual Civil – IEC/PUCMG. Professor de Pós-Graduação, Presidente da ACADEPRO. Escritor, Conferencista e Advogado e Sócio-Diretor da Pena, Dylan, Soares & Carsalade – Sociedade de Advogados (PDSC) – Email: carlos@pdsc.com.br.

**Lucélia de Sena Alves**

Mestre (2014) em Direitos Fundamentais, da linha de Direito Processual Coletivo, pela Universidade de Itaúna (UIT). Possui experiência em pesquisa empírica em Direito. Ex-Professora de Direito Processual Civil das Faculdades Kennedy de Minas Gerais e da Faculdade Promove. Ex-Coordenadora do curso de Pós-graduação em Advocacia Cível e Tecnologias Aplicadas à Advocacia da Faculdade Promove. Professora da Escola Superior da Advocacia de Minas Gerais. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Advogada no escritório Sena & Alves Advocacia.



# **(DES) INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E A INCONSTITUCIONALIDADE DO JUIZ-ROBÔ**

**Carlos Henrique Soares**

Doutor e Mestre em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG). Professor de Direito Processual Civil da PUCMG e da Escola Superior Dom Hélder Câmara. Coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito Processual Civil – IEC/PUCMG. Professor de Pós-Graduação, Presidente da ACADEPRO. Escritor, Conferencista e Advogado e Sócio-Diretor da Pena, Dylan, Soares & Carsalade – Sociedade de Advogados (PDSC) – Email: carlos@pdsc.com.br.

**Lucélia de Sena Alves**

Mestre (2014) em Direitos Fundamentais, da linha de Direito Processual Coletivo, pela Universidade de Itaúna (UIT). Possui experiência em pesquisa empírica em Direito. Ex-Professora de Direito Processual Civil das Faculdades Kennedy de Minas Gerais e da Faculdade Promove. Ex-Coordenadora do curso de Pós-graduação em Advocacia Cível e Tecnologias Aplicadas à Advocacia da Faculdade Promove. Professora da Escola Superior da Advocacia de Minas Gerais. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Advogada no escritório Sena & Alves Advocacia.

**SUMÁRIO:** 1. Resumo; 2. Introdução; 3. O que é inteligência artificial? 4. Ética, moral e “inteligência artificial”; 5. Utilização da “inteligência artificial” no processo jurisdicional brasileiro; 6. Inconstitucionalidades e impossibilidade jurídica do “juiz-robô”; 7. Responsabilidade do Estado pela função do “juiz-robô”; 8. Decisões padronizadas e decisões robotizadas; 9. Juiz-robô e a valoração e valorização das provas; 10. Considerações finais; Referências.

## **1. RESUMO**

O presente texto trata sobre a “inteligência artificial” e a inconstitucionalidade de utilização do juiz-robô no processo jurisdicional brasileiro. Além dos empecilhos técnicos-jurídicos, há empecilhos ético-morais e ainda, ausência de garantias para o cidadão de que o exercício de julgamento robotizado possa garantir

o contraditório, a ampla defesa e o direito de influência nas decisões judiciais.

Palavras-chave: inteligência artificial; Processo jurisdicional; Inconstitucionalidade; Impossibilidade jurídica.

## 2. INTRODUÇÃO

Muito se fala sobre “inteligência artificial” no universo das ciências computacionais e sua capacidade de processamento e resolução de problemas da vida cotidiana. É inegável o avanço da tecnologia e da automatização de procedimentos, dispensando a participação humana em inúmeros processos produtivos de produtos e serviços<sup>1</sup>.

Antes adentrar em uma análise mais detida sobre a possibilidade das máquinas julgarem, tem-se necessidade de explicar o título do texto, pois quase todos os artigos e livros jurídicos que trabalham com o tema “*inteligência artificial*”, o fazem em uma apologia sobre as vantagens e desvantagens dos recursos tecnológicos junto aos processos jurisdicionais sem reflexão sobre o termo “*inteligência*” e sem uma reflexão sobre a possibilidade de julgamentos realizados pelo “*juiz-robô*”. Partiremos da ideia de que não há, por óbvio a “*inteligência artificial*” e pode haver no máximo “*desinteligência natural*”. Falar em “*desinteligência natural*” significa uma opção da humanidade pela ignorância, pela ausência de criticidade, pela ausência de reflexão sobre a vida e sobre o viver ético-moral.

---

1 Desde a Conferência de Dartmouth de 1956, a inteligência artificial tem desenvolvido, de acordo com os períodos de entusiasmo e desilusão que sucessores, sempre ultrapassando os limites do que acreditamos só pode ser feito por humanos. Continuando seu projeto inicial, A pesquisa de IA deu origem a sucessos reais (vitória no xadrez, o jogo “go”, entendendo a linguagem natural ...) e tem alimentado amplamente a história da matemática e da ciência da computação: quantos dispositivos que agora consideramos trivial era originalmente um grande avanço em IA – um aplicativo de xadrez, um programa tradução online ...? (VILLANI, Cédric. Donner uns sens à li’intelligence artificielle: pour une stratégie nationale et européenne. 2018. Disponível em: <https://www.aiforhumanity.fr>).

Partindo do ponto de que há apenas “*inteligência natural*” e nunca “*artificial*”, a inteligência pode propor “*hipóteses*”, resolver “*problemas*”, apresentar “*teorias*” e desenvolver “*técnicas*” para dar resposta aos questionamentos humanos. A “ciência” é fruto da “inteligência natural”. Ademais, é somente com a inteligência que conseguimos desenvolver atividades, como: ***ensinar, transferir conhecimento, pesquisar, criticar, corrigir problemas, repensar os resultados, analisar novas perspectivas, aprender com os erros e pensar ética e moralmente***. Obviamente, nem todo ser humano utiliza-se de sua “inteligência”. Opção pela “desinteligência” é possível. A opção por viver sem crítica é uma liberdade humana. No entanto, a vida sem reflexão, crítica, ética e moral não nos permite diferenciar os animais humanos dos demais animais não humanos. E nesse sentido, poderia justificar a possibilidade de confusão entre a “inteligência natural” e o trabalho exercido pelas máquinas e programas de computador.

A tendência de personificar as máquinas ou atribuir características humanas às “coisas” é muito comum no ser-humano. Esse fenômeno é chamado de “*humanização das coisas*”. O humano (cérebro) procura sempre características humanas em todas as coisas, pois o cérebro tem uma capacidade nata de reconhecer seus semelhantes.

Nesse contexto, é que se tece críticas a utilização do termo “*inteligência artificial*”. O termo “*inteligência artificial*” nada mais é do que uma tentativa de humanizar às “máquinas” e “programas” de computador. “Inteligência” não pode ser “artificial” pois “inteligência” é um dado que pertence ao ser humano. Chamar de “inteligência artificial” a qualidade das máquinas ou “programas de computador” em imitar o pensamento humano é um equívoco. Atribuir a qualidade de “inteligente” a uma máquina é humanizar uma “coisa”.

Inúmeras pessoas têm se debruçado nos estudos da “*inteligência artificial*” e estão refletindo sobre qual será, no futuro, o comportamento humano, as relações de trabalho, as relações interpessoais e também sobre a forma em que resolveremos os **conflitos** através das máquinas e programas de computador. Inúmeros processualistas defendem

a aplicação da “inteligência artificial” como forma de otimizar o processo, o procedimento e a decisão judicial. Chegam a informar que seria uma nova revolução processual a utilização da “inteligência artificial”, e que esta traria resolução célere para inúmeros problemas que, infelizmente, hoje, no Brasil, são demorados.

Ressalta Antônio Enrique Pérez Luño que o *“início do novo século, que coincidiu também com o início de um novo milênio, tem-se caracterizado por um protagonismo avassalador das novas tecnologias (NT) e das tecnologias da informação e da Comunicação (TIC), em todos os âmbitos da vida humana. Este fenômeno contribuiu que desde determinados enfoques tecno-científicos, se considere que a humanidade atual e seus valores consagrados pelo humanismo, devem ser superados, já que falamos de um amanhecer de uma nova etapa protagonizada pelos avanços da inteligência artificial (IA). Assim, James Barrat<sup>2</sup>, sustenta o fim da era humana e o início de uma nova era presidida pela onipresença da IA. Por sua vez, Yural Nohah Harari<sup>3</sup>, afirma que se superou a era do homo sapiens, que foi superado pelo homo deus<sup>4</sup>”*. (tradução livre).

Ninguém pode negar que a tecnologia não possa ajudar no exercício laboral do desenvolvimento do processo, do julgamento do juiz, da argumentação do advogado e do Ministério Público, e assim, otimizar o trabalho. No entanto, a defesa de um futuro jurídico relacionado diretamente com a suposta “inteligência artificial” ainda não se mostra uma realidade. Ninguém duvida da capacidade da ciência computacional e do desenvolvimento dos sistemas e programas de computadores e de sua capacidade de resolver problemas mais rápidos do que o ser humano, mas se tem uma coisa que o ser humano pode e deve dirigir: é o futuro. O futuro não está escrito e deve ser direcionado

---

2 BARRAT, J. Nuestra invencion final: La inteligencia artificial y el fin de la Era humana. Trad. Cast., de S. Rodriguez. Paido: Mexico, 2017.

3 HARARI, Y. N. Homo Deus: breve história del mañana. Trad. R. Joandomènec. Debate: Madrid, 2016.

4 LUÑO, Antônio Enrique Pérez. Inteligencia artificial y posthumanismo. In: PINTO, Henrique Alves; GUEDES Carus Jefferson; CÉSAR, Joaqui Portes de Cerqueira. Inteligência artificial aplicada ao processo de tomada de decisões. 1. ed. Belo Horizonte/São Paulo: D'Plácido, 2020. p.33.

de forma crítica. **Precisamos ponderar sobre quais os limites para a atuação das “máquinas” e dos “programas de computador” na atividade jurisdicional.**

### 3. O QUE É INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL?

Segundo Jordi Nieva Fenoll, a “*inteligência artificial*” significa que as máquinas pensam, ou melhor, “*imitam*”, o pensamento humano. A base é aprender utilizando-se generalizações que as pessoas empregam para tomar decisões habituais<sup>5</sup>. Sustenta o autor que “*a palavra chave em inteligência artificial é ‘algoritmo’, que seria o esquema executivo da máquina armazenando todas as opções de decisão em função dos dados que se vai conhecendo*”<sup>6</sup>.

Importa lembrar que o conceito de autônomo não está ligado ao conceito de tecnologia ou mecanização. Aristóteles, em sua obra *Metafísica*, já afirmava: “*ta automata tôn thaumatôn*” (autômato como nos fantoches). Aristóteles afirmava que a automação era uma imitação do real, uma maravilha para entreter as crianças e deslumbrar aqueles que não possuíam ainda uma compreensão do mundo e da vida<sup>8</sup>. Aristóteles com essa afirmação estava indicando que quem olha para um fantoche, vê um boneco que mexe de forma autônoma, mas que isso é um mecanismo de entreter aqueles que não dominam os conhecimentos necessários do mundo para saber que, por traz dos fantoches, há um homem que controla e dá vida ao boneco de pano. Assim, podemos estar de agora em diante acreditando que estamos vendo a possibilidade de autonomia nos julgamentos judiciais mas, de

5 FENOLL, Jordi Nieva. *Inteligencia Artificial y proceso judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2018. p. 20.

6 FENOLL, Jordi Nieva. *Inteligencia Artificial y proceso judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2018. p. 20.

7 Tradução a partir do trecho disponível em: <<http://hypnos.org.br/revista/index.php/hypnos/article/viewFile/47/47>>. Acesso em 15 dez 2020.

8 ARISTOTELES. *Metafísica - Saggio introduttivo, testo greco con traduzione*. Disponível em: <[https://moodle.ufsc.br/pluginfile.php/1332285/mod\\_resource/content/1/Aristoteles-Metafísica-Edicoes%20Loyola%20%282002%29.pdf](https://moodle.ufsc.br/pluginfile.php/1332285/mod_resource/content/1/Aristoteles-Metafísica-Edicoes%20Loyola%20%282002%29.pdf)>. Acesso em: 15 dez. 2020.

fato, poderemos estar sendo manipulados, enganados, no intuito de informar que quem está julgando é a máquina, e que os homens, por meio de algoritmos, estão controlando as decisões e seus resultados.

René Descartes também enfrentou o tema da automação e fez a seguinte pergunta: como podemos distinguir um “indivíduo real” de um autômato com forma humana? Ele responde que deveríamos utilizar testes para identificar a presença de um “indivíduo real”. O primeiro teste seria o uso da linguagem, a capacidade de resposta articulada, como ele consegue declarar com competência seus pensamentos<sup>10</sup>. E caso ultrapassasse esse primeiro teste, Descartes propõe um segundo teste que seria a incapacidade dos autômatos de terem conhecimento prático ou abrangente. Sustenta Descartes: “*E o segundo é que, embora fizesse várias coisas tão bem ou talvez melhor do que algum de nós, essas máquinas falhariam necessariamente em outras, pelas quais se descobriria que não agiam por conhecimento, mas somente pela disposição de seus órgãos*”. E segue: “[...] *daí ser moralmente impossível que haja numa máquina a diversidade suficiente de órgãos para fazê-la agir em todas as ocorrências da vida da mesma maneira que nossa razão nos faz agir*”<sup>11</sup>. A ideia de Descartes era de que o conhecimento humano seria exclusivo e muito fino, sendo impossível sua automação.

Alan Turing, teórico da matemática e da ciência da computação (1912-1954), idealizou a teoria dos autômatos (*Automaton Theory*). No artigo intitulado “*Computing machinery and intelligence*”<sup>12</sup> ele busca responder ao questionamento: Podem as máquinas pensar? (*Can machines think?*). Para responder tal indagação, Turing sugere um artifício denominado “**jogo da imitação**”. Um entrevistador precisa adivinhar quem seria o humano em uma entrevista às cegas. Em algum momento, a máquina poderia ter êxito em imitar o comportamento humano com tamanha perfeição que levaria à confusão um observador

---

9 KANG, Minsoo. The mechanical daughter of Rene Descartes: the origin and history of an intellectual fable. *Modern Intellectual History*, v. 14, n. 3, p. 633-660.

10 DESCARTES, René. *Discurso do método*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 63.

11 DESCARTES, 2004, p. 64.

12 TURING, A. M. *Computing machinery and intelligence*. *Mind*, v. 49, 1950. p. 433-460.

imparcial. Isso foi chamado de “*teste de Turing*” (TT). As ideias de Turing e seu teste, geraram uma grande discussão sobre a inteligência artificial.

John Searle, em 1932, elaborou a mais importante objeção ao Teste de Turing. O autor distinguiu, corretamente, entre “Inteligência Artificial Forte” (*strong*) e “Inteligência Artificial fraca” (*weak*), conforme as suas funções. A “I.A.” fraca seria aquele campo em que as máquinas conseguem passar no “Teste de Turing”, performando competências linguísticas indiscerníveis de um ser humano. A “I.A.” forte sugere a possibilidade de máquinas que performam competências próprias de um ser humano, ou seja, não apenas aparentam como possuem igualmente todas as competências humanas, inclusive a consciência<sup>13</sup>.

Uma versão ampliada ou forte do Teste de Turing seria objeto de John Searle, que irá analisar e criticar a intuição comum de que o cérebro é um computador (*hardware*) e a mente, um programa (*software*). Searle retoma o problema de Turing no famoso artigo “*Uma máquina poderia pensar?*” (*Could a machine think?*) e responde que somente uma máquina especial, com poderes causais (*internal causal powers*) semelhantes aos cérebros poderia pensar. O autor dirá que a I.A. forte trata do pensamento e esse possui relação com o programa, contudo, apenas o programa não é suficiente para o pensar<sup>14</sup>. Searle não estaria somente objetando Descartes, porém, igualmente, a posição dominante entre os teóricos da computação, para os quais a I.A. forte fundar-se-ia na ideia de que a mente e a consciência não são processos concretos, físicos ou biológicos, mas formais e abstratos. Para demonstrar a sua proposição, Searle irá formular o célebre argumento denominado de Sala Chinesa (*chinese room argument*), que irá orientar praticamente todos os debates filosóficos sobre Inteligência Artificial a partir de

---

13 SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. Ética e inteligência artificial: da possibilidade filosófica de agentes morais artificiais [recurso eletrônico]. Porto Alegre, RS: Editora Fí, 2021. p. 43.

14 SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da., 2021. p. 43.

então<sup>15</sup>. Há três elementos no experimento da Sala Chinesa: um agente externo que envia caracteres chineses, uma pessoa dentro da sala que não sabe o significado desses símbolos, mas possui um livro que indica o caractere correspondente e um agente externo que recebe os símbolos correspondentes. O experimento apresenta uma estrutura sintática ao descrever somente o uso de regras para a manipulação de símbolos. O computador atuaria de mesmo modo. Ele sabe como manipular símbolos, conforme um procedimento previamente determinado, porém não conhece o que está sendo processado, ou seja, não consegue atuar no nível semântico da comunicação. Para Searle, a máquina falha em determinar a *tematicidade* (*aboutness*) ou entendimento dos símbolos manipulados<sup>16</sup>.

De todo modo, reforça-se a definição de que **inteligência humana** e **inteligência artificial** são conceitos distintos e absolutamente incomparáveis. Enquanto a inteligência humana tem capacidade crítica e um poder de superar dogmas e criar novas formas de resolução de problemas, tal capacidade ainda não é percebida junto à “*inteligência artificial*”. Os “algoritmos” definidores dos padrões de agir e executar atos não conseguem desenvolver crítica (ética e moral) sobre funções decisórias e de capacidade de executar tarefas e, por isso, não conseguem melhorar suas decisões para quais elas não estão programadas.

Não é possível ainda falar em “*inteligência artificial*”, pois essa palavra pressupõe a existência e o desenvolvimento de **crítica** e que ainda é inconcebível nas atividades robotizadas. A crítica é uma capacidade humana e que permite reavaliar atos e corrigi-los, e não apenas reproduzir um conjunto de atos preconcebidos e programáveis existentes nos “*softwares*”. Como assevera Jordi Nieva Fenoll: “**Aprender supõe assumir, interiorizar e criar novas ideias a partir da aprendizagem**”<sup>17</sup>. As decisões tomadas pelos robôs dependem

---

15 SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da., 2021. p. 44.

16 SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da., 2021. p. 45.

17 FENOLL, Jordi Nieva. *Inteligencia artificial y proceso judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2018, p. 22.

sempre de suas programações e não se vislumbra, ainda que se queira humanizar, qualquer possibilidade de tratar o humano com inferioridade às máquinas.

O uso de “*inteligência artificial*” no processo jurisdicional ainda é bastante incipiente. Em que pese o avanço tecnológico, não se sabe, além de poucas notícias e resultados, de qualquer relevância ou utilização de inteligência artificial que tenha tido um resultado relevante no processo jurisdicional brasileiro. Pelo contrário, todos os estudos ainda são inconclusivos e sem os avanços alardeados por inúmeros processualistas e estudiosos do direito. No máximo, com a informatização processual, temos uma “*jurimetria*” mais avançada e que facilita a obtenção de dados e sua análise de forma mais precisa e rápida. Ressaltamos, é preciso ter calma, pois a imaginação dos estudiosos ainda está mais adiantada do que os resultados concretos entre a relação do processo jurisdicional com a “*inteligência artificial*”. Fernanda Bragança e Laurinha Bragança ressaltam que “*atualmente, o que existe de mais avançado e que está sendo empregado no contencioso de alguns escritórios de advocacia não está relacionado à formulação de petições, como facilmente se poderia cogitar. Isto pode ser feito por simples recursos de automação. Hoje, o que há de mais sofisticado são os softwares que melhoram a pesquisa jurídica, identificam o assunto, as partes e os pedidos do processo e separam as decisões de maneira a facilitar o trabalho dos advogados, promotores e juízes*<sup>18</sup>”.

Mesmo que consigamos ultrapassar as barreiras técnicas que impeçam as “máquinas” de tecer críticas e resolver problemas sem a ajuda do homem, ainda teríamos uma questão ética para ser enfrentada. **Quais seriam os limites ético-morais da atuação de uma “máquina” no processo de tomada de uma decisão judicial?** O futuro não está somente na utilização das “máquinas” e na revogação da humanidade. O futuro está no desafio de conciliar a capacidade de

---

18 BRAGANÇA, Fernanda; BRAGANÇA, Laurinda Fátima da F.P.G. Revolução 4.0 no poder judiciário: levantamento do uso de inteligência artificial nos tribunais brasileiros. Revista da SJRJ, Rio de Janeiro, v. 23, n. 46, jul./out. 2019. p. 67.

processamento de dados dos robôs com a capacidade crítica e juízo de valor que possuem os humanos<sup>19</sup>.

#### 4. ÉTICA, MORAL E “INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL”

Respondendo à questão proposta no último parágrafo do tópico anterior, sobre quais seriam os limites ético-morais da atuação de uma “máquina” no processo de tomada de decisão judicial, é conveniente citar a proposta de Isaac Asimov<sup>20</sup>, sobre as três leis da robótica: **“Primeira Lei** – *Um robô não pode ferir um ser humano ou, por inação, permitir que um ser humano sofra algum dano.* **Segunda Lei** – *Um robô deve obedecer às ordens dadas por seres humanos, exceto onde tais ordens entrariam em conflito com a Primeira Lei.* **Terceira Lei** – *Um robô deve proteger sua própria existência se tal proteção não estiver em conflito com a Primeira ou Segunda Lei”*. Essas leis, segundo Paulo Antônio Caliendo Velloso Silveira não impediriam dilemas éticos. *E se um, robô para proteger um humano, tivesse de causar mal a outro humano? E se o humano causasse mal a si mesmo? Poderia o sistema agir para impedir? Haveria conflito entre o livre-arbítrio humano e o paternalismo artificial? O que significaria “causar dano”? Alimentar-se mal? Qual a extensão desse dever de cuidado ou tutela? As perguntas poderiam suceder em número infinito. Poder-se-ia ainda questionar se seria consistente tratar um robô superinteligente como um mero escravo ou objeto e não como um sujeito de direitos?<sup>21</sup>”. A proposta de Asimov é importante, mas não é suficiente para evitar os dilemas apresentados e que ficam sem a devida resposta.*

De toda sorte, antes de discutir os dilemas ético-morais que podem advir da “inteligência artificial” e do relacionamento entre humanos e “máquinas” é preciso saber se as “máquinas” possuem

19 DRUMMOND, Marcílio Henrique Guedes. O direito dataísta. In: FONSECA, Isabella et al. Inteligência artificial e processo. Belo Horizonte: D’Placido, 2019. p. 120.

20 ASIMOV, I. Eu, robô. 2. ed. em português. Tradução de Luiz Horácio da Matta, 1969. Disponível em: <http://bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/services/e-books/Isaac%20Asimov-2.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2021.

21 SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da., 2021. p. 52.

moral? Se considerarmos as “máquinas” como objetos, elas seriam coisas destituídas de moral, meros artefatos, utilizados por seres humanos<sup>22</sup>. Sua utilização pode tender ao bem ou ao mal. Assim, a discussão, está apenas no uso consciente e responsável das máquinas. Na maioria dos casos, o que vemos de “inteligência artificial” e do “agir ético” das “máquinas” é justamente uma programação ampla de ações a serem tomadas e programadas pelos robôs. Paulo Antônio Velloso da Silveira afirma que: *“o fato de o programa possuir uma biblioteca ampla de ações a serem tomadas, um algoritmo eficiente para determinar o curso de ação mais adequado perante determinada situação, não caracteriza uma máquina como sendo um agente ético. (...) Um agente ético deve sê-lo por características próprias e não agir conforme uma programação externa predeterminada. A ética deve ser interna e não externa ao autômato. Ela deve ser fruto de um agir em primeira pessoa e nunca como instrumento de um terceiro, ou seja, deve garantir a sua natureza subjetiva e não ser objeto da ação de outrem. Essa é a diferença entre uma máquina lógica e uma máquina moral. Uma possui autonomia mecânica e a outra, autonomia moral<sup>23</sup>”*. E para conhecer a “autonomia moral” de um agente é preciso conhecer **senciência** e a **personalidade**<sup>24</sup>. Senciência (*Sentience*) seria a capacidade por experiência ou como a capacidade para sentir; e Personalidade (*Sapience or personhood*): é o conjunto de capacidades associadas à inteligência superior, tal como autoconsciência e racionalidade<sup>25</sup>.

De toda forma, é intrigante a possibilidade de termos uma “máquina” com algoritmos que possa agir moralmente, como uma “calculadora moral”, capaz de indicar o melhor caminho a ser seguido. Tal perspectiva, seria admitir a possibilidade recriar o cérebro humano

---

22 DIGNUM, Virginia. Artificial intelligence: foundations, theory, and algorithms. Cham: Springer, 2019, p. v.

23 SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da., 2021. p. 61.

24 SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da., 2021. p. 61.

25 BOSTROM, Nick; YUDKOWSKY, Eliezer. The ethics of artificial intelligence. In: FRANKISH, Keith; RAMSEY, William M. (ed.). The Cambridge Handbook of artificial intelligence. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 316-334. Disponível em: <https://intelligence.org/files/EthicsofAI.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2020 às 22:54, na p. 6 (versão com pequenas alterações em relação à versão impressa).

e sua forma de atuação (*design moral*). Um sistema de Inteligência Artificial deveria ter a capacidade de processar em tempo real toda a informação necessária, com todos os dados disponíveis sobre as melhores consequências para dada ação (...), um algoritmo capaz de *scannear* todos os fatos do mundo, relevantes para a decisão e com capacidade de prever todas as consequências para cada conduta imaginada<sup>26</sup>.

De fato, ainda não temos, em realidade, nenhuma máquina com o “agir moralmente” aceitável. Suas programações sempre fazem o que se esperam dela, mas não conseguem resolver dilemas para os quais seus algoritmos não estão pré-instalados e em pleno funcionamento. Se estamos certos, poderíamos inserir o comando em uma máquina com o seguinte ‘agir’: “*não pise na grama*”. Também poderíamos inserir outro comando (*input*): “*ajude os seres humanos em perigo*”. Se um ser humano estiver em perigo em cima da grama, a máquina não conseguirá resolver o dilema proposto sobre o que seria mais importante, a “*vida*” ou a “*grama*”. Para resolver esse dilema, somente um novo “*input*” seria necessário. O homem teria que inserir novo algoritmo, qual seja, “*em caso de perigo de um ser humano em cima da grama, pode pisar na grama para salvar uma vida do ser humano*”. Sem esse comando, a máquina não agirá ou terá um sobreaquecimento que a levará a um mal funcionamento ou a autodestruição. O agir ético-moral, em alguns casos, pode ser previsto, e quando a máquina assim age, está agindo respeitando seus algoritmos. Na ausência de algoritmos percebemos que as máquinas não agem, paralisam, sobreaquecem, pois não conseguem superar sua própria existência e programação.

---

26 SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da., 2021. p. 97.

## 5. UTILIZAÇÃO DA “INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL” NO PROCESSO JURISDICIONAL BRASILEIRO

Diante da afirmação de que “*inteligência*” é uma capacidade que ainda não se pode atribuir as “máquinas”, uma vez que elas “imitam” o pensamento humano, mas não possuem capacidade crítica e juízo valorativo, chegamos no momento em que vamos analisar a “**relação entre a atividade de processamento de dados (automatização de procedimentos) e o processo jurisdicional**”.

Há mais de 30 (trinta) anos, no Judiciário brasileiro, os computadores fazem parte do cotidiano dos trabalhos forenses. Num primeiro momento, os computadores vieram como substitutos das máquinas de escrever, bem como, com memória necessária para fazer serviços repetitivos que ficariam mais otimizados.

Com o avanço dos computadores e da capacidade de processamento de dados, bem como, do avanço da rede mundial de computadores (internet), passou a ser possível o controle dos andamentos processuais por simples acesso ao sistema dos tribunais – permitindo aos tribunais ingressarem na era da informática –, da jurimetria e da completa virtualização dos processos judiciais.

A virtualização dos processos judiciais não foi somente um ato de transformar o papel em “*bits*”, nem mesmo uma simples automatização dos procedimentos internos do Judiciário, mas sobretudo, permitiu uma troca de informações importantes com a sociedade sobre os tipos de demandas existentes, a quantidade de decisões proferidas, o número de atos processuais praticados, as matérias mais demandas no Judiciário, o valor médio das ações, dentre outros dados.

Diante da crescente demanda pela atuação do Estado-jurisdicional, a “**inteligência artificial**” passou a ser utilizada pelo Brasil no intuito de otimizar os serviços públicos, reduzir encargos administrativos, ajudar a resolver os problemas de alocação de recursos e assumir tarefas significativamente complexas<sup>27</sup>.

27 MEHR, H. Artificial Intelligence for Citizen Services and Government. [S.l], 2017. Disponível em: <[https://ash.harvard.edu/files/files/artificial\\_intelligence\\_for\\_citizen\\_](https://ash.harvard.edu/files/files/artificial_intelligence_for_citizen_)

Infelizmente, mesmo com os avanços tecnológicos que o Brasil vem passando junto ao Judiciário, com uma crescente virtualização dos processos judiciais e automatização de procedimentos, o Poder Público ainda não foi capaz de reduzir uma enorme quantidade de processos pendentes de resolução<sup>28</sup>. Segundo Mamede Said Mais Filho e Tainá Aguiar Junquillo “os investimentos com tecnologia e inovação, embora venham apresentando tendência de crescimento, giram em torno de apenas 2,7% do montante total do Judiciário (CNJ, 2017, p. 37) e, mesmo que a tramitação de processos judiciais por meio eletrônico tenha experimentado um expressivo crescimento, o número de tribunais que utilizam essa prática ainda é pequeno. Os avanços ocorridos em Tecnologia da Informação (TI) não têm sido capazes de superar os gargalos existentes, como a demora na fase de execução, os baixos índices de conciliação e o constante congestionamento processual. E isso porque a mera existência de um banco de dados que permite a distribuição de informações às partes interessadas, por meio da internet, sobre o andamento de processos e o conteúdo de decisões judiciais, não é capaz, por si só, de incrementar de maneira significativa os índices de desempenho e produtividade<sup>29</sup>”.

O projeto mais ambicioso, que ainda não era uma realidade no ano de 2021, fez-se na parceria entre o Supremo Tribunal Federal e a Universidade de Brasília, denominado VICTOR, em homenagem ao ex-Ministro Victor Nunes Leal. “A nova ferramenta que está sendo desenvolvida tem a finalidade de realizar o juízo acerca da repercussão

---

services.pdf>. Acesso em: 5 ago. 2018.

28 O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, através de sua diretoria de informática, projetou o Radar, uma I.A. com capacidade para identificar e separar recursos com pedidos idênticos. Após esta separação, os desembargadores elaboram um voto padrão a partir de teses das Cortes Superiores e do próprio TJMG, o qual é então utilizado pela máquina para proceder a julgamentos em conjunto dos casos similares. Na primeira oportunidade em que foi empregado, o Radar julgou de uma só vez duzentos e oitenta processos. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado. TJMG utiliza inteligência artificial em julgamento virtual. Portal TJMG, Notícias, Belo Horizonte, 7 nov. 2018. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/tjmg-utiliza-inteligencia-rtificialem-julgamento-virtual.htm#.XcChotVKiUk>. Acesso em: 17 mai. 2021.

29 MAIA FILHO, Mamede Said; JUNQUILHO, Tainá Aguiar. Projeto Vitor: perspectivas de aplicação da inteligência artificial ao direito. Rev. Dir. Gar. Fund., Vitória, v. 19, n. 3, set./dez. 2018, p. 221.

geral no STF, avaliando a totalidade dos recursos extraordinários e agravos em recursos extraordinários que chegam à Corte, e investigar se cumprem o requisito determinado pelo art. 102, § 3º, da Constituição Federal, ou seja, se se vinculam a algum tema de repercussão geral. Nesse sentido, o projeto do STF pode vir a se constituir em poderosa ferramenta de utilização de IA que afetará positivamente o desenvolvimento do controle de constitucionalidade difuso realizado pela Corte<sup>30</sup>". Segundo o portal institucional do STF, o Victor não irá ocupar o lugar dos juízes. O mesmo não decide ou julga; ele está sendo treinado tão somente para atuar na organização dos processos visando o aumento da eficiência e da velocidade da avaliação judicial<sup>31</sup>. Nesse aspecto, é preciso que ainda os tribunais, em especial o STF, não autorize nenhuma decisão robotizada, como está sendo alardeado por inúmeros pesquisadores sobre o tema.

Não temos o objetivo de desenvolver uma análise aprofundada sobre o funcionamento do programa VICTOR. O objetivo é pensar mais além, e considerar que o VICTOR, que encontra-se em teste, em modo experimental, não tenha capacidade de julgamento, sendo apenas um identificador de demandas e um separador de recursos e temas para facilitar as decisões pelos Ministros do STF.

## 6. INCONSTITUCIONALIDADES E IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO “JUIZ-ROBÔ”

No inciso I do art. 93 do CR/88, verificamos que para ser juiz, é necessário que uma **pessoa natural**, tenha formação em direito, exercício de no mínimo 3 (três) anos de atividades jurídicas após a formatura e passe em concurso público de provas e títulos. Tal requisito seria intransponível para uma “máquina”, que não pode cursar faculdade, não tem como provar o efetivo exercício jurídico

---

30 MAIA FILHO, Mamede Said; JUNQUILHO, Tainá Aguiar. Projeto vitor: perspectivas de aplicação da inteligência artificial ao direito. Rev. Dir. Gar. Fund., Vitória, v. 19, n. 3, set./dez. 2018, p. 222.

31 BRAGANÇA, Fernanda; BRAGANÇA, Laurinda Fátima da F.P.G. Revolução 4.0 no poder judiciário: levantamento do uso de inteligência artificial nos tribunais brasileiros. Revista da SJRJ, Rio de Janeiro, v. 23, n. 46, jul./out. 2019. p. 71.

após a formatura e nem pode fazer concurso público de provas e títulos. A Constituição brasileira não aceita “juiz-robô”. Por óbvio, não se nega que também é possível ser juiz no Brasil através do quinto constitucional, onde advogados e membros do Ministério Público com mais de 10 anos de exercício da carreira pleiteiem o cargo por meio de voto entre seus pares (lista sêxtupla) – o que ocorreria, após votos entre os desembargadores (lista tríplice), e após a escolha do Governador do Estado dentro os três mais votados pelo tribunal (art. 94, CR/88), e para os Ministros dos Tribunais Superiores, via necessidade de indicação pelo Presidente da República, de pessoas com mais de 35 anos de idade, reputação ilibada e notório saber jurídica, nos termos do art. 101, CR/88.

A atividade jurisdicional é **indelegável** e somente pode ser exercida por juízes devidamente **investidos** no cargo. Vejam: nenhum dos artigos supracitados da Constituição considera que a atividade jurisdicional possa ser realizada por uma “máquina” ou que a atividade do juiz possa ser auxiliada por uma “máquina”. Em regra, não se admite “juiz-robô” e nem “assessor-robô”.

Paralelo às normas constitucionais que não admitem a função de um juiz-robô, percebe-se que o Código de Processo Civil, em seu artigo 16, estabelece que “**A jurisdição civil é exercida pelos juízes e pelos tribunais em todo o território nacional, conforme as disposições deste Código**”. Veja, infraconstitucionalmente, o comando é que a atividade jurisdicional deve ser desenvolvida por juízes (pessoas naturais) e não por “juiz-robô”.

Acrescente-se, ainda, que a Lei Complementar nº 35, que dispõe sobre a *organização da magistratura nacional*, estabelece em seu art. 1º que o Poder Judiciário é exercido pelos juízes, dentro dos limites de sua competência. Essa recomendação, trata-se de outro empecilho para a adoção do “juiz-robô” no Judiciário brasileiro, seja como titular da decisão, seja como assessor do juiz.

Ao admitir o “juiz-robô”, todo o Judiciário brasileiro entraria em colapso, uma vez que o juiz deixaria de ser fundamental na estrutura de prestação da atividade jurisdicional para ser um simples alimentador

de informações para que a “máquina” pudesse fazer todo o serviço. Além disso, a responsabilidade pela função jurisdicional seria dos programadores, o que violaria toda a normatividade existente do Brasil, seja ela constitucional ou infraconstitucional. Isso sem falar que os programadores não revelariam os desvios cognitivos existentes nos programas e poderiam manipular sistemas e resultados. Há um claro perigo de que os algoritmos utilizados para formatar os padrões decisórios não consigam garantir imparcialidade necessária e contribuir ou agravar ainda mais o desajuste social.

Sustenta Dierle Nunes e Ana Luiza Pinto Coelho que uma amostra prática da dimensão que pode alcançar este tipo de complicação é o *Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions* – COMPAS, um sistema que opera a partir de uma I.A. e que foi largamente utilizado nos EUA para avaliar o risco de reincidência dos criminosos do país. No entanto, uma verificação realizada pelo organismo *ProPublica* constatou que o algoritmo era tendencioso em classificar réus negros como de maior reincidência que os brancos. O agravante é que alguns Estados norte-americanos se baseavam nesses resultados para determinar a pena do acusado e quanto maior o índice de reincidência, mais tempo de reclusão era cominado ao detento<sup>32</sup>.

Há, de fato, um perigo enorme na utilização do “juiz-robô” não só para humanidade como também para toda a estrutura jurisdicional. A pretensa isenção dos que sustentam a possibilidade de um juiz-robô frente ao juiz-humano não se verifica na prática em razão da existência de enviesamento cognitivo dos algoritmos, que podem validar decisões por uma suposta matemática da exclusão social ou de preconceitos estruturais da sociedade.

---

32 NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. Inteligência artificial e direito processual: vieses algoritmos e os riscos de atribuição de função decisórias às máquinas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 285, nov. 2018. p.6.

## 7. RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELA FUNÇÃO DO “JUIZ-ROBÔ”

A segunda questão para justificar a impossibilidade ou inconstitucionalidade da utilização de um “juiz-robô” seria, justamente, a responsabilidade do Estado pela/em razão da atuação do juiz-robô. Em sendo possível tecnicamente a operacionalização do “juiz-robô”, quem seria o responsável pelos erros jurisdicionais robotizados?

Um dos textos mais importantes sobre a responsabilidade do Estado pela função jurisdicional foi escrito por Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias<sup>33</sup>, fruto de sua tese de doutoramento junto da Universidade Federal de Minas Gerais. Nesta obra, sustenta o autor que a possibilidade do juiz responder direta e pessoalmente pela função jurisdicional quando o mesmo proceder com dolo ou fraude ou, quando recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte<sup>34</sup>.

Sustenta Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias que o direito brasileiro, seguindo os cânones do direito moderno, consagrou o princípio da responsabilidade do Estado pelos atos ilícitos e danosos causados aos particulares pelos seus agentes públicos<sup>35</sup>. Isto está regulado na Constituição, no art. 37, §6º, e também, no art. 43 do Código Civil. *Portanto, se o juiz, no exercício das suas funções, age com dolo ou fraude, causando prejuízos a alguém, comete ato ilícito comissivo e a responsabilidade do Estado é objetiva, fundada na teoria do risco. Por outro lado, se o agente público julgador atua culposamente, deixando de determinar providências que o ordenamento jurídico lhe impõe, disto resultando prejuízos às partes, pratica ato ilícito omissivo e a responsabilidade do Estado é subjetiva, lastrada na culpa anônima do serviço público. Em qualquer das hipóteses, portanto, tratando-se de ato ilícito praticado pelo agente público julgador,*

33 DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Responsabilidade do estado pela função Jurisdicional. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

34 Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias. Responsabilidade do estado pela função jurisdicional. p. 174.

35 Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias. Responsabilidade do estado pela função jurisdicional. p. 175.

do qual resulte dano ao particular, haverá responsabilidade do Estado, que terá direito de regresso em relação ao juiz<sup>36</sup>.

Com bases nessas informações, não seria possível o exercício e a responsabilização do “juiz-robô”, de forma regressiva, conforme prevê o art. 37, §6º da CR/88, em razão de que o mesmo não poderia ser responsabilizado pessoal e diretamente pelos seus atos, e isso poderia ser uma forma de retirar a responsabilidade dos agentes públicos. O Estado é uma criação jurídica, sua atuação é regida pela legalidade, e se houver erros por desvios de conduta, os funcionários são responsáveis; e se tivermos um “juiz-robô”, estaremos institucionalizando a irresponsabilidade dos juízes.

Luiz Greco, em sua obra *“Poder de julgar sem responsabilidade de julgador: a impossibilidade jurídica do juiz-robô”* sustenta que a *“barreira decisiva e intransponível ao juiz-robô: diferentemente do juiz humano, o robô não responde pelo que ele decide, porque esse ele, a rigor, inexistente. O robô não presta contas de sua decisão, muito menos de suas razões. Ele não pode olhar nos olhos de quem é afetado pelo exercício do poder, não pode com ele travar qualquer diálogo humano, nem compreendê-lo, porque a máquina nada compreende, e muito menos manifestar-lhe respeito, mas unicamente simular todas essas atitudes, porque a black box (3.0?) não é apenas opaca, e sim vazia. (...) O juiz-robô sempre será um estranho diante do cidadão; como pode o robô decidir sobre a vida de um alguém, se ele literalmente não faz ideia de que o que é viver? O juiz-robô significa poder de julgar sem responsabilidade<sup>37”</sup>.*

Diante dessa situação de ausência de responsabilidade do “juiz-robô”, concluímos que sua atuação no direito processual brasileiro, mesmo a luz do art. 37, §6º da CR (responsabilidade objetiva) e direito de regressivo em caso de culpa, são questões impeditivas para que se possa utilizá-lo como um instrumento de manifestação da atividade jurisdicional.

---

36 Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias. Responsabilidade do estado pela função jurisdicional. p. 175.

37 GRECO, luís. Poder de julgar sem responsabilidade de julgador: a impossibilidade jurídica do juiz-robô. São Paulo: Marcial Pons. 2020, p. 45-47.

O erro na função jurisdicional praticado pelo Estado (decisão interlocutória, sentença e acórdão) é passível de ensejar a responsabilidade do Estado. Pode ocorrer o erro em qualquer processo (civil, penal, trabalhista) abrangendo o erro de fato ou o erro de direito, o erro em relação ao encaminhamento do procedimento (*error in procedimento*) ou o erro relativo ao julgamento do mérito (*error in iudicando*)<sup>38</sup>. Sustenta Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias que os erros judiciários têm origens em múltiplas situações apreendidas em razão do que ordinariamente acontece na conturbada atividade forense, assim resumidas: “a) *dolo do agente público julgador (juiz), provocando o erro judiciário de forma consciente, com o objetivo de prejudicar alguém (...); b) culpa do agente público julgador, nas situações em que há imperícia, negligência ou ambas (...); c) dolo ou culpa dos agentes auxiliares dos órgãos jurisdicionais, como a autoridade judicial, o escrivão, o oficial de justiça, o perito, o administrador judicial, o avaliador, o depositário público, quando estes apresentam informes ou elementos mentirosos, errôneos, deturpados, deficientes ou falsos (...); d) surgimento posterior de fatos relevantes e comprovados que possam contradizer ou anular provas ou quaisquer elementos considerados no processo onde o ato jurisdicional eivado de erro foi praticado*”<sup>39</sup>.

Posto isto, sendo o erro cometido por um robô, quem será responsável por tal ato?

Os primeiros candidatos a serem responsáveis pelo ato do juiz-robô, segundo Luis Greco, poderiam ser os **programadores** do “juiz-robô”. Luis Greco entende que “a sugestão de que o programador pudesse ser o responsável desconhece, de uma perspectiva fática, que os complexos programas de computador não são obra de um único técnico, mas de equipes, cuja composição é flutuante. Isso acaba tendo por consequência que não existe mais ninguém que tenha uma visão global total sobre o programa e o possa compreender de forma completa. (...) Mas também e principalmente

---

38 Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias. Responsabilidade do estado pela função jurisdicional. p. 188.

39 Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias. Responsabilidade do estado pela função jurisdicional. p. 188-189.

*de uma perspectiva jurídica mostra-se uma adicional dificuldade. Mesmo que houvesse, faticamente, um programador responsável, ele não é juiz, a quem a lei fundamental confia, com exclusividade, o poder judicial* <sup>40</sup>”.

Os segundos candidatos a serem responsáveis pelos erros do “juiz-robô” nas prestações da atividade jurisdicional seriam **as empresas** contratadas para o desenvolvimento dos *softwares*. Sustenta Luís Greco que “*uma vez que sequer existe o programador enquanto pessoa individual, poder-se-ia buscar a responsabilidade não mais em um ser humano, e sim em uma empresa jurídica, que é quem se encontra por trás do algoritmo tanto social, como econômico, como para o direito civil. As objeções jurídicas que acabamos de formular também incidem contra essa proposta. A pessoa jurídica não é juiz, muito menos juiz natural. (...) Além disso, haveria um fundamental problema de direito constitucional: afinal, ter-se-ia nada mesmo que uma submissão do poder judicial a grupos econômicos, o que parece inaceitável tanto a partir da ideia de juiz natural quanto a partir da ideia de democracia*”<sup>41</sup>”.

O terceiro candidato a ser responsabilizado pelo erro judiciário quando envolver o “juiz-robô” seria **o próprio afetado como responsável**. Nesse sentido, seria ofertado ao afetado pela decisão a escolha em ser julgado por uma pessoa ou por uma máquina. Se a escolha do afetado for pela máquina, a responsabilidade pelo resultado seria absolutamente dele. Trata-se de dar uma chance ao afetado pelo julgamento de ter uma decisão desprovida de preconceitos e mais imparcial. Infelizmente, atribuir ao afetado a responsabilidade por qualquer erro que ocorrer em seu julgamento, nas considerações de Luís Greco, seria absurdo, pois “*o cidadão não tem qualquer opção: ele se entrega às mãos da máquina da mesma forma que a vítima entrega o brilhante a quem a extorque*”<sup>42</sup>”.

---

40 Luís Greco. Poder de julgar sem responsabilidade de julgador: a impossibilidade jurídica do juiz-robô. p. 47-48.

41 Luís Greco. Poder de julgar sem responsabilidade de julgador: a impossibilidade jurídica do juiz-robô. p. 48-49.

42 Luís Greco. Poder de julgar sem responsabilidade de julgador: a impossibilidade jurídica do juiz-robô. p. 52.

O quarto candidato a ser responsabilizado pelo erro judiciário quando envolver o juiz-robô seria o próprio **robô**. A responsabilização das máquinas pelos julgamentos equivocados é o contra senso da humanidade. Atribuir às máquinas tal responsabilidade é reduzir em muito a condição humana e sobrevalorizar a condição das máquinas. Ocorre que tal responsabilização penal ou civil das máquinas por prejuízos causados em razão dos erros judiciários não tem o menor sentido de existir. Elas (máquinas) não conseguem ter criticidade sobre seus atos e não podem ser punidas, nem civilmente ou penalmente. Sustenta Luis Greco que *“por trás da ideia de responsabilidade das máquinas encontra-se nada menos do que uma atitude genocida – o que ainda não foi enxergado pelos defensores da ideia no âmbito do direito, mas decididamente o foi pelos informáticos e filósofos que saúdam a ‘era pós-moderna’ ou a nossa ‘libertação da biologia’ ou a era ‘em que nos tornaremos software’<sup>43</sup>”*. Sustenta ainda Luis Greco que *“uma máquina, que não sabe o que é sentir dor, que não pode compreender o que significa passar anos irrecuperáveis dentro de uma prisão, que nunca experimentará a decepção de ser derrotada, muito menos o quão amargo isso pode ser quando ocorre em uma situação em que se acredita ter razão, mas não se obtém reconhecimento justamente daquele que tem o poder e a autoridade para decidir a questão – considerar uma tal máquina como responsável baseia-se em uma compreensão diluída, exangue de responsabilidade, que não guarda mais qualquer ponto de contato com tudo aquilo que associamos a essa palavra e que pressupomos como óbvio no juiz humano<sup>44</sup>”*.

Realmente, se buscamos responsabilizar as máquinas pelos erros judiciários estaremos subvertendo todo o nosso direito constitucional e uma perspectiva humanista existente. Haverá com a responsabilização das máquinas ou dos “juizes-robôs” a violação direta da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III CR/88), bem como, o direito de “acesso ao judiciário” e de ser ouvido por um juiz (art. 5º, XXXV da CR/88).

---

43 Luís Greco. Poder de julgar sem responsabilidade de julgador: a impossibilidade jurídica do juiz-robô. p. 57.

44 Luís Greco. Poder de julgar sem responsabilidade de julgador: a impossibilidade jurídica do juiz-robô. p. 58.

*“Uma máquina não ouve, nem nada aprecia, pelo simples fato de ela nada compreender. Não há direito real ao contraditório (art. 5º. LV, CF) diante de uma máquina <sup>45</sup>”.*

Diante dessas questões, é inadmissível e inconstitucional a atribuição de julgar a um “juiz-robô”.

## 8. DECISÕES PADRONIZADAS E DECISÕES ROBOTIZADAS

Muitas pessoas admitem a possibilidade da atuação do juiz-robô sob o argumento que muitos juízes naturais dão decisões de modo automatizado, utilizando o critério “*copia-cola*” para fundamentar suas decisões e isso seria uma forma rudimentar de automatização que justifica a robotização das decisões judiciais.

Ocorre que precisamos fazer uma importante distinção entre **decisões padronizadas** (iguais em fundamentação) e **decisões robotizadas**. As decisões padronizadas são elaboradas pelos juízes naturais, buscando fundamentos em artigos e argumentos e provas dos autos que são semelhantes em outras decisões já proferidas. Já as decisões robotizadas são decisões que são construídas integralmente pelo juiz-robô e possuem a função de substituir integralmente as decisões dadas pelos juízes naturais. Nas decisões robotizadas, os fundamentos de fato e de direito são dados por programas de computadores, de forma autônoma e reproduzindo, pelo menos no plano formal, as mesmas argumentações dadas pelos juízes naturais.

Ocorre que as decisões padronizadas não são admitidas em direito e nem mesmo as decisões robotizadas. A leitura do art. 93, IX, da CR/88, indica que todas as decisões judiciais serão públicas e **devidamente fundamentadas**. Some-se a isso, o que determina o art. 489, §1º do CPC, em seu inciso III, que se considera não fundamentada a decisão que “*invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão*”. Isso é uma decisão genérica. Apresentar argumentos de

---

45 Luís Greco. Poder de julgar sem responsabilidade de julgador: a impossibilidade jurídica do juiz-robô. p. 59.

direito e de fato como arremedo de uma suposta decisão fundamentada é enaltecer o fingimento processual. As fundamentações jurídicas genéricas, sem valorar as provas, apresentando apenas argumentos de direito não podem ser consideradas decisões fundamentadas. Isso tanto vale para as decisões padronizadas, quando para as decisões robotizadas.

A determinação para que todas as decisões sejam devidamente fundamentadas não é apenas um critério formal, para garantir validade às decisões jurídicas. Sustenta Soares, que *“a determinação para que todas as decisões judiciais sejam fundamentadas decorre da necessidade de se evitar a discricionariedade e o autoritarismo judicial. A fundamentação das decisões permite a fiscalização das decisões pelas partes, por outros juízos, em grau de jurisdição e por terceiro interessado em rever a decisão em algum aspecto que pode lhe prejudicar. A fundamentação das decisões é um importante instrumento de democracia e cidadania pois permite compreender o raciocínio lógico desenvolvido pelo julgador com base nas argumentações das partes e das provas produzidas nos autos<sup>46</sup>”*.

O juiz-robô por mais que imite uma decisão judicial em seus fundamentos, ainda assim, estará produzindo na emissão de sua ‘decisão’ somente uma imitação. Fundamentar é enfrentar argumentos de fato e de direito apresentados pelas partes. A imitação feita pelo juiz-robô é deficiente nesse sentido. Assim também, como é deficiente a decisão que reproduz decisões idênticas utilizando o sistema “copia-cola” permitidos nos computadores. Ambos são imitações de fundamentos e imitam decisões.

Ressalta Soares que a *“fundamentação é a exteriorização dos argumentos lógicos que explicam a opção por um dos sentidos da norma e também a rejeição por outros. A fundamentação serve como controle da arbitrariedade nas sentenças, por se revelar o caminho lógico que levou o magistrado a decidir<sup>47</sup>”*.

---

46 SOARES, Carlos Henrique. Lições de direito processual civil. 3. ed. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2021. p. 121-122.

47 Carlos Henrique Soares. Lições de direito processual civil. p. 122.

Uma decisão robotizada sempre será uma decisão com uma certa deficiência de fundamentação. Os algoritmos colocados como padrões para decidir não são autoexecutáveis.

O juiz-robô obedece a padrões de decisões binárias, no qual em uma situação hipotética A deve ser aplicada a norma B, caso houver a prova C, proferindo o resultado ABC. Qualquer variação da hipótese, da norma ou da prova levará ao não reconhecimento do direito. A lógica binária e a linguagem de computador são sempre assim. O modelo matemático das decisões judiciais dadas pelo juiz-robô não possui nenhuma flexibilização decisional. Situações atípicas (não previstas em seu banco de dados) serão avaliadas pelas máquinas como situações fora do modelo (padrão) e serão rejeitadas por ausência de enquadramento dentro das hipóteses possíveis e previsíveis em seu banco de dados. As máquinas possuem uma limitação em seus fundamentos, e a lógica jurídica não pode ser reduzida a modelos matemáticos.

Também não conseguimos verificar, pelos estudos feitos, a possibilidade das máquinas em **ponderar as decisões judiciais**, resolvendo qual princípio seria aplicável ao caso concreto (art. 489, §2º, CPC). Diante de um conflito aparente de normas jurídicas principiológicas, as máquinas não terão legitimidade para decidir sobre qual o princípio deve ser aplicado ao caso concreto. O dilema entre o direito à vida e o direito à saúde para as máquinas seriam um fator de *bug* (defeito na resposta a ser dada pela máquina). Não seria possível uma decisão por um juiz-robô para a escolha entre um princípio ou outro, em razão do fato de que ambos os direitos deveriam ser protegidos e não se concebe o afastamento pontual de um para a aplicação do outro princípio. Esse raciocínio pelas máquinas, se for possível do ponto de vista da programação, seria ausente de legitimidade, pois as máquinas não sabem o que é uma vida e nem o que é a saúde. A ponderação das decisões judiciais somente é possível diante do caso concreto, das provas e argumentações apresentadas, e as máquinas, infelizmente, nesse ponto, ainda não teriam condições de decidir sobre os destinos da humanidade.

## 9. JUIZ-ROBÔ E A VALORAÇÃO E VALORIZAÇÃO DAS PROVAS

Outro aspecto importante sobre a atuação do juiz-robô no processo judicial é justamente a produção de provas e sua valoração.

Se mostra ainda, impossível, que um juiz-robô possa participar de uma audiência de instrução, inquirir as partes e testemunhas, e, fazer um juízo de valor sobre os depoimentos apresentados em uma audiência de instrução. Essa é uma constatação empírica. Até o ano de 2021, mesmo com todos os avanços tecnológicos não se viu, nem mesmo em carácter experimental, a participação de um juiz-robô na audiência de instrução. Também não temos notícias de que um juiz-robô acompanhou qualquer diligência fora do fórum, em uma clara realização de inspeção judicial.

No entanto, não é possível duvidar, que em futuro próximo, uma máquina filme os depoimentos pessoais das partes ou das testemunhas, e diante de parâmetros de informações sobre a voz e expressão corporal seja possível, em dados matemáticos, analisar se as informações são verdadeiras ou não. De fato, nossas reflexões beiram à ficção científica por enquanto, e, tratam-se apenas de um exercício mental de como seria a atividade jurisdicional robotizada, que não se resume exclusivamente às questões de direito, mas que também se estende às questões de fato, à inquirição de testemunhas, aos depoimentos pessoais das partes e à inspeção judicial.

O “juiz-robô” e suas decisões não podem apenas julgar causas em segundo grau de jurisdição, e tratar somente sobre matérias de direito, e, a partir daí, deixar para o juiz-homem o julgamento das matérias de fato. Se quisermos um julgamento por uma máquina será preciso vencer todos os obstáculos que ainda existem para a decisão judicial robotizada. Enfrentar as provas e valorar e valorizar as provas ainda não são ações possíveis para os robôs; além disso, não temos notícia alguma de êxito nesse sentido pelos “programadores” que estão se debruçando sobre tais atividades jurisdicionais.

É bom que se diga que não queremos um “juiz-robô” apenas como uma evolução do “detetor de mentiras”. A atividade jurisdicional

robotizada tem que substituir todas as funções do juiz, quais sejam, controlar o procedimento e garantir o contraditório para partes, participar das audiências e inquirir partes, testemunhas, receber alegações finais e proceder o julgamento.

E aí, como ainda não há diferenças entre as atividades praticadas por um juiz-robô e aquelas próprias dos demais atores do processo (como o advogado e o Ministério Público), seria possível permitir e admitir que também poderiam existir “advogados-robôs” e “Ministério Público robô”, garantindo-se a participação das partes por meio de um assistente robotizado.

Essa reflexão sobre o “juiz-robô” é muito mais complexa do que apenas utilizar programas de computador junto aos tribunais para se identificar causas idênticas e assim resolver sobre elas. Pelo que expomos, abre-se uma grande frente de discussão sobre a substituição dos atores principais dos processos (juiz, advogado, Ministério Público) para um processo robotizado em todos os seus sentidos, sem mais nenhuma intervenção humana e, que pode chegar a desfechos com decisões sem a observância da ética e da moral – muito importantes para o agir deliberativo e para a restrição de direitos dos cidadãos.

Por isso, mesmo com todos os avanços tecnológicos até hoje existentes, é temerário que se troque o juiz natural pelo juiz-robô. As portas que se abrem são realmente perigosas e vamos acabar transferindo a responsabilidade de julgar para máquinas, retirando tal atividade dos homens, o que sem sombra de dúvidas será um caminho sem volta para a não proteção dos direitos fundamentais e da proteção das liberdades individuais.

## 10. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A “*inteligência artificial*”, como afirmado, significa que a máquina “*imita*” o pensamento humano. Não é possível ainda, falar em “*inteligência artificial*” pois essa palavra pressupõe a existência e o desenvolvimento de *crítica*, o que ainda é inconcebível nas atividades robotizadas. A crítica é uma capacidade humana que permite reavaliar

atos e corrigi-los; não se trata apenas de reprodução de um conjunto de atos preconcebidos e programáveis existentes nos “*softwares*”.

O agir ético-moral, em alguns casos, pode ser previsto, e quando a máquina assim age, está agindo respeitando seus algoritmos. Na ausência de algoritmos percebemos que as máquinas não agem, paralisam, sobreaquecem, pois não conseguem superar sua própria existência e programação.

Ao admitir o “juiz-robô” todo o Judiciário brasileiro entraria em colapso, uma vez que o juiz deixaria de ser fundamental na estrutura de prestação da atividade jurisdicional, se tornando um simples alimentador de informações para que a “máquina” pudesse fazer todo o serviço. Há, de fato, um perigo enorme na utilização do “juiz-robô” não só para humanidade como também para toda a estrutura jurisdicional. A pretensa isenção dos que sustentam a possibilidade de um juiz-robô frente ao juiz-humano não se verifica na prática em razão da existência de enviesamento cognitivo dos algoritmos, que podem validar decisões por uma suposta matemática de exclusão social ou de preconceitos estruturais da sociedade.

Concluindo, também não seria possível o exercício e a responsabilização do “juiz-robô”, de forma regressiva, conforme prevê o art. 37, §6º da CR/88, em razão de que o mesmo não poderia ser responsabilizado pessoal e diretamente pelos seus atos, e isso poderia ser uma forma de retirar a responsabilidade dos agentes públicos. O Estado é uma criação jurídica, sua atuação é regida pela legalidade, e se houver erros por desvios de conduta, os funcionários são responsáveis; e, se tivermos um “juiz-robô”, estaremos institucionalizando a irresponsabilidade dos juizes. Diante dessa situação de ausência de responsabilidade do “juiz-robô”, concluímos que sua atuação no direito processual brasileiro, mesmo a luz do art. 37, §6º da CR (responsabilidade objetiva) e direito de regressivo em caso de culpa, trata-se de questões impeditivas para que se possa utilizá-lo como um instrumento de manifestação da atividade jurisdicional.

As decisões robotizadas não são válidas juridicamente, pois a fundamentação não é um aspecto eminentemente formal. A

obrigatoriedade das decisões fundamentadas existe em razão da necessidade de se evitar a discricionariedade e o autoritarismo judicial. A fundamentação das decisões permite a fiscalização das decisões pelas partes, por outros juízos, em grau de jurisdição, e, por terceiro interessado em rever a decisão em algum aspecto que pode lhe prejudicar. A fundamentação das decisões é um importante instrumento de democracia e cidadania pois, permite compreender o raciocínio lógico desenvolvido pelo julgador com base nas argumentações das partes e das provas produzidas nos autos.

Uma decisão robotizada sempre será uma decisão com uma certa deficiência de fundamentação. Os algoritmos colocados como padrões para decidir não são autoexecutáveis.

O “juiz-robô” e suas decisões não podem apenas julgar causas em segundo grau de jurisdição, tratar somente sobre matérias de direito, e deixar para o juiz-homem o julgamento das matérias de fato. Se quisermos um julgamento por uma máquina será preciso vencer todos os obstáculos que ainda existem para a decisão judicial robotizada. Enfrentar as provas e valorar e valorizar as provas ainda não é possível para os robôs, e não temos notícia alguma de êxito nesse sentido por parte dos “programadores”, que estão se debruçando sobre tais atividades jurisdicionais.

Nesse sentido, apresentamos os principais argumentos constitucionais e legais, bem como, ético-morais para não se utilizar os julgamentos robotizados.

## REFERÊNCIAS

ARISTOTELES. Metafísica – Saggio introduttivo, testo greco con traduzione. Disponível em: <[https://moodle.ufsc.br/pluginfile.php/1332285/mod\\_resource/content/1/Aristoteles-Metafisica-Edicoes%20Loyola%20%282002%29.pdf](https://moodle.ufsc.br/pluginfile.php/1332285/mod_resource/content/1/Aristoteles-Metafisica-Edicoes%20Loyola%20%282002%29.pdf)>. Acesso em: 15 dez. 2020.

ASIMOV, I. Eu, robô. 2. ed. em português. Tradução de Luiz Horácio da Matta, 1969. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/services/e-books/Isaac%20Asimov-2.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2021.

BARRAT, J. Nuestra invencion final: la inteligencia artificial y el fin de la era humana. Trad. Cast., de S. Rodriguez. Paido: Mexico, 2017.

BOSTROM, Nick; YUDKOWSKY, Eliezer. The ethics of artificial intelligence. In: FRANKISH, Keith.

BRAGANÇA, Fernanda; BRAGANÇA, Laurinda Fátima da F.P.G. Revolução 4.0 no poder judiciário: levantamento do uso de inteligência artificial nos tribunais brasileiros. Revista da SJRJ, Rio de Janeiro, v. 23, n. 46, jul./out. 2019.

DESCARTES, René. Discurso do método. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Responsabilidade do estado pela função jurisdicional. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DIGNUM, Virginia. Artificial intelligence: foundations, theory, and algorithms. Cham: Springer, 2019.

DRUMMOND, Marcílio Henrique Guedes. O direito dataísta. In: FONSECA, Isabella et al. Inteligência artificial e processo. Belo Horizonte: D'Placido, 2019.

FENOLL, Jordi Nieva. *Inteligencia artificial y proceso judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2018.

GRECO, luís. *Poder de julgar sem responsabilidade de julgador: a impossibilidade jurídica do juiz-robô*. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

HARARI, Y. N. *Homo Deus: breve história del mañana*. Trad. R. Joandomènec. Debate: Madrid, 2016.

KANG, Minsoo. The mechanical daughter of Rene Descartes: the origin and history of an intellectual fable. *Modern Intellectual History*, v. 14, n. 3.

LUÑO, Antônio Enrique Pérez. *Inteligencia artificial y posthumanismo*. In: PINTO, Henrique Alves; GUEDES Carus Jefferson; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira. *Inteligência artificial aplicada ao processo de tomada de decisões*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

MAIA FILHO, Mamede Said; JUNQUILHO, Tainá Aguiar. Projeto Vitor: perspectivas de aplicação da inteligência artificial ao direito. *Rev. Dir. Gar. Fund.*, Vitória, v. 19, n. 3, set./dez. 2018.

MEHR, H. *Artificial Intelligence for Citizen Services and Government*. [S.l], 2017. Disponível em: <[https://ash.harvard.edu/files/files/artificial\\_intelligence\\_for\\_citizen\\_services.pdf](https://ash.harvard.edu/files/files/artificial_intelligence_for_citizen_services.pdf)>. Acesso em: 5 ago. 2018.

NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. *Inteligência artificial e direito processual: vieses algoritmos e os riscos de atribuição de função decisórias às máquinas*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 285, nov. 2018.

RAMSEY, William M. (ed.). *The Cambridge Handbook of artificial intelligence*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 316-334. Disponível em: <https://intelligence.org/files/EthicsofAI.pdf>.

Acesso em: 06 jun. 2020, na p. 6 (versão com pequenas alterações em relação à versão impressa).

SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. *Ética e inteligência artificial: da possibilidade filosófica de agentes morais artificiais* [recurso eletrônico]. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2021.

SOARES, Carlos Henrique. *Lições de direito processual civil*. 3. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2021.

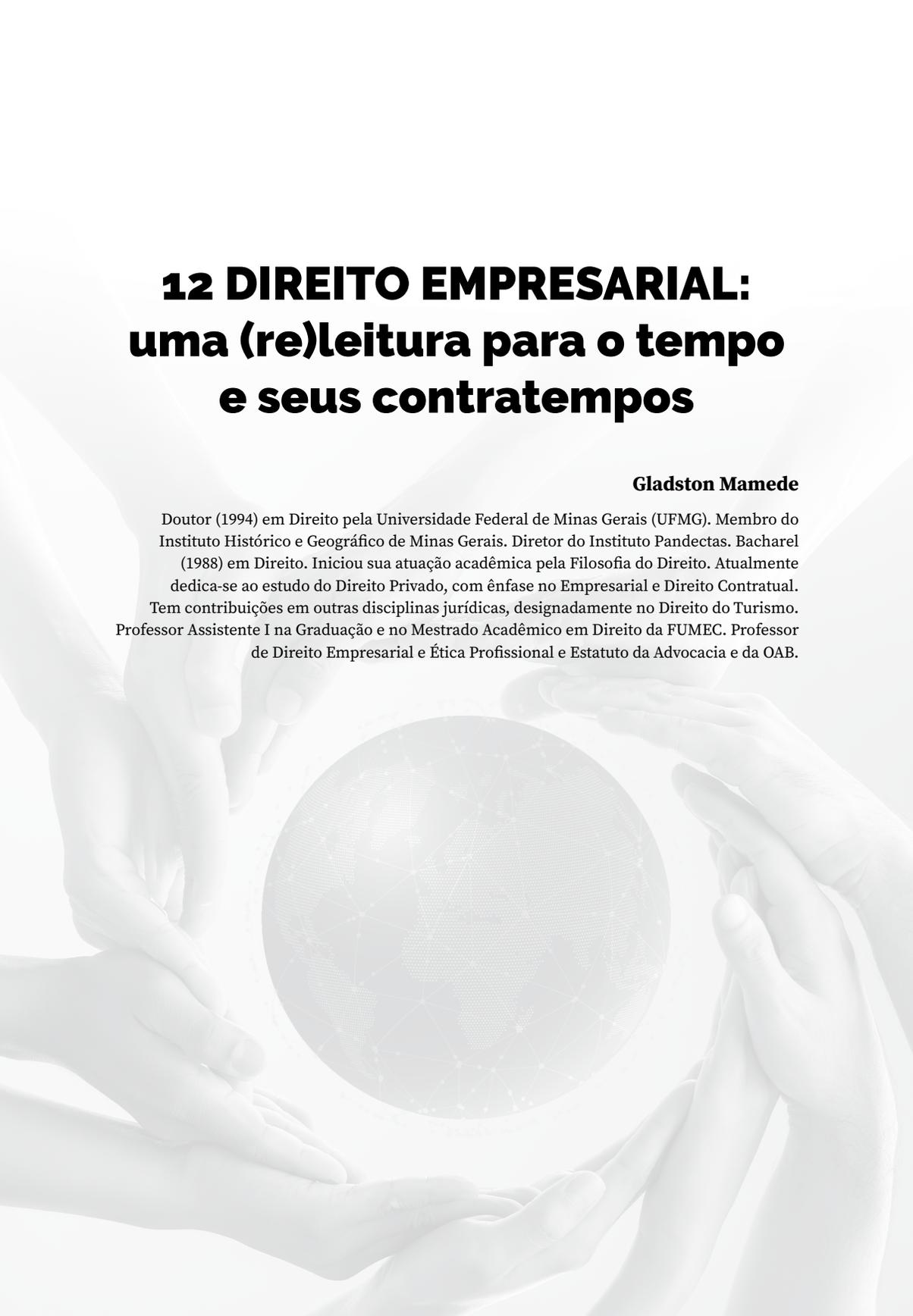
TURING, A. M. Computing machinery and intelligence. *Mind*, v. 49, p. 433-460, 1950.

VILLANI, Cédric. *Donner un sens à l'intelligence artificielle: pour une stratégie nationale et européenne*. 2018. Disponível em: <<https://www.aiforhumanity.fr>>. Acesso em: 30 jun. 2021.

# **12 DIREITO EMPRESARIAL: uma (re)leitura para o tempo e seus contratempos**

**Gladston Mamede**

Doutor (1994) em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Membro do Instituto Histórico e Geográfico de Minas Gerais. Diretor do Instituto Pandectas. Bacharel (1988) em Direito. Iniciou sua atuação acadêmica pela Filosofia do Direito. Atualmente dedica-se ao estudo do Direito Privado, com ênfase no Empresarial e Direito Contratual. Tem contribuições em outras disciplinas jurídicas, designadamente no Direito do Turismo. Professor Assistente I na Graduação e no Mestrado Acadêmico em Direito da FUMEC. Professor de Direito Empresarial e Ética Profissional e Estatuto da Advocacia e da OAB.





# **DIREITO EMPRESARIAL: uma (re)leitura para o tempo e seus contratempos<sup>1</sup>**

**Gladston Mamede**

Doutor (1994) em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Membro do Instituto Histórico e Geográfico de Minas Gerais. Diretor do Instituto Pandectas. Bacharel (1988) em Direito. Iniciou sua atuação acadêmica pela Filosofia do Direito. Atualmente dedica-se ao estudo do Direito Privado, com ênfase no Empresarial e Direito Contratual. Tem contribuições em outras disciplinas jurídicas, designadamente no Direito do Turismo. Professor Assistente I na Graduação e no Mestrado Acadêmico em Direito da FUMEC. Professor de Direito Empresarial e Ética Profissional e Estatuto da Advocacia e da OAB.

**SUMÁRIO:** 1. Teoria e tempo: interpretação e aplicação; 2. Iniciativa econômica privada; 3. O capital; 4. Oportunidade, risco e lucro; 5. Profissão de fé.

## **1. TEORIA E TEMPO: INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO**

O tempo, ele também, nos faz.

Não sou melhor que este senhor de lavra de ouro que, na Capitania das Minas Gerais, tortura escravos para, do trabalho forçado deles, obtenha sua riqueza. Só estou 250 anos adiante.

O tempo nos ata. No entanto, sim, a cada agrilhado certa medida de corrente que usa para regredir ou progredir. Para o bem ou para o mal (com todo o peso dos questionamentos axiológicos), há seres humanos e grupos e sociedades para trás de seu tempo ou adiante de seu tempo.

De resto, para completar essa breve introdução que, dizendo da essência das seções seguintes, ainda nada dispõe – como as aberturas nos musicais (*ouverture* ou *overture*, se for da preferência) fica uma assertiva ética: em boa medida o nosso tempo (*a contemporaneidade*) é o legado das gerações que nos antecederam – novamente: para o bem ou para o mal (com todo o peso dos questionamentos axiológicos). E,

---

<sup>1</sup> Este texto é parte de um livro em elaboração, ainda sem título.

se quisermos assumir nossos deveres éticos – quiçá maiores, podendo atingir expressões religiosas, por exemplo – fica o desafio de nossa contribuição, individual, grupal e social, para as gerações seguintes.



Não me lembro onde foi que li, há muito tempo, sobre a *disease X*, vale dizer, sobre a *doença X*. Isso foi há coisa de década, pouco mais, pouco menos. Lembro-me do que aprendi: a Organização Mundial de Saúde e mesmo grandes especialistas esperavam para qualquer hora o surgimento de um novo patógeno que determinaria uma pandemia de dimensões globais. Poderia ser uma bactéria, um vírus; mas aconteceria. E aconteceu com uma variação do coronavírus, um patogênico sessagenário em sua identificação. Sabíamos, esperávamos e, por isso, fomos rápidos na reação: medidas de profilaxia e, enfim, uma vacina. Evitou-se assim o estrago da Gripe de 1918, equivocadamente identificada como espanhola, que teria matado entre 20 e 100 milhões de pessoas, numa população global de dois bilhões. Para os oito bilhões de hoje, algo entre 80 e 400 milhões de almas. O que não se verificou, graças a Deus (com todas as vênias devidas para gratidões religiosas em textos acadêmicos; sou desses, apesar de não ter religião).

A mesma ciência está, atualmente, avisando para o colapso ambiental e, com ele, um colapso social: eventos climáticos adversos se tornaram usuais como nunca, intercalando, aqui e acolá, risco de grandes secas ou grandes inundações, resultado direto de regimes pluviais desregrados, criando imprevisão e ampliando o risco de falta de alimentos e uma crise social daí decorrente. Assim como no que disse respeito à *doença X*, o grande ponto de interrogação era quando e a partir de qual patogênico, a falência do sistema ambiental eclodirá em algum momento próximo e a partir de algum setor, dali se alastrando criar uma crise como nunca antes experimentada pela humanidade.

É neste contexto que muitos pensadores, incluindo juristas, passaram a defender uma revisão nos conceitos e na interpretação das regras aplicáveis às empresas para atender ao desafio que se

apresentou. Noutras palavras, uma renovação do Direito Empresarial (e do Direito Societário, já que falamos de corporações) que, de pronto, pode conduzir a meras definições de melhores práticas (quase-Direito ou, se for do gosto, *soft law* ou *droit mou*), mas que revela qualidades axiológicas que apontam para galgar *status* mais severos, tornando-se disposições imperativas (Direito, em sentido estrito ou *hard law*) como resultado de legiferação (Legislativo), regulamentação (Executivo) ou interpretação/aplicação (Judiciário).

Os temas aqui tratados, o olhar que orienta a escritura deste texto, compreende um momento em que tais questões já devem ser tratadas como quase-Direito (agenda, melhores práticas, recomendações etc) para se tornarem Direito em sentido estrito. E, creio, os elementos para tal evolução estão, em boa medida, positivados, carecendo apenas de uma evolução das interpretação e aplicação jurisdicionais.



A abertura da terceira década do século XXI está sendo interessante (para dizer o/no mínimo) para a sociedade brasileira. Um debate que, em nosso território e em meio à nossa sociedade, tem contornos próprios de nosso momento histórico, mas que a bem da precisão, é reflexo de questionamentos de difusão internacional: o que o presente deve aportar à história para viabilizar o futuro. Para alguns, a humanidade está em xeque. Para outros, isso nada mais é do que tertúlia para dormir bovinos: tudo é normal e, via de consequência, devemos manter o pé no acelerador das iniciativas humanas, em busca de crescimento econômico, desenvolvimento material e riqueza. Fala-se em *engajamento ambiental* por um lado, preocupados com o clima e com o meio natural em que vivemos, na mesma toada em que haveria *negacionismo climático* na banda oposta.

A ética acadêmica e a honestidade intelectual exigem que me posicione logo na abertura: não sou um *negacionista climático*, embora meu engajamento ambiental não seja dos mais radicais. Sigo repetindo a máxima de Horácio: *modus in rebus*. De qualquer sorte, a gravidade da situação climática e ambiental, para não falar social, não me parece passível de negação. Sua constatação é diária. E não me parece

que seja um debate que se acomode confortavelmente na oposição simplória entre *direita* e *esquerda*, entre *capitalismo* e *comunismo*, como berram os carros de som e os megafones. Estamos aceitando a proliferação de um debate que se tece de maneira insólita. O mundo se questiona, mas de uma maneira insólita, oferecendo mais engano do que esclarecimento. Não vivemos as trevas do desconhecimento, mas do engano, uma ignorância de forma diversa. Essencialmente, estamos num momento de grande confusão e imprecisão conceitual, o que tem servido para arregimentar adeptos para falsas causas. Diz-se isso e aquilo não porque o dito tenha importância, mas por se demandar adesão e pouco importa se os aderentes pensem que seja assim o que seja assado. Importa seu voto, sua presença, seu número nas contagens. Não é uma questão de inteligência e segurança, mas justo o contrário.

Olhe ao redor e preste atenção: no momento atual (e isso já ocorreu antes!), vistosas bandeiras de ideários diversos estão desfraldadas e são tremuladas por pessoas que, infelizmente, não compreendem exatamente as ideias que tais flâmulas simbolizam e as implicações dos caminhos para os quais pretendem a expansão de seus braços. São tolos úteis que levam oportunistas adiante em seus projetos hegemônicos: cidadãos que são pescados por possuir pouco conhecimento ou consciência a respeito do que está efetivamente em jogo, em boa medida por negligenciarem sua formação intelectual crítica e, sim, parece que filosofia e sociologia e áreas afins são chatas, e, telenovelas e canais esportivos combinam mais com cerveja barata e batata frita. Eis uma vulnerabilidade da sociedade moderna: criada para viver e agir num Estado Democrático de Direito, mas sem se dar ao trabalho de assumir os ônus respectivos de se formar como cidadão. Não é algo novo. Quem conhece a história grega clássica sabe bem o que sucedeu ao período dos gênios – aproximadamente entre 530 e 430 a.C.. Um horror que Alexandre dará cabo e, por fim, não será mais que província submetida a Roma.

Refiro-me a diálogos vazios, sem lastro, como os que procuram identificar pressões e pretensões que dizem respeito a demandas

sociais e ambientais como comunistas (ouve-se a isso todos os dias): seriam atentados ao capitalismo e ao empreendedorismo, mesmo quando constam de propostas de Estados e academias e setores liberais, preocupados com a racionalização do sistema a bem de sua preservação. Em contraste, a vilanização da empresa e dos capitais privados é argumento/acusação que serve a determinado esforço de oportunidade política, como se todos os malefícios da humanidade – e são muitos! – decorressem do exercício da livre iniciativa econômica e da autonomia privada. São devaneios de raízes superficiais. Projetos de poder são retóricos e descompromissados com a precisão: importa-lhes a versão que lhes dê a força que precisam para se tornar hegemônicos. Isso à torto ou à destra. É indiferente.

O mundo não ganhará com tal baderna. Mas não descure de um detalhe fundamental: há quem ganhe com a confusão e a desordem. Há lucro, para uns poucos, mesmo quando haja ruína, destruição e desgraça para muitos. Há quem não se importe em auferir seus milhões, mesmo sabendo que multidões saíram perdendo e a tragédia campeia em suas vidas. A quem se mostre cioso apenas do que lhe diz respeito e não esteja nem aí para o drama de algum, de muitos, de todos os outros. Isso não lhe diz respeito: não é empático, não é simpático, não se apieda, não se incomoda. Já o disse e repito: talvez seja a crueldade, e não a razão, a grande marca distintiva dos seres humanos.

Vivemos em tempo de Babel política e econômica. Alguns se dizem liberais, embora defendendo elementos que foram e são combatidos pelo liberalismo, outros são chamados de comunistas ou socialistas por assumirem pautas que são próprias do capitalismo em sua versão mais contemporânea, como as já aludidas responsabilidade social e ambiental. Curiosamente, quando se dialoga com muitas dessas pessoas que oferece sua adesão a esta ou aquela causa, quando lhes fazemos algumas perguntas (ah! a *maiêutica*) descobrimos nós e descobrem elas que a coisa não é bem assim. Detalhe: não vou me eximir de responsabilidade: no fim das contas, somos todos responsáveis por este tempo de confusão. Nós, professores, ainda

mais: nossa função é o magistério dos conceitos precisos, o esforço da teoria e da ciência.



É neste contexto, é fiel a essa percepção da responsabilidade do magistério que resolvi resgatar alguns rascunhos antigos – um livro que talvez nunca se complete – e trazer a lume esta parcial. Antes de prosseguir, cumpre-me supor críticas. Minha análise delira? É ensaio político e jamais uma análise jurídica? É uma proposição subversiva? Não tem nada a ver com o Direito Empresarial? Desloca-se por completo de um eixo constitucional capitalista e da garantia de livre iniciativa?

Não é o que me parece. Ocorre com frequência de os sinais serem dados, mas não serem percebidos em função de certa negligência. Quanto o infausto se presenteia, é comum ouvir as lamúrias dos que invocam a injustiça do inesperado. São poucos os que assumem a cegueira; no geral, a turba não se responsabiliza pela própria insensibilidade.

Creio que a manutenção do mercado e da atividade empresarial e, conseqüentemente, do próprio Direito Empresarial estão condicionados à superação dos desafios que estão postos para a humanidade e que, aliás, constam de relatórios internacionais de órgãos como a Organização das Nações Unidas. Usando palavras já gastas: o capitalismo precisa se refazer para se conservar, o que já ocorreu antes, com iniciativas e propostas de Estado de Bem Estar Social (*welfare state*), Social Democracia, Estado Social de Direito, entre outras. Para os desafios do momento atual, é preciso inovação por evolução para evitar que se instaure caos e revolução, creio (e, talvez por isso, seja tolo). Inovação que reposicione os negócios para impulsioná-los num contexto de respeito às pessoas e sua qualidade de vida, a incluir o meio-ambiente que as acolhe. Inovação que parta do elementar: na redefinição de competências, faculdades e obrigações corporativas e para as estratégias empresariais, não por refazimento, mas por nova compreensão: tecnologia jurídica que parte do que

está posto para adequar os modelos dominantes às necessidades de integridade e confiança que estão sendo colocadas pela realidade.

Um ciclo de inovação hermenêutica que gere valor para o Direito Empresarial e para seus clientes imediatos (empresários, sócios, administradores, corporações, empresas etc) e mediatos (a sociedade, os trabalhadores, os consumidores, o Estado), com melhorias incrementais, manifestando soluções que ofereçam respostas robustas para os dilemas destes dias, passíveis de implementação sem delírio, mas sem desídia para com a urgência dos tempos e de seus contratempos. O que procuro demonstrar é que, a partir do sistema que está positivado, é possível produzir uma interpretação que assimile as adversidades gravíssimas que a humanidade está enfrentando. Conseqüentemente, urge que as ferramentas do Direito Empresarial passem a ser interpretadas e aplicadas de forma coerente com o momento global. Uma iniciativa de renovação exegética das ferramentas pode viabilizar que sejam equacionados o processo e os impasses de forma técnica e eficaz, constituindo evolução tecnológica da disciplina jurídica, como já se verificou em relação a diversos outros diplomas e institutos que, ao longo do tempo, formaram-se e reformaram-se na sintonia com fatos exógenos: a mesma norma interpretada e aplicada de forma coerente com cada situação e cada tempo.

## **2. INICIATIVA ECONÔMICA PRIVADA**

Um mercado eficiente, produzindo e circulando bens, prestando serviços de ordens diversas, incluindo serviços financeiros, é um fator primordial para o desenvolvimento do país. O fracasso dos modelos econômicos concentradores, nos quais o Estado assume a predominância na execução das atividades negociais, apontou para uma solução diversa, qual seja a valorização do papel dos indivíduos (comerciantes e, depois, empresários) e das corporações privadas (sociedades simples e empresárias). O Estado posiciona-se como o controlador e, apenas excepcionalmente, como executor de

empreendimentos produtivos. Isso conduz a uma fragmentação da ação econômica, o que tem se mostrado positivo, nomeadamente no aproveitamento de oportunidades e no estabelecimento de inovações em tecnologia, métodos mercantis, logística de produção, armazenamento, distribuição etc.

Essa valorização da atuação dos entes privados, sejam indivíduos (com grande importância nas economias locais), sejam corporações, como meio para o desenvolvimento da comunidade em geral, implica que o Estado encare os entes privados como parceiros e não como adversários. A pujança do mercado e, no âmbito deste, das organizações particulares, pode (e deve) refletir-se numa correlativa pujança da economia pública. Justamente por isso, o Estado deve estimular e proteger os esforços e iniciativas privadas, a bem do desenvolvimento econômico do país. Isso inclui valorizar o papel do investidor, que aloca capital a bem da concretização de empreendimentos produtivos, mas igualmente o papel dos administradores empresariais, a quem cabe justamente a identificação de oportunidades e a busca de inovações tecnológicas, de métodos mercantis mais eficazes, o aprimoramento da logística de produção, armazenamento e distribuição, a boa gestão dos recursos humanos etc.

Um dos aspectos essenciais desse destaque do setor privado sobre iniciativas produtivas está na descentralização dos esforços e atitudes voltadas à organização transindividual. O trabalho é ação humana sobre objetivos e (quicá) metas definidas, garantindo não apenas a subsistência do indivíduo (e dos seus), mas que torna possível o crescimento individual e coletivo. Ademais, sempre que o trabalho corresponde a uma ação calcada na adesão voluntária, possuindo um sentido individual ou transindividual, torna-se meio para a realização material e emocional do ser humano solitário ou em comunidade. Nesse plano ideal da realização pessoal e/ou coletiva, o ser humano transpõe, racionalmente, as barreiras da mera existência, encontrando no seu fazer, no seu empreender, uma razão maior para a sua vida. Trabalho, então, se torna realização pessoal. Obviamente, seja por iniciativa pública, seja por iniciativa privada, o trabalho pode se tornar

forma de submissão a partir de sua dimensão de necessidade humana para a subsistência: imposição de sobrevivência. E, pela primeira vez, chamarei atenção para o poder/dever do Estado de atuar para impedir que indivíduos e coletividades revelem um grau de dependência que implique submissão indigna. E dignidade é direito básico e garantia fundamental segundo a Constituição da República.

Intervenções corretivas são próprias do Estado Democrático de Direito; realizam-no. E, quando adequadas, em nada atentam contra a autonomia privada ou a livre iniciativa: moldam-na, criando e conservando as condições indispensáveis para a manutenção da vida social. Não se pode deixar de reconhecer a importância que o trabalhador/contratado tem na realização dos empreendimentos públicos ou privados. Isso é elementar e, sim, justifica uma proteção específica, constitucional e infraconstitucional, que é o Direito do Trabalho.

Mas fora do excesso, para além do abuso (e abuso de direito é um ilícito), o trabalho individual e, principalmente, o trabalho coletivo, organizado, é um meio para reagir às dependências naturais e seu efeito coativo sobre a existência (uma vez mais, individual e coletiva). E a isso serve a empresa: uma otimização da atuação humana: expressão de uma vontade, um cálculo, um esforço, um investimento a bem de um projeto que, em última instância, encarta-se na estruturação social pela superação das agruras da natureza. O ambiente empresarial, sob tal perspectiva, é ambiente para a construção de condições favoráveis para a vida.

O elemento mais marcante na percepção de tais aspectos/fenômenos da vida contemporânea está na constatação de que o trabalho individual é limitado na produção de efeitos e carece de organização e comando para a otimização de seus resultados. Essa realidade é de fácil constatação, mas convive com uma abordagem preconceituosa e distorcida que reitera a proposição de um discurso maniqueísta que atribui aos trabalhadores (e, por vezes, consumidores) a condição de vítimas e compreende as empresas como um mero instrumento de exploração. Ocorre em casos, mas não é uma situação

generalizada. De qualquer sorte, voltando as bandeiras que se levantam para manipular muitos em benefício de alguns, não serve à coletividade a reiteração de abordagens preconceituosas que tendem a compreender o papel da empresa, dos administradores empresariais e dos investidores como mera reiteração moderna e pós-moderna da exploração escravagista do trabalho humano. É um erro não incluir na análise todas as vantagens que a sociedade em geral, incluídas as classes proletárias, retiraram do desenvolvimento material e humano proporcionado pelo desenvolvimento econômico da sociedade em geral, puxado pela iniciativa privada. *Modus in rebus.*

A Constituição da República de 1988 fez a opção *pela liberdade de ação jurídica e econômica (livre iniciativa)*, disposta como princípio constitucional (artigos 1º, IV, e 170 *caput*), dando-lhe *status* de fundamento do Estado Democrático de Direito. Reconheceu-se na autonomia individual um fator que pode ser benéfico para a sociedade, estimulando e preservando a livre iniciativa. Mas teve-se a preocupação de calibrar esse princípio pela instituição de um par dialético entre *os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa*, ou seja, estabelecendo a ideia de uma *função social da livre iniciativa*. Formou-se, assim, já o tive ocasião de demonstrar, um par dialético, dinâmico, em que os dois elementos equilibram-se na definição normativa e devem ser equilibrados na compreensão e solução de conflitos. Noutras palavras, há que se respeitar o trabalho, mas há que se respeitar o capital e seu papel na concretização do desenvolvimento nacional e, assim, do bem-estar de todos.

Sim: inverte a análise. Não parti da norma constitucional para a sua demonstração, mas fiz o caminho inverso para inaugurar este ensaio. Há um aporte histórico e sociológico na construção da referência normativa fundamental: um espelho de realidade que, creio, é factível, razoável e proporcional. É preciso criar ações de conscientização para estimular um ambiente fluido de boa convivência entre capital e iniciativa privada, somados a trabalho: uma energia social de desenvolvimento econômico e humano, além de caminho para a solução e inovação, superando as vulnerabilidades nacionais.

Vencer a perspectiva individualizadora – que se foca no capital ou na empresa ou no trabalhador –, que sequestra a perspectiva universalizadora e seus desafios de harmonização, para avançar pelo território da composição, da construção conjunta, da solidariedade, do equilíbrio. E isso se faz na legiferação, na hermenêutica e na aplicação judiciais e arbitrais, ao longo dos movimentos normativos privados (as contratações) etc.

### 3. O CAPITAL

Um dos aspectos mais negligenciados do Direito Empresarial no Brasil é a importantíssima questão do capital. E há nisso um dos grandes pontos fracos e vulneráveis não apenas do Direito Brasileiro, mas de sua economia e de seu cenário empresarial. Em diversas oportunidades tenho chamado a atenção para a conveniência – senão indispensabilidade – de se adequar as normas brasileiras sobre o tema. Compreendemos que alocar capital é um direito fundamental: a livre iniciativa. Mas nos abstermos de regular a questão do *capital necessário* e, conseqüentemente, da *subcapitalização*, o que implica aceitar que os riscos da atuação individual possam ser transferidos para outros e, mesmo, para a totalidade do mercado. Isso, apesar de termos registros históricos abundantes de diversas ocorrências calamitosas resultantes de atuações empresariais excessivamente alavancadas, vale dizer, de estruturas negociais que se agigantam apesar da ausência de alicerce e sustentação em montante correspondente. A lista de falências ruinosas é ampla e, à sua sombra, a desgraça de consumidores e trabalhadores e fornecedores, para além de prejuízos ao fisco e à economia em si. Nossa capacidade de esquecer tais tragédias e tocar um sistema ineficaz adiante é demonstração eloquente de fragilidade técnica, ou melhor, tecnológica. A irresponsabilidade e a insegurança nos são afetas.

No sistema jurídico brasileiro, salvo raras exceções (como bancos e seguradoras, entre outras), o capital é um detalhe menor, o que é uma falha grosseira do ordenamento. Não regulamos corretamente

o investimento, não tratamos de capital mínimo. Quando a Lei nº 12.441/11 criou a esdrúxula figura da Eireli, houve um grande susto para a previsão de capital mínimo de 100 (cem) salários mínimos. Por que aquilo? Porque o legislador brasileiro simplesmente copiou, mal e porcamente, a regulamentação do EIRL (*estabelecimento individual de responsabilidade limitada*), na qual havia previsão de capital mínimo. O Direito Europeu, ao contrário do brasileiro, ocupa-se do montante mínimo de investimento (capital) para cada tipo societário e, justo por isso, ter uma sociedade limitada ou uma sociedade anônima não é coisa para qualquer um. É caro. Justo por isso, há lá, aos borbotões, sociedades em nome coletivo, para as quais não há exigência de capital (os sócios garantem a solvabilidade com seu próprio patrimônio) e sociedades em comandita. Por aqui, a irresponsabilidade institucional criou um fenômeno difícil de explicar para um estrangeiro: a irresponsabilidade subsidiária universal. Societariamente, somos essencialmente limitadas e anônimas.

São pontos frágeis do Direito Empresarial Brasileiro a regulamentação do capital mínimo (considerando tipo societário, tipo de atividade, montante de negócios), considerando a indispensabilidade de segurança sistêmica que deve decorrer da alocação de montante suficiente e satisfatório para a exploração econômica, segundo aqueles parâmetros. Também negligenciamos o tratamento normativo do dever de manutenção do capital na empresa e as consequências para a sua redução significativa e/ou abrupta. Não se espanta que haja tão poucos trabalhos acadêmicos sobre *capital adequacy* entre nós: é assunto para alienígenas (daí ter-me usado da expressão em língua estrangeira). Somos estranhos às discussões sobre a adequação de capital. Infelizmente.



Se analisarmos com cuidado, essa negligência jurídica corresponde a fenômeno social curioso e que expõe a fragilidade ideológica do mercado empresarial brasileiro e, via de consequência, sua baixa capacidade de suportar uma economia dinâmica e desenvolvida, como ansiamos há muito tempo. E esse fenômeno é:

não damos importância ao capital, no que andamos muito mal. É assustadoramente comum ver sócios reclamando da distribuição de lucros por que, diz o sócio-administrador: – *Quem trabalha na empresa sou só eu! Eles não fazem nada! Por que é que devem receber lucros?*

Resposta simples: porque têm capital investido. Lucro é a remuneração do capital investido e não é preciso fazer nada para ter direito a ele: basta manter o investimento. A remuneração pela administração é o *pro labore*, ao qual se pode acrescentar premiações e bonificações por disposição do contrato social ou estatuto social, senão por deliberação da reunião ou assembleia de sócios. O raciocínio da objeção é próprio de uma sociedade em nome coletivo. E quase não há sociedades em nome coletivo no Direito Brasileiro. Em sociedades limitadas e anônimas, tal objeção revela um descompasso entre o tipo societário, sua função e finalidade sociais, econômicas e jurídicas, e a compreensão de legiões de atores negociais simplesmente despreparados para uma vida corporativa plena, com todas suas implicações, justo essas que são desenvolvidas neste ensaio e para as quais se invoca a proteção constitucional e legal.



Portanto, a *desvalorização do capital* não é um desafio que tem ambiente exclusivamente político, resultando de ataques previsíveis dos movimentos e das organizações ditas “de esquerda”, expressando a luta de classes nos contextos domésticos, tupiniquins. Ela está enraizada na sociologia do mercado brasileiro e de sua classe empresarial, se é que se pode pretender a existência efetiva de uma burguesia mercantil nacional: indústria, comércio, agronegócios, prestação de serviços, em grau de maturidade que corresponda às demandas contemporâneas. Isso nos deixa mancos de qualidade corporativa e organizacional efetiva, salvo em setores específicos, nomeadamente companhias abertas que, por força das exigências do mercado mobiliário, tratam a questão do capital por um viés bem próprio e, sim, correspondente às exigências da tecnologia empresarial internacional de nossos dias. Precisamos experimentar uma mudança de mentalidade.

Essencialmente, a partir do investimento, vale dizer, da alocação de capital em montante suficiente e adequado, dá-se início aos esforços empresariais. Justo por isso demanda-se que tal capital seja registrado, o que, nas sociedades, expressa-se como *capital social*. Em sistemas mais sérios, há alçadas de investimento mínimo para alcançar certos mercados e para se beneficiar de certos tipos societários. Não é qualquer um que atende aos requisitos de uma sociedade limitada (inclusive de capital a ser investido), razão pela qual muitos optam por uma sociedade em comandita simples. Sim. Elas existem no exterior e aos milhares! E isso trabalha para a segurança e a estabilidade de todo o mercado.

Ao contrário do que se passa entre nós, assiste-se no exterior a uma cultura que reconhece a necessidade de se valorizar uma gestão comprometida com os investimentos, além de hábil a produzir resultados que atendam aos objetivos da empresa. Em cenários que tenham essas características, demanda-se entre as virtudes do administrador empresarial – e do administrador societário (sócio ou não) – a habilidade para preservar e dar correta aplicação ao capital dos investidores/sócios. Mais do que isso, a própria compreensão política do capital alterna-se pela percepção de seu papel no bem-estar geral, vale dizer, para a dinamicidade da economia que, enfim, é o conjunto das ações organizadas humanas, o espaço do trabalho de cada um e, enfim, de todos.

É apenas o primeiro passo para uma inovação empresarial já de há muito reclamada: transformar o olhar financeiro dos atores mercantis: dar foco adequado para as exigências econômicas globalizadas: compreensão de custos, processos, eficiência, relacionamentos, produtividade, redução de impactos ambientais e sociais, dos planos estratégicos e de sustentabilidade. E nisso abre-se um círculo vicioso, já que são medidas que atraem mais investimentos. É o caminho para avançar sobre temas que ainda nos estão distantes, como as responsabilidades sociais do capital. Um caminho longo, portanto, divisa-se partindo de onde estamos e, entre curvas e subidas e descidas, perde-se no horizonte. Mas há que caminhar. É

preciso evoluir, apesar das dificuldades e das resistências. É preciso que nossas empresas se adequem, pois as mudanças são globais e rápidas. É nosso o desafio, juristas e atores de mercado, economistas e contadores e administradores: criar juntos as condições objetivas para que possamos avançar, como país, para o próximo nível. Já somos diferentes do que fomos no passado e podemos/devemos ser os arquitetos e engenheiros de um futuro em que melhorias beneficiem a tudo e todos, do ambiente, passando pelos consumidores, à sociedade em geral.

#### **4. OPORTUNIDADE, RISCO E LUCRO**

Falar em investimento implica em enfrentar o discurso adverso, não raro trabalhado na maldade que faz críticas ácidas à especulação. E ambientes de crise geralmente são propícios para que o nível de tais discursos adversos se eleve, em parte com argumentos legítimos, em parte com argumentos oportunistas, vazios de fundamento e razão, mas trabalhados na maldade a fim de obter vantagens políticas (ou politiquêiras, se preferir). No entanto, *especular*, em português, é estudar, investigar, pesquisar, buscar entender. Portanto, a crítica ao *especular*, em si, é vazia. Ter um norte para o investimento não é apenas uma faculdade, mas é razoável e, enfim, virtuoso. Obviamente, o estudo pode ter fins abusivos ou viciados; mas essa é uma outra questão: o uso do regular para fins irregulares que, há muito, desafia a humanidade e, com mais afinco, desafia o Direito e os juristas.

Tomada pelo ângulo inverso, mas ainda sob a ótica da liberdade privada de autuação econômica, está a questão do risco. E não é tema pequeno, embora o Direito pouco dele se ocupe. Mais especificamente a percepção de que são questões adjacentes à empresa, o risco que assume ao investir em determinado negócio (ao subscrever e integralizar o capital de atividade negocial) e a correspondente faculdade de lucrar, compreendido o lucro como uma premiação pelo risco assumido. Não é debate que se trave no plano da licitude, mas vai além dessa: é lícito lucrar e, para a sociedade em geral, para

a economia de um país, é interessante premiar o risco para, assim, estimular o investimento e a iniciativa mercantil.

Não sem razão, entre as máximas reiteradas no mundo dos negócios está a afirmação de que antecipar os movimentos do mercado é uma virtude dos atores mercantis. Em incontáveis apresentações e reuniões, ouve-se a repetição da mesma história de Tales de Mileto, tido como o fundador da Filosofia ocidental, que teria antecipado oportunidades no mercado de olivas e azeite, fazendo fortuna com isso. Essencialmente, também as empresas carregam o tempo na sua existência: passado, presente e futuro. O passado do mercado em geral e o seu próprio passado compõem as condições sob as quais atua; somos todos seres históricos que atuam em contextos historicamente construídos. O presente é o momento em que a empresa existe e desenvolve suas atividades. Mas o futuro é o seu destino e, daí, a recomendação de se atentar para o que poderá acontecer, em curto, médio ou longo prazo, para que se possa tomar, agora, as medidas que deixarão o empresário ou a sociedade empresária em melhor situação.

O conhecimento desses planos da realidade é, portanto, parte do material a partir do qual investidores e administradores agem empresarialmente. Uma necessidade não jurídica; uma virtude gerencial. Essa capacidade de se situar mercantilmente constitui a base sobre a qual são tomadas decisões sobre o que a organização fará e o que não fará. A capacidade de construir uma análise empresarial adequada e, mais do que isso, a postura de constantemente produzir essas análises, compõem o conjunto de habilidades que o administrador societário manifestará como expressão de uma excelência, mas sem constituir um dever de acerto, uma obrigação de resultado, o que seria um delírio. Ainda assim, essas são desejáveis e se tornam mais prementes em face da complexidade do mercado contemporâneo, bem como da inequívoca existência de um vasto acervo de dados que proliferam por diversos meios, nomeadamente os eletrônicos.



Ainda assim, as questões do dolo no exercício da administração, do abuso de direito, bem como da culpa por negligência e da imprudência

não devem ser compreendidas como estranhas à administração empresarial, parecendo-me haver nesta direção uma dimensão a ser explorada pela teoria jurídica. Basta exemplificar recordando não ser absurdo compreender como deveres do administrador estar atento a questões como saúde e segurança de seus empregados (doenças ocupacionais, acidentes de trabalho etc), consumidores e terceiros afetados pela atividade empresarial; impactos ambientais diretos, a implicar atenção para temas como eliminação de resíduos, emissões de gases nocivos (incluindo os carbônicos), logística reversa e reciclagem, ecoeficiência de suas operações, sustentabilidade, para além da responsabilidade social, o que inclui direitos humanos (respeito a diversidades de gênero, opção sexual, étnicas, como exemplos fáceis). Há um incitamento jurídico nesta direção.

Os desafios globais, colocados para toda a humanidade, passam a apontar para a necessidade de recalibrar a definição dos deveres da administração empresarial, obrigando-o a estar atento a informações da agenda global, não para considera-las na percepção de oportunidades, mas para avaliar riscos não só para os investidores, mas para a humanidade, participando da resolução de problemas e desafios. A teoria jurídica carece de evolução sintática e semântica para se acomodar à parceria global pela redução de danos e definição de alternativas para poupar vidas, compensações pela exploração empresarial etc. Noutras palavras, um dever de conectar-se aos demais atores, públicos e privados, personalizados ou não, engajando-se por ser parte da solução e não dos problemas. Mais do que isso: respondendo por atos de negacionismo climático, social, ambiental, entre outros. Já não dá mais para partir do pressuposto e revelar uma filosofia de que o essencial é o lucro; uma evolução conceitual (e jurídica) é incontornável: essencial são as pessoas e o ambiente em que vivem.



O administrador virtuoso é aquele que identifica os padrões sob os quais se estrutura o mercado, o seu funcionamento, seus ciclos, seus hábitos. A percepção desse padrão ou, preferindo-se, o

estabelecimento de um modelo que traduziria um padrão mercantil, permite atribuir à empresa um modo de agir que melhor se adéque ao ritmo do mercado, o que conduziria a vantagens econômicas. Obviamente, os padrões não são uma fórmula matemática infalível para o sucesso negocial; o mercado tem propensões variáveis. Essas propensões constituem-se variáveis aos padrões, demandando atenção dos gestores para responder às alterações pontuais. A definição desses padrões organizacionais, sintonizados com uma compreensão do mercado, tem reflexos positivos sobre a corporação, nomeadamente sobre os trabalhadores em geral, pois lhes dá o conforto de uma rotina que, mesmo excepcionada diante de eventos adversos, tem uma lógica e permite a cada um compreender o que está fazendo, ou seja, não temer por seu comportamento ao longo da atividade negocial. O mesmo ocorre com os sócios/investidores que, assim, compreendem os rumos pelos quais a empresa é conduzida. Toda a organização beneficia-se de um método. Isso, mesmo diante de riscos calculados ou de estratégias de longo prazo que demandam perseverança.



Decidir é próprio da função do administrador empresarial. A decisão, contudo, traz implícita a ideia e a possibilidade de erro. Não se pode desconhecer que todo administrador, assim como qualquer ser humano, está sujeito a cometer erros quando exerce o seu poder/dever de tomar decisões relativas à gestão da empresa. Mesmo quando se implementa programas inovadores de gestão, com o objetivo de obter ganhos de eficiência a partir de uma mudança radical no modelo negocial, há riscos. Noutros casos, a imponderabilidade é fator inerente à atividade, como ocorre com o *risco tecnológico*: investimentos feitos em pesquisas que, se chegarem a bom termo, podem resultar em ganhos significativos, mas que pressupõem o risco, maior ou menor, de simplesmente malograrem e, assim, consumir o capital alocado, com baixo retorno ou, até, sem qualquer retorno.

Contudo, mesmo no que se refere ao *direito de errar*, no exercício do dever de decidir, há limites aceitáveis e, para além deles, o erro deve ser compreendido como juridicamente relevante, podendo mesmo

situar-se no âmbito da responsabilidade civil. Essa equação é ainda mais emblemática quando o elemento que orienta a tomada de decisões é a assunção de riscos externos, num ambiente de crise ambiental e social cujas feridas estão a ser sentidas nos mais diversos grotões do planeta e, sim, podem ser sentidas aqui, em território nacional, sendo claro que o agravamento do quadro aferido compromete o futuro do país. Não risco sobre para a empresa e sobre sua *azienda*, mas risco de danos exteriores, a implicar uma alienação dos impactos da atuação produtiva. Algo que foi comum até aqui, mas que se torna cada vez mais inaceitável num contexto de crise climática e social.

Noutras palavras, se já era indispensável avaliar até que ponto cada decisão tomada pode gerar operações que impliquem em perdas para a corporação e seus investidores, bem como avaliação sobre a eventual extensão dessas perdas (o montante que a corporação pode suportar), com mais razão é preciso compreender como obrigação do gestor empresarial ser ainda mais rigoroso na análise do risco de prejuízos e danos externos, diante de um ambiente em que o comprometimento com o futuro se torna uma emergência global. Noutras palavras, não mais se admite um apartamento das questões internas dos reflexos externos. Faz-se necessário uma alteração que, num primeiro momento é ética (é desejável), mas tende (e deve) evoluir para se tornar jurídica (uma obrigação), alcançando as raias da responsabilidade civil e (há aqui outro debate importantíssimo, próprio dos criminólogos e dos criminalistas), eventualmente, penal.

Posto por outro ângulo, a crise ambiental e social mundial recoloca balizas e, assim, já não basta atentar para as oportunidades; é preciso focar-se também nos riscos: a avaliação desses riscos é uma postura que deve ser incorporada à gestão empresarial, sendo compreendida como uma parte inerente ao processo de administração da atividade negocial. E não afirmo isso no plano epistemológico da Ciências Empresariais, ocupadas com o que é melhor, o que é mais adequado; a afirmação se coloca no plano do Direito, vale dizer, deve ser compreendida como uma análise dos deveres gerais de conduta

do empresário, administrador societário e, mesmo, dos gestores de outros níveis (diretores, gerentes etc).

Nunca é demais acrescer à análise um outro ingrediente: haverá autorregulação ou, como decorrência da necessidade política, imposição de regulação. E me refiro a uma imposição internacional, fruto do poder de pressão que se tornou próprio dessa *ágora* global em que vivemos: pela via das sanções, dos bloqueios, dos boicotes, os participantes dessa assembleia planetária são beneficiados ou punidos caso assimilem – ou se recusem a assimilar – a premência da produção sustentável, vale dizer, caso venham a aderir, ou não, ao compromisso ambiental que vai tomando o contorno de imperativo para o ambiente de negócios.



Independente disso, há o aspecto essencial: fazer o que é certo, seja no plano ético, seja no plano jurídico (como dever-ser de enunciação estatal). Oportunidade e risco são elementos de uma equação cuja composição está diretamente relacionada a diversas variáveis. Basta dizer que análises que sejam fundadas nos contextos do passado podem ser diametralmente opostas às análises que sejam fundadas em projeções para o futuro, sendo comum encontrarem-se empresas (sociedades e Estados) que, presas às fórmulas de seu sucesso pretérito, acabaram por se desgraçarem quando os contextos alteraram-se completamente.

Em oposição, há notícias históricas, recentes e vetustas, de organizações públicas e privadas que enfrentaram crises graves conseguiram superá-las a partir de uma aposta no futuro, ou seja, projetando corretamente o melhor dos cenários que poderiam se apresentar à frente. Em muitos casos, apesar de absolutamente desconexos das questões experimentadas no presente (o que foge à proposta deste ensaio, reconhecida a envergadura emergencial do contexto que vivenciamos).

Note-se que a relação do administrador com o risco pode ser pautada pelas regras societárias, ou seja, é lícito à coletividade social, ao ditar regras para a gestão da empresa, ou seja, ao definir competência

e poderes para os administradores societários, estabelecer limites de risco. Problemas enfrentados por grandes corporações brasileiras com operações arriscadas que foram realizadas por seus diretores, durante as crises de 2007/2008, chamaram a atenção do meio empresarial para a conveniência – quiçá a urgência – de se atentarem para uma *gestão de riscos* mais acurada, partindo da definição da definição de uma *política de risco* para o negócio, bem como de mecanismos eficazes de controle dos atos de gestão, tendo em vista os parâmetros aceitos para a exposição da empresa a perdas.

Essa *política de risco* é fundamental para que fique bem claro qual é o *apetite por risco* que a coletividade social admite ver a corporação submetida. Não se trata de um mero estudo especulativo, de uma análise, mas de uma referência que deve ser explicitada nos atos constitutivos (contrato social ou estatuto social) das sociedades, constituindo balizas de orientação para o trabalho de seus gestores e funcionários em geral. Ademais, a publicidade oferecida pelo arquivamento dessas regras na Junta Comercial permite torná-las eficazes mesmo perante terceiros. Assim, essas balizas de exposição ao risco tolhem o *comportamento lícito* do administrador societário, vale dizer, se o gestor agir fora daqueles parâmetros, estará agindo fora dos poderes que lhe foram outorgados (ato *ultra vires*), respondendo pessoalmente por seus atos, perante a própria pessoa jurídica (e sua coletividade social) e até perante terceiros.



Um pouco mais de uma década depois, o risco deixa de ser meramente interno (para o investimento, para a organização, para a empresa), mas torna-se exterior. O compromisso deixa de ser apenas preservar a empresa, mas preservar o sistema em que a empresa – e o restante da sociedade/humanidade – se insere(m) para, assim, manter as condições contextuais em que a livre iniciativa e a autonomia privada não apenas podem exibir sua excelência mas, de forma mais radical, são possíveis. Recorrendo a uma bengala confortável, não obstante pouco acadêmica, as artes literárias e cinematográficas já trabalham há muito com cenários de degradação e/ou destruição

generalizados onde um sistema capitalista de produção e circulação de bens e serviços simplesmente não é possível.

O primeiro lastro – ou passo – está no compromisso de cada corporação e, em termos coletivos, de setores que se engajem. Admitir que é preciso se importar efetivamente. E não estou falando apenas de questões ambientais, mas por igual, questões que dizem respeito à consideração de referências sociais mais amplas no âmbito da empresa, como diversidade de gênero, de etnias, de impactos regionais e comunidades diretamente implicadas/afetadas, compreensão das diversidades sociais, combate/resistência a violências e subjugações diversas, assimilação das liberdades de opção sexual, estética, religiosa, cultural, entre outras. Nisso há uma revolução que irá preservar o ambiente de negócios e mesmo otimizá-lo. Não se trata de uma renúncia, de uma perda, mas de um ganho, de um avanço: constituir condições melhores para que haja vida melhor, com ganhos planetários.



A construção objetiva dessa política de risco é um desafio para o advogado. Afinal, não basta construir enunciados genéricos, ou seja, determinações excessivamente amplas e imprecisas. Não se pode olvidar que, diante da dúvida em relação a certo ato, considerando a redação duvidosa do contrato ou estatuto social, o administrador terá a seu favor o *benefício da dúvida*: basta demonstrar que seu ato correspondeu a uma interpretação razoável das regras societárias, dispostas no ato constitutivo ou nas normativas inferiores. Essa disputa entre interpretações possíveis exige o recurso à jurisdição (Judiciário ou arbitragem, conforme o caso); assim, a dúvida sobre a exata extensão da competência e do poder atribuído ao gestor trabalha contra a organização, na medida que cria incerteza e insegurança.

A opção juridicamente correta é a enunciação de cláusulas objetivas (expressas e categóricas), com parâmetros inquestionáveis, como a exposição de vedações e limites quantitativos certos. Isso já foi feito no plano interno, como se viu em normas que, no passado recente, vedaram práticas arriscadas, como contração de financiamentos

sem aprovação da coletividade social ou a constituição de ônus reais (hipoteca, penhor, anticrese) ou a contratação de operações com derivativos, como exemplos fáceis. Isso para não falar na vedação de envolvimento político-partidário de qualquer natureza, tornando a corporação isenta de lastros partidários, mas hábil a engajar-se em políticas sociais, ambientais etc. Também se viu essa objetivação na definição de limites quantitativos, como na previsão de valores máximos para contração de empréstimos, percentuais máximos para alavancagem, para exposição cambial, etc.

Essencialmente, há instrumentos jurídicos para que se possa dar tratamento ao desafio oferecido pela exposição ao risco. O problema não é simples, considerando-se que, em muitas oportunidades, assumir riscos é necessário para se obter vantagens mercantis, isto é, para se ter lucro. Ainda assim, salvo uma ampla liberação do administrador societário para que faça o que bem quiser, nos limites permitidos pela Constituição e pelas leis, melhor será definir engenhos jurídicos que forcem a realização de análises mais detidas da relação entre oportunidade e risco, bem como dos níveis em si de exposição ao risco (interno e externo), como pressuposto para a adoção de posturas mais agressivas. Isso pode afastar aventuras fadadas ao fracasso, assim como garantir um respeito à capacidade da empresa de suportar eventuais perdas.

Por fim, é preciso deixar claro que a simples previsão de mecanismos jurídicos de limitação e/ou prevenção de riscos não basta, por si só, para afastar a concretização de operações que excedam os limites previstos na política de riscos, ainda que se trate de um estatuto pré-estabelecido, minucioso e rígido. A falta de controles internos eficazes, executores e fiscalizadores da execução desses parâmetros, pode colocar tudo a perder. São incontáveis os casos de gestores que violaram normas e colocaram suas corporações em crises, muitas das quais chegando à falência. Justamente por isso, é usual que a questão do *gerenciamento de riscos* e seus mecanismos de implementação seja compreendida como tema de boa governança corporativa. Afinal, o efeito direto de uma política de riscos é a limitação da liberdade dos

gestores, de seu poder de definir estratégias, de determinar ações ou omissões, de estabelecer contratos e praticar outros atos jurídicos em nome da sociedade. É quanto basta para se perceber o desafio humano que está por trás da proposição.

## 5. PROFISSÃO DE FÉ

É mais do que estranho terminar um texto acadêmico assim. Beira as raías do piegas. Mas vou me permitir. Creio no sistema capitalista de organização econômica, quando pautado por um Estado Democrático e Social de Direito. Creio na autonomia da vontade e na livre iniciativa, desde que se coloquem nos limites admitidos pela Constituição e das leis que, por seu turno, devem ser cuidadosas em não se mostrarem abusivas na restrição da liberdade individual, embora nunca devam se descurar do bem estar coletivo. Creio que o sistema empresarial possa ser preservado, embora para tanto seja indispensável *olhar fora da caixa*, ou seja, compreender os contextos fora da corporação e da empresa: segurança e saúde de todos os públicos (trabalhadores, consumidores, vizinhos, entre outros alcançados pela círculo de influência/atuação da empresa). Creio que o sistema empresarial se preservará, embora isso implica a preservação do meio ambiente que o acolhe e a toda a humanidade, bem como a preservação da qualidade (biológica e social, individual e coletiva) de vida dos seres humanos e demais espécies globais.

*videns autem turbas ascendit in montem et cum sedisset accesserunt  
ad eum discipuli eius  
et aperiens os suum docebat eos dicens  
beati pauperes spiritu quoniam ipsorum est regnum caelorum  
beati mites quoniam ipsi possidebunt terram  
beati qui lugent quoniam ipsi consolabuntur  
beati qui esuriunt et sitiunt iustitiam quoniam ipsi saturabuntur  
beati misericordes quia ipsi misericordiam consequentur  
beati mundo corde quoniam ipsi Deum videbunt*

*beati pacifici quoniam filii Dei vocabuntur  
beati qui persecutionem patiuntur propter iustitiam quoniam  
ipsorum est regnum caelorum  
beati estis cum maledixerint vobis et persecuti vos fuerint et dixerint  
omne malum adversum vos mentientes propter me  
gaudete et exultate quoniam merces vestra copiosa est in caelis sic  
enim persecuti sunt prophetas qui fuerunt ante vos  
vos estis sal terrae quod si sal evanuerit in quo sallietur ad nihilum  
valet ultra nisi ut mittatur foras et conculcetur ab hominibus  
vos estis lux mundi non potest civitas abscondi supra montem posita  
neque accendunt lucernam et ponunt eam sub modio sed super  
candelabrum ut luceat omnibus qui in domo sunt  
sic luceat lux vestra coram hominibus ut videant vestra bona opera et  
glorificent Patrem vestrum qui in caelis est<sup>2</sup>*

---

<sup>2</sup> Mateus, capítulo 5, versículos 1 a 16.



# 13 ENTRE A AUTONOMIA E A SUBORDINAÇÃO NO TRABALHO DOCENTE MEDIADO POR ALGORITMOS

**Amauri Cesar Alves**

Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG). Professor da Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP), na Graduação e no Mestrado Acadêmico em Direito (Área de Concentração “Novos Direitos, Novos Sujeitos”). Atual Chefe do Departamento de Direito da UFOP e Presidente da Assembleia Departamental.

Membro do Núcleo Docente Estruturante do Curso de Direito da UFOP (NDE, DEDIR/UFOP). Membro do Colegiado da Pós-Graduação em Direito da UFOP. Membro da Comissão Permanente de Formação Prático-Profissional do DEDIR/UFOP. Coordenador do Grupo de Estudos de Direito do Trabalho (GEDIT) da UFOP. Membro do Comitê de Mediação e Humanização das Relações de Trabalho COMHUR/UFOP. Membro da Comissão de Egressos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFOP. Membro da Comissão de Bolsas e Estágio Docência, PPGD/UFOP. Membro de Comissão de verificação de autodeclaração para fins de concurso público na UFOP. Editor do site [www.direitodotrabalhoessencial.com.br](http://www.direitodotrabalhoessencial.com.br). Avaliador do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior – BASis. INEP/DAES/MEC.

**Camila Pita Figueiredo**

Mestranda em Direito na Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP). Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pela Faculdade Pitágoras. Especialista em Gestão Educacional pela Faculdade Pitágoras. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG). Pesquisadora do Grupo de Estudos de Direito do Trabalho (GEDIT) e do Núcleo de Estudos ‘Novos Direitos Privados e Reconhecimento’ (NDP) da UFOP.

Advogada.

**Roberto Henrique Pôrto Nogueira**

Doutor e Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG). Especialista em Direito Tributário pela Milton Campos. Coordenador do Núcleo de Estudos ‘Novos Direitos Privados e Vulnerabilidades’ e participante do Grupo de Pesquisa Sistema Financeiro Nacional – Negócios e Regulação. Professor Associado do Mestrado Acadêmico e da Graduação em Direito da Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP). E-mail:

[roberto.nogueira@ufop.edu.br](mailto:roberto.nogueira@ufop.edu.br)



# ENTRE A AUTONOMIA E A SUBORDINAÇÃO NO TRABALHO DOCENTE MEDIADO POR ALGORITMOS

## **Amauri Cesar Alves**

Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG). Professor da Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP), na Graduação e no Mestrado Acadêmico em Direito (Área de Concentração “Novos Direitos, Novos Sujeitos”). Atual Chefe do Departamento de Direito da UFOP e Presidente da Assembleia Departamental. Membro do Núcleo Docente Estruturante do Curso de Direito da UFOP (NDE, DEDIR/UFOP). Membro do Colegiado da Pós-Graduação em Direito da UFOP. Membro da Comissão Permanente de Formação Prático-Profissional do DEDIR/UFOP. Coordenador do Grupo de Estudos de Direito do Trabalho (GEDIT) da UFOP. Membro do Comitê de Mediação e Humanização das Relações de Trabalho COMHUR/UFOP. Membro da Comissão de Egressos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFOP. Membro da Comissão de Bolsas e Estágio Docência, PPGD/UFOP. Membro de Comissão de verificação de autodeclaração para fins de concurso público na UFOP. Editor do site [www.direitodotrabalhoessencial.com.br](http://www.direitodotrabalhoessencial.com.br). Avaliador do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior – BASIS. INEP/DAES/MEC.

## **Camila Pita Figueiredo**

Mestranda em Direito na Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP). Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pela Faculdade Pitágoras. Especialista em Gestão Educacional pela Faculdade Pitágoras. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG). Pesquisadora do Grupo de Estudos de Direito do Trabalho (GEDIT) e do Núcleo de Estudos ‘Novos Direitos Privados e Reconhecimento’ (NDP) da UFOP. Advogada.

## **Roberto Henrique Pôrto Nogueira**

Doutor e Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG). Especialista em Direito Tributário pela Milton Campos. Coordenador do Núcleo de Estudos ‘Novos Direitos Privados e Vulnerabilidades’ e participante do Grupo de Pesquisa Sistema Financeiro Nacional – Negócios e Regulação. Professor Associado do Mestrado Acadêmico e da Graduação em Direito da Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP). E-mail: [roberto.nogueira@ufop.edu.br](mailto:roberto.nogueira@ufop.edu.br).

**SUMÁRIO:** 1. Considerações iniciais; 2. Sobre algoritmos aplicados ao trabalho; 3. Subordinação jurídica e autonomia privada nas relações de trabalho; 4. Considerações finais; Referências.

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

*Coded Bias*, documentário produzido e exibido pela Netflix em 2020, dirigido por Shalini Kantayya, apresentou o desafio de regência jurídica de problemas ligados à mitigação de direitos e de preservação de liberdades fundamentais e de igualdade substancial, especialmente quando o campo ôntico permanece sob intrincada codificação informática. Com efeito, se o cenário é ininteligível ao Direito, a probabilidade de sua aptidão para o enfrentamento de ofensas ao ordenamento jurídico é notadamente improvável, haja vista que também são codificadas as tendências errôneas ou vieses havidos nesse universo.

Uma circunstância desperta especial interesse para o propósito desse ensaio. O documentário, que versa sobre o que se pode entender por viés discriminatório algorítmico, resgata relações de trabalho marcadas por sofisticadas e, possivelmente, incompreensíveis estratégias de exploração do trabalho pelo capital, seja na firmação de métricas, seja na avaliação em concreto de trabalhadores e de sua produtividade.

Pretende-se, nessa oportunidade, refletir sobre as possíveis falhas no uso de algoritmos tecnológicos informáticos em sua mediação do trabalho docente, na interface do conteúdo jurídico das ideias de subordinação trabalhista e de autonomia privada do trabalhador. Em outras palavras, o uso dessas ferramentas tecnológicas são livres para uso por parte do tomador de serviços no âmbito de seu poder diretivo? Em outra frente, cabe, ao trabalhador, no exercício de sua autonomia privada, ainda que subordinado ao patrão, aceitar, por contrato, a livre e genérica aplicação de modelos algoritmos por sistemas dotados de Inteligência Artificial para a gestão de seus serviços e para a avaliação de sua produtividade?

## 2. SOBRE ALGORITMOS APLICADOS AO TRABALHO

A presente excursão teórica lançou mão de relatos ilustrativos de casos coletados em fonte secundária, com o mister de suporte das premissas fáticas que puderam permitir a instalação da discussão jurídica almejada e a sugestão argumentativa de seu deslinde.

O foco foi a identificação de conjunturas que envolveram programas de inteligência artificial que foram treinados para aplicar algoritmos voltados à aferição da produtividade, de perfis e de possíveis posturas do trabalhador docente, para a tomada de decisões correlatas à relação jurídica de base ou, pelo menos, para sugerir caminhos que puderam influenciar deliberação de gestores do trabalho humano.

Antes da disponibilidade dos algoritmos destinados ao auxílio no exercício do poder diretivo, que engloba o de regulamentação, de fiscalização e de disciplina, as decisões eram tomadas exclusivamente por seres humanos, que, obviamente, também poderiam adotar posturas injustas, pautadas em comportamentos discriminatórios, racistas, machistas, capacitistas, homofóbicos. Entretanto, a chance de vieses ficarem ocultos em teias densas de programação informática era bem menos significativa. Exemplo disso é o que ocorreu com o professor Daniel Santos, nos Estados Unidos, conforme constou no documentário *Coded Bias*. O professor, em que pese o prévio recebimento de inúmeros prêmios em razão do reconhecimento de sua contribuição para a educação, foi informado de que o dito algoritmo de avaliação de educadores o considerou ineficiente, o que ameaçou sua continuidade no trabalho. Isso aconteceu uma semana depois de ele ter sido nomeado professor do mês em sua escola, fato decisivo para indicar que algo estava errado na avaliação automatizada. A inconsistência dos dados e dos critérios de operação ficou ainda mais manifesta quando o mesmo professor foi dispensado após uma decisão apoiada em algoritmo que considerou o seu desempenho ruim.

Ainda com fundamento em evidências, o documentário apresenta exemplos de violação de direitos civis e falhas inaceitáveis que a inteligência artificial (IA) vem cometendo. Dentre eles, figurou o

exemplo no qual professores de metade dos Estados norte-americanos eram avaliados por um modelo algorítmico, sendo que a pontuação atribuída aos profissionais era até então obscura em seus parâmetros. E mais: esse mesmo sistema de julgamento integrava a avaliação para que os docentes conseguissem estabilidade.

Em outro caso, trazido pela mesma pesquisa relatada no documentário, versou sobre a identificação de algoritmo semelhante em uma escola em Houston, Texas, que era aplicado para avaliar o desempenho dos educadores e para decidir sobre as dispensas. O algoritmo fazia a análise do “modelo de valor agregado”, ou seja, um cálculo do sistema que valorava o que o educador, supostamente, teria agregado à instituição de ensino.

Atenta ao risco da opacidade algorítmica, O’Neil<sup>1</sup>, em alusão a algoritmos de destruição em massa, sugere a noção de Armas de Destruição Matemáticas (ADM). Ela aborda o caso emblemático de uma outra docente, Sarah Wysocki. Lotada na Escola Fundamental de *MacFarland* há apenas dois anos, já recebia excelentes avaliações de seu diretor e dos pais dos alunos. Nas palavras da autora,<sup>2</sup> mesmo assim, no fim do ano letivo de 2010-11, a professora foi subavaliada pelo sistema *IMPACT*, uma ferramenta de medida de eficiência de docentes que, no fim do ano letivo de 2009-10, lastreou a decisão do distrito de Washington em dispensar aqueles cujas pontuações os colocavam entre os 2% inferiores. No fim do ano seguinte, outros 5%, ou 206 professores, foram dispensados. Em análise posterior, aferiu-se que o problema teria ocorrido devido ao fato de que o novo sistema de pontuação, que empregava modelagem de valor agregado, considerou o êxito da docente apenas no ensino da matemática e das habilidades linguísticas. Diante do peso dado ao resultado do sistema, a sua avaliação negativa prevaleceu sobre os comentários positivos

---

1 O’NEIL, Cathy. Algoritmos de destruição em massa: como o big data aumenta a desigualdade e ameaça a Democracia. Trad.Rafael Abraham. 1. ed. Santo André, SP. Editora Rua do Sabão, 2020.

2 O’NEIL, Cathy. Algoritmos de destruição em massa: como o big data aumenta a desigualdade e ameaça a Democracia. Trad.Rafael Abraham. 1. ed. Santo André, SP. Editora Rua do Sabão, 2020, p.8.

dos gestores e da comunidade escolar, de maneira que a ela restava a dispensa, juntamente com as outras pessoas que, em tese, teriam ficado abaixo da pontuação mínima.

O' Neil elucida a dificuldade encontrada na tentativa de avaliar professores por algoritmos:

Tentar calcular o impacto que uma pessoa pode ter sobre outra ao longo de um ano escolar é muito mais complexo. “Há tantos fatores envolvidos em ensinar e aprender que seria muito difícil medir todos eles”, Wysocki diz. E mais, tentar avaliar a efetividade de um professor analisando notas de provas de apenas 25 ou 30 alunos é estatisticamente frágil, risível até. Os números são pequenos demais levando-se em conta o que pode dar errado. É verdade que se fossemos analisar professores com o rigor estatístico de um mecanismo de buscas online, teríamos de testá-los em milhares ou até milhões de alunos selecionados aleatoriamente.<sup>3</sup>

Na visão de O'Neil, quando o sistema de pontuação pelos algoritmos marca centenas de professores como fracassos, eles são dispensados e não têm acesso à informação acerca das razões se sua avaliação demeritória. Com o desconhecimento dos padrões adotados no exame, os trabalhadores recebem, inadvertidamente, os resultados que os consideram fracassados.

A elaboração de ferramentas tecnológicas algorítmicas de exploração do trabalho colmata o comportamento docente de tal modo que o profissional, ciente de que o insucesso de alunos lhe será atribuído, vive o medo da descontinuidade de seus vínculos e busca motivação extraordinária para a aprovação discente.

---

3 O'NEIL, Cathy. Algoritmos de destruição em massa: como o big data aumenta a desigualdade e ameaça a Democracia. Trad. Rafael Abraham. 1. ed. Santo André, SP. Editora Rua do Sabão, 2020, p. 9.

Na outra ponta, mas dentro da mesma engrenagem exploratória, O'Neil acrescenta que havia, simultaneamente, a proposta de bonificar os professores em até 8 (oito) mil dólares se a avaliação dos alunos superasse as expectativas. Ficou evidenciado, no caso, um alto número de rasuras e um excesso pouco coerente de notas altas. Estariam os professores cedendo ao medo de perder os seus postos de trabalho?

Em outro momento de seu texto, O'Neil<sup>4</sup> descreve o caso de Tim Clifford, um professor de Inglês de ensino médio em Nova Iorque, com vinte e seis anos de experiência. O professor soube que havia sido reprovado na avaliação, por modelo de valor agregado semelhante ao que levou à dispensa de Sarah Wysocki. Clifford obteve nota 6 (seis), em um universo de 100 (cem) pontos possíveis. Estável no trabalho, o professor manteve as suas estratégias didáticas e, para a sua surpresa, no ano seguinte sua nota foi de 96 pontos. A incoerência, nesse caso, não é apenas em notas tão divergentes em cenários análogos, mas também no que tange ao não oferecimento de diretrizes para a melhoria do trabalho.

Um julgamento, uma percepção ou um caminho tendencioso é chamado de viés ou *bias*. O que é tendencioso tende a não ser regular. Quando se fala em viés algorítmico, refere-se a caminhos ou a julgamentos tendenciosos gerados por essas estruturas ou modelos que, pautados em juízos morais de seus idealizadores ou em dados incompletos, equivocados ou estatisticamente representativos de posturas sociais juridicamente inadmissíveis, acabam por promover resultados incompatíveis com o ordenamento jurídico amplamente considerado.

Vieses são de difícil percepção e de improvável correção quando acontecem em linguagem enigmática ou em espaços inacessíveis ou impenetráveis por força da proteção ou da complexidade técnico-informacional.

---

4 O'NEIL, Cathy. Algoritmos de destruição em massa: como o *big data* aumenta a desigualdade e ameaça a Democracia. Trad. Rafael Abraham. 1. ed. Santo André, SP. Editora Rua do Sabão, 2020. p. 127.

Assim, a opacidade, caracterizada pela falta de transparência dos algoritmos, impede os seres humanos de compreender o funcionamento dos sistemas que o utilizam, impossibilitando que sejam conhecidas e compartilhadas as regras do jogo.

De modo geral, os principais impasses parecem decorrer da opacidade algorítmica, seja ela relativa à incompreensão epistemológica, oriunda da deliberada ocultação de seus parâmetros de funcionamento, ou mesmo decorrente da limitada elucidação ou explicação aos sujeitos destinatários das deliberações.

Para Faleiros Júnior e Nogaroli:

A opacidade epistêmica reflete a absoluta complexidade no processamento dos dados pelos algoritmos, que podem descobrir padrões dentro de um número tão alto de variáveis, que se torna extremamente difícil – ou até mesmo impossível – para uma mente humana compreendê-los.<sup>5</sup>

A literatura refere-se, a esse teor, à explicabilidade. Trata-se do conjunto de técnicas direcionadas à promoção da transparência em modelos complexos de *deep learning*<sup>6</sup>. A explicabilidade guarda relação com a capacidade de identificação de fatores fundamentais que um modelo de Inteligência Artificial utiliza para o alcance de seus resultados. Também pode ser definida como o grau de compreensão humana acerca das decisões de um sistema de Inteligência Artificial.

Essa sorte de contrassenso escancara a realidade segundo a qual algoritmos aplicados à gestão do trabalho humano devem ser uma preocupação a ser confrontada pelo Direito do Trabalho.

---

5 FALEIROS JUNIOR, José Luiz de Moura; NOGAROLI, Rafaela. Tripla dimensão semântica da opacidade algorítmica no consentimento e na responsabilidade civil médica. Migalhas de responsabilidade civil. 17 jun. 2021. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/347150/tripla-dimensao-semantica-da-opacidade-algoritmica-no-consentimento>>. Acesso em: 28 nov. 2021.

6 TAULLI, Tom. Introdução à inteligência artificial: uma abordagem não técnica. São Paulo: Novatec, 2020. p. 120.

A Lei nº 13.467/17, norma principal do processo de Reforma Trabalhista no Brasil, ocupou-se de regulamentar o trabalho tecnológico subordinado, instituindo na CLT a figura do teletrabalho. Os artigos inseridos são, entretanto, módicos dada a complexidade e a potencialidade que a tecnologia tem de controle, de fiscalização, e de condução da vida do trabalhador subordinado pelas novas tecnologias.

Além da figura do teletrabalhador, outros tantos empregados, dentre eles docentes, podem ser submetidos à avaliação por meio de algoritmos, o que impõe revisitação teórica dos institutos da subordinação jurídica, da autonomia laborativa e da autonomia privada no âmbito das relações capital-trabalho.

### **3. SUBORDINAÇÃO JURÍDICA E AUTONOMIA PRIVADA NAS RELAÇÕES DE TRABALHO**

No contexto capitalista, o trabalho, desde a Revolução Industrial, tende a ser visto pelos detentores do poder econômico como “mercadoria” disponibilizada pelo trabalhador mediante pagamento do preço. Mas também é por meio da sua força produtiva que o indivíduo busca seu espaço na vida social. É pelo trabalho que ele se insere, que ele se reconhece, que busca sua dignidade e que luta por melhores dias para si e para os seus. Nos dias atuais o trabalhador tem, basicamente, duas possibilidades ou modalidades de relação jurídica tendentes a concretizar a disposição de sua força produtiva ou seu saber-fazer: a relação de trabalho (sem vínculo empregatício) e a relação de emprego.

A relação de trabalho é gênero do qual a relação de emprego é espécie. Todo aquele que dispõe de sua força produtiva, seu saber-fazer ou seu tempo de vida em proveito de outrem será considerado trabalhador. Obviamente nem todo trabalhador é empregado, embora todo empregado seja, antes, um trabalhador. Para a caracterização do trabalhador como empregado é necessária a confluência de requisitos legais da relação empregatícia.

A relação de emprego é o núcleo básico do Direito do Trabalho. É a espécie de relação de trabalho que tem por sujeitos o empregado, que disponibiliza sua força produtiva (seu saber fazer, seu tempo de vida), e o empregador, que se apropria dessa disponibilidade. Permeiam tal relação jurídica elementos extraídos da realidade fática e consagrados pelo Direito (trabalho por pessoa natural, pessoalidade, não-eventualidade, onerosidade e subordinação), que irão justificar uma série de proteções legais.

Nos termos da norma contida no artigo 3º da CLT, é empregado aquele que trabalha para um empregador como pessoa natural, de modo não-eventual, sob a dependência deste e mediante o pagamento de salário. A doutrina brasileira, entretanto, refinou o tratamento do legislador de 1943 e consagrou como elementos caracterizadores do vínculo de emprego o trabalho por pessoa natural, a pessoalidade, a não-eventualidade, a subordinação e a onerosidade. Assim, todo aquele que disponibilize sua força produtiva ou saber-fazer a alguém com a confluência de tais requisitos (ou pressupostos, ou elementos fático-jurídicos) será, regra geral (que comporta exceções), considerado empregado. Se há relação de emprego incidirão sobre esta as normas de Direito do Trabalho. Se o trabalhador é empregado receberá do Estado a especial tutela justralhista. Caso contrário, não será o trabalhador titular do patamar mínimo protetivo de Direito do Trabalho, sendo a relação mantida com seu contratante regulada no âmbito do Direito Civil ou do Direito Empresarial.

À presente análise interessam a subordinação jurídica e sua antítese, a autonomia. Se a relação de emprego é o núcleo do Direito do Trabalho, na teoria e na prática cotidiana a subordinação jurídica é o elemento central do vínculo empregatício. Também por isso sua centralidade neste estudo.

Maurício Godinho Delgado leciona que subordinação “deriva de *sub* (baixo) e *ordinare* (ordenar), traduzindo a noção etimológica de estado de dependência ou obediência em relação a uma hierarquia de

posição ou de valores.”<sup>7</sup> Depreende-se da origem do termo uma ideia ou noção de observância pelo trabalhador das ordens emanadas pelo seu contratante no que concerne ao modo da prestação laborativa.<sup>8</sup>

A doutrina de José Martins Catharino define o que hoje se reconhece por subordinação clássica: “Subordinação jurídica, porque não se trata apenas de obrigação de trabalhar, mas de fazê-lo sob as ordens de outrem, o empregador.”<sup>9</sup> Assim, em tal perspectiva, da subordinação jurídica clássica decorre que “o direito do empregador dirigir, correlato da obrigação do empregado obedecer, tem como seu corolário o de fiscalizar, um e outro exercitáveis diretamente ou não.”<sup>10</sup>

Um dos efeitos mais importantes decorrentes da relação de emprego, além do reconhecimento de um conjunto de direitos trabalhistas (que tendem a favorecer ao empregado) é o reconhecimento do poder empregatício, que aspira a favorecer o empregador. A subordinação é origem e modo de exteriorização do poder diretivo, que por sua vez é manifestação do poder empregatício. A subordinação, assim, seria um efeito contratual decorrente de um conjunto de prerrogativas (direitos) posto à disposição do empregador para o bom gerenciamento de seu empreendimento. A subordinação seria a expressão característica e principal do poder diretivo.

Historicamente a dependência fixada no artigo 3º, a subordinação jurídica consagrada pela doutrina, a autonomia, o poder diretivo e as bases do contrato de emprego eram mais facilmente identificáveis no plano dos fatos. Ocorre que as transformações no cenário sociolaboral das últimas décadas ocasionaram mudanças interpretativas no Direito do Trabalho, com destaque, aqui, para o conceito de *dependência*

---

7 DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 11. ed. São Paulo: LTr., 2012. p. 294-295.

8 DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 18. ed. São Paulo: LTr., 2019.

9 CATHARINO, José Martins. Compêndio de direito do trabalho. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1982. Vol. I. p. 205/6.

10 CATHARINO, José Martins. Compêndio de direito do trabalho. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1982. Vol. I. p. 205/6.

fixado no artigo 3º da CLT. Por ser a subordinação o cerne do vínculo empregatício, que por sua vez é a essência do Direito do Trabalho, as transformações em seu conteúdo, por força da interpretação, podem trazer também impactos para a vida do trabalhador.

A doutrina justralhista brasileira, influenciada pelo debate no plano internacional e pelos efeitos da reestruturação produtiva nas relações de trabalho, coloca o tema da subordinação novamente em destaque. A discussão, por aqui, não obstante as diversas teorias e os vários epítetos para o fenômeno, parece polarizada entre os que defendem a restrição do conceito da subordinação e os que fazem uma análise ampliadora de seu alcance. No primeiro caso (restrição do conceito) a subordinação tendente a revelar o vínculo empregatício será apenas a clássica, que exige a presença da ordem patronal direta quanto ao modo da prestação laborativa. Trata-se de abordagem subjetivista, que se concentra na figura do empregador. Tal conceito, ainda que seja suficiente na grande maioria dos casos concretos, exclui da proteção justralhista muitos trabalhadores no hodierno sistema produtivo capitalista. No segundo caso e em sentido oposto ao da exclusão, a melhor doutrina indica a ampliação do conceito de subordinação para que o Direito do Trabalho possa alcançar um maior número de trabalhadores dependentes de tutela especial. Trata-se de uma análise objetiva da subordinação, sem que o foco seja o empregador e passe a ser a inserção do trabalhador no contexto produtivo do tomador dos seus serviços. Neste sentido são as teses de subordinação objetiva, integrativa, reticular<sup>11</sup>, estrutural e algorítmica, bem desenvolvidas pela doutrina<sup>12</sup>.

Ao presente estudo interessam as compreensões estrutural e algorítmica da subordinação jurídica.

---

11 Vejam-se os conceitos em ALVES, Amauri Cesar. Manual de direito do trabalho. Belo Horizonte: RTM, 2021.

12 A CLT fixa a “dependência” como requisito para a caracterização da figura do empregado, havendo espaço interpretativo amplo para que se reconheça a subordinação tanto em perspectiva clássica quanto como objetiva, integrativa, reticular, estrutural ou algorítmica, dentre outras.

O Professor Maurício Godinho Delgado, com particular acuidade, reformulou (ou ampliou) seu conceito de subordinação jurídica. Para o citado autor, a subordinação pode se revelar no plano dos fatos tanto em sua conformação clássica, quanto em sua forma estrutural. Na subordinação estrutural, conceito já aceito também jurisprudencialmente, há a “inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento.”<sup>13</sup> Em tal perspectiva, as ordens patronais são irrelevantes, o comando presente e as chefias não são exigidos para a caracterização do elemento fático-jurídico, sendo suficiente que o trabalhador “esteja estruturalmente vinculado à dinâmica operativa da atividade do tomador de serviços.”<sup>14</sup>

A subordinação algorítmica, por sua relevância para a compreensão do objeto central do presente estudo, será retomada adiante. Aqui vale apenas fixar ideia básica, preliminar. Inicialmente o conceito lançado por Denise Pires Fincato e Guilherme Wunsch como a subordinação “em que o controle do trabalho é definido por uma sequência lógica, finita e definida de instruções e se desenrola via ferramentas tecnológicas, tais como aplicativos.”<sup>15</sup>

Em sua Dissertação de Mestrado, Raianne Liberal Coutinho cita Luciane Barzotto, Ana Paula Miskulin e Luciele Breda, que esclarecem que o algoritmo “prescreve um roteiro prévio de tarefas, programado por instrumentos digitais ou aplicativos, em que os comandos laborais ou ordens são dados que informam as obrigações contratuais recíprocas”.<sup>16</sup>

---

13 DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 18. ed. São Paulo: LTr., 2019. p. 352.

14 DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 18. ed. São Paulo: LTr., 2019. p. 353.

15 FINCATO, Denise Pires; WÜNSCH, Guilherme. Subordinação algorítmica: caminho para o direito do trabalho na encruzilhada tecnológica? Revista do TST. São Paulo, vol. 86, no 3, jul/set 2020. p. 51.

16 BARZOTTO, Luciane Cardoso; MISKULIN, Ana Paula Silva Campos; BREDA, Lucieli. Condições transparentes de trabalho, informação e subordinação algorítmica nas relações de trabalho. In: CARELLI, Rodrigo de Lacerda; CAVALCANTI, Tiago Muniz;

Possível então estabelecer previamente o conceito de subordinação algorítmica como elemento fático inerente à relação de trabalho na Economia da Tecnologia Digital<sup>17</sup>, em que o contratante exerce o poder diretivo valendo-se de controle indireto do trabalho por meio de roteiro sequencial de instruções digitais que resultam em comandos a serem executados pelo trabalhador, cuja prestação laborativa é mediada pelo uso de aplicativos ou outros meios tecnológicos.

Diante do exposto, amplia-se a possibilidade de reconhecimento do vínculo empregatício pelo alargamento do conceito de dependência celetista, que resulta em subordinação clássica, estrutural ou algorítmica, o que permite ao trabalhador a fruição de seus direitos na relação capital-trabalho. Consequentemente, insere-se o trabalhador, como empregado, no sistema capitalista marcado pela valorização do consumo, mas, também, permite a relação de emprego que haja a fruição de direitos fundamentais fixados no artigo 7º da Constituição da República. Em sentido contrário e como regra geral que comporta exceções, tais efeitos benéficos do vínculo empregatício não se verificam na relação autônoma.

A análise do trabalho autônomo é relativamente simples e está necessariamente relacionada à compreensão do trabalho subordinado,

---

FONSECA, Vanessa Patriota da (org.). Futuro do trabalho: os efeitos da revolução digital na sociedade. Brasília: ESMPU, 2020, pp. 212-213; apud COUTINHO, Raianne Liberal. A subordinação algorítmica no arquétipo Uber: desafios para a incorporação de um sistema constitucional de proteção trabalhista. 2021. 241 f., il. Dissertação (Mestrado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2021.

17 “Economia da tecnologia digital é sistema produtivo ou de gestão de mão-de-obra em que a exploração de trabalho (ou da pessoa) é possível pela mediação da tecnologia digital, sobretudo aplicativos acessados via telefone celular. Nesse modelo de exploração de trabalho (ou de pessoas) a plataforma digital permite que alguém que precisa de força produtiva ou saber-fazer encontre fácil e rapidamente uma pessoa disposta a realizar a tarefa necessária. É uma relação trilateral ou triangular, pois há necessariamente três pessoas envolvidas: a plataforma digital, o trabalhador e aquele que tem interesse em se valer do trabalho”. (ALVES, Amauri Cesar. Sistemas produtivos, direito do trabalho e contratação de pessoas via plataformas digitais: análise de momentos de afirmação e de negação do direito fundamental ao trabalho digno. In: DELGADO, Gabriela Neves. (Org.). Direito fundamental ao trabalho digno no século XXI: desafios e ressignificações para as relações de trabalho da era digital. São Paulo: LTr., 2020, v. III, p. 138-156).

vez que subordinação e autonomia são institutos que carregam conceitos antitéticos. Trabalhador autônomo é aquele que estabelece os próprios modos da prestação laborativa. Etimologicamente, identifica-se a ideia: autônomo é aquele que fixa suas próprias normas (“*auto*” e “*nomos*”) e no caso do Direito do Trabalho é aquele que fixa suas próprias normas relativas à prestação laborativa para outrem. O autônomo organiza o modo de prestar o seu trabalho em benefício de seu contratante, que por sua vez não dita as regras básicas do desenvolvimento das tarefas cotidianas. O trabalhador autônomo, portanto, e em essência, é aquele que não está subordinado ao seu contratante.

Na prática laborativa compreende-se o trabalho autônomo como a prestação laborativa em que o trabalhador desenvolve e estabelece, por si, os modos da realização das suas tarefas, da entrega da sua força produtiva ou o seu saber-fazer. Observa-se ausência de subordinação jurídica, seja qual for o conceito adotado, do que decorre a inexistência de vínculo empregatício e, conseqüentemente, de direitos trabalhistas.

Não se confunde, portanto, autonomia jurídica do trabalhador em relação ao seu contratante, com autonomia privada, instituto próprio e bem desenvolvido no âmbito do Direito Civil. Consoante análise jurtrabalhista, o trabalhador não pode ser subordinado e autônomo, juridicamente, ao mesmo tempo. Mas pode ser subordinado, empregado, e preservar sua autonomia privada, especialmente no que respeita a prerrogativas próprias de liberdades e de direitos não sujeitos à disposição.

Adriana Brasil Vieira Wyzykowski, em sua tese de doutoramento na Universidade Federal da Bahia, conceitua autonomia privada em matéria trabalhista como reflexo da concepção pluralista que é relevante no Direito do Trabalho e que “representa um sistema de ação não estatal construído para a solução de conflitos relativos ao mundo do trabalho, onde o Direito estatal abre espaços de regulação por meio da autonomia dos grupos sociais laborais.”<sup>18</sup> Explica ainda a

---

18 WYZYKOWSKI, Adriana Brasil Vieira. Autonomia privada e vulnerabilidade do empregado: critérios e limites para o exercício da liberdade negocial individual no

autora que a autonomia privada tem perspectivas individual e coletiva. A autonomia privada individual, que interessa ao presente estudo, “consiste no ato de liberdade negocial, respeitados os primados de validade diante da constituição da relação jurídica empregatícia”<sup>19</sup>. Sendo assim, a “constituição do processo obrigacional laboral consiste num ato de autonomia privada, onde os sujeitos participantes são empregado e empregador e o contrato resultante consiste no contrato de emprego”<sup>20</sup>.

Diante de todo o exposto é possível afirmar que o trabalhador pode ser contratado para desenvolver suas tarefas com subordinação jurídica ou autonomia, a depender das circunstâncias fáticas envolvidas na avença, preservando, entretanto, seus espaços de autonomia privada individual.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Autonomia privada não se confunde com mera liberdade de estipulação contratual. Taisa Maria Macena de Lima<sup>21</sup> explica que a autonomia privada é mais ampla que a prerrogativa de adesão ou de estipulação de conteúdo contratual, haja vista que engloba aspectos de natureza patrimonial e, também, de natureza pessoal.

---

direito do trabalho. 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019. p. 82.

19 WYZYKOWSKI, Adriana Brasil Vieira. Autonomia privada e vulnerabilidade do empregado: critérios e limites para o exercício da liberdade negocial individual no direito do trabalho. 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019. p. 85.

20 WYZYKOWSKI, Adriana Brasil Vieira. autonomia privada e vulnerabilidade do empregado: critérios e limites para o exercício da liberdade negocial individual no direito do trabalho. 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019.p. 85.

21 LIMA, Taisa Maria Macena de. A nova contratualidade na reconstrução do direito privado nacional. *Virtuajus*. Belo Horizonte, ano 3, n. 1, jul. 2004. Disponível em <[http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1\\_2004/A%20NOVA%20CONTRATUALIDADE%20NA%20RECONSTRUCAO%20DO%20DIREITO%20PRIVADO%20NACIONAL.pdf](http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2004/A%20NOVA%20CONTRATUALIDADE%20NA%20RECONSTRUCAO%20DO%20DIREITO%20PRIVADO%20NACIONAL.pdf)>. Acesso: em 06 nov. 2021.

Interessa ao presente ensaio, pois, a face da autonomia privada aplicada às relações jurídicas contratuais. A liberdade existe para que os contratantes possam exercer sua autonomia, por meio da expressão de sua vontade para a criação, modificação ou extinção de relações e de seu regime jurídico.

Ocorre que, no horizonte jurídico da atualidade, a vontade deixa de ser concebida enquanto fonte, para passar a ser tida como veio condutor.<sup>22</sup> Vale dizer, os direitos e garantias fundamentais impõem um novo paradigma à liberdade, que, a despeito de subsistir enquanto finalidade do Estado Democrático de Direito Constitucional e como direito fundamental em diversos aspectos, não mais se condiciona somente aos frágeis marcos oitocentistas. Todo o ordenamento, na realização de seus objetivos sociais, políticos e econômicos, é representativo de novas lindes à liberdade. O exercício da autonomia, expressão da liberdade, também sofre as mesmas conformações.

Isso significa que o poder diretivo do contratante em relação ao trabalho humano encontra barreiras impostas à vontade negocial. Apesar de as pessoas serem livres para manifestar seus interesses e estabelecer o regime de suas relações contratuais, o poder diretivo deve observância a direitos e garantias fundamentais que incidem, horizontalmente, nas relações entre particulares.

Lado outro, ainda que o trabalhador pudesse anuir com o uso de tecnologias de Inteligência Artificial e com aplicação de algoritmos para a gestão de seu trabalho, não são juridicamente admissíveis comportamentos e práticas obscuros que retirem, de maneira clandestina e desleal, a percepção e o exercício da autonomia privada pelos obreiros. Não obstante sejam os empregados subordinados ao patrão, o exercício da autonomia privada não lhes pode ser negado.

Logo, a subordinação trabalhista, em nenhuma de suas expressões, tolera que o trabalhador receba os efeitos de atos

---

22 FIUZA, César. Crise e interpretação no direito civil: da escola da exegese às teorias da argumentação. In FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (coord.). Direito civil: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 23-59 – p. 27.

praticados em contextos opacos, assim como o poder diretivo do tomador de serviços jamais pode implicar a subtração de direitos e garantias fundamentais próprias da esfera existencial do trabalhador.

Se, conforme Antunes, a Indústria 4.0 descortina uma “nova fase da hegemonia informacional-digital, sob o comando do capital financeiro, na qual celulares, *tablets*, smartphones e assemelhados cada vez mais se converterão em importantes instrumentos de controle, supervisão e comando”, é certo que vieses algorítmicos devem submeter-se ao crivo do ordenamento jurídico, sob pena de tornarem-se carecedores de reconhecimento por parte do Direito.

Desse modo, vale destacar que todas as pessoas gozam do direito à informação de maneira clara, precisa e acessível acerca das operações de tratamento de dados de que sejam titulares, bem como sua finalidade, forma e duração (art. 6º, I e IV e art. 9º da Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD). Também têm direito a requisitar confirmação da existência ou de acesso a seus dados pessoais (art. 19 da LGPD) e a obter informações claras e adequadas sobre critérios e procedimentos utilizados para decisões automatizadas (art. 20, § 1º, LGPD).<sup>23</sup>

No aparato da Direito do Trabalho, ainda que reafirmada a subordinação jurídica do empregado ao empregador, as prerrogativas de transparência, informação e acesso às operações de tratamento de dados integram, de forma qualificada, o arcabouço necessário ao exercício da autonomia privada dos trabalhadores e condicionam, nesses aspectos, o poder diretivo do tomador de serviços.

---

23 BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 ago. 2018. Lei geral de proteção de dados pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm)>. Acesso em: 15 nov. 2021.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Amauri Cesar. Manual de direito do trabalho. Belo Horizonte: RTM, 2021.

ALVES, Amauri Cesar. Sistemas produtivos, direito do trabalho e contratação de pessoas via plataformas digitais: análise de momentos de afirmação e de negação do direito fundamental ao trabalho digno. In: DELGADO, Gabriela Neves. (Org.). Direito fundamental ao trabalho digno no século XXI: desafios e ressignificações para as relações de trabalho da era digital. São Paulo: LTr., 2020. V. III. p. 138-156.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 ago. 2018. Lei geral de proteção de dados pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm)>. Acesso em: 15 nov. 2021.

CATHARINO, José Martins. Compêndio de direito do trabalho. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1982. Vol. I.

COUTINHO, Raianne Liberal. A subordinação algorítmica no arquétipo uber: desafios para a incorporação de um sistema constitucional de proteção trabalhista. 2021. 241 f., il. Dissertação (Mestrado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2021.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 11. ed. São Paulo: LTr., 2012.

FALEIROS JUNIOR, José Luiz de Moura; NOGAROLI, Rafaela. Tripla dimensão semântica da opacidade algorítmica no consentimento e na responsabilidade civil médica. Migalhas de responsabilidade civil. 17 jun. 2021. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/347150/tripla-dimensao-semantica-da-opacidade-algoritmica-no-consentimento>>. Acesso em: 28 nov. 2021.

FINCATO, Denise Pires; WÜNSCH, Guilherme. Subordinação algorítmica: caminho para o direito do trabalho na encruzilhada tecnológica? Revista do TST. São Paulo, vol. 86, no 3, jul/set 2020.

FIUZA, César. Crise e interpretação no direito civil: da escola da exegese às teorias da argumentação. In FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (coord.). Direito civil: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 23-59.

LIMA, Taisa Maria Macena de. A nova contratualidade na reconstrução do direito privado nacional. *Virtuajus*. Belo Horizonte, ano 3, n. 1, jul. 2004. Disponível em <[http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1\\_2004/A%20NOVA%20CONTRATUALIDADE%20NA%20RECONSTRUCAO%20DO%20DIREITO%20PRIVADO%20NACIONAL.pdf](http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2004/A%20NOVA%20CONTRATUALIDADE%20NA%20RECONSTRUCAO%20DO%20DIREITO%20PRIVADO%20NACIONAL.pdf)>. Acesso: em 06 nov. 2021.

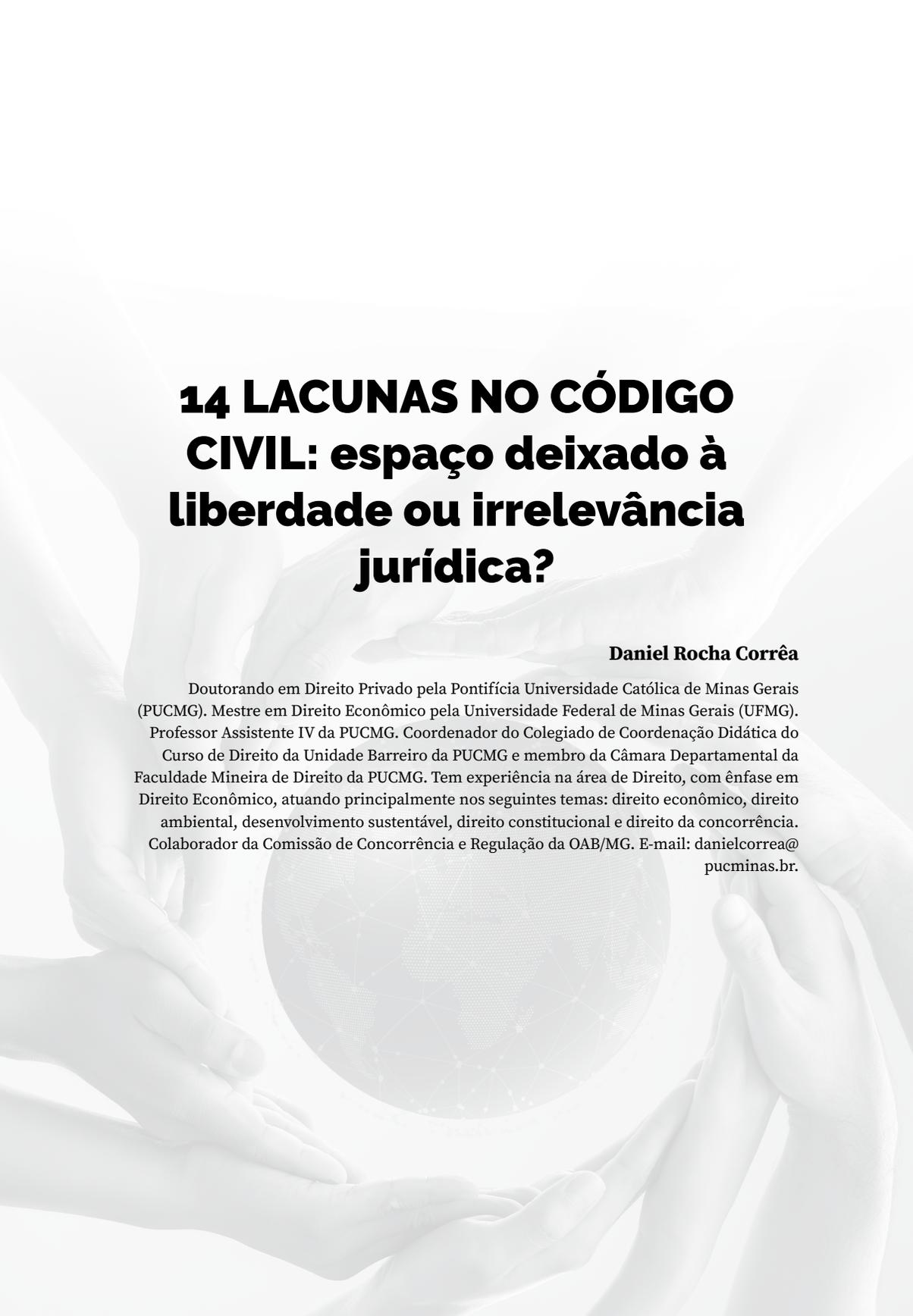
O'NEIL, Cathy. Algoritmos de destruição em massa: como o *big data* aumenta a desigualdade e ameaça a Democracia. Trad. Rafael Abraham. 1. ed. Santo André, SP. Editora Rua do Sabão, 2020.

SCHWAB, Klaus. A quarta revolução industrial. Trad. Daniel Moreira Miranda. São Paulo. Edipro, 2016.

TAULLI, Tom. Introdução à inteligência artificial: uma abordagem não técnica. São Paulo: Novatec, 2020.

WYZYKOWSKI, Adriana Brasil Vieira. Autonomia privada e vulnerabilidade do empregado: critérios e limites para o exercício da liberdade negocial individual no direito do trabalho. 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019.





# **14 LACUNAS NO CÓDIGO CIVIL: espaço deixado à liberdade ou irrelevância jurídica?**

**Daniel Rocha Corrêa**

Doutorando em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG). Mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor Assistente IV da PUCMG. Coordenador do Colegiado de Coordenação Didática do Curso de Direito da Unidade Barreiro da PUCMG e membro da Câmara Departamental da Faculdade Mineira de Direito da PUCMG. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Econômico, atuando principalmente nos seguintes temas: direito econômico, direito ambiental, desenvolvimento sustentável, direito constitucional e direito da concorrência. Colaborador da Comissão de Concorrência e Regulação da OAB/MG. E-mail: [danielcorrea@pucminas.br](mailto:danielcorrea@pucminas.br)



# LACUNAS NO CÓDIGO CIVIL: espaço deixado à liberdade ou irrelevância jurídica?

**Daniel Rocha Corrêa**

Doutorando em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG). Mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

Professor Assistente IV da PUCMG. Coordenador do Colegiado de Coordenação Didática do Curso de Direito da Unidade Barreiro da PUCMG e membro da Câmara Departamental da Faculdade Mineira de Direito da PUCMG. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Econômico, atuando principalmente nos seguintes temas: direito econômico, direito ambiental, desenvolvimento sustentável, direito constitucional e direito da concorrência. Colaborador da Comissão de Concorrência e Regulação da OAB/MG. E-mail: danielcorrea@pucminas.br.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. A tradicional delimitação da liberdade a partir do Estado; 3. A Lei na concepção monista de sistema jurídico; 4. O desafio de se regular a vida por meio de um Código Civil; 5. O princípio democrático e a renovação do sistema jurídico; 6. A dimensão jurídica da conduta humana e a incompletude do Código Civil; 7. A superação da incompletude por meio dos princípios gerais de direito; 8. A autonomia privada ante a irrelevância jurídica; 9. O papel da Ciência do Direito em face da incompletude do Código Civil; 10. Considerações finais; Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

É possível observar que a busca de solução prática para algumas situações concretas que surgem na atualidade desafia o profissional do direito a encontrar respostas que escapam do conteúdo exposto do Código Civil de 2002. Estes desafios perpassam questões patrimoniais, como a temática relativa à inserção de novas tecnologias nas práticas sociais por meio dos contratos eletrônicos ou das moedas virtuais, e se manifestam também em questões existenciais, como as uniões homoafetivas ou poliafetivas, dentre outras.

Por detrás de um Código e, especialmente, por detrás de um Código Civil, está a crença na sua suficiência, ou seja, a convicção de que o Código teria resposta a todos os conflitos e situações da vida privada do indivíduo em sociedade. Porém, a realidade se contrapõe a essa crença, pois não existe Código perfeito nem ordenamento jurídico perfeito e capaz de regular por meio de normas expressas todos os conflitos que surjam do convívio em uma sociedade.

Como exemplo do desafio, observamos que no julgamento do Recurso Especial nº 1.306.196-MG, a Ministra Nancy Andrighi e os demais Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça reconheceram que, diante da ausência de norma expressa no Código Civil de 2002 quanto ao direito de companheiro(a) adotar o sobrenome de seu companheiro(a), as regras do casamento devem ser aplicadas analogicamente a uma união estável (BRASIL, 2013). Contudo, a interpretação dada pelo Judiciário, para autorizar essa aplicação analógica, faz com que o reconhecimento do direito à incorporação do sobrenome dependa do reconhecimento formal da união estável por documento público ou decisão em ação declaratória. Será que os princípios gerais que fundamentam o direito civil brasileiro fazem dessa a solução mais adequada para a questão? A autonomia privada não autoriza aos companheiros definir sobre a incorporação do sobrenome de um pelo outro? Se o ordenamento jurídico reconhece o casamento e a união estável como formas diferentes de constituição de famílias, quais são os parâmetros para identificarmos em quais aspectos o direito as tratará de modo semelhante e em quais aspectos o direito lhes dará tratamento diferenciado?

Nesse contexto, necessitamos revisitar a concepção de completude do ordenamento jurídico e os pressupostos da codificação do Direito Civil, para estabelecer uma posição entre a liberdade (direito à liberdade) ou a irrelevância jurídica como resposta à ausência de normas expressas no Código Civil que nos permitam enfrentar diretamente as novas situações.

Diante daquela hipótese da incorporação do sobrenome de companheiro ou de companheira na união estável, poderíamos

enxergar duas soluções para o mesmo problema na linha de raciocínio traçada: ou a questão não foi regulada pelo Código Civil, pois os companheiros teriam a liberdade de regulá-la por meio da autonomia privada e dos demais princípios gerais do direito civil; ou a questão não teria sido regulada, pois não seria relevante para o modelo da união estável traçado pelo Código e, portanto, não haveria direito à incorporação do sobrenome de companheiro ou companheira na união estável.

No enfrentamento deste problema e também dos outros que surjam em decorrência da falta de norma expressa no Código Civil, enxergamos nos princípios gerais de direito as balizas que nos permitirão encontrar a solução mais adequada a cada caso.

Tratamos especificamente do direito civil, pois convencionou-se que a liberdade do cidadão no direito público ou no direito penal, por exemplo, tem um sentido diferente da liberdade no direito privado. Ao silêncio da Lei Penal, dá-se um sentido claro para, no nosso ordenamento jurídico, reconhecer-se a liberdade do cidadão. À Lei Penal incriminadora, não se dá interpretação extensiva ou, em seu silêncio, não se aplica a analogia para punir a alguém. No trato com o direito civil, as limitações não são tão rigorosas. É possível, por exemplo, a imputação de um dever a alguém com base na analogia em matéria de direito civil.

Este trabalho se organiza da seguinte forma: na primeira parte, abordamos a dimensão que o direito à liberdade assume numa perspectiva estatal de direito; na segunda parte, tratamos do significado que se dá à Lei na perspectiva do monismo jurídico; em seguida, tratamos do significado que se dá a um código civil; na quarta parte, buscamos no princípio democrático uma resignificação da relação entre direito e sociedade; na quinta parte, abordamos a questão das lacunas do código civil; em seguida, abordamos a extensão da autonomia privada diante das situações classificadas como juridicamente irrelevantes; na sétima parte, tratamos dos princípios gerais como meios de suprir as lacunas do Código Civil; na última parte, fazemos algumas considerações a respeito do papel da Ciência

do Direito na construção do direito e na adequação do direito positivo à realidade. A principal conclusão é que a Ciência do Direito tem um papel de destaque na busca de soluções para as novas situações que não encontram regulação expressa no Código Civil e que a base para este trabalho está nos princípios gerais sobre os quais se estrutura o direito civil brasileiro.

## **2. A TRADICIONAL DELIMITAÇÃO DA LIBERDADE A PARTIR DO ESTADO**

Na medida em que avançamos no conhecimento do direito, diante de uma perspectiva crítica, é necessário revisitar alguns conceitos e algumas relações que se estabelecem entre alguns objetos que fazem parte da realidade jurídica. Nos chamam a atenção: o direito, o Estado e a liberdade.

A provocação para essa reflexão crítica vem por meio de algumas perguntas: o que é o direito? O que é o Estado? Qual é a relação entre direito e Estado? Qual é a relação entre direito, Estado e sociedade? Qual é a relação entre direito e liberdade?

Olhar para estas questões nos permite rever concepções. Essa revisão tem a capacidade de produzir efeitos concretos na vida dos integrantes de uma sociedade, pois as concepções teóricas do profissional do direito têm repercussão prática na vida do cidadão.

A liberdade é um direito fundamental que, pelo menos em uma concepção de direito como um direito estatal, equivale ao reconhecimento de que o indivíduo é livre até o ponto em que a Lei o obrigue a fazer ou deixar de fazer algo. Essa perspectiva negativa é uma herança que recebemos do liberalismo e que compõe o leque dos direitos fundamentais reconhecidos hoje em dia.

Em nossa Constituição da República de 1988, esse direito fundamental está previsto expressamente no artigo 5º, II (BRASIL, 2019). Por detrás dessa disposição está toda uma concepção de direito e de Estado: está a crença na perfeição da Lei, por ser fruto da razão; está também a crença de que todo o direito seria produzido pelo

Estado, ou seja, a crença no monopólio da produção normativa pelo Estado.

Quando confrontamos essa dimensão da liberdade com determinadas situações da vida social, podemos então olhar para o extremo de maior liberdade do indivíduo e questionar o significado e a extensão da autonomia privada. Nos momentos em que a liberdade é mais ampla, ela tem essa amplitude pois o Estado autoriza seu exercício ou, nessa situação, estaríamos diante de uma situação não regulamentada? Em outras palavras, qual é a extensão do ordenamento jurídico estatal?

### **3. A LEI NA CONCEPÇÃO MONISTA DE SISTEMA JURÍDICO**

Numa perspectiva monista, ou seja, na perspectiva do direito estatal, as situações de incoerência ou de incompletude, isto é, as antinomias e as lacunas, nos levam, em último grau, à atuação do Poder Judiciário. À luz do ordenamento estatal, o Poder Judiciário será chamado a sanar as antinomias e preencher as lacunas do ordenamento jurídico a partir de normas do próprio sistema.

Como estamos falando de fenômenos culturais e não de modelos teóricos puros, ao exercer esses papéis, o Judiciário tem diante de si uma tarefa que reflete toda uma visão construída de direito e de Estado. Uma visão que se forma a partir da inserção de Magistrados, Advogados e, eventualmente, de integrantes do Ministério Público<sup>1</sup> na sociedade e, também, a partir da formação dos operadores do direito nos Cursos de Direito.

Nesse processo, é nítida a importância dada ao direito estatal na formação dos Bacharéis em Direito no Brasil. Normalmente, os Cursos começam com um conteúdo de Teoria do Estado, pois o direito, mais especificamente a Lei, está no centro da nossa visão a respeito

---

<sup>1</sup> A participação eventual de integrantes do Ministério Público se deve ao papel que o Ministério Público tem nos processos em que se discute algumas questões de direito civil, segundo o direito brasileiro. Por exemplo, quando há interesse de incapaz ou o objeto versar sobre interesse indisponível.

da organização do Estado. Podemos analisar as funções executiva, legislativa e judiciária em razão dos papéis que cada uma dessas estruturas exerce diante daquilo que denominamos Lei em sentido formal. Essa divisão é uma herança do racionalismo Iluminista e Liberal. Em geral, o estudo das principais disciplinas jurídicas (aquelas que compõem a formação profissional do aluno de Direito) se inicia na análise da Lei (com relevo especial aos Códigos), podendo se limitar a essa perspectiva.

#### **4. O DESAFIO DE SE REGULAR A VIDA POR MEIO DE UM CÓDIGO CIVIL**

Um Código, como um Código Civil, se embasa numa pretensão universalista cujas bases originárias, sob influência do racionalismo Iluminista, levavam a crer que o Código seria perfeito e regularia toda a vida privada do cidadão.

O racionalismo da modernidade levou à atribuição da ideia de sistema ao direito (AMARAL, 1997, p. 48) e isso permitiu a construção das concepções do dever de coerência e do dogma da completude do ordenamento jurídico. Então, olha-se para o ordenamento jurídico como um conjunto unitário de normas interligadas e coerentes (BOBBIO, 2011).

Nessa perspectiva, o jurista encontraria no ordenamento jurídico e, especialmente, devido ao dogma da suficiência do Código, no Código Civil, todas as respostas aos problemas do indivíduo na sociedade.

Contudo, mesmo na perspectiva do olhar monista, completude e coerência são características que são atribuídas ao ordenamento jurídico. Não são características reais do objeto. Essas características levam o jurista a olhar para as normas jurídicas de uma forma específica: buscando a coerência entre elas e pressupondo que todos os conflitos terão resposta no ordenamento estatal vigente.

De certa forma, essa pretensão universalista persiste, porém, de modo mais frágil, mesmo quando pensamos na promulgação do novo Código Civil em 2002 e na sua aplicação.

Podemos observar que existe uma tensão entre o direito, que tende a ser estático e que leva à formação de uma mentalidade conservadora no jurista, e a realidade que demonstra seu dinamismo ou impermanência e que impõe a contínua mudança.

Então, quando analisamos o texto do Código Civil de 2002, tanto numa perspectiva formal, quanto numa perspectiva material, é impossível afirmar a completude do Código.

Na dimensão formal, em diversos pontos, é possível constatar que o texto do Código não está em sintonia plena com a realidade social por ele regulada. Essa incompletude se revela em questões existenciais, como as uniões homoafetivas ou poliafetivas, e também em questões patrimoniais como aquelas trazidas pelas novas tecnologias contemporâneas, como as moedas virtuais ou os contratos eletrônicos.

No sentido material, tratamos da distância que, muitas vezes, pode existir entre o texto e o sentido que esse texto assume num dado tempo e espaço, como reflexo do próprio texto, mas que se incorpora de outros conteúdos indo além ou permanecendo aquém do próprio texto. No movimento de ir além do próprio texto do Código, podemos enxergar o espaço criativo que se reconhece com o pluralismo, por exemplo. No movimento de ficar aquém do texto, podemos pensar a dimensão sociológica da não efetivação de direitos reconhecidos no texto do Código.

Apesar do descompasso entre o texto do Código e a realidade por ele regulada que é um descompasso decorrente da relação que se dá entre o direito e a realidade, o momento atual nos permite meios de, através do direito posto, resolver conflitos que seguramente não encontrariam respostas no direito há algumas décadas ou, se houvesse resposta para algumas delas, a resposta não seria adequada segundo um critério de justiça. Um exemplo dessa abertura ao reconhecimento de novas situações jurídicas está na decisão do STF (Supremo Tribunal

Federal), que reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar (BRASIL, 2011).

Diante desse desafio de adequação entre o direito posto e a realidade, o pluralismo jurídico, além de ser uma corrente que expressa uma visão mais real do direito e do Estado, pela sua abertura a “[...] uma multiplicidade de fontes e soluções jurídicas dentro do mesmo sistema [...]” (AMARAL, 1997, p. 43), é uma perspectiva mais adequada à superação dos obstáculos deixados pela incoerência normativa e incompletude do Código.

Mesmo assim, essa superação não é automática nem livre de desafios, pois o olhar monista ainda condiciona a formação e o trabalho do jurista até os dias de hoje. Neste sentido, Francisco Amaral aborda uma crise do Direito Civil na virada do segundo milênio. Uma crise que nos traz a “crescente tendência para o pluralismo jurídico, com a relativização do poder do Estado como fonte principal e exclusiva do direito [...]” (AMARAL, 1997, p. 45) e que leva à busca da justiça como valor a orientar a aplicação do direito.

O direito, por ser um fenômeno cultural, está em contínua transformação. Sendo assim, a crise faz parte da sua dinâmica. Como o direito civil é uma das manifestações do fenômeno jurídico, podemos enxergar a crise do direito civil como parte de um quadro mais amplo. Por exemplo, quando vemos que o pluralismo jurídico se pauta pela busca da justiça, podemos observar que desde a II Guerra Mundial surgem questionamentos a respeito da finalidade do direito. Um dos mais eloquentes críticos da visão positivista foi Gustav Radbruch (1997) no seu célebre texto de 1945: Cinco Minutos de Filosofia do Direito. A mesma ideia ecoa no pensamento de Recaséns Siches, quando nos diz que “[...] o que importa é certeza e segurança no Justo.” (1973. p. 15, *tradução nossa*).

De acordo com essas perspectivas do contraste entre direito e realidade e entre direito e justiça, a crise será sempre um desafio para nossa compreensão do fenômeno jurídico. Por isso, precisamos pensar além dos Códigos e das Leis em sentido estrito. Precisamos pensar qual é o processo de produção de normas jurídicas numa perspectiva

democrática, enxergando a gênese do direito no poder do povo, ou seja, da sociedade, seja organizada por meio do Estado ou não.

## **5. O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E A RENOVAÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO**

Quando pensamos o direito, Estado e sociedade, necessário lembrar que Estado e direito são frutos do convívio humano em sociedade. Então, se a sociedade concentra no Estado os processos de criação do direito, isso não quer dizer que a sociedade abdicou absolutamente do poder de criar normas jurídicas pela via mais autêntica: por meio do costume. Por mais que se possa associar direito e Estado, isso não invalida a possibilidade de existir direito fora da estrutura de poder do Estado.

Talvez, a percepção ou não de uma faixa de direito além dos limites do poder estatal dependa da maior ou menor liberdade assegurada à sociedade em um determinado local e momento. O autoritarismo faz reduzir essa margem ou a anula. Os momentos que se embasam na liberdade e no humanismo podem nos dar a abertura para percebermos essa margem.

Podemos afirmar que o princípio democrático surge como um princípio fundante essencial, para que se tenha a renovação do sistema jurídico estatal necessária a permitir sua adequação à transformação social.

## **6. A DIMENSÃO JURÍDICA DA CONDUTA HUMANA E A INCOMPLETUDE DO CÓDIGO CIVIL**

Nessa busca dos fundamentos, outra questão relevante é: quando se revela a dimensão jurídica da vida de alguém?

As normas jurídicas incidem sobre o agir livre ou livre arbítrio de alguém, regulando seu comportamento em sociedade. O direito nos remete a normas sociais de conduta. O primeiro recorte que podemos

fazer nesse universo é para situar as normas jurídicas no âmbito das relações interindividuais, ou seja, entre indivíduos de uma sociedade.

Outras normas sociais também se manifestam sobre essa dimensão da vida humana, como as normas morais ou religiosas. Então, um segundo recorte que podemos fazer diz respeito à diferença do âmbito do comportamento humano em que tais normas incidem. Embora sejam a moral e o direito construções sociais, a moral diz respeito à conduta de alguém perante si próprio e o direito diz respeito à conduta perante o grupo social. Enquanto as normas morais podem incidir sobre a liberdade inclusive de pensar, suas repercussões são internas e se manifestam por sentimentos como a culpa, o remorso ou a alegria; as normas jurídicas dependem de atos exteriores para incidirem e suas repercussões também são exteriores ao indivíduo.<sup>2</sup> Do pecador, exige-se o arrependimento; do criminoso, não. Deste só se exige o cumprimento da pena.

Além disso, o direito não se manifesta sobre todos os atos exteriores da vida de alguém em sociedade. O direito se manifesta a partir do momento em que o comportamento a ser regulado é relevante para o convívio social. A medida da relevância é ditada pela sociedade (ou pelo Estado, numa visão monista do direito).

Sendo assim, um questionamento necessário a se fazer é: a conduta não regulamentada pela Lei, ou mais especificamente, pelo Código Civil de 2002, de acordo com os pressupostos de completude do ordenamento jurídico e de acordo com a ideia de sistema jurídico, não foi regulamentada por ser juridicamente irrelevante? Ou será que existiriam condutas relevantes, contudo não regulamentadas expressamente pelo Código?

Ambas as perguntas podem receber respostas afirmativas, pois podemos observar que é próprio da abordagem jurídica valorar os fatos e, nessa valoração, a sociedade (ou o Estado) estabelecerão uma

---

<sup>2</sup> Com base nessa concepção, podemos reconhecer que ao direito não cabe dispor sobre sentimentos, por exemplo, o amor. Uma norma moral ou religiosa pode considerar o amor algo socialmente devido entre duas pessoas, mas a uma norma jurídica não cabe considerar o amor algo juridicamente devido por alguém a outrem.

gradação. Então, existem fatos que são relevantes e que são regulados expressamente pelo direito estatal; existem fatos que são relevantes, mas não são regulados por norma expressa do direito estatal (aqui se manifesta a lacuna numa perspectiva monista do direito); existem fatos que não são mais relevantes, mas que permanecem regulados pelo direito estatal (o que leva à perda de eficácia de uma norma positiva); existem fatos que são relevantes para o convívio social e não são regulados nem por norma expressa nem por norma implícita do direito estatal, podendo ser sim regulados pela sociedade numa visão pluralista do ordenamento jurídico; e existem fatos que não são relevantes para o convívio social e, portanto, não incide qualquer regulação jurídica sobre eles.

Essa gradação depende também da matéria, pois convencionou-se que há um tratamento diferenciado ao comportamento, por exemplo entre o direito penal e o direito civil. Na ausência de norma estatal incriminadora, não se pode considerar criminoso um comportamento ao passo que a ausência de norma expressa não impede o reconhecimento de um dever imputável a alguém numa relação privada. Por isso, o foco de nossa análise está voltado ao direito civil.

O tema da incompletude do ordenamento jurídico ou do Código Civil numa visão estrita do problema nos coloca diante de duas das possibilidades apontadas acima: ambas se dão pela ausência de norma expressa regulando um comportamento socialmente relevante e, de um lado, buscar-se-ia no sistema jurídico a superação da lacuna numa perspectiva monista e, de outro lado, a situação estaria regulada pela sociedade numa perspectiva pluralista do direito.

Norberto Bobbio reconhece a validade da teoria pluralista e menciona quatro tipos de ordenamentos não estatais (BOBBIO, 2011). Porém, o autor coloca as normas criadas pela sociedade numa posição inferior, hierarquicamente, ao direito Estatal. O autor fala que essas normas seriam reconhecidas e aceitas ou absorvidas pelo Estado (BOBBIO, 2011, p. 158). Nessa perspectiva, não vemos muita distância de uma visão monista, pois as normas sociais reconhecidas pelo

Estado nessa circunstância poderiam ser explicadas sob a lógica do sistema monista pela delegação quer da Constituição quer da Lei ao Costume. Ou seja, a delegação da competência de regulamentar um comportamento feita por um poder superior a um poder inferior.

Acreditamos que, em matéria de direito civil, é possível ir além e reconhecer que a sociedade civil tem, por meio do Costume, um poder de produção de normas jurídicas mais amplo no sentido de equivaler à Lei, pois é da sociedade que se origina o fenômeno jurídico. Pelo princípio democrático, podemos reconhecer um movimento no sentido oposto da sociedade delegar ao Poder Legislativo a competência para regular determinados comportamentos. Na omissão legislativa, a sociedade exercerá seu poder em toda sua amplitude.

## **7. A SUPERAÇÃO DA INCOMPLETUDE POR MEIO DOS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO**

Então, ao considerarmos o direito fundamental à liberdade, aquela liberdade negativa herdada do liberalismo, poderíamos vislumbrar dois significados para essa dimensão da liberdade: numa primeira dimensão, a ausência de Lei disciplinando expressamente um comportamento nos permitiria concluir que sobre aquele comportamento incidiria a seguinte disposição: “tudo o que não é proibido é permitido” como um reflexo da mesma norma de origem estatal; em outra dimensão, poderíamos dizer que a ausência de Lei decorreria do fato de que aquele comportamento era irrelevante sob a perspectiva do direito estatal e, por isso, não seria alvo de regulamentação jurídica. Nesta segunda dimensão, poderíamos ter uma lacuna no direito estatal que nos levaria à necessidade de regulamentação de uma situação jurídica que se verifique nesse contexto. Alguns fatos podem ser socialmente relevantes, mas não terem sido objeto de regulamentação por norma jurídica emanada do Estado.

Como veremos no próximo tópico, ainda resta a hipótese de fato que não seja socialmente relevante e que nos desafiará a compreender qual deve ser a extensão da autonomia privada.

Diante de uma lacuna, o sistema jurídico busca se completar por meio de técnicas de integração como a remissão aos princípios gerais de direito. Daí, uma nova pergunta: os princípios gerais do direito são princípios que integram o sistema ou representam uma porta aberta pelo sistema para atender à finalidade de segurança?

Carmen Lucia Ramos apresenta os “[...] princípios gerais de direito civil como formas de legitimação ideológica de um sistema de dominação [...]” e procura demonstrar que os princípios gerais trazem em si “[...] valores que se pretende legitimar e preservar, visando a estratificação, a manutenção das condições da sociedade como ela é [...]” (RAMOS, 1985, p. 280).

Contudo, para analisar a questão sob outro ângulo, buscamos a seguinte reflexão de Platão: “[...] não julgues que devemos pintar os olhos tão lindos que não pareçam olhos [...]” (PLATÃO, 1996, p. 162). Ou seja, o Juiz, ao buscar completar o sistema para suprir a lacuna não será capaz de criar norma do zero, pois ele faz parte e se insere no sistema. A norma deduzida para o caso o será com base naquelas postas para as situações regulamentadas e, muitas vezes, construídas para atender aos interesses dominantes em uma sociedade.

Mesmo que não saia do sistema, os princípios, pela generalidade e abertura da linguagem em que se expressam, permitem a construção de respostas mais adequadas à realidade das situações novas.

Ainda que por uma perspectiva positivista e monista como a de Kelsen (2003), a partir do momento em que o direito produz as chamadas normas de estrutura que regulam a produção de outras normas, poderíamos enxergar uma abertura para o pluralismo na situação em que uma norma perderia sua validade por sua ineficácia total, poderíamos ver a ineficácia desta norma como o efeito do surgimento de um costume contrário a ela, o que nos leva ao reconhecimento de poder de produção normativa a uma estrutura fora do círculo do Estado, a sociedade civil. Para balizar esse poder

normativo, encontramos no ordenamento jurídico os princípios gerais que estabelecem diretrizes para a sociedade e para o Juiz e que se aplicam às situações a que as normas específicas não alcançam.

Os princípios gerais atuam como diretrizes para a sociedade civil e para o Estado naqueles espaços em que o direito estatal se faz indiferente embora a conduta seja socialmente relevante e, por isso, regulada pela sociedade. Estas situações envolvem aquelas em que identificaremos uma permissão por meio da ausência de disposição expressa sobre o comportamento específico combinada com a incidência da liberdade negativa.

## **8. A AUTONOMIA PRIVADA ANTE A IRRELEVÂNCIA JURÍDICA**

O mesmo raciocínio desenvolvido acima pode ser aplicado a outra das possibilidades de ocorrência de uma situação não regulada: a da existência de fatos irrelevantes para o convívio social e que, por isso, não foram objeto de regulação jurídica.

Neste caso surge uma indagação: a autonomia privada poderia dar sentido jurídico a um fato que seria irrelevante para o convívio social e que, portanto, não seria regulamentado pelo direito?

Considerando o valor do pluralismo que constitui a sociedade e a autonomia privada como decorrência da liberdade inerente à sociedade civil, sim, a autonomia privada poderá dar sentido jurídico a um fato particular regulamentando-o.

Como observamos em Marcos Bernardes de Mello (2019), uma das dimensões que compõem um fenômeno jurídico é a dimensão política. Nesta dimensão se estabelece uma valoração sobre os fatos, considerando-os relevantes para o convívio social e, portanto, sujeito a uma regulamentação por norma jurídica.

Uma vez que o direito existe a partir do convívio social, os indivíduos, mais especificamente as partes de uma relação jurídica, serão o ponto de partida para o reconhecimento da relevância jurídica de um fato. Neste sentido, mesmo que não seja um fato que desperte o interesse geral da sociedade, a autonomia privada deve ser vista como

fonte idônea para estabelecer o regramento jurídico de uma situação nova ou até então juridicamente irrelevante para a sociedade.

Assim como nas situações em que a incompletude se manifesta em relação a um fato relevante para o convívio social, nessa hipótese pela qual a autonomia privada conferirá relevância a uma situação não regulamentada, os princípios gerais de direito serão as balizas iniciais para esse regramento.

## **9. O PAPEL DA CIÊNCIA DO DIREITO EM FACE DA INCOMPLETUDE DO CÓDIGO CIVIL**

O movimento da Codificação se embasou numa visão de mundo que atribuía papel central à Lei como fonte do direito e que estruturava os “Poderes” ou as funções do Estado tendo em vista esse relevo dado à Lei.

Por essa visão, o Judiciário deveria exercer a função de aplicação da Lei. Sendo assim, nas palavras de Francisco Amaral, houve “[a] tecnicização da ciência jurídica e desresponsabilização política ou despolitização do jurista, no sentido de reduzir este a mero técnico de aplicação do direito, destituído de qualquer responsabilidade social.” (AMARAL, 1997, p. 41). Porém, o final século XX trouxe, dentre outras mudanças, a ruptura ou flexibilização daquela perspectiva tecnicista. Podemos, então, falar de repolitização do jurista. Essa repolitização pode ser entendida como a abertura para a participação do jurista na construção e na defesa da cidadania, conforme nos mostra o autor (AMARAL, 1997, p. 50).

Essa nova concepção do papel do jurista abre para o cientista uma importante frente de trabalho que é a de mostrar novos caminhos, novas possibilidades, em última análise, com o reconhecimento de manifestações do direito que resguardem novas dimensões da pessoa humana e das relações sociais antes desconsideradas pelo direito, pois não previstas formalmente na Lei. Um dos papéis que cabe ao cientista do Direito é o de indicar os novos caminhos, auxiliando a construir um direito justo.

Em reforço a essa ideia, conforme vemos na parte final da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen (2003), uma função da Ciência do Direito, na perspectiva positivista, é o de apresentar as diversas possibilidades de interpretação de uma norma jurídica. No caso deste trabalho, demonstrar como os princípios gerais de direito poderiam nos direcionar na solução daquelas situações que não estariam reguladas no Código. Deste modo, a Ciência do Direito fornece subsídios aos órgãos produtores do direito para fazerem escolhas mais racionais quanto ao conteúdo das normas a serem produzidas, inclusive as decisões judiciais.

Ao contrário do que se pensava no momento da Codificação original, as novas concepções a que estamos abertos repercutem também na atividade jurisdicional, pois se abrem ao reconhecimento do papel criador da decisão judicial e isto permite ao Juiz ser um agente na efetivação do direito, indo além do formalismo próprio do normativismo, na busca da justiça e permitindo que este direito construído se ajuste melhor à realidade.

No confronto entre o direito e a realidade, podemos ressignificar o papel de um Código Civil. O velho ideal de um Código Civil estável, completo e duradouro é um ideal não alcançado e impossível de o ser.

Ao considerar a dinâmica própria da realidade, quanto mais um Código for visto como repositório de normas postas para regular a vida dos integrantes de uma sociedade rica em diversidade, mais esse Código precisará ser visto como um repositório de normas gerais.

Não convém ao Código descer exaustivamente às situações especiais, pois essa dimensão da realidade dificilmente seria alcançada pelo Legislador. Neste sentido, ao analisar a relação entre a precisão do texto legal e eficiência, Isaac Ehrlich e Richard Posner concluíram que o detalhamento exagerado é ineficiente, pois o legislador não tem como prever todas as hipóteses de comportamento e há alto custo para modificar a Lei e adequá-la às alterações da realidade (EHRlich; POSNER, 1974). Por isso, a raiz da solução dos problemas jurídicos trazidos pela vida contemporânea está nos princípios gerais.

A partir do momento em que se identifica na Constituição e na Lei um conjunto de princípios fundantes do Direito Civil, a Ciência do Direito pode cumprir seu papel de orientar ao Juiz e à sociedade na identificação da solução jurídica dos novos problemas trazidos pelo dinamismo da vida, atualizando o direito.

## **10. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O ordenamento jurídico não se limita ao direito positivo estatal. Reconhecemos a existência de um espaço de criação do direito que, inclusive devido ao princípio democrático, se mantém no poder dos integrantes da sociedade.

Em face disso, nem sempre o silêncio do Código Civil significará a existência de uma lacuna do ordenamento jurídico.

Conforme nossa análise neste trabalho, diante da ausência de norma expressa no Código Civil surgem três possíveis soluções. As duas primeiras se referem a comportamentos socialmente relevantes não regulados por norma expressa do Código: a primeira solução se daria pela superação da lacuna numa perspectiva monista, ou seja, buscando-se revelar uma norma do ordenamento estatal; o outro caminho para a superação da lacuna se daria, numa perspectiva pluralista, buscando-se uma norma jurídica criada pela sociedade e fora da dinâmica do Estado. A última solução possível seria considerar o comportamento em questão juridicamente irrelevante por não afetar o convívio em sociedade num grau que o faça ser objeto de norma jurídica.

Diante da liberdade que impera na dimensão da vida que é regulada pelo Direito Civil, entendemos que os novos problemas que surgem no convívio social podem sim encontrar solução jurídica a partir daquela segunda perspectiva que reconhece poder criador de norma jurídica à sociedade e que as normas criadas neste contexto devem ser utilizadas junto com aquelas expressas no Código Civil para suprir as lacunas do Código.

Nesse trabalho, reconhecemos que os princípios gerais de direito atuam como diretrizes para a sociedade civil e para o Estado naqueles espaços em que o direito estatal se faz indiferente embora a conduta seja socialmente relevante e, por isso, regulada pela sociedade.

Além disso, compreendemos que, mesmo na hipótese de um fato até então considerado juridicamente irrelevante, por meio da autonomia privada, as pessoas envolvidas podem imprimir significado jurídico aos fatos por elas praticados.

Para o preenchimento das lacunas do Código Civil diante dos novos desafios da vida contemporânea, a Ciência do Direito tem o papel de orientar o Juiz e a sociedade na identificação da solução jurídica desses novos problemas. Deste modo, será possível ao Judiciário atuar na atualização do direito.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. Transformação dos sistemas positivos a descodificação do direito civil brasileiro. Revista O Direito. Lisboa, 1997, Ano 129 I-II. p. 29-51.

BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. São Paulo: Edipro, 2011.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da república federativa do Brasil de 1988. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em assembleia nacional constituinte para instituir um estado democrático [...]. Brasília, DF, [2019]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 27 abr. 2020.

BRASIL. [Código Civil (2002)]. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o código civil. Brasília, DF, [2020]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 27 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade 4.277/DF. Relator: Ministro Ayres Brito. 05 maio 2011. Brasília: STF, 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.306.196/MG. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. 28 out. 2013. Brasília: STJ, 2013. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/re-vista/REJ.cgi/ITA?seq=1276668&tipo=0&nreg=201200124270&SeqC-grmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20131028&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 27 jun. 2020.

EHRLICH, Isaac, POSNER, Richard A.. An economic analysis of legal rulemaking. *The Journal of Legal Studies*, Chicago, v.3, n.1, p.257-85, jan., 1974.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. 5a tir., São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano de existência*. São Paulo: Editora Saraiva, 2019. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553611898/>>. Acesso em: 02 Ago 2020.

PLATÃO. *A república / Platão; introdução, tradução e notas* Maria Helena da Rocha Pereira. 8. ed. Lisboa/Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Tradução e prefácios do Prof. L. Cabral de Moncada. 6. ed., ver. e acresc.. Coimbra/Portugal: Armênio Amado editor, 1997.

RAMOS, Carmen Lucia Silveira. Os princípios gerais do direito civil. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, Paraná*, 1985, v. 22, n. 0, p. 272-284. Disponível em: <<https://rev-istas.ufpr.br/direito/article/download/8905/6214>>. Acesso em: 04 jun. 2020.

# **15 O CREDOR FORNECEDOR: uma jurimétrica em Fortaleza**

**Uinie Caminha**

Pós-Doutora e Doutora pela Universidade de São Paulo (USP). Professora titular do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade de Fortaleza (UNIFOR) e professora associada da Universidade Federal do Ceará (UFC). Áreas de atuação: Direito Comercial, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito Societário, Contratos, Direito Concursal, Mercado Financeiro, Mercado de Capitais, gestão de ativos públicos e previdência complementar. Advogada.

**Lucia Martins de Almeida Prado**

Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR) – Linha de Pesquisa: Direito Constitucional nas Relações Econômicas. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Advogada na área do Direito Privado, com ênfase em Direito Comercial. Email: [luciaprado@edu.unifor.br](mailto:luciaprado@edu.unifor.br)



# O CREDOR FORNECEDOR: uma jurimétrica em Fortaleza

**Uinie Caminha**

Pós-Doutora e Doutora pela Universidade de São Paulo (USP). Professora titular do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade de Fortaleza (UNIFOR) e professora associada da Universidade Federal do Ceará (UFC). Áreas de atuação: Direito Comercial, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito Societário, Contratos, Direito Concursal, Mercado Financeiro, Mercado de Capitais, gestão de ativos públicos e previdência complementar. Advogada.

**Lucia Martins de Almeida Prado**

Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR) – Linha de Pesquisa: Direito Constitucional nas Relações Econômicas. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Advogada na área do Direito Privado, com ênfase em Direito Comercial. Email: [luciaprado@edu.unifor.br](mailto:luciaprado@edu.unifor.br).

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. A previsão de tratamento diferenciado aos credores fornecedores no plano de recuperação judicial no Brasil; 3. Resultados; 3.1 Período de distribuição; 3.2 Plano de recuperação judicial; 3.3 Previsão de tratamento diferenciado a uma classe de credores no plano de recuperação judicial; 3.4. Desfecho; 4. Considerações finais; Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

O Direito Concursal brasileiro transcorreu o caminho entre a antiga concepção, centrada no juiz e no Estado como grande protagonista. Essa realidade era percebida em especial nas Concordatas, onde não havia espaço para a negociação entre os maiores interessados na manutenção e preservação da empresa em crise, a devedora e os credores.

Alguns institutos legais demonstram essa mudança de perspectiva observada no Direito Concursal. Exemplo disso é a ferramenta de previsão de subclasses de credores, o que acaba por alterar a ordem usual de pagamento, que prioriza o pagamento

daqueles que continuam a fornecer bens e serviços à empresa que pediu recuperação judicial junto ao sistema judiciário.

A transição entre a antiga e a nova lei pode trazer novos debates ao centro do cenário jurídico e econômico no Brasil. A relevância do tema decorre da importância dada no cenário econômico mundial para a capacidade de um país em recuperar os créditos em seu território, e preferencialmente às empresas. Essa concepção influencia diretamente a percepção desse Estado perante os demais mercados globais.

Diante disso, o que seria a previsão de tratamento diferenciado aos credores fornecedores na Recuperação Judicial e como se materializa essa previsão? Para responder ao questionamento feito, pretende-se levar adiante duas etapas de investigação.

A primeira consiste em conceituar a previsão de tratamento diferenciado aos credores fornecedores no Plano de Recuperação Judicial no Brasil e contextualizar essa ferramenta no campo do Direito Privado. A partir desse contexto, a segunda fase da investigação consiste na utilização dos métodos quantitativos na investigação científica jurídica, a fim de tabular dados disponíveis nas varas de competência exclusiva na cidade de Fortaleza/CE, sobre a previsão de tratamento especial para credores fornecedores nos planos de recuperação judicial.

A partir da segunda etapa, será confirmada ou não a seguinte hipótese: o Instituto em questão é amplamente difundido na cidade de Fortaleza/CE. Metodologicamente, o escopo definido para a investigação foi a utilização de modalidades diversas de tratamento diferenciado ao credor fornecedor do devedor em recuperação judicial. O estudo foi realizado a partir de uma pesquisa de natureza prospectiva, sobre o cenário da Recuperação Judicial na Comarca de Fortaleza/CE, levando como base os últimos cinco anos e vigência da Lei nº 11.101/05.

Foram estabelecidas como questões norteadoras: “ano de distribuição dos autos”; “o Plano foi aprovado?”; “se apresentado, o plano foi aprovado?”; “o Plano de Recuperação previu o tratamento

especial para credores que continuassem a fornecer materiais ou serviços essenciais às atividades desenvolvidas pela empresa em Recuperação Judicial?"; "qual o termo utilizado para essa subclasse de credores?"; "quantas recuperações que previam o tratamento diferenciado foram encerradas?"; "quantas recuperações que previam o tratamento diferenciado foram convoladas em falência?". Os dados coletados serão analisados e transformados em gráficos, a fim de confirmar ou não a hipótese inicial.

A partir da conclusão das etapas elencadas, pretende-se compreender de forma mista o instituto de previsão de tratamento diferenciado para os credores que continuam a manter relação de fornecimento com a Empresa que entrou com pedido de Recuperação Judicial junto ao Poder Judiciário competente, como exemplo da materialização do princípio da autonomia privada na legislação concursal brasileira.

## **2. A PREVISÃO DE TRATAMENTO DIFERENCIADO AOS CREDORES FORNECEDORES NO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL NO BRASIL**

Para compreender qualitativamente a previsão de tratamento diferenciado aos credores da Recuperação Judicial que continuam a fornecer bens ou serviços durante o soerguimento da empresa devedora, faz-se necessário enxergar a realidade do Poder Judiciário como ferramenta que materializa o interesse das partes dentro da Recuperação Judicial, momento em que a figura do juiz se distancia, dando espaço para que os atores diretamente afetados pelo decorrer do procedimento, possam exercer seus direitos previstos na Constituição Federal.

Em suma, para compreender hierarquicamente o instituto da criação de uma subclasse de credores na Recuperação Judicial, precisamos analisar o Princípio da Autonomia Privada, previsto pelo que dispõe o art. 5º, II, da Constituição Federal.

Entende-se que a autonomia da vontade se constitui no poder que a pessoa possui de estabelecer determinado negócio jurídico com alguém, objetivando a constituição de uma relação jurídica privada. Esse entendimento está fundamentado na personalidade jurídica das empresas, mesmo aquelas em Recuperação Judicial, a qual garante a esses entes a proteção cabível às pessoas jurídicas. Neste rol está inclusa a autonomia da pessoa jurídica, na figura de seus administradores, para negociar com seus credores e terceiros, na medida prevista por meio dos limites impostos na legislação concursal.

Como princípio orientador da Constituição e Direito Fundamental previsto no texto legal, a Autonomia Privada deve ser mitigada aos demais preceitos fundamentais de modo a orientar todo o ato de governar por parte do Estado. Um exemplo da influência da autonomia privada na legislação concursal, é o poder outorgado aos credores para decidir sobre o plano de recuperação da empresa em crise, substituindo-se a autoridade judiciária pela soberania da deliberação privada. Nesse momento, não cabe mais ao juiz interferir na deliberação dos credores e no plano de recuperação, porque a autonomia privada deve prevalecer nos ditames das normas jurídicas. Essa já era a realidade da jurisprudência brasileira, mas trazendo segurança jurídica e proteção aos envolvidos no procedimento de recuperação judicial – a Lei nº 14.112/20 inseriu o artigo 67, parágrafo único, de forma explícita no texto da antiga lei.

Essa alteração afeta diretamente a ordem de classificação de créditos. A interpretação sistemática da Lei de Falências, de acordo com sua nova redação, permite a organização dos créditos em um concurso de preferências que impõe e recebe os chamados credores fornecedores.

Para realizar a análise jurimétrica sobre a frequência da previsão de tratamento diferenciado aos credores nos planos de recuperação judicial em Fortaleza/CE, buscou-se construir uma base de dados utilizando a metodologia da Jurimetria, que consiste na utilização de métodos quantitativos em pesquisas da área do Direito. A fim de vislumbrar o real cenário existente nas duas Varas Especializadas

de Falência e Recuperação Judicial da capital do Ceará, conforme organizado pela Lei nº 16.397/2017 foi realizada pesquisa quantitativa. O passo a passo estabelecido para a realização da pesquisa foi transformado em um mapa, onde foram nomeadas todas as etapas a serem realizadas.

**Imagem 1** – Passo a passo utilizado na coleta de dados

1) Definição do Escopo	2) Coleta de dados	3) Análise de dados	4) Pesquisa Qualitativa
Definição do Parâmetro Processual	Definir a Fonte dos Dados	Definição das categorias para análise dos dados coletados	Pesquisa bibliográfica sobre o assunto pesquisado
Definição do Parâmetro Espacial	Definir os Critérios para Busca	Criação e formatação (dados em gráficos)	Definição dos termos chave pela doutrina
Definição do Parâmetro Temporal	Definir o Termo para Busca	Descrição dos gráficos selecionados	Análise das Causalidades entre os Resultados Quantitativos e Qualitativos
Definição dos Parâmetros Específicos (divididos por assunto)	Definir a Forma de Coleta e Organização dos Dados	Elaboração de um Relatório dos resultados encontrados	Elencar Possíveis Perspectivas do Futuro

Fonte: Produzido pelas autoras

Primeiramente foi definido o escopo da pesquisa. De cunho prospectivo, buscou-se realizar um diagnóstico sobre o juízo de insolvência em Fortaleza/CE. Por meio dela buscou-se, inicialmente, definir parâmetros adequados, que pudessem situar o material colhido no tempo e espaço. Em relação à competência, apenas os pedidos de recuperação judicial distribuídos nas varas especializadas com competência para julgar assuntos relacionados a recuperações judiciais foram selecionados.

No tocante ao tempo, apenas as ações distribuídas entre 2015 e 2020 foram selecionadas. Essa escolha teve como objetivo selecionar apenas processos eletrônicos a fim de padronizar a pesquisa. Em relação ao espaço, apenas a capital ‘Fortaleza’ foi selecionada. Essa opção foi tomada para que o intervalo selecionado pudesse ser analisado de forma a criar um modelo que poderá ser reproduzido

por outros pesquisadores. Essa decisão não impede a continuidade do presente estudo no futuro.

As buscas foram feitas na página de internet alimentada pelo Tribunal de Justiça do Ceará:

**Imagem 2** – página inicial do site do Tribunal de Justiça do Ceará



Fonte: site do Tribunal de Justiça do Ceará

Em seguida, a opção “Diário de Justiça Eletrônico” foi selecionada. Em seguida foi utilizada a opção “Pesquisa Avançada”. Os critérios de busca foram então preenchidos:

**Imagem 3** – página de definição dos termos para as buscas na base de dados de Diários Oficiais publicados pelo Tribunal

## Pesquisa avançada

Consulta avançada aos cadernos das edições do Diário da Justiça Eletrônico.

**Data** : 01/03/2021 a 09/03/2021

**Caderno\*** : caderno 2 - Judiciario

**Palavras-chave\*** : "Recuperação judicial" e distribuição e sortelo

E OU NÃO ? \* " "

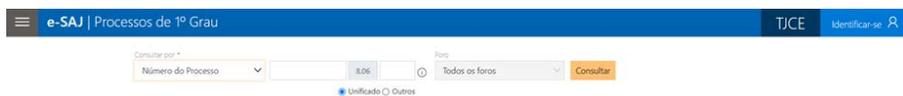
**Pesquisar** **Limpar**

Fonte: site do Tribunal de Justiça do Ceará

A pesquisa obteve 51 (cinquenta e um) resultados, dentre os quais 50 (cinquenta) pertenciam à jurisdição da Comarca de Fortaleza e apenas 1 (um) à jurisdição de Pacatuba, Estado do Ceará. O processo sobresselente foi excluído da investigação, tendo sido preterido em relação aos processos distribuídos no município de Fortaleza/CE.

Os processos resultantes da pesquisa eletrônica foram inseridos em planilha Excel, onde foram catalogados seus “números de sequência”, “números únicos”, “nomes jurídicos”, “varas de origem”. A fim de facilitar eventuais buscas futuras, os processos foram baixados e arquivados em uma nuvem digital em sua integralidade por meio do sistema e-SAJ do Tribunal escolhido:

**Imagem 4** – página de buscas do e-SAJ



Fonte: site do Tribunal de Justiça do Ceará

Essa etapa da pesquisa está adstrita ao cadastro como advogado ao sistema do Tribunal. Uma vez catalogadas, todos os autos foram lidos e analisados. A partir dessa análise, feita por meio da leitura das peças principais das ações judiciais citadas, buscou-se responder todas as questões norteadoras. Os parâmetros ficaram assim estabelecidos:

**Imagem 5** – questões norteadoras da pesquisa e índice de imagens e gráficos

Período de Distribuição	Ano de distribuição dos autos.	Imagem 06 Gráfico 01
Plano de Recuperação Judicial	O Plano foi aprovado?	Imagem 07 Gráfico 02
	Se apresentado, o plano foi aprovado?	Imagem 08 Gráfico 03

Previsão de tratamento diferenciado a uma classe de credores no plano de Recuperação Judicial	O Plano de Recuperação previu o tratamento especial para credores que continuassem a fornecer materiais ou serviços essenciais às atividades desenvolvidas pela empresa em Recuperação Judicial?	Imagem 09 Gráfico 04
	Qual o termo utilizado para essa subclasse de credores?	Imagem 10 Gráfico 05
Desfecho	Quantas recuperações que previam o tratamento diferenciado foram encerradas?	Imagem 11 Gráfico 06
	Quantas recuperações que previam o tratamento diferenciado foram convoladas em falência?	Imagem 12 Gráfico 07

Fonte: produzido pelas autoras

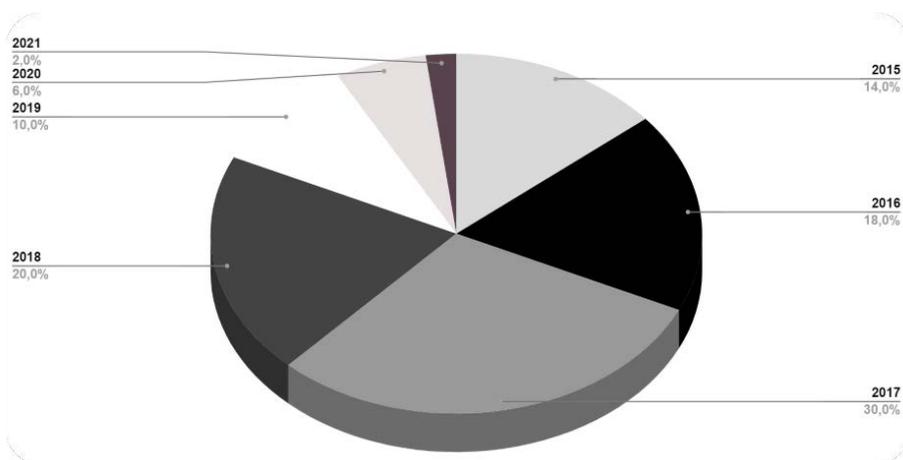
Foram acrescentados à planilha já criada os parâmetros mencionados na tabela acima. Essa planilha foi preenchida com as informações de todas as ações selecionadas. Os dados coletados foram transformados em gráficos. Esses gráficos foram padronizados, nomeados e selecionados. Os gráficos foram utilizados para a realização da análise sobre os parâmetros estabelecidos previamente, conforme a pesquisa qualitativa realizada no primeiro tópico.

### 3. RESULTADOS

#### 3.1 PERÍODO DE DISTRIBUIÇÃO

A fim de traçar o perfil dos processos selecionados, analisou-se o volume da distribuição dos mesmos anualmente, entre 2015 e 2021.

**Imagem 6** – Gráfico 1 – Recuperações Judiciais distribuídas em Fortaleza/CE a partir de 2015



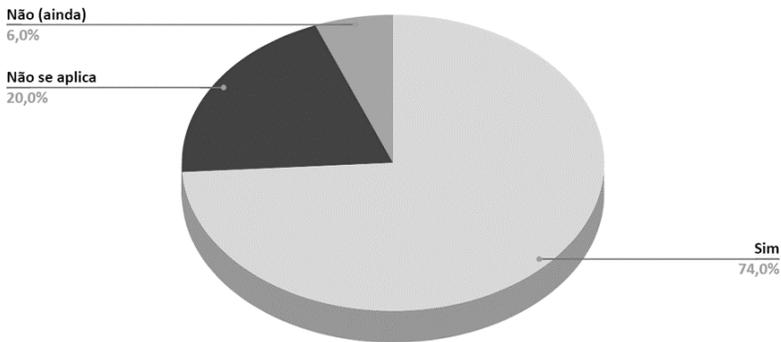
Fonte: produzido pelas autoras.

Para tanto, foram analisadas todas as distribuições de pedidos de Recuperação Judicial encontrados no Diário Oficial do Estado. O resultado demonstra que o número de ações distribuídas nos anos de 2015, 2016, 2017, 2018, 2019 e 2020 foram respectivamente 7, 9, 15, 10, 5 e 3. Até o momento de realização desta pesquisa, apenas duas ações haviam sido distribuídas no ano de 2021.

### 3.2 PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Analisou-se inicialmente em todas as ações selecionadas, a existência de apresentação do Plano de Recuperação Judicial até o momento da pesquisa.

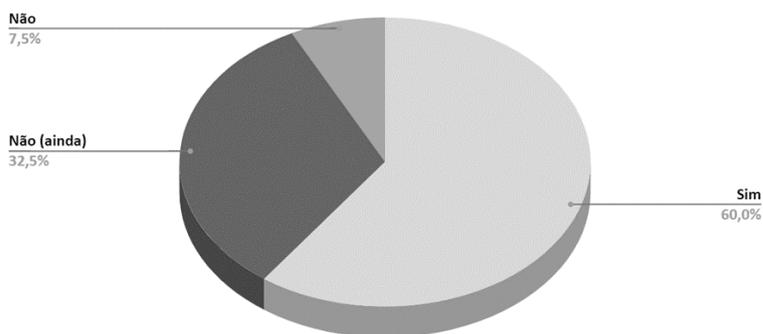
**Imagem 7** – Gráfico 2 – Foi apresentado Plano de Recuperação Judicial?



Fonte: produzido pelas autoras.

O total de 74% dos processos possui plano apresentado, ou seja, 37% das ações analisadas. Dentre o restante, 6% ainda não atingiu a fase da apresentação do plano e 20% não se aplica ao caso. Dentre as 41 ações que se aplicam aos questionamentos relacionados à apresentação do Plano de Recuperação Judicial, observou-se quantos tiveram o plano aprovado ou não.

**Imagem 8** – Gráfico 3 – O Plano de Recuperação Judicial foi aprovado?



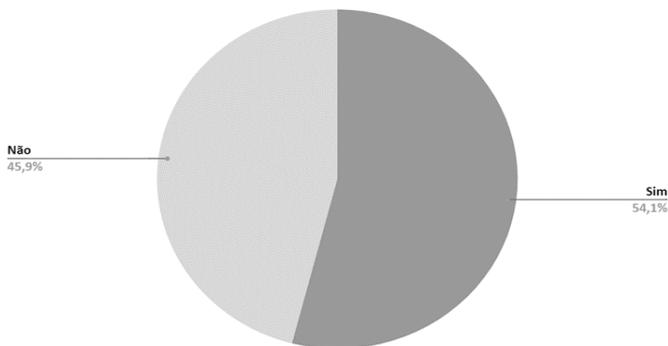
Fonte: Produzido pelas autoras.

Entre o total de 40 processos analisados nessa categoria, em 24 deles o plano foi aprovado. O plano foi aprovado em 60% dos processos, em 32% ainda não haviam sido aprovados e em 7,5% foram rejeitados.

### 3.3 PREVISÃO DE TRATAMENTO DIFERENCIADO A UMA CLASSE DE CREDORES NO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Em seguida, analisou-se se o Plano apresentado previu a criação de uma classe “especial” de credores.

**Imagem 9** – Gráfico 4 – Há previsão de subclasse de credores no Plano de Recuperação Judicial?

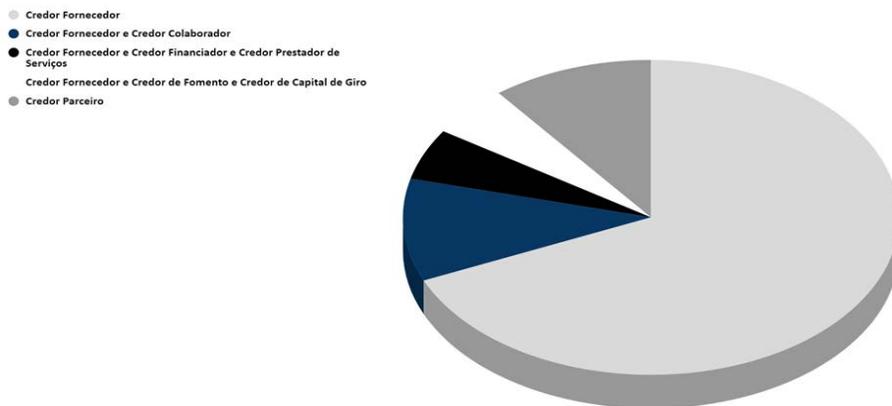


Fonte: produzido pelas autoras.

Dentre os processos analisados, aqueles em que houve a apresentação de Plano, 54% tiveram menção de tratamento diferenciado aos credores que financiaram ou continuaram a fornecer bens e serviços indispensáveis à execução das atividades da devedora durante a recuperação.

O total de 46% não incluiu essa previsão no plano de recuperação. As porcentagens representam 20 e 17 ações respectivamente. Em seguida, foram analisados os termos utilizados nos Planos de Recuperação que incluíram alguma modalidade de tratamento diferenciado aos credores. Apenas 19 processos tiveram essa menção e, por isso, foram parte do escopo das questões norteadoras a seguir.

**Imagem 10** – Gráfico 5 – Qual foi o termo utilizado quando houve previsão de criação de subclasses de credores?



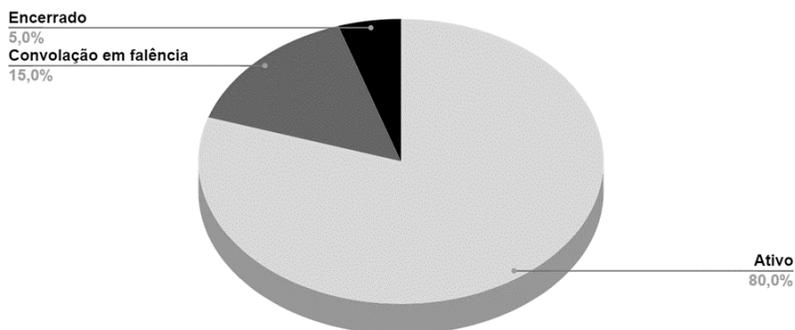
Fonte: produzido pelas autoras.

Dentre os termos utilizados para categorizar a previsão do fornecimento ao devedor, “Credor Fornecedor” foi mais comumente utilizado, em cerca de 69% dos autos analisados.

### 3.4 DESFECHO

Por fim, ainda sobre a amostra de 19 processos onde existiu a previsão de criação e classe de credores fornecedores do devedor, buscou-se aferir quais estão ativas e quais já atingiram seu desfecho, e no segundo caso, qual foi esse desfecho.

**Imagem 11** – Gráfico 6 – Desfecho das Recuperações Judiciais com previsão de tratamento diferenciado para fornecedores

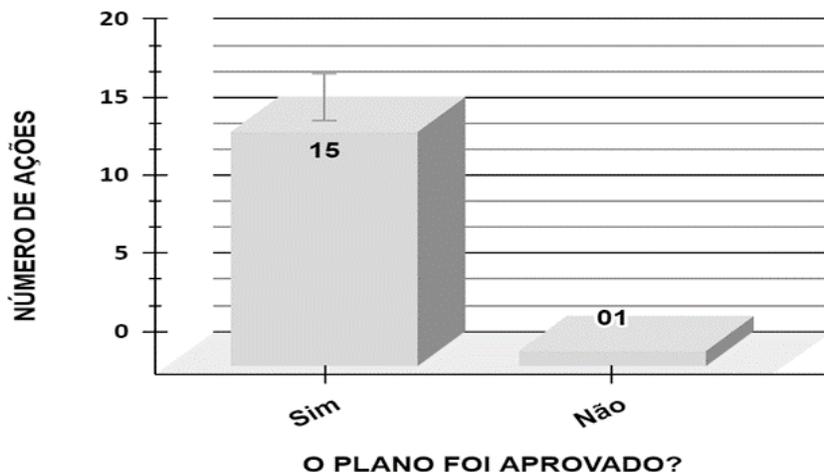


Fonte: produzido pelas autoras.

O total de 80% ainda estava ativo no momento da pesquisa, totalizando 16 ações. Apenas 5% das ações foram encerradas pelo término do período e fiscalização judicial, previstos pelo artigo 63 da Lei nº 11.101/05, o equivalente a somente uma ação.

Por fim, buscou-se traçar a relação entre a aprovação dos planos de Recuperação Judicial analisados e a previsão de fornecimento ao devedor por meio da criação de uma classe de credores com tratamento privilegiado.

**Imagem 12** – Gráfico 7 – Comparação entre o número de ações com criação de subclasse de credores e o número de aprovações desses planos de Recuperação Judicial em sede de Assembleia de Credores



Fonte: produzido pelas autoras.

Constatou-se que com apenas uma exceção, dentre os 17 processos selecionados (onde foi previsto fornecimento), todos os planos apresentados foram aprovados.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A relevância do debate explanado se esbarrou com a dificuldade do Brasil em produzir dados confiáveis e acessíveis, o que pode dificultar ou mesmo distorcer a compreensão adequada da realidade existente no país, tanto para os brasileiros, quanto para outros polos. Torna-se essencial o exercício da Jurimetria pela Academia. A coleta e análise de dados estatísticos aproxima o Direito da Ciência e traz robustez à produção científica.

Pretendeu-se conceituar o instituto da previsão de tratamento diferenciado para os credores fornecedores e contextualizar o tema

dentro do âmbito do Direito Privado e do Princípio da Autonomia Privada.

Assim, foi possível compreender de forma multifacetada o instituto de previsão de tratamento diferenciado para os credores que continuam a manter relação de fornecimento com a Empresa que entrou com pedido de Recuperação Judicial junto ao Poder Judiciário competente, como exemplo da materialização do princípio da autonomia privada na legislação concursal brasileira.

Procurou-se também investigar a veracidade da hipótese estabelecida inicialmente, qual seja: a ferramenta da criação de subclasse de credor fornecedor, mesmo tendo sido adicionada recentemente à legislação, já é amplamente difundida no juízo concursal fortalezense.

Os dados obtidos demonstraram que dentre os 50 que representam o conjunto total de processos, houve apresentação do plano de recuperação judicial em um grupo de 40 processos. Em 24 deles o plano foi aprovado.

Nas 40 ações em que houve a apresentação de Plano, mais da metade tiveram menção ao tratamento diferenciado aos credores que continuaram a fornecer bens e serviços indispensáveis à execução das atividades da devedora durante a recuperação, totalizando 54%. Em contrapartida, um total de 46% não incluiu essa previsão no plano de recuperação. As porcentagens representam 22 e 18 ações, respectivamente.

Dentre os termos utilizados para categorizar a previsão do fornecimento ao devedor nos 22 procedimentos que o incluíram, “Credor Fornecedor” foi mais comumente utilizado, em cerca de 69% dos autos, contabilizando assim 15 ações.

O total de 80% das ações que tiveram previsão de tratamento diferenciado, ou seja, em relação às 22 ações iniciais, ainda estavam ativas no momento da pesquisa, totalizando 18 ações. Apenas 5% das ações foram encerradas pelo término do período e fiscalização judicial, previstos pelo artigo 63 da Lei nº 11.101/05, o equivalente a somente uma ação.

Constatou-se que com apenas uma exceção, dentre os 18 processos selecionados (onde foi previsto tratamento diferenciado), todos os planos apresentados foram aprovados, totalizando 17.

Foi possível atingir o objetivo de compreender o instituto qualitativamente e quantitativamente, tendo sido concluído que a hipótese inicial estava correta e que na maior parte das ações onde foi previsto tratamento diferenciado aos credores fornecedores, seus planos de recuperação foram aprovados em assembleia de credores. Constatou-se que a ferramenta é amplamente utilizada na capital Fortaleza/CE, tendo sido aplicada em pelo menos metade dos autos no período analisado.

## REFERÊNCIAS

ABJ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE JURIMETRIA. Observatório da insolvência: segunda fase. Disponível em: <<https://abj.org.br/cases/2a-fase-observatorio-da-insolvencia/>>. Acesso em: 11 mai. 2021.

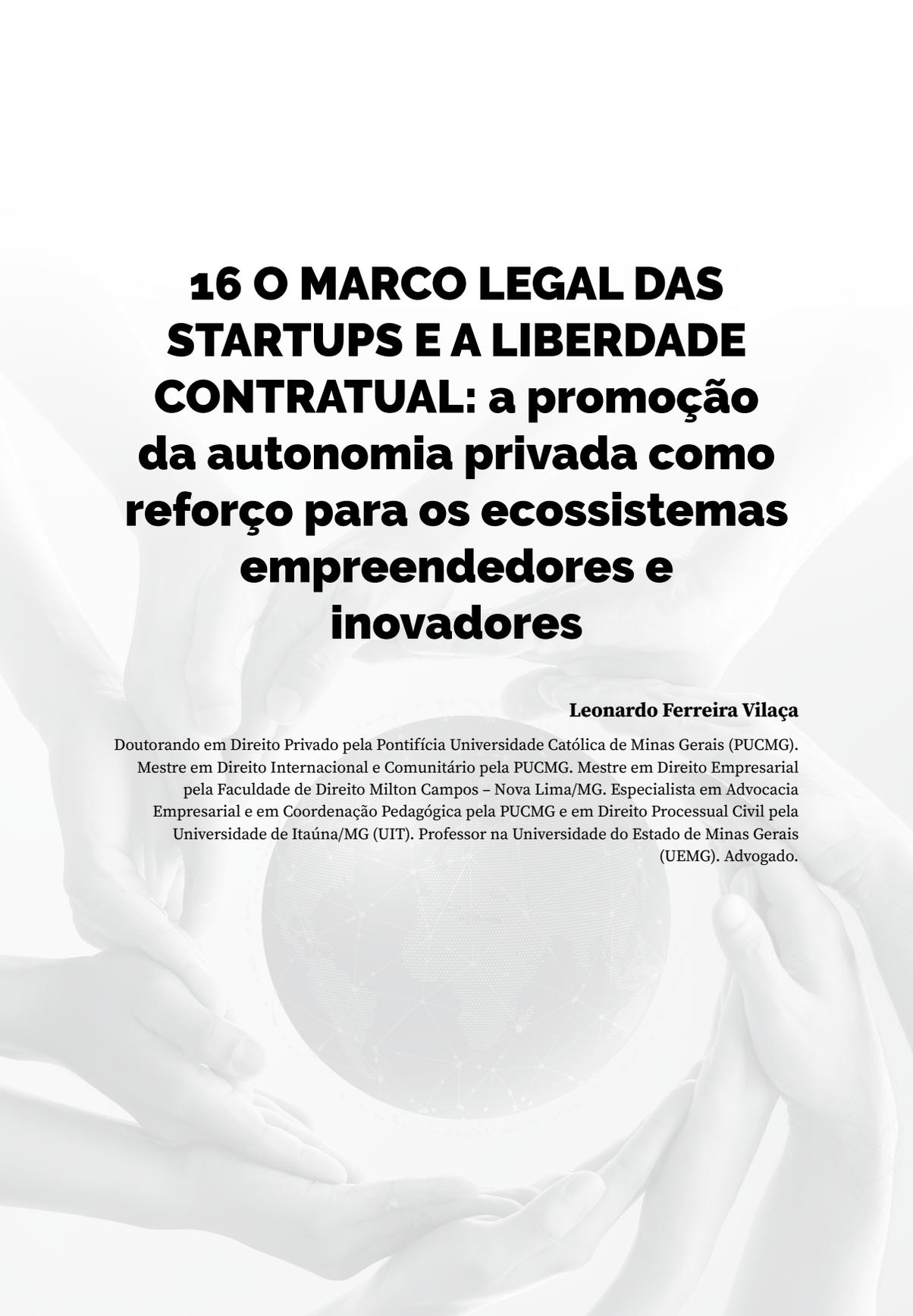
BARROS NETO, Geraldo Fonseca de. Reforma da lei de recuperação judicial e falência – comentada e comparada. Grupo GEN, 2021. 9788530994167. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530994167/>>. Acesso em: 16 nov. 2021.

BRASIL. Lei nº 16.397, de 14.11.17. Dispõe sobre a organização judiciária do Estado do Ceará. Fortaleza, CE, 2017.

MELO, Alexandre Correa Nasser de.; ALMEIDA, Humberto Lucas. A nova ordem de pagamento de créditos na falência – Migalhas. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/344075/a-nova-ordem-de-pagamento-de-creditos-na-falencia>>. Acesso em: 15 nov. 2021.

NUNES, Marcelo Guedes. Jurimetria: como a estatística pode reinventar o direito. 2. ed. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais, 2019.

SACRAMONE, MARCELO. Comentários à lei de recuperação de empresas e falência. Editora Saraiva, 2021. 9786555595925. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555595925/>>. Acesso em: 16 nov. 2021. p. 122 e 193.



# **16 O MARCO LEGAL DAS STARTUPS E A LIBERDADE CONTRATUAL: a promoção da autonomia privada como reforço para os ecossistemas empreendedores e inovadores**

**Leonardo Ferreira Vilaça**

Doutorando em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG). Mestre em Direito Internacional e Comunitário pela PUCMG. Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos – Nova Lima/MG. Especialista em Advocacia Empresarial e em Coordenação Pedagógica pela PUCMG e em Direito Processual Civil pela Universidade de Itaúna/MG (UIT). Professor na Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG). Advogado.



# O MARCO LEGAL DAS STARTUPS E A LIBERDADE CONTRATUAL: a promoção da autonomia privada como reforço para os ecossistemas empreendedores e inovadores<sup>1</sup>

**Leonardo Ferreira Vilaça**

Doutorando em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG). Mestre em Direito Internacional e Comunitário pela PUCMG. Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos – Nova Lima/MG. Especialista em Advocacia Empresarial e em Coordenação Pedagógica pela PUCMG e em Direito Processual Civil pela Universidade de Itaúna/MG (UIT). Professor na Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG). Advogado.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Marco Legal das Startups – aspectos conceituais, diretrizes e estrutura principiológica; 3. A interface entre o princípio da liberdade contratual e as atividades negociais pátrias; 3.1 Abordagens conceituais e alcance normativo do princípio – perspectivas civil e empresarial; 3.2 A Lei de Liberdade Econômica e a liberdade contratual; 4. A liberdade contratual como uma realidade normativa-empresarial preexistente e o Marco Legal das Startups; 4.1 A necessidade de reforço ou não para uma liberdade contratual já positivada; 4.2 Motivação legislativa de previsão principiológica para a liberdade contratual no MLS; 5. Considerações finais; Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

Em que pese a existência de algumas críticas, as expectativas do setor negocial brasileiro são altas quanto aos primeiros efeitos de

---

<sup>1</sup> Devido a pertinência com a temática desta obra *Autonomia Privada*, decidi republicar o presente artigo com pequenas alterações e adequações. A primeira versão se encontra publicada na excepcional obra coletiva “Estudos sobre o Marco Legal das Startups e do Empreendedorismo Inovador”, organizada pelos respeitados professores Luciana de Castro Bastos e Eduardo Goulart Pimenta, a quem solicitei e obtive autorização para proceder esta nova publicação. Para aqueles que se interessarem pelo tema “Marco Legal das Startups” e desejarem aprofundamento e pesquisa, recomendo leitura dos excelentes artigos, produzidos por comprometidos profissionais do cenário jurídico nacional – ver: <https://experteditora.com.br/livro-estudos-sobre-o-marco-legal-das-startups-e-do-empreendedorismo-inovador/>.

um emblemático conjunto normativo pátrio, regulador de atividades relacionadas ao empreendedorismo inovador: trata-se da Lei Complementar nº 182, sancionada e publicada em 1º de junho de 2021, denominada ‘Marco Legal das Startups’ (MLS). Mas que nova norma promulgada não recebe suas críticas, não é mesmo?

Com uma *vacatio legis* de 90 (noventa) dias, esta citada lei passou a buscar, a partir de setembro de 2021, uma adequada segurança jurídica para Economia brasileira, proporcionando meios para a criação e/ou a adequação de ambientes negociais mais favoráveis à inovação e à produção tecnológica, ao desenvolvimento e ampliação do empreendedorismo, à promoção de investimentos em políticas públicas e planos de ações temáticos afins, e, à constituição e ao desenvolvimento de um número ainda maior de startups.

Fruto de esforços engendrados por múltiplos *stakeholders* e agentes políticos e econômicos, através dos projetos de lei ‘PLP 146/2019’ e ‘PLP 249/2020’<sup>2</sup>, o MLS faz-se, em seus capítulos, em um texto que: sedimenta uma definição legal para o ente jurídico que lhe proporciona a alcunha, institui diretrizes e princípios norteadores para empreendimentos inovadores, cria ambiente regulatório para o enquadramento, a constituição e a manutenção das startups, estipula medidas de incentivo ao ambiente negocial (principalmente para os micro e pequenos negócios) e critérios e requisitos para a participação do governo nas atividades inovadoras-tecnológicas pertinentes e em compras públicas que envolvam a temática, introduz modificações na Lei nº 6.404/1976, gerando, entre outras, o surgimento da denominada Sociedade Anônima Simplificada, provoca impactos no *métier* jurídico-trabalhista, e, trata de diversos assuntos mais, todos contundentes

---

2 Segundo Arake e Lima (2021), o “PLP nº 249/2020 foi (...) apensado ao PLP nº 146/2019, em razão da identidade de temas, e remetido para a apreciação do Senado Federal com o apelido de Marco Legal das Startups”; os autores ainda relatam que o “texto original do PLP nº 146/2019, com apensamento do PLP nº 249/2020, recebeu mais de 50 emendas, das quais apenas 17 foram acolhidas integralmente e uma parcialmente.” Ver em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-01/arake-lima-comentarios-marco-legal-startups>.

para o basilar cenário empreendedor-empresarial nacional, e, circunscritos pela vanguarda da liberdade contratual.

Manoel (2021)<sup>3</sup> relata que, basicamente, o MLS estabelece seus princípios e diretrizes fundamentais entre os artigos 1º a 4º, trata de regras privatistas em seus artigos 4º a 11, e, que em seus artigos 11 a 15, as normas assumem uma afetação própria do Direito Público<sup>4</sup>.

O autor retro ainda apresenta uma interessante crítica sobre as regras de Direito Privado existentes no MLS que, inclusive, faz-se cerne para uma das reflexões iniciais do presente texto; segundo ele: “em que pese a louvável intenção” do legislador, “o marco legal deixou a desejar no que tange aos aspectos de Direito Privado, pois simplesmente reproduziu estruturas e práticas que já eram amplamente conhecidas e empregadas pelo mercado”. Certo é que o ordenamento jurídico brasileiro já possuía sim, antes do MLS, ampla gama de regras privatistas com potencialidades e eficácias irretocáveis para a concretização das almejadas paz social e harmonia das relações jurídicas – em especial, das negociais; talvez, em realista ótica, vulnerabilidades e falhas em ações de aplicação e fiscalização do Direito Privado brasileiro somente se destacam em virtude do elemento humano e suas posturas (assertiva de inevitável debate).

Não obstante ao teor do posicionamento doutrinário acima e à possível dúvida inicial que possa surgir para o leitor, de ser ele uma ‘meia’ ou ‘total’ verdade, o fato é que cabe razão ao professor Manoel (2021) quando verificada, em momento anterior ao MLS, a disposição normativa e a vigência de princípios básicos do Direito Privado brasileiro: institutos jurídicos por ele relatados, tais como a autonomia privada, a livre iniciativa, a força obrigatória dos contratos, a boa-fé objetiva e a liberdade contratual, já pairavam em diversos textos

---

3 MANOEL, Marcos Roberto de Moraes. Acertos e erros do marco legal das startups. Site Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jun-17/manoel-acertos-erros-marco-legal-startups>>. Acesso em 25 de julho de 2021.

4 Apesar de ‘didático’, esse esboço divisório exposto por Marcos Roberto de Moraes Manoel cria margem para uma análise quanto à polarização apresentada para as normas em foco, em virtude de relevantes interesses coletivos sob regulação e do sempre e constante movimento de constitucionalização do direito privado, entretanto, trata-se de uma abordagem temática para um outro momento.

legais pátrios vigentes, sendo muitos deles, inclusive, reafirmados recentemente pelo atual Governo, através da promulgação de novos tipos normativos, dos quais se destaca a denominada ‘Lei da Liberdade Econômica’<sup>5</sup> – todos dotados, até então, de ditames, eficácia e coercitividade suficientes “para oferecer a base de sustentação necessária ao desenvolvimento” de “negócios inovadores”.

Diante desse contexto, e da presença cristalina do princípio privatista da ‘liberdade contratual’<sup>6</sup> no MLS, os questionamentos que restam e que darão o tom para a análise a ser feita pelo presente texto são: haveria necessidade de uma espécie de ‘reforço’ principiológico privatista para que o MLS atingisse sua finalidade? Qual a motivação para uma reverberação no MLS de uma liberdade contratual já positivada para ecossistemas empreendedores? Quais foram as intenções e quais são as perspectivas do legislador em reafirmar a ‘liberdade contratual’ no texto de um marco legal para as startups brasileiras?

Importante ressaltar que, apesar das almeçadas respostas serem importantes para a sedimentação dessa nova lei e para o amadurecimento da relação entre os meios ‘jurídico’ e ‘empreendedor’, o princípio da liberdade contratual sempre foi estandarte na seara negocial, em especial, na empresarial, e, que mesmo frente à possíveis lacunas do MLS, tal princípio se faz presente no ordenamento jurídico e se faz útil para as startups definirem planos e traçarem rotas, como, por exemplo, uma lacuna legal oportunizar considerável liberdade contratual para que os agentes econômicos envolvidos ‘com e para’ uma startup, escolham, entre os institutos ‘bônus de subscrição’ e ‘opção de compra de quotas ou ações’, como a melhor forma de

---

5 Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019.

6 Ver no texto do MLS: art. 3º. “Esta Lei Complementar é pautada pelos seguintes princípios e diretrizes: (...) II – incentivo à constituição de ambientes favoráveis ao empreendedorismo inovador, com valorização da segurança jurídica e da **liberdade contratual** (grifo nosso) como premissas para a promoção do investimento e do aumento da oferta de capital direcionado a iniciativas inovadoras; (...)” Há quem veja outras normas no corpo desta lei que também referenciam o ideário da liberdade contratual – ver: art. 5º caput (in fine) e art. 17, quando mencionada a mudança no texto do §6º do art. 61-A da Lei Complementar nº123/2006.

estímulo negocial ou de carreira, a ser ofertado, dependendo do momento e do objetivo pretendido, para empregados, investidores e/ou colaboradores externos.

Portanto, que a análise acima aventada se inicie através da apresentação das diretrizes e da estrutura principiológica do MLS, demonstrando a presença do instituto da liberdade contratual em seu teor e o destaque temático atribuído ao mesmo; e, a partir daí, já com fundamento teórico-normativo, que seja realizada a abordagem dos questionamentos retro propostos.

## **2. MARCO LEGAL DAS STARTUPS – ASPECTOS CONCEITUAIS, DIRETRIZES E ESTRUTURA PRINCIPIOLÓGICA**

Em recente publicação, Magalhães, Fantini e Vilaça (2021)<sup>7</sup> já haviam mencionado que o instituto ‘startup’ está “intimamente vinculado com empreendimentos inovadores em fase de constituição ou em fases iniciais de atividade, com boas e francas perspectivas de reprodução (...) e de crescimento rápido”. Tais peculiaridades retro citadas, para fins de definição do instituto em foco, seguiram a mesma linha doutrinária majoritária capitaneada por Eric Ries que afirmou ser uma ‘startup’ específica “instituição humana projetada para criar novos produtos ou serviços e sob condições de extrema incerteza”<sup>8</sup>.

O fato é que nesse início do século XXI, um franco crescimento desse modelo jurídico-empendedor de negócios<sup>9</sup> provocou,

---

7 MAGALHÃES, Rodrigo Almeida; FANTINI, Laiane Maris Caetano; VILAÇA, Leonardo Ferreira. As startups, o empreendedorismo e o direito: reflexões, estruturação jurídica e perspectivas. In: ALCÂNTARA, Valderí de Castro; VILAÇA, Leonardo Ferreira (coords.). Empreendedorismo, organizações e direito. Belo Horizonte: Expert Editora Digital, 2021. p. 83-110.

8 RIES, Eric. A startup enxuta: como os empreendedores atuais utilizam a inovação contínua para criar empresas extremamente bem-sucedidas. [tradução Texto Editores]. – São Paulo: Lua de Papel, 2012.

9 Letícia Piccolotto, em recente publicação, inclusive, apresenta dados angariados pela Associação Brasileira de Startups (ABStartups) que demonstram esse citado ‘franco’ crescimento; segundo ela, um levantamento feito no início deste ano (2021) pela ABStartups “mostra que o número de organizações com esse perfil saltou de 4,4 mil em 2015 para mais de 13,4 mil em 2020 – um crescimento de mais de 200% em

como faz-se nas praxes expansionistas de novas situações jurídicas, mobilização do próprio legislador brasileiro: apesar de tardia solução, a promulgação da Lei Complementar nº 167/2019 já foi reflexo dessa salientada mobilização do Poder Público, e, provocou a alteração do texto da Lei Complementar nº 123/2006, inserindo no ordenamento jurídico brasileiro um conceito legal para ‘startup’ (§1º do artigo 65-A), a saber:

Artigo 65-A. É criado o Inova Simples, regime especial simplificado que concede às iniciativas empresariais de caráter incremental ou disruptivo que se autodeclarem como startups ou empresas de inovação tratamento diferenciado com vistas a estimular sua criação, formalização, desenvolvimento e consolidação como agentes indutores de avanços tecnológicos e da geração de emprego e renda. (...) §1º Para os fins desta Lei Complementar, considera-se startup a empresa de caráter inovador que visa a aperfeiçoar sistemas, métodos ou modelos de negócio, de produção, de serviços ou de produtos, os quais, quando já existentes, caracterizam startups de natureza incremental, ou, quando relacionados à criação de algo totalmente novo, caracterizam startups de natureza disruptiva.

Inclusive, no parágrafo 2º do artigo supra citado, o legislador também se preocupa em estipular as principais características identificadoras das denominadas ‘startups’, buscando cercar as esferas

---

cinco anos”. E a autora ainda acrescenta que esse mesmo levantamento apurou que o volume de investimento em startups “passou de 1,1 bilhão em 2016 para 19,7 bilhões de reais em 2020, um crescimento de quase 1800%”, e, que “o montante registrado nos quatro primeiros meses de 2021 já representa quase 70% de todo o investimento de 2020”, o que não deixa de ser algo extremamente positivo e que não permitiria ao legislador uma postura diferente que a de atuação e mobilização. Ver em: [www.jota.info/coberturas-especiais/inova-e-acao/marco-legal-das-startups-por-um-brasil-com-mais-inovacao-08062021](http://www.jota.info/coberturas-especiais/inova-e-acao/marco-legal-das-startups-por-um-brasil-com-mais-inovacao-08062021).

privada e pública de maiores elementos promotores de segurança jurídica; o teor da norma referenciada assim menciona:

Artigo 65-A. (...)

§2º As startups caracterizam-se por desenvolver suas inovações em condições de incerteza que requerem experimentos e validações constantes, inclusive mediante comercialização experimental provisória, antes de procederem à comercialização plena e à obtenção de receita.

Como pode ser visto, a linha doutrinária do referenciado autor Eric Ries foi mantida, e, naquele instante, positivada; contudo, apesar dos esforços legislativos retro apresentados e de um primeiro passo ter sido dado, Silvino e Nunes (2021)<sup>10</sup> afirmam que esse conceito apresentado pela Lei Complementar nº 167/2019 “era pouco claro e bastante amplo, o que dificultava a elaboração políticas públicas específicas e o acompanhamento da evolução e desenvolvimento dessas empresas”, posicionamento que, apesar de compartilhado pelo presente texto, não deixou de, implicitamente, apresentar duas realidades jurídicas:

- a. a publicista, em que lacunas legais se faziam imbróglis para a elaboração e execução de políticas públicas potencializadoras de desenvolvimento econômico e fomentadoras do empreendedorismo (afinal, a esfera pública e seus agentes só podem realizar aquilo que for expressamente autorizado, correto?); e,
- b. a privatista, em que as omissões normativas não deixariam de ser oportunas ocasiões para a aplicação da liberdade

---

10 SILVINO, Monika Hosaki (org.). FREITAS, Bruna C. de; NUNES, Caroline Castro; AMORIM, Melissa C. Leão de; SILVINO, Monika Hosaki; OLIVEIRA, Naiara de; WAINSTEIN, Sandro V. (autores). Guia: entendendo o marco legal das startups. Site Baptista Luz Advogados. Disponível em: < <https://baptistaluz.com.br/espacostartup/guia-marco-legal-das-startups/>>. Acesso em 20 de julho de 2021.

contratual, da autonomia privada – ainda mais, considerando as peculiaridades empresarialistas identificáveis no cotidiano das startups.

Diante dos debates cada vez mais recorrentes sobre o tema, de críticas como as retro apontadas, e, do atual e exponencial crescimento do mercado empreendedor-inovador, como pode ser constatado, o legislador se esmerou e buscou dar melhores contornos ao instituto, e, via MLS (art. 4º), apresentou nova definição para ‘startup’, identificando-a como uma ‘organização empresarial ou societária, inovadora e em estágio inicial’, e, estipulando alguns critérios para que entes jurídicos pudessem ser enquadrados ou identificados como tal, a saber<sup>11</sup>:

a) possuir uma receita bruta de até R\$ 16.000.000,00 (dezesseis milhões de reais) por ano ou de R\$ 1.333.334,00 (um milhão, trezentos e trinta e três mil trezentos e trinta e quatro reais) por mês, quando menor que 12 (doze) meses;

b) ter até 10 (dez) anos de inscrição no CNPJ, e, considerar que, para empreendimentos decorrentes de operações societárias, a contagem de prazos obedecerá as seguintes regras:

- I. decorrentes de incorporação, será considerado o tempo de inscrição do incorporador;
- II. decorrentes de fusão, será considerado o maior tempo de inscrição entre os fundidos; e,
- III. decorrentes de cisão, será considerado o tempo de inscrição do cindido, na hipótese de criação de nova sociedade, ou do que a absorver, na hipótese de transferência de patrimônio para o empreendimento já existente.

---

<sup>11</sup> Ver artigos 227 a 229 da Lei nº 6.404/1976 e Lei Complementar nº 167/2019 – normas que sofreram influência do artigo 4º do MLS.

c) declarar em seu ato constitutivo ou alterador, a utilização de modelos de negócios inovadores que introduzam elemento novo ou aperfeiçoem o ambiente produtivo e social, resultando em novos produtos, serviços, processos, funcionalidades ou características para produto, serviço ou processo já existentes, em nome de efetivas melhorias em qualidade, desempenho ou ambos.

d) se enquadrar no regime especial Inova Simples<sup>12</sup>.

Silvino e Nunes (2021), inclusive, destacam que esses requisitos alinham-se com a realidade prática de uma startup, ou seja, de ser uma entidade de caráter inovador e em estágio inicial, já que o limite apontado de receita bruta anual identifica-se com as fases de ideação e início de um negócio.

Além disso, em análise comparativa, percebe-se que o normativo anterior ao MLS, estipulava em 06 (seis) anos o período necessário de inscrição no CNPJ para que um empreendimento pudesse ser enquadrado como ‘startup’, entretanto, com o MLS, o prazo foi alterado para o tempo máximo de 10 (dez) anos, beneficiando, segundo os autores mencionados, inúmeras startups brasileiras que se mantêm ativas há mais de 06 (seis) anos.

A verdade é que, apesar das diferentes posições e opiniões sobre uma definição legal para as startups, a prevista agora no artigo 4º do MLS, uniu múltiplas facetas e olhares sobre o instituto, tornando-se aparentemente um referencial mais adequado para o ecossistema empreendedor e para o Judiciário brasileiro, em que pese Piccolotto (2021)<sup>13</sup> ainda destacar o bom debate que paira sobre o tema, reconhecendo uma nova polarização de opiniões:

---

12 Ver: INOVA SIMPLES – <https://www.gov.br/empresas-e-negocios/pt-br/inova-simples>.

13 PICCOLOTTO, Leticia. op. cit., 2021.

De um lado, alguns especialistas que ainda acreditam que essa definição irá “limitar em muito o espectro de organizações do setor”; de outro, aqueles que categoricamente reconhecem que esses critérios e peculiaridades extraídos da nova definição em foco “são fundamentais para diferenciar as startups de empresas de maior porte” – estas, com “regras legais mais rígidas em relação a diversos temas, como investimentos”, por exemplo.

Portanto, independente de positivismos ou ceticismos, mas não perdendo o espírito empreendedor de acreditar no melhor sempre, o fato é que somente na prática, ou seja, na dinâmica diária imposta pelo mercado que, a adequação da citada definição passará por uma necessária maturação geradora de sua legitimação ou não.

Quanto às diretrizes e princípios presentes no MLS, o legislador, ainda por ocasião dos debates para a aprovação ou não de seu projeto de lei – PLP nº 249/2020 –, objetivou atribuir maior destaque para o empreendedorismo, proporcionando segurança jurídica para o ecossistema da inovação, e, reconhecendo seu papel catalisador para almejados desenvolvimentos social e econômico pátrios, o que foi confirmado no texto dos incisos I, II, III e V do artigo 3º do MLS<sup>14</sup>.

Além disso, o teor do até então projeto retro citado, já vislumbrava a necessidade de modernização do ambiente de negócios brasileiro e a criação de políticas públicas mais adequadas ao crescimento de atividades pertinentes às áreas da tecnologia e da inovação. Nesse viés, tais demandas tiveram um olhar mais atento do legislador que,

14 Art. 3º Esta Lei Complementar é pautada pelos seguintes princípios e diretrizes:  
I – reconhecimento do empreendedorismo inovador como vetor de desenvolvimento econômico, social e ambiental;  
II – incentivo à constituição de ambientes favoráveis ao empreendedorismo inovador, com valorização da segurança jurídica e da liberdade contratual como premissas para a promoção do investimento e do aumento da oferta de capital direcionado a iniciativas inovadoras;  
III – importância das empresas como agentes centrais do impulso inovador em contexto de livre mercado;  
(...)  
V – fomento ao empreendedorismo inovador como meio de promoção da produtividade e da competitividade da economia brasileira e de geração de postos de trabalho qualificados;  
(...).

junto com importantes temáticas para a fluidez e o crescimento de um ecossistema ‘empreendedor inovador efetivo’ (palavras presentes no texto legal), seja via parcerias público-privadas e outras contratações entre o Governo e a Esfera Privada, seja buscando promover um saudável clima de competitividade entre empresas nacionais, uma internacionalização de mercado, e, uma atração de investimentos estrangeiros, normatizou-as como diretrizes e princípios, através dos incisos IV, VI, VII, VIII e IX do referenciado artigo 3º do MLS<sup>15</sup> – primeiros passos para um novo e instigante ambiente de negócios no Brasil, hoje, potencializado ainda mais após a sanção e publicação de outro reforço legal: a conversão da Medida Provisória nº 1.040/2021<sup>16</sup> na Lei nº 14.195, de 26 de agosto de 2021<sup>17</sup> (Lei do Ambiente de Negócios).

Em suma, percebe-se que toda essa estrutura direcional e principiológica do MLS tem pretensão simples, porém necessária, ou seja, criar um acervo regulatório que proporcione segurança jurídica à esfera negocial, principalmente, no que tange à criação e manutenção de startups, e, favoreça:

---

15 Art. 3º Esta Lei Complementar é pautada pelos seguintes princípios e diretrizes:

(...);

IV – modernização do ambiente de negócios brasileiro, à luz dos modelos de negócios emergentes;

(...);

VI – aperfeiçoamento das políticas públicas e dos instrumentos de fomento ao empreendedorismo inovador;

VII – promoção da cooperação e da interação entre os entes públicos, entre os setores público e privado e entre empresas, como relações fundamentais para a conformação de ecossistema de empreendedorismo inovador efetivo;

VIII – incentivo à contratação, pela administração pública, de soluções inovadoras elaboradas ou desenvolvidas por startups, reconhecidos o papel do Estado no fomento à inovação e as potenciais oportunidades de economicidade, de benefício e de solução de problemas públicos com soluções inovadoras; e,

IX – promoção da competitividade das empresas brasileiras e da internacionalização e da atração de investimentos estrangeiros.

16 Ver MP nº 1.040/2021 em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-1.040-de-29-de-marco-de-2021-311282231>.

17 Ver Lei nº 14.195/2021 em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.195-de-26-de-agosto-de-2021-341049135>. Sancionada com vetos e publicada no Diário Oficial da União em 27/08/2021.

- I. o crescimento da Economia brasileira, em especial daquela própria do conhecimento, da tecnologia e do empreendedorismo inovador;
- II. a geração de novos postos de trabalho, principalmente, daqueles que exijam conhecimento específico e qualificado;
- III. uma maior interface entre o Poder Público e a esfera privada como meta para a modernização do ambiente de negócios pátrio; e, por consequência,
- IV. um maior desenvolvimento social; tudo isso, tendo como estandarte, uma valorização ainda maior da ‘liberdade contratual’ – em especial, nas relações estabelecidas entre empreendedores empresários, e, entre esses e seus investidores.

### **3. A INTERFACE ENTRE O PRINCÍPIO DA LIBERDADE CONTRATUAL E AS ATIVIDADES NEGOCIAIS PÁTRIAS**

Como princípio de direito contratual repetida vezes destacado nas últimas legislações pátrias promulgadas e voltadas à promoção do desenvolvimento da Economia brasileira (tais como as menções feitas na Lei da Liberdade Econômica<sup>18</sup> e no Marco Legal das Startups<sup>19</sup>), a liberdade contratual será, para fins de fundamentação teórico-normativa, brevemente abordada neste presente texto em seus aspectos conceituais, alcance normativo vigente e aplicabilidade diferenciada na esfera jurídico-empresarial, para, na sequência, ser objeto de análise frente aos questionamentos inicialmente propostos.

---

18 Ver artigos 2º e 7º – este, promovendo alteração no texto do artigo 421 do Código Civil vigente.

19 Ver inciso II do artigo 3º.

### 3.1 ABORDAGENS CONCEITUAIS E ALCANCE NORMATIVO DO PRINCÍPIO – PERSPECTIVAS CIVIL E EMPRESARIAL

Em linhas iniciais, Fiuza (2008)<sup>20</sup> afirma que, segundo a principiologia clássica do direito contratual brasileiro, a liberdade para contratar deriva da autonomia da vontade, uma vez que esta última “faculta às partes total liberdade para concluir seus contratos”; segundo o autor, diante da premissa apresentada, o contrato seria entendido “como fenômeno da vontade”, e, diante do exercício de uma ‘autonomia’ volitiva, as pessoas teriam ‘liberdade’ para:

1º) Contratar ou não contratar. Ninguém pode ser obrigado a contratar, apesar de ser impossível uma pessoa viver sem celebrar contratos.

2º) Com quem e o que contratar. As pessoas devem ser livres para escolher seu parceiro contratual e o objeto do contrato.

3º) Estabelecer as cláusulas contratuais, respeitados os limites da Lei.

4º) Mobilizar ou não o Poder Judiciário para fazer respeitar o contrato, que, uma vez celebrado, torna-se fonte formal de Direito. (FIUZA, 2008. p. 398).

Em que pese todo o exposto, o autor retro destaca que a liberdade em comento, mesmo em um contexto clássico, não seria absoluta, sendo, portanto, passível de exceções, tais como as seguintes situações exemplificativas: a Lei impor a determinadas pessoas o dever de contratar, como no caso “da obrigação dos comerciantes de não sonegar mercadorias”; ausência da liberdade para uma das partes “discutir as cláusulas contratuais”, como nos contratos de adesão; e, quando não se pode escolher o parceiro contratual, como nos casos de monopólio.

---

20 FIUZA, César. Direito civil: curso completo. 11. ed. revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2008. p. 398-399.

Considerando as transformações vivenciadas pela sociedade ao longo dos séculos XIX e XX, Donizetti e Quintella (2018)<sup>21</sup> lecionam que “o liberalismo, o individualismo e o voluntarismo foram substituídos pelos ideais do Estado social”, o que, conseqüentemente, gerou mudanças ímpares na mencionada principiologia contratual clássica, em especial, na constatação de que a liberdade contratual deixava de ser “tão autônoma quanto se pensava, vez que a própria desigualdade fática entre as partes” a limitava, o que levou, entre outros fatores, a dar “novos contornos ao princípio da autonomia da vontade, que passou a ser chamado de princípio da autonomia privada”.

Os autores acima ainda ensinam que, segundo essa nova leitura, “as liberdades de contratar e contratual, com suas respectivas decorrências, sofrem uma série de limitações, impostas pelos princípios gerais do Direito e pela lei”, como as advindas do função social do contrato, conforme dispõe o artigo 421 do Código Civil pátrio, dirigismo contratual esse que, recentemente, foi objeto de releitura, e, de certa flexibilização, advinda de alterações impostas pela Lei nº 13.874/2019 – que impôs a observância do disposto na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, e, instituiu que nas “relações contratuais privadas, prevalecerá o princípio da intervenção mínima do Estado, por qualquer dos seus poderes”, e, que possível “revisão contratual determinada de forma externa às partes será excepcional” (Art. 421, §único)<sup>22</sup>.

Diante de tais normativos, não seria diferente esperar reflexões de todo tipo e mudanças vindouras para um novo contexto mercadológico-empresarial afetado por esse momento de transição: daí, como consequência de um processo de releitura legislativa frente

---

21 DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. Curso didático de direito civil. 7. ed. revista e atualizada. São Paulo: Editora Atlas, 2018. p. 460-461. Os autores em foco ainda lecionam que o fenômeno delimitador dos contornos das limitações da liberdade contratual é chamado de dirigismo contratual, ou seja, “trata-se da possibilidade de intervenção do Estado no contrato para assegurar que este cumpra sua função social e respeite a dignidade dos contratantes” – fenômeno flexibilizado pela Lei da Liberdade Econômica e, agora, pelo MLS.

22 ‘Releitura’ essa que também pode ser vislumbrada no teor do art. 421-A do Código Civil pátrio.

aos novos anseios sociais, a contemporaneidade das promulgações do Marco Legal das Startups e da recém chegada da Lei do Ambiente de Negócios.

Contudo, como a finalidade do presente tópico é a apresentação de fundamentos teóricos-normativos para o debate proposto, não se pode seguir em uma apresentação da temática inicial, sem que a ‘liberdade contratual’ seja abordada sob uma perspectiva jurídico-empresarialista, já que o ecossistema empreendedor inovador e seus entes jurídicos aqui especificados e sob nova regulação, as startups e seus titulares e parceiros, exercem atividade comercial e estão em estrita interface com este ramo jurídico.

Forgioni (2020)<sup>23</sup> ensina que a pesquisa voltada para o estudo dos contratos empresariais “exige sua consideração como categoria unitária e autônoma”, diferente das abordagens civilistas atribuídas aos institutos em foco, e que essa reflexão sobre os negócios tidos como ‘mercantis’ somente se faz viável “mediante a prévia identificação dos traços peculiares que imprimem mecânica comum a todos eles”; entre essas diretrizes comuns aos contratos empresariais está a abordagem dispensada à liberdade contratual e ao *pacta sunt servanda*.

Para a autora retro, o segundo princípio, ou seja, a força obrigatória dos contratos viabiliza a existência do mercado, coibindo o oportunismo indesejável das empresas” e o cogitável “descumprimento da palavra empenhada”, já que contratos não se desfazem sem consequências e/ou reparações por simples vontade de uma das partes e não modificam seus regramentos clausulares sem o consenso dos envolvidos<sup>24</sup>. Inclusive, sobre a relação deste princípio com o Direito Empresarial, ela ainda destaca que

---

23 FORGIONI, Paula A. Contratos empresariais: teoria geral e aplicação. 5. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 109.

24 FORGIONI, Paula A. Op. cit. p. 112. A autora menciona que existem estudiosos, vinculados principalmente à Escola de Chicago, que discordam da premissa entabulada entre o *pacta sunt servanda* e o mercado, ou seja, que “o funcionamento do mercado exige que os pactos sejam respeitados”, defendendo o que uma “parte deveria ser autorizada a quebrar o contrato e a pagar a correspondente indenização nos casos em que esse comportamento fosse economicamente mais eficiente do que o

No passado, algumas vezes erroneamente difundiram que os juízes brasileiros não respeitariam os contratos, como se os magistrados ansiassem por meter suas penas nos ajustes privados, substituindo a vontade das partes no que tange a preços e condições. Essa não é a regra no direito empresarial. Ao contrário, percebe-se grande preocupação dos julgadores em manter os pactos, dotando o mercado de segurança e previsibilidade. (FORGIONI, 2020, p. 112).

Há quem diga, inclusive, que o *pacta sunt servanda* é o contraponto da liberdade contratual e que, apesar do agente ser “livre para realizar qualquer negócio jurídico dentro da vida civil, deve ser responsável pelos atos praticados, pois os contratos são celebrados para serem cumpridos” – esse é o posicionamento da relatoria feita pelo Desembargador Henrique Rodriguero Clavisio em uma apelação julgada no ano de 2014<sup>25</sup>, com o qual o presente texto não compactua com sua premissa pois, em que pese a importante preocupação acima destacada com o cumprimento dos pactos, principalmente na seara empresarial, dois momentos devem ser considerados antes de alguém contrapor a força obrigatória dos contratos à liberdade contratual (se é que são contrapontos e não institutos complementares geradores de paz social):

1. Segundo o já exposto, uma coisa seria a liberdade de contratar ou não contratar, escolher com quem contratar e o que contratar, e, instituir cláusulas que permeiem o teor empresarial em jogo (atendendo, por exemplo, as peculiaridades e necessidades dos contextos tecnológico e de inovação), tudo isso observando as limitações que a lei impõe aos contratantes empreendedores, tais como

---

adimplemento da obrigação” – postura denominada *efficient breach of contract* (e indica como fonte para consulta: POSNER, *Economic analysis of law*, 117).

25 Apelação nº 0001777-62.2010.8.26.0586, julgada em 29 de janeiro de 2014 pelo TJSP, com a relatoria do Des. Henrique Rodriguero Clavisio, fl. 7.

aquelas atinentes à função social do contrato, à licitude do objeto, e, à forma prescrita ou não defesa em lei – em que pesem as novas diretrizes normativas pátrias da Liberdade Econômica e do Ambiente de Negócios desburocratarem procedimentos, minimizarem possíveis intervenções estatais na esfera privada, e, de certo modo, flexibilizarem as citadas limitações, em especial, no contexto jurídico-empresarialista.

2. Outra coisa seria, após o exercício das liberdades contratuais citadas, honrar os compromissos assumidos, como reflexos dos ideais de probidade, boa-fé, e, de respeito à lei e às normas clausulares.

Em suma, como são muitas variáveis, contextos, olhares e momentos diferentes para considerar o exercício da **autonomia privada** (*grifo nosso*) no âmbito contratual e para se avaliar o fiel cumprimento de um pacto, o presente texto discorda da premissa utilizada pela relatoria do TJSP e acima exposta, que ressaltou uma contraposição principiológica, e, exalta o caráter complementar de justaposição entre o *pacta sunt servanda* e a liberdade contratual como instrumentos concretizadores de harmonia nas relações jurídicas instituídas e de paz social.

Além disso, considerando a interface principiológica retro mencionada, torna-se evidente que o exercício da liberdade contratual exigirá em momento oportuno a responsabilidade quanto ao cumprimento e aos efeitos dos acordos ajustados, principalmente na seara empresarial, **onde as simetrias informacional e técnica, e, por vezes, a simetria econômico-financeira dos empreendedores contratantes, fazem-se realidades de relações negociais praticadas com profissionalismo** (*grifo nosso*) – mesmo em atividades de alto risco como as engendradas pelas startups, já que planejamento, previsibilidade e seguranças legal e contratual, tornam-se requisitos inerentes para a busca do êxito (e lucro) almejado, e, para o enfrentamento das intempéries da livre e leal concorrência.

Inclusive, sobre essa mencionada interface principiológica e a aplicabilidade de suas diretrizes no campo jurídico empresarial, Forgioni (2020)<sup>26</sup> leciona que

No direito mercantil, mostram-se evidentes os princípios do *pacta sunt servanda* e da liberdade de contratar na orientação dos vínculos jurídicos. A ‘ideologia do contratualismo desvenda sua função: ‘favorecer a circulação dos bens que são objeto de propriedade’, de forma que ele ‘é, por isso mesmo, o centro da vida dos negócios, o instrumento por excelência da vida econômica’. Há uma ‘função ideológica’ nos contratos, que os fazem servir ao mercado e ‘proteger melhor determinados interesses’. Isso não significa que a liberdade de contratar seja irrestrita; mesmo no campo do direito comercial, ela se põe como limitada [lembre-se, por exemplo, da necessidade de controle das externalidades negativas e de incentivo das positivas]. Porém, é inegável que, de todas as áreas do direito, aquela empresarial mostra-se a arena na qual a liberdade econômica assume quadrantes mais largos. (FORGIONI, 2020, p. 118-119).

O fato é que a liberdade contratual na esfera empresarial sempre assumiu roupagem própria, viabilizando fluxo e exercício das atividades negociais de mesma estirpe – ainda mais agora, ancorado em diretrizes que estandartizam a ‘liberdade econômica’; e é por isso mesmo que o presente texto reafirma aqui aquela expectativa mencionada em linhas iniciais: a do mercado, quanto aos efeitos das novas leis promulgadas pelo atual Governo<sup>27</sup>, ainda mais na esfera do empreendedorismo inovador. Em período recente, não se viu como no atual, um conjunto normativo vigente que fosse tão afeto a viabilização de tantas possibilidades negociais, a uma proposta de intervenção

---

26 FORGIONI, Paula A. Op. cit., p. 118-119.

27 Os institutos normativos em questão seriam: a Lei de Liberdade Econômica (2019), o Marco Legal das Startups (2021) e a Lei do Ambiente de Negócios (2021).

estatal mínima, e, a uma liberdade contratual ‘aparentemente revigorada’. Portanto, independente do individualismo contratual que deu o tom para uma regulação própria em séculos anteriores, do dirigismo contratual que buscou, em momento posterior, equanimizar situações jurídicas de partes contratuais e corrigir abusos, e, da recente reassunção do sempre polêmico debate sobre o ‘solidarismo contratual’<sup>28</sup>, a verdade é que sob a égide do direito empresarial, os contratos e o exercício de sua inerente liberdade contratual sempre buscam e buscarão atender uma função econômica de destaque e visam e visarão resultados econômicos, de maneira direta ou indireta.

### **3.2 A LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA E A LIBERDADE CONTRATUAL**

A discussão sobre o exercício da liberdade contratual sob a égide de uma normatizada ‘Liberdade Econômica’ iniciou antes mesmo da promulgação da Lei que hoje disciplina a presente temática.

Inicialmente, instituída como princípio (art. 2º, inciso I) e apresentada como direito (art. 3º, inciso VIII), a liberdade contratual apresentada pela Medida Provisória (MP) nº 881 de 30 de abril de 2019 (que dispunha sobre a declaração de direitos da liberdade econômica), sofreu críticas na procedimentalização de seu exercício e gerou preocupações de grandes juristas pátrios quanto a excessiva valorização da vontade individual das partes e a possibilidade de afastamento das normas de ordem pública para correção de incipiências contratuais (em nome da honradez e da força obrigatória dos contratos), em especial, naqueles instrumentos de natureza empresarial – movimento que gerou alterações no teor de tais normas quando da conversão da citada MP na vigente Lei de Liberdade Econômica.

---

28 Sobre o assunto, vale a pena a leitura da obra ‘Direito Contratual Brasileiro: críticas e alternativas ao Solidarismo Jurídico’ – 2ª Edição – Editora Atlas –, de autoria do sério professor Luciano Benetti Timm.

Nesse sentido, Tartuce (2019)<sup>29</sup> leciona que tais críticas foram motivadas por constatarem, na seara empresarial, que a maioria dos negócios assumiam a tipologia ‘de adesão’, “com conteúdo imposto por uma das partes e sem margem de negociação” (inclusive, importa destacar que o texto da MP em foco, sequer diferenciava contratos mercantis paritários daqueles considerados ‘de adesão’); e o autor retro continua a análise explicando que em virtude dos citados comandos normativos presentes na MP referenciada “uma parte, inclusive o aderente, não poderia fazer uso de normas de ordem pública que poderiam lhe socorrer contra abusos contratuais praticados pelo outro negociante” – e exemplifica como fracasso para tal intenção legislativa, a situação do pequeno empresário aderente, frente aos interesses de uma grande empresa como sua contraparte contratual (questão para posterior análise, uma vez que ambos seriam empresários, e, em que pese a aparente assimetria econômica, nessa seara negocial, há de se pressupor possíveis simetrias informacional e técnica em momentos pré-contratuais e de celebração do vínculo pretendido, frente a inerente prática ‘profissional’ de suas atividades).

Segundo o autor retro, após emendas<sup>30</sup> e conversão da MP em Lei, a redação da citada norma passou a dispor que

constitui direito de toda pessoa, natural ou jurídica, para a concretização da liberdade econômica, “ter a garantia de que os negócios jurídicos empresariais paritários serão objeto de livre estipulação das partes pactuantes, de forma a aplicar todas as regras de direito empresarial apenas de maneira subsidiária

---

29 TARTUCE, Flávio. A “lei da liberdade econômica” (lei 13.874/19) e os seus principais impactos para o direito civil – primeira parte. Site Migalhas (24 de setembro de 2019). Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/311604/a-lei-da-liberdade-economica--lei-13-874-19-e-os-seus-principais-impactos-para-o-direito-civil-primeira-parte>>. Acesso em 29 de agosto de 2021.

30 TARTUCE, Flávio. Op. cit., 2019. O autor menciona que o projeto de conversão da MP 881/2019 em Lei recebeu vinte e três emendas e optou por uma alternativa intermediária, mais adequada, concretizando-se na atual redação do art. 3º, VIII da Lei de Liberdade Econômica.

ao avençado, exceto normas de ordem pública” (art. 3º, inc. VIII, da lei 13.874/19). (TARTUCE, 2019).

Nesse viés, percebe-se que a valorização da principiologia da liberdade contratual e, em especial, do *pacta sunt servanda*, somente influenciam expressa e diretamente os contratos ‘empresariais paritários’; inclusive, segundo Tartuce (2019) e Forgioni (2020), a presente norma confirma entendimento já consolidado no Superior Tribunal de Justiça<sup>31</sup>. Além disso, vale destacar que o novo texto normativo, nada mencionou sobre os contratos de adesão, o que pressupõe a possibilidade de aplicação das normas de ordem pública, para correção de possíveis assimetrias e abusos, e, em nada atrapalha a melhor adequação do atual texto do citado art. 3º, VIII, com os ideais da **autonomia privada** (*grifo nosso*) – o que continua provando que a liberdade contratual não é e nem pode ser absoluta, mesmo em momentos históricos de maior liberdade econômica.

#### **4. A LIBERDADE CONTRATUAL COMO UMA REALIDADE NORMATIVA-EMPRESARIAL PREEXISTENTE E O MARCO LEGAL DAS STARTUPS**

Como explicitado anteriormente, entre os princípios que pautam a Lei Complementar nº 182/2021 está o da ‘liberdade contratual’ que, segundo o legislador, faz-se “premissa para a promoção do investimento e do aumento da oferta de capital direcionado a iniciativas inovadoras” (artigo 3º, II).

---

31 FORGIONI, Paula A. Op. cit. p. 119. A autora, em nota de rodapé, leciona que “o disposto no art. 3º, VIII, da Lei n. 13.874, de 2019, vai no sentido consolidado da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: “O princípio da obrigatoriedade dos cumprimentos dos contratos – *pacta sunt servanda* – não pode ser levantado em face de uma norma de ordem pública, não havendo razão para que uma avença de natureza eminentemente privada se sobreponha ao interesse público” [REsp 663.781/RJ, julgado em 01.03.2005 pela 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, relatado pelo Min. José Delgado].”

Portanto, em primeiro lugar, importa esclarecer que, como princípio apontado pelo legislador, a liberdade contratual faz-se, segundo Perlingieri (2002)<sup>32</sup>, regra imposta a todos, uma vez que “é incontestável que as normas não são somente aquelas de tipo casuístico ou regulamentar (...): normas são também princípios”.

Como regra que é e ponto de partida para a atração de investimentos e capital para as startups, a liberdade contratual torna-se chave para múltiplas possibilidades, em um ambiente de negócios de notável crescimento, daí as altas expectativas, principalmente do setor empreendedor-inovador, quanto aos primeiros efeitos práticos desse conjunto normativo e a um promissor futuro que se anuncia.

Porém, como relatado neste texto, o princípio privatista da liberdade contratual, além de já ser instituto jurídico largamente estudado no campo teórico-doutrinário (desde a clássica autonomia da vontade ao alvorecer da autonomia privada), também pode ser vislumbrado em outras normas já vigentes, além daquela existente no inciso II, do artigo 3º do MLS. E como exemplos de tal assertiva, pode-se lançar mão dos teores das normas contidas nos já citados artigos 2º, I, e, 3º, VIII, da Lei nº 13.874/2019, e, 421 e 421-A, do Código Civil vigente.

Diante desse contexto, retomam-se os questionamentos iniciais: haveria necessidade de uma espécie de ‘reforço’ principiológico privatista para que o MLS atingisse suas finalidades? Qual a motivação para uma reverberação, para ecossistemas empreendedores, de uma liberdade contratual já positivada? Quais foram as intenções e quais são as perspectivas do legislador em reafirmar a ‘liberdade contratual’ no texto de um marco legal para as startups brasileiras?

Certo é que as almejadas respostas são importantes para a sedimentação dessa nova lei, e, além disso, gerarão fluxo de ações e reflexões promotoras de um necessário amadurecimento da relação entre os meios ‘jurídico’ e ‘empreendedor’ hodiernos.

---

32 PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil. Tradução de: Maria Cristina De Cicco. 3. ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 294.

#### 4.1 A NECESSIDADE DE REFORÇO OU NÃO PARA UMA LIBERDADE CONTRATUAL JÁ POSITIVADA

Historicamente, a liberdade contratual sempre foi um dos estandartes da autonomia da vontade e, mesmo depois da evolução contextual jurídico-social desta última para a contemporaneidade da autonomia privada, e, sob a influência principiológica constitucional de muitos ideários novos, como o da função social, sua essência ainda dispõe de destaque na representatividade de um dos institutos jurídicos ‘cernes’ do Estado constituído: **o contrato** (*grifo nosso*). Somente diante desta análise inicial ora feita, e, independentemente de menção no vigente Marco Legal das Startups, o leitor já pode dimensionar o valor e a extensão que a liberdade contratual sempre possuiu (e possui) no contexto histórico-normativo brasileiro.

Como regra e princípio que é, a liberdade contratual também é instituto que sempre apareceu e aparece em uma pluralidade de fontes normativas; exemplo disso são as muitas menções feitas logo acima, que vislumbraram seu ideário ou, simplesmente, se fizeram presentes de forma expressa (as existentes nos arts. 2º, I, e, 3º, VIII, da Lei nº 13.874/2019, 421 e 421-A, do Código Civil vigente, inclusive, a do art. 3º, II, do MLS). Elevada a princípio, a liberdade contratual se apresenta como regra basilar e norteadora desses conjuntos normativos, gerando influências no comportamento humano de todos submetidos aos seus efeitos, principalmente na seara negocial; contudo, não se pode deixar de observar que todos os artigos citados (e outros mais de temática pertinente) compõem uma esfera infraconstitucional do ordenamento jurídico, o que pode gerar inicialmente uma aparente imagem de desconforto e submissão aos princípios constitucionais contratuais, e, por isso, uma possível desvalorização do instituto. O que não é verdade.

Não se trata de ‘verdade’, o teor das assertivas retro, primeiro, porque como princípio contratual, a liberdade contratual deve coexistir harmonicamente com os demais princípios contratuais, constitucionais ou não. Entretanto, mais do que isso, em uma

análise atual da autonomia privada e sua relação com o regramento constitucional, é possível concluir que a liberdade contratual, como um de seus principais vértices, faz-se implícita no ideário dos direitos fundamentais, por se tratar, segundo Carreirão (2019)<sup>33</sup>, “de uma expressão do princípio da legalidade, na medida que é permitido aos particulares contratar nos limites do que não é proibido pela legislação”.

Portanto, se a liberdade contratual pode ser percebida como princípio constitucional, ela também apresenta-se em harmonia com toda a estrutura principiológica de mesma hierarquia normativa e a ela subordinada – essa é a essência da constitucionalidade das normas; e mais: importa frisar que a liberdade contratual já se fazia regra vigente em muitos conjuntos normativos infraconstitucionais anteriores ao MLS; portanto, a resposta ao questionamento do enunciado aparece naturalmente: não haveria necessidade de um ‘reforço’ principiológico-normativo para que o MLS atingisse sua finalidade de promoção de maiores investimentos e ofertas de capital direcionados às startups; o ordenamento jurídico brasileiro já dispunha de força, inclusive constitucional, para impulsionar o mercado empreendedor-inovador, sem que a liberdade contratual fosse reafirmada.

Contudo, vale destacar que ‘reafirmar’ não significa demérito ou depreciação do intento já anunciado. Repetições e insistência podem sim ser positivas no sentido da concretização da ação de ‘promover’; afinal, quem nunca se deparou com as máximas: ‘quem não aparece, não é lembrado!’ Ou, ‘a repetição é a mãe do aprendizado!’? Na verdade, todo o aprendizado até hoje adquirido exigiu da humanidade tempo e repetição objetivando a praticidade. Além disso, um assunto não mais comentado, se esvai também com a presença irretocável do tempo, e, ao contrário, até mesmo uma mentira, quando repetida muitas vezes, segundo alguns, se torna uma verdade – na ótica do presente texto, pelo menos se perpetua e permanece na memória dos

---

33 CARREIRÃO, Bernardo de Oliveira. liberdade contratual e constituição: a questão da eficácia dos direitos fundamentais nos contratos privados. Dissertação submetida ao PPGD da UFSC (orientador: Dr. Orlando Celso da Silva Neto). Florianópolis, 2019.

presentes. Considerando que o tom das novas leis que açambarcam o empreendedorismo emergente, em especial o tecnológico-inovador, acusa a intenção governamental de promover e desburocratizar um novo ambiente de negócios no Brasil, velando, inclusive, pelos micro e pequenos empresários, não se pode rechaçar a necessidade de um ‘reforço’ principiológico quanto à liberdade contratual se, ao olhar para o texto do MLS, é percebida uma nova teleologia, para além das simples finalidades jurídicas de regulação: a de promover o exponencial mercado das startups e, porque não, tornar presente a lembrança de que a liberdade contratual, exercida repetida vezes, como um ‘hábito’ (dentro da legalidade) e em nome dessa promoção, pode sim ser instrumento eficaz no intento legislativo.

#### **4.2 MOTIVAÇÃO LEGISLATIVA DE PREVISÃO PRINCIPIOLÓGICA PARA A LIBERDADE CONTRATUAL NO MLS**

Diante do raciocínio acima apresentado, ou seja, de que a presença normativo-principiológica da liberdade contratual no MLS atende mais do que sua função jurídica, tornando-se bom instrumento para a promoção do ecossistema empreendedor-inovador no Brasil, não seria difícil vislumbrar a motivação do legislador na reverberação de tal preceito diante da realidade do empreendedor brasileiro, dos muitos bons dados atuais levantados por Silvino et al (2021)<sup>34</sup> sobre

---

34 SILVINO, Monika Hosaki (org.). FREITAS, Bruna C. de; NUNES, Caroline Castro; AMORIM, Melissa C. Leão de; SILVINO, Monika Hosaki; OLIVEIRA, Naiara de; WAINSTEIN, Sandro V. (autores). Guia: entendendo o marco legal das startups. Site Baptista Luz Advogados. Disponível em: < <https://baptistaluz.com.br/espacostartup/guia-marco-legal-das-startups/>>. Acesso em 20 de julho de 2021. Os dados mencionados no corpo do texto foram colhidos pelos autores das seguintes fontes: **a)** DISTRITO. Comunidade Report 2021. São Paulo, maio 2021; **b)** PRADO, Matheus. Startups brasileiras receberam US\$ 1,9 bilhão em aportes no primeiro tri de 2021. 2021. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/business/2021/04/01/startups-brasileiras-receberam-us-1-9-bilhao-em-aportes-no-primeiro-tri-de-2021>>. Acesso em: 25 maio 2021; **c)** CARRILO, Ana Flávia. Crescimento das startups: veja o que mudou nos últimos cinco anos! 2020. Disponível em: <<https://abstartups.com.br/crescimento-das-startups/>>. Acesso em: 25 maio 2021; **d)** ABSTARTUPS (Brasil). Startupbase. 2021. Disponível em: <<https://startupbase.com.br/home/stats>>. Acesso em: 25 maio 2021.

esse nicho de mercado – e suas necessidades, contingências, riscos, planejamentos, estratégias existentes e possíveis, e, vantagens (vale a pena conferir nas fontes citadas) –, e, principalmente, das perspectivas possíveis, parametrizadas por números colhidos sobre a realidade de crescimento das startups brasileiras nos últimos anos.

Segundo os autores retro, nos três primeiros meses de 2021, “as startups brasileiras já receberam US\$ 1,9 bilhão em aportes, número que representa 54% do total de 2020”, sendo que o mês de março “foi o mais movimentado, com US\$ 962 milhões sendo distribuídos em 61 rodadas de investimentos”; e continuam informando que no mesmo período de 2021, “já ocorreram 58 transações de M&A no Brasil”. Tratam-se de números muitos expressivos e que demonstram largo exercício de liberdade contratual, situações tais que não poderiam ficar alheias ao um olhar mais atento do Governo (o que deveras, não ocorreu, frente aos novos conjuntos normativos promulgados).

Em perspectiva comparativa, os autores citados ainda destacam que de “2015 até 2019, o número de startups no país mais que triplicou, passando de 4.151 para 12.727 (um salto de 207%)”; destacam, inclusive, que segundo “um estudo da Expert Market, o Brasil está em 5º lugar numa lista de 15 países no que se refere à determinação do empresário em empreender”, e, que aproximadamente “50% das startups mapeadas em todo Brasil não faturam e apenas 3,4% faturam entre R\$500K e R\$1MM9”.

Portanto, tais dados por si só foram (e são) suficientes para o intercurso de muitos debates; claro, além de motivarem a apresentação de projetos de leis, : tais como os citados PLP nº 146/2019 e PLP nº 249/2020; contudo, mais do que motivadores, tais dados formaram e formam uma realidade que não só justificou todo esse processo de construção legal e suas intenções, como restam evidentes como fundamentação para a promulgação do MLS, e, recentemente, da Lei do Ambiente de Negócios – ambas as leis como instrumentos normativos promotores de mudança contextual, e, em especial, de desenvolvimento econômico-social do empreendedorismo inovador no país.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo esse mencionado contexto de aquecimento e crescimento exponencial do mercado empreendedor-inovador, é que enfatiza-se novamente: as expectativas são altas para os bons efeitos esperados do MLS – mais uma vez, invoca-se o universo legal para o enfrentamento dos desafios que serão gerados pelos riscos inerentes dos negócios disruptivos! E a multiplicidade de possibilidades oportunizadas pela liberdade contratual, tornam esse momento, ainda mais pródigo e ímpar!

Não obstante às expectativas mencionadas, o MLS gerou debates e até mesmo certa frustração de parte da doutrina, no que tange à normatização de aspectos do Direito Privado, pois simplesmente reproduziu estruturas e práticas já existentes no ordenamento jurídico pátrio, empregadas pelo mercado, e, possuidoras de potencialidades e eficácias próprias para a concretização de paz social. Entre os institutos replicados pelo MLS está o princípio da liberdade contratual, decorrente direto da autonomia da vontade, hoje, sob o viés da autonomia privada e reafirmado pela Lei da Liberdade Econômica, e, por isso, o presente texto buscou analisar os seguintes questionamentos: haveria necessidade de um ‘reforço’ principiológico privatista para que o MLS atingisse sua finalidade? Qual a motivação para uma reverberação da liberdade contratual já positivada para ecossistemas empreendedores? Quais foram as intenções e quais são as perspectivas do legislador em reafirmar a ‘liberdade contratual’ no texto de um marco legal para as startups brasileiras? Segundo a ótica do presente texto, as conclusões encontradas serão importantes para um debate contínuo de sedimentação do MLS, não obstante, serem ainda mais relevantes para o amadurecimento da relação entre os meios ‘jurídico’ e ‘empreendedor’, por esta nova Lei conectados.

Para o primeiro questionamento, concluiu-se que não haveria necessidade de um ‘reforço’ principiológico-normativo para que o MLS atingisse sua finalidade de promoção de maiores investimentos e ofertas de capital direcionados às startups, uma vez que o ordenamento

jurídico brasileiro já dispunha de força, inclusive constitucional, para impulsionar o mercado empreendedor-inovador, sem que a liberdade contratual fosse reafirmada. Apesar da constatação feita, o presente texto também não poderia retirar do reforço principiológico existente na norma do artigo 3º, II, do MLS, qualquer funcionalidade atribuída pelo legislador, uma vez que o tom dessa nova Lei, ao açambarcar o empreendedorismo tecnológico-inovador emergente, acusa a intenção governamental de promover e desburocratizar um novo ambiente de negócios no Brasil, velando, inclusive, pelos micro e pequenos empresários; portanto, para a liberdade contratual ali reafirmada, percebeu-se uma nova teleologia, para além das simples finalidades jurídicas de regulação: a de promover ainda mais o já exponencial crescimento do mercado de startups e, porque não, tornar presente a lembrança de que a liberdade contratual, exercida para inúmeros fins negociais que dela se servirem, dentro da legalidade, e, repetida vezes, como um ‘hábito’, em nome dessa promoção, pode sim ser instrumento eficaz nesse intento legislativo.

No que tange ao segundo questionamento, ou seja, sobre a motivação para uma reverberação da liberdade contratual já positivada para ecossistemas empreendedores, o próprio mercado hodierno de startups, mesmo diante de todas as crises econômicas difundidas pela mídia e vivenciadas pelos empreendedores, tornou fácil a resposta: o crescimento desse modelo de negócios é espantoso, conforme dados retro apontados, demonstrando franco exercício da liberdade contratual e oportunizando inúmeras outras possibilidades a ela inerentes, sob a égide da legalidade. Todo esse quadro não poderia provocar outra reação que não a mais comum frente às praxes expansionistas de novas situações jurídicas: motivação e mobilização do próprio legislador brasileiro no exercício da regulação e da promoção de segurança jurídica para a sociedade – o que atenderia, como consequência e segundo teor das normas do MLS, a intenção legislativa de criação de ambientes negociais nacionais mais favoráveis à inovação e à produção tecnológica, ao desenvolvimento e ampliação do empreendedorismo, à promoção de investimentos em

políticas públicas e planos de ações temáticos afins, e, à constituição e ao desenvolvimento de um número ainda maior de startups.

Por fim, sobre as perspectivas do legislador (e também dos demais *stakeholders*) em reafirmar a ‘liberdade contratual’ no texto de um marco legal para as startups brasileiras:

- a. frente a criação de condições negociais-mercadológicas mais favoráveis às startups: mantém-se a esperança na concretização de tais objetivos, através de respeito e estreita aplicação do texto legal e de outras ações de melhoria e desburocratização do ambiente de negócios nacional (por exemplo, os benefícios de reforço advindos da nova Lei do Ambiente de Negócios);
- b. frente a promoção de maior segurança jurídica para investidores e empreendedores: em perspectiva, deseja-se que os efeitos do MLS tragam, via liberdade contratual, maiores investimentos (com destaque agora para aquele de natureza privada e de baixo risco), principalmente externos, promovendo uma internacionalização do setor e aumentando a competitividade das empresas brasileiras no mercado internacional, e, criem calma e confiança para que os empreendedores e suas startups cresçam e expandam esse nicho do mercado brasileiro;
- c. e não menos importante, frente ao ideário de transformar o empreendedorismo inovador no principal vetor do desenvolvimento nacional: o conjunto normativo proposto pretende e espera concretização de uma maior interface entre os setores público e privado (agora com muitos instrumentos oferecidos pelo MLS), permitindo, inclusive, comportamentos da esfera pública em nome do fomento de startups, e, autorizando o Estado a comprar produtos e serviços oriundos desses modelos de negócios inovadores.

Em suma, se você é empreendedor, investidor, ou simples cidadão que se beneficia das tecnologias e inovações hodiernas, resta agora, esperar pelo melhor e agir em prol da eficácia do MLS – e isso, independente das dificuldades e crises que se apresentam para o setor de negócios!

Na verdade, ‘crises’ são comuns com o passar do tempo em diversas comunidades – e historicamente, os motivos são os mais variados para que se instalem e comunguem do cotidiano humano – e não é diferente agora pois, vivemos um período de muitas ‘crises’ concomitantes (econômicas, morais, políticas, militares etc) –, entretanto, um velho brocado se faz proposital para a situação crise-empendedorismo-legislação: tempos de crise para uns, tempo de oportunidades para outros! Portanto, se adapte e ‘mãos à obra’!

O fato é que ninguém quer perder dinheiro ou ninguém se envereda por um negócio objetivando fracasso! Portanto, vale entender os contextos e se comportar como parte do todo, dispensando individualismos! Em ambientes negociais, metas particulares se apresentam como uma realidade sim, contudo, de que adianta olhar para o próprio ‘umbigo’, se o meio em que você está inserido não lhe for favorável? Portanto, faça sua parte para que o MLS dê certo! Lembre-se: liberdade contratual sim, contudo, regida pelo princípio constitucional da Legalidade!

E, como última proposição: valorize o empreendedorismo! Quem não viu inúmeras pessoas vencerem as dificuldades desses últimos anos de crise político-econômica através do empreendedorismo e da inovação? Vários cidadãos não se deram por vencidos e, com resiliência e um ‘tempero’ de criatividade, não ficaram simplesmente esperando a felicidade ou a solução bater em suas portas! Por isso, prezado leitor, invista no empreendedorismo!

Uma bela passagem de Cury (2021)<sup>35</sup> descreve bem as alegrias e os desafios de ser um empreendedor; segundo o autor, ser empreendedor é: “executar sonhos, mesmo que haja riscos”, “enfrentar problemas,

---

35 CURY, Augusto. Dez leis para ser feliz: ser empreendedor. Site Pensador. Disponível em: <<https://www.pensador.com/frase/MzgwNzY/>>. Acesso em 30 de agosto de 2021.

mesmo não tendo forças”; “caminhar por lugares desconhecidos, mesmo sem bússola”; “tomar atitudes que ninguém tomou”; “ter consciência de que quem vence sem obstáculos, triunfa sem glória”. Portanto, siga, use a criatividade, pactue com responsabilidade, e, aproveite a oportunidade proporcionada pelo MLS e o novo ambiente de negócios brasileiro! Quem sabe, não chegou seu momento?

## REFERÊNCIAS

Apelação nº 0001777-62.2010.8.26.0586, julgada em 29 de janeiro de 2014 pelo TJSP, com a relatoria do Des. Henrique Rodrigo Clavissio, fl. 7.

ARAKE, Henrique Haruki; LIMA, Isabela Ramagem. Comentários sobre o marco legal das startups no senado. Site Consultor Jurídico (conjur.com.br) – 01 de março de 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-mar-01/arake-lima-comentarios-marco-legal-startups>>. Acesso em 25 de julho de 2021.

BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976: dispõe sobre as sociedades por ações. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/16404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16404consol.htm)>. Acesso em 16 de julho de 2021.

BRASIL. Lei nº 167, de 24 de abril de 2019: dispõe sobre a empresa simples de crédito (esc) e altera a lei nº 9.613, de 3 de março de 1998 (lei de lavagem de dinheiro), a lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, e a lei complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 (lei do simples nacional), para regulamentar a esc e instituir o inova simples. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp167.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp167.htm)>. Acesso em 15 de julho de 2021.

BRASIL. Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019: institui a declaração de direitos de liberdade econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o decreto-lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a consolidação das leis do trabalho, aprovada pelo decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a lei delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do decreto-lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019/2019\\_019/Lei/L13874.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019/2019_019/Lei/L13874.htm)>. Acesso em 15 de julho de 2021.

[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm)>. Acesso em 15 de julho de 2021.

BRASIL. Lei nº 14.195, de 26 de agosto de 2021: dispõe sobre a facilitação para abertura de empresas, sobre a proteção de acionistas minoritários, sobre a facilitação do comércio exterior, sobre o sistema Integrado de recuperação de ativos (sira), sobre as cobranças realizadas pelos conselhos profissionais, sobre a profissão de tradutor e intérprete público, sobre a obtenção de eletricidade, sobre a desburocratização societária e de atos processuais e a prescrição intercorrente na lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (código civil); altera as leis nºs 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 8.934, de 18 de novembro de 1994, 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 7.913, de 7 de dezembro de 1989, 12.546, de 14 de dezembro 2011, 9.430, de 27 de dezembro de 1996, 10.522, de 19 de julho de 2002, 12.514, de 28 de outubro de 2011, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (código civil), 13.105, de 16 de março de 2015 (código de processo civil), 4.886, de 9 de dezembro de 1965, 5.764, de 16 de dezembro de 1971, 6.385, de 7 de dezembro de 1976, e 13.874, de 20 de setembro de 2019, e o decreto-Lei nº 341, de 17 de março de 1938; e revoga as leis nºs 2.145, de 29 de dezembro de 1953, 2.807, de 28 de junho de 1956, 2.815, de 6 de julho de 1956, 3.187, de 28 de junho de 1957, 3.227, de 27 de julho de 1957, 4.557, de 10 de dezembro de 1964, 7.409, de 25 de novembro de 1985, e 7.690, de 15 de dezembro de 1988, os decretos nºs 13.609, de 21 de outubro de 1943, 20.256, de 20 de dezembro de 1945, e 84.248, de 28 de novembro de 1979, e os decretos-Lei nºs 1.416, de 25 de agosto de 1975, e 1.427, de 2 de dezembro de 1975, e dispositivos das leis nºs 2.410, de 29 de janeiro de 1955, 2.698, de 27 de dezembro de 1955, 3.053, de 22 de dezembro de 1956, 5.025, de 10 de junho de 1966, 6.137, de 7 de novembro de 1974, 8.387, de 30 de dezembro de 1991, 9.279, de 14 de maio de 1996, e 9.472, de 16 de julho de 1997, e dos decretos-Lei nºs 491, de 5 de março de 1969, 666, de 2 de julho de 1969, e 687, de 18 de julho de 1969; e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/>

web/dou/-/lei-n-14.195-de-26-de-agosto-de-2021-341049135>. Acesso em 27 de agosto de 2021.

BRASIL. Lei complementar nº 182, de 1º de junho de 2021: institui o marco legal das startups e do empreendedorismo inovador; e altera a lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e a lei complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Disponível em: <[http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw\\_Identificacao/lcp%20182-2021?OpenDocument](http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lcp%20182-2021?OpenDocument)>. Acesso em 11 de julho de 2021.

CURY, Augusto. Dez leis para ser feliz: ser empreendedor. Site Pensador. Disponível em: <<https://www.pensador.com/frase/MzgwN-zY/>>. Acesso em 30 de agosto de 2021.

CARREIRÃO, Bernardo de Oliveira. liberdade contratual e constituição: a questão da eficácia dos direitos fundamentais nos contratos privados. Dissertação submetida ao PPGD da UFSC (orientador: Dr. Orlando Celso da Silva Neto). Florianópolis, 2019.

DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. Curso didático de direito civil. 7. ed. revista e atualizada. São Paulo: Editora Atlas, 2018.

FIUZA, César. Direito civil: curso completo. 11. ed. revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2008.

FORGIONI, Paula A. Contratos empresariais: teoria geral e aplicação. 5. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

GOVERNO FEDERAL. Inova simples. Disponível em: <<https://www.gov.br/empresas-e-negocios/pt-br/inova-simples>>. Acesso em 15 de fevereiro de 2022.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida; FANTINI, Laiane Maris Caetano; VILAÇA, Leonardo Ferreira. As startups, o empreendedorismo e o direito: reflexões, estruturação jurídica e perspectivas. In:

ALCÂNTARA, Valderí de Castro; VILAÇA, Leonardo Ferreira (coords.). Empreendedorismo, organizações e direito. Belo Horizonte: Expert Editora Digital, 2021. p. 83-110.

MANOEL, Marcos Roberto de Moraes. Acertos e erros do marco legal das startups. Site Consultor Jurídico (conjur.com.br) – 17 de junho de 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jun-17/manoel-acertos-erros-marco-legal-startups>>. Acesso em 25 de julho de 2021.

MARTINELLI, Gustavo. Marco legal das startups: o que mudou? Site martinelliguimaraes.com.br – 12 de julho de 2021. Disponível em: <<https://martinelliguimaraes.com.br/marco-legal-startup/>>. Acesso em 25 de julho de 2021.

PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil. Tradução de: Maria Cristina De Cicco. 3. ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PICCOLOTTO, Letícia. Marco legal das startups: por um Brasil com mais inovação. Site JOTA Info – 08 de junho de 2021. Disponível em: <<https://www.jota.info/coberturas-especiais/inoa-e-acao/marco-legal-das-startups-por-um-brasil-com-mais-inovacao-08062021>>. Acesso em 25 de julho de 2021.

RIES, Eric. A startup enxuta: como os empreendedores atuais utilizam a inovação contínua para criar empresas extremamente bem-sucedidas. [tradução Texto Editores]. – São Paulo: Lua de Papel, 2012.

SILVINO, Monika Hosaki (org.). FREITAS, Bruna C. de; NUNES, Caroline Castro; AMORIM, Melissa C. Leão de; SILVINO, Monika Hosaki; OLIVEIRA, Naiara de; WAINSTEIN, Sandro V. (autores). Guia: entendendo o marco legal das startups. Site Baptista Luz Advogados. Disponível em: < <https://baptistaluz.com.br/espacostartup/guia-marco-legal-das-startups/>>. Acesso em 20 de julho de 2021.

TARTUCE, Flávio. A “lei da liberdade econômica” (lei 13.874/19) e os seus principais impactos para o direito civil – primeira parte. Site Migalhas (24 de setembro de 2019). Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/311604/a—lei-da-liberdade-economica—lei-13-874-19—e-os-seus-principais-impactos-para-o-direito-civil—primeira-parte>>. Acesso em 29 de agosto de 2021.

TIMM, Luciano Benetti. Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

# **17 POR UMA CONTRIBUIÇÃO À TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA**

**César Fiuza**

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor de Direito Civil na Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e na Acadêmica de Polícia Militar de Minas Gerais (APMMG) onde atua no Núcleo de Pesquisa em Ciências Policiais e Segurança Pública. Ocupa a Cadeira 14 da Academia Mineira de Letras Jurídicas. Advogado, consultor jurídico e parecerista. Sócio do Escritório César Fiuza e Bruno Lewer Sociedade de Advogados.





# POR UMA CONTRIBUIÇÃO À TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

**César Fiuza**

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor de Direito Civil na Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e na Acadêmica de Polícia Militar de Minas Gerais (APMMG) onde atua no Núcleo de Pesquisa em Ciências Policiais e Segurança Pública. Ocupa a Cadeira 14 da Academia Mineira de Letras Jurídicas. Advogado, consultor jurídico e parecerista. Sócio do Escritório César Fiuza e Bruno Lewer Sociedade de Advogados.

**SUMÁRIO:** 1. Resumo; 2. Introdução; 3. Escorço histórico; 4. Fundamento geral; 5. A teoria da desconsideração no Brasil; 6. Conclusão; Referências.

## 1. RESUMO

O presente texto tem por objetivo trabalhar a teoria da desconsideração, procurando solucionar a questão de se realmente se aplicaria no Direito brasileiro e em que situações. De fato, muito amiúde se invoca a referida doutrina, não só em questões de Direito Civil, mas em outros ramos do Direito, como o laboral e o tributário, para citar apenas dois, e talvez se a invoque mal, quando, por outras vias mais diretas, já previstas no ordenamento, poder-se-ia chegar ao mesmo resultado, qual seja, agredir o patrimônio dos sócios. Assim é que, analisando o instituto em seus pressupostos, pretende-se verificar se realmente sua aplicação seria adequada.

Palavras-Chave: Teoria; desconsideração; personalidade; pessoa jurídica.

## 2. INTRODUÇÃO

A inteligência humana criadora e produtiva também tem seu reverso. Logo se percebeu que a segurança atribuída pela personalidade jurídica, no que tange à separação patrimonial e à

limitação da responsabilidade de seus membros, poderia ser utilizada para fins diversos dos sociais. Na verdade, para fins imbuídos de má-fé e intenções fraudulentas. Por outros termos, a limitação da responsabilidade dos sócios logo se desvirtuou, passando de saudável instrumento de alavancagem do capitalismo industrial, a ferramenta nefasta para a consecução de fins escusos e fraudulentários. A partir daí, ou seja, diante desse quadro, que surge concomitantemente com a limitação da responsabilidade, delineia-se uma teoria que visa considerar ineficaz a estrutura da pessoa jurídica, quando utilizada sem virtude, principalmente com o objetivo de fraudar credores.<sup>1</sup>

### 3. ESCORÇO HISTÓRICO

A primeira sistematização dogmática da teoria da desconsideração da personalidade jurídica foi elaborada por Rolf Serick, enquanto as primeiras referências ao assunto foram encontradas, antes, em 1912, nos estudos do jurista norte-americano Maurice Wormser.<sup>2</sup>

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica consolidou-se nos tribunais norte-americanos, denominando-se *disregard doctrine*.

Registros doutrinários informam que o primeiro julgado em que foi aplicada a teoria da desconsideração da personalidade jurídica foi o conhecido episódio de *Salomon v. Salomon & Co. Ltd.*, ocorrido na Inglaterra, no final do século XIX.

O comerciante Aaron Salomon detinha 2.001 das 2.007 ações da empresa *Salomon & Co. Ltd.*, enquanto as outras seis ações pertenciam a sua esposa e a seus cinco filhos. Como forma de integralizar o capital correspondente a sua participação acionária, Aaron Salomon cedeu seu fundo de comércio particular à sociedade, por valor

---

1 MOURÃO, Gustavo César de Souza. Uma abordagem crítica da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. In: FIUZA, César (coord.). Curso avançado de direito civil. São Paulo: Thompson-IOB, 2004, passim.

2 COELHO, Fábio Ulhoa. Desconsideração da personalidade jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 09.

superfaturado. Desta forma, passou a ser credor da sociedade pela diferença, instituindo, ainda, uma garantia real em seu favor.

Na falência da referida sociedade, essa manobra permitiu ao sócio majoritário, Aaron Salomon, primeiramente, o direito de não honrar os débitos sociais, já que dispunha da prerrogativa legal da limitação de sua responsabilidade, e, posteriormente, de executar seu crédito preferencialmente aos demais credores sociais.

Tal estratégia gerou um litígio entre Aaron Salomon e a massa falida de *Salomon & Co. Ltd.*.

Primeiramente, a *High Court* aplicou a teoria da desconsideração, condenando o comerciante a pagar os débitos sociais inadimplidos, ao fundamento de que teria havido inequívoca confusão do patrimônio societário com o patrimônio pertencente a Aaron Salomon, já que, de fato, a Companhia nada mais era que uma representante deste.

Diante da análise da *Court of Appeal*, com fundamento na existência de uma característica relação fiduciária entre a pessoa jurídica e o sócio majoritário, a decisão foi mantida.

Não obstante, atendo-se aos princípios ortodoxos da separação patrimonial existente entre a pessoa jurídica e seus sócios, em 1897, a *House of Lords* reformou as decisões proferidas, entendendo que, embora as ações da *Salomon & Co. Ltd.* estivessem concentradas nas mãos de um único sócio, não haveria qualquer ilicitude na constituição da Companhia.

Há quem afirme, porém, que o *leading case* (primeiro caso) da teoria da desconsideração ocorreu nos Estados Unidos, ainda em 1809. Trata-se do caso do *Bank of the United States v. Deveaux*. O Juiz Marshall, *lifting the corporate veil*, isto é, alçando o véu protetor da personalidade jurídica da sociedade, no caso um banco, considerou características pessoais dos sócios, para fixar como competente para julgar o caso a *Federal Court*, diante do fato de serem estrangeiros os administradores da instituição financeira.<sup>3</sup>

---

3 KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante Koury. A desconsideração da personalidade jurídica (*disregard doctrine*) e os grupos de empresas. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, passim.

No Brasil, até bem pouco tempo, diversos tribunais aplicavam a teoria aos casos de abuso de direito e fraude, perpetrados pela má utilização da personalidade jurídica. Buscavam o fundamento na doutrina estrangeira e no art. 20 do Código Civil de 1916, que reconhecia a distinção entre a personalidade da sociedade e dos sócios.<sup>4</sup>

A positivação do instituto só ocorreu com o advento do Código de Defesa do Consumidor, em 1990, de forma dissociada de suas verdadeiras raízes.

Foi o Código Civil de 2002 que tratou da teoria em moldes mais adequados.

Na verdade, a doutrina da desconsideração, como se espera demonstrar, só deverá ser aplicada, quando não for possível responsabilizar os sócios pessoalmente por outros meios já previstos em lei.<sup>5</sup>

#### **4. FUNDAMENTO GERAL**

O fundamento da teoria da desconsideração é, sem mais, a responsabilidade civil dos sócios por conduta ilícita.

Genericamente, pode-se afirmar que a base primeira da dita doutrina são os arts. 186, 187 e 927 do Código Civil.

Os atos ilícitos, enquanto fontes de obrigações, consistem em toda atuação humana, omissiva ou comissiva, contrária ao Direito.

Enquanto conduta antijurídica, há atos ilícitos em várias esferas do Direito Civil e do Direito em geral. A desconsideração da personalidade jurídica vem, exatamente, amainar as consequências indesejáveis da ilicitude.

---

4 MOURÃO, Gustavo César de Souza. Uma abordagem crítica da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. In: FIUZA, César (coord.). Curso avançado de direito civil. São Paulo: Thompson-IOB, 2004, passim.

5 MOURÃO, Gustavo César de Souza. Uma abordagem crítica da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. In: FIUZA, César (coord.). Curso avançado de direito civil. São Paulo: Thompson-IOB, 2004, passim.

No Direito Civil, pode falar-se em ilícito na esfera dos contratos, bem como na esfera extracontratual. Todos com um ponto comum: a antijuridicidade.

Na esfera contratual, principalmente, é que se situa a teoria da desconsideração, para evitar os efeitos da conduta antijurídica, que na criação, administração ou extinção da pessoa jurídica, mormente das sociedades limitadas, tenha por fito lesar terceiros.

Também comum se encontrar, cuidando-se de ilicitude na esfera societária, os chamados ilícitos funcionais, denominados abuso de direito.<sup>6</sup>

O abuso de direito, fundamental para o entendimento da teoria da desconsideração, é ilícito em sentido amplo, não em sentido estrito. Não é intrinsecamente ilícito. Pode denominar-se ilícito funcional. Se há desvio funcional no exercício de um direito, o ato será ilícito.

Na verdade, o Direito é calcado em conceitos funcionais (função social da propriedade, da pessoa jurídica, dos contratos, da empresa etc.). Estes conceitos integram dois planos, o jurídico e o social. Assim, o prisma puramente normativo não seria mais adequado para abordar o Direito. A grande virada do Direito moderno é a passagem da estrutura para a função. As categorias, institutos, conceitos devem ser lidos de acordo com a função que exercem. Não basta reconhecer a existência de valores consagrados pelo Direito. É fundamental que o intérprete saiba operacionalizar esses valores. Assim, não basta reconhecer o valor função social, se não se souber aplicá-lo. A teoria do abuso de direito milita no sentido de operacionalizar a função social do direito.<sup>7</sup>

Para o Direito Privado, os efeitos do ato ilícito podem ser os mais variados, dependendo das consequências que gere. Assim, teremos, quanto a esses efeitos, ilícitos indenizantes, porque geram como efeito a indenização dos eventuais danos causados; ilícitos

---

6 BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Teoria dos ilícitos civis. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 118.

7 BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Teoria dos ilícitos civis. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 116 et seq.

caducificantes, porque geram a perda de um direito para seu autor (por exemplo, a perda dos benefícios da responsabilidade limitada); ilícitos invalidantes, que anulam o ato praticado ilicitamente (por exemplo, o contrato celebrado em fraude); e, finalmente, ilícitos autorizantes, uma vez que autorizam a vítima a praticar um ato, no intuito de neutralizá-los, como a desconsideração da pessoa jurídica e a responsabilização pessoal dos sócios.<sup>8</sup>

A conceituação genérica do que seja ilícito é tratada nos arts. 186 e seguintes do Código Civil.

Segundo o art. 186, ato ilícito é toda ação ou omissão voluntária, negligente ou imprudente que viole direito e cause dano a outrem.

A definição se refere a todas as modalidades de ilícito, embora seja muito restritiva. Ora, nem todo ato ilícito será culpável. Um indivíduo pode administrar seus negócios de modo formalmente correto, porém, na prática, incompatível com as melhores práticas, embora, frise-se, formalmente correto. Pode tratar-se de abuso de direito, que é ato ilícito. No caso, ato ilícito que pode ter sido praticado até mesmo de boa-fé, sendo desnecessário qualquer traço de culpabilidade. A consequência poderá ser a responsabilização pessoal do administrador, independentemente da responsabilidade formalmente limitada. O que interessa é que poderá haver consequências, se houver dano.

A presença da culpabilidade e do dano só são essenciais para gerar os efeitos civis, não para a caracterização do ilícito. Tanto é verdade, que há hipóteses em que o próprio Código Civil dispensa, seja o dano (art. 416), seja a culpabilidade (art. 187), para que o ilícito produza seus efeitos devidos, embora o ato seja efetivamente ilícito. Em outras palavras, todo ato antijurídico é ilícito para o Direito em geral, e para o Direito Privado em especial. As consequências que gerará é que dependerão dos elementos extras (além da ilicitude), exigidos por cada ramo do Direito. Para o Direito Privado, esses elementos são, como regra, a culpabilidade e o dano; para o Direito Penal, necessariamente a culpabilidade e a tipicidade, e assim por

---

<sup>8</sup> Mais sobre o tema e sobre essa classificação, ver BRAGA NETTO. Teoria dos ilícitos civis, 2003.

diante. Há, portanto, que estabelecer dois planos, o da existência do ilícito, no qual só se impõe a antijuridicidade; e o da eficácia (geração de efeitos), no qual se impõem os demais requisitos de cada ramo do Direito, quais sejam, culpabilidade, dano, tipicidade etc.

Na verdade, o art. 186 do Código Civil procura estipular uma cláusula geral de ilicitude, que vigorará como regra. Em outras palavras, o ato ilícito, seja ele contratual ou extracontratual, como regra, só gerará responsabilidade para quem o pratica, se for culpável e lesivo. Há, entretanto, várias exceções, que serão previstas caso a caso pela Lei.

Em síntese, ato ilícito é conduta humana violadora da ordem jurídica. A ilicitude implica sempre quebra de dever jurídico e pode gerar várias consequências. Como regra, só o ilícito culpável e lesivo gera responsabilidade civil, mas há exceções.

Segundo a regra do art. 186, porém, não basta a antijuridicidade para que o ato ilícito gere responsabilidade. Além desta, devem também estar presentes a culpabilidade, o dano e onexo causal.

Em síntese, segundo a cláusula geral do art. 186, o ato ilícito, para gerar responsabilidade, terá como elementos, além da antijuridicidade, a culpabilidade, o dano e onexo de causa e efeito entre conduta culpável e dano.

Evidentemente, essa definição se refere amplamente aos ilícitos contratuais e extracontratuais, uma vez que se localiza na Parte Geral do Código, com redação extremamente aberta.

O art. 187 do Código Civil, a seu turno, dispõe que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

A redação do artigo, numa leitura desatenta, confunde abuso de direito com ato ilícito, dando àquele tratamento de delito, quando, segundo a doutrina mais moderna, seriam institutos diferentes. A crítica que se faz é no sentido de que o legislador mistura os dois

institutos, analisando-os apenas pelos efeitos, o que poderia tornar insuficiente a sanção atribuída aos casos de abuso de direito.<sup>9</sup>

O abuso de direito ocorre, quando uma pessoa, ao exercer direito legítimo, excede os limites impostos por seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Como se verá, a teoria do abuso de direito é importantíssima para a doutrina da desconsideração, o que fica claro na própria redação do art. 50 do Código Civil, que já começa referindo-se a abuso de personalidade.

Na verdade, é mesmo ato ilícito, não ato intrinsecamente ilícito, como o homicídio, ou um avanço de sinal de trânsito, mas ato ilícito funcional, nas palavras de Felipe Peixoto Braga Netto.<sup>10</sup>

As consequências do abuso de direito, enquanto ilícito funcional, podem ser as mais diversas, variando da simples indenização ao desfazimento do mal feito, dentre outras.

Uma pessoa tem o direito de gerenciar seus negócios da forma que melhor entender, dentro dos limites legais. Acontece que, mesmo respeitando esses limites, certo indivíduo pode colocar em risco, não apenas seu próprio empreendimento, mas também o de terceiros. Poderia estar, assim, cometendo abuso de direito. O ato é formalmente correto. O indivíduo age dentro dos limites formais de seu direito; está preenchida a estrutura normativa do direito, mas são ultrapassados os limites da boa-fé; não se cumpre o valor normativo que é o fundamento de validade do direito.<sup>11</sup>

É óbvio que no ato intrinsecamente ilícito, o agente pratica ato contrário ao Direito, que, nem na aparência, se pode confundir com o exercício legítimo de direito subjetivo. Se mato alguém, se bato o carro, não estou exercendo nenhum direito fora dos limites; estou agindo contra o Direito, pura e simplesmente. Se tanto no abuso de direito, que é ato ilícito funcional, quanto no ato intrinsecamente ilícito, o agente

---

9 CARPENA, Heloísa. Abuso de direito nos contratos de consumo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 58.

10 BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Teoria dos ilícitos civis. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 118.

11 CARPENA, Heloísa. Abuso de direito nos contratos de consumo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 58.

pratica ato antijurídico, no abuso de direito, há o exercício legítimo de um direito subjetivo, que ultrapassa certos limites, enquanto no ato intrinsecamente ilícito, tal não se dá. Em outras palavras, o ato intrinsecamente ilícito nada tem de exercício legítimo de direito.

Em alguns casos, o ato intrinsecamente ilícito pode derivar do exercício de um direito, que ultrapasse seus limites formais. Por exemplo, se uma pessoa dirige em alta velocidade, estará praticando ato intrinsecamente ilícito. Ao exercer seu direito de dirigir, violou o limite formal de velocidade. Não se trata de abuso de direito, ilícito funcional, uma vez que o ato é formalmente antijurídico, não apenas funcionalmente. Ninguém tem o direito legítimo de dirigir acima da velocidade razoável. Mas, ao contrário, se uma pessoa, propositadamente, administra uma empresa de forma incompetente, dentro dos limites formais da boa técnica, com o objetivo de fraudar os demais sócios, ou os credores, estará cometendo abuso de direito. Na aparência, o ato é perfeito, legítimo. Formalmente, essa pessoa não está cometendo nenhuma antijuridicidade. Ocorre que, do ponto de vista valorativo, funcional, estará ultrapassando os limites impostos pela boa-fé.

As consequências do ato abusivo podem ser diferentes das do ato intrinsecamente ilícito.

O abuso de direito pode gerar obrigação de indenizar, como pode gerar outra espécie de sanção. Tudo dependerá do caso concreto.

Nos exemplos dados acima, principalmente no último, as consequências do abuso do direito de administrar consistem em que o culpado deverá indenizar os danos causados a terceiros, eventualmente com seu próprio patrimônio. Mas se tomarmos outro exemplo, veremos que não será a indenização a consequência. Imaginemos um contrato em que uma pessoa se obrigue a realizar para outra, serviços de pintura ou de marcenaria, incumbindo ao credor dos serviços a escolha. Este, de má-fé, sabendo que, dadas as circunstâncias, será muito mais penoso ao devedor realizar os serviços de pintura, escolhe estes últimos, com a clara intenção de prejudicar o devedor, onerando-o excessivamente. Nesse caso, o credor está agindo dentro

dos limites formais de seu direito de escolher. Foram, porém, violados os limites da boa-fé. Diante disso, caberia ao devedor, provando a má-fé do credor, ou seja, provando o abuso de direito, exigir judicialmente que o credor aceite os serviços de marcenaria, ou libere-o da obrigação. Não há falar em indenização, uma vez que não houve dano.

Muito embora em alguns casos seja importante a prova da má-fé de quem pratique o ato abusivo, esta não é essencial para a configuração do abuso de direito. Seus requisitos são objetivos: basta exceder os limites impostos pelos fins econômicos ou sociais do direito, pela boa-fé (conduta adequada), ou pelos bons costumes para se estar praticando abuso. Assim, a pessoa que administre a empresa nos limites das boas práticas, fraudando sócios e/ou credores, estará praticando abuso de direito, mesmo que não esteja agindo de má-fé, ou seja, dolosamente. Sua conduta é, porém, inadequada, contrária à boa-fé e aos bons costumes.

Historicamente, a teoria do abuso de direito começa no século XIX, desenvolvendo-se no século XX. Encontra raízes na *aemulatio* do Direito Medieval, que se caracterizava quando uma pessoa praticasse um ato, aparentemente correto, mas sem nenhum propósito que não o de prejudicar seu vizinho. A partir dessa ideia, a doutrina e os tribunais europeus, principalmente os franceses e alemães, num primeiro momento, engendraram a teoria do abuso de direito, hoje consagrada em todo o mundo.

## **5. A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO NO BRASIL**

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica, ao contrário do que possa parecer, é uma ratificação do instituto da personalização da pessoa jurídica, na medida em que não a anula; apenas não a considera para certos atos praticados com desvio de finalidade. Parte de dois pressupostos: a pessoa jurídica tem personalidade distinta da dos sócios, e a responsabilidade destes é limitada. Caso se trate de sócios com responsabilidade ilimitada, não há falar em desconsideração da personalidade jurídica, simplesmente

por não ser necessário, uma vez que o patrimônio pessoal dos sócios responde mesmo pelas dívidas da sociedade.

A primeira tentativa de positivação do instituto ocorreu no art. 28 do Código de Defesa do Consumidor.

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.  
§ 1º (Vetado).

§ 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa.

§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

Este artigo possui dois problemas sérios. Em primeiro lugar, mistura casos de genuína aplicação da teoria a casos em que não se aplicaria, por terem outra solução legal, em que os sócios já são penalizados pessoalmente. Em segundo lugar, há um grande exagero no último período do *caput*, que impõe aos sócios as penalidades do insucesso gerado pela má administração. Ocorre que foi exatamente para proteger os sócios de eventuais problemas externos e mesmo de uma eventual má administração, que surgiu a responsabilidade limitada. É também exatamente por isso, que se faz a distinção entre

a pessoa jurídica e a pessoa dos sócios.<sup>12</sup> (STAJN, 1992, p. 71). O Código do Consumidor, em sua ânsia protetiva, se olvidou de tudo isso. Não se deve confundir má administração com má-fé.

A mesma tentativa equivocada ocorreu no art. 18 da Lei nº 8.884/94 (Lei Antitruste).

Art. 18. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

Novamente, o texto legal aplica a teoria da desconsideração a situações para as quais já há solução na Lei. O caso acima, da Lei Antitruste, poderia ser resolvido com o art. 1.016 do Código Civil ou pelos arts. 117 e 158 da Lei nº 6.404/76 (Lei das Sociedades Anônimas).

Art. 1.016. Os administradores respondem solidariamente perante a sociedade e os terceiros prejudicados, por culpa no desempenho de suas funções.

Art. 117. O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder.

Art. 158. O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão;

---

12 SZTAJN, Rachel. Desconsideração da personalidade jurídica. Revista do Direito do Consumidor, v. 2, Ed. RT, 1992. p. 71.

responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder:

I – dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo;

II – com violação da lei ou do estatuto.

Nos casos dos artigos citados, como se pode perceber, não é necessário se aplicar a doutrina, por já haver responsabilização pessoal dos sócios e/ou administradores.

Ademais, a Lei Antitruste incorre no mesmo erro do Código do Consumidor, ao impor aos sócios as penalidades do insucesso gerado pela má administração.

No entendimento de alguns, a CLT também admitiu a possibilidade de desconsideração no § 2º do art. 2º:

Art. 2º [...]

§ 2º Sempre que uma ou mais empresas, tendo embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

Conforme se vê, trata-se de simples caso de responsabilidade solidária pelo pagamento dos débitos trabalhistas. Não é, definitivamente, uma hipótese típica de desconsideração da personalidade jurídica.

Também pode parecer que os arts. 134, VII e 135, III do Código Tributário Nacional sejam casos de superação da personalidade jurídica.

Eis o teor dos dispositivos:

Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:

[...]

VII – os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas.

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

[...]

III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Como fica claro da leitura dos artigos, os dispositivos significam apenas que, em determinadas circunstâncias, os sócios são responsáveis por dívida alheia – no caso, dívidas da sociedade. Não envolvem qualquer quebra ao princípio da separação entre o ser da pessoa jurídica e o ser da pessoa membro.<sup>13</sup>

O Código Civil de 2002 trouxe, em seu art. 50, o que pode ser entendido como o verdadeiro “espírito” da teoria:

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

---

13 OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de Oliveira. A dupla crise da pessoa jurídica. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 520.

As manifestações doutrinárias mais recentes apontam no sentido de que a redação do art. 50 do Código Civil reflete, com maior fidelidade, os princípios basilares da teoria da desconsideração.<sup>14</sup> (CEOLIN, 2002, p. 18).

O abuso da personalidade ganhou tipificação aberta, ficando as hipóteses concretas subsumidas às espécies concebidas como “desvio de finalidade da pessoa jurídica” e “confusão patrimonial” entre os bens da pessoa jurídica e seus membros.

Ocorrerá desvio de finalidade, sempre que a pessoa jurídica não cumprir a finalidade a que se destina, causando, com isso prejuízos a terceiros. Além disso, é também desvio de finalidade, ou melhor, de função, o desrespeito ao princípio da função social da empresa.

A confusão patrimonial ocorrerá quando não for possível estabelecer claramente o que é da sociedade e o que é dos sócios. Destaque-se que a confusão patrimonial também ocorre nos casos de dissolução irregular da pessoa jurídica, quando desaparecem os sócios e os bens, e remanescem débitos a serem pagos.

Caberá ao juiz aplicar fundamentadamente o instituto, diante das regras genéricas estabelecidas pelo Código.

Mas quando se faria uso da teoria da desconsideração da personalidade jurídica?

Tal questionamento é bastante pertinente, pois, como visto, existem no ordenamento jurídico dezenas de hipóteses de responsabilização pessoal e direta dos sócios, bem como outras diversas hipóteses de anulabilidade dos negócios jurídicos praticados.

O que se vê na prática dos tribunais é uma aplicação leviana do instituto, o que pode, seguramente, levar ao seu desvirtuamento e banalização, tornando-o, em última instância, ineficaz.

Segundo os arts. 133 e seguintes do Código de Processo Civil, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando

---

14 CEOLIN, Ana Carolina Santos. Abusos na aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 18.

lhe couber intervir no processo. O pedido deverá, evidentemente, observar os pressupostos previstos em lei.

O incidente de descon sideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial. No entanto, dispensa-se a instauração do incidente, se a descon sideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica.

Instaurado o incidente, suspender-se-á o processo, e o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de quinze dias.

Concluída a instrução, o incidente será resolvido por decisão interlocutória.

Se o pedido de descon sideração for acolhido, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente.

Cabe, por fim, acrescentar, que a teoria da descon sideração aplica-se incondicionalmente às sociedades limitadas unipessoais.

## **6. CONCLUSÃO**

Em primeiro lugar, devemos ter em mente que a descon sideração da personalidade jurídica é medida anômala e excepcional, cujas hipóteses mostram-se corretamente dispostas no art. 50 do Código Civil. Tendo isto em mente, há de se partir dos dois requisitos independentes para a aplicação da teoria: desvio de finalidade ou confusão patrimonial, perpetrados através do abuso da estrutura da personificação.

Para a correta aplicação do instituto devem ser mesclados os seguintes objetivos: coibir a fraude, o desvio de finalidade da pessoa jurídica, a confusão patrimonial, garantir o direito de receber dos credores e proteger o instituto da pessoa jurídica.

Além disso, deve o intérprete ficar atento para o fato de não haver nenhuma outra norma que resolva o caso, responsabilizando os sócios pessoalmente.

Um exemplo seria o do administrador de uma sociedade mineradora, que, para desvalorizar certo terreno, empreende atividades de mineração, de modo a arruinar o ambiente local. Além de ser a sociedade responsável pelos danos ambientais, poderá ser o caso de se desconsiderar a personalidade jurídica, a fim de se atingir a pessoa do sócio administrador.

A correta compreensão do instituto da desconsideração da personalidade jurídica permitirá sua boa aplicação, realçando-lhe a utilidade.

## REFERÊNCIAS

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Teoria dos ilícitos civis. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CARPENA, Heloísa. Abuso de direito nos contratos de consumo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CEOLIN, Ana Carolina Santos. Abusos na aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

COELHO, Fábio Ulhoa. Desconsideração da personalidade jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante Koury. A desconsideração da personalidade jurídica (*disregard doctrine*) e os grupos de empresas. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MOURÃO, Gustavo César de Souza. Uma abordagem crítica da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. In: FIUZA, César (coord.). Curso avançado de direito civil. São Paulo: Thompson-IOB, 2004.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de Oliveira. A dupla crise da pessoa jurídica. São Paulo: Saraiva, 1979.

SZTAJN, Rachel. Desconsideração da personalidade jurídica. Revista do Direito do Consumidor, v. 2, Ed. RT, 1992.

# **18 REFLEXÕES SOBRE A ATUAÇÃO DO ESTADO E DA ESFERA PRIVADA NA OBTENÇÃO DA PLENITUDE DOS DIREITOS REAIS FACE À REALIDADE DA PROPRIEDADE DEFECTIVA: o paradigma de Denis Lerrer Rosenfield**

**Adriano Stanley Rocha Souza**

Pós-Doutor pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG). cursou disciplinas isoladas no Programa de Doutorado da Universidad de Deusto, em Bilbao (Espanha). Atualmente é professor Adjunto IV da PUCMG. Autor de vários artigos jurídicos, capítulos de livros e dos Livros “Direito das Coisas”, “Tutelas de Urgência na Reparação do Dano Moral” e “Dano Moral e Punitive Damages”. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil, atuando principalmente nos seguintes temas: direito civil, propriedade, responsabilidade civil, dano moral e meio ambiente.

**Leonardo Ferreira Vilaça**

Doutorando em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG). Mestre em Direito Internacional e Comunitário pela PUCMG. Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos – Nova Lima/MG. Especialista em Advocacia Empresarial e em Coordenação Pedagógica pela PUCMG e em Direito Processual Civil pela Universidade de Itaúna/MG (UIT). Professor na Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG). Advogado.



# **REFLEXÕES SOBRE A ATUAÇÃO DO ESTADO E DA ESFERA PRIVADA NA OBTENÇÃO DA PLENITUDE DOS DIREITOS REAIS FACE À REALIDADE DA PROPRIEDADE DEFECTIVA: o paradigma de Denis Lerrer Rosenfield**

**Adriano Stanley Rocha Souza**

Pós-Doutor pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG). Coursou disciplinas isoladas no Programa de Doutorado da Universidad de Deusto, em Bilbao (Espanha). Atualmente é professor Adjunto IV da PUCMG. Autor de vários artigos jurídicos, capítulos de livros e dos Livros “Direito das Coisas”, “Tutelas de Urgência na Reparação do Dano Moral” e “Dano Moral e Punitive Damages”. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil, atuando principalmente nos seguintes temas: direito civil, propriedade, responsabilidade civil, dano moral e meio ambiente.

**Leonardo Ferreira Vilaça**

Doutorando em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG). Mestre em Direito Internacional e Comunitário pela PUCMG. Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos – Nova Lima/MG. Especialista em Advocacia Empresarial e em Coordenação Pedagógica pela PUCMG e em Direito Processual Civil pela Universidade de Itaúna/MG (UIT). Professor na Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG). Advogado.

**SUMÁRIO:** 1. Resumo; 2. Noções introdutórias e marcos de reflexão; 3. Plenitude no exercício do direito à propriedade – paradigma, matriz de pensamento, realidade defectiva e a atuação estatal; 4. A valorização social e o reconhecimento estatal do direito à propriedade; 5. A função social da propriedade – urbanidade prática de utilização e contributos ideológicos de defectividade; 6. Reflexões sobre o Estado ‘ideal’ para a devida tutela à propriedade; 7. Estado de direito e plenitude do direito à propriedade – o referencial lockeano e considerações finais; Referências; Outras referências para leitura.

## **1. RESUMO**

O presente texto tem por objetivo promover uma reflexão sobre as atuais posturas, atuações e deficiências do Estado e da Esfera Privada

na tutela do Direito à Propriedade, e, apresentar, como resultado de investigação, pesquisa e debate, alternativas jurídicas viáveis para a superação de dois grandes desafios, a saber: a invocação, em demasia, do ideário social dominial (da função social da propriedade), já constitucionalizado, entretanto, intangível, por vezes, no cotidiano prático de seu exercício, para uma parcela considerável de brasileiros; e, os distorcidos e ‘defectivos’ usos dos institutos ‘posse’ e ‘propriedade’, traduzindo-se em privilégios para uma minoria – minoria que abusa das carências e condição de hipossuficiência socioeconômica da maioria, e, das incompletudes regulatórias vigentes, em nome de uma pretensa e ‘verdadeira’ justiça social. Por se tratar de um estudo com bases descritivas de realidades sociais hodiernas e coleta de dados investigativos exploratórios, principalmente na busca de fundamentação doutrinária e jurisprudencial, a pesquisa ora em foco adotou viesses bibliográfico e histórico, utilizando-se do método dedutivo e, especialmente, da produção científica de Denis Lerrer Rosenfield como marco teórico.

Palavras-Chave: Direito; Propriedade; Posse; Defectividade; Social.

## **2. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS E MARCOS DE REFLEXÃO**

Refletir sobre o Direito à Propriedade nos tempos atuais se faz um grande desafio, principalmente, frente ao ‘badalado’ ideário da função social, constitucionalizado, contudo, por vezes, intangível no cotidiano prático de seu exercício para inúmeros cidadãos brasileiros, e, aos distorcidos e ‘defectivos’ usos dos institutos ‘posse’ e ‘propriedade’, traduzindo-se em privilégios para uma minoria, dilemas esses, que serão aprofundados adiante, no corpo do presente texto.

Vale destacar também, que o enfrentamento de demandas pertinentes à temática ‘propriedade’ acaba impetrando importância ao instituto da ‘posse’ e às consequências de sua devida utilização ou não.

Na realidade sul-americana, a relação estabelecida entre a positivação dos direitos à posse e à propriedade e o exercício diário dos mesmos frente às mais elementares necessidades humanas apresenta diferentes e sérias questões, como as que Rosenfield (2008) aponta no Brasil:

Em países como o Brasil, sobretudo em suas áreas favelizadas, (...) encontramos casas construídas em terrenos cujos direitos de propriedade não estão adequadamente registrados. Verificamos, também, a existência de empresas sem constituição legal e sem obrigações definidas, de indústrias e negócios diversos que não são reconhecidos nem podem eles ser financiados pelo sistema legal. Isto significa que o capital aí (...) não é (...) existente (...), constituindo-se numa espécie de capital morto, (...) fora do sistema legal de propriedade. Posses defectivas são ativos que não podem ser adequadamente valorizados por entraves burocráticos e jurídicos, funcionando, (...) à margem da sociedade, porém, dela dependentes e tributáveis. (ROSENFELD, 2008, p. 75).

Além do choque de realidade que a citação retro proporciona ao leitor, principalmente no que tange a um descompasso prático na concretização de direitos constitucionais e reais vigentes, uma leitura mais atenta do texto permite destaque de um específico termo: defectivo; termo usado como qualificador do instituto ‘posse’, mas que interessa para uma reflexão crítica ainda maior quanto aos seus significados e respectivos impactos junto ao conjunto pátrio de normas civis vigentes.

Segundo o site Dicionário Online de Português (2020), ‘defectivo’ é um adjetivo atribuído a tudo aquilo que carece de algo, que está incompleto, ou, que é defeituoso; se maiores verificações forem feitas quanto aos significados para o termo em questão, similaridades serão

o resultado da pesquisa: imperfeito, inacabado, parcial, restrito, truncado, entre outros.

Como pode ser observado, por lógica, uma posse ‘defeituosa’ pode ser fruto de diversos fatores hodiernos, sem descartar, ser também, consequência de problemas reincidentes na forma de organização da sociedade brasileira – pois, uma posse irregular impacta na concretização regular e necessária da propriedade privada.

O fato é que o mencionado termo traz a baila inúmeras reflexões sobre as reais condições de existência e de aplicação do ordenamento jurídico brasileiro sobre o real papel do Estado na fiscalização e no exercício de outras atuações funcionais, sobre o cada vez maior abismo econômico-social entre os ricos e pobres, e, sobre os vários obstáculos administrativos-legais que resvalam no exercício e na realização de direitos, obrigações e deveres.

Tudo isso se traduz em uma realidade de privilégios para uma minoria, demonstrando que a defectividade é atributo prático, em especial, da posse contemporânea (inegável em fatos e notícias), mas que também é sina do direito de propriedade, quando reveladas suas carências e incompletudes tutelares. Além disso, os efeitos dessa apontada situação geram um setor social sonegador de tributos, e por isso, objeto de fiscalizações constantes, e, carente de várias espécies de segurança que um Estado de Direito poderia oferecer, segundo informa Rosenfield (2008, p. 76) – uma cruel, porém, real e marginal relação entre o cidadão comum e seus atuais exercícios dos direitos de posse e de propriedade: “(...) *A insegurança impera tanto nas atuações intermitentes dos agentes do Estado, quanto na precariedade do seu modo de fazer negócios, sem falar dos problemas do crime organizado, que ocupam o vazio decorrente da falta de policiais e de agentes da Justiça*”.

Ainda em linhas iniciais, mais uma vez pode-se citar o Brasil como paradigma negativo no que tange a situação daqueles que carecem de regularidade e conseqüente realização de seus direitos à propriedade e à posse, pois existe uma norma vigente garantidora de direitos fundamentais, em que pese a citada marginalidade dos socialmente excluídos do sistema, contudo, também existe um grupo

autônomo comprometido ao respeito de regramentos contratuais criados para atendimento de necessidades particulares, com reflexos no cotidiano coletivo – “(...) *um sistema de espelhos entre privilegiados e excluídos, com os preconceitos hoje vigentes contra a propriedade privada, como se dela derivasse a condição humana*” (ROSENFELD, 2008, p. 77); e mais, a realidade impõe um sistema informal no exercício da posse, mantida e legitimada por seus próprios usuários (mesmo que pela força ou medo, e, por isso, ilícita em muitas circunstâncias), mas que visa segurança e legitimidade fáticas de suas propriedades ‘defectivas’.

Novamente Rosenfield (2008, p. 79) é pontual e sério ao destacar que, enquanto o poder público “(...) *pactuar com e/ou apoiar essas formas proibitivas de acesso ao direito de propriedade, não haverá a possibilidade de incorporação da população informal à formal*”, ou seja, mais uma vez o termo ‘defectivo’ pode ser aplicado aqui em um de seus significados, pois, enquanto o Estado for falho, incompleto (defectivo), no cumprimento de suas funções, a regularidade no exercício da posse e da propriedade se tornará inatingível.

### **3. PLENITUDE NO EXERCÍCIO DO DIREITO À PROPRIEDADE – PARADIGMA, MATRIZ DE PENSAMENTO, REALIDADE DEFECTIVA E A ATUAÇÃO ESTATAL**

Sem desconsiderar uma esfera jurídica ‘fundamental’, entretanto, também dispensando importante conotação econômica ao tema, Rosenfield (2008, p. 80) afirma que o direito à propriedade pode ser encarado como uma representação normativa de um conjunto patrimonial de livre disposição e negociação por parte de seu titular (exposto a variações quanto aos seus valores agregados), permitindo seu reconhecimento recíproco entre cidadãos numa mesma situação jurídica (proprietários) ou mesmo, em caráter *erga omnes* – e nessa mesma linha seguem Carvalho (2020), Zybersztajn e Sztajn (2005, p. 03) –, em que pese sua significação tecnicista-jurídica, que pretende-o em uma relação direta pessoa-bem/serviço/trabalho.

Inclusive, como o presente texto adota como paradigma, para uma análise do Direito à Propriedade e sua relação com o fenômeno da ‘defectividade’, a visão de Denis Lerrer Rosenfield, importa destacar sua respectiva ‘matriz de pensamento’: John Locke.

Locke coloca a propriedade como um direito natural. Um direito inerente à condição humana, e, por isso, de caráter inafastável – do homem não se destacando:

Cada homem tem uma ‘propriedade’ em sua própria ‘pessoa’; a esta ninguém tem qualquer direito senão ele mesmo. Podemos dizer que o ‘trabalho’ do seu corpo e a ‘obra’ das suas mãos são propriamente seus. Seja o que for que ele retire do estado que a natureza lhe forneceu e no qual o deixou, fica-lhe misturado ao próprio trabalho, juntando-se-lhe algo que lhe pertence e por isso mesmo, tornando-o propriedade dele. (LOCKE apud MELLO, 2009, p. 85).

Esta propriedade privada, portanto, decorreria da força de trabalho inerente a cada homem. E, na medida em que o trabalho exercido pelo homem constitui sua propriedade, assim também são os frutos que dali obtiver.

Sobre esta premissa – da propriedade como um direito natural – é que Denis Lerrer Rosenfield constrói todo o seu pensamento e sua defesa em prol da propriedade privada.

Percebe-se, portanto, que não fazia parte do pensamento lockeano, a utilização da propriedade privada **como meio de exploração de um homem por outro** (*grifo nosso*) – ou seja, a exploração não seria elemento constitutivo do direito de propriedade, e sim, fruto de ‘perturbações’ que poderiam ocorrer no estado de natureza. Entretanto, em fidelidade ao raciocínio proposto e em nome de paz social, para que tais ‘perturbações’ fossem rechaçadas, necessária seria a construção de um ‘contrato social’ – instrumento que marca a passagem do estado de natureza para a sociedade civil.

Segundo Leonel Mello, um ‘contrato social’ seria necessário na perspectiva retro apontada, pois:

A propriedade estaria, assim, melhor protegida pelos elementos que constituem o estado civil, vez que neste, os direitos naturais inalienáveis do ser humano à vida, à liberdade e aos bens estão melhor protegidos sob o amparo da lei, do árbitro e da força comum de um corpo político unitário. (MELLO, 2009, p. 86).

Neste mesmo sentido, Roger Stiefelmann Leal enfatiza que:

(...) a garantia da propriedade acaba por configurar o principal móvel e estímulo à produção e, portanto, ao desenvolvimento econômico. Em termos jurídicos, sua segurança e estabilidade promovem, nessa linha, a necessária valorização do trabalho enquanto atividade humana. (LEAL, 2012, intro).

Como pode ser observado, Denis Lerrer Rosenfield e Roger Stiefelmann Leal expõem de maneira clara a matriz ideológica de suas convicções, ao tratarem o instituto da propriedade como um direito natural que, para se furtar de ‘perturbações’, carece de sua inserção em um pacto social, e, assim, uma vez tutelado – seguro e estável –, faz-se direito fundamental.

Além disso, em que pese a mencionada matriz contratualista, vale destacar que, em relação à hodierna ‘moda’ da atribuição de uma função social ao instituto da propriedade, Leal (2012) afirma que isso nada mais significaria do que uma forma de retirar desta mesma propriedade o seu caráter de direito fundamental, e, que enquanto alguns países negavam uma natureza jurídica ‘fundamental’ à propriedade privada impondo-lhe o dever de observar uma função social, outros Estados deixaram mesmo, de incluir a propriedade entre

os direitos individuais pra inscrevê-la na seção dedicada aos direitos econômicos e sociais.

Não obstante ao debate quanto à atribuição de natureza jurídica de tutela fundamental ou de conjunto normativo econômico-social ao instituto da propriedade, fato é que a matriz desenvolvida por Rosenfield (2008, p. 80) reconhece a tutela da propriedade como uma representação normativa de um conjunto patrimonial de livre disposição e negociação, recepcionando uma preocupação hodierna para além de uma esfera individual-privatista, fundamental, via ditames de proteção, em âmbito coletivo, quanto aos reflexos negativos de possíveis ações ilícitas e de defectividade no que tange à atuação do Poder Público (nas searas social e econômica).

Na verdade, é importante enfatizar que todo esse cuidado com o instituto da propriedade e com suas peculiaridades jurídicas (fundamentais, sociais e econômicas) na concessão de segurança jurídica aos seus detentores e à sociedade, ainda é pouco, pois, apesar da ampla previsão de direitos (inclusive, constitucionais) voltados à tutela da propriedade no ordenamento jurídico brasileiro e de seus ditames de adequação ao interesse coletivo, conforme leciona Tartuce (2017, p. 20) – “(...) o direito de propriedade é um direito triplamente fundamental, devendo ele atender aos interesses sociais” – infelizmente, como já retro explicitado, o direito de propriedade também é fruto de constantes infrações e de objeto de intermináveis fragilizações – as favelas e as invasões de terra são exemplos constantes na história do quão vulnerável está o respeito aos contratos e à propriedade.

(...) se enfocarmos o problema a partir das favelas brasileiras, a tarefa estatal deveria consistir em fazer valer o direito de propriedade em seu sentido pleno nesses lugares (...). O país deveria (...) tornar os seus cidadãos proprietários, pois a cidadania só pode se desenvolver (...) quando cada um tiver atendido às suas necessidades de moradia, ao direito de usufruto de seus bens (...). Cidadãos proprietários

não estão propensos a apoiar ações de desrespeito à propriedade. (ROSENFELD, 2008, p. 81-82).

Portanto, trata-se de fato e de necessidade novos olhares e posturas estatais quanto à tutela da propriedade. Constata-se que uma mudança positiva desse quadro retro apresentado perpassa por uma eficaz ação governamental – pelo menos na seara da propriedade imobiliária –, ou seja, a implementação de políticas públicas de impactos econômico e social no contexto das precárias situações de posse para fins de moradia torna-se imprescindível para um início promissor no combate do *status quo* das propriedades defectivas.

Politicamente, os cidadãos que tivessem suas integridades morais e direitos à propriedade resgatados, poderiam se libertar do clientelismo e da submissão aos ditames do crime organizado. Nas esferas econômica e social, respectivamente, os benefícios dessas possíveis ações do Estado fariam com que o foco no empreendedorismo fosse verdadeiro instrumento de valorização da propriedade privada, de inserção no mercado de trabalho, e, de real melhoria de vida em perspectivas pessoal e familiar. Em suma, poder-se-ia afirmar que, um correto planejamento e uma séria concretização dessas ações retro citadas proporcionaria, sem dúvidas, que a função social da propriedade também fosse alcançada – seja de maneira imediata ou mediata, dependendo da influência e dos efeitos que outros tantos contextos (sociais, econômicos, políticos etc.) gerassem em cada específico caso concreto.

Verdade seja dita: a periferia, os bairros em que habitam cidadãos de baixa renda e até mesmo determinadas regiões consideradas ‘zonas rurais’ seriam, diante de vontade política, férteis campos de boas ações governamentais no que tange à temática ‘regularização fundiária/imobiliária’, o que, por consequência, permitiria à população residente em tais áreas uma justa troca de sua realidade possessória incipiente pela certeza jurídica de uma propriedade privada. Além disso, o próprio Estado brasileiro já não atribui, nos últimos anos, caráter absoluto à propriedade, seja na esfera legislativa, seja na atuação do

Judiciário (ver, por exemplo, entendimento do STF – ADI 2.213-MC, Rel. Min. Celso de Mello, j. 04.04.2002, DJ 23.04.2004); se descumprida em parte ou na totalidade a função social da propriedade, a intervenção estatal se faz necessária em nome de uma harmonização social ou de sobreposição do interesse público sobre o privado. E em que pesem críticas, a correção da defectividade se faz de alguma forma a realização da função social da propriedade, já que o conceito de plenitude atrelado ao direito em foco, também agrega sua pacificação em um ambiente coletivo.

Nesse sentido, Tartuce (2017) leciona que

A propriedade, seja ela urbana ou rural, assim como ocorre com os demais institutos privados, deve ser interpretada e analisada de acordo com o meio que a cerca, com os valores de toda a coletividade. Sendo assim, a propriedade deve atender não somente aos interesses do seu dono, mas também das pessoas que compõem a sociedade. O solidarismo constitucional (...) deve entrar em cena para o preenchimento do conceito de função social. (TARTUCE, 2017, p. 25).

Quanto à tutela e ao resgate da boa proteção e regularização do direito à propriedade, Rosenfield (2008, p. 83) assim se manifesta: “*A outorga de um título de propriedade faz com que o cidadão venha a ser senhor dos seus bens, podendo, segundo a sua livre escolha, dispor deles. (grifo nosso).*” Como pode ser observado, a atuação estatal torna-se aqui, um eficaz instrumento de resgate da dignidade do cidadão e uma excelente via de combate aos entraves fáticos de um crescimento pessoal, ou mesmo nacional, uma vez que tais ações retro citadas equalizariam um devido retorno (ganho) social em detrimento de atividades privadas de subsistência ou laborais – seria o Estado se empenhando na desburocratização do exercício do direito à propriedade.

No geral, a ideia que surge diante da simplificação e regularização da atuação de pessoas em situação de vulnerabilidade econômico-social

é a de um ganho social sim, seja através de um real desenvolvimento do mercado, de uma firme consolidação das relações contratuais, de um aumento das contribuições previdenciárias, e, como citado, de um resgate da dignidade do cidadão. Resultado: exercício eficaz e eficiente da propriedade privada e benefícios coletivos variados frente ao crescimento da economia nacional.

Simplificar a vida deveria ser um direito básico da sociedade a ser satisfeito pelo Estado. Diminuir o peso da burocracia estatal e reduzir as regras que regem a vida do cidadão **são ações que ampliam a esfera de atuação das pessoas, que podem, assim, se dedicar mais aos seus assuntos privados.** (*grifo nosso*). (ROSENFELD, 2008, p. 89).

Por outro lado, se o Estado não cumpre suas funções, ou seja, se ele incorpora uma natureza incompleta, defectiva, na prestação de suas tutelas, não assegurando o exercício pleno, por exemplo, da propriedade privada e a concretização de relações contratuais seguras, ele se transforma em seu próprio inimigo – o ideal *versus* o fático – e se contrapõe às melhores expectativas de desenvolvimento, fomenta a corrupção, amplia a situação de favelas, fazendo com que, em diversos aspectos, toda a sociedade padeça de uma displicência institucionalizada.

#### **4. A VALORIZAÇÃO SOCIAL E O RECONHECIMENTO ESTATAL DO DIREITO À PROPRIEDADE**

O ordenamento jurídico vigente traduz-se em uma estrutura de proteção da propriedade (que se situa no âmbito representativo real e de efeito inicial *erga omnes* – escritura, por exemplo) e assume a posição de estopim na transformação e valorização de um bem precário em capital; entretanto, se sua aplicação falha e a ilicitude toma lugar de

destaque, surgem tristes realidades tais como: a propriedade defectiva e o crime organizado.

Vale frisar que, para obtenção de paz social no que pertine aos temas em debate, somado ao sistema de normas pátrio, faz-se premente, para um específico bem, o reconhecimento de valor agregado e de suas dimensões sociais e econômicas, por parte da coletividade: só assim um legítimo processo de combate à defectividade de concretização dos direitos que permeiam a propriedade privada pode ser engendrado – Rosenfield (2008, p. 92), inclusive, afirma que se a propriedade privada for vista como um mal, “(...) *a propriedade defectiva encontrará um campo propício para a sua expansão*”.

Portanto, em um mundo de normas e respeito às relações jurídicas estabelecidas, o exercício pleno da propriedade privada prescinde de uma correta compreensão e do exercício de sua função social (inclusive, da função social da posse<sup>1</sup>), do angariamento de um conjunto de informações que possibilite negociações e segurança jurídica – dados estes de caráter notarial –, e, de possível e fácil acessibilidade destas informações e dados, a qualquer interessado, através de séria atuação estatal e também de seus intervenientes.

O Registro de Imóveis é um caso importante que permite caracterizar o direito de propriedade enquanto absoluto, na medida em que um sistema armazenado de informações, público, serve de baliza para qualquer tipo de transação (...) envolvendo esse tipo de bem – é o fundamento da legalidade dos contratos. Se contratos não estão baseados em um

---

1 O ideário da ‘função social da posse’ pode ser vislumbrado no Enunciado nº 492 da V Jornada de Direito Civil, ocorrida em 2011; sua redação é a seguinte: “A posse constitui direito autônomo em relação à propriedade e deve expressar o aproveitamento dos bens para o alcance de interesses existenciais, econômicos e sociais mercedores de tutela” (<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/561>). Proteção jurídica advinda da utilidade que o possuidor atribui à coisa – temática séria na reflexão e obtenção de plenitude do direito à propriedade, uma vez que, apesar de conectadas, ambas (função social da posse e função social da propriedade) mantêm certo grau de autonomia (no subaproveitamento de terra, por exemplo, a função social da posse pode não ser atendida, em que pese o cumprimento da função social da propriedade).

instrumento de validade incondicionada, as disputas (...) poderiam se fazer embates intermináveis. (ROSENFELD, 2008, p. 93).

Se, por exemplo, uma comarca não possui registro de imóveis confiável ou se o mesmo, ainda que confiável, não é utilizado, o resultado não pode ser diferente para as relações jurídicas pertinentes: insegurança jurídica – e de maneira imediata ou mediata, toda a coletividade perde com isso. A sociedade precisa de uma legislação que institua, valorize e garanta a propriedade privada, e também, de fiscalização e de procedimentos que permitam o reconhecimento jurídico e a segurança jurídica dos direitos a ela inerentes, e, a concretização prática de suas funções sociais.

Não é suficiente a posse precária de um ativo, a propriedade no seu sentido defeutivo, embora possa cumprir uma função social, como a de moradia nas favelas. É necessário que ela se torne propriedade plena, integrável a um processo legal de compra e venda, a partir da livre escolha de cada um. O capital, neste sentido, depende de um apropriado sistema legal. (...) Não basta a legalidade da propriedade, mas o direito ao direito de propriedade. (ROSENFELD, 2008, p. 96-97).

Apesar desse ideal para a propriedade privada e para o direito ao direito à propriedade, e, de importantes e sérios ajustes de cooperação no sistema notarial retro mencionado, a verdade é que diante dos mais diversos interesses (econômico, políticos, entre outros) e privilégios, existem aqueles que se articulam na proteção do *status quo* – posicionamento estranho, mas compreensível sob o ponto de vista particular: estranho porque o respeito à lei só traria benefícios a todos, mesmo que a médio prazo; compreensível porque existiria a continuidade de manipulação das ‘massas’, e, dos consequentes e desejáveis privilégios daqueles que se beneficiam com o ideário

defectivo aqui exposto (manutenção de políticas assistencialistas sempre como moeda de troca de favores, por exemplo).

## **5. A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE – URBANIDADE PRÁTICA DE UTILIZAÇÃO E CONTRIBUTOS IDEOLÓGICOS DE DEFECTIVIDADE**

Infelizmente, a forma como a ‘função social da propriedade’ é aplicada no contexto pátrio atual, atende a interesses políticos daqueles que objetivam a manutenção do ideário defectivo citado. Segundo Rosenfield (2008, p. 98-99), já no conceito legal constitucional (art. 182) de função social da propriedade existem brechas para erros e mau uso, uma vez que, “*em sua utilização específica à zona urbana, mediante sua concretização no Plano Diretor de cada município com população superior a 20.000 habitantes*”, seu grau de generalidade, oportuniza “*muitos equívocos*”, de origens “*partidárias e ideológicas*”, por exemplo.

O problema reside na atribuição à propriedade privada de uma ‘finalidade’ social. Primeiro, a propriedade privada não necessitaria dessa atribuição de finalidade, pois **ela se determina pelo livre uso que dela é feito por aqueles que, por seu esforço (...) trabalho (...) a adquiriram.** (*grifo nosso*). (...) Segundo, uma vez que ‘finalidade social’ lhe é atribuída, volta-se a um tipo de causalidade aristotélica segundo a qual a natureza de uma coisa é definida por seu fim ou causa final. (...) Sob esta ótica, a propriedade privada ganharia uma outra ‘natureza’, a decorrente dessa finalidade social, que suplantaria (...) as demais, que viriam a ser consideradas (...) secundárias. Terceiro, essa nova atribuição de finalidade não seria feita por observadores imparciais da natureza, (...) mas por agentes políticos que a empregariam segundo o seu propósito político específico. Quarto, os que teriam o monopólio dessa atribuição se tornariam,

em consequência, aqueles que diriam manejar (...) a verdadeira teoria social, pois estariam de posse de um instrumento incontestável. Os outros deveriam a eles simplesmente se curvar. (ROSENFELD, 2008, p. 99-100).

Como mencionado, na seara ‘urbana’, a brecha criada pela conceituação atribuída à função social da propriedade faz-se exemplo do mau uso de ideologias e politicagem para manutenção de privilégios e busca de poder, vez que os constantes debates pertinentes ao tema, esbarram na estipulação de critérios (quais, afinal?) e parâmetros para que a ‘justa’ função social seja concretizada, seja na distribuição/concessão de terras, seja na delimitação de áreas, seja no reconhecimento de direitos ou exigência de deveres – e tais imbróglis, de certa maneira, alheios ou, radicalmente contrários, se opõem ao empreendedorismo e à economia de mercado.

Outra questão que envolve a conceituação de ‘função social da propriedade’, alerta Rosenfield (2008), surge na tentativa de se encontrar um meio termo, ou melhor, de construir uma justa adequação entre certas ‘regras de convivência’ social e algumas ‘considerações de ordem sociopolítica’, quando determinados personagens usam uma expressão pela outra, como se ambas fossem uma só coisa:

Ela cobriria tanto a ‘retenção especulativa de imóveis vagos ou subutilizados’ quanto a preservação do ‘patrimônio cultural ou ambiental’. (...) A preservação do patrimônio cultural ou ambiental não decorre de nenhuma finalidade social, mas tão simplesmente das conservações culturais e ambientais próprias de uma vida civilizada, atenta à memória e às próximas gerações. Se fosse para usar uma denominação, (...) mais apropriado seria (...) função ‘cultural’ ou ‘ambiental’ da propriedade, sem os equívocos de seu uso político-social. (ROSENFELD, 2008, p. 101-102).

Apesar de ‘regras de convivência’ também terem uma conotação social, suas aplicações são diferentes e atendem a finalidades diferentes (Exemplo: uso adequado do meio ambiente – faz parte da preocupação de qualquer sociedade civilizada, contudo, não prescinde de posições ideológicas para que seja algo de interesse comum, ou seja, o mau uso de expressões e palavras como ‘comum’, ‘coletividade’ e ‘bem comum’, criam um ambiente de dúvida e manipulação, onde interesses meramente ‘politiqueiros’ podem adotar um formato de busca por justiça social, segundo discursos diversos). Tal contexto de dúvida pode, principalmente frente a interpretações ideológicas não tão bem intencionadas, prejudicar o pleno exercício do direito à propriedade.

Em suma e na prática, o que não deve acontecer é a geração de uma desconfiança em detrimento do instituto da propriedade privada, elevando o instituto da função social da propriedade ao patamar de ‘intocável’ frente a outros direitos e princípios de caráter fundamental (deve existir ponderação razoável, principalmente no combate à defectividade) – defender a propriedade privada também é dar segurança jurídica à coletividade e realizar justiça social (talvez, a melhor maneira de se garantir respeito aos institutos citados seja parceria entre o setor privado e o Estado, para que ambos cumpram com retidão os ideais garantidores da função social da propriedade, sem desrespeitar a valorização que necessita a propriedade privada e os direitos a ela pertinentes).

## **6. REFLEXÕES SOBRE O ESTADO ‘IDEAL’ PARA A DEVIDA TUTELA À PROPRIEDADE**

O texto retro destaca muito o papel do Estado na concretização do direito à propriedade e na viabilização e atingimento da função social da propriedade, contudo, faz-se premente a reflexão sobre qual Estado seria o ideal para que tais fins sejam atingidos.

Rosenfield (2008) esclarece que um Estado que cumpre suas ‘funções distributivas’ permite direcionar a cada uma das searas da

sociedade ‘aquilo que deve ser feito’, postura esta que seria rechaçada em um Estado ‘fortemente centralizado’ e ‘monopolista do ponto de vista de sua organização’, realidade que, se enfrentada por um povo, poderia agravar ainda mais a situação das variadas formas ‘defectivas’ de propriedade (derivadas ‘de sua onipotência e de sua onisciência’).

O autor retro ainda destaca (2008, p. 113) que a autoridade de um Estado deve ser exercida “*em nome da proteção física dos cidadãos ou de sua segurança jurídica*”; **que tal autoridade é exatamente aquela que “permite a realização da liberdade”, e que a liberdade de “ser proprietário se situa, precisamente, na liberdade de ação, e o seu cerceamento ou relativização significa o seu próprio cerceamento”.** (*grifo nosso*). Sobre essa ‘liberdade de ação’, Borges (2007) se manifesta e esclarece a dimensão da mesma, equiparando-a ao conceito de ‘autonomia’.

No âmbito civilístico, a esfera de liberdade de que a pessoa dispõe denomina-se autonomia. Etimologicamente, ‘autonomia’ é uma palavra que vem do vocabulário grego *autonomía*, sendo *autos* significado de próprio, e *nomos*, de normas. Assim, autonomia seria a faculdade de autodeterminação, sem imposições externas. (BORGES, 2007, p. 89).

Não se pode imaginar em um Estado de Direito suposta desconexão entre os direitos e as liberdades de um cidadão, e, a definição e o exercício da propriedade privada através de um sistema de normas que os legitime. Se tal integração não existir, justificativas para ilicitudes serão uma constante – ver caso da Favela Pullman (BIBLIOTECA USP, 2020) como exemplo da não integração entre direitos e liberdades, da indevida atuação do Estado e abusividade dos interesses particulares.

Ora, a propriedade privada é o lugar em que se realizam as liberdades do indivíduo, (...) de ação e a

(...) de escolha. Ela é a sua forma (...) de concretização. Nela se abriga (...) a esfera privada, aquilo que é o mais próprio de cada um (...) que faz com que as pessoas fiquem ao abrigo do público e se mantenham fora da esfera de atuação estatal. (ROSENFELD, 2008, p. 114).

Em que pese a forte tendência liberalista do atual governo, o fato é que num contexto global, vários Estados desenvolvidos (e até emergentes) atuam com uma ‘maior interferência’ na esfera privada, reforçando a segurança jurídica das relações estabelecidas sem relativizar o princípio da liberdade. Entretanto, Rosenfield (2008) aponta dois imbróglios que se destacam frente a tal *modus operandi* estatal: a) a vulnerabilidade da entidade familiar diante da atuação estatal; e, b) não reconhecimento da capacidade familiar na solução de suas próprias questões e necessidades.

a) no momento em que a esfera da propriedade privada é atingida, com ela é alcançada a esfera da família, dos bens individuais, do patrimônio familiar, da educação que lá se faz e dos laços de solidariedade que se tecem. Governos que se voltam contra a propriedade privada e a esfera da vida privada. Uma família que não tenha meios materiais de resistência, conferidos pela propriedade privada dos seus bens, se encontra indefesa;

b) a esfera privada tem sido progressivamente sujeita a regulamentações, como se (...) a família fosse declarada incapaz de decidir aquilo que é melhor para os seus. Leis começam a legislar cada vez mais sobre as relações familiares, (...) como se coubesse a um juiz ou promotor saber o que é melhor para os indivíduos. (...) Da mesma maneira, começa-se a pedir ao legislador (...) que crie novas leis para dar conta de assuntos que deveriam ser resolvidos na esfera privada, segundo as escolhas de cada um

e conforme os padrões morais de comportamento. (ROSENFELD, 2008, p. 115).

Essa mencionada preocupação com a unidade-base da estrutura social (família) é sim uma demonstração de que o Estado deve zelar pela proteção da harmonia nas relações privatistas, como forma de também proteger o interesse coletivo, contudo, importa enfatizar que da citada liberdade, objeto de concessão estatal em diversas searas, decorre, como consequência, uma responsabilidade de ação, ou pelo menos, que das atitudes individuais (privatistas) praticadas, ‘responsabilização’ se torna a palavra de ordem em nome de uma estabilidade ou paz social.

Em síntese, com a intervenção estatal apoiando a livre escolha, mesmo que isso soe um contrassenso, o que se pretende é o atendimento de um interesse acima do individual, de preferência, comum/coletivo – uma vez que a liberdade também pode produzir desigualdade social (só não pode ser a própria atuação do Estado, mesmo que pela lei, por exemplo, a fonte de desigualdades).

## **7. ESTADO DE DIREITO E PLENITUDE DO DIREITO À PROPRIEDADE – O REFERENCIAL LOCKEANO E CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Apesar de impressionante e necessária, falar da ampliação de certos conceitos e definições jurídicos ao longo da história também é missão corriqueira devido à própria ideia de evolução social, e, tal dinâmica não seria diferente para o instituto da propriedade. Rosenfield (2008, p. 121) informa que na lógica lockeana do século XVII, “*a propriedade tinha um significado preciso*” (terras), e que, já no início do século XXI, a definição de propriedade “*envolve um conjunto de operações financeiras que põe em cena um conceito mais abrangente (...)*”.

Neste mencionado contexto contemporâneo, e ainda no plano ideal, em que pese a força do regramento jurídico já existente, e face aos

problemas apontados nesta investigação – a invocação, em demasia, da função social da propriedade que, apesar de constitucionalizada, faz-se intangível no cotidiano prático para muitos brasileiros, e, os distorcidos e ‘defectivos’ usos dos institutos ‘posse’ e ‘propriedade’, traduzindo-se em privilégios para uma minoria – o respeito aos contratos deveria ser protegido com uma maior coercitividade – isso geraria maior harmonia e adimplemento das relações jurídicas estabelecidas, seja entre particulares, seja entre o poder público e a esfera privada –, fomentadora de maior e consequente respeito ao instituto da propriedade. Inclusive, faz-se parâmetro de desenvolvimento econômico e social de um Estado a boa observação das relações contratuais baseadas na propriedade privada, pois, que ambiente melhor existiria para uma evolução pátria, que aquele em que o respeito à norma e aos pactos lícitos prevalecesse? Certamente que seria a prevalência da paz social sobre qualquer cogitada ‘perturbação’ da ordem e de uma justiça social. Ainda em tom de reflexão, já que esta é a proposta do presente texto, em ambientes de plena harmonia jurídica – imposta por norma ou pactuada – como sobreviveriam as posses precárias e as propriedades defectivas? De certo, sucumbiriam com o tempo.

Como conclusão lógica, o próprio Estado deve ser, portanto, o primeiro a honrar seus compromissos e contratos, como bom exemplo para toda a esfera privada por ele governada. Um Estado que se torna fruto de inadimplemento, de desrespeito normativo e de exceções geradoras de privilégios (como é o caso da mencionada situação do Estado brasileiro, frente as realidades do crime organizado e da proliferação de favelas), certamente perderá o controle de suas ações, e, será fomentador de ilicitudes e defectividades.

Ora, se o próprio Estado oferece justificativas para que propriedades sejam invadidas, abre ele uma brecha no estado de direito que se torna propícia para movimentos e partidos políticos, que procuram (...) abolir o próprio estado de direito que fingem

respeitar. Neste sentido, observar o estado de direito tanto na zona urbana quanto na rural é da maior importância para que a propriedade privada seja respeitada e, com ela, as liberdades que lhe vêm associadas. (ROSENFELD, 2008, p. 122).

Entretanto, quando se fala em ‘estado de direito’, a definição não pode envolver apenas a questão do respeito à legalidade, mas também de respeito a princípios de caráter universal, geral e impessoal. Ou seja, na contemporaneidade, um estado de direito deve atender ao interesse coletivo, comum, e não apenas aos ditames legais ou de um governo, sob pena de se tornar apenas abonador de ditaduras e radicalismos – ele deve ser, conforme explica Rosenfield (2008, p. 123), “(...) *uma reação ao arbítrio (...) dos que detém o poder*”.

Além disso, o instituto da propriedade não pode ser mero objeto de proteção estatal que garanta paz individual e interesses privatistas, e sim, foco de atenção e cuidado advindo de todas as funções do Poder Público (legislativa, executiva e judiciária), em nome do angariamento de benefícios para toda a coletividade, já que se constitui em pilar de um Estado de Direito. E, é nesse viés que, como inicialmente exposto no presente texto, Rosenfield (2008, p. 80) **reconhece a tutela da propriedade como representação normativa de um conjunto patrimonial de livre disposição e negociação, mas também, de uma preocupação fundamental, de conotação coletiva, quanto aos reflexos negativos de possíveis ilicitudes de toda sorte e de defectividade no que tange à atuação estatal (inclusive, nos contextos social e econômico).** (*grifo nosso*).

Independente da abordagem ‘ideal’ de uma atuação estatal, e mais, desse contexto ativista dentro de um estado de direito que observe não só a lei, mas a toda uma fundamentação principiológica, a verdade é que, apesar de não ser exclusividade dessa seara do direito, várias normas envolvendo o direito à propriedade se contrapõem a princípios básicos de um estado de direito que zela pelo interesse comum de sua sociedade (exemplo: portarias que alteram os índices de

produtividade das propriedades rurais para efeito de desapropriação). Portanto, um governo que, em uma, algumas ou todas as suas funções peculiares, seguir uma certa legalidade, e ainda assim, atender interesses ideológicos e/ou de manutenção de poder, fazendo do cumprimento dessa legalidade algo duvidoso ou injustificado, torna-se, principalmente no campo da proteção à propriedade privada, um governo abusivo e patrocinador de um *status quo* defectivo. O respeito às leis gerador de paz social deriva de um corpo normativo sem privilégios e também de uma rotatividade/alternância de poder.

Rosenfield (2008, p. 129) ainda leciona que, para Locke, “o poder político não é um poder arbitrário, justificado por direito divino ou por qualquer outra razão, mas um poder que emana de leis, cujo objetivo principal consiste na ‘regulamentação e na preservação da propriedade’”. E continua afirmando que, segundo a ótica lockeana: “o próprio poder político é considerado um ‘direito de fazer leis’”, e, “as leis devem, então, se conformar à defesa intransigente da liberdade, utilizando todos os recursos à sua disposição, pois se assim não fosse, ela seria um instrumento da servidão.”

Baseado nessas assertivas e também nos resultados parciais dos subitens anteriores, conclui-se que, além da compreensão e valorização que a propriedade privada deve receber em uma sociedade de inserção, faz-se necessário todo um ordenamento jurídico que tenha como pilar a boa definição teleológica de ‘propriedade privada’, e, igualmente, um corpo normativo que harmonize sua utilização e o atingimento de uma função verdadeiramente social, visto tal instituto jurídico ser fonte de poder para quem governa, e, de certeza e de segurança para os cidadãos a ele submetidos. Inclusive, Varela e Ludwig (2002) ressaltam que a partir de precedentes históricos, a pluralidade de facetas do instituto ‘propriedade’ proporciona hoje a necessidade de uma multiplicidade normativa para o atendimento às demandas pertinentes, ou seja, de uma disciplina legal adequada desse respectivo direito subjetivo a variar para cada tipo de bem e para cada sujeito que a ele se atrelar, objetivando sempre o cumprimento da função social e da harmonização das relações jurídicas pertinentes

- tratando os iguais de maneira igual e os diferentes, na medida de suas diferenças.

Entretanto, vale destacar que para a teoria contratualista lockeana, o objetivo e as significações de 'lei' são ampliados para além da coercitividade, em busca de uma preservação e ampliação do conceito de liberdade – uma liberdade que gere responsabilização no sério exercício dos direitos de posse e de propriedade, num contexto de harmonização entre o resgate da dignidade e da cidadania pelo reconhecimento e valorização da condição de proprietário regular e a concretização principiológica da função social.

Vale lembrar que, atualmente, **essa orientação retro sempre será benéfica quando aplicada em um contexto de economia de mercado e de seus respectivos efeitos sobre a propriedade (propriedade de bens de produção e de consumo), pois, um Estado menos 'burocrático' que reduza ou elimine obstáculos à iniciativa privada, e em especial, à atividade empresarial, tende a valorizar a liberdade do cidadão, a fomentar a atividade de subsistência e de circulação de riquezas, e, a promover maior e melhor arrecadação, instaurando assim, um círculo vicioso do 'bem' (*grifo nosso*)** – promoção das liberdades geradoras de riquezas que são reaplicadas na promoção de liberdades.

Mais uma vez, fica claro que o respeito e a valorização da propriedade privada e dos direitos à propriedade fazem-se necessários para o atingimento de almejada paz social e de harmonização das relações jurídicas estabelecidas – importa, portanto, adequado ajuste da atuação do Estado, e, verdadeira assunção de posturas positivas por parte da sociedade (permitindo uma eficaz tutela de interesses individuais, sem, entretanto, deixar de estandarizar sua importante conotação fundamental de atendimento à paz social).

## REFERÊNCIAS

BIBLIOTECA USP. Caso da favela pullman. Disponível em: <[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/217900/mod\\_resource/content/1/RESP\\_75659\\_SP%20-%20Favela%20do%20Pullman.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/217900/mod_resource/content/1/RESP_75659_SP%20-%20Favela%20do%20Pullman.pdf)>. Acesso em 25 de janeiro de 2020.

BORGES, Janice Silveira. Princípio da liberdade. IN: FIUZA, César. Curso avançado de direito civil. São Paulo: Editora IOB, 2007.

CARVALHO, Nathalie de Paula. A teoria econômica da propriedade no neoliberalismo. Revista Jurídica Temas de Direito Privado. UNI7. Disponível em: <<https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/article/download/146/169/>>. Acesso em 23 de janeiro de 2020.

DICIONÁRIO ONLINE DE PORTUGUÊS. Defectivo. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/defectivo/>>. Acesso em 23 de janeiro de 2020.

ENUNCIADO nº 492. V jornada de direito civil de 2011. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/561>>. Acesso em 07 de dezembro de 2020.

LEAL, Roger Stiefelmann. A propriedade como direito fundamental: breves notas introdutórias. Revista de Informação Legislativa. Brasília. n.194. Junho, 2012.

MELLO, Leonel Itaussu Almeida. John Locke e o individualismo liberal. In: Os clássicos da política, volume I (organizador Francisco C. Weffort). 14. ed. São Paulo: Ática, 2009.

ROSENFELD, Denis Lerrer. Reflexões sobre o direito de propriedade. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

SZTAJN, Rachel. ZYBERSZTAJN, Decio. Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

TARTUCE, Flávio. Direito civil: direito das coisas. v. 4. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

VARELA, Laura Beck; LUDWIG, Marcos de Campos. Da propriedade às propriedades: função social e reconstrução de um direito. In: MARTINS-COSTA, Judith. A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 787-788.

### **OUTRAS REFERÊNCIAS PARA LEITURA**

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A propriedade e sua função social. Revista de Direito Agrário, Brasília, v. 9, n. 8, p. 29-36, jul./dez. 1982.

ISRAEL, Jean-Jaques. Direito das liberdades fundamentais. Barueri: Manole, 2005.

PROUDHON, Pierre-Joseph. What is property: an inquiry into the principle of right and of government. Teddington: Echo, 2008.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio constitucional da função social da propriedade. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, n. 2, jul/dez de 2003.



# **19 REFLEXÕES SOBRE O PLEITO COMO POSSÍVEL ALTERNATIVA PARA O REFORÇO DA AUTONOMIA DE PESSOAS ENVOLVIDAS EM CONFLITOS**

**Roberto Henrique Pôrto Nogueira**

Doutor e Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG). Especialista em Direito Tributário pela Milton Campos. Coordenador do Núcleo de Estudos 'Novos Direitos Privados e Vulnerabilidades' e participante do Grupo de Pesquisa Sistema Financeiro Nacional – Negócios e Regulação. Professor Associado do Mestrado Acadêmico e da Graduação em Direito da Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP). E-mail: roberto.nogueira@ufop.edu.br.

**Leila Bitencourt Reis da Silva**

Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), na Área de Estudo 'Empresa no Mercado'. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP). Especialista em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG). Advogada. Participante do Grupo de Pesquisa Sistema Financeiro Nacional – Negócios e Regulação e do Núcleo de Estudos 'Novos Direitos Privados e Vulnerabilidades'. E-mail: leilareis091@gmail.com.



# REFLEXÕES SOBRE O PLEITO COMO POSSÍVEL ALTERNATIVA PARA O REFORÇO DA AUTONOMIA DE PESSOAS ENVOLVIDAS EM CONFLITOS

**Roberto Henrique Pôrto Nogueira**

Doutor e Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG). Especialista em Direito Tributário pela Milton Campos. Coordenador do Núcleo de Estudos 'Novos Direitos Privados e Vulnerabilidades' e participante do Grupo de Pesquisa Sistema Financeiro Nacional – Negócios e Regulação. Professor Associado do Mestrado Acadêmico e da Graduação em Direito da Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP). E-mail: roberto.nogueira@ufop.edu.br.

**Leila Bitencourt Reis da Silva**

Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), na Área de Estudo 'Empresa no Mercado'. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP). Especialista em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG). Advogada. Participante do Grupo de Pesquisa Sistema Financeiro Nacional – Negócios e Regulação e do Núcleo de Estudos 'Novos Direitos Privados e Vulnerabilidades'. E-mail: leilareis091@gmail.com.

**SUMÁRIO:** 1. Resumo; 2. Introdução; 3. O pleito; 4. O estímulo às formas alternativas consensuais de enfrentamento de conflitos no Brasil; 5. O pleito como possível alternativa de reforço à autonomia de pessoas envolvidas em conflitos; 6. Considerações finais; Referências.

## 1. RESUMO

Pretende-se elucidar os pleitos ou *claims*, estratégias de gestão de impasses havidos entre contratantes dispostos em relação paritária, com eventual assistência ou orientação técnica não vinculante e sem a intervenção de um terceiro alheio à relação, rumo ao reforço da autonomia dos envolvidos. Então, cabe detalhar sua caracterização e funcionamento, bem como seu eventual enquadramento no rol de meios plurais de resolução de litígios alternativos à esfera judicial do processo civil. Por meio de uma investigação teórico-dogmática, o estudo dedica-se a situar conceitualmente os pleitos para averiguar

a sua possível inclusão no rol das formas adequadas de solução de conflitos. Diante disso, que parece haver espaço à reflexão acadêmico-científica acerca do pleito para questionar o seu caráter alternativo face ao processo civil. Ao final, conclui-se que o pleito pode corresponder a uma alternativa potencial de reforço à autonomia das partes, inclusive no âmbito do processo civil. O método pode ser autônomo ou coadjuvante no curso do feito e também é passível de ajuste pela via dos negócios jurídicos processuais, de forma a figurar no cenário das formas plurais consensuais de gestão de conflitos, que enfatizam a autonomia na condução de soluções, ao lado, especialmente, da mediação e da conciliação.

Palavras-chave: Autonomia; *Claims*; Conflitos; Pleito; Métodos Alternativos.

## 2. INTRODUÇÃO

Os pleitos ou *claims*, para o mister do presente trabalho, são mecanismos de ocorrência mais frequente em contratos interempresariais, que podem viabilizar, além do reforço da autonomia de pessoas envolvidas em conflitos, a realização célere, técnica e extrajudicial de gestão de impasses ligados a circunstâncias intracontratuais e externas à relação, que tenham impacto na avença ou no cumprimento de obrigações. Recorrentes na prática cotidiana interempresarial, parece haver carência de estudos mais detidos sobre seus contornos conceituais estruturais e funcionais, para que se reflitam possibilidades de seu regime jurídico incidente.

Diante dessa lacuna de compreensão do fenômeno jurídico apontado, a investigação teórico-dogmática almeja tracejar o panorama do pleito na literatura jurídica para, então, discutir a possibilidade de situá-lo no cenário das formas adequadas de gestão de conflitos e das alternativas ao processo judicial, especialmente tendo em consideração seus princípios e características fundantes ligadas ao reforço da autonomia das partes.

Para tanto, o estudo marca-se pelas previsões normativas contidas na Lei nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil – CPC), articulado, em alguma medida, com a Lei nº 13.140/2015 (Lei de Mediação), e Resolução nº 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ.

A importância do texto relaciona-se ao caráter atual do tema, à escassa literatura de enfoque específico e à confecção de algum material jurídico preliminar que se disponha a refletir sobre os pleitos.

O trajeto do estudo parte de delineamentos conceituais sobre pleito, seguindo para a exposição da normativa correlata existente no CPC, que constituem estímulos às formas consensuais de enfrentamento de conflitos no Brasil. Então, vale confrontar os resultados para refletir sobre o pleito como uma eventual alternativa ao reforço da autonomia das partes, inclusive no processo civil.

### 3. O PLEITO

Preliminarmente à exposição dos aspectos conceituais dos pleitos, urge destacar dificuldades enfrentadas na tentativa de levantamento de materiais jurídicos relacionados ao tema<sup>1</sup>, em especial de cunho acadêmico.

Apesar de resultados encontrados tratarem sobre os *claims*, não se relacionam ao sentido de composição de conflitos contratuais firmados entre pessoas jurídicas de direito privado. A maior parte dos achados ligam-se ao contexto do Direito Eleitoral<sup>2</sup>, a normas de

---

1 As buscas das combinações das expressões “pleito + direito” e “pleito + contratos” foram realizadas entre 3 e 20 de março de 2020 no Google; Google Acadêmico; Google Books; Rede Virtual de Bibliotecas; Scielo; Revistas dos Tribunais; Catálogo de Teses e Dissertações da Capes; Periódicos CAPES; bibliotecas da Universidade Federal de Ouro Preto, Universidade Federal de Minas Gerais, Universidade de São Paulo, Universidade de Brasília, Universidade Federal do Rio de Janeiro. A investigação por teses e dissertações também foi realizada por meio de busca no Google das expressões “pleito + direito + dissertação”; “pleito + contratos + dissertação”; “pleito + direito + dissertação” e “pleito + contratos + tese”.

2 A título de exemplo, listam-se, a seguir, os dois primeiros resultados desse tipo ao buscar no Google “pleito + direito”: OLIVEIRA, Breno de. Pleito eleitoral. Disponível em: <<https://currentecalamo.wordpress.com/pleito-eleitoral/>>. Acesso em 03 mar.

contratos administrativos<sup>3</sup>, bem como ao uso da palavra de forma genérica – com o significado de defesa de certo ponto de vista<sup>4</sup>.

Encontrou-se também a relação do pleito com a área de engenharia, em especial construção civil e cursos oferecidos para peritos técnicos<sup>5</sup>.

Para este estudo, adota-se o conceito de pleito como uma reivindicação de uma das partes de um contrato privado face à outra, o que pode ser feito formal ou informalmente. Admite-se o sinônimo *claim*, pois sua tradução significa reclamação, reivindicação<sup>6</sup>.

---

2021; OLIVEIRA, Igor Bruno Silva de. A definição dos candidatos ao pleito eleitoral – o interesse do eleitor pelo processo de votação. Disponível em: <<https://editoradelrey.com.br/direito/direito-eleitoral/a-definicao-dos-candidatos-ao-pleito-eleitoral-o-interesse-do-eleitor-pelo-processo-de-votacao-9788538405276>>. Acesso em 03 mar. 2021.

3 A título de exemplo, lista-se a seguir os dois primeiros resultados desse tipo de busca no Google “pleito + administração pública”: Gestão de pleitos e aditivos nas obras públicas. Disponível em: <<https://www.eloconsultoria.com/hotsites/gestao-de-pleitos-e-aditivos-nas-obras-publicas/>>. Acesso em 03 mar. 2021; ALMEIDA, Igor. A proteção do particular contratado diante da inadimplência contumaz da administração pública no âmbito dos contratos administrativos. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/52221/a-protecao-do-particular-contratado-diante-da-inadimplencia-contumaz-da-administracao-publica-no-ambito-dos-contratos-administrativos>>. Acesso em 03 mar. 2021.

4 A título de exemplo, listam-se a seguir os três primeiros resultados desse tipo ao buscar no Google “pleito + direito”: FONSECA, Sérgio Roxo da. Discordar do pleito não permite ao juiz impedir o exercício do direito de ação. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-mar-16/mp-debate-discordar-pleito-nao-permite-juiz-impedir-direito-acao>> Acesso em: 04 mar. 2021; SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n. 1656458/PR. Relator: Ministro Herman Benjamin. Diário de Justiça: 28 mar. 2017. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/pro-cesso/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201700186509-&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 04 mar. 2021. SUPREM-O TRIBUNAL FEDERAL. Súmula vinculante n. 18. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1245>>. Acesso em: 04 mar. 2021.

5 A título de exemplo, listam-se os três primeiros resultados desse tipo ao buscar no Google “pleito+ contratos”: PASSOS, Alessandra Miyuki Kurihara. Gestão de Pleitos em Contratos de Construção. Disponível em: <<http://jp.camaradojapao.org.br/pdf/a-14-07-24-cj-pn.pdf>>. Acesso em: 04 mar. 2021; Avaliação de pleitos e reequilíbrio de contratos de obras e serviços. Disponível em: <<http://idemp-edu.com.br/cursos/180>>. Acesso em: 04 mar. 2021; Gerenciamento de pleitos em projetos. Disponível em: <<https://www.ietec.com.br/cursos/curta-duracao/gerenciamento-de-pleitos-em-projetos/>>. Acesso em: 04 mar. 2021.

6 TISAKA apud DALENOGARE, Lucas Santos. Administração contratual em obra industrial focando na prevenção de Pleitos. 2016. 77f. Trabalho de Conclusão de

Os pleitos também são definidos como um pedido de pagamento de valor financeiro a mais do que fora previsto em contrato com a alegação de desequilíbrio da relação. Ou seja, parece tratar-se de uma espécie de ajuste de contas promovidos pelas próprias partes envolvidas<sup>7</sup>, o que reforça a sua autonomia em um contexto de decisão não heterônoma.

Problemas de alocação de riscos, assimetria informacional, dificuldade de lidar com mudanças ocorridas ao longo da relação contratual, falta de comunicação aberta entre as partes e o planejamento ineficiente são algumas das principais causas apontadas para o surgimento de pleitos<sup>8</sup>.

No âmbito do transporte marítimo, *claim* é demarcado como sendo uma investigação realizada por um setor específico dentro da organização empresarial cujo objetivo é esclarecer as causas de sinistros envolvendo armadores ou avarias ocorridas nas cargas<sup>9</sup>.

No contexto da engenharia civil, *claim* é compreendido como sendo a solicitação feita pelo empreiteiro ou construtora ao contratante. Essa reivindicação pode ter como objetivo o recebimento de valores por serviços realizados que inicialmente não foram contratados ou o ressarcimento por prejuízos financeiros causados por eventos os quais o solicitante entende não terem sido considerados quando da contratação. Tal pedido é feito por escrito, com acompanhamento de

---

Curso (Graduação). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Departamento de Engenharia Civil. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/159564>>. Acesso em: 20 mar. 2021, p. 36.

7 RAMOS, Martha. O que são claims e pleitos e suas especificidades na construção civil. Disponível em: <<https://www.sienge.com.br/blog/o-que-sao-claims-e-pleitos/>>. Acesso em: 20 mar. 2021.

8 SILVA, Leonardo Toledo. Contratos de aliança: direito empresarial e ambiente cooperativo. 384f. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito. Disponível em: <<https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-07122015-164033/pt-br.php>>. Acesso em: 20 mar. 2021, p. 32-42.

9 RIBEIRO, Sylvia. Atividades e procedimentos do departamento de claims do transportador marítimo. Disponível em: <<https://www.comexblog.com.br/direito-em-foco/atividades-e-procedimentos-do-departamento-de-claims-do-transportador-maritimo/>>. Acesso em: 20 mar. 2021.

documentação comprobatória, cujo processamento ocorre entre as partes contratuais<sup>10</sup>.

Ainda no campo da engenharia civil, relacionam-se, os pleitos, à previsão contida no artigo 620 do Código Civil<sup>11</sup>, que disciplina a revisão do valor pago em um contrato de empreitada a ser solicitada pelo dono da obra. Os pedidos com base nesse artigo são chamados de pleito de redução de preço<sup>12</sup>.

O pleito não conta com uma figura eleita pelas partes ou indicada pelo Poder Judiciário para intervir no litígio, pois se trata de esforço das partes rumo a uma gestão autônoma de um impasse, ocasionalmente amparado por suporte de teor técnico. Ademais, parece superar a mera negociação, haja vista que se procedimentaliza e se institui de modo estruturado pela cooperação, pra além de meras tratativas que empregam técnicas de convencimento. Ademais, a negociação perpassa todas as dimensões de possibilidade de composição e gestão de conflitos, sem que isso prejudique a possibilidade de que a procedimentalização seja caracterizada de modo autônomo.

Destaca-se ainda que, conforme as mais recentes alterações do Código Civil na seara de institutos ligados ao direito contratual, é possível identificar incentivo para que as próprias partes do contrato, em exercício de sua autonomia, optem por enfrentar suas celeumas

---

10 BUCKER, Maurício. Gerenciamento de conflitos, prevenção e solução de disputas em empreendimentos de construção civil. 178f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação). Universidade de São Paulo, Escola Politécnica da Universidade de São Paulo. Disponível em: <[http://www.pcc.usp.br/files/text/personal\\_files/francisco\\_cardoso/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20Maur%C3%ADcio%20Brun%20Bucker%20vers%C3%A3o%2019%202010%2006.pdf](http://www.pcc.usp.br/files/text/personal_files/francisco_cardoso/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20Maur%C3%ADcio%20Brun%20Bucker%20vers%C3%A3o%2019%202010%2006.pdf)>. Acesso em: 20 mar. 2021, p. 83.

11 Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o código civil. Brasília: Diário Oficial da União, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2021. Art. 620. Se ocorrer diminuição no preço do material ou da mão-de-obra superior a um décimo do preço global convencionado, poderá este ser revisto, a pedido do dono da obra, para que se lhe assegure a diferença apurada.

12 GOZZI, Elcio Fagundes. Contrato de EPC (engineering, procurement e construction) e o padrão FIDIC. Dissertação (Mestrado). Fundação Getúlio Vargas, Programa de Mestrado Profissional da Escola de Direito. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17285/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20EPC%20e%20FIDIC%20Final.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 20 mar. 2021, p. 83.

por meio de pleitos. Afirma-se isso com base na chamada “Lei da Liberdade Econômica”, precedida da Medida Provisória nº 881 do dia 30 de abril de 2019 – a chamada “MP da liberdade econômica”<sup>13</sup>. O objetivo anunciado em seu artigo 1º é criar meios para proteger a livre iniciativa e exercício da atividade econômica, com fundamento no parágrafo único do artigo 170 da Constituição Federal<sup>14</sup>.

#### **4. O ESTÍMULO ÀS FORMAS ALTERNATIVAS CONSENSUAIS DE ENFRENTAMENTO DE CONFLITOS NO BRASIL**

As formas alternativas (e especialmente as consensuais) de enfrentamento de conflitos têm sido estimuladas no Brasil nos últimos anos. O CPC revogado pelo atual diploma processual civil já continha previsão sobre a conciliação. Destaca-se inciso IV, artigo 125<sup>15</sup>, em que se define a prerrogativa do juiz para tentar, a qualquer tempo, promover a conciliação entre as partes. O artigo 331<sup>16</sup> previa também

---

13 BRASIL. MP da liberdade econômica. Disponível em: <<http://www.economia.gov.br/central-deconteudos/apresentacoes/2019/apresentacao-mp-liberdade-economica.pdf>>. Acesso em: 22 mai. 2019b.

14 BRASIL. Constituição da república federativa do Brasil de 1988. Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%E7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%E7ao.htm)>. Acesso em: 19 mar. 2021.

15 Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o código de processo civil. Brasília: Diário Oficial da União, 12 de janeiro de 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5869impressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869impressao.htm)>. Acesso em: 23 mar. 2021. Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: (...) IV – tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes.

16 Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o código de processo civil. Brasília: Diário Oficial da União, 12 de janeiro de 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5869impressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869impressao.htm)>. Acesso em: 23 mar. 2021. Art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir. (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002); §1º Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994); §2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994); §3º Se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua

a audiência preliminar, designada para os casos que versassem sobre direitos que admitissem transação. Os artigos 447, 448 e 449<sup>17</sup> dispunham sobre a conciliação em sede de audiência de instrução e julgamento.

A Constituição de 1988 seguiu essa tônica, ao preconizar a solução pacífica das controvérsias não somente em seu preâmbulo, mas também como um dos objetivos fundamentais da República, conforme determina o inciso VII do artigo 3<sup>o</sup><sup>18</sup>.

No âmbito da gestão judiciária, vale lançar luzes sobre a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que, com objetivo de estabelecer uma Política Nacional de tratamento adequado de conflitos, é recorrentemente reconhecida como impulsionadora das normativas legais vindouras. Já nas considerações iniciais essa norma menciona expressamente a intenção de que os processos judiciais possam se valer de outros mecanismos de soluções de conflitos que não a sentença judicial, dando ênfase às formas consensuais de enfrentamento de litígios<sup>19</sup>. Essa parte inicial da mencionada resolução também ressalta a importância de consolidar

---

obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do §2º (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002).

17 Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o código de processo civil. Brasília: Diário Oficial da União, 12 de janeiro de 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5869/imprensa.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869/imprensa.htm)>. Acesso em: 23 mar. 2021. Art. 447. Quando o litígio versar sobre direitos patrimoniais de caráter privado, o juiz, de ofício, determinará o comparecimento das partes ao início da audiência de instrução e julgamento. Parágrafo único. Em causas relativas à família, terá lugar igualmente a conciliação, nos casos e para os fins em que a lei consente a transação. Art. 448. Antes de iniciar a instrução, o juiz tentará conciliar as partes. Chegando a acordo, o juiz mandará tomá-lo por termo. Art. 449. O termo de conciliação, assinado pelas partes e homologado pelo juiz, terá valor de sentença.

18 BRASIL. Constituição da república federativa do Brasil de 1988. Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%27ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%27ao.htm)>. Acesso em: 19 mar. 2021.

19 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. CONSIDERANDO que, por isso, cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação; (...).

o entendimento sobre esses mecanismos consensuais para evitar disparidades entre práticas e orientações<sup>20</sup>. O artigo 1º pontua o dever – e não mera faculdade – dos órgãos judiciários oferecerem os meios consensuais de tratamento dos conflitos. Em seguida, focaliza-se a centralização das estruturas judiciárias, formação e treinamento de servidores sobre o tema e acompanhamento estatístico específico<sup>21</sup>. Ainda atualmente, princípios e conceitos jurídicos indeterminados encontram algum respaldo nas previsões da aludida resolução.

A Lei nº 13.140 (Lei de Mediação), contemporânea ao atual CPC, dedicou-se ao estabelecimento de normas para a realização de mediação entre particulares, bem como regulamentou questões atinentes à aplicação dessa forma de autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública<sup>22</sup>.

Ada Pellegrini Grinover explica a Lei de Mediação e a Resolução nº 125 do CNJ, em conjunto com as previsões do CPC, formam a tríade dos marcos regulatórios que tratam dos métodos consensuais de conflitos no ordenamento jurídico brasileiro<sup>23</sup>.

---

20 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. CONSIDERANDO a relevância e a necessidade de organizar e uniformizar os serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos, para lhes evitar disparidades de orientação e práticas, bem como para assegurar a boa execução da política pública, respeitadas as especificidades de cada segmento da Justiça; (...).

21 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Art. 2º Na implementação da Política Judiciária Nacional, com vista à boa qualidade dos serviços e à disseminação da cultura de pacificação social, serão observados: centralização das estruturas judiciárias, adequada formação e treinamento de servidores, conciliadores e mediadores, bem como acompanhamento estatístico específico.

22 Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o §2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Brasília: Diário Oficial da União, 26 de junho de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm)>. Acesso em: 23 mar. 2021.

23 GRINOVER, Ada Pellegrini. Os métodos consensuais de solução de conflitos no novo código de processo civil. ProDireito-Direito Processual Civil, v. 1, p. 51-2, 2015, p. 52.

A autora explica que, apesar de pontualmente divergirem entre si em alguns pontos, esses marcos têm em comum o objetivo de sanar uma série de mazelas do Poder Judiciário. Cita o formalismo, a burocratização e a dificuldade de acesso ao Poder Judiciário como aspectos cada vez mais incompatíveis com o volume crescente de litígios que é proporcional à cada vez mais conflituosa e complexa sociedade atual.

A busca por formas mais adequadas de enfrentamento dos conflitos também é relacionada à ineficiência do Poder Judiciário tanto no aspecto quantitativo – em que a duração razoável do processo frequentemente deixa a desejar – quanto no aspecto qualitativo – pois não raro a finalização do litígio por meio de sentença judicial não promove, de fato, pacificação social o que prejudica, assim, o efetivo acesso à justiça<sup>24</sup>.

Sobre a relação entre a crescente consolidação dos métodos adequados de resolução de conflitos e a promulgação do Código de Processo Civil de 2015, ressalta-se que:

O papel desempenhado pela Conciliação, pela Mediação e pela Arbitragem dentro do novo Sistema Processual Civil revela a importância que o legislador brasileiro conferiu, na Lei nº 13.105/15, aos Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, como forma de desafogar o Judiciário e promover uma cultura de paz e de direitos humanos<sup>25</sup>.

Importante ainda frisar que a previsão dos métodos autocompositivos no CPC funda-se “na autonomia das partes e na valorização da responsabilidade dos participantes na construção da

---

24 GERVARTOSKY, Hannah. A realização de audiência de mediação/conciliação initio litis no novo código de processo civil. Revista de Processo RePro, São Paulo, v. 260, n. 41, p. 415-437, 2016, p. 416.

25 PISKE, Oriana; SILVA, Cristiano Alves da. Métodos consensuais de solução de conflitos no âmbito do novo Código de Processo Civil brasileiro (Lei nº 13.105/15). 2015. Disponível em: <[https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/arquivos/copy5\\_of\\_artigo.pdf](https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/arquivos/copy5_of_artigo.pdf)>. Acesso em: 23 mar. 2021.

solução ao caso concreto, com vistas a manter positivamente relações continuadas”<sup>26</sup>.

Na mesma linha, Luis Fernando Guerrero explica que a crescente importância de métodos não judiciais de solução de conflitos, em especial a arbitragem, alterou até mesmo o sentido de jurisdição estatal. Isso porque, segundo o autor, “o foco do conceito foi deslocado da atuação estatal para a aplicação do direito ao caso concreto”<sup>27</sup>.

Luciano Souto Dias e Kamila Faria destacam que as previsões contidas no CPC incentivam o uso de métodos autocompositivos de solução de conflitos, com destaque para a mediação e a conciliação. Porém, o incentivo também é aplicável a métodos outros, que possam contribuir, assim como os mencionados acima, para “a humanização dos processos e para a entrega rápida e efetiva da Jurisdição. É preciso acreditar numa mudança de paradigmas, numa mudança de mentalidade, e superar a cultura do litígio”<sup>28</sup>.

Jéssica Gonçalves e Viviane Maria Segala enfatizam que os métodos autocompositivos no CPC, de um modo geral, fundam-se “na autonomia das partes e na valorização da responsabilidade dos participantes na construção da solução ao caso concreto, com vistas a manter positivamente relações continuadas”<sup>29</sup>.

Essa perspectiva de preeminência de formas consensuais de superação de conflitos, com a residualidade do processo civil judicial, é evidente das previsões que alicerçam o CPC. No capítulo 1º do CPC, dedicado a firmar as normas fundamentais do processo civil,

---

26 GONÇALVES, Jéssica; SEGALA, Viviane Maria. Mudanças legislativas no paradigma jurídico tradicional da “cultura da sentença”: a inserção do modelo da “justiça consensual” por meio da técnica da mediação de conflitos. Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional, v. 4, n. 1, p. 225-239, 2016, p. 237.

27 GUERRERO, Luis Fernando. Conciliação e mediação-novo CPC e leis específicas. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 41, p. 19-42, 2014, p. 20.

28 DIAS, Luciano Souto; FARIA, Kamila Cardoso. A mediação e a conciliação no contexto do novo código de processo civil de 2015. Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos, v. 8, n. 2, p. 20-44, 2015, p. 42-43.

29 GONÇALVES, Jéssica; SEGALA, Viviane Maria. Mudanças legislativas no paradigma jurídico tradicional da “cultura da sentença”: a inserção do modelo da “justiça consensual” por meio da técnica da mediação de conflitos. Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional, v. 4, n. 1, p. 225-239, 2016, p. 237.

ganha relevo a previsão do §3º do artigo 2º<sup>30</sup>, que estabelece o dever, aos agentes do Poder Judiciário, de estimular soluções consensuais de conflitos, mencionando, apenas como exemplo, a mediação e conciliação. Vale dizer, o CPC expressa-se rumo à concepção de meios plurais de solução consensual de conflitos, delineando o espaço para a estruturação autônoma de formas diversas de procedimentos direcionados a esse mister.

Assim, aquela previsão da norma revogada, que compreendia apenas a conciliação como estratégia de pacificação cooperativa mais autônoma de restabelecimento de relações ou de solução de impasses, cede lugar a uma normativa mais genérica e ampliativa, vale dizer, exemplificativa e aberta para as gêneses de modelos engendrados pela práxis social. Nesse sentido, o artigo 139, IV<sup>31</sup>, ostenta a previsão da prerrogativa do poder do Juiz de promover não somente a conciliação como era previsto antes, mas, sim, a autocomposição de conflitos.

Na mesma linha, a Seção V dedica-se a normas voltadas não somente para a realização da conciliação, mas também para a mediação e para os demais métodos autocompositivos, que devem ser privilegiados.

No campo do estímulo à adoção dos métodos autocompositivos pelas partes que acabaram por iniciar a ação judicial, o §3º do artigo 308<sup>32</sup> institui a intimação para audiência de mediação e conciliação

---

30 Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de processo civil. Brasília: Diário Oficial da União, 16 de janeiro de 2005. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 24 mar. 2021. Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito (...) §3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

31 Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de processo civil. Brasília: Diário Oficial da União, 16 de janeiro de 2005. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 24 mar. 2021. Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: IV – determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária.

32 Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de processo civil. Brasília: Diário Oficial da União, 16 de janeiro de 2005. Disponível em: <<http://www.planalto.gov>>.

após efetivada a tutela cautelar. O inciso VII do artigo 319<sup>33</sup> do CPC determina, ainda, que a petição inicial deve indicar se o autor opta pela realização da audiência de conciliação e mediação, disciplinada detalhadamente no Capítulo V da Seção III. Existe também a previsão do I do artigo 335<sup>34</sup> que define que o réu também tem o dever de manifestar na contestação pela realização dessa audiência.

Portanto, apesar de o CPC ter como objetivo primordial estabelecer as normas do processo civil que tramita no Poder Judiciário, o contexto que o antecedeu e o panorama de suas estratégias de promoção de um acesso à justiça que supera a via do processo civil judicial ratificam o seu compromisso com o incentivo de incorporação de modelos, com o reforço do reconhecimento da autonomia das partes; bem como com a legitimidade das figuras consensuais de enfrentamento de conflitos no ordenamento jurídico brasileiro.

Significa que parece existir espaço para a assertiva de que os pleitos integram o rol de meios adequados consensuais de gestão e de solução de conflitos, referendados e disponíveis ao exercício de autonomia por pessoas em desacordo, inclusive no bojo das normas próprias do processo civil.

---

br/ccivil\_03/\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 24 mar. 2021. Art. 308. Efetivada a tutela cautelar, o pedido principal terá de ser formulado pelo autor no prazo de 30 (trinta) dias, caso em que será apresentado nos mesmos autos em que deduzido o pedido de tutela cautelar, não dependendo do adiantamento de novas custas processuais. §3º Apresentado o pedido principal, as partes serão intimadas para a audiência de conciliação ou de mediação, na forma do art. 334, por seus advogados ou pessoalmente, sem necessidade de nova citação do réu.

33 Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de processo civil. Brasília: Diário Oficial da União, 16 de janeiro de 2005. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 24 mar. 2021. Art. 319. A petição inicial indicará: VII – a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação.

34 Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de processo civil. Brasília: Diário Oficial da União, 16 de janeiro de 2005. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 24 mar. 2021. Art. 335. O réu poderá oferecer contestação, por petição, no prazo de 15 (quinze) dias, cujo termo inicial será a data: I – da audiência de conciliação ou de mediação, ou da última sessão de conciliação, quando qualquer parte não comparecer ou, comparecendo, não houver autocomposição.

## 5. O PLEITO COMO POSSÍVEL ALTERNATIVA DE REFORÇO À AUTONOMIA DE PESSOAS ENVOLVIDAS EM CONFLITOS

Diante das características marcantes dos modelos que podem ser considerados mecanismos alternativos ao processo civil judicial, é viável aferir o pleito como integrante dessa categoria de reforço à autonomia das partes. Trata-se de estratégia que, a despeito da flexibilidade, é procedimentalizada voluntariamente pelas partes interessadas de forma a promoverem a gestão de um impasse contratual, com ocasionais ajustes ou revisões clausulares, assim como com a assistência técnica em caráter accidental. Um desfecho possível é a formalização de acordo. Esse modelo conta com grande celeridade e depende, sobremaneira, da cooperação dos envolvidos para uma solução consensual, haja vista a inexistência de um terceiro ator nesse cenário, que possa conduzir as tratativas. É comum existir a presença de assessorias técnicas as quais podem ser contratadas por qualquer das partes, e, ao fazerem esclarecimentos, facilitam a composição do conflito, porém, não exercem o papel de condutores que buscam encontrar uma solução para o litígio. Assim, a autonomia dos envolvidos é preservada e preeminente.

Além da prerrogativa judicial de promoção de formas consensuais de solução de conflitos, o pleito pode ser a opção das partes que, inclusive, pode ser objeto de Negócio Jurídico Processual, previsto nos artigos 190 a 192 do CPC, hipótese em que, nos moldes do parágrafo único do artigo 190, o pleito estará sob crivo de validade por parte do juízo<sup>35</sup>. O Judiciário atua em questões pontuais e mediante provocação.

---

35 Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de processo civil. Brasília: Diário Oficial da União, 16 de janeiro de 2005. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 24 mar. 2021. Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em

Com efeito, sempre que o processo versar sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Logo, a própria procedimentalização do pleito pode ser convencionada.

Significa que, em que pese o pleito não se encontrar nominado de modo expresso no texto da lei processual civil, a teia normativa firmada pelo CPC, tanto na orientação da promoção das formas consensuais de solução de conflito quanto na previsão da possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais, é permissiva da admissão dessa estratégia alternativa.

Certamente, a adequação de cada uma das estratégias consensuais de solução de conflitos depende da análise casuística da demanda, haja vista que, em uma perspectiva plural de acesso à justiça, apenas as peculiaridades de cada situação podem fundamentar a definição do melhor modelo para a gestão e eventual solução dos impasses havidos nessas relações negociais.

É bem verdade que não obstante esse potencial de mecanismo de administração consensual do contrato, há casos nos quais o pleito é articulado apenas mais um meio para a preparação para o conflito e não para cooperação. Nesses casos, o pleito deixa de ser uma alternativa ao processo civil para se tornar apenas uma fase preliminar deste<sup>36</sup>. De toda sorte, o insucesso pontual não compromete a sua utilidade potencial à gestão autônoma de conflitos.

Nesse sentido, alerta Barbosa Moreira:

O que não podemos é ser desmedidamente ambiciosos.  
Acalentar expectativas altas demais expõe-nos

---

contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

36 SILVA, Leonardo Toledo. Contratos de aliança: direito empresarial e ambiente cooperativo. 384f. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito. Disponível em: <<https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-07122015-164033/pt-br.php>>. Acesso em: 20 mar. 2021, p. 42.

ao perigo de cair com facilidade em negativismo extremado. Nutre-se o pessimismo, com frequência, da amargura causada pela decepção: convencidos de ser inatingível o ideal, que ingenuamente supuseramos ao alcance da nossa mão, passamos a descreer da possibilidade de dar quaisquer passos, pequenos que sejam, na direção daquele. A ilusão de onipotência torna-se a véspera do cepticismo integral. Destarte, não poucas vezes, o talento do progressista desencantado acaba paradoxalmente posto a serviço do mais empedernido conservadorismo. Aqui também os extremos se tocam<sup>37</sup>.

Portanto, identifica-se o potencial de interação do pleito com o processo civil, não só como uma alternativa, mas, também, como um complemento para uma atuação mais autônoma, inclusive no processo judicial.

Logo, se, preliminarmente ao processo civil, o pleito revela-se como importante estratégia refratária à judicialização da demanda, no curso do feito judicial o pleito pode ser a estratégia adequada à retomada dos esforços dedicados aos ajustes ou a discussões contratuais necessárias ao alcance da satisfação dos envolvidos, sem a participação facilitadora, orientadora ou decisória de terceiros alheios à relação. Em última análise, dentre os métodos alternativos de superação de conflitos, o pleito destaca-se por ser o que mais preserva a autonomia das partes.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A recorrência aos pleitos para a superação de impasses contratuais impõe a indagação acerca da possibilidade de sua categorização como forma consensual de solução de conflitos, com

---

37 MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Efetividade do processo e técnica processual”. In: Temas de direito processual civil: sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 17-29.

aptidão de reforço de autonomia e com existência independente em relação às figuras afins.

Logo, em que pese o destaque da mediação, da arbitragem e da conciliação na doutrina e na legislação, percebe-se que outros modelos são admitidos, haja vista que a realidade dos desenhos plurais de justiça não se circunscreve à nominação legal de tipos reconhecidos.

Assim, conclui-se que o estímulo às formas consensuais de solução de conflito não se limita a essas práticas, visto que a Constituição e o CPC evidenciam uma teia normativa que dá fundamento à utilização de outras iniciativas consensuais, suficientes e eventualmente adequadas à gestão e ao enfrentamento autônomo de conflitos.

Tendo o presente estudo se dedicado aos pleitos, também chamados de *claims*, constata-se que a estratégia procedimental se refere à circunstância de iniciativa de qualquer das partes contratuais na eleição das normas e na promoção de uma fase de gestão de impasses contratuais, para a dissipação e composição do conflito, com o objetivo de, ao final, formalizar as tratativas em um acordo.

As figuras mais próximas do pleito são a conciliação e a mediação. Com elas, contudo, não se confunde. Além de superar as meras noções próprias da negociação (eis que o pleito se procedimentaliza de modo mais complexo, assim como os demais modelos abordados), o pleito pressupõe uma relação contratual existente e em execução. Lado outro, diversamente da conciliação e da mediação, prescinde de terceiros interventores, sendo mais comum o ocasional recurso ao suporte não vinculante de ordem técnica. Vale dizer, o estudo identifica traços peculiares ao pleito, que se expressam no fato de que seu processamento acontece sem a necessária intervenção de um terceiro – o que exclui a sua caracterização como arbitragem, mediação e conciliação e o evidencia como ferramenta potencial de reforço à autonomia das partes.

Conclui-se, ainda, conforme normativa aludida, especialmente estatuída pelo CPC a fim de estimular e permitir o uso de métodos consensuais de solução dos conflitos, que, ao viabilizar a administração

de impasses sem que se dependa de um terceiro para promover o diálogo ou proferir uma decisão final, o pleito pode ser uma alternativa ou uma estratégia ao alcance do processo judicial, que fomenta a atuação mais robusta de pessoas envolvidas na lide. Significa que o pleito é mais uma ferramenta disponível ao processo civil judicial para que as partes obtenham um desfecho não heterônomo, em qualquer fase do processo, passível de implementação, inclusive, pela via dos negócios jurídicos processuais.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Igor. A proteção do particular contratado diante da inadimplência contumaz da administração pública no âmbito dos contratos administrativos. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/52221/a-protecao-do-particular-contratado-diante-da-inadimplencia-contumaz-da-administracao-publica-no-ambito-dos-contratos-administrativos>>. Acesso em 03 mar. 2021.

BUCKER, Maurício. Gerenciamento de conflitos, prevenção e solução de disputas em empreendimentos de construção civil. 178f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação). Universidade de São Paulo, Escola Politécnica da Universidade de São Paulo. Disponível em: <[http://www.pcc.usp.br/files/text/personal\\_files/francisco\\_cardoso/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20Maur%C3%ADcio%20Brun%20Bucker%20vers%C3%A3o%2019%202110%2006.pdf](http://www.pcc.usp.br/files/text/personal_files/francisco_cardoso/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20Maur%C3%ADcio%20Brun%20Bucker%20vers%C3%A3o%2019%202110%2006.pdf)>. Acesso em: 20 mar. 2021.

DIAS, Luciano Souto; FARIA, Kamila Cardoso. A mediação e a conciliação no contexto do novo código de processo civil de 2015. Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos, v. 8, n. 2, p. 20-44, 2015.

FONSECA, Sérgio Roxo da. Discordar do pleito não permite ao juiz impedir o exercício do direito de ação. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-mar-16/mp-debate-discordar-pleito-nao-permite-juiz-impedir-direito-acao>>. Acesso em: 04 mar. 2021.

GERVARTOSKY, Hannah. A realização de audiência de mediação/conciliação initio litis no novo código de processo civil. Revista de Processo RePro, São Paulo, v. 260, n. 41, p. 415-437, 2016.

GERENCIAMENTO de pleitos em projetos. Disponível em:<<https://www.ietec.com.br/cursos/curta-duracao/gerenciamento-de-pleitos-em-projetos/>>. Acesso em: 04 mar. 2021.

GESTÃO de pleitos e aditivos nas obras públicas. Disponível em: <<https://www.eloconsultoria.com/hotsites/gestao-de-pleitos-e-aditivos-nas-obras-publicas/>>. Acesso em 03 mar. 2021.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os métodos consensuais de solução de conflitos no novo código de processo civil. *ProDireito-Direito Processual Civil*, v. 1, p. 51-2, 2015.

GONÇALVES, Jéssica; SEGALA, Viviane Maria. Mudanças legislativas no paradigma jurídico tradicional da “cultura da sentença”: a inserção do modelo da “justiça consensual” por meio da técnica da mediação de conflitos. *Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional*, v. 4, n. 1, p. 225-239, 2016.

GOZZI, Elcio Fagundes. Contrato de EPC (engineering, procurement e construction) e o padrão FIDIC. Dissertação (Mestrado). Fundação Getúlio Vargas, Programa de Mestrado Profissional da Escola de Direito. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17285/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20EPC%20e%20FIDIC%20Final.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 20 mar. 2021.

GUERRERO, Luis Fernando. Conciliação e mediação-novo CPC e leis específicas. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 41, p. 19-42, 2014.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Efetividade do processo e técnica processual”. In: *Temas de direito processual civil: sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997.

OLIVEIRA, Breno de. Pleito eleitoral. Disponível em: <<https://currentecalamo.wordpress.com/pleito-eleitoral/>>. Acesso em 03 mar. 2021.

OLIVEIRA, Igor Bruno Silva de. A definição dos candidatos ao pleito eleitoral – o interesse do eleitor pelo processo de votação.

Disponível em: <<https://editoradelrey.com.br/direito/direito-eleitoral/a-definicao-dos-candidatos-ao-pleito-eleitoral-o-interesse-do-eleitor-pelo-processo-de-votacao-9788538405276>>. Acesso em 03 mar. 2021.

PASSOS, Alessandra Miyuki Kurihara. Gestão de pleitos em contratos de construção. Disponível em: <<http://jp.camaradojapao.org.br/pdf/a-14-07-24-cj-pn.pdf>>. Acesso em: 04 mar. 2021.

PISKE, Oriana; SILVA, Cristiano Alves da. Métodos consensuais de solução de conflitos no âmbito do novo código de processo civil brasileiro (Lei nº 13.105/15). 2015. Disponível em: <[https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/arquivos/copy5\\_of\\_artigo.pdf](https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/arquivos/copy5_of_artigo.pdf)>. Acesso em: 23 mar. 2021.

RAMOS, Martha. O que são claims e pleitos e suas especificidades na construção civil. Disponível em: <<https://www.sienge.com.br/blog/o-que-sao-claims-e-pleitos//>>. Acesso em: 20 mar. 2021.

RIBEIRO, Sylvia. Atividades e procedimentos do departamento de claims do transportador marítimo. Disponível em: <<https://www.comexblog.com.br/direito-em-foco/atividades-e-procedimentos-do-departamento-de-claims-do-transportador-maritimo/>>. Acesso em: 20 mar. 2021.

SILVA, Leonardo Toledo. Contratos de aliança: direito empresarial e ambiente cooperativo. 384f. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito. Disponível em: <<https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-07122015-164033/pt-br.php>>. Acesso em: 20 mar. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Súmula vinculante n. 18. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1245>>. Acesso em: 04 mar. 2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n. 1656458/PR. Relator: Ministro Herman Benjamin. Diário de Justiça: 28 mar. 2017. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipo-Pesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201700186509&total-RegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 04 mar. 2021.

TISAKA apud DALENOGARE, Lucas Santos. Administração contratual em obra industrial focando na prevenção de Pleitos. 2016. 77f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Departamento de Engenharia Civil. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/159564>>. Acesso em: 20 mar. 2021.

# **20 RELEITURA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E AUTONOMIA PRIVADA: a desmistificação de alguns conceitos**

**Cássio Augusto Barros Brant**

Doutor e Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG). Especialista em Direito da Empresa e da Economia pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Professor adjunto substituto na PUCMG, lecionando as seguintes disciplinas no curso de graduação em Direito: direito das obrigações, direitos reais e direito das sucessões. Advogado.





# **RELEITURA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E AUTONOMIA PRIVADA: a desmistificação de alguns conceitos**

**Cássio Augusto Barros Brant**

Doutor e Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG). Especialista em Direito da Empresa e da Economia pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Professor adjunto substituto na PUCMG, lecionando as seguintes disciplinas no curso de graduação em Direito: direito das obrigações, direitos reais e direito das sucessões. Advogado.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Diferença entre dignidade humana e direitos fundamentais; 2.1 Diferença entre indivíduo humano e pessoa humana; 3. Conceito de pessoa; 4. Dignidade da pessoa humana e direitos da personalidade; 5. Renúncia aos direitos da personalidade e aplicação da dignidade humana; 6. Diferença entre autonomia da vontade e autonomia privada: observância de sua aplicação diante da dignidade da pessoa humana; 6.1 Autonomia privada e seus limites nas situações existenciais; 7. Dignidade humana é cláusula geral dos direitos de personalidade: mito ou realidade? 8. Novos paradigmas do direito privado: a ressystematização ou constitucionalização do direito civil e a dignidade da pessoa humana como centro do ordenamento jurídico; 9. Considerações finais; Referências.

## **1. INTRODUÇÃO**

A dignidade da pessoa humana é positivada em muitos ordenamentos jurídicos do mundo inteiro. Ocorre que muitos não conseguem definir sua substância básica e, por muitas vezes, confundem como sendo direitos fundamentais ou mesmo lhe dão a condição de cláusula geral dos direitos de personalidade.

É necessário observar o contexto histórico e verificar que sua construção passou por diversos momentos históricos e o seu conceito está correlacionado com a questão da autonomia privada na possibilidade da pessoa escolher o que deseja ser. A dignidade da pessoa humana não é uma regra que já traz os conceitos pré-definidos

de uma vida digna, visto que necessita de se verificar o intrínseco de cada indivíduo para manifestar o que é realmente o conceito de “vida boa”.

Pretende-se demonstrar no texto que a dignidade da pessoa humana exerce papel importante dentro do ordenamento jurídico e está praticamente relacionada com a autonomia privada de cada pessoa na busca de sua auto-realização pessoal. É uma garantia prevista nos Estados mais avançados do mundo, todavia, apesar de ser concedida pelo Poder Público é um direito inerente do ser humano pela busca de suas escolhas, ou seja, só ao indivíduo cabe o exercício deste direito, não sendo um conceito pré-definido daquilo que se deva almejar.

## **2. DIFERENÇA ENTRE DIGNIDADE HUMANA E DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Para a compreensão do conceito de dignidade humana é preciso verificar os elementos básicos da personalidade. Sabe-se que há uma diferença entre direitos da personalidade e direitos fundamentais, entretanto, há uma confusão por parte da doutrina que os coloca como se fossem o mesmo assunto. No entanto, verificam-se conceitos bem distintos. É o que afirma José de Oliveira Assunção (1998):

Direitos fundamentais e direitos da personalidade não são termos equivalentes. Há direitos fundamentais que não são direitos da personalidade e há inversamente muitos direitos de personalidade que não são direitos fundamentais. (ASCENSÃO, 1998, p. 125).

Neste sentido, vale mencionar o art. 5º, inciso LXX da Constituição Federal que trata do mandado de segurança. Sabe-se que este é um direito fundamental, embora não exista nenhuma característica de direito de personalidade. O mesmo se procede ao direito à identidade

genética como direito de personalidade, verifica-se que não está dentro do contexto de direitos e garantias fundamentais.

Brunello Stancioli (2007) aponta que uma das diferenças é a influência dos direitos fundamentais sobre o comportamento dos sujeitos de direito privado. Há uma correlação entre autonomia pública e privada. A autonomia pública cria, por meio de direitos fundamentais, condições para o exercício da autonomia privada. Entretanto, para Claus-Wilthelm Canaris (2003) não há nenhuma correlação entre direito fundamental e direito privado.

Canaris afirma que são direitos distintos e independentes, ao contrário que a maioria da doutrina sustenta, ou seja, de que para a efetivação dos direitos de personalidade ou demais direitos privados há necessariamente a coexistência da atuação dos direitos fundamentais:

Globalmente, a posição segundo a qual o legislador de direito privado só está vinculado mediamente aos direitos fundamentais, isto é, “por meio dos preceitos que dominam imediatamente essa área do direito”, deve ser rejeitada sem reboço, tanto por razões de lógica normativa, como por razões práticas. Afigura-se-me, aqui que apenas uma espécie de teorema de Münchhausen poderia criar ao jurista de direito privado a possibilidade de se só erguer a si mesmo, pelas suas próprias forças, do atoleiro do direito constitucional. Assim, tal concepção conduz antes, em última instância, a uma “liberdade do direito privado em face dos direitos fundamentais” (CANARIS, 2003, p. 32).

Outro dado importante é que Claus-Wilthelm Canaris, a respeito dessa diferença, percebendo que os direitos da personalidade são de caráter privado não compreende que estão subordinados aos direitos fundamentais. Neste entendimento:

Nomeadamente, parece-me até uma impossibilidade intelectual querer controlar a conformidade de uma norma de direito privado com os direitos fundamentais aferindo-a segundo uma outra norma de direito privado. Pois necessariamente estas duas normas estarão, em termos de lógica normativa, situadas no mesmo nível pelo que uma não pode constituir a bilota da conformidade constitucional da outra, a qual haverá, também necessariamente, de ter o estatuto de uma *lex superior*, e haverá, portanto, de estar situada, na hierarquia das normas, num nível superior. Esta conclusão também não se deixa modificar, por exemplo, enriquecendo em termos jurídico-constitucionais uma das normas de direito privado, e, em especial, interpretando uma cláusula geral “à luz” dos direitos fundamentais. Na verdade, neste processo, ou ela permanece uma norma de direito ordinário – então falta-lhe, ainda e sempre, a superioridade de nível do direito constitucional – e então chega-se à consequência, contraditória, de o seu conteúdo, justamente na medida em que pertence realmente ao direito ordinário, adquirir agora, de repente, nível constitucional (CANARIS, 2003, p. 30).

Pedro Lenza entende que direitos fundamentais são apenas bens e vantagens prescritos na norma constitucional, inclusive aponta que, na verdade, as garantias fundamentais são eficazmente os instrumentos que irão assegurar estes direitos fundamentais ou mesmo repará-los:

Assim, os direitos são bens e vantagens prescritos na norma constitucional, enquanto as garantias são os instrumentos através dos quais se assegura o exercício dos aludidos direitos (preventivamente) ou prontamente os repara, caso violados (LENZA, 2012, p. 961).

Verifica-se, portanto, uma falsa ideia de que direitos fundamentais e direitos da personalidade são sinônimos. De fato, demonstram-se totalmente diferentes, embora possam tratar do mesmo direito em alguns casos, mas não é a regra geral. Além disso, os direitos privados não estão subordinados aos direitos fundamentais e nem possuem a mesma aplicação. Canaris menciona essa diferença:

Da aplicabilidade deste preceito ao legislador de direito privado não resulta que os direitos fundamentais tenham sempre, para a relação entre sujeitos de direito privado, exatamente o mesmo conteúdo e o mesmo alcance que na relação entre o cidadão e o Estado. (CANARIS, 2003, p. 37).

Neste passo, por exemplo, o tratamento do direito à vida em âmbito de direitos fundamentais exerce um caráter totalmente público e de carga protetiva bem mais intensa que o de cunho de personalidade. Muitas vezes, é elencado como o bem supremo de garantia individual, visto se este não haveria efetividade dos demais direitos fundamentais. O Estado deve, portanto, garantir de todos os meios a proteção ao direito à vida. Todavia, se analisado na óptica do direito privado a vida é uma escolha ou faculdade que o indivíduo tem de fazer o que deseja com este bem, tanto que o mesmo pode inclusive dispor de sua vida, a exemplo de cometer suicídio ou levar uma vida desregrada que coloque em risco sua saúde. O Estado não pode intervir, visto que a sua amplitude está no âmbito estritamente privado dos direitos de personalidade. Não há como impor que a pessoa tenha um estilo saudável de vida ou mesmo que seja punido por tentar suicidar. Estas questões são privadas e não há interesse público. É importante a diferença entre direitos fundamentais e direitos da personalidade, visto que o tratamento ou aplicação jurídica se dará de forma diversa quando há semelhança do mesmo direito.

## 2.1 DIFERENÇA ENTRE INDIVÍDUO HUMANO E PESSOA HUMANA

Outro aspecto é que há diferença entre indivíduo humano e pessoa humana. Não há coincidência destes termos. Apesar do conceito de pessoa não ser plenamente desenvolvido, entretanto, possui uma conotação mais interativa, o que não demonstra ser apresentado pelo conceito de indivíduo. O conceito de pessoa absorve todas as potencialidades da pessoa natural: características individuais, intersubjetivas, sociais e supra-estatais.

Segundo Stancioli (2007), o que torna mais clara a necessidade do tratamento da pessoa decorre da crise do Estado Nacional. A globalização, os fluxos migratórios e o desenvolvimento demográfico mundial, a economia globalizada entre outros são problemas do século XXI em que o Estado Nacional torna-se impotente. Desta forma, surgem os vínculos de solidariedade global, partindo da ideia de que o outro é uma pessoa a qual vale a pena ser assistido. Não o bastante, o contexto do meio ambiente está também em nível global e acaba trazendo uma noção comunitária.

Preliminarmente, o conceito usual era de indivíduo humano, delimitado pelos valores de vida, propriedade e liberdade, mas a noção de pessoa natural torna-se mais precisa em razão dessas complexidades existentes seja em âmbito individual ou comunitário. A pessoalidade acaba envolvendo percepções históricas, psicológicas e valorativas, ainda que o conceito de pessoalidade seja inacabado. Segundo Stancioli, um dos maiores problemas a ser enfrentado é que, em razão da globalização que é sensível as diversas diferenças e para que esta seja passível de criar desenvolvimento da pessoa natural e dos direitos de personalidade, haja o reconhecimento da própria condição de pessoa natural.

### 3. CONCEITO DE PESSOA

Historicamente, o conceito de pessoa vem de Roma, principalmente, no questionamento da natureza dupla de Cristo, assim como, acerca da Santíssima Trindade. Entretanto, a origem mais difundida é o conceito de máscara. Seria o papel que o homem representa como indivíduo dentro da sociedade.

Importante dizer que São Tomás de Aquino foi quem trouxe a ideia de dignidade como atributo da pessoa.

Em relação ao mistério da Santíssima Trindade, houve uma importância porque trouxe a distinção entre pessoa divina e pessoa humana. Neste entendimento a pessoa humana passa a ser dotada de liberdade e responsabilidade, portanto, não sendo tratada como coisa ou objeto.

Na idade média, Santo Agostinho cria a ideia de bem e, por conseguinte de “vida boa”. Há o dualismo entre bem e mal. E este conceito de “vida boa” seria, na época, viver conforme os desígnios de Deus. Vale dizer que na idade média também há a concepção de alma e corpo. Desta forma, os sentimentos carnavais eram reprimidos e o sexo era apenas para fins de procriação.

Na pré-modernidade e modernidade, Giovanni Pico Della Mirandola reconhece na sua obra “Discurso sobre dignidade” que a autonomia da pessoa humana está no poder de “ser o que quiser ser”. A dignidade do homem deve ser perseguida pelo próprio homem naquilo que bem entender porque não está sujeito ao determinismo natural nem ao arbítrio alheio. Mirandola teve papel importante porque deixou traços fortes de liberdade e de dignidade humana, mas, entretanto, não desvencilhou da ideia de Deus.

No iluminismo, há um rompimento radical com a teologia. A pessoa foi compreendida pela ciência. Kant desempenha um papel importante porque promove um estudo da autonomia na diferenciação entre direito e moral. O direito não teria a mesma exigência que a moral. Estaria no âmbito interno do ser humano enquanto o Direito seria externo e prescrito por Lei. O Filósofo também parte

do pressuposto que todos devem exercer a autonomia na criação de normas, assim como, todas as pessoas são livres para também fazê-las. Kant filia-se a corrente de Mirandola que afirma que a autonomia da vontade é o fundamento da natureza humana e de toda natureza racional. No iluminismo há, portanto, o racionalismo na concepção jurídica de pessoa humana.

Houve também o iluminismo radical do século XVIII que trouxe a dessacralização do corpo. Com isso, o corpo passou a ser parte da pessoa, ao invés do pensamento separado de corpo e alma da visão teológica. Desta forma, a pessoa humana foi reduzida a um organismo vivo. Este aspecto histórico foi de extrema importância porque houve a percepção da pessoa humana como identidade física.

#### **4. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DIREITOS DA PERSONALIDADE**

Os iluministas radicais acabaram reduzindo a pessoa humana em um organismo vivo, sem sua dimensão espiritual. Todavia, o conceito de “vida boa” e “vida digna” foram, por meio de valores morais, compartilhados socialmente e o que de fato serviu de fundamentos para o conceito de pessoa e de direitos de personalidade. Para isso, foi necessário analisar os estudos de Kant, Tomas de Aquino e Mirandolo que estabeleceram o conceito de autonomia.

É importante verificar que Boécio e Tomás de Aquino foram essenciais para verificar a racionalidade no sentido do reconhecimento recíproco de todos os envolvidos como seres autônomos e que se auto reconhecem como dignos.

Desta forma, chega-se a conclusão que há três dimensões para se observar em relação aos direitos de personalidade, segundo Stanciulli (2003):

a) Proteção da personalidade e o respeito pela autonomia da vontade. É preciso respeitar a própria personalidade;

b) Reconhecimento e a afirmação do outro. A personalidade só ganha sentido como a existência perante o outro (alteridade).

c) Dignidade. “A dignidade é fruto da autoconstrução (autonomia) e a realização em sociedade (alteridade)”. Para o autor, a dignidade não é dada pelo Estado ou pela ciência, mas é a busca de auto-realização. Ainda afirma que não pode haver regras que imponham aos indivíduos uma dignidade pré-estatuída.

A necessidade do corpo para determinar a pessoa ainda é essencial, mas há dimensões metas-corporais para a pessoa humana. A identificação de interioridade, por meio da consciência da pessoa. Em razão da base mental, a pessoa pode mudar sejam estes valores ou mesmo modificar externamente. Esta capacidade de mutação é o suporte da pessoa.

Não se pode reduzir a pessoa ao corpo humano ou puramente à espiritualidade. Existe na pessoa a ideia de valor, uma vez que diante destes valores (bem ou mal) a pessoa se posiciona na sociedade. Estes valores são importantes para o entendimento recíproco de que é merecedor de dignidade. Brunello afirma que valores são afirmações culturais de uma dada comunidade em um dado espaço geográfico, e, que Habermas afirma que são válidos para toda a sociedade.

A dúvida que surge é se a dignidade da pessoa humana seria um direito de personalidade ou mais um direito que deve ser visto juntamente com os direitos de personalidade? Ao que parece há uma correlação entre dignidade da pessoa humana com os direitos de personalidade, embora sejam autônomos e independentes. A grande questão é que seria muito difícil separar os direitos de personalidade da dignidade humana, principalmente, tratando-se de aplicação prática, visto que atuam conjuntamente em prol da pessoa. Não há como retirar a dignidade humana em determinadas situações visto ser princípio de aplicação constante no ordenamento, principalmente, em questões existenciais, como direitos de personalidade.

Antonio Jeová Santos (2001) também compreende o conceito de dignidade da pessoa humana como auto-realização ou de autonomia

e verifica certa interdependência ou aplicação conjunta da dignidade da pessoa humana com demais direitos de personalidade ou personalíssimos:

Atentando a seu significado jurídico-filosófico, a dignidade “assume o sentido de relação com a autonomia e a livre determinação, porque tem em sua fonte profunda o próprio e mais qualificado do ser humano que é a possibilidade de eleger ante todos os caminhos legítimos que se lhe apresentam. É um valor fundamental que dirige e sustenta os direitos personalíssimos, apoiados por ela” (SANTOS, 2001, pág. 78).

Desta forma, extrai-se o entendimento de que a dignidade da pessoa humana é um princípio que pode atuar conjuntamente no que se refere aos direitos de personalidade em razão de possuir uma ligação forte na atuação e exercício dos direitos de personalidade.

Embora alguns autores neguem que a dignidade da pessoa humana seja um princípio porque não veem sua autonomia sob o entendimento que não há uma aplicação da dignidade humana sem as demais regras do ordenamento jurídico. Tal raciocínio é controverso, como será explicado mais a frente. A confusão está no entendimento de que não há uma aplicação imediata de um princípio. Obviamente, esta é a maior característica dos princípios, ou seja, sua enorme abstração a ponto de não existir coerção, o que se verifica nitidamente na dignidade da pessoa humana.

Não se pode, portanto, concordar com este posicionamento, visto que a própria Constituição Federal reconhece, no Título I, os princípios fundamentais da República, o qual a dignidade aparece no art. 1º, III. É, obviamente, um princípio expresso e de ordem máxima. O que parte da doutrina equivoca-se é tratar um princípio com a autonomia de regras. Estas possuem auto-executoriedade, pois são comandos normativos, é completamente diverso dos princípios.

De fato, algumas relações jurídicas privadas existentes utilizam-se da aplicação conjunta com o princípio da dignidade da pessoa humana. E todo e qualquer princípio será aplicado conjuntamente com outra norma, diante da abstração inerente de sua própria condição de princípio. Princípios e regras são importantes para o ordenamento jurídico e cada qual têm atribuições distintas. Não são idênticos. Parte da doutrina sustenta que princípios são iguais a regras, inclusive princípios não expressos teriam a mesma característica. Sustentam esta argumentação baseando-se em um sistema principiológico em que estes seriam inseridos como fonte das regras. O estudo de parte deste pensamento invoca os doutrinadores Dorwin e Alexy, entretanto, há correntes contrárias, como Humberto Ávila que desconstrói este entendimento doutrinário, tecendo um estudo no sentido da importância das regras no ordenamento jurídico e o verdadeiro papel dos princípios que auxiliam em determinadas situações jurídicas. Não há uma derivação de regras oriundas de princípios expressos ou não.

Neste sentido, compreende-se a aplicação da dignidade humana correlacionada com a autonomia da vontade, sob o entendimento do que lhe é digno, ou seja, naquilo que se pode compreender como parte de sua auto-realização pessoal. Obviamente, só caberá a cada indivíduo expor intrinsecamente o que de fato lhe é digno. Não há como extrair de um texto jurídico o que de fato é digno a um homem.

## **5. RENÚNCIA AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E APLICAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA**

A maioria da doutrina trata os direitos de personalidade como irrenunciáveis. O art. 11 do Código Civil brasileiro diz que “com exceções dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.

Segundo o professor João Baptista Villela, o art. 11 não poderia ter desejado excluir em caráter absoluto a abdicação voluntária dos direitos de personalidade porque tal fato seria o mesmo que fazer uma

prisão ao seu titular, do que uma proteção a sua liberdade. (STANCIOLI, 2007, p.113)

O art. 13 do Código Civil trata de possibilidade de renúncia de direitos da personalidade:

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. (Brasil, Lei nº 10.406/2002).

Há outros tipos de renúncia como a Lei nº 9.434/97 que trata da remoção de órgãos para transplante, o direito ao nome, imagem que a lei faculta a renúncia ao direito de personalidade.

Para João Baptista Villela a renúncia é a expressão verdadeiramente emblemática da autonomia da vontade porque demonstra o mais elevado grau de afirmação da pessoa no ordenamento jurídico (STANCIOLI, 2007, p.128).

A renúncia é poder de escolha, em última instância, a vida que vale a pena ser vivida. Apesar de ser individual, só é possível em uma comunidade de pessoas em que todas se reconheçam iguais e potencialmente livres em face dos outros para a sua opção pelo que é vida boa (dignidade). Contudo, extrai-se que em decorrência da dignidade humana tal conceito expresso no Código Civil que trata da irrenunciabilidade de direitos de personalidade não se pode aplicar de forma automática, visto que a dignidade da pessoa humana no exercício do homem de auto-realização não viabiliza a aplicação deste texto normativo, pois caberá ao homem definir se deseja ou não abdicar do direito. A irrenunciabilidade fere nitidamente o princípio expresso no art. 1º, III da Constituição Federal.

## **6. DIFERENÇA ENTRE AUTONOMIA DA VONTADE E AUTONOMIA PRIVADA: OBSERVÂNCIA DE SUA APLICAÇÃO DIANTE DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Os termos autonomia da vontade e autonomia privada são distintos. Na verdade, a autonomia privada é uma releitura da autonomia da vontade. O termo surge em razão da quebra de paradigmas do Estado Liberal para o Estado Social em que há uma intervenção por parte do Estado nas relações privadas para dirimir os abusos cometidos pelos burgueses, principalmente, após a Revolução Francesa. Fala-se em dirigismo contratual uma vez que há intervenção estatal nas relações privadas.

Com a intervenção estatal, os contratos e a propriedade passam a ter que cumprir uma ‘função social’, ou seja, as relações privadas não têm reflexos entre as partes somente, mas também, na sociedade. Desta forma, os interesses da coletividade sobrepõem-se aos individuais. O Estado Social foi importante para dirimir as desigualdades sociais que foram ocorridas no Estado Liberal. Havia uma população oprimida pelas classes econômicas mais favoráveis, naquele período, o foco era o patrimônio, o que significava que a pessoa humana estava em desvantagem no que tange ao tratamento jurídico. Vale dizer que com a criação do Estado Liberal é que houve a dicotomia do direito público e privado, sendo que ao Estado competia apenas às questões de direitos públicos, como direito penal, administrativo, etc. O direito privado era construído na livre iniciativa e na não intervenção estatal, prezava-se o liberalismo econômico e as cláusulas contratuais abusivas baseadas no *pacta sunt servanda*, ou seja, não poderia haver modificações nos contratos ou sua revisão. O Estado Social veio oportunamente coibir estes abusos causados e, portanto, permitir a liberdade, ou melhor, a autonomia, mas esta era minimizada pelo intervencionismo estatal, por esta razão deu-se o nome de autonomia privada, ou seja, neste modelo há uma intervenção do Estado, o que não ocorria na autonomia da vontade.

## 6.1 AUTONOMIA PRIVADA E SEUS LIMITES NAS SITUAÇÕES EXISTENCIAIS

Segundo Pietro Perlingeri, a autonomia privada não se reduz à iniciativa econômica ou à autonomia contratual em sentido estrito, mas em situações subjetivas existenciais. Todavia, o limite da liberdade individual só se justifica em razão do interesse social. Daniel Sarmiento, todavia, só entende que tal intervenção só poderia ocorrer nas situações patrimoniais, já que entende que nas situações existenciais independe de comprovação de utilidade social para a intervenção estatal.

Para João Baptista Villela, o homem só é feliz à condição de ser livre. Só é livre, quando responsável. E só é responsável se os motivos de sua conduta estão dentro e fora dele. Deste entendimento, verifica-se que no caso da intervenção estatal na vida privada, esta só poderia ocorrer em determinados casos e não de forma geral. A liberdade do ser humano para decidir seu destino é o que as relações existenciais devem se direcionar, contudo, traz, em razão disso, ao indivíduo a auto-responsabilidade.

Neste aspecto, há dispositivos legais que se demonstram incoerentes a exemplo da obrigatoriedade de se casar no regime de separação de bens aquelas pessoas com mais de 70 (setenta) anos. Anteriormente, era de 60 (sessenta) anos, embora não mude a presunção de que o idoso não é capaz de gerenciar seus próprios bens.

Outro dado importante é que se deve separar a incapacidade natural da incapacidade jurídica. A incapacidade jurídica é aquela oriunda pela própria lei como afirmar que só se atinge a capacidade plena ao completar 18 (dezoito) anos de idade. A incapacidade natural é aquela decorrente de algum problema físico ou psíquico que gere a incapacidade do sujeito que se autogoverna.

Outras situações de extrema intervenção estatal são os casos de processos de adoção, quando estes só permitem a concordância do adotado quanto este possuir idade maior do que 12 (doze) anos de idade (art. 1621 do Código Civil), desta forma entende-se que um

absolutamente incapaz não poderia opinar naquilo que seria o melhor interesse dele. Da mesma forma, não se pode doar órgãos de acordo com a Lei nº 9.434/97, sendo apenas possível a medula óssea quando autorizado pelos seus representantes. Seria o limite da lei, ou seja, o princípio da legalidade capaz de preponderar sobre a dignidade humana? No caso de incapaz deveria analisar o caso concreto para verificar qual situação prevalece. Ao que demonstra, a doação de órgão caso ocorra, poderá fazer com que duas pessoas sejam efetivadas pelo princípio da dignidade humana. Assim haverá a satisfação de quem doa e de outro lado por parte de quem recebe. E neste caso, é necessário fazer uma análise até que ponto o Estado pode intervir na vida privada. Há de certa forma um excesso de controle nas relações privadas, inclusive isso se aponta com muita precisão nas questões familiares em que o Estado dita quais são as formas de famílias que podem ser reconhecidas como tal, não competindo aos próprios interessados se reconhecerem como entidade familiar.

No caso da investigação de paternidade, a obrigatoriedade do exame de DNA o qual se for negado em fazer pelo investigado traz presunção de paternidade. Tal situação implica em conflitos de direitos de personalidade tanto do investigante como o do investigado, visto que a intangibilidade do corpo humano é componente da dignidade da pessoa humana. O entendimento é que com a recusa, o próprio investigado lesa o princípio da dignidade do investigante, portanto, prevalece, então, o entendimento de que este presume-se o pai. Neste caso, deve-se verificar que prevalecerá a dignidade do investigado em razão de sua hipossuficiência diante do investigado.

Com isso, a questão da autonomia privada no sentido de haver limitações quanto à sua renúncia é controversa, pois cabe ao próprio interessado o destino que os seus direitos de personalidade serão tutelados ou não, e estes podem abdicar e, no caso de colisões entre outras situações de cunho existencial, caberá a análise do caso concreto para efetivar a dignidade humana, a exemplo da possibilidade de doação de órgãos por menores, o pacto nupcial do maior de 70 (setenta) anos, entre outras já descritas. Não cabe ao Estado o papel de

ditar e impor que os direitos da personalidade sejam irrenunciáveis, salvo quando a lei autorizar. Devem e são sempre renunciáveis e a intervenção estatal só deve ser de maneira mínima. Somente procede após analisar o caso *a priori* para definitivamente verificar se de fato é objeto de intervenção estatal no intuito de assegurar a defesa da dignidade humana de determinada pessoa.

## **7. DIGNIDADE HUMANA É CLÁUSULA GERAL DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE: MITO OU REALIDADE?**

Maria Bodin de Moraes e Elimar Szaniawski, entre outros autores, consagram o princípio da dignidade humana, previsto no art. 1º, III da Constituição, como cláusula geral de Direitos da Personalidade. Neste aspecto é importante verificar a passagem do texto que exprime este pensamento:

O ponto de confluência desta cláusula geral é, sem dúvida, a dignidade da pessoa humana, posta no ápice da Constituição Federal de 1988 (artigo 1º, III). Como já foi aludido, em seu cerne encontram-se a igualdade, a integridade psicofísica, a liberdade e a solidariedade. Neste sentido, deve-se inibir ou reparar, em todos os seus desdobramentos, a confirmação de tratamentos desiguais – sem descurar da injustiça consubstanciada no tratamento idêntico aos que são desiguais; o atentado à saúde, entendida esta em sua mais ampla acepção; o constrangimento e o estreitamento da liberdade individual, com foco voltado para as situações existenciais, e o desprezo pela solidariedade social – mandamento constitucional que não admite nem a marginalização, nem tampouco a indiferença.

A cláusula geral visa proteger a pessoa em suas múltiplas características, naquilo “que lhe é próprio”, aspectos que se recompõem na consubstanciação de sua dignidade, valor reunificador da personalidade

a ser tutelada. Assim cumpre reconhecer que, evidentemente, também se abrigam sob o seu manto os demais direitos que se relacionam com a personalidade, alguns deles descritos pelo próprio legislador constituinte no artigo 5º da Constituição Federal (MORAIS, 2003, p. 128).

Evidentemente tal raciocínio não pode ser levado desta maneira visto que a dignidade da pessoa humana é mais um princípio contido no ordenamento jurídico brasileiro, portanto, está de forma harmônica com demais princípios. Sabe-se que não há hierarquia entre os princípios, pois estão em um mesmo nível hierárquico e só são afastados, na aplicação de outros princípios, em determinado caso concreto. Não há um mega princípio contido no ordenamento jurídico. Lorenzetti manifesta-se preciso sobre este aspecto:

Se entende princípios como mandados de otimização, como aspirações a algo que encerra uma referência à ideia do Direito Justo, deve estimar-se em que medida pode se realizar no caso concreto. De maneira que o princípio tem um caráter *prima facie*, apresentando razões que podem ser deslocadas ou atenuadas por outras razões emanadas de outro princípio. Esta concepção implica admitir que não há princípios absolutos. Há princípios que dão a impressão de sê-lo, como o da dignidade da pessoa, e contudo, estão submetidos ao juízo de ponderação; tal é o que acontece quando o legislador ou o juiz devem compatibilizar a dignidade da pessoa com o direito à informação” (LORENZETTI, 1998, p. 427).

Conforme se verifica, o princípio da dignidade da pessoa humana não é cláusula geral dos direitos da personalidade. É mais um princípio que assegura a pessoa o direito à sua autonomia no sentido de

auto-realização, portanto, sendo mal compreendido em decorrência de atuar conjuntamente com os direitos de personalidade.

Aliás, há outro grande equívoco da doutrina em apontar princípios como regras. Sabe-se que os princípios não possuem auto-executoriedade, pois são conceitos abertos e dependem de regras para sua efetivação. Existem princípios expressos e não expressos. Humberto Ávila (2015) compreende que os princípios no texto legislativo possuem mais força que os não positivados e que a solução dos conflitos depende das regras expressas no ordenamento. Os princípios só agem quando há uma necessidade de solução de conflitos. Neste caso, são usados conjuntamente com as normas para direcionar um caminho. Para o doutrinador, é importante a composição de regras e princípios no ordenamento jurídico. Diverge sua teoria com os outros autores, como Ronald Dworkin e Robert Alexy, que preconizam os princípios no ordenamento jurídico como estrelas máximas de maior grandeza que as regras.

A dignidade da pessoa humana é um princípio constitucional expresso. Verifica-se que sua aplicação não é imediata, pois o grau de abstração é enorme. Decisões judiciais baseadas exclusivamente neste princípio, sem respaldo de outra regra podem acarretar em provimentos jurisdicionais equivocados ou incompletos. Neste sentido, Ávila explica claramente:

Os princípios são, portanto, normas que atribuem fundamento a outras normas, por indicarem fins a serem promovidos, sem, no entanto, preverem o meio para sua realização. Eles apresentam, em razão disso, alto grau de indeterminação, não no sentido de mera vagueza, presente em qualquer norma, mas no sentido de não enumerarem exaustivamente os fatos em presença dos quais produzem a consequência jurídica ou demandarem a concretização por outra norma de modos diversos e alternativos. Desse modo, a defectibilidade é apenas um elemento contingente dos princípios, como sustenta Guastini. O seu

elemento essencial é a indeterminação estrutural: princípios são prescrições finalísticas com elevado grau de generalidade material, sem consequências específicas previamente determinadas (ÁVILA, 2015, p. 155).

Deste entendimento percebe-se que pela sua própria abstração é necessária outra norma para aplicar em um caso concreto. Diante disso, verifica-se a confusão em afirmar que o princípio da dignidade humana é cláusula geral dos direitos de personalidade, pois muitas vezes aplica-se conjuntamente com estes em determinadas situações fáticas.

Outro ponto que merece esclarecer é que parte da doutrina considera o art. 5º, inciso X da Constituição Federal como cláusula geral de personalidade sob a afirmação de que ali haveria apenas um rol enumerativo, sendo que há mais direitos de personalidades implícitos no texto legal. Verifica-se no dispositivo a referência ao direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem. Na verdade, há inúmeros direitos de personalidade, mas o texto de lei, na verdade, só dá tratamento aos mesmos direitos só que sob o aspecto de direitos fundamentais, conforme já tratado neste artigo; a diferença entre ambos e o art. 5º nada mais é do que um tratamento constitucional de direitos fundamentais. Não há na realidade uma cláusula geral de direitos da personalidade. Existem direitos de personalidade que podem aparentemente coincidirem com alguns direitos fundamentais, mas que são tratados em amplitudes diferentes, visto que os de direitos fundamentais, conforme descrito por Canaris, são mais aprofundados e visto na visão do Estado e Coletividade.

Carlos Alberto Bittar (2006) aponta coerentemente que os direitos de personalidade têm alguns contidos no Código Civil, entretanto, não é matriz e nem há uma cláusula geral dos direitos de personalidade. Além disso, os direitos de personalidade obviamente poderão ser oriundos de outras normas do ordenamento jurídico ou não, desvinculando de um positivismo jurídico:

Assim sendo, a lição sistematizada deixada pelo novo Código Civil traz inovações sensíveis no tocante à matéria, que agora encontra guarida expressa na codificação central do ordenamento civil brasileiro. No entanto, este capítulo do Código não pode ser visto e nem interpretado como matriz de toda a ideia sobre direitos da personalidade.

De fato, como ponto de apoio importante para a exegese do ordenamento civil, o referido capítulo traz luzes importantes sobre o tema, as quais não poderão obscurecer os holofotes anteriormente acesos, para guiar o interprete e o aplicador da referida categoria de direitos, pela doutrina, pela jurisprudência e pela legislação esparsa. Assim, a matéria, apesar de versada de modo expresso e sintético no novo Código, continua ganhando maior espectro de projeção fora da codificação do que dentro dela. (BITTAR, 2006, p. 46).

## **8. NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO PRIVADO: A RESSISTEMATIZAÇÃO OU CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO CENTRO DO ORDENAMENTO JURÍDICO**

O Direito Privado sofre influência do modelo social. Neste aspecto a dignidade da pessoa humana passa a ser o centro gravitacional do ordenamento jurídico rompendo o enfoque jurídico dado pelo modelo liberal de exacerbação do patrimônio em detrimento da pessoa.

Os ideais de Kant e Rousseau foram importantes na Revolução Francesa em que sustentavam a liberdade e o individualismo. O *pacta sunt servanda* e a liberdade contratual serviram com muita eficiência ao liberalismo econômico, principalmente, no século XIX. O acúmulo de riqueza pela burguesia e os abusos cometidos foram as consequências deste sistema de governo. Em decorrência disso, houve uma ruptura de paradigmas para o Estado social em que surge a função social como

força motivadora das relações jurídicas. Desta forma há interferência estatal na esfera de liberdades individuais.

Os movimentos sociais marxistas e as Constituições ‘Mexicana de 1917 e a de Weimar em 1919’ foram de suma importância nesta época para trazer ideais sociais nos ordenamentos jurídicos. Posteriormente foram motivos de inspiração para outros países.

Com o modelo social, o centro do ordenamento jurídico passa a ser o homem, então, há busca por valores não-patrimoniais e a dignidade da pessoa humana torna a diretriz motivadora a ser observada nas relações jurídicas.

A dicotomia público-privado desaparece no cenário atual e o direito privado obedece à ordem constitucional. Algumas expressões são usadas como socialização, desapatrimonialização, repersonalização, constitucionalização do direito civil – adotada pelo autor Gustavo Tepedino –, ressystematização do direito civil – usada pelo jurista argentino Ricardo Luis Lorenzetti –, e na verdade, resumem-se ao fato de que as relações jurídicas devem ser focadas na promoção da dignidade da pessoa humana, não se justificando o patrimonialismo exacerbado do Estado Liberal. O direito privado não pode ser mais visto sem vistas às normas de cunho constitucional que trazem o ser humano como fonte de inspiração e tratamento diferenciado.

Hoje, o Brasil adota o modelo do Estado Democrático de Direito. Para Habermas, a Constituição é elemento normativo primordial, cujos princípios são respostas consistentes e institucionalizadas que garantem o equilíbrio entre o individual e o coletivo, ou seja, o Estado Democrático de Direito seria o equilíbrio entre o Estado Liberal e o Estado Social. Neste modelo, todo direito a uma vida autônoma será garantido, mas em comum com a sociedade fundada em uma ordem que prioriza o mútuo respeito.

Na verdade, o modelo de Estado Democrático de Direito contido na Constituição é ainda uma utopia, pois na prática se vê a necessidade de intervenção estatal ainda em diversas situações, haja vista, medidas paternalistas como Bolsa-Família, Código de Defesa do Consumidor, entre outras legislações e medidas políticas de cunho altamente social.

Entende-se que ainda há necessidade desta intervenção para que se promova a dignidade da pessoa humana.

Daniel Sarmento (2010) aponta a importância da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive nas relações privadas:

Foi por estas razões que afirmarmos, em outro estudo de nossa lavra, que o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III, CF) e que costura e unifica todo o sistema pátrio de direitos fundamentais, “representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e no mercado”. (SAMERNT0, 2010, p. 86).

A dignidade da pessoa humana ganhou força normativa após a segunda guerra mundial, em decorrência do nazismo. Tornou-se assunto de tratados internacionais e em alguns países elevada a sede Constitucional. Não possui um conceito estático, por tal razão será aplicado no seu tempo e espaço com os anseios sociais existentes à época. Hoje, ultrapassada o enfoque de garantias do Estado no sentido de inibir atentados à pessoa humana, está também na seara do Direito Privado, em que nas relações privadas percebe-se o que se chama de despatrimonialização, ou seja, há um menor interesse nas relações econômicas em prol do indivíduo. Neste sentido, a autonomia privada, a liberdade e outros direitos do indivíduo são protegidos em congruência com o princípio da dignidade da pessoa humana.

## 9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se verifica, o conceito de dignidade da pessoa humana representa uma evolução histórica e houve necessidade de ser construído pela evolução natural do tempo, sendo o período do iluminismo radical responsável pela consolidação de que era algo diverso de divindade e identificação da identidade física da pessoa. A racionalidade foi um marco importante para ruptura deste pensamento de pessoas humanas e pessoas divinas.

Como se verifica, a dignidade da pessoa humana não se trata de uma cláusula geral de personalidade, mas um princípio constitucional que busca a promoção do homem no sentido de construção e de auto-realização daquilo que deseja ser e que pode estar atuando conjuntamente com alguns direitos personalíssimos, mas por esta razão não se pode confundir que não seja um princípio porque as relações existenciais geralmente estão estritamente ligadas à dignidade da pessoa humana. Ademais, por ser um princípio, o seu grau de abstração é grande, o que naturalmente percebe-se sua aplicação conjunta com demais regras existentes. Não tem capacidade de auto-executoriedade como as regras.

Não existe um dispositivo ou cláusula geral contidos no ordenamento jurídico para tratar dos direitos de personalidade como afirmam alguns autores, que coloca a dignidade da pessoa humana (art.1º, III) ou o art. 5º, inciso X, ambos previstos na Constituição Federal, como matriz dos direitos de personalidade. Há diversos direitos de personalidade e estes estão contidos no Código Civil, assim como, em demais dispositivos no ordenamento jurídicos, inclusive, podendo estar ou não positivados.

Outra relevância necessária é desmistificar direitos fundamentais de direitos da personalidade. Ambos não são sinônimos. Na verdade, podem alguns direitos de personalidade serem de fato direitos fundamentais, mas há outros que não são. Da mesma forma, nem todo direito fundamental será direito de personalidade. Além disso,

o tratamento de direito fundamental exprime o papel estatal forte e coletivo que difere dos direitos de personalidade.

Para que haja de fato um direito de personalidade é necessário que o indivíduo tenha consciência de sua existência, há também necessidade de que seja reconhecido este direito pelos demais membros da sociedade e, por fim, é necessário a dignidade humana como forma de auto-realização do indivíduo. Os direitos de personalidade e a dignidade humana são autônomos, entretanto, na observância à prática são aplicados conjuntamente nas situações jurídicas existenciais.

Em relação à possibilidade de irrenunciabilidade dos direitos de personalidade conforme prevê o art. 11 do Código Civil, verifica-se que o texto é um retrocesso jurídico, porque fere a autonomia da pessoa e esta é o grau máximo de expressão de liberdade do indivíduo, de sua auto-realização. Há alguns dispositivos que tratam de algumas possíveis renúncias aos direitos de personalidade, embora, positivados não fazem sentido porque esta renúncia não deve ser concedida pelo Estado e cabe ao indivíduo a liberdade de garanti-las ou abdicá-las.

A nova ordem jurídica de modelo de Estado é o de Estado Democrático de Direito que coloca no ordenamento a promoção da dignidade da pessoa humana como elemento essencial do ordenamento jurídico, logo, o patrimonialismo exacerbado em outros modelos legislativos com moldes do Estado Liberal não são mais o foco atual. Vale dizer que o modelo de Estado Democrático de Direito, na verdade, busca o equilíbrio entre os ideais do Estado Liberal e do Estado Social, mas para que haja o exercício do direito autônomo este deve estar dentro de um conhecimento recíproco da sociedade em geral. Na verdade, no Brasil o modelo de Estado Democrático de Direito é um modelo previsto na Constituição que está em construção, sendo ainda necessária a intervenção estatal para a promoção da pessoa humana, visto ser ainda um país que apresenta contornos de desigualdades sociais marcantes em que a pobreza é ainda predominante e há grupos e regiões que apresentam sistemas de saúde, moradia, emprego bem precários em que o grau de miséria é bem acentuado.

## REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. Os direitos da personalidade no código civil brasileiro. *Revista Forense*: Rio de Janeiro, v. 342, abr-maio-jun., 1998.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARRETO, Vicente de Paulo. O fetiche dos direitos humanos e outros temas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BITTAR, Carlos Alberto. Os Direitos da personalidade. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Direitos fundamentais e direito privado. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento Sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. O discurso científico na modernidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FIUZA, César (org). Curso avançado de direito civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord). Direito civil: atualidades II: da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LORENZETTI, Luiz Ricardo. Fundamentos do direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MORAIS, Maria Celina Bodin de Moraes. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

STANCIOLI, Brunello. Renúncia ao exercício de direitos da personalidade ou como alguém se torna o que quiser. 2007. 150 f. Tese (doutorado em direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2007.

TEPEDINO, Gustavo (coord). Problemas de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TEPEDINO, Gustavo (coord). Temas de direito civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SANTOS, Antonio Jeová. Dano moral na internet. São Paulo: Método, 2001.

SZANIAWSKI, Elimar. Direitos da personalidade e sua tutela. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

# **21 REPRODUÇÃO ASSISTIDA E PLANEJAMENTO FAMILIAR: análise da autonomia privada sob a ótica do direito de família**

**Fausto Amador Alves Neto**

Doutor e Mestre em Geografia pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Estácio de Sá. Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade Norte do Paraná. Graduado em Direito pela Fundação Educacional de Ituiutaba – UEMG. Professor efetivo do Curso de Direito da Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG) – Unidade Ituiutaba/MG – área: Direito de Família e de Sucessões. Líder do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direito das Famílias e do Núcleo de Estudos Integrados em Direito e Geografia (NEDIGE) – Grupos de Pesquisa CNPq. Foi Coordenador do Curso de Direito da UEMG – Unidade Ituiutaba (2018-2020). Advogado inscrito na OAB/MG – Associado ao IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família). Advogado. E-mail: fausto.neto@uemg.br

**João Hagenbeck Parizzi**

Doutorando e Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UNICEUB-DF). Graduado em Direito pela Universidade Tiradentes (UNIT-SE). Professor efetivo do Curso de Direito da Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG) – Unidade Ituiutaba/MG. Professor de Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho e Direito Previdenciário. Advogado. E-mail: joao.parizzi@uemg.br

**Samir Alves Daura**

Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos (FDMC). Foi pesquisador bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), nível mestrado. Tem interesse na pesquisa jurídica em Direito Civil e Direito do Consumidor, especialmente, em estudos que articulem a transformação dos direitos da personalidade em face da internet das coisas, as relações entre Bioética e Biodireito com o Direito Civil, a boa-fé objetiva perante as relações contratuais cíveis e consumeristas, a evolução da responsabilidade civil em face das novas tecnologias, assim como as relações entre Direito e Economia, principalmente as contribuições da Behavioral Economics para a análise jurídica. Associado titular do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC). Professor do Curso de Direito do Centro Universitário do Cerrado Patrocínio (UNICERP). Advogado. E-mail: samir@unicerp.edu.br.



# **REPRODUÇÃO ASSISTIDA E PLANEJAMENTO FAMILIAR: análise da autonomia privada sob a ótica do direito de família**

## **Fausto Amador Alves Neto**

Doutor e Mestre em Geografia pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Estácio de Sá. Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade Norte do Paraná. Graduado em Direito pela Fundação Educacional de Ituiutaba – UEMG. Professor efetivo do Curso de Direito da Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG) – Unidade Ituiutaba/MG – área: Direito de Família e de Sucessões. Líder do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direito das Famílias e do Núcleo de Estudos Integrados em Direito e Geografia (NEDIGE) – Grupos de Pesquisa CNPq. Foi Coordenador do Curso de Direito da UEMG – Unidade Ituiutaba (2018-2020). Advogado inscrito na OAB/MG – Associado ao IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família). Advogado. E-mail: fausto.neto@uemg.br

## **João Hagenbeck Parizzi**

Doutorando e Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UNICEUB-DF). Graduado em Direito pela Universidade Tiradentes (UNIT-SE). Professor efetivo do Curso de Direito da Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG) – Unidade Ituiutaba/MG. Professor de Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho e Direito Previdenciário. Advogado. E-mail: joao.parizzi@uemg.br

## **Samir Alves Daura**

Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos (FDMC). Foi pesquisador bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), nível mestrado. Tem interesse na pesquisa jurídica em Direito Civil e Direito do Consumidor, especialmente, em estudos que articulem a transformação dos direitos da personalidade em face da internet das coisas, as relações entre Bioética e Biodireito com o Direito Civil, a boa-fé objetiva perante as relações contratuais cíveis e consumeristas, a evolução da responsabilidade civil em face das novas tecnologias, assim como as relações entre Direito e Economia, principalmente as contribuições da Behavioral Economics para a análise jurídica. Associado titular do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC). Professor do Curso de Direito do Centro Universitário do Cerrado Patrocínio (UNICERP). Advogado. E-mail: samir@unicerp.edu.br.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Autonomia privada e sua evolução no direito de família; 3. O livre planejamento familiar e a reprodução assistida; 4. Análise jurisprudencial da autonomia privada e suas implicações jurídicas em casos envolvendo inseminação artificial “caseira”; 5. Considerações finais; Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

Se a autonomia privada é um desdobramento da liberdade individual, verdadeiro direito fundamental, fulcrado na Constituição Federal de 1988, não há dúvidas de que seu exercício acarreta em diversas interações com outros direitos e deveres.

Partindo-se do pressuposto que nem o mais caro direito se resguarda de forma absoluta, isto é, sem limitações ou condições para o seu exercício, de mesma sorte, não há como negar que a autonomia privada, embora seja um direito fundamental do ser humano, plasmado na Constituição, em casos concretos, interage e se relaciona com outros direitos e, dessa forma, acaba se vendo em aparente conflito.

O objeto de pesquisa que resultou no presente capítulo é justamente analisar uma dessas interações da autonomia privada com outros direitos, no caso como a autonomia, sob a ótica do Direito de Família pode ser exercida quando o casal decide realizar seu planejamento familiar e busca técnicas de reprodução assistida para desenvolver a sua prole.

A falta de regulamentação, conforme será observado adiante, é uma das principais condições limitadoras do exercício da autonomia privada na reprodução assistida, mormente por conta de suas interações com os direitos dos pais biológicos doadores de material genético de reivindicarem o reconhecimento da paternidade e dos filhos gerados por meio de técnicas de reprodução assistida, de reivindicarem o reconhecimento de filiação, direitos esses considerados indisponíveis.

Nesse contexto, diante desta problemática apresentada, se mostra salutar discutir a autonomia privada e sua evolução no Direito de Família, passando-se em seguida a analisar o livre planejamento familiar e sua interação com a reprodução assistida, para ao final investigar o posicionamento da jurisprudência pátria em casos envolvendo a reprodução assistida “caseira”, aquela que não segue a regulamentação existente para a reprodução mediante a doação

de material genético (sêmen ou óvulos) ou mediante o “aluguel” do ventre.

Essas interações, ao revés de nos levarem à conclusão de que a reprodução caseira é uma forma de se garantir a autonomia privada, nos levam à conclusão de que a falta de regulamentação denota numa maior insegurança jurídica aos pais que adotam tal procedimento e aos filhos que nascem através dele. Assim, o presente capítulo redundará na conclusão de que o exercício da autonomia privada na reprodução assistida somente será juridicamente protegido se houver a devida regulamentação.

## **2. AUTONOMIA PRIVADA E SUA EVOLUÇÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA**

O ponto fulcral do humanismo renascentista foi a constatação de que o ser humano encontrou a dignidade quando conquistou a liberdade para autodeterminar os rumos de sua própria vida, livre das amarras externas (MARTINS-COSTA, 2007). Nesse sentido, com inspiração em Kant e no racionalismo iluminista, a autonomia da vontade encontra no liberalismo político e econômico dos séculos XVIII e XIX o ambiente propício para o desenvolvimento do ideal do antropocentrismo, forma de pensamento que centraliza o ser humano enquanto elemento mais importante do universo.

Como princípio norteador do Direito Privado no Estado Liberal, a autonomia da vontade foi o fio condutor dos principais temas de Direito Civil à época, destacando-se a sua importância para as relações patrimoniais, especialmente, para os contratos, institutos que tão bem representavam a então conquista da liberdade pelo ser humano. No direito comparado, cite-se a influência do Código de Napoleão (Código Civil Francês de 1804), lei que inspirou a codificação do Direito Civil em vários países da Europa e, inclusive, no Brasil (SOUZA, 2004, p. 36-51), que viu no Código Civil de 1916 a oportunidade de implementar no país os ideais burgueses que nortearam as revoluções liberais.

O Código Civil de 1916 refletiu o ideal individualista de seu tempo. Foi elaborado para reger a vida privada de uma sociedade que vivia, em sua maioria, na zona rural (REALE, 1998, p. 22-30). Tratava-se de um código “[...] voltado para aquela família tradicional, monolítica, hierarquizada, patrimonializada, institucionalizada, e para fins de reprodução” (DUARTE, FARO, 2014, p. 124). Com o passar do tempo e com o desenvolvimento e complexificação das relações privadas, inseridas em um mundo que passava por profundas transformações, a concepção voluntarista que permeava o Direito Civil clamava por reflexões renovadas. Nesse contexto, surgem no Brasil a Constituição da República de 1988 e o Código Civil de 2002, consolidando a substituição da autonomia da vontade pela autonomia privada.

O princípio da autonomia privada decorreu da necessária imposição de limites à autonomia da vontade. Nesse sentido, a principal contribuição proporcionada pela autonomia privada foi o estabelecimento de “limites legais à liberdade” (BIZELLI, 2018, p. 113), rechaçando-se uma concepção absoluta de vontade. Especialmente importante para o estudo do negócio jurídico, já que inicialmente a autonomia privada representou a possibilidade de as partes de uma relação negocial estabelecerem as regras a que elas mesmas deveriam se submeter, contudo, nos limites traçados pela lei (GOMES, 1983, p.8-81), o princípio, atualmente, se expande para outros ramos e temas do Direito Privado, transcendendo os interesses meramente patrimoniais para também abranger o aspecto extrapatrimonial da vida.

Essa nova visão propiciada pela autonomia privada encontra o seu suporte na Constituição da República de 1988, caracterizada pela constitucionalização e funcionalização de diversos institutos do Direito Privado. Nesse sentido, Francisco dos Santos Amaral Neto destaca que a autonomia privada passa a ser o meio pelo qual o ser humano exerce a liberdade em seus múltiplos aspectos (1989, p. 5-41), concretizando o valor da dignidade e abrindo os caminhos para um novo Direito Civil, agora, despatrimonializado e também vocacionado à valorização dos aspectos existenciais da vida do ser humano (SCHEREIBER; KONDER, 2016).

Nesse contexto, o Direito de Família também se renova com a incidência abrangente da autonomia privada. Exemplificando, Gerson Luiz Carlos Branco e José Alberto Marques Moreira destacam diversos temas decorrentes das relações familiares que foram diretamente influenciados e valorizados pela “ampliação da autonomização” em sua abordagem, tais como o desenvolvimento de novas formas de família; a própria liberdade para constituir ou não uma família; o reconhecimento jurídico da união estável, inclusive homoafetiva; a possibilidade do divórcio por meio da escritura pública; a ampliação da concepção de paternidade, inicialmente atrelada ao aspecto biológico para hodiernamente alcançar a paternidade socioafetiva; a inserção da mediação como forma de solucionar conflitos intrafamiliares; bem como a possibilidade de escolha e posterior alteração do regime de bens, nos termos do art. 1.639, §2º, do Código Civil de 2002 (2011, p. 131-146).

Desta forma, paulatinamente, a autonomia privada insere-se no núcleo das relações familiares, retirando-as do olhar praticamente exclusivo e regulamentador do Estado, para também permitir o exercício da liberdade por parte daqueles que efetivamente vivenciam a vida familiar, a partir de suas escolhas de vida. Valoriza-se, portanto, o exercício da autodeterminação de todos os membros da família, mas sem descuidar dos limites impostos pela própria ordem pública e constitucional. Para concretizar essa nova realidade, já se fala em uma “contratualização do Direito de Família”, permitindo a realização de negócios jurídicos familiares que não se restringem à discussão meramente patrimonial, alcançando especialmente questões existenciais, o que acima de tudo valoriza o diálogo e a solução pacífica de conflitos intrafamiliares, sem absolutamente deixar de observar o princípio da dignidade da pessoa humana (TIROLI; FURLAN, 2020).

Visando contribuir com as novas reflexões a respeito da influência da autonomia privada no Direito de Família, o presente estudo passará a analisar a importância do princípio do livre planejamento familiar para a concretização do direito de se constituir família pelo método da reprodução assistida, no sentido de que a função principal do

Estado deve ser a proteção das pessoas e da coletividade, mas sem interferir arbitrariamente no espaço fundamental de liberdade constitucionalmente garantido ao ser humano e às famílias (ÁLVAREZ, 2015). Por outro lado, tal direito não significa uma abertura para um exercício absoluto da vontade. Pelo contrário, a regulamentação da reprodução assistida far-se-á necessária, sobretudo para dar o devido tratamento às questões sensíveis relacionadas ao tema, especialmente aquelas atinentes aos direitos indisponíveis envolvidos, garantido segurança jurídica e dignidade às famílias que optarem pela utilização do método.

### **3. O LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR E A REPRODUÇÃO ASSISTIDA**

A autonomia privada presente no Direito de Família também se apresenta como corolário do chamado princípio do livre planejamento familiar, reconhecido como direito fundamental, conforme os ditames constitucionais brasileiros, notadamente se apresentando como garantidor da efetivação de outros direitos igualmente tidos como fundamentais, como salienta Gozzi (2019, s/p):

O Livre Planejamento Familiar pode ser entendido como sendo um direito fundamental que visa garantir a efetividade e o exercício de inúmeros outros direitos fundamentais – e, admitindo-se uma espécie de sopesamento entre estes, até mais basilares do que ele, como o direito à vida (da criança e da mãe), o direito à autonomia da vontade e à dignidade da pessoa humana.

A questão da liberdade familiar vai muito além da ideia de criar, manter ou extinguir os arranjos familiares existentes, mas, superando suas funções tradicionais e permeadas por modelos já ultrapassados, o que se busca é a possibilidade de reinvenção, não cabendo pois, ao

Estado, interferir na liberdade, intimidade e vida privada das pessoas sem que haja interesse geral (LÔBO, 2019).

Nesse mesmo sentido, Pereira (2020) afirma que a autonomia privada está intimamente ligada ao preceito de menor intervenção estatal e que, sob a ótica da dignidade humana, é vista como forma de promoção da felicidade, já que sua essência se funde com a própria liberdade de constituir família. Assim, o autor (p. 372) afirma que o planejamento familiar deve ser tratado como política pública indicando ainda que:

É o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garante direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal (Art. 2º, Lei nº 9.263/96). Daí poder dizer que é também um direito protegido constitucionalmente: 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 (Art. 227, §7º, CR).

Sob essa perspectiva da liberdade, como uma das formas de constituir família, verifica-se o método da reprodução assistida, o qual, segundo DIAS (2017) advém de verdadeira revolução no campo da biotecnologia que, substituindo-se a forma de concepção natural, aplica técnicas artificiais capazes de gerar vida independentemente de ato sexual. Nessa esteira, Farias (2019, p. 299) explica que:

A inseminação artificial é o procedimento em que se realiza a concepção “*in vivo*”, no próprio corpo da mulher. O médico, portanto, prepara o material genético para implantar no corpo da mulher, onde ocorrerá a fecundação. A outro giro, na fertilização

na proveta a concepção é laboratorial, realizada fora do corpo feminino, apenas ocorrendo a implantação de embriões já fecundados.

As técnicas de reprodução, que se dividem em concepção homóloga ou inseminação heteróloga, são carentes de regulamentação específica e trazem consigo inúmeros efeitos no âmbito das famílias, das sucessões e também no contexto da responsabilidade civil (por causas de deficiências e patologias congênitas, por exemplo). Na primeira, usa-se material genético do próprio casal, com anuência de ambos; na segunda, o material genético advém de terceiro doador (FARIAS, 2019).

De outro norte, Dias (2017, p. 422) eleva o debate quando traz o desejo como elemento de reconhecimento da parentalidade, como se vê no trecho seguinte:

Os procedimentos de fecundação assistida que envolvem mais do que material genético de duas pessoas, podem acontecer pelo desejo de todos de assumirem a parentalidade do ser assim concebido. Havendo consenso, a possibilidade de constar no registro do filho todos como pais, depende de reconhecimento judicial.

O embate surge a partir, exatamente, da ausência de regulamentação sobre a reprodução assistida. Como se vê, o Código Civil apenas prevê presunção de filiação na constância do matrimônio e acaba por ignorar outras formas de família para fins de reconhecimento da parentalidade oriunda desse tipo de procedimento, ficando à mercê de Resoluções do Conselho Federal de Medicina (Resolução nº 2.121/2015), que permeiam normativas éticas para nortear aqueles que o desejam realiza-lo.

Apenas em 2016, o Conselho Nacional de Justiça editou provimento (nº 52/2016), buscando uma uniformização em âmbito

nacional, seguido atualização em 2017 (provimentos nº 63/2017), estabelecendo alguns critérios para registro e reconhecimento jurídico dos filhos advindos de reprodução assistida, sendo vedada a recusa do Oficial de Registro para emissão do assento de nascimento, desde que presente declaração, com firma reconhecida, do diretor técnico da clínica, centro ou serviço de reprodução humana em que foi realizada a reprodução assistida, indicando que a criança foi gerada por reprodução assistida heteróloga, assim como o nome dos beneficiários. (ROSA, 2020).

Não obstante isto, diante dos altos custos para se submeter às clínicas especializadas de fertilização, muitas pessoas tem se socorrido à prática de inseminação caseira, utilizando-se de variados métodos para se obter filiação por meio de doação de material genético, sem qualquer tipo de acompanhamento médico, o que sequer conta com proibição legal. Nessa linha, Oliveira Junior (2017, s/p) esclarece que:

Ocorre que, em razão do custo elevado do procedimento médico na reprodução assistida, vem ganhando espaço na mídia o aconselhamento e até mesmo o passo a passo para a realização da inseminação artificial caseira. O procedimento é simples: busca-se um doador de esperma, que não é anônimo e, em alguns casos, cobra determinada importância pela venda do sêmen, faz-se a retirada do material que será coletado num recipiente esterilizado ou até mesmo no preservativo e, em seguida, com o auxílio de uma seringa ou aplicador, faz-se a inseminação na cavidade vaginal da mulher, que deverá estar nos dias do seu período fértil. Na realidade, a intenção é fazer com que o esperma seja introduzido o mais próximo do colo do útero.

Ainda segundo o autor, a prática é mais comum em casais homoafetivos femininos e questões acerca da saúde da mulher e outros fatores como ausência de anonimato, vulnerabilidade em relação à

doenças sexualmente transmissíveis e/ou congênitas, a possibilidade de caráter lucrativo da suposta doação, bem como ainda a ausência de segurança jurídica no tocante fixação de contrato tendo como objeto direitos indisponíveis (podendo gerar inúmeras discussões acerca da consolidação da parentalidade jurídica da prole) devem ser consideradas, inclusive, como critério de estabelecimento de urgência para regulação da questão.

#### **4. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DA AUTONOMIA PRIVADA E SUAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS EM CASOS ENVOLVENDO INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL “CASEIRA”**

Estabelecidos os conceitos primordiais para o entendimento do debate, é importante analisar quais são, na prática, os problemas jurídicos e implicações relacionados ao exercício da autonomia privada no planejamento familiar, quando os casais buscam um tipo de inseminação que não atende aos requisitos do Provimento nº 63/2017, do Conselho Nacional de Justiça, qual seja a inseminação caseira.

De antemão, um caso que se mostra paradigmático no debate da autonomia privada envolvendo planejamento familiar foi o que pacificou a questão da cobertura dos planos de saúde dos procedimentos de inseminação artificial que não estavam previstos nos contratos dos consumidores. O Superior Tribunal de Justiça, entendeu o seguinte:

SUPLEMENTAÇÃO PRIVADA DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE. [...] 3. A interpretação sistemática e teleológica do art. 35-C, inciso III, da Lei n. 9.656/1998, somado à necessidade de se buscar sempre a exegese que garanta o equilíbrio econômico-financeiro do sistema de suplementação privada de assistência à saúde, impõe a conclusão no sentido de que os casos de atendimento de planejamento familiar que possuem cobertura obrigatória, nos termos do referido dispositivo legal, são aqueles disciplinados nas respectivas resoluções da ANS, não podendo as

operadoras de plano de saúde serem obrigadas ao custeio de todo e qualquer procedimento correlato, salvo se estiver previsto contratualmente. 6. Recurso especial provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ – REsp: 1692179 SP 2017/0203592-6, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 05/12/2017, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/12/2017).

Percebe-se do enxerto supra que o STJ, utilizando como argumento justamente a autonomia privada dos contratantes, pacificou o debate jurisprudencial existente sobre a cobertura ou não do procedimento médico de inseminação artificial por parte dos planos de saúde, já que não poderiam ser obrigados a custear o tratamento (que é bastante caro, diga-se de passagem) não previsto em contrato. Se por um lado essa decisão, seguindo-se a tendência jurisprudencial que já se desenvolvia nesse sentido, resolveu a questão sob o ponto de vista do plano de saúde, por outro criou um incentivo aos casais, sobretudo do mesmo sexo, a buscarem técnicas caseiras para a geração de sua prole, cuja criação está inserida no âmbito da autonomia privada desses casais.

A autonomia privada, no entanto, não é absoluta e termina por interagir com outras questões jurídicas em situações concretas. Se por um lado, por exemplo, é direito do casal planejar sua família e buscar todos os métodos possíveis para atender ao desejo de formar uma prole, por outro lado, a partir do momento que se utiliza de um método não regulamentado, tal atitude pode gerar consequências jurídicas, sobretudo em contraste com direitos indisponíveis, como os da criança de conhecer e conviver com seu pai ou mãe biológicos, dos pais biológicos de conhecerem e conviverem com seus filhos.

Tal questão foi identificada em diversos julgados a partir da judicialização do pedido de registro no caso de inseminação caseira, quando o fornecedor de material biológico não é mantido no anonimato. O primeiro julgado que discutiu tal questão julgou improcedente o pedido de um casal que requereu a retificação do

registro de nascimento do filho socioafetivo para excluir o nome da mulher que cedeu seu útero e material genético e incluir o nome do outro membro do casal, que não participou do procedimento. A ação teve seus pedidos julgados improcedentes em primeira instância, decisão esta que foi confirmada pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), sob o argumento de que a ausência de “documento essencial” obrigatório segundo o Provimento nº 52 do CNJ, qual seja, a declaração, com firma reconhecida, do diretor técnico da clínica, centro ou serviço de reprodução humana assistida, indicando que a criança foi gerada por reprodução assistida heteróloga, assim como os nomes dos beneficiários, inviabilizava o pedido. Além disso, o fato de terem recorrido a uma “barriga de aluguel”, inviabilizou a procedência do pedido, eis que não foi feito por um parente consanguíneo do casal até o quarto grau, como exigido pela resolução do CFM nº 2.121/2015 (BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 0009828-13.2017.8.07.0015, Relator Des. Roberto Freitas, 1ª Turma Cível, unânime, data de julgamento: 31/7/2019).

O segundo julgado no mesmo sentido é mais recente e foi obtido no Tribunal de Justiça de São Paulo, cuja ementa a seguir se reproduz:

Ação de Retificação de Registro Civil. Pedido das autoras, conviventes, para que se insira nome de uma delas como mãe da criança, esta concebida por inseminação caseira. Improcedência da ação que se mantém face o disposto no Provimento nº 63/2017 do CNJ, o qual exige declaração com firma reconhecida do diretor técnico da clínica, centro ou serviço de reprodução humana assistida. Sentença mantida. Recurso não provido. (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 1001267-16.2020.8.26.0575. Rel. Des. Maria de Lourdes Lopez Gil. DJe de 27/06/2021).

Observe-se que nestas decisões a autonomia privada dos casais é limitada pela regulamentação do CNJ e do CFM para que o

procedimento seja considerado legal e, assim, se possa fazer o registro da criança.

Não obstante a essas decisões que denotam uma limitação dos direitos do casal de iniciar e desenvolver a prole, a tendência jurisprudencial é que a aplicação do princípio do “melhor interesse da criança” prevaleça, mesmo que a inseminação caseira não tenha seguido todos os requisitos estabelecidos pelo CNJ e CFM. Um exemplo se lobra da sentença proferida na 3ª vara de família do Rio de Janeiro em 2020, na qual se deferiu o registro da criança com as mães biológica e socioafetiva, mediante a inclusão do doador do material genético no processo e sua exclusão do registro civil da menor. A sentença ostenta um interessante trecho que ressalta o debate realizado no presente capítulo:

Nesse particular, destaca-se que a “inseminação artificial caseira” não deve ser banalizada, tendo o Ministério Público, em sua promoção final, fls. 136/141, alertado para questões de saúde pública e sobre a possibilidade do doador do material genético – ou mesmo a criança – postular posteriormente o reconhecimento da paternidade, uma vez que, ao contrário do sigilo garantido pelas clínicas de fertilização, no caso em tela, há plena ciência da identidade do doador e da receptora. Nota-se que o direito à paternidade e, noutro viés, o de filiação, são irrenunciáveis e poderão ser pleiteados a qualquer tempo, pois o fato de se conceder às requerentes, igualmente, o direito à maternidade não exclui nem impede outros direitos da criança. Assim, tal como pontuado pelo parquet, é importante ressaltar que, mesmo diante da procedência do pedido, “não haverá qualquer óbice ou ressalva de coisa julgada em relação ao verdadeiro doador do material genético que sequer participa da relação jurídico-processual deste feito”. Não obstante todo o debate que tal tema pode gerar, o fato é que, no presente feito, devem ser observados o melhor interesse da criança e a garantia dos direitos

fundamentais que lhe são inerentes, sobretudo neste momento, em que se pretende o seu registro de nascimento, em nome de ambas as requerentes (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 3ª Vara de Família do Rio de Janeiro. Processo n. 0022153-97.2020.8.19.0203. Sentença proferida em 14/08/2020).

Observe-se que no trecho selecionado da sentença, apesar da procedência do pedido para a averbação do registro da menor, o que denotaria o atendimento à autonomia privada do casal e do próprio doador do material genético, tal sentença não teria o condão de se evitar que futuras ações fossem ajuizadas no sentido de se atender aos direitos indisponíveis da criança e do doador (pai biológico) do material genético, haja vista que seu anonimato não foi preservado.

O eventual conflito entre doadores e pais socioafetivos, apesar de parecer pouco provável pode ser observado na jurisprudência pátria. Um exemplo se viu no caso envolvendo dois casais homoafetivos (um casal formado por dois homens e o outro formado por duas mulheres). Esses dois casais teriam feito um acordo no qual um dos membros do casal do sexo masculino doaria seu material genético e um dos membros do casal do sexo feminino doaria o seu óvulo e os geraria em seu ventre, assim seriam gerados dois filhos, um para cada casal. No entanto, após a gestação do primeiro filho, que foi bem-sucedida, a mãe biológica da criança se negou a gerar o segundo filho, que seria destinado ao casal masculino. Com isso, o pai biológico da criança ajuizou uma ação visando o reconhecimento da paternidade e a regulamentação do direito de visitas, que teve tutela antecipada deferida pelo juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Lavras em Minas Gerais, tutela esta que, conforme a decisão abaixo, terminou por ser mantida pela 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

**EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO E RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL – TUTELA DE URGÊNCIA – DIREITO DE**

VISITAS – INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL CASEIRA – DOADOR CONHECIDO – PROBABILIDADE DO DIREITO – PRESENÇA – DECISÃO MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

[...] Destarte, a informalidade do procedimento utilizado pelas partes para a concepção do agravante impõe a aceitação de consequências não protegidas pelo ordenamento, uma vez não possuir suporte normativo. Lado outro, a possibilidade de reconhecimento do agravado como pai biológico da criança também ensejará a imposição de todos os deveres inerentes à paternidade, como sustento, educação e, inclusive, eventual direito a alimentos. Dessa forma, entendo desarrazoado, em observância ao princípio do melhor interesse da criança, privar o menor do direito ao reconhecimento pelo provável pai biológico, diante da ausência de qualquer vedação normativa ou jurídica. Por fim, ressalta-se a plena aceitação, hoje em dia, da pluriparentalidade, sendo que o eventual reconhecimento do agravado como pai biológico do menor, com consequente retificação do registro, não retira da companheira da agravante o direito ao registro como mãe socioafetiva. Portanto, entendo que deve ser reconhecido ao agravado, ao menos nesta análise perfunctória do feito, o direito de visitas ao menor, em especial não havendo fatos desabonadores ao seu convívio com a criança. (BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG. 3ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento-cv nº 1.0000.21.012068-9/001. Des. Rel. Maurício Soares. DJe de 02/09/2021).

Essa decisão, que envolve uma situação pouco previsível, denota que a falta de regulamentação sobre a inseminação artificial caseira, mesmo que sob a égide da autonomia privada, pode causar insegurança jurídica tendo em vista que a geração de uma criança acarreta na existência de direitos indisponíveis, que não podem ser restritos pela autonomia da vontade. Assim, tal qual se verifica em

outros aspectos da vida, a autonomia privada deve ser regulamentada para ser utilizada de maneira mais adequada, de modo a impedir que seu exercício choque com outros direitos, sejam eles disponíveis ou não, impedindo que haja uma indesejada insegurança jurídica.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A autonomia privada tem cada vez mais se expandido para outras áreas do Direito, não se restringindo ao estudo das relações contratuais/patrimoniais. Se a partir dela permite-se ao ser humano o exercício do direito de liberdade em seus diversos aspectos, observando-se os limites estabelecidos pela ordem jurídica, no Direito de Família, ela encontra um vasto campo de atuação, destacando-se as temáticas extrapatrimoniais, relacionadas ao aspecto existencial da vida do ser humano.

Nesse sentido, o presente estudo pretendeu analisar o princípio do livre planejamento familiar e o direito de se constituir família pelo método de reprodução assistida, a partir do contexto do exercício da autonomia privada. A temática abordada é complexa e polêmica, haja vista que a utilização do mencionado método, que comporta tanto a concepção homóloga quanto a inseminação heteróloga, ainda carece de uma regulamentação adequada no Brasil, gerando insegurança jurídica.

É bem verdade que no ano de 2016, o CNJ editou o provimento nº 52/2016, atualizado pelo provimento nº 63/2017, visando estabelecer critérios para o reconhecimento e registro de filhos nascidos em virtude da utilização de técnicas de reprodução assistida. Contudo, o supracitado regramento não é suficiente para resolver os diversos problemas constatados na vida real de diversas famílias brasileiras.

A respeito dos principais dilemas que surgem em virtude deste quadro de regulamentação insuficiente, registre-se, especialmente, o aumento de demandas judiciais levadas aos tribunais para discussão da denominada inseminação caseira. Questões atinentes à saúde das mulheres que se valem de tal método para ter filhos, possibilidade de

pedido por parte dos fornecedores de material biológico de terem ou não o reconhecimento da paternidade, haja vista não haver qualquer garantia de anonimato no procedimento, possibilidade jurídica de utilização da denominada técnica da “barriga de aluguel”, formas de observância do melhor interesse do menor, entre outras, são apenas alguns dos questionamentos que demandam respostas, a fim de que tanto a dignidade das famílias quanto a segurança jurídica sejam devidamente observadas.

Desta forma, a reprodução assistida tem se apresentado como um verdadeiro contrassenso na medida em que a ausência de legislação específica que regulamente a questão e suas diversas consequências, acaba por fazer colidir a ideia de “intervenção estatal” com a própria autonomia privada no que tange ao livre planejamento familiar. Importante salientar que a regulação não pode ser vista como interferência indevida do Estado em relação ao direito de se fazer o mencionado planejamento, mas sim, como modo de proteger, na essência, as liberdades individuais no âmbito das famílias.

## REFERÊNCIAS

ÁLVAREZ, Tomás Prieto. La intervención del estado en la libertad individual: liberalismo, paternalismo, bien común. *Civilistica*. com. Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, jan.-jun./2015.

BIZELLI, Rafael Ferreira. Contrato existencial: evolução dos modelos contratuais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MOREIRA, José Alberto Marques. Autonomia privada nas relações do direito de família. *Anais do Seminário Nacional de Dimensões Materiais e Eficaciais dos Direitos Fundamentais*, v. 1, n. 1, p. 131-146, 2011.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Provimento CNJ nº 52 de 15/03/2016. Dispõe sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. Brasília: DOU de 15/03/2016.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 2.121/2015. Revogada pela Resolução CFM n. 2.168/2017. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Brasília: DOU de 24/09/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ – REsp: 1692179 SP 2017/0203592-6, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 05/12/2017, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/12/2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível 0009828-13.2017.8.07.0015, Relator Des. Roberto Freitas, 1ª Turma Cível, unânime, data de julgamento: 31/7/2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 3ª Vara de Família do Rio de Janeiro. Processo n. 0022153-97.2020.8.19.0203. Sentença proferida em 14/08/2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG. 3ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento-cv nº 1.0000.21.012068-9/001. Des. Rel. Maurício Soares. DJe de 02/09/2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 1001267-16.2020.8.26.0575. Rel. Des. Maria de Lourdes Lopez Gil. DJe de 27/06/2021.

DIAS, M. B. Manual de direito das famílias. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

DUARTE, Renata Stauffer; FARO, Julio Pinheiro. Reflexões sobre a constituição da família homoafetiva, 2014.

FARIAS, C. C. A família parental. In: Tratado de Direito das Famílias. 3. ed. IBDFAM, 2019.

GOMES, Orlando. Autonomia privada e negócio jurídico. Novos temas de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GOZZI, C.M. Princípio do livre planejamento familiar como direito fundamental. IBDFAM, 2019. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1349/Princ%C3%ADpio+do+livre+planejamento+familiar+como+direito+fundamental>>. Acesso em 20 nov. 2021.

LÔBO, P. Direito de Família e os princípios constitucionais. In: Tratado de Direito das Famílias. 3. ed. IBDFAM, 2019.

MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. Indivíduo, pessoa, sujeito de direitos: contribuições renascentistas para uma história dos conceitos jurídicos. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito-PPGDir./UFRGS, v. 6, n. 7 e 8, 2007.

NETO, Francisco dos Santos Amaral. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. Perspectivas estrutural e funcional. Boletim da Faculdade de Direito: Universidade de Coimbra, n. 2, p. 5-41, 1989.

OLIVEIRA JÚNIOR, E. Q. Inseminação artificial caseira. Associação Nacional do Ministério Público, 2017. Disponível em: <[https://www.apmp.com.br/wp-content/uploads/2017/10/2017\\_INSEMINAO-ARTIFICIACASEIRA.pdf](https://www.apmp.com.br/wp-content/uploads/2017/10/2017_INSEMINAO-ARTIFICIACASEIRA.pdf)>. Acesso em 22 nov. 2021.

PEREIRA, R. C. Direito das famílias. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

REALE, Miguel. Visão geral do projeto de Código Civil. Revista dos Tribunais, v. 752, p. 22-30, 1998.

ROSA, C. P. Direito de família contemporâneo. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020.

SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. Uma agenda para o direito civil-constitucional. Revista Brasileira de Direito Civil-RBDCivil, v. 10, n. 04, 2016. Disponível em: <<https://rbdcivil.emnuvens.com.br/rbdc/article/view/42>>. Acesso em: 20/11/2021.

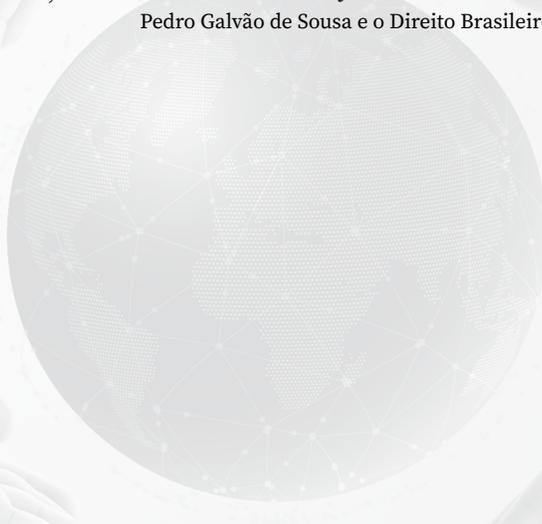
SOUZA, Sylvio Capanema de. O Código napoleão e sua influência no direito brasileiro. Revista da EMERJ, v. 7, n. 26, p. 36-51, 2004.

TIROLI, Luiz Gustavo; DA FURLAN, Alessandra Cristina Prates. Negócios jurídicos familiares: a contratualização do direito de família em face da legalidade constitucional e da principiologia civilística. ETIC – Encontro de Iniciação Científica-ISSN 21-76-8498, v. 16, n. 16, 2020.

# **22 TEORIA DO DEVER DE CUIDADO-INCONDICIONADO, AFETIVIDADE E FAMÍLIA: o amor não é sentimento**

**Gualter de Souza Andrade Júnior**

Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG). Professor Adjunto da Faculdade Mineira de Direito da PUCMG. Professor de Direito Civil, Teorias do Estado, Teoria do Direito e de Prática Jurídica da PUCMG. Líder do grupo José Pedro Galvão de Sousa e o Direito Brasileiro (GJP). Advogado.





# TEORIA DO DEVER DE CUIDADO-INCONDICIONADO, AFETIVIDADE E FAMÍLIA: o amor não é sentimento<sup>1</sup>

**Gualter de Souza Andrade Júnior**

Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG). Professor Adjunto da Faculdade Mineira de Direito da PUCMG. Professor de Direito Civil, Teorias do Estado, Teoria do Direito e de Prática Jurídica da PUCMG. Líder do grupo José Pedro Galvão de Sousa e o Direito Brasileiro (GJP). Advogado.

**SUMÁRIO:** 1. Resumo; 2 Introdução; 3 O Estado da Arte Jurídico sobre Significado de Afetividade, Amor e Cuidado; 4 O Amor não é Afeto; 5 Teoria do Dever de Cuidado-Incondicionado nas Relações Familiares. 5.1 O conceito universal de família e a correção do nome Direito de Família; 5.2 A função social da família como propósito jurídico; 5.3 A paternidade ontológica em substituição à paternidade socioafetiva, o amor como ato e dever, e, a afetividade como não objeto do Direito para responsabilização do Direito de Família: o cuidado-incondicionado; 5.4 A instalação da autoridade nas relações familiares pelo método da liderança servidora; 6 Conclusão; Referências.

## 1. RESUMO

O estado da arte da doutrina jurídica entende o amor como faculdade e o cuidado como dever; ela não precisa o conceito de família no sentido que esse não seria possível na perspectiva universal diante dos diversos modos e formas de constituição de entidade familiar. Nesse contexto, a doutrina jurídica elegeu a expressão Direito das

---

<sup>1</sup> Agradeço à professora Camila Stephany Reis Leão que, quando era minha orientanda na Graduação em Direito, auxiliou-me quanto à pesquisa sobre o estado da arte acerca da legislação, doutrina jurídica e jurisprudência referente à afetividade e ao dever de cuidado. Juntos, naquela época, publicamos um artigo científico intitulado: Teoria do Dever de Cuidado Incondicionado: sua aplicação para fins da responsabilidade civil tendo em vista a vulnerabilidade de crianças e adolescentes na relação paterno-filial. Por meio dessa oportunidade, divulguei, por escrito, pela primeira vez, com bem menos detalhes e avanços como faço pelo presente texto, a Teoria do Dever de Cuidado-Incondicionado, a qual desenvolvo há muito na PUC Minas como docente.

Famílias para definir, de forma pretensamente correta, o sub-ramo do Direito Civil que se ocupa de entidade familiar visando a fomentar na cultura, o que é válido, que a família pode ser criada de modos e formas variados. Cientificamente, a expressão Direito de Família continua sendo a adequada, levando-se em conta o objeto da juridicidade e que há modos e formas diversos de se erigir família. Além disso, quando se estuda o sentido de afetividade e os significados de amor, tendo em vista os pensamentos de Platão, Aristóteles e da Ética cristã, levando-se em conta as ideias de *affectio*, *philia*, *ágape*, *caritas*, *amor*, *diligo*, percebe-se que o pensamento atual do Direito, ao entender que o amor seria sentimento, estabelece o afeto erroneamente como objeto jurídico de responsabilização do Direito de Família. Diante do exposto, no que tange à família, para se efetivar mais que a sua função social, deve-se compreender esta como propósito jurídico, como, ainda, delinear o conceito de família no aspecto universal e qual é o objeto do Direito que trata da entidade familiar. Outrossim, é importante substituir as ideias de situação jurídica subjetiva de afetividade por situação jurídica subjetiva de cuidado-incondicionado; paternidade socioafetiva por paternidade ontológica, existencial; e que a ideia de poder familiar deve ser afastada em proveito da autoridade parental e do método da liderança servidora nas relações familiares. Por fim, para isso, o amor não deve ser compreendido como sentimento e faculdade, mas como ato jurídico e dever, adstrito à norma jurídica, não condicionado aos sentimentos, mas sendo causa destes, levando-se em conta a autonomia e a decisão, pois o que importa acerca da família é o cuidado-incondicionado e que o amor implique o vínculo da perfeição.

Palavras-chave: Conceito de Família; Cuidado-Incondicionado; Paternidade-Ontológica; Propósito Jurídico; Autoridade e Liderança Servidora.

## 2. INTRODUÇÃO

A doutrina jurídica brasileira, quando pretende conceituar o que é família, tende a ressaltar que a entidade familiar pode ser constituída por meio de diversas maneiras e formatos e entende que não seria possível definir o que é família de forma universal na validade do Direito Democrático.

Será que, realmente, levando-se em conta o princípio democrático que possibilita modos e formas variados para se constituir a entidade familiar, isso inviabilizaria a definição do conceito universal de Família?

No contexto supramencionado, a doutrina jurídica passou a denominar o sub-ramo do Direito Civil que se ocupa da família como Direito das Famílias, para ressaltar e fomentar na cultura do Direito que a entidade familiar não é apenas marital e que deve se pautar na igualdade, o que está em conformidade com o Direito Democrático. Contudo, respeitando-se a validade constitucional da multiforme e diversidade de modos de se estatuir a família, a expressão Direito de Família realmente estaria incorreta no sentido científico ou ultrapassada?

Outro ponto de necessária reflexão é que a jurisprudência e a doutrina jurídica compreendem atualmente que, no que tange às relações familiares, amor é faculdade e cuidado é dever e se deve prestigiar, como objeto do Direito, a afetividade para fins de responsabilização jurídica no Direito Civil.

Na esteira do Direito Democrático, ou seja, à luz dos valores polares da liberdade, igualdade, dignidade da pessoa humana, justiça, vida, democracia e legalidade, seria preciso avançar quanto à compreensão adequada do fenômeno jurídico que implica situações jurídicas subjetivas em que afetividade, amor e cuidado são elementos culturais presentes?

A cultura jurídica brasileira enfrenta o desafio de deixar de ver a essência do conceito de família como universal, na validade democrática, e entende amor como sentimento, o que possibilita

interpretações não precisas sobre o que importa para o Direito: a afetividade, o amor e o cuidado. Nessa esteira, o estado da arte jurídico compreende amor como faculdade e cuidado no sentido de dever. Será que isto é cientificamente adequado? Estaria o cuidado condicionado aos sentimentos?

Muito se fala na doutrina e na jurisprudência sobre a função social da família, mas quais seriam o conceito e o método adequados para que essa se efetive juridicamente no mundo da vida?

Para responder às questões propostas, o objetivo geral do presente trabalho é apresentar a Teoria do Dever de Cuidado-Incondicionado nas relações jurídicas familiares. Para isso, serão executados os objetivos específicos de estudar: a) o significado de afetividade e as concepções filosóficas de amor; b) o conceito universal de família e a expressão Direito de Família como válida e não ultrapassada; c) a função social da família como propósito jurídico; d) as ideias de cuidado-incondicionado, situação jurídica subjetiva de cuidado-incondicionado e de paternidade ontológica; e) a instalação da autoridade parental, por meio da liderança servidora, como método para efetivação do propósito jurídico da família.

### **3. O ESTADO DA ARTE JURÍDICO SOBRE SIGNIFICADO DE AFETIVIDADE, AMOR E CUIDADO**

Quando se tem em vista o panorama jurisprudencial e doutrinário jurídico no que tange ao sentido de afetividade, amor e cuidado para o Direito de Família, constata-se que há muita diversidade sobre o que esses objetos significam e como se associam.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), no ano de 2012, no precedente jurisprudencial histórico formado pela decisão no Recurso Especial nº 1.159.242 – SP (20090193701-9), relatado pela Ministra Nancy Andrighi, entendeu pela possibilidade jurídica da responsabilização jurídica em função de abandono afetivo e que haveria diferença entre amor e cuidado, entendendo-se que o primeiro é faculdade e o segundo dever, como se pode ver a seguir.

## EMENTA

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

(...)

2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF88.

3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.

4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.

5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.

(...)

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, a retificação de voto da Sra.

Ministra Nancy Andrichi e a ratificação de voto-vencido do Sr. Ministro Massami Uyeda, por maioria, dar parcial provimento ao recurso especial nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Votou vencido o Sr. Ministro Massami Uyeda. Os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. Ministra Relatora. Brasília (DF), 24 de abril de 2012 (Data do Julgamento)

MINISTRA NANCY ANDRIGHI

Relatora

MINISTRA NANCY ANDRIGHI

VOTO

(...)

Ao revés, os textos legais que regulam a matéria (art. 5º, V e X da CF e arts. 186 e 927 do CC-02) tratam do tema de maneira ampla e irrestrita, de onde é possível se inferir que regulam, inclusive, as relações nascidas dentro de um núcleo familiar, em suas diversas formas.

(...)

Sendo esse elo fruto, sempre, de ato volitivo, emerge, para aqueles que concorreram com o nascimento ou adoção, a responsabilidade decorrente de suas ações e escolhas, vale dizer, a criação da prole.

(...)

Colhe-se tanto da manifestação da autora quanto do próprio senso comum que o desvelo e atenção à prole não podem mais ser tratadas como acessórios no processo de criação, porque, há muito, deixou de ser intuitivo que o cuidado, vislumbrado em suas diversas manifestações psicológicas, não é apenas uma fator importante, mas essencial à criação e formação de um adulto que tenha integridade física e psicológica e seja capaz de conviver, em sociedade, respeitando seus limites, buscando seus direitos, exercendo plenamente sua cidadania.

(...)

Essa percepção do cuidado como tendo valor jurídico já foi, inclusive, incorporada em nosso ordenamento

jurídico, não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.

(...) pois não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar.

Alçando-se, no entanto, o cuidado à categoria de obrigação legal supera-se o grande empeco sempre declinado quando se discute o abandono afetivo – a impossibilidade de se obrigar a amar.

Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos.

O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião.

O cuidado, distintamente, é tismado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem (...).

Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever.

Ministro MASSAMI UYEDA

EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA:

Lamentavelmente, no estágio atual da evolução do ser humano do ponto de vista de evolução espiritual, estamos muito longe ainda, no grande preceito do nosso maior de todos os Mestres, o Nazareno: “Amai-vos uns aos outros como vos amei”.

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO SIDNEI BENETI:

(...)

a) com a conclusão de procedência da ação, por abandono afetivo:

Responsabilidade civil. Dano moral. Autor abandonado pelo pai desde a gravidez da sua genitora e reconhecido como filho somente após propositura de ação judicial. Discriminação em face dos irmãos. Abandono moral e material caracterizados. Abalo psíquico. Indenização devida. Sentença reformada. Recurso provido para este fim. Apelação com revisão 5119034700, TJSP, Rel. Des. CAETANO LAGRASTA, j. 12.8.2008); Indenização. Danos morais. Relação paterno-filial. Princípio da dignidade da pessoa humana. Princípio da afetividade. A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana (TJMG, Proc. 2.0000.00.408550-500, Rel. Des. UNIAS SILVA, j. 1.4.2004);

(...)

Os atos pelos quais se exteriorizou o abandono, que devem ser considerados neste processo, não são genéricos, mas, sim, concretos, apontados na petição inicial como fatos integrantes da causa de pedir (e-STJ fls. 6 e seguintes), ou seja: 1º) Aquisição de propriedades, por simulação, em nome dos outros filhos; 2º) Desatendimento a reclamações da autora quanto a essa forma de aquisição disfarçada; 3º) Falta de carinho, afeto, amor e atenção, apoio moral, nunca havendo sentado no colo do pai, nunca recebendo conselhos, experiência e ajuda na escola, cultural e financeira; 4º) Falta de auxílio em despesas médicas, escolares, abrigo, vestuário e outras; 5º) Pagamento de pensão somente por via judicial; 6º) Somente haver sido reconhecida judicialmente como filha.

(...)

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO:

(...)

Assim, imprescindível apoiar-se sobre firme substrato e esclarecer que o abandono afetivo apenas ocorre quando o progenitor descumpre totalmente seu dever de cuidado, infringindo flagrantemente as mais mezinhas obrigações para com seu filho.

Evita-se, desse modo, eventual abuso por parte de filhos que, insatisfeitos com episódios específicos de sua criação, pleiteiam a indenização por danos supostamente sofridos.

(*Grifos nossos*).

O precedente jurisprudencial supramencionado, que se tornou célebre por reconhecer a possibilidade jurídica da responsabilidade civil por abandono afetivo no Direito brasileiro, estabelece o amor como faculdade e o cuidado como dever, este se traduzindo por meio de atos concretos. Nesse sentido, pode-se interpretar como inferência que, para a decisão em tela, a afetividade e o amor seriam valores. Nessa esteira, o amor estaria associado à motivação filosófica, psicológica ou religiosa, de aspecto subjetivo e não implicaria norma jurídica. A seu turno, o dever de cuidado poderia ser entendido como norma jurídica.

Como será explicado posteriormente no presente trabalho, ao contrário do que se depreende do referido precedente jurisprudencial, o amor tem feição objetiva, ele é o próprio cumprimento do dever de cuidado, de modo que cuidado e o amor são sinais de linguagem diferentes para se referir ao mesmo objeto composto pelo dever de conduta e esta em si, independente dos sentimentos, no sentido de praticar objetivamente o ato jurídico cuja finalidade é a promoção da dignidade humana nas relações familiares.

Conclui-se, a partir do pensamento de Rolf Madaleno, que a afetividade seria valor nas relações familiares, como se pode verificar pelo trecho abaixo.

O afeto é mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo

amor, para ao fim e ao cabo dar sentido e dignidade à existência humana. A afetividade deve estar presente nos vínculos de filiação e de parentesco, variando tão somente na sua intensidade e nas especificidades do caso concreto. (MADALENO, 2013, p. 98-99).

Orsini explana o seguinte:

Para uma exemplificação didática da individualização conceitual ora afirmada, importante destacar três possibilidades: Situação 1) Quando o pai e/ou a mãe simplesmente somem e não procura(m) o filho, estar-se-á diante de caso de abandono moral e afetivo, visto que não houve acompanhamento do desenvolvimento da personalidade daquele nem manifestações constantes de afeto em relação ao mesmo; Situação 2) Os pais podem demonstrar que amam o filho através de várias atitudes carinhosas, mas não se importarem com o desenvolvimento da personalidade do mesmo, abstenendo-se da educação informal responsável por inculcar-lhe valores morais, sendo, portanto, negligentes em sua criação. Neste caso estar-se-ia diante de abandono moral, mas não de abandono afetivo; Situação 3) Os pais se preocupam com o desenvolvimento sadio da personalidade do filho e se desincumbem perfeita ou satisfatoriamente do dever de cuidado, mas não fazem demonstrações de afeto ao filho, caso em que estar-se-á diante de abandono afetivo sem que haja abandono moral. (ORSINI, 2016, p. 252).

Para o autor mencionado acima, a afetividade e o amor seriam atos constantes de manifestação de carinho.

Claúdio José Amaral Bahia e Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior defendem o seguinte:

O afeto é enobrecimento, amor ao próximo, respeito, carinho, compaixão, apego, bem-querer. Dele emanam ondas de sentimentos essenciais que gravitam no santuário sagrado do coração humano. É a mais elevada expressão da natureza humana por outrem. Por isso mesmo, com sua luz solar, reaviva valores jurídicos e sociais autênticos, substituindo, por meio da afetividade, com vantagem incomensurável o patrimonialismo familiar de antanho, o autoritarismo massacrante do genitor antigo, o engessado matrimônio legítimo, todos esses com eivas de imperfeições humanas. (BAHIA; LEÃO JÚNIOR, 2010, p. 8120).

Bahia e Leão Júnior entendem, portanto, que afeto e amor são o mesmo objeto.

Conforme Paulo Luiz Netto Lobo, a afetividade implicaria norma jurídica, como se pode inferir do texto que segue.

[...] a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles. O dever jurídico da afetividade entre pais e filhos apenas deixa de haver com o falecimento de um dos sujeitos ou se houver perda do poder familiar ou autoridade parental. (NETTO LOBO, 2008, p. 9).

César Fiuza (2014, p. 1163) leciona que a responsabilidade civil por abandono afetivo decorreria do inadimplemento do dever de cuidado e que não seria juridicamente possível se exigir afeto, mas somente o cumprimento do dever de cuidado.

Pode-se inferir do pensamento de César Fiuza que o afeto não implicaria norma jurídica, mas sentimento, e seria o mesmo objeto que o amor, como se poder inferir do texto abaixo.

A afetividade, embora mereça atenção jurídica, não é norma, mas fato que pode estar presente nas relações familiares, digo “pode”, porque o afeto num sentido positivo (amor, carinho) nem sempre será presença constante no seio da família. Lá podem imiscuir-se sentimentos de ódio, inveja e desamor, tão graves quanto os de amor. Uma família normal é um conglomerado de seres humanos, na melhor das hipóteses neuróticos, que podem se amar e se odiar com a mesma intensidade. Podem fazer-se bem, mas podem fazer-se muito mal. Não fosse assim, não haveria a possibilidade de suspensão ou mesmo de perda do poder familiar. Transformar um sentimento em norma é algo, senão inviável, indesejável. (FIUZA, 2014, p. 1164-1165).

Consoante Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenthal,

o afeto, destarte, é situação relevante para o Direito das Famílias, mas desprovido de exigibilidade jurídica nas relações em que se apresente voluntariamente. Isto por conta de seu inescandível caráter de sentimento humano espontâneo. (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 64).

Para Faria e Rosenthal, portanto, a afetividade seria sentimento.

Conforme será demonstrado posteriormente neste trabalho, o conceito de afetividade implica sentimento.

A Convenção sobre Direitos das Crianças, que tem a natureza jurídica de norma supralegal no Direito brasileiro, promulgada pelo Decreto nº 99.710/1990, nos seus artigos 3º, 18, 19, 20, 29, prescreve o dever de cuidado nas relações familiares, textualmente nos seguintes trechos:

Artigo 3º.

2. Os Estados Partes se comprometem a assegurar à criança a proteção e o cuidado que sejam necessários para seu bem-estar, levando em consideração os direitos e deveres de seus pais, tutores ou outras pessoas responsáveis por ela perante a lei e, com essa finalidade, tomarão todas as medidas legislativas e administrativas adequadas.

Artigo 19

2. Essas medidas de proteção deveriam incluir, conforme apropriado, procedimentos eficazes para a elaboração de programas sociais capazes de proporcionar uma assistência adequada à criança e às pessoas encarregadas de seu cuidado (...).

Artigo 20

2. Os Estados Partes garantirão, de acordo com suas leis nacionais, cuidados alternativos para essas crianças.

3. Esses cuidados poderiam incluir, *inter alia*, a colocação em lares de adoção, a kafalah do direito islâmico, a adoção ou, caso necessário, a colocação em instituições adequadas de proteção para as crianças (...).

A partir do exposto, pode-se dizer que a maior parte da doutrina jurídica acerca da afetividade, do amor e do cuidado compreende este como norma jurídica principiológica e aqueles dois objetos não implicariam dever jurídico, mas valor, meta axiológica a ser alcançada nas relações familiares.

Há consenso doutrinário e jurisprudencial que o cuidado é princípio jurídico, mas existe divergência sobre os significados de afetividade e amor e o que isso importa para o Direito. A ausência de clareza sobre esse tema tem consequências práticas, como a polêmica que se gerou quando o Superior Tribunal de Justiça (STJ) entendeu que seria possível juridicamente a responsabilização civil por abandono afetivo. Nessa época, parte da doutrina disse que não seria possível se

obrigar a amar, o que retrata o fato que, erroneamente, confunde-se amor com afeto.

Por outras palavras, em função da decisão do STJ em relevo, surgiram muitas vozes da área jurídica dizendo que não se poderia exigir juridicamente que um familiar amasse outro, pois o amor seria sentimento e não norma jurídica. O pano de fundo para essa afirmação seria a ideia que o Direito não pode comandar que alguma pessoa natural sinta. Portanto, seria impossível juridicamente responsabilizar-se por abandono afetivo. Uma saída para esse problema consistiu asseverar que amor e cuidado seriam objetos distintos, no sentido que amor traduziria sentimento e, por isso, faculdade, enquanto se tratou o cuidado como dever jurídico.

OSTJ prestou relevante serviço ao Estado brasileiro reconhecendo que é possível juridicamente se responsabilizar de forma cível na situação jurídica subjetiva de abandono nas relações familiares, mas é preciso avançar o estudo sobre isso, pois há ainda muitas dúvidas e controvérsia quanto ao tema.

Na verdade, como será demonstrado neste trabalho, a questão não se trata de abandono afetivo, mas de abandono em razão do desamor como prática de atos jurídicos inadequados ou omissão dos devidos os quais impliquem promoção proativa da dignidade humana dos membros da família, tendo em vista que amor e cuidado são, na verdade, o mesmo objeto jurídico e que amor não é sentimento.

#### **4. O AMOR NÃO É AFETO**

M. Antunes (1997, p. 226/227) diz que a

(...) grande lei das relações de amor entre os seres racionais, afectivos e corporais, será sempre a do diálogo, da alteridade, do respeito e da reciprocidade. Mediante ela, serão embatidos ou mesmo suprimidos conflitos que, por vezes, pareciam inextricáveis e insolúveis. Mediante ela, despertará ou aumentará

nos interlocutores, supostos sempre de boa vontade, a capacidade de esperar, crer, querer. Mediante ela, ressurgirá novo alento para uma caminhada mais construtiva dos destinos dos interessados. Mediante ela, poderão cair mitos e mal-entendidos, muros de solidão e montanhas de incompreensão. Mediante ela, poderá adquirir-se uma nova forma, alargada e mais profunda, da experiência da consciência e da existência.

O amor é objeto de relevo na cultura e imprescindível na família, para que essa cumpra a sua função social (melhor, o seu propósito jurídico), mas o entendimento exato sobre isso somente é possível quando se compreende o que é a afetividade e qual é o significado de amor.

Leciona Ernesto Faria que afeto (*affectio*) implica a ideia de disposição no sentido de estado, modo de ser que configura sentimento, ou seja, *affectio* significa sentimento, como se pode verificar no texto a seguir. Assim, afetividade é o estado de sentimento.

*affectio (adfectio)*, – *onis*, subs.f. 1) Relação, disposição, modo de ser, estado (Cíc. Tusc. 3,10). Daí: 2) Boa disposição para com alguém, afeição, sentimento, paixão (Tác. An. 4,15). 3) Vontade, inclinação (Tác. Germ. 5). 4) Influência (Cíc. Tusc. 4, 14). (FARIA, 2003, p. 48).

No aspecto ontológico, onde o sentimento se assenta na estrutura humana? **O ser humano é formado por:**

<b>1.</b>
<b>Espírito (<i>pneuma</i>):</b> significa sopro, como a partícula de luz que Deus atribui ao homem para que este seja ser vivente, por outras palavras, tenha o sopro de vida, possa constituir-se como ser existencial.

## 2.

**Alma (*psique*):** alma significa pensamento (mente), inteligência.

O pensamento (a *psique*), por sua vez, é formado por ***animus*, consciência e emoções.**

Consoante Ernesto Faria, *animus* tem o sentido de objeto que é oposto ao corpo, aquele como vontade ou sede da vontade, pensamento. Pode-se entender que o *animus* integra o pensamento, ele é o elemento da inteligência responsável pela vontade humana, pela volição. Textualmente, o autor referido escreve o seguinte:

*animus*, - i, subst. m. 1) Princípio pensante (em oposição a *corpus* e *anima*), espírito, alma (Cíc. Tusc. 1,80). Daí: 2) coração (como sede da coragem, do desejo, das inclinações e das paixões), vontade, desejo, ânimo (Cíc. Marc. 8). 3) Sede do pensamento, pensamento, inteligência (Cíc. De Or. 3,67). Onde, na língua poética: 4) caráter, condição, natureza (Verg. G. 2,51). (FARIA, 2003, p. 78).

Quanto à consciência, pode-se remeter à ideia de *cogito ergo sum* (Descartes) – eu duvido, logo existo, capitando-se a intenção do referido autor. A consciência é o elemento do pensamento do ser que o torna ciente de que ele é ser pensante, capaz de questionar a si e ao mundo da vida. Soma-se a isso que a consciência é responsável pelo discernimento entre o bem e o mal, é a bússola axiológica e lógica que implica o entendimento que determinadas atitudes levam à autopreservação e outras são destrutivas. Esse entendimento estende-se até a linha do horizonte de compreensão do ser, alimentado pelos dados da sua historicidade pessoal deste no que diz respeito a sua percepção de mundo. Isso se levando em conta que, no mundo da vida, o ser está em meio a outros seres (também conscientes): daí surge a consciência e a necessidade da atitude ética, moral e jurídica, para

que seja possível se preservar a liberdade do ser racionalmente, em meio aos demais seres.

Como a linguagem é a forma do pensamento, da *psique*, da alma, a consciência possibilita que o ser se perceba como ser existencial, sujeito de razão, de pensamento, é ser ético e moral, prático (moral) e também comunicativo (dialógico), como se pode perceber não somente pela razão prática ou pela razão comunicativa, mas pela razão que é prática-comunicativa.

Em função dos elementos do pensamento *animus* e consciência, diz-se que o sujeito teve ou não a intenção de praticar determinado ato jurídico (este entendido como ato relevante para o Direito, como lícito ou ilícito), ou seja, agiu ou não com dolo, pois, doutrinariamente, entende-se que o dolo é formado por intencionalidade e consciência.

**Os sentimentos (afeições, a ideia de *affectio*, o estado de afeição, ou seja, de afetividade) são o elemento do pensamento que é o alarme genético o qual se soa internamente no ser quando informações advindas dos cinco sentidos ou do instinto (das inclinações apetitivas) ou da memória tocam o ser sinalizando, pela imediata análise proposta pela inteligência, que algo é benéfico ou não, no sentido de importância, à autopreservação do ser.** Essa primeira percepção, imediata, pode ser objeto de posteriores elucubrações racionais para se verificar que, num contexto maior principiológico de autopreservação, aquele alarme apresenta algo que traduz de fato um bem ao ser ou lhe representa perigo real.

<b>3.</b>
-----------

<b>Corpo (<i>corpus, soma</i>):</b> implica o elemento biótico, de extensão (altura, largura e profundidade, tridimensional), constitutivo do ser.
--

Tendo em vista a ideia de *soma* (corpo), quando uma pessoa sobrecarrega os pensamentos dessa, de forma a pressionar as emoções intensamente e de maneira prolongada de modo a gerar desgaste emocional, soando o alarme natural de perigo do ser de maneira que isso provoque efeitos no corpo do sujeito, resultando doenças como

fatos, a exemplo da depressão, ansiedade crônica, enfermidades imunológicas, etc., a medicina diz que o paciente está acometido de doenças psicossomáticas. O que significa isso?

Como o *soma* quer dizer “corpo” e a alma (*psique*) tem o sentido de “mente” (pensamento, inteligência), quando esta exerce pressão sobre o *soma* (corpo), este se sobrecarrega no sentido existencial. Isso é um dos exemplos científicos que o pensamento se reflete no corpo, fato que é preambular para se compreender que todo ato relevante para o Direito, toda conduta jurídica começa na mente e é expressada por via negativa (omissão – não fazer) ou positiva (dar, fazer) por meio instrumental que é o corpo, ou seja, o *soma*, o *corpus*. Nesse sentido, o ato jurídico nasce do pensamento e se manifesta de forma objetiva como conduta no mundo da vida.

Como exemplo, atos jurídicos ilícitos praticados por pai que resultem abandono ao filho podem causar dano (fato jurídico) a este porque aqueles atos jurídicos ilícitos geraram sobrecarga emocional danosa no filho e isso como resultado da conduta do pai contrária ao Direito, o que pressionou o corpo do filho a traduzir esse estímulo como enfermidade psíquica e outras doenças.

Afinal, o ato jurídico nasce na mente, da alma (*psique*), como resultado do *animus* que é o fiel da balança da mente cujos pratos são preenchidos por informações da emoção e da consciência, de modo que não raro se diz que o sujeito que agiu de forma desequilibrada exprimiua conduta irracional.

A afetividade, quanto tem sua causa externa ao ser, é a impressão emocional neste como o resultado da prática de atos jurídicos os quais traduzem o resultado de análise racional sobre a qualidade da relação jurídica, se esta é benéfica ou não à preservação do ser. Nesse contexto, avaliam-se condutas as quais podem resultar, no que tange à entidade familiar, sociedade nuclear existencialmente sadia ou não. Se sadia, cumprirá a função social da família (mais, o propósito jurídico desta): a promoção da dignidade da pessoa dos seus membros e, indiretamente, de toda a sociedade, já que a entidade familiar é o epicentro das relações sociais.

Para se saber se amor para o Direito pode ser ou não compreendido como *affectio*, deve-se investigar os sentidos de amor.

J. Cerqueira Gonçalves leciona sobre o amor o que segue.

A importância do termo ágape, de origem grega, *ἀγάπη* [*ágape*], advém-lhe do significado específico que foi assumido, ao lado e em contraste com outros termos, como *ἔρως* [*eros*] e *φιλία* [*philia*]. O amor é tema muito complexo, não admirando que sejam vários os termos a caracterizá-lo, como aliás já sucedeu no latim, como *amor*, *charitas*, *dilectio*. Mas, não obstante não serem sinônimos, todos estes termos foram usados com certa indiferença, tanto em grego como em latim e mesmo em português.

Em Filos., o (...) amor, quase sempre designado por *ἔρως* [*eros*], foi desde cedo referido e até tematizado, dedicando-lhe Platão especial atenção, em várias obras, como *Banquete*, *Fedro* e *Sofista*.

O *factor* que mais contribuiu para realçar o termo *ἀγάπη* [*ágape*], e constrará-lo com *ἔρως* [*eros*], foi a literatura cristã, já por o usar mais constantemente, já pelo facto de esse uso específico ir impondo um significado característico e até inédito. Enquanto o paganismo se ficava no *amor-desejo*, egoísta, o Cristianismo, ao contrário, acentuava o sentido de *amor-generosidade*. (GONÇALVES, 1997, p. 82/83). (*Colchetes nossos*).

**Em grego, o amor possui três signos de linguagem: *eros*, *philia* e *ágape*, ou seja, não é como na língua portuguesa que há somente um sinal de linguagem (*amor*) para designar significados diversos, e isto é causa de interpretações jurídicas inadequadas e controversas acerca do sentido de amor no Direito.**

Na obra **O Banquete, de Platão**, discorre-se sobre o amor como *Eros*, conforme o texto abaixo.

Discurso de Pausânias.

Parece-me, caro Fedro que não procedemos corretamente ao definir o objeto dos discursos que deveríamos fazer. Se com efeito, existisse apenas um Eros, estariam bem os discursos que teríamos de fazer. Porém, Eros não é um só, e, uma vez que não é único, deveremos, em primeiro lugar, saber qual deles devemos louvar.

(...) Todos sabemos que Afrodite e Eros são inseparáveis. Se houvesse somente uma Afrodite, não haveria mais que um Eros; mas, como existem duas Afrodites, torna-se necessário que haja dois Eros. É possível negar que existam duas deusas? Existe uma Afrodite mais velha e sem mãe, filha de Urano, a quem chamamos Urânia, a Celestial; e outra mais nova, filha de Zeus e Dione, a quem chamamos Pandêmia, a Popular. Dessa maneira, Eros que serve uma deve se chamar popular e o que serve outra deve chamar-se celeste. Não há dúvida de que se deve louvar ambos os deuses, mas, antes, tornar-se necessário determinar os atributos de cada um dos citados Eros.

(...)

As ações, com efeito, não são em si mesmas, nem boas, nem más. Por exemplo: o que estamos fazendo neste momento, isto é, beber, cantar, falar, nada disso é belo em si mesmo; mas pode tornar-se belo de acordo com a maneira como o fazemos. Se o fizermos segundo as regras do honesto e do justo, torna-se belo; se o fizermos contrariamente à justiça, torna-se feio. O mesmo podemos afirmar do amor, pois nem todo Eros é em si mesmo belo e louvável, mas se torna belo quando nos leva a amar segundo as regras do belo.

O Eros da Afrodite popular desconhece as regras e faz jus ao nome: é o amor com o qual amam os homens vulgares e inferiores. Efetivamente, estes amam antes de tudo mulheres e também jovens, amam mais o corpo do que o espírito e, por fim, amam de maneira desvairada, dirigidos pela luxúria. Têm em

vista apenas o gozo, sem discernimento, pois tal amor provém da deusa mais jovem que, em virtude da sua origem, participa tanto da masculinidade como da feminilidade.

O outro Eros, em contrapartida, é o amor da Afrodite celeste, que não descende do feminino, mas somente do masculino. É mais velha e não se excede na luxúria. Daí resulta que aqueles que são inspirados pelo Eros celeste voltam o seu amor para o sexo masculino, cuja natureza é mais forte e inteligente e, mesmo entre estes, são facilmente reconhecíveis os que se submetem unicamente à influência desse Eros: não amam os infantes, mas sim os adolescentes, cuja inteligência desperta no período da puberdade. Os servidores desse Eros estão preparados para uma união duradoura com seus amados, não enganam os jovens com simples seduções, nem os abandonam repentinamente por outros.

(...)

Eis o que se passa, segundo penso: Eros, o amor, não é uma coisa simples. Ao iniciar este discurso, afirmei que ele não era belo nem feio, mas que, se praticado honestamente, era belo, e se praticado desonestamente, era feio. Ora, praticá-lo desonestamente é conceder favores a um homem mau, ou por maus motivos; e praticá-lo honestamente é conceder favores a um homem de bem, ou por motivos decentes. Chamo mau ao amante vulgar, que ama mais o corpo do que o espírito, porque esse amor não é duradouro, uma vez que se prende a uma coisa que não perdura e, quando a flor da beleza que amou envelhece, o amante “alça seu vôo” e desaparece, traíndo as suas promessas. Já o amante de uma bela alma se mantém fiel durante toda a vida, porque se uniu a uma coisa duradoura.

(...)

Discurso de Sócrates.

Diotima – (...) o desejo do bem e da felicidade, sob qualquer forma, é o que para toda a gente significa o grande e astucioso Eros.

(...)

Diotima – (...) o amor é o desejo de possuir sempre o que é bom?

Sócrates – Perfeitamente.

(...)

Diotima – Ora bem; vou falar mais claramente: todos os homens desejam procriar, segundo o corpo e o espírito. Quando chegamos à idade própria, a nossa natureza sente o desejo de gerar, mas não pode gerar no feio, não pode gerar a não ser no belo e, com efeito, a união do homem e da mulher é um ato de geração, de procriação. É uma obra divina, o ser mortal participa da imortalidade através da fecundação e da procriação. Todavia, esses atos não realizam naquilo que não possui harmonia. O feito não se harmoniza com o divino, enquanto o belo se harmoniza. A beleza preside a geração, como Moira e Ilítia. Assim, quando o ser, impulsionado pelo desejo de procriação, se aproxima do belo, sente o desejo e o prazer aumentarem, e concebe. Em contrapartida, quando se aproxima do feio, retrai-se, contrai-se e, triste, não fecunda. Sofre entre dores e o desejo de não procriar. Daí resulta a mudança, que ser verifica no ser fecundo e viril, em presença do belo, pois este o liberta do sofrimento do desejo, porque o amor, Sócrates, não é o amor do belo, como antes julgavas...

Sócrates – Que é, então?

Diotima – É o desejo de geração e procriação do belo!

Sócrates – Admito que seja...

Diotima – Pois admite sem reserva, porque nada é mais verdadeiro. Qual é a importância da procriação? Para um mortal é uma possibilidade de imortalidade, de eterno, pois o amor é o desejo da perpétua posse do bem. Assim, por consequência, Eros é igualmente o desejo da imortalidade!

(...)

Sócrates – Eis, Fedro, e aos outros que me escutam, o que Diotima me disse. Por ela fui persuadido nestas coisas e, por minha vez, procuro persuadir-vos de que para conquistar tamanho bem, a natureza humana dificilmente poderia encontrar um auxiliar como Eros, porque eu próprio o venero e me dedico particularmente ao seu culto. (...).  
Quando Sócrates acabou, todos o aplaudiram.  
(PLATÃO, 2005, p. 24/25, 65-75).

No Banquete de Platão, explana-se sobre dois deuses *Eros*, um popular e o outro celeste, companheiros das duas deusas as quais recebem o nome de *Afrodite*. O que se faz conforme as regras do honesto e do justo se torna belo: o *Eros* somente se torna belo quando se ama consoante as regras desse, ou seja, em conformidade com o que é honesto e justo.

O *Eros* popular é o amor voltado para a luxúria, ao gozo, cujo os alvos são mulheres e crianças.

O outro *Eros* é o amor da *Afrodite* celeste, é o não amor aos infames, mas ao masculino e à adolescentes e visa a uniões duradouras, pois amar desonestamente é conceder favores a um homem mau, é vulgar, enquanto o amor honesto tem o objetivo de amar a bela alma, a do homem de bem.

O *Eros*, entendido como grande e astucioso, significa o que? Ele significa desejo. Desejo do que? Desejo do bem e da felicidade, o desejo de possuir sempre o que é bom. Portanto, *Eros* é anseio, embebido em afeição, de se obter uma finalidade de ter para si o que se entende por bom, tendo como objeto um amante. Há o desejo de, entre o homem e a mulher, de procriar no belo, o que seria uma obra divina. Aproximar-se do belo faz o desejo da procriação aumentar.

O amor *Eros*, então, é o desejo de geração e de procriação do belo, pois, concebendo, isso implica a imortalidade daquele que procria, ou seja, nesse sentido, o *Eros* é o desejo da perpétua posse do bem, o *Eros* é o desejo da imortalidade.

Anstiseri e Reale, a respeito do *Eros*, ensinam que

(...) Platão, o tema da beleza não se liga ao tema da arte (imitação de mera aparência, que não revela a beleza inteligível), mas vincula-se ao tema do Eros e do amor, entendido como força mediadora entre o sensível e o supra-sensível, força que dá asas e eleva, através dos vários graus de beleza, à Beleza metaempírica existente em si. E, como para os gregos, o Belo coincide com o Bem ou, de certa forma, representa um aspecto do Bem, o *eros* é uma força que eleva ao Bem e a erótica se revela um caminho a-lógico que conduz ao Absoluto. A análise do Amor situa-se entre as mais esplêndidas análises que Platão nos deixou. O Amor não é nem belo nem bom, mas é sede de beleza e bondade. O Amor, portanto, não é Deus (somente Deus é sempre belo e bom) nem homem. Não é mortal nem imortal. É um daqueles seres demoníacos “intermediários” entre o homem e Deus. Assim, o Amor é “filo-sófico” no sentido mais denso do termo. A *sophia*, ou seja, a sabedoria, é algo que só Deus possui; a ignorância é propriedade do que está totalmente distante da sabedoria; a “filo-sofia”, ao contrário, é apanágio do que não é nem ignorante nem sábio, do que não possui o saber mas ele aspira, do que sempre busca alcançá-lo e, tendo-o alcançado, percebe que ele lhe foge novamente para que, como amante, continue a procurá-lo.

O que os homens comumente denominam amor não representa senão pequena parte do verdadeiro amor: o verdadeiro amor é desejo do belo, do bem, da sabedoria, da felicidade, da imortalidade, do Absoluto. O Amor dispõe de muitos caminhos, que conduzem a vários graus de bem (toda forma de amor é desejo de possuir o bem definitivamente). O verdadeiro amante, porém, é o que sabe percorrer esses caminhos até o fim, até chegar à visão suprema, ou seja, até chegar à visão do belo absoluto.

a) O grau mais baixo na escala do amor é o amor físico, que consiste no desejo de possuir o corpo belo para gerar no belo outro corpo. Esse amor físico já

constitui desejo de imortalidade e eternidade, “... porque geração, realizada na criatura mortal, é perenidade e imortalidade”.

b) Depois, existe o grau dos amantes que se mostram fecundos, não quanto aos corpos, mas quanto às almas, portadores de germes que nascem e crescem na dimensão do espírito. Entre os amantes na dimensão do espírito se encontram, numa escala de progressão ascensional, os amantes das almas, os amantes da justiça e das leis, os amantes das ciências puras.

c) Finalmente, no ápice da escala do amor, encontra-se a visão fulgurante da Ideia do Belo em si, do Absoluto. No Fedro, Platão aprofunda ulteriormente o problema da natureza sintética e mediadora do amor, vinculando-o à doutrina da reminiscência. Em sua vida pré-terrena junto aos deuses, a alma contemplou o Hiperurânico e as Ideias. Posteriormente, perdendo as asas e precipitando-se nos corpos, tudo esqueceu. Entretanto, embora com muito esforço, ao filosofar, a alma “se recorda” das coisas que um dia contemplou. Este “recordar-se”, no caso específico da Beleza, se verifica de modo totalmente especial, porquanto somente a Ideia do Belo, entre todas as outras Ideias, recebeu o privilégio de ser “extraordinariamente evidente e amável”. O reflexo da Beleza ideal no belo sensível inflama a alma, que se vê tomada pelo desejo de voar e voltar para o lugar de onde desceu. Esse desejo se identifica com o Eros que, com anseio do supra-sensível, faz despontar na alma suas antigas asas e a eleva ao mundo das Ideias. O amor (“o amor platônico”) é nostalgia do Absoluto, tensão transcendente para o mundo meta-empírico, força que impulsiona para o retorno à nossa existência originária junto aos deuses. (ANTISERI e REALE, 2002, p. 152/153).

**O belo, em Platão, representa um aspecto do bem e o amor Eros é força que leva a esse bem, de modo que o erótico conduz ao Absoluto.**

**Pode-se entender o amor, no sentido de eros, como valor portanto, objeto que varia em grau, o mais baixo** seria o amor ao corpo; o intermediário, o espiritual, por sua vez, o amor à alma, o que denota importância às ciências, às leis e à justiça; e o mais elevado está no amor à ideia do belo em si.

A reminiscência na Terra referente à lembrança tênue e imprecisa do que se contemplou no mundo das ideias implicaria, no sentido platônico, em função da recordação, o apreço ao belo, o que inflama a alma quando incide sobre o belo sensível, de modo que o amor platônico é nostalgia do Absoluto, força representada pelo desejo de retorno aos deuses. **Nesse sentido, o amor Eros é o desejo do belo.**

No livro **Política, de Aristóteles**, esse autor, a respeito do amor, diz que:

Outro absurdo da comunidade de crianças é só se ter proibido o comércio amoroso dos dois sexos, e não o amor e suas intimidades de pai para filho, de irmão para irmão, que são o cúmulo da indecência e da torpeza. Ora, não é estranho proibir as relações entre os dois sexos, em razão dos perigos da volúpia excessiva, e ser indiferente sobre essas familiaridades entre pai e filho, irmão e irmão? (ARISTÓTELES, 1990, posição 3154 de 3753).

Na obra **Metafísica, Aristóteles** explana acerca do amor que:

Poder-se-ia supor que Hesíodo foi o primeiro que procurou alguma coisa de parecido, e com ele os que supuseram nos seres o amor ou o desejo como princípio, Parmênides por exemplo. Este, com efeito, expondo a gênese do Universo, diz: “antes de todos os deuses, criou o amor”, e Hesíodo: “antes de tudo

foi o Caos, depois a terra dos grandes seios, e o amor que a todos os imortais supera”, tão conveniente era que se encontrasse nos seres uma causa capaz de dar movimento e ordem às coisas. Quanto a distribuí-los relativamente à prioridade, seja-nos permitido remeter para mais tarde a nossa opinião. (2) Como os contrários do bem aparecem também na natureza, e não só a ordem e o belo senão ainda a desordem e o feio, e o mal em maior quantidade que o bem, e o feio do que o belo, ocorreu então a outro filósofo introduzir a amizade e a discórdia, cada uma delas causa contrária de efeitos contrários. (3) Se alguém, pois, seguir o raciocínio de Empédocles, atendendo mais ao espírito do que à sua maneira balbuciante de se exprimir, encontrará que a amizade é a causa das coisas boas, e a discórdia das más. Afirmando, portanto, que Empédocles, em certo modo, e pela primeira vez, admitiu o bem e o mal como princípios, talvez se acerte, visto ser o próprio bem a causa de todos os bens, e o mal, dos males.(ARISTÓTELES, [19—a] posição 132, 140 de 707).

Na **Retórica**, **Aristóteles** expõe sobre o amor que:

DEVEMOS NOS REFERIR AGORA ÀS PESSOAS que se ama ou que se odeia e à causa (de se amá-las ou odiá-las). Mas principiemos por definir o que é amor e amar. Supomos que amar é querer para uma outra pessoa aquilo que temos na conta de bens, e isso em vista de seu interesse e do nosso; cabe a nós, assim, na medida de nossas capacidades, agir no sentido de obter para essa pessoa tais vantagens; {por outro lado, é amigo aquele que experimenta esse sentimento, ou seja, ama, e desperta o mesmo sentimento em retorno, ou seja, é amado}. Aqueles que pensam experimentar tal disposição entre si consideram-se amigos. Estabelecido isso, é necessariamente um amigo aquele que compartilha e se regozija com

o bem que nos sucede e também compartilha ao nosso lado do mal que nos atinge, exclusivamente em função do benefício da pessoa amada, sem qualquer outra motivação. O prazer resultante desse bem ou a dor que resulta desse mal são os sinais da boa vontade de nosso amigo, uma vez que todos nós alegramo-nos quando os fatos se realizam de acordo com nossa vontade e expectativa, ao passo que nos amarguramos quando ocorre o contrário. Somos também unidos pela amizade quando os bens e os males nos são comuns; {quando compartilhamos dos mesmos amigos e dos mesmos inimigos}. Segue-se necessariamente que a vontade é idêntica. Assim, aquele que deseja para o ente amado o que deseja para si mesmo revela-se verdadeiramente seu amigo. (ARISTÓTELES, [19—b], posição 2156, 2169 de 5026).

Quanto ao **amor como *philia***, **Aristóteles**, em *Ética a Nicômaco*, entende que

A amizade mais sincera, então, é a que existe entre as pessoas boas, como já dissemos muitas vezes, pois aquilo que é irrestritamente bom e agradável parece ser estimável e desejável, e para cada pessoa o bom ou o agradável é aquilo que é bom ou agradável para ela; e uma pessoa boa é desejável e estimável para outra pessoa boa por ambas estas razões. Parece que o amor é uma emoção e a amizade é uma disposição do caráter; de fato, pode-se sentir amor também por coisas inanimadas, mas amor recíproco pressupõe escolha e a escolha tem origem numa disposição do caráter; além disso, desejamos bem às pessoas que amamos pelo que elas são, e não em decorrência de um sentimento, mas de uma disposição do caráter. Gostando de um amigo as pessoas gostam do que é bom para si mesmas, pois a pessoa boa, tornando-se amiga, torna-se um bem para o seu amigo. Cada uma das partes, então, ama o seu próprio bem e

oferece a outra parte uma retribuição equivalente, desejando-lhe bem e proporcionando-lhe prazer. A propósito, diz-se que a amizade é igualdade, e ambas se encontram principalmente nas pessoas boas. (ARISTÓTELES, 2001, p. 159).

**Para Aristóteles, ora o amor aparece na perspectiva sexual, ora significa princípio impulsionador do mundo tendo na amizade a causa do que é bom; mas, em geral, para o autor, o amor (*philia*) é querer a outrem o que se entende por bem mas de forma interesseira, é emoção voltada ao que é bom tendo como alvo a relação humana de amizade, no sentido que alguém é motivado a ser amigo de outrem porque este faz bem ao primeiro. Portanto, a finalidade do amor seria aquele que ama agir motivado por receber o bem advindo do amigo e, sem isso, a relação se esfacelaria. Dessarte, para Aristóteles, o amor é condicional.**

No que tange ao amor *ágape*, em

(...) um de seus cumes mais significativos, o pensamento grego criou, sobretudo com Platão, a admirável teoria do eros, da qual já falamos amplamente (...). Mas o eros não é Deus, porque é desejo de perfeição, tensão mediadora que torna possível a elevação do sensível ao supra-sensível, força que tende a conquistar a dimensão do divino. O eros grego é falta-e-posses em uma conexão estrutural entendida em sentido dinâmico e, por isso, é força de conquista e ascensão, que se acende sobretudo à luz da *beleza*.

Já o novo conceito bíblico de “amor” (*agápe*) é de natureza bem diferente. O amor não é primordialmente “subida” do homem, mas “decida” de Deus em direção aos homens. Não é “conquista”, mas “dom”. Não é algo motivado pelo valor do objeto ao qual se dirige, mas, ao contrário, algo espontâneo e gratuito.

Para os gregos, é o homem que ama, não Deus. Para os cristãos, é sobretudo Deus que ama: o homem só pode amar na dimensão do novo amor realizando uma revolução interior radical e assemelhando o seu comportamento ao de Deus.

O amor cristão é verdadeiramente sem limite, é infinito: Deus ama os homens ao ponto do sacrifício da cruz; ama os homens inclusive em suas fraquezas. Aliás, é sobretudo nisso que o amor cristão revela a sua desconcertante grandeza: na *desproporção* entre o dom e o benefício do dom, ou seja, na absoluta *gratuidade* de tal dom.

É no mandamento do amor que Cristo resume a essência dos mandamentos e da Lei em seu conjunto. No *Evangelho* de Marcos, podemos ler esta precisa resposta que Cristo deu à pergunta de um escriba, que queria saber qual era o primeiro mandamento: *“O primeiro é (...) o Senhor nosso Deus é o único Senhor e amarás o Senhor teu Deus de todo teu coração, de toda tua alma, de todo teu entendimento e com toda a tua força. O segundo é: amarás o teu próximo como a ti mesmo. Não existe outro mandamento maior do que esses.”*

A ilimitude do amor cristão se expressa ainda mais profundamente nestas palavras do Evangelho de Mateus: “Ouviste que foi dito: ‘Amarás o teu próximo e odiarás o teu inimigo.’ Eu, porém vos digo: amai os vossos inimigos e orai pelos que vos perseguem; deste modo vos tornareis filhos do vosso Pai que está nos céus, porque ele faz nascer o seu sol igualmente sobre maus e bons e cair a chuva sobre justos e injustos. Com efeito, se amais aos que vos amam, que recompensa tendes? Não fazem também os publicanos a mesma coisa? Portanto, deveis ser perfeitos como o vosso Pai celeste é perfeito.”

Esta passagem da primeira Carta de João resume muito bem o arco da temática do amor cristão: “... amemo-nos uns aos outros, pois o amor é de Deus e aquele que ama nasceu de Deus e conhece a Deus. Aquele que não ama não conhece a Deus, porque Deus

é Amor. Nisto se manifestou o amor de Deus entre nós: Deus enviou o seu Filho unigênito ao mundo para que vivamos por ele. Nisto consiste o amor: não fomos nós que amamos a Deus, mas foi ele que nos amou e enviou-nos o seu Filho como vítima de expiação pelos nossos pecados. Caríssimos, se Deus assim nos amou, devemos, nós também, amarmo-nos uns aos outros, Deus permanece em nós e o seu Amor em nós é perfeito. Nisto reconhecemos que permanecemos nele e ele em nós: ele nos deu o seu Espírito”.

E a primeira Carta aos Coríntios de Paulo contém o mais exaltante hino ao ágape, ao novo amor cristão (...).

A propósito disso, confrontando Paulo com Platão, escreveu Wilamowitz: “um não sabia nada do *eros* e o outro não sabia nada do *agápe*. Por isso, teriam podido aprender um com o outro. Mas, assim como eram eles, não poderiam tê-lo feito”. Mas exatamente nessa tarefa é que se cimentou grande parte do pensamento cristão posterior. O *agápe* cristão pode viver sem o *eros* grego, mas o *eros* grego não pode viver sem o *agápe* cristão.

(ANTISERI e REALE, 2002, p. 387-389).

**O amor cristão (*ágape*) é incondicional, ele não é um sentimento, mas conduta, tendo em vista decisão tomada, de promover a dignidade, o bem de outrem, mesmo que, para isso, o primeiro, o que ama, precise se sacrificar.** Isso é resultado, segundo o Cristianismo, do advento de Deus haver amado a humanidade de tal maneira que deu a vida do Seu Filho unigênito para que todo aquele que Nele crer não pereça, mas tenha vida digna, esta a começar na Terra e se perpetuando na eternidade.

Nota que deve ser feita é que a supramencionada vida não deve ser entendida como acúmulo de bens materiais, apesar que os textos bíblicos pregam que em tudo o sujeito deve experimentar vida digna, o que implica ausência de necessidade financeira e, desde que o ganho de dinheiro seja ético (referente a conduta do sujeito para

consigo) e moral (atinente à conduta do sujeito para com outrem) e não gere hedonismo e o consequente aviltamento da dignidade da pessoa humana, esta que é princípio bíblico do Novo Testamento, não é condenável. Prosperidade bíblica não significa riqueza, mas experimentar na terra o reino de Deus e ter ausência de necessidade material.

A vida supramencionada pode ser conceituada, na perspectiva cristã, pela junção da ideia de salvação com aquilo que é definido na Epístola de São Paulo (na Carta de Paulo de Tarso) à comunidade cristã dos romanos como o reino de Deus, definido biblicamente como justiça, paz e alegria no Espírito Santo, o que faz recordar a lição do Pós-Positivismo jurídico, estribada no Direito Natural portanto, que o Direito visa à justiça e à paz social.

Uma tradução teológica possível para as últimas palavras de Jesus na cruz “tudo está consumado” é “tudo está pago”, no caso, concernente aos pecados da humanidade, lembrando-se que a palavra pecado, em hebraico, significa erro, este tendo em vista os valores de Deus e a Lei que a estes se referem. Todavia, o fato dos erros (ilícitos tendo em vista a Lei Eterna) terem sido pagos não exime o ser humano de responsabilidade. Como está escrito no capítulo 6 da Carta de Paulo aos gálatas, aquilo que o homem plantar ele colherá e não se deve deixar de fazer o bem. Em Tiago, há o entendimento que a fé sem obras é morta. Isso significa que não adianta o sujeito dizer que tem fé se as suas obras são indignas. Da mesma forma que se conhece a árvore pelos frutos, saber-se que o sujeito tem fé cristã se analisando as suas obras, a dignidade dos seus atos.

A questão da salvação resolve-se pelo pagamento dos pecados feito por Cristo, mas o amadurecimento como alma depende das escolhas do sujeito.

Extrai-se de todo o contexto mencionado acima o amor (*ágape*) como objeto de reflexão jurídica. Como a ideia de dignidade da pessoa humana, entendida como universal no sentido de incidir em todo ser humano em igualdade, historicamente advém do Cristianismo (textos bíblicos) e é, atualmente, princípio fundante do Direito, a Ética cristã

é a tessitura de linguagem de significação de fundo que possibilita o amor como objeto do Direito.

**Pode-se afirmar que uma das maiores contribuições que os textos bíblicos, a Constituição do Cristianismo, concedeu ao Direito é a ideia que todo ser humano, em igualdade com os demais, é ser de dignidade e isso ressoa com a ideia de como deve ser a conduta: esta deve traduzir amor como ato de promover o bem, de concretizar a dignidade no mundo da vida.**

A língua portuguesa tem uma única palavra, amor, para expressar significados diversos, ao contrário da língua grega e do latim, o que gera interpretações equivocadas pela doutrina jurídica acerca da correta compreensão sobre afetividade, amor e cuidado no Direito.

**No Brasil, quanto ao uso cotidiano da língua, interpreta-se, erroneamente, a ideia de amor como sentimento.** Ora, os sentimentos variam conforme o estímulo fenomenológico que imprimem naquele que sente o gatilho que desperta o gostar e o não gostar, ou seja, os sentimentos são mutáveis a todo instante. Se os sentimentos são modificáveis, são condicionados a estímulos internos e externos ao ser humano. O que quer dizer então a afirmação que o amor, pela natureza deste, é incondicional?

Geralmente, a palavra amor na língua portuguesa tem a significação de gostar muitíssimo. Essa significação se amolda ao que já se discorreu neste trabalho sobre *eros* e *philia*.

O amor como *ágape*, por sua vez, por ser sacrificial, implica a ideia de que o sujeito escolhe não dar vazão as suas emoções egoístas e age em prol do bem de outrem, ou seja, não condiciona a sua conduta aos sentimentos que tem, os quais são mutáveis, flutuam no mar da inteligência ao tom do vento das paixões. O amor mira o bem no sentido de promoção proativa da dignidade humana.

Em meio a conflito familiar, por exemplo, quando um membro da família “A” age sem sabedoria para com outro familiar “B”, despertando o sentimento de ira neste, “B” tem a opção de agir segundo o sentimento de ira ou se autocontrolar e, por conseguinte, prolar

conduta que resulte algo positivo às relações familiares, promovendo o bem, o que implica a proteção da dignidade humana de todos os envolvidos na concretude da situação jurídica subjetiva.

Saber o tempo, o quando e a forma como se fala e até se algo deve ser dito e pensar racionalmente sobre os impactos que atitude pode causar em membro da família é importante para se preservar a dignidade familiar.

Quando se pensa no amor, esse, apesar de navegar ora sobre os mares bravios e ora mansos dos sentimentos, deve traduzir promoção do bem incondicional, para que se gere estrutura familiar saudável.

O amor ocorre quando se age para o bem e não quando se sente para o bem, pois o sujeito pode sentir para o bem e agir egoisticamente e a consequência disso será o mal. Por outro lado, se o ser sente para o mal, mas age para o bem, porque o *animus* direcionou a volição em prol da consciência do bem, o resultado será o bem. Nesse diapasão, vale a lembrança que o Direito não responsabiliza o pensamento enquanto ainda não externalizado.

A tradução A Mensagem da Bíblia referente ao texto de 1Coríntios 13 é interessante para se verificar, por meio de versão atrativa, o amor *ágape*.

Se eu falar com eloquência humana e com êxtase própria dos anjos e não tiver amor, não passarei do rangido de uma porta enferrujada.

Se eu pregar a Palavra de Deus com poder, revelando todos os mistérios e deixando tudo claro como o dia, ou se eu tiver fé para dizer a uma montanha: “Pule!” e ela pular e não tiver amor, não serei nada.

Se eu der tudo que tenho aos pobres e ainda for para a fogueira como mártir mas não tiver amor, não cheguei a lugar algum. Assim, não importa o que eu diga, no que eu creia ou o que eu faça: sem amor, estou falido.

O amor nunca desiste.

O amor se preocupa mais com os outros que consigo mesmo.

O amor não quer o que não tem.

O amor não é esnobe,  
Não tem a mente soberba,  
Não se impõe sobre os outros,  
Não age na base do “eu primeiro”,  
Não perde as estribeiras,  
Não contabiliza os pecados dos outros,  
Não festeja quando os outros rastejam,  
Tem prazer no desabrochar da verdade,  
Tolera qualquer coisa,  
Confia sempre em Deus,  
Sempre procura o melhor,  
Nunca olha para trás,  
Mas prossegue até o fim.

O amor nunca morre. A palavra inspirada um dia será esquecida; a oração em línguas vai passar; o entendimento alcançará seu limite. Nós conhecemos apenas parte da verdade e o que dizemos a respeito de Deus é sempre incompleto. Mas, quando o que é Completo chegar, tudo que é incompleto em nós deixará de existir.

Quando eu era bebê, no colo da minha mãe, eu balbuciava como qualquer bebê. Depois que cresci, deixei para sempre essas coisas de bebê.

Hoje, não vemos as coisas com clareza. Estamos como que num nevoeiro, enxergando com dificuldade por entre a neblina. Mas isso não vai durar muito. O tempo vai melhorar, e o Sol vai aparecer! Então veremos tudo tão claramente quanto Deus nos vê, conhecendo-o diretamente, assim como ele nos conhece!

Mas, por enquanto, até chegar a perfeição, temos três coisas que nos guiam até a consumação de tudo: confiança firme em Deus, esperança inabalável e amor extravagante. E o melhor desses três é o amor.

**O amor (*ágape*) não é sentimento. Ele é ato voltado ao bem em função da decisão tomada no contexto da autonomia, é a conduta promotora do bem, da dignidade, não condicionada aos sentimentos.**

Diante do exposto, pode-se afirmar que *diligo*, ágape é algo muito maior (*milder than*), mais expressivo e diferente de *eros*, *phileo*, *caritas* e *amo* quanto ao significado de amor. Nesse sentido, o amor é extravagante.

O amor *ágape*, *diligo* é incondicional, não se sujeita ao desejo apetitivo, é ato que, se necessário, sacrifica as emoções em prol do bem, ele é conduta, agir, ato incondicional. Enquanto a afetividade é mutável em função do desejo e dos sentimentos, o amor (*ágape*) é conduta, ato, que se traduz por decisão tomada, objetivada, de fazer o bem no caso concreto.

Na esteira dos signos de linguagem, quando se toma o amor como um juízo, uma ideia representando gramaticalmente o sujeito, a incondicionalidade, esta entendida como predicado gramatical, é intrínseca ao conceito de sujeito. Por outras palavras, a ideia de incondicionalidade forma com a ideia de amor um juízo analítico, se levando em conta que juízo analítico é aquele que o signo de predicado é intrínseco ao signo de sujeito.

Da mesma forma que se conhece a árvore pelos frutos, analisando-se a conduta de alguém (o que implica fala, omissões e atos naturalísticos), é possível se determinar o que o sujeito estava pensando.

A título de exemplo, quando se pretende provar perante os Órgãos Jurisdicionais se o usucapiente tem *animus domini* para se configurar a posse *ad usucapionem* para fins da usucapião, apura-se a presença do *animus domini* pelos resultados das condutas que o usucapiente teve e desempenha para com a coisa no sentido de agir como se proprietário fosse. Como até o presente momento da história, não há máquina de leitura de pensamento, prova-se o *animus domini* do usucapiente demonstrando, de maneira probatória, a conduta deste. Por outras palavras, prova-se a volição por meio da conduta, do ato jurídico objetivamente praticado.

Ao amor o que importa é o resultado objetivo da conduta tendo em vista decisão tomada, pois o inferno está cheio de boas intenções não transformadas em atos de bem e, para cada escolha, há um ato que

gerará uma consequência benéfica ou danosa. Não basta a intenção, é preciso a decisão para o amor se manifestar no mundo da vida.

No contexto *supra*, pode-se pensar o perdão quando o bem não é feito. O perdão não é um sentimento, ele é decisão tomada que resulta ato de amor.

De tanto o sujeito praticar atos de perdão, o sentimento ruim que sentia desaparece. Logo, mostra-se, novamente, que o amor é ato em função de decisão tomada, a escolha que se praticou é a causa do amor e não o sentimento. Na família, a presença do perdão é vital.

**O sentimento é mera consequência psíquica do ato. Por evidente, bons sentimentos podem servir como um dos fatores de motivação para se praticar o amor, mas não é a causa deste, a causa é que, em função da autonomia, o sujeito decidiu amar.**

**O amor como *ágape* é o incondicional, visto não como sentimento, mas como atitude sacrificial em proveito de um bem maior, para que o valor bem seja concretizado. O amor não é condicionado aos sentimentos, ele não é afeição.**

O amor não é, mas pode gerar afeição. Por que pode? Às vezes, os pais educam os filhos crianças e adolescentes impondo-lhes limites e, de tempos em tempos, é necessária a imputação da pena de castigo (não físico), pois amor é também ato de impor limites quando necessários, para o bem dos filhos. Estes, no momento imediato que sofrem o castigo, sentem-se mal e não raro, têm sentimento de raiva.

Se o filho é desobediente à educação dos pais e isso está prejudicando aquele, se os pais condicionarem as suas atitudes aos sentimentos de sempre receberem imediatamente o afeto do filho, estarão fazendo mal a este deixando de lhe ensinar limites.

Ao contrário da língua portuguesa, o latim tem três palavras para se referir ao amor: *caritas*, *amo* e *diligo*.

Conforme Ernesto de Faria (2003, p. 70, 164 e 311), em seu dicionário de latim, *caritas* tem o sentido de amor, ternura, afeição, alto preço; *amo* significa amar, querer bem, gostar de, estar apaixonado; enquanto que *diligo* implica as ideias de considerar, honrar, distinguir, amar. Logo, pode-se concluir que *caritas* e *amo* se remetem à ideia de

*affectio*, afetividade, enquanto que *diligo* expressa a ideia de honrar (atitude).

As ideias de *ágape* e de *diligo* têm o mesmo sentido, pois implicam conduta, atitude, enquanto que *eros* (com foco no belo em si como ideia) e *philia* se aproximam mais de *caritas* e *amo* no que tange ao aspecto de sentimento.

O célebre texto do Novo Testamento, em que Jesus pergunta a Pedro se este ama àquele não deixa dúvidas sobre a diferença entre o amor *philia* e o amor como cuidado (ato, conduta) incondicionado – *ágape*, *diligo*, e a análise de seu texto, por meio da versão grega da bíblia e também mediante o latim expresso na Vulgata, não deixam dúvidas sobre a importância do discernimento a respeito do tema em tela e também esclarece de forma contundente o sentido da mensagem de Cristo a Pedro e como esse pano de fundo importa para o Direito no sentido que o amor é ato jurídico.

A seguir, está a exposição do texto na língua portuguesa, em Jo 21,15-18 (**Evangelho de João, capítulo 21, versículos 15 a 18**), na **tradução Almeida Revista e Atualizada**, onde significações diversas, proposições linguísticas de sentido flagrantemente diferentes são expressas por meio do mesmo signo de linguagem, ou seja, mediante a mesma palavra: amor. Após, serão apresentadas as versões inglesa, grega e latina do mesmo texto.

Depois de terem comido, perguntou Jesus a Simão Pedro: Simão, filho de João, **amas**-me mais do que estes outros? Ele respondeu: Sim, Senhor, tu sabes que te amo. Ele lhe disse: Apascenta os meus cordeiros. Tornou a perguntar-lhe pela segunda vez: Simão, filho de João, tu me **amas**? Ele lhe respondeu: Sim, Senhor, tu sabes que te amo. Disse-lhe Jesus: Pastoreia as minhas ovelhas. Pela terceira vez Jesus lhe perguntou: Simão, filho de João, tu me **amas**? Pedro entristeceu-se por ele lhe ter dito, pela terceira vez: Tu me **amas**? E respondeu-lhe: Senhor, tu sabes todas as coisas, tu

sabes que eu te amo. Jesus lhe disse: Apascenta as minhas ovelhas.

*(Grifos nossos)*

O texto supramencionado (Jo 21, 15-18), na **versão de King James**, é o seguinte:

So when they had dined, Jesus saith to Simon Peter, Simon, son of Jonas, **lovest** thou me more than these? He saith unto him, Yea, Lord; thou knowest that I love thee. He saith unto him, Feed my lambs. He saith to him again the second time, Simon, son of Jonas, **lovest** thou me? He saith unto him, Yea, Lord; thou knowest that I love thee. He saith unto him, Feed my sheep. He saith unto him the third time, Simon, son of Jonas, **lovest** thou me? Peter was grieved because he said unto him the third time, **lovest** thou me? And he said unto him, Lord, thou knowest all things; thou knowest that I love thee. Jesus saith unto him, Feed my sheep.

*(Grifos nossos)*

Pode-se perceber que Jesus ordena a Pedro para que este desempenhe conduta: que Pedro alimente, apascente, cuide das ovelhas – cuide das pessoas; ou seja, Jesus não ordenou que Pedro tivesse um sentimento, por outras palavras, que houvesse afetividade ou um comportamento condicionado. Ao contrário, Jesus ordenou: pastoreie, alimente, aja, pratique ato relevante, cuide.

**Na terceira vez que Jesus indaga a Pedro se este o ama, o texto revela que este se entristeceu. Mas qual seria a razão verdadeira para que Pedro houvesse se entristecido?**

Quando se lê em português ou em inglês, em que as palavras amor e *love* podem ser empregadas para significações diversas, surgem vários motivos quanto a isso a fim de se solucionar a questão, mas se

conclui, de forma superficial, que Pedro se entristecera porque lhe fora perguntado por três vezes se este amava Jesus.

A resposta correta à questão em comento torna-se evidente pela análise do texto em grego e em latim, de modo que se percebe o rompimento da integridade de significação entre a primeira cena, composta pelas duas primeiras vezes em que Jesus pergunta a Pedro, e a segunda cena, esta constituída pela terceira vez que Cristo faz sua indagação. No final da segunda cena, percebe-se que Jesus, pedagogicamente, oportuniza a Pedro, por meio de uma ordem, um dever-ser, que se retome a integridade ética da vida de Pedro por meio da conduta deste de cuidar das pessoas.

Em João, 21.15-18, **na versão grega**, observa-se que, nas duas primeiras vezes em que Jesus perguntou a Pedro se este o amava, ou seja, na primeira cena, Jesus empregou a palavra *ágape*; porém, na terceira oportunidade, na segunda cena (na terceira vez que Jesus perguntou a Pedro), Cristo utilizou o verbete *phileo*. Por outras palavras, na primeira cena, Jesus perguntou a Pedro duas vezes empregando *ágape* e este respondeu àquele com *phileo*. Na segunda cena, Jesus passou a perguntar a Pedro com *phileo* e é aí que o discípulo de Jesus se entristeceu.

Qual é a atitude de Jesus diante da *affectio*, do sentimento de Pedro? Jesus comandou (norma): vá e aja, ou seja, cuide (ato, amor *ágape*).

“Ότε οὖν ήρίστησαν λέγει τῷ Σίμωνι Πέτρῳ ὁ Ἰησοῦς· Σίμων Ἰωάννου, **ἀγαπᾶς με [Ágape me]** πλέον τούτων; λέγει αὐτῷ· Ναί, κύριε, σὺ οἶδας ὅτι **φιλῶ σε [Phileo te]**. λέγει αὐτῷ· Βόσκει τὰ ἀρνία μου. λέγει αὐτῷ πάλιν δεύτερον· Σίμων Ἰωάννου, **ἀγαπᾶς με [Ágapeca Me]**; λέγει αὐτῷ· Ναί, κύριε, σὺ οἶδας ὅτι **φιλῶ σε [Phileo Te]**. λέγει αὐτῷ· Ποίμαινε τὰ πρόβατά μου. λέγει αὐτῷ τὸ τρίτον· Σίμων Ἰωάννου, **φιλεῖς με [Phileo Me]**; ἔλυπήθη ὁ Πέτρος ὅτι εἶπεν αὐτῷ τὸ τρίτον· Φιλεῖς με; καὶ εἶπεν αὐτῷ· Κύριε, πάντα σὺ οἶδας, σὺ γινώσκεις ὅτι φιλῶ σε. λέγει αὐτῷ ὁ Ἰησοῦς· Βόσκει τὰ πρόβατά μου. ἀμήν ἀμήν λέγω σοι,

ὄτε ἦς νεώτερος, ἐζώννυες σεαυτὸν καὶ περιεπάτεις ὅπου ἤθελες· ὅταν δὲ γηράσῃς, ἐκτενεῖς τὰς χεῖράς σου, καὶ ἄλλος σε ζώσει καὶ οἴσει ὅπου οὐ θέλεις. (Grifos e colchetes nossos).

O referido texto, João 21.15-18, porém **na Vulgata**, ou seja, em latim, nas duas primeiras vezes em que Jesus pergunta a Pedro se este o ama, na primeira cena, Cristo emprega a palavra *diligere* (declinação de *diligo*); enquanto que, na terceira vez, na segunda cena, Jesus usa amor. Enquanto que amor se coaduna à palavra *philia*, o vocábulo *diligere* significa a ideia de *ágape*.

Cum ergo prandissent, dicit Simoni Petro Jesus: Simon Joannis, **diligis me** plus his? Dicit ei: Etiam Domine, tu scis quia **amo te**. Dicit ei: Pasce agnos meos. Dicit ei iterum: Simon Joannis, **diligis me**? Ait illi: Etiam Domine, tu scis quia **amo te**. Dicit ei: Pasce agnos meos. Dicit ei tertio: Simon Joannis, **amas me**? Contristatus est Petrus, quia dixit ei tertio: **Amas me**? et dixit ei: Domine, tu omnia nosti, tu scis quia **amo te**. Dicit ei: Pasce oves meas.”  
secundum Ioannem. (SECUNDUM IOANNEM, 2018).  
(Grifos nossos).

Como o amor (*ágape*, *diligo*) implica conduta, ato, cuidar de forma não condicionada aos sentimentos e, nesse sentido, é incondicional, como o dever de cuidado nas relações familiares não está adstrito também ao desejo apetitivo, mas à norma jurídica que não implica faculdade, mas prescrição jurídica de conduta, imperativa, o **dever de praticar ato, amor ágape, diligo, é objeto do direito, ao contrário do eros, caritas, phileo e amo**. O Direito não exige que o sujeito sinta, pois este não tem autonomia para decidir sentir ou não sentir.

Quando a conduta é relevante para o Direito, como é o caso do cuidado nas relações familiares, é entendida como ato jurídico; e se

ela é exigível não em razão das mutáveis emoções, mas da norma jurídica, é objeto do Direito.

**O Direito somente pode responsabilizar aquilo que está na esfera de decisão do sujeito. Por outras palavras, o Direito não pode exigir pensamento, *psique*, sentimento, mas somente algo que seja resultado da autonomia, da escolha humana: conduta – e o amor é ato.**

Pode-se afirmar que **amor não é sentimento**, mas ato que, no contexto da sociedade familiar, torna-se ato jurídico como cumprimento incondicional do cuidado, em função da norma que não implica conselho, mas obrigatoriedade jurídica. Portanto, o amor, como cuidado incondicionado, como ato jurídico, é objeto do Direito, na esteira que família é sociedade e o conceito de sociedade implica a ideia de comunidade estruturada mediante relações não apenas éticas e morais, mas também jurídicas.

O amor, como objeto do Direito, no sentido de cuidado-incondicionado, será explicado com maior profundidade no próximo tópico.

## **5. TEORIA DO DEVER DE CUIDADO-INCONDICIONADO NAS RELAÇÕES FAMILIARES**

Para se entender corretamente o significado de afetividade e amor para o Direito, é preciso se estudar o conceito de família e o que esse implica adequadamente para caracterizar o sub-ramo do Direito Civil que se ocupa das relações familiares. A compreensão desse assunto viabiliza o entendimento sobre qual é o sentido do amor como dever e ato: cuidado-incondicionado, e qual é a metodologia adequada para o operacionalizar a fim de que a função social da família, melhor, o propósito jurídico desta seja cumprido. Nesse contexto, o referido método é a autoridade que pode ser instalada por meio da liderança servidora nas relações familiares. A seguir, cada um desses elementos será estudado.

## 5.1 O CONCEITO UNIVERSAL DE FAMÍLIA E A CORREÇÃO DO NOME DIREITO DE FAMÍLIA

Um fator que tem possibilitado interpretações nubladas sobre o conceito de família é o não entendimento pleno a respeito do que essa significa como objeto.

A possibilidade de que a entidade familiar, atualmente, pode se constituir por diversos modos e formas gerou a falsa impressão que é impossível se estatuir conceito universal de família. Vale lembrar que esta era somente marital, mas que hoje possibilita novos modos de se estabelecer, como pela união estável, ou ser reconstituída, monoparental ou anaparental. Além disso, no passado, tinha a forma patriarcal (em algumas culturas do mundo poderia ser matriarcal) e patrimonialista. Hodiernamente, é existencial e igualitária, heteroafetiva ou homoafetiva, dentre vários outros formatos válidos segundo o Direito Democrático.

A compreensão correta do significado do conceito de família, delineando-o como objeto, é fundamental para se poder enquadrar a entidade familiar como alvo de estudo e tutela pelo Direito.

**Qual é o conceito de família? A família é o núcleo formado pelo grupo de pessoas de existência real biológica, como sociedade necessária, que é a base jurídica, psíquica, material, antropológica e sociológica para o desempenho das relações sociais. Essa definição compreende qualquer modo de constituição e de forma de família, no tempo e no espaço.**

Os artigos 16 e 17 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e do Pacto de San José da Costa Rica de 1969, como o art. 226 da Carta Magna de 1988 prescrevem a família como núcleo, base da sociedade, como se pode constatar abaixo.

Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948:  
Art. 16.

3. A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade (...).

Pacto de San José da Costa Rica de 1969:

Art. 17.

1. A família é o elemento natural e fundamental da sociedade (...).

Constituição da República de 1988:

Art. 226. A família, base da sociedade (...).

A família, sociologicamente, é o núcleo, o epicentro da sociedade. Os desdobramentos dos atos praticados na família moldam os indivíduos desta e, como consequência, influenciam toda a sociedade.

O conteúdo psíquico do ser, considerando-se que esse está assentado antes na genética, é formado em razão dos atos perpetrados no seio familiar, os quais moldam os indivíduos quanto a sua estrutura ontológica. Nesse sentido, como a família é base existencial, fundamento para as relações sociais, o que os membros dessa, como indivíduos, fazem ressoar na sociedade civil, ou seja, no povo, composto pelos cidadãos, famílias, partidos políticos, organizações religiosas, sociedades simples e empresárias, afetando a esfera pública quanto à formação de opinião e, por sua vez, influenciando a esfera política da sociedade em geral, que é a sociedade política democrática por excelência formada pelo Estado. O que acontece na família repercute na sociedade estatal.

A comunidade é regida apenas por normas éticas e morais, mas, quando recebe normatização jurídica, torna-se sociedade por ser organização de relações jurídicas também. A família é sociedade porque composta por relações jurídicas das quais não participam somente pessoas naturais, seres humanos, pessoas físicas, de existência real biológica. Ela é ente despersonalizado jurídico, mas, como sociedade necessária, é foco jurídico quanto à dignidade humana dos seus membros.

A família é sociedade necessária: sociedade porque estribada em relações jurídicas, como dito acima, e necessária por ser matriz e plataforma de ação para que haja outros tipos de sociedade. Sem a família, não há o Estado, como se constata historicamente. A família

possibilitou o surgimento da *polis*, esta hoje entendida como Estado de Direito. A própria sociedade internacional encontra na família também a sua célula *mater*. Enfim, como consta nas Declarações Internacionais de Direitos Humanos, a família é o fundamento, o núcleo da sociedade, é a base desta, como estatui a Constituição de 1988, como já dito. O Estado e a sociedade internacional são desdobramentos da família, sem esta, aqueles não existiriam. Por isso a entidade familiar é sociedade necessária.

Antropologicamente, os modos de constituição e as formas da entidade familiar se dispuseram de maneira diferente ao longo da história, mas o conceito de família é universal, independente do tempo e do espaço, é sociedade necessária, nuclear, referencial para o desempenho das relações sociais.

Sociologicamente, a família é vetor histórico direcionador da conduta humana em prol da autopreservação, é fator de segurança e proteção, é sociedade necessária matriz de normas éticas e morais, é seio de axiologia, base para existência das demais sociedades culturais conforme já exposto. Os rumos políticos da família, sua eticidade e moralidade, sua juridicidade são causa da origem do modo de ser da sociedade em geral e isso influencia o sentido desta. Outrossim, a formação do caráter tem assento na família. É na entidade familiar que a criança associa racionalmente os sons aos atos praticados pelas pessoas naturais que a rodeiam, de modo que ela aprende a língua destes e passa a se comunicar por meio de gestos e sons que são instrumentos de signos de linguagem, ou seja, em razão da família, a criança aprende o seu idioma natal. Os valores e normas éticas e morais da família instruem a estrutura intelectual do indivíduo que é membro daquela.

Quanto ao aspecto material, para se desenvolver culturalmente e existir, o ser humano, historicamente, precisa de base econômica e financeira que implique o seu sustento e sobrevivência. Como apoio fundamental quando se vem à vida, a família é organização de cuidado material do ser humano. A entidade familiar, ainda que se consubstancie por meio de pessoas naturais inseridas num contexto

de sociedade governamental de cuidado de crianças órfãs, faz esse papel. Ao longo da vida, constituir família, além dos fundamentos e propósitos existenciais, também tem o intuito de ser fator de segurança material.

A família é o objeto do Direito de Família. Objeto advém de *ob (propter)+ jectum*: o primeiro signo significa em função de, diante de, por causa de; e o segundo sinal de linguagem implica a ideia de sujeito. Assim, objeto é aquilo que está diante do sujeito como alvo de análise (e analisar significa dividir o objeto em seus elementos constitutivos para que se possa o compreender adequadamente).

Vale aqui um apontamento: **no contexto do Direito Democrático, a expressão correta, no sentido científico, é Direito de Família e não Direito das Famílias.** Explica-se: é correto o entendimento que, no Estado de Direito Democrático, a família pode ser constituída de diversos modos e formas, como já explicitado.

Nos últimos tempos, a doutrina jurídica vem alterando a designação Direito de Família para Direito das Famílias a fim de se ressaltar como, também, fomentar a multiplicidade de modos e formas de constituição da entidade familiar como válidas e esmaecer a discriminação entre entidades familiares.

A intenção da doutrina mostrou-se boa, alicerçada no intuito de promover o reconhecimento da dignidade de todo tipo de família. Família é família, todos modos e formas família têm a mesma importância, independente de como se erige ou o formato que assume. Contudo, não se define um ramo ou sub-ramo do Direito pelas formas e modos de constituição ou finalidade do seu objeto, mas sim se levando em conta o que esse objeto é, quais são os elementos constitutivos deste (os quais, no caso da entidade familiar, já foram explicitados neste trabalho quando se expôs acerca do conceito de família).

No caso das relações familiares, tendo em vista o conjunto universo Direito, qual é o objeto do sub-ramo do Direito Civil que dessas se ocupa? A resposta é: a família.

A família é o objeto do referido sub-ramo do Direito Civil. Portanto, trata-se de Direito de Família. Independente das formas e modos de constituição de família, o objeto é o mesmo: a entidade familiar. O sub-ramo do Direito Civil em questão tem somente um objeto, a família, que, independente da maneira e formato de sua constituição, objeto que se define pela ideia de núcleo referencial das relações sociais conforme já explanado. Por isso, o adequado é o emprego da fórmula Direito de Família e não Direito das Famílias: como já dito, família é família, independente da sua roupagem.

Não é se modificando à força, sem evolução científica e natural do nome do sub-ramo do Direito Civil que se implementará dignidade humana aos membros da família, mas por educação e comprometimento acerca do cuidado-incondicionado que traduza a ideia que todo indivíduo é importante no mesmo tanto de dignidade que os demais e que, também, todas as famílias são iguais, têm a mesma importância. O afã, bem intencionado, de se promover a dignidade familiar deve ter na ciência o seu aliado e não contraponto. O nome Direito das Famílias fez a propaganda de que há modos e formas variados de se estatuir família e que, independente dos quais a entidade familiar assumir, uma família que tenha determinado padrão tem o mesmo valor, importância, que outra de roupagem diversa. Contudo, o que efetivará a não discriminação pelo cuidado-incondicionado é a educação e compromisso quanto a esse.

Pelo exposto, o cientificamente correto continua sendo a expressão Direito de Família. O objeto do Direito de Família é uno, a entidade familiar, independente da sua configuração quanto ao modo e forma de ser estabelecida.

## **5.2 A FUNÇÃO SOCIAL DA FAMÍLIA COMO PROPÓSITO JURÍDICO**

A função social da entidade familiar é de grande relevância, levando-se em conta a família como sociedade necessária, pois molda

o ser e possibilita a ocorrência das demais sociedades políticas, principalmente a sociedade política por excelência que é o Estado.

No paradigma do Estado de Direito Democrático, a função social da família é importante, mas a menina dos olhos do Direito atinente à entidade familiar é algo que transcende a função social desta: é o propósito jurídico da família, com a visão voltada ao cuidado-incondicionado.

Lecionam Farias e Rosenvald que:

A sociabilidade, ou função (fim) social, consiste exatamente na manutenção de uma relação de cooperação entre os partícipes de cada relação jurídica, bem como entre eles e a sociedade, com o propósito de que seja possível, ao seu término, a consecução do bem (fim) comum da relação jurídica. (FARIAS; ROSENVALD, 2009, p. 23).

O princípio da função social é sinônimo do princípio da socialidade referente ao Direito Civil e tem esteio constitucional no princípio da solidariedade (art. 3, I da Lei Maior de 1988). Regem as relações jurídicas de Direito Privado os princípios da eticidade, socialidade e operabilidade e isso se deve observar não somente quanto ao negócio jurídico, à propriedade, à posse e à sucessão, mas ainda no que diz respeito às relações familiares. Nesse sentido, há o dever de agir na família segundo a boa-fé e os deveres anexos das obrigações, este como os de informação, confiança, segurança e assistência, cumprindo-se a função social, ou melhor, o propósito jurídico da entidade familiar, concretizando-se (operacionalizando-se) a dignidade da pessoa humana de seus membros no caso concreto.

A função social da família, que deve ser substituída pela ideia de propósito jurídico, significa, no sentido direto (imediato), promover a dignidade humana dos seus membros e, no aspecto indireto (mediato), fomentar a dignidade humana dos membros da sociedade em geral. O que acontece na família repercute nas demais relações sociais. Sanear

no sentido ético, moral e jurídico (de Direito Democrático) a família fomenta cura na sociedade política por excelência que é o Estado. Os efeitos disso são processuais, como uma semente se torna, no tempo certo, um fruto, as impressões da família no indivíduo ressoam na sociedade em geral.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald exprimem importante metáfora que pode ser tomada como o desempenho do propósito jurídico da família no sentido direto:

[...] traçando um paralelo, da mesma forma que um passageiro só alcançará o seu destino se as condições materiais da aeronave o permitirem, temos que a relação obrigacional parte da vontade dos seus partícipes (estrutura formal), mas apenas atinge o seu plano funcional pelo adimplemento, desde que respeitada a premissa material da boa-fé, legitimando o intuito dos parceiros.

Aliás, assim como nos relacionamentos amorosos, as relações obrigacionais podem seguir dois critérios: um que segue a lógica do jogo de tênis e outro que segue a regra do frescobol. O primeiro é marcado pela competição e pela necessidade de triunfar sobre o adversário. O segundo tem como traço determinante a cooperação entre os parceiros. O jogo de tênis é o espelho da sociedade em que vivemos, ele é capaz de minar qualquer relação, pois sua lógica é destrutiva, baseada em um inesgotável repertório de golpes que visam aniquilar o inimigo. Apesar da beleza e plasticidade da técnica do tênis, ele é violento e cruel. No frescobol, não temos oponentes e sim parceiros. O único resultado é a vitória de ambos, já que o esforço e mérito do esporte estão em um colaborar com o outro. Daí nasce a cumplicidade e a generosidade. Enfim, devemos conduzir a obrigação ao adimplemento. Feliz partida de frescobol! (FARIAS; ROSENVALD, 2006, p.49).

**A família necessita mais que a ideia de função social (finalidade): é preciso propósito jurídico.**

A ideia de propósito jurídico, nas relações familiares, diz algo mais que a mera ideia de finalidade jurídica. Nesse sentido, o **propósito jurídico** é composto por três elementos: a) a **finalidade** como alvo normativo no sentido de se estar obrigado juridicamente a agir para a efetivação da dignidade da pessoa humana dos membros de entidade familiar e, por conseguinte, dos membros da sociedade em geral, pois cuidar é dever jurídico; b) **axiologia jurídica**, mormente a constitucional: **o compromisso** com a importância da norma atinente ao dever de cuidado, com a vinculação, imperatividade do cuidado-incondicionado aos membros da família; c) prática de ato jurídico mediante **método adequado** para a consecução da dignidade humana nas relações familiares: todos os membros da família devem agir rotineiramente e de forma intencional se empregando a **liderança servidora**, não se olvidando que o papel de chefia da família, em caso de haver filhos crianças e adolescente, é dos pais.

Mais que finalidade, o que faz a diferença, nas relações familiares, é a adesão dos membros da família ao **compromisso** de promover a dignidade da pessoa humana de seus integrantes. Nessa esteira, a somatória da consciência sobre finalidade, axiologia e método para isso confere aos sujeitos que compõem a entidade familiar propósito jurídico. No mundo da vida, é norteador e importante se ter um ideal, propósito que valha a pena se lutar por este e um dos bens mais importantes da humanidade é a família.

Se o sujeito entende que ele tem um propósito na vida de crescer quanto à consciência e o fomento da dignidade da pessoa humana, ao ser agente disso, engajando-se com o bem do lar, o indivíduo avança eticamente, o mundo da vida da família torna-se existencialmente mais saudável e isso repercute na qualidade de dignidade das relações dos membros das famílias com os demais membros da sociedade. Toda a sociedade, de forma processual, gradativa e exponencial, ganha com isso.

Quando se sonha fazer diferença no mundo para o bem, o lugar ideal para se começar é dentro de casa. No contexto exposto, deve-se fomentar o diálogo, a comunicação não violenta, a conciliação e a mediação feitas pelos próprios integrantes da família, sempre se averiguando a forma, tempo e conteúdo do que se deve falar ou silenciar nas relações familiares, enfim, os membros da família devem jogar “frescobol familiar”. Até crianças e adolescentes podem aprender como ser líderes servidores (não chefes dos pais, pois estes que comandam a família). Aprendendo sobre liderança servidora na família, poderão replicar essa conduta nos demais ambientes sociais.

No Estado de Direito Democrático, todos devem aprender a jogar “frescobol”, não somente no seio familiar, o que é defendido pelos estudos de vanguarda da Ciência da Administração sobre o gerenciamento de sociedades empresárias, envolvendo trabalho em grupo. Jogar “frescobol” nas relações familiares e na sociedade em geral não se trata de ingenuidade, mas de questão de coragem, propósito e de consciência civilizatória.

### **5.3 A PATERNIDADE ONTOLÓGICA EM SUBSTITUIÇÃO À PATERNIDADE SOCIOAFETIVA, O AMOR COMO ATO E DEVER, E, A AFETIVIDADE COMO NÃO OBJETO DO DIREITO PARA RESPONSABILIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA: O CUIDADO-INCONDICIONADO**

O ser humano não tem controle sobre o nascedouro e extinção das suas emoções e, por causa disso, a afetividade não pode ser alvo de dever, pois decidir ou não se uma emoção surgirá no mundo da vida foge à autonomia humana.

É impossível ao ser humano comandar a sua inteligência de modo que, em um segundo, um sentimento surja e, no segundo seguinte, se extinga, mas é viável que, racionalmente, possa-se decidir como agir, em razão da autonomia.

Ainda que em meio a turbilhão de emoções ruins, racionalmente, é possível ao sujeito controlar as suas próprias atitudes (inclui-se nestas as palavras), o que exige que o ser não dê vazão ao sentimento de desprazer, quando se decide pelo ato de bem para o caso concreto, e isso denota liberdade, a qual, a seu turno, implica responsabilidade e autonomia.

Não se pode obrigar pelo Direito que se goste de alguém como causa de conduta, mas é possível se imputar o dever de agir, de exercer manifestação de vontade válida, ato jurídico, em prol da dignidade de outro ser humano, como respeito proativo promocional deste, independente dos sentimentos que o sujeito obrigado tenha de prazer ou de desprazer, de gostar ou não gostar, bons ou ruins.

Na família, como em qualquer outra esfera jurídica, o exercício de liberdade implica responsabilidade e autonomia, o que sempre exige consciência civilizatória por parte do agente, que deve superar o ser meramente biológico instintivo, subjugando a inclinação apetitiva por meio da racionalidade, de modo que haja decisão segundo a dignidade da pessoa humana compreendida como princípio. Nessa esteira, descortina-se que os sentimentos podem até motivar o agir, mas não são a causa da conduta, a qual é resultado do *animus* e do emprego da consciência tendo como objeto a decisão. O que é natural, como consequência, são os atos jurídicos perpetrados acarretarem sentimento, gerarem afetividade boa ou má.

**A afetividade boa não é um princípio jurídico, mas uma meta política da família segundo a Ética, a Moral e o Direito, pois o Direito somente pode exigir aquilo que seja passível de escolha, ou seja, objeto de autonomia:** o ser humano não tem poder sobre o fazer surgir e a extinção de um sentimento, num segundo criando sentimento e no seguinte o resolvendo, não tem controle sobre isso. Não é possível juridicamente se cumprir a norma “deve-se sentir”. Somente a prática de ato é objeto de decisão, escolha. Por isso, a afetividade não é norma jurídica.

A *affectio* não implica a possibilidade de ser princípio jurídico, mas o amor é norma, é norte jurídico principiológico para a conduta,

como cumprimento do dever jurídico de cuidado, porém este como incondicionado. Por exemplo, quando se decide adotar uma criança, a partir do momento que atos jurídicos de promoção do bem são realizados pelo adotante, de tanto o adotante agir em prol do bem do adotado, por outras palavras, de tanto o adotante promover a dignidade do filho (por meio de conduta), isso resultará que surja, no filho, sentimento de gostar do pai (este no sentido amplo, referente a pai ou mãe em face das ideias de paternidade e de filiação).

**Prefere-se empregar a expressão pai, *lato sensu*, ou pai, *stricto sensu*, e mãe que genitor e genitora, pois estes dois últimos vocábulos se referem, em essência, à paternidade biológica.**

As reiteradas escolhas do pai (sentido estrito) ou da mãe de tratar o filho bem, de promover a dignidade deste, por meio de gastos de tempo de qualidade e outros recursos, existenciais e materiais, farão com que nasça também no adotante sentimento de gostar do filho. Haverá, então, a formação de complexo de sentimentos bons, mas o objeto da situação jurídica subjetiva não é a *affectio*, mas a *plêiade* de atos (de amor) ou a ausência desses, para fins de aferição objetiva da promoção do bem ou concretização de dano respectivamente nas relações jurídicas familiares.

**No sentido científico, o correto seria substituir a ideia de afetividade por situação jurídica subjetiva de cuidado-incondicionado.** O complexo de sentimentos bons é bem-vindo e a Psicologia os acolhe em seus estudos para fins da saúde mental. Atingir *affectio* boa é meta política da família.

A questão jurídica, por sua vez, o que interessa ao Direito, não é o complexo de bons sentimentos, a afetividade, porém a gama de práticas de atos jurídicos (de amor ou desamor) e os efeitos desses como promoção do bem ou de dano nas relações familiares.

Os sentimentos são componentes psicológicos do pensamento. Quando são analisados, estuda-se as suas causas no pensamento do sujeito. Servem como objeto de pesquisa sobre causas e efeitos psicológicos que se processam em determinado ser humano.

O que concerne ao Direito é o que acontece se levando em conta a volição, ou seja, em razão de atos jurídicos, na interpessoalidade, por outras palavras, pela análise da conduta que desencadeia o dano ou o bem nas relações familiares. O que causa estes é o ato jurídico a partir da decisão tomada e não o sentimento.

Sentimento é consequência de ato ou fato e um mesmo ato ou fato pode provocar sentimentos diversos em pessoas diferentes e isso é objeto de estudo da Psicologia, como já dito. O próprio pensamento do indivíduo pode lhe gerar sentimentos. O Direito, por sua vez, se ocupa do ato jurídico, do dano ou do bem feito na interpessoalidade familiar.

Os sentimentos não são causa de dano ou de bem: os atos jurídicos que são e, antes destes, a decisão que provém do *animus* e da consciência. Como já dito, os sentimentos podem motivar o ato, mas não o causar. O dever de cuidado-incondicionado não é de sentir, mas de praticar ato que realize o bem. Por isso, a situação jurídica subjetiva afeta ao Direito de Família não é a de afetividade, mas a de cuidado-incondicionado.

Quando se pensa em paternidade, **o cientificamente correto também é modificar a expressão paternidade socioafetiva para paternidade ontológica, existencial, atinente à ontologia do ser, que é aquela que transcende a paternidade meramente biológica.**

A **paternidade biológica** implica a origem genética e daí as expressões genitor e genitora. A **paternidade ontológica ou existencial**, por sua vez, no sentido da ontologia do ser, é aquela que leva em conta experiências marcantes que moldam e estruturam o ser humano em sua subjetividade. Por exemplo, um bebê, de tanto observar a conduta daqueles que lhe rodeiam com frequência e de intelectivamente associar esses atos aos sons, descobre o vocabulário linguístico e, como consequência, aprende a falar e isto, portanto, advém do conteúdo elaborado pela inteligência da criança a partir da observação do mundo da vida ao seu redor. Nesse diapasão, os seres que sempre estão em volta da criança lhe são referência ontológica, fundamental, basilar.

A palavra *ontos* significa ser e *logos*, no que tange à logia, estudo. Então, ontologia é o estudo do ser.

A ontologia pode ser do uno, do ser e do devir: a) a do uno leva em conta a origem do ser, um de seus expoentes é Platão, que propõe o mundo das ideias como a origem da experiência terrena; b) por sua vez, a ontologia do ser leva em conta as experiências que moldam o conhecimento atinente ao que o ser é, à estrutura essencial desse, e um dos seus autores principais é Aristóteles; c) quanto à ontologia do devir, do ser de possibilidades, do que o ser pode ser, Heidegger é um dos principais autores e estuda o *dasein*, o ser no mundo, que se modifica em razão do tempo e das relações com outros seres, no sentido que o ser pode definir o que ele será. Heidegger, em função do medo da morte, levanta a questão da vida autêntica. Traduziu-se erroneamente o *dasein* para o português como presença ou ser aí, mas o *dasein* não é estático, é dinâmico, modifica-se. Destarte, a ontologia do devir é a das possibilidades do ser.

Na paternidade ontológica, existencial, do ser, o comportamento dos pais imprime a marca de referencial sobre o ser no que diz respeito à filiação, de modo que a percepção de mundo deste transcende a sua mera origem genética, embora sempre influenciada por esta em alguma medida. Nesse sentido, os pais do ser são as pessoas que lhe cuidaram como criança a ponto de lhe imprimir, de forma psíquica estrutural, a marca existencial de filiação e referencial de paternidade. Por isso, no que importa à paternidade ontológica ou existencial, as nomenclaturas corretas a ser usadas não são genitor e genitora, mas pai e mãe. Pai e mãe transcendem a mera origem genética; haja vista a adoção, em que se há a decisão de amar quando se manifesta a escolha de ser adotante: a adoção é um ato de amor.

Novamente se diz: o complexo de sentimentos são objeto da Psicologia e esta pode atestar se determinada pessoa reconhece outrem como seu pai ou mãe. Esse reconhecimento é transcendental e não se limita aos sentimentos, mas é mormente afeto à consciência do ser.

Dizer paternidade jurídica socioafetiva é limitar o fenômeno jurídico da paternidade e se olvidar que sentimentos são objetos da Psicologia no que tange à responsabilidade jurídica que os pais têm.

Uma perícia psicológica pode demonstrar se houve ou não prática de dano em razão de presença ou ausência de atos jurídicos (de amor) e isso é relevante para o Direito ou pode atestar se a criança tem a referência de pai em determinada pessoa. O Direito, a seu turno, diz o que é devido e não devido e que tipo de ato cumpre ou não a norma. A Psicologia auxilia ao dizer se houve dano psíquico; o Direito analisa o ato e o dano consequente para fins de responsabilização.

**Amor não é sentir, mas agir, e também a norma que não faculta o cuidado, obriga-o nas relações familiares como dever de cuidado incondicionado. Os sentimentos bons são importantes, mas o amor é dever e ato como objeto do Direito.**

Infelizmente, em grande parte da *práxis* cultural brasileira, a concretização do dever de cuidado nas relações familiares condiciona-se aos sentimentos, à *affectio*. Contudo, como o dever de cuidado não é faculdade, mas norma, levando-se em conta que dever de conduta se cumpre ou não, a norma que obriga a cometimento de ato ou abstenção desse não é valor que pode variar em graus. É o cumprimento da norma que concretiza cada vez mais um valor preconizado por essa. Conduta pratica-se ou não. Se há uma norma que diz que determinada porta deve estar fechada, uma porta 99% (noventa e nove por cento) fechada descumpra a norma, pois o devido é a norma estar 100% (cem por cento) fechada, é isto que significa porta não aberta. O valor se mede em graus e uma norma que comande uma conduta se verifica como 100% (cem por cento) cumprida ou 0% (zero por cento) concretizada, pois um grau que varie entre estes percentuais implica descumprimento do dever de conduta: ou o sujeito manifestou a comissão ou omissão devida ou não, ou ele amou ou não amou.

Quando há um dever lícito no que diz respeito à prática de conduta, esse é incondicionado quanto a sua exigibilidade, ou seja, o sujeito não tem a escolha de descumprir a norma, a não ser que haja outra norma excluindo aquele dever.

O dever de cuidado nas relações familiares, no que tange estritamente ao Direito de Família, é princípio jurídico, norma informativa desse sub-ramo do Direito. Além disso, o dever de cuidado não se condiciona aos sentimentos, mas somente à norma jurídica. Por isso, nas relações jurídicas familiares, o dever de cuidado, necessariamente, deve ser compreendido como incondicionado.

Ninguém é obrigado a se casar, a manter ou a criar união estável ou a ter filhos, mas como liberdade implica responsabilidade no Direito Democrático em função da autonomia, se o sujeito é livre para fazer a escolha, deve ter a compreensão que esta acarreta, necessariamente, consequências válidas e exigíveis. Não é maturidade civilizatória agir e depois não se assumir as consequências do ato perpetrado. Quando se decide constituir família, isso é algo sério.

O Direito brasileiro permite o divórcio e a dissolução da união estável, por uma questão de liberdade jurídica. Todavia, a questão principal é o problema da causa que gera a enfermidade existencial quando há descumprimento do cuidado-incondicionado nas relações familiares. Por outras palavras, a não realização da conduta prescrita pelo dever de cuidado, ou seja, quando o sujeito assume para si que o cuidado é condicionado aos sentimentos e não à norma, entendendo ser negociável a prática da dignidade humana aos membros da família, concretiza a contrariedade ao propósito jurídico da família e potencializa-se a efetivação do dano.

Cada ser humano que participa de relação familiar não é coisa, mas ser titular de dignidade humana, precioso, e, ao se relacionar livremente para com esse, deve-se agir responsabilmente.

Compreendido como norma, princípio jurídico, o amor tem as mesmas fontes formal e material do dever jurídico de cuidado, porém este entendido como cuidado incondicionado, retratando precisamente a imperatividade do Direito no sentido que a pessoa está adstrita juridicamente ao dever de prática da conduta que promova proativamente a dignidade humana da outra parte nas relações familiares, independente dos sentimentos que tiver.

**O amor não é faculdade, mas dever e ato.** No que diz respeito ao cuidado-incondicionado, o amor é este em si. Não está adstrito aos sentimentos, mas ao comando jurídico que prescreve o cuidado nas relações familiares e a omissão da prática do amor (ato, cuidado, amor não é sentimento) juridicamente devido implica ilegalidade, como já exposto. O ato (de amor) tem, como causa, a decisão de se praticar ato e não o sentimento: o amor implica a reiterada escolha, decisão, exercício da autonomia pelo sujeito de se cumprir o dever de cuidado-incondicionado.

A possibilidade de responsabilização jurídica por dano nas relações familiares não existe em função do sentimento, da situação de afetividade, mas em razão que se agiu com desamor, realizou-se ou deixou-se de praticar conduta prescrita de cuidado, ato jurídico devido, de modo que ocorreu o dano como perda ou deterioração a bem jurídico protegido pelo Direito.

O amor, que não é sentimento, juridicamente, pode ser compreendido como o princípio do amor (norma jurídica) ou o amor (ato jurídico) em si: o amor, para o Direito, implica comando principiológico com lastro no Direito e ato jurídico, este como conduta devida de *ágape*, *diligo*, independente dos sentimentos, da *affectio*: é dever de cuidado-incondicionado.

Frisa-se, o dever do amor princípio jurídico (dever de cuidado-incondicionado) não se condiciona aos sentimentos e assim também é o amor (ato jurídico), que não cede à condicionalidade dos sentimentos, mas é incondicional por ser submisso somente à norma jurídica que prescreve o cuidado nas relações familiares, cuidado, portanto, incondicionado, vinculado apenas à norma jurídica. Ao praticar o amor (*ágape*), os familiares honram-se ao promoverem o propósito jurídico da família.

Ressalta-se: amor é cuidado-incondicionado, formado pelo acréscimo do signo incondicionado (tomado como predicado para a linguagem) ao sinal de linguagem cuidado (entendido como sujeito gramatical), resultando objeto cuja natureza é a de juízo analítico, ou seja, ser incondicionado é próprio do amor.

Havendo tentativa de violência à integridade física de um membro da família praticada por outro integrante desta, a norma jurídica permite que aquele se defenda proporcionalmente, pois impor limites, quando necessário, é ato de amor.

Se a violência for verbal, é importante saber responder com comunicação não violenta, na forma, tempo, lugar e com conteúdo voltados à construção da dignidade humana de todos os envolvidos.

Por evidente, deve-se aprender a não reagir, mas a agir diante de agressão, e, para todo caso concreto, há a *phronesis* (prudência), é necessário se aplicar a sabedoria (prática) adequada.

Comunicar não violentamente significa, em meio ao caos, saber trazer algo positivo, de bom à situação conflituosa. Ser posicionado não significa elevar o tom da voz ou ser grosseiro ou bruto e ser forte não quer dizer gritar ou bater na mesa. Muitas vezes, ser posicionado e forte é saber agir com sabedoria e falar no tempo, lugar, e com a forma e conteúdo adequados para promover o propósito jurídico da família.

Se posicionar impondo limites, quando necessário, também é amor (ato), como já mencionado.

O egoísmo e seu filho, o hedonismo, que “desculpem” o Direito, mas a partir do momento em que se decide livremente constituir família pelo casamento, união estável, ter filhos, enfim, gerar família, deve-se agir com responsabilidade, pois ninguém, salvo o caso do fato do nascimento, é obrigado a iniciar entidade familiar. Quanto aos filhos, é questão de dignidade humana aprenderem a amar.

Na sociedade familiar, há a responsabilidade jurídica no sentido positivo, este preventivo de ocorrência de dano e promotor proativo quanto à dignidade humana; e no sentido negativo, este reparatório ou compensatório quanto ao acontecimento do dano. A responsabilidade nas relações familiares tem, como objeto, o dever jurídico de cuidado, que não está autorizado a se condicionar ao egocentrismo. Deixar de ser egocêntrico é uma questão de coragem, de *phronesis* e de dever, o que implica consciência civilizatória.

**O dever, por ser imperativo, não é um conselho, mas ordem, é imperativo. Isso é complicado no mundo contemporâneo em que o egocentrismo vê as emoções como causas válidas da ação em função do grau de afetividade, de modo a gerar um direito à felicidade como fim da conduta.**

**Ser feliz não é fim em si mesmo, a meta final, mas o modo como se experimenta a vida**, ou seja, a felicidade é a experiência que retrata vida digna autêntica. **A alegria, a seu turno, quer dizer realização de potencial.** Quando os membros da família realizam o seu potencial de praticar a dignidade humana na entidade familiar, há alegria.

Dizer que o dever de cuidado é incondicionado nas relações familiares é afirmar que as normas jurídicas são obrigatórias, vinculantes, e que o dever de cuidado incondicionado traduz algo formidável como fundamentação jusfilosófica para o Direito de Família. Nesse diapasão, quando se assevera sobre *ágape, diligo nas relações familiares*, está-se assentando algo que deve ser próprio da família e motivo de esperança para a humanidade que quer se inserir no novo milênio tendo como resultado situação existencial sadia, concretização do Direito Democrático como resultado de consciência civilizatória: o amor é princípio jurídico nas relações jurídicas familiares no paradigma do Estado de Direito Democrático para fins do Direito de Família.

A sociedade brasileira precisa avançar quanto ao entendimento de que ter filho e de estar em família é algo muito sério e de tutela constitucional, não só quanto ao exercício da paternidade ou da forma de crianças e adolescentes tratarem os pais, mas quanto também ao cuidado com os idosos.

O dever de cuidado-incondicionado nas relações familiares pode ser extraído dos arts. 1º, III, 3º, I, 227 da Constituição da República de 1988 (CR/1988), 1634, inclusive o inciso IX, do Código Civil de 2002, 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) – Lei nº 8.069/1990, 229 da CR/1988 e 3º da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), e do 8º da Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) e das normas do Direito Internacional.

Ressalta-se que a Carta Magna de 1988 emprega as expressões dignidade humana, paternidade responsável e que o planejamento familiar é livre decisão do casal no art. 226, §7º, o que traduz também o cuidado na família.

Entendendo-se que responsabilizar significa poder juridicamente exigir a prestação devida do sujeito passivo, do devedor, do *solvens*, ou, no caso negativo, o equivalente retributivo ou compensatório em função do dano ocorrido, o abandono afetivo retrata conduta causadora de dano pelo exercício incorreto do cometimento de decisões e consequente atos indevidos nas relações familiares, no sentido de descumprimento do princípio do dever de cuidado-incondicionado.

O pai, que abandona o filho, ou quando o filho capaz abandona o pai, como consequência da autonomia do agente, ao decidir erroneamente causando dano, suscita responsabilização jurídica no contexto do caso concreto em razão de ato jurídico omitido ou erroneamente praticado. Por outras palavras, a responsabilização jurídica por abandono afetivo não se deve à ausência da afetividade, mas pelo descumprimento do amor (*ágape, diligo*) como ato devido de cuidado-incondicionado.

A questão do abandono perpetrado pelo pai não é que este deixou de sentir ou de gerar sentimento no filho, do gato que o pai se eximiu quanto a sua responsabilidade jurídica de praticar atos jurídicos os quais poderiam ser compreendidos como promoção da dignidade humana do seu filho.

Vale lembrar a lição de Alexandre de Moraes:

A dignidade da pessoa humana: concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito

por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (MORAES, 2004, p. 52).

Liberdade implica responsabilidade fundada na dignidade da pessoa humana e isso não é condicional no que tange ao planejamento familiar para fins do cumprimento do cuidado-incondicionado. Como se pode inferir do texto acima, o compromisso de promover a dignidade própria e a do outro na relação jurídica familiar assume que a dignidade implica a ideia de respeito, mas não no sentido de mero convívio dos arbítrios de maneira que uma pessoa não deve intrometer na vida uma da outra, ao contrário, os membros da família devem se cuidar reciprocamente com sabedoria. Esse cuidado, para ser aplicado, leva em conta a historicidade individual, ética, moral, jurídica e social de cada envolvido na situação jurídica subjetiva da relação familiar.

A responsabilidade jurídica, positiva ou negativa, nas relações familiares não tem como objeto a afetividade portanto, mas o ato jurídico lícito ou ilícito, o bem feito e o dano perpetrado em função do cumprimento ou não do cuidado-incondicionado.

#### **5.4 A INSTALAÇÃO DA AUTORIDADE NAS RELAÇÕES FAMILIARES PELO MÉTODO DA LIDERANÇA SERVIDORA**

Outro conceito que deve ser bem compreendido, na esteira do Direito Democrático, é a concepção de autoridade parental, a qual é entendida pelo estado da arte da doutrina jurídica como poder familiar.

Na perspectiva de tutela de direitos fundamentais, em que, pelo Pós-Positivismo Jurídico, há reaproximação da Ética e da Moral com o Direito, não raro se indo além, em direção ao renascimento

do prestígio ao Direito Natural, **o conceito de autoridade parental não pode ser compreendido como sinônimo de poder familiar, mas como dever de exercer autoridade por meio da liderança servidora nas relações familiares.**

O instituto jurídico do poder familiar já é avanço tendo em vista o clássico conceito de pátrio poder o qual está em desuso. Todavia, quando se foca na ideia de poder, isso se remete à ideia de uma pessoa sujeitar outra aos interesses daquela. Nesse sentido, há o perigo desses interesses retratarem egoísmo e perspectiva hedonista. A ideia de se entender a essência do instituto jurídico que investe uma pessoa juridicamente no dever de cuidar de filho como – poder – parental não se amolda ao paradigma de Estado de Direito Democrático, cuja liberdade, igualdade, dignidade humana, justiça, vida, democracia e legalidade lhe são valores polares.

Quando se pensa no instituto jurídico que implica a ideia que alguém está ligado a outrem pela paternidade, o correto juridicamente é entender que o foco jurídico está na responsabilidade que se tem quanto ao filho e não no poder que se exerce sobre este. O poder é apenas um instrumento, que deve ser exercido de forma lícita e com sabedoria, para se cumprir a essência do instituto jurídico parental que importa o dever de cuidado-incondicionado como responsabilidade a respeito do filho.

A ideia de poder familiar deve ser abandonada em favor do sentido de autoridade parental, aquela traz um ranço do pátrio poder.

**Autoridade significa estado axiológico bom que uma pessoa tem e é assim percebido e objeto de respeito por parte de outra em razão de conduta exemplar, conhecimento e experiência daquela e isso gera influência, não por causa do poder formal, mas em função da admiração e confiança conquistadas. Sinônimo para influência é a ideia de liderança.**

A autoridade difere-se do autoritarismo. Este é sintoma da inflamação existencial do ego cujos frutos são atos totalitários que resultam injustiça. Enquanto o sentido do fluxo da relação jurídica referente ao poder familiar foca-se nos pais como credores, o da

autoridade parental é voltado ao cuidado-incondicionado aos filhos, tendo estes como sujeitos ativos obrigacionais (*accipiens*).

**A ideia de poder familiar traduz, em essência, os direitos dos pais. Por sua vez, o signo de linguagem autoridade parental implica o dever que os pais têm para com os filhos, dever de cuidado-incondicionado.**

Os pais, juridicamente, exercem chefia sobre os filhos crianças e adolescentes que estão sob a autoridade parental daqueles, pois aos pais cabe o dever de direcionamento, de educação ética e moral dos filhos (art. 226, §7º da Constituição da República de 1988 e art. 1513 do Código Civil de 2002).

O chefe ocupa, formalmente, o papel de comando. Na família, no que diz respeito aos pais, estes são juridicamente chefes dos filhos crianças e adolescentes, como estatui o art. 1634, IX do Código Civil de 2002, que confere aos pais direito de exigir dos filhos crianças e adolescentes, que estão sob sua autoridade parental, obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. **Infelizmente, muitos pais não são líderes, mas apenas chefes de seus filhos, não aprenderam a liderar de forma servidora (a liderança é algo que pode ser aprendido).**

Os pais devem agir como chefes e líderes de seus filhos e os filhos, crianças e adolescentes, devem aprender com os pais a serem cada vez mais líderes na família. Criança e adolescente não são chefes dos pais. Entretanto, se os pais se tornarem curatelados, os filhos capazes serão chefes jurídicos (somente jurídicos, não no sentido moral) dos pais quando aqueles forem curadores, devendo sempre honrar os pais. Vale lembrar que a ética diz respeito às normas do sujeito para consigo e a moral para com o outro, como leciona Ronald Dworkin em *Justiça para Ouriços* (2012, p. 199).

Quando, nas relações familiares, todos se comprometem a liderar e procuram crescer quanto ao aprendizado sobre liderança servidora, a família cumpre o seu propósito jurídico. Isso se observa no que tange aos pais e filhos, cônjuges, companheiros, colaterais e outras pessoas do convívio familiar no que tange à família na concepção extensa.

Sobre o que se disse acima, deve-se observar os ensinamentos de James Hunter e refletir sobre a estrutura ética e moral da família, quanto à qualidade das relações familiares, as quais podem ser modificadas para o bem do propósito jurídico da família à luz da compreensão a respeito do exercício da autoridade nas relações familiares.

Ter poder *sobre* as pessoas é uma coisa. Ter autoridade *com* as pessoas é outra, muito diferente.

Autoridade tem sido definida como a habilidade de levar os outros a aceitarem de bom grado sua vontade, por causa de sua influência pessoal.

Minha mãe podia me pedir para fazer quase qualquer coisa, e eu não pensava duas vezes a respeito. Lembro que ela não tinha mais poder algum sobre mim – eu podia correr mais depressa do que ela, agora que era adulto. Mas mamãe tinha muita autoridade. De onde ela tirou sua autoridade? Que seminário sobre habilidades de supervisão ela cursou? A verdade é que mamãe sempre *serviu*. Eu faria qualquer coisa por ela.

Meu primeiro chefe, há 25 anos, era do tipo durão. Ainda tenho pesadelos em que o ouço dizer sua expressão predileta: “Medíocre, medíocre, medíocre, Jim”. O relatório que você me apresentou está muito medíocre”.

Ele me levava à loucura, com suas constantes revisões do meu trabalho. Agora sei que ele tinha razão. Passei pela escola secundária e pela faculdade fazendo tudo na última hora. E isso não era o suficiente para o meu chefe. Ele era *implacável*, e muitas vezes me deixava na maior irritação.

Tenho certeza que ele se incomodava quando eu fazia cara feia e passava uma semana sem lhe dirigir a palavra, porque era um homem muito simpático, que não gostava de conflitos. Mas estava *mais* preocupado em me tornar um profissional melhor.

Ele era também um grande ouvinte. Escutava as minhas desculpas antes de me dizer o que faríamos,

elogiava-me com frequência, tratava-me com respeito (como se fosse uma pessoa importante) e, de um modo geral, mostrava interesse pelas minhas necessidades. Até hoje, se esse antigo chefe me ligar pedindo ajuda, embarcarei no próximo avião. Ele não tem mais qualquer poder sobre mim, mas tem muita autoridade comigo. De onde ele tirou essa autoridade? Que livro sobre liderança ele leu?

Ele *servia*.

Se não fosse por seu constante estímulo e pressão, provavelmente eu ainda hoje estaria fazendo o mínimo necessário. A esta altura, estaria deitado no sofá, vendo televisão, tomando sorvete, comendo batata frita, com uma “dor nas costas”. Ele gostava muito de mim para permitir que isso acontecesse. (HUNTER, 2006, p. 38/39).

Rick Warren, por sua vez, expõe o seguinte:

O fundamento da liderança não é o carisma pessoal; é o caráter. O carisma não tem nada a ver com o que torna um líder eficaz. A liderança não diz respeito a uma personalidade encantadora e chamativa, um grande sorriso ou uma voz de veludo. O que você precisa, na verdade, é de caráter e credibilidade. A liderança é influência, e sem credibilidade sua influência não irá muito longe.

(...) As pessoas têm resistência natural a mudanças. Elas não gostam. (...) As pessoas são resistentes a mudanças por várias razões. Para favorecer mudanças necessárias, os líderes averiguam quais são as razões, e as enfrentam. (WARREN, 2008, p. 13; 64).

Segundo James C. Hunter, liderança é a “(...) habilidade de influenciar pessoas para trabalharem entusiasticamente visando atingir objetivos comuns, inspirando confiança por meio da força do caráter.” (HUNTER, 2006, p. 18).

M. Kouzes e Barry Z. Posner (2018, p.12/13) lecionam sobre as Cinco Práticas de Liderança, as quais são padrão constatado, após pesquisa científica de anos feita por esses autores, para todo exercício bem sucedido de liderança. Eles dizem que a liderança pode ser desenvolvida e que é importante gerar cultura de liderança nas organizações (como na família). Nesse contexto, afirmam que todos nascem líderes e têm qualidades de liderança enraizadas e o que é preciso é as trazer à tona, num processo contínuo, assumindo os desafios diários da liderança para que o sujeito se torne melhor. Para esses autores, os cinco padrões da liderança bem-sucedida são:

### 1) Modelo de Estilo:

(...) os títulos são reconhecidos, mas é ao comportamento que se atribui respeito;

(...) a liderança não se baseia em títulos e cargos, (...) mas em responsabilidade e promoção de um exemplo positivo (...).

(...) antes de liderar outras pessoas, é necessário saber quem você é e quais são os seus principais valores, [assim] (...) pode dar voz a esses valores e se sentir à vontade para compartilhá-los com os outros. (KOUZES, POSNER, 2018, p. 13/14). (*Colchetes nossos*).

Conforme os supramencionados autores da **Ciência da Administração**, quando mais se conversa sobre os próprios valores, mais estes se tornam entendidos para o sujeito que se comunica e o líder deve expressar os valores comuns do grupo, o que implica envolver todos os liderados na criação dos valores. Os líderes devem intervir quando um valor é violado, para se mostrar que este é importante; o líder deve dar o exemplo. “As ações são muito mais importantes do que as palavras quando os colaboradores querem determinar o quão sério os líderes realmente são em relação ao que dizem. Palavras e ações devem ser coerentes.” (KOUZES, POSNER, 2018, p. 13/14).

2) Inspire uma Visão Comum: “toda organização, todo movimento social, começa com uma visão. É a força que cria o futuro”. O líder deve se conectar com o que é “(...) significativo para os outros e criar a crença de que as pessoas podem conquistar algo grandioso”. O líder deve inspirar, arremeter pessoas para uma visão comum, enaltecendo as aspirações compartilhadas, é fazer com que as pessoas desejem se envolver no processo. Os indivíduos “(...) querem seguir aqueles capazes de enxergar além das dificuldades de hoje e imaginar um futuro melhor”. Nessa esteira, “(...) os líderes forjam uma unidade de propósito mostrando aos seus constituintes como o sonho é comum a todos e ao bem comum. (KOUZES, POSNER, 2018, p. 15/16).

3) Questione o Processo: é preciso que se abra a oportunidade para o fracasso e o aprendizado a partir desse e isto é o mais importante. O líder precisa arriscar e a principal contribuição do que lidera é criar um ambiente de experimentação, reconhecendo boas ideias, apoiando-as e disposto a desafiar o sistema, como tudo é feito, para que haja avanço. Há forte correlação entre o processo de aprendizagem e a forma que o líder aborda as situações a fim de que fatos extraordinários ocorram. O líder aprende com os erros. (KOUZES, POSNER, 2018, p. 16/17).

#### 4) Capacite os outros para ação:

(...) líderes estimulam a colaboração, promovendo a confiança e facilitando os relacionamentos.

(...) Os líderes compreendem que os colaboradores não têm o melhor desempenho ou não ficam motivados por muito tempo caso se sintam debilitados, dependentes ou alienados.

(...) Concentrar-se em servir às necessidades dos outros em vez das próprias torna o líder mais confiável.

(...) Quando você fortalece os outros, aumentando a autodeterminação e desenvolvendo competências,

eles tornam-se mais propensos a dar tudo de si e exceder as próprias expectativas. (KOUZES, POSNER, 2018, p. 17/18).

Alcançar grandes sonhos requer esforço de equipe e é preciso dar voz a todos no processo de tomada de decisão e a equipe deve prevalecer sobre qualquer integrante. (KOUZES, POSNER, 2018, p. 17/18).

#### 5) Anime os Corações:

A subida ao topo é árdua e íngreme, deixa as pessoas exaustas, frustradas e desiludidas, e, muitas vezes, tentadas a desistir. Ato genuínos de cuidado atraem as pessoas.

(...) Líderes reconhecem as contribuições, demonstrando apreço pela excelência individual.

(...) Ser um líder requer demonstrar apreços pelas contribuições dos indivíduos e criar a cultura de celebrar os valores e as vitórias, criando o espírito de comunidade. (KOUZES, POSNER, 2018, p. 18/19). *(Grifo nosso)*.

As pessoas querem se sentir valorizadas. (KOUZES, POSNER, 2018, p. 17/18). Animar os corações é promover isso.

Quando os membros da entidade familiar agem conforme o cuidado-incondicionado, instrumentalizando-se do exercício da liderança servidora, o resultado é o cumprimento do princípio da operacionalidade quanto ao propósito jurídico da família. Agir segundo a liderança servidora nas relações familiares, em conformidade com os cinco padrões da liderança, é exercício do amor e isso gera autoridade.

No sentido de ter conduta de liderança servidora, agir com autoridade é aprendizado contínuo, mas o importante é a consciência do que isso significa e ter o comprometimento com a decisão de

amor nas relações familiares, consoante o cuidado-incondicionado, independente dos sentimentos.

O sentimento de gostar e a afetividade que isso implica são consequências de decisões que resultam atos jurídicos de promoção da dignidade da pessoa humana: é o emprego da autonomia em função do amor em proveito do bem nuclear que é a família. A compreensão sobre cuidado-incondicionado, como amor, levando-se em conta que a família é o núcleo da sociedade e que liderança servidora implica autoridade são fundamentais para que se interprete e aplique corretamente o Direito de Família e, principalmente, a fim de que se cumpra o propósito jurídico da família.

## **6. CONCLUSÃO**

A família é o núcleo formado pelo grupo de pessoas de existência real biológica, como sociedade necessária, que é a base jurídica, psíquica, material, antropológica e sociológica para o desempenho das relações sociais. Essa ideia compreende qualquer modo de constituição e de forma de família, no espaço e tempo, como já dito. A família, portanto, é o núcleo referencial da sociedade.

Independente das maneiras e formas de constituição de família, o objeto do sub-ramo do Direito Civil que dessa se ocupa é a família. Família é família, independente da sua roupagem, ou seja, de como ou a forma que se constitui. Assim, a expressão cientificamente correta, para se referir ao mencionado sub-ramo do Direito, é Direito de Família, no contexto do Direito Democrático e não Direito das Famílias. Define-se um ramo ou sub-ramo do Direito pelo objeto desses e não pela maneira e forma de constituição ou finalidade do seu objeto. Entende-se a boa intenção da doutrina jurídica de haver suscitado a mudança do nome do sub-ramo do Direito Civil que se ocupa da entidade familiar para Direito das Famílias. Como o objeto do referido sub-ramo continua sendo uno e o mesmo, apenas possuindo várias roupagens válidas quanto à forma e modo de se constituir a família, correta é a fórmula Direito de Família.

O amor como *diligo*, *ágape*, ato de cuidado-incondicionado, aquele que não é mutável em razão dos sentimentos, mas que expressa o fruto da escolha quando ao dever de promover o bem, é o objeto do propósito jurídico da família.

O Direito não pode exigir um sentimento: ele somente pode responsabilizar em razão do resultado do ato jurídico oriundo da decisão tomada, tendo em vista o exercício da autonomia. Isso porque o Direito se estriba na liberdade e o ser humano não tem autonomia quanto ao sentir, não é capaz de controlar o surgimento e a extinção da *affectio* a todo instante.

Ao contrário, é a decisão (volitiva, *animus*) que produz ato (conduta) o qual causa objetivamente benefício ou dano e, subjetivamente, sentimento. Por isso que somente o amor *ágape*, que implica liberdade de decidir, autonomia, e é ato pode ser exigido e objeto de responsabilização jurídica. Responsabiliza-se pelo resultado do ato jurídico e não pelo sentir.

Como há norma constitucional e legal estatuinto juridicamente o dever de cuidado nas relações jurídicas familiares e o cumprimento do dever de cuidado não se condiciona aos sentimentos, levando-se em conta que não há a faculdade lícita de descumprir o dever de cuidado nas relações jurídicas familiares, pois é questão de norma e de obrigação jurídica quanto a dever de conduta, é questão de vinculação jurídica, de imperatividade, o dever de cuidado é incondicionado e implica o próprio amor *diligo*, *ágape*.

O estado da arte da doutrina jurídica entende que o amor é faculdade e que cuidado é dever. Isso deve ser modificado para a compreensão que amor, como o cuidado, implica a ideia de dever e ato, mantendo-se em vista que o amor é o cuidado-incondicionado, o qual, como instituto jurídico, implica norma jurídica e o ato jurídico em si de realização da dignidade humana na família.

A análise da situação jurídica de cuidado-incondicionado tem, como objeto, o resultado de atos jurídicos como danosos ou promotores da dignidade humana. Em razão disso, o que se deve verificar é os atos jurídicos e os resultados objetivos desses e não os sentimentos. A causa

do ato não é o sentimento, mas a decisão autônoma. O sentimento pode contribuir para a motivação do ato, mas o que o causa é a decisão.

Na verdade, não se trata de situação jurídica de afetividade, mas de situação jurídica de cuidado-incondicionado nas relações familiares, pois o alvo do Direito não é o complexo de sentimentos, mas a prática de atos de cuidados-incondicionados como obediência à norma jurídica.

O que se deve ter em mente é que o objeto da situação jurídica das relações de família é a presença do amor ou desamor e o bem ou dano provocados em função disso respectivamente. Produzir bons sentimentos, a partir de atos (de amor) é meta política da família, mas o que importa são as atitudes (de amor) e os resultados objetivos dessas no mundo da vida.

O correto seria dizer situação jurídica subjetiva de cuidado-incondicionado (ou de amor) e não de afetividade portanto. Nessa esteira, deve-se substituir a expressão paternidade socioafetiva por paternidade ontológica, existencial, pois não são os sentimentos que geram a paternidade e a filiação, pois sentimentos são mutáveis. Nesse contexto, é incorreto o emprego das expressões genitor e genitora, pois essas se restringem à paternidade biológica em essência. A questão da paternidade é existencial, da ontologia do ser. Por isso, o adequado seria assumir os signos de linguagem pai e mãe.

A ideia de função social da família deve ser substituída por propósito jurídico, pois este implica meta normativa, axiologia jurídica e o método da liderança servidora como exercício da autoridade nas relações familiares, o que é questão de ontologia do dever.

Como exposto, o que causa a situação jurídica subjetiva de cuidado-incondicionado que traduza a efetividade do propósito jurídico da família não é o emprego da autonomia para se agir de maneira autoritária, mas da liberdade no sentido de autoridade como exercício da liderança servidora, segundo os cinco padrões da liderança: Modelo de Estilo, Inspire uma Visão, Questione o Processo, Capacite os Outros para Ação, Anime os Corações.

A conscientização e o compromisso com o exercício da liderança servidora na família promovem mudança consistente para a promoção concreta da dignidade da pessoa humana nas relações familiares, fazendo com que a correta qualidade dessas implique operacionalização do propósito jurídico da família.

A partir da Ética cristã, pode-se fazer a seguinte inferência jurídica quando, nas relações jurídicas familiares, os membros da família passam, reciprocamente, a comprometer-se com o cuidado-incondicionado: o amor implica o vínculo da perfeição.

## REFERÊNCIAS

ANTISERI, Dario; REALE, Giovanni. História da filosofia: antiguidade e idade média. São Paulo: Paullus, 1990. v.1 – (coleção filosofia).

ANTUNES, M. Amor. In: Logos: enciclopédia luso-brasileira de filosofia. Lisboa / São Paulo: Verbo, 1997.

ARISTÓTELES. Ética a nicômacos. Tradução de Mário da Gama Cury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

ARISTÓTELES. Política. [S.l]: Lebooks, 1990. Edição do Kindle. Coleção Filosofia. E-book.

ARISTÓTELES. Metafísica. Edição do Kindle. [S.l]: Lebooks, 19— a. E-book.

ARISTÓTELES. Retórica. Edição do Kindle. [S.l]: Edipro, 19—b. E-book.

BAHIA, Claudio José Amaral; LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa. O afeto e a afetividade nas relações filiares nas novas famílias. Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza – CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3519.pdf>>. Acesso em 24 abril de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. Recurso Especial n. 1.159.242 – SP (2009/0193701-9) RELATORA: Ministra Nancy Andrighi. Brasília (DF), 24 de abril de 2012. Disponível Em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=15890657&num\\_registro=200901937019&data=20120510&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=15890657&num_registro=200901937019&data=20120510&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 05 maio 2018.

CORÍNTIOS. In: BIBLIA. Software bíblico da Olive Tree. Tradução A Mensagem. Bible Study versão 6.10.0. 1998-2021. Disponível em <<https://www.olivetree.com/>>. Acesso no 2º semestre de 2021.

DWORKIN, Ronald. Justiça para ouriços. Tradução de Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012.

FARIA, Ernesto. Dicionário latino-português. Belo Horizonte: Gardier, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: direito das famílias. 6. Ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito civil: teoria geral. 8. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direitos das obrigações. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2006.

FIUZA, César. Direito civil: curso completo. 17. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2014.

HUNTER, James C. Como se tornar um líder servidor. Tradução de A. B. Pinheiro Lemos. Rio de Janeiro: Sextante, 2006.

JOÃO. In: BIBLIA. Software bíblico da Olive Tree. Tradução Almeida Revista e Atualizada. Bible Study versão 6.10.0. 1998-2021. Disponível em <<https://www.olivetree.com/>>. Acesso no 1º semestre de 2018.

JOÃO. In: BIBLIA. Software bíblico da Olive Tree. Tradução Grega. Bible Study versão 6.10.0. 1998-2021. Disponível em <<https://www.olivetree.com/>>. Acesso no 1º semestre de 2018.

JOÃO. In: BIBLIA. Software bíblico da Olive Tree. Tradução King James. Bible Study versão 6.10.0. 1998-2021. Disponível em <<https://www.olivetree.com/>>. Acesso no 1º semestre de 2018.

JOÃO. In: BIBLIA. Software bíblico da Olive Tree. Tradução Latin Vulgate. Bible Study versão 6.10.0. 1998-2021. Disponível em <<https://www.olivetree.com/>>. Acesso no 1º semestre de 2018.

KOUZES, James. M.; POSNER, Barry Z. O desafio da liderança. 6. ed. Tradução de Carolina Gaio. Rio de Janeiro: Alta Books, 2018.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Socioafetividade no direito da família: a persistente trajetória de um direito fundamental. Direito das Famílias e Sucessões nº 5 – Ago-Set/2008.

MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

PLATÃO. O banquete. Tradução de Heloísa da Graça Burati. São Paulo: Rideel, 2005. (Biblioteca Clássica).

WARREN, RICK. Liderança com propósitos: princípios eficazes para o líder no século XXI. Tradução de Jorge Alberto Russo. São Paulo: Vida, 2008.