

René Vial (coord)

20 ANOS DO CÓDIGO CIVIL

Reflexões sobre
avanços e desafios

René Vial (coord)

Quando alguém importante fecha um ciclo de vida, os amigos mais próximos e a família comemoram. Acolher com festejos o crescimento de uma pessoa querida é como fazemos para lembrar as alegrias já experimentadas e renovar a confiança no futuro.

Assim também é com os acontecimentos que impactam toda a sociedade. Precisamos celebrar cada fato histórico que possa ter ajudado a promover ideais humanitários, a instituir o Estado democrático e a consolidar o exercício da cidadania.

E é por isso que estamos aqui, homenageando o Código Civil em seus 20 anos de publicação. A Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, representa um marco na integração do direito privado brasileiro aos fundamentos republicanos, em especial, à dignidade da pessoa humana.

Sem o intuito de ser considerado pleno, mas ciente da sua posição central nas questões do dia a dia, o Código Civil avança para mais uma década. Os desafios serão cada vez maiores para uma lei que tem de conformar as pretensões individuais à função social, a autonomia dos particulares à ordem pública, a segurança jurídica à justiça distributiva.

Espera-se que esta coletânea de artigos possa servir de ponte entre normas aparentemente opostas, mas que apenas demonstram a complexidade dos nossos tempos. Que possamos todos juntos refletir sobre os avanços e desafios do Código Civil de 2002.

René Vial

ISBN 978-65-89904-86-1



9 786589 904861 >


EXPERT
EDITORA DIGITAL

20 ANOS DO CÓDIGO CIVIL

Reflexões sobre
avanços e desafios





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. Gustavo Lopes Pires de Souza

Professor da Universidad de Litoral (Argentina)

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)

VIAL, René (Coord.)

Título: 20 anos do código civil reflexões sobre avanços e desafios - Belo Horizonte - Editora Expert - 2022.

Coordenador(a): René Vial

ISBN: 978-65-89904-86-1

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

1.Direito Civil 2. Código civil I. I. Título.

CDD. 342.1

Pedidos dessa obra:

experteditora.com.br
contato@editoraexpert.com.br



APRESENTAÇÃO

Quando alguém importante fecha um ciclo de vida, os amigos mais próximos e a família comemoram. Acolher com festejos o crescimento de uma pessoa querida é como fazemos para lembrar as alegrias já experimentadas e renovar a confiança no futuro.

Assim também é com os acontecimentos que impactam toda a sociedade. Precisamos celebrar cada fato histórico que possa ter ajudado a promover ideais humanitários, a instituir o Estado democrático e a consolidar o exercício da cidadania.

E é por isso que estamos aqui, homenageando o Código Civil em seus 20 anos de publicação. A Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, representa um marco na integração do direito privado brasileiro aos fundamentos republicanos, em especial, à dignidade da pessoa humana.

Sem o intuito de ser considerado pleno, mas ciente da sua posição central nas questões do dia a dia, o Código Civil avança para mais uma década. Os desafios serão cada vez maiores para uma lei que tem de conformar as pretensões individuais à função social, a autonomia dos particulares à ordem pública, a segurança jurídica à justiça distributiva.

Espera-se que esta coletânea de artigos possa servir de ponte entre normas aparentemente opostas, mas que apenas demonstram a complexidade dos nossos tempos. Que possamos todos juntos refletir sobre os avanços e desafios do Código Civil de 2002.

René Vial

*“Quando a gente acha que tem todas as respostas,
vem a vida e muda todas as perguntas.”*

(Luis Fernando Verissimo).

PREFÁCIO

Nas minhas quase três décadas de magistério jurídico, tenho tido a satisfação de trocar informações e impressões com juristas de todo o país, seja nos eventos acadêmicos presenciais, seja no intercâmbio no mundo virtual.

Também como autor de livros e artigos, tenho tido o privilégio de dividir reflexões com docentes dos vários rincões desta nação continental, conhecendo o pensamento produzido por talentos desenvolvidos em diversos centros acadêmicos de excelência.

É o caso do projeto que gerou o presente livro.

Professores e professoras de instituições privadas e públicas reuniram-se, sob a firme coordenação do prestigiado Professor René Vial, para apresentar suas visões sobre palpitantes temas atuais, como senexão, direito de laje, governança corporativa, multipropriedade e *punitive damages*, além da análise crítica sobre princípios e cláusulas gerais, como a boa-fé objetiva e a função social.

Trata-se de uma oportuna homenagem, com uma alentada coletânea de artigos para comemorar os 20 anos de publicação do Código Civil.

Vejo textos criativos e profundos, com importantes contribuições na compreensão crítica sobre os avanços e desafios que a maturação de duas décadas da vigência da nossa codificação ainda permite ensinar.

Assim sendo, na prestigiada condição de prefaciador, somente me cabe apresentar minhas congratulações ao organizador e a cada pesquisador e pesquisadora que teve o descortino e a generosidade de apresentar à comunidade jurídica e à sociedade o presente e o futuro

de uma jovem codificação, que ainda permitirá muitas outras novas ilações!

Salvador, 02 de dezembro de 2022.

Rodolfo Pamplona Filho

Professor Associado de Direito da Universidade Federal da Bahia. Professor Titular de Direito Civil e Direito Processual do Trabalho do Curso de graduação em Direito e do Mestrado em Direito, Governança e Políticas Públicas da UNIFACS — Universidade Salvador. Juiz Titular da 32ª Vara do Trabalho de Salvador/BA. Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo — PUC-SP. *Máster em Estudios en Derechos Sociales para Magistrados de Trabajo de Brasil pela UCLM — Universidad de Castilla-La Mancha/Espanha.* Especialista em Direito Civil pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia. Membro e Presidente Honorário da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. Membro e Presidente da Academia de Letras Jurídicas da Bahia. Ex-Presidente do Instituto Baiano de Direito do Trabalho. Membro Efetivo da Academia Brasileira de Direito Civil — ABDC, Instituto Brasileiro de Direito Civil — IBDCivil, Instituto Brasileiro de Direito de Família — IBDFAM e Instituto Brasileiro de Direito Contratual — IBDCont.

SUMÁRIO

A viabilidade da senexão e a adoção de idosos no Brasil	15
<i>Débora Moreira Maia Ricaldoni, Gisele Miranda Evangelista Neves</i>	
Análise do artigo 966, do Código Civil: uma reflexão necessária sobre o empresário, os <i>stakeholders</i> e a gestão ESG	57
<i>João Salvador dos Reis Neto, Mariana Swerts Cunha</i>	
DIREITO REAL DE HABITAÇÃO E HERDEIROS VULNERÁVEIS: uma análise a partir de uma hermenêutica constitucional.....	87
<i>Mirelle Fernandes Soares, Silvia de Abreu Andrade Portilho</i>	
A insustentável leveza dos <i>punitive damages</i> : um impossível casamento entre punir e reparar	111
<i>Thalles Ricardo Alciati Valim, Gabriel Ribeiro Santos</i>	
A normatividade da boa-fé objetiva nos contratos	145
<i>René Vial</i>	
Evolução do conceito de propriedade e a multipropriedade imobiliária (<i>time sharing</i>).....	179
<i>Milton Carlos Rocha Mattedi, Eduardo Machado Soares Capanema</i>	
A contemporaneidade do caso Marilyn Monroe na importância do reconhecimento do dever jurídico de afetividade como um princípio fundamental.	205
<i>Leandra Chaves Tiago</i>	
Reflexões sobre a culpa no direito civil brasileiro.....	223
<i>Jéssica Rodrigues Godinho, Wallace Fabrício Paiva Souza</i>	
Considerações sobre a regulamentação do direito de Laje	253
<i>Eduardo Machado Soares Capanema, Milton Carlos Rocha Mattedi</i>	

A VIABILIDADE DA SENEXÃO E A ADOÇÃO DE IDOSOS NO BRASIL

Débora Moreira Maia Ricaldoni¹
Gisele Miranda Evangelista Neves²

RESUMO

Tal artigo tem como finalidade abordar os Projetos de Lei: 5532-2019, 5475- 2019 e Projeto de Lei 105-2020 em tramitação, que visam colocar a pessoa idosa em família substituta, bem como analisar os institutos “Senexão” e “Adoção de idosos” perpassando pela linha do tempo dos direitos adquiridos ao longo dos anos, princípios constitucionais e doutrinas inerentes à pessoa idosa em consonância com os entendimentos jurídicos vigentes, que viabilizam e fomentam a legitimidade dos mesmos, e ainda as possíveis consequências advindas destes institutos, tendo em vista o progressivo aumento da população idosa no Brasil, considerando que as políticas públicas voltadas à pessoa idosa são insuficientes para atender toda a população idosa em estado de vulnerabilidade.

Palavras-chave: Idosos. Senexão. Adoção.

INTRODUÇÃO

Em virtude da diminuição da natalidade e fecundidade no Brasil, bem como, o aumento da expectativa de vida, fato e notório é que teremos um crescimento progressivo populacional de pessoas idosas no Brasil. Nesse sentido, estima-se que 32,18 por cento da população terão 60 anos ou mais até o ano de 2060. (IBGE, 2018).

1 Técnica em Administração pelo Sebrae (2003), Bacharel em Direito pela Fundação Universidade de Itaúna (2009), Especialista em Direito Processual Civil, pela Uninter (2010) e Mestre em Administração pela FEAD-BH (2013), linha de pesquisa: Gestão. Organização e Mudança. Professora de Direito Civil – Nova Faculdade (2014) e Coordenadora do Curso de Direito (2022) Endereço eletrônico: debymaia@gmail.com.
2 Graduada em Direito pela Una (2022). Endereço eletrônico: giselemirandaneves2013@gmail.com.

Este acontecimento deriva de vários fatores, como o aumento da expectativa de vida, o baixo índice de natalidade e fecundidade. Os direitos relacionados à pessoa idosa são assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, conforme artigo 1º da Lei 10.741 de 2003 (BRASIL, 2003), conhecida como Estatuto do Idoso e são imprescindíveis, assim como, as políticas públicas que visam atender as necessidades inerentes à pessoa idosa.

Contudo, apesar das garantias e direitos em lei asseguradas, bem como, a proteção da família, Estado e sociedade, há ainda grande dificuldade em amparar a população idosa no país, o que tende a agravar bruscamente, considerando o auto crescimento populacional nesse grupo de faixa etária.

Diante disso, serão expostos 3 (três) Projetos de Lei em tramitação que se destinam a colocar a pessoa idosa em família substituta, sendo 2 projetos de 2019 (PL 5475 e PL 5532) que visam alterar o Estatuto do Idoso Lei nº 10.741/2003 e o Estatuto da Criança e do Adolescente Lei nº 8.069/1990 para acrescentar a ADOÇÃO DE IDOSOS, e por derradeiro o Projeto de 2020 (PL 105) que além de adotar um novo instituto denominado SENEXÃO, traz consigo direitos e obrigações decorrentes desta nova relação.

O presente artigo visa expor os projetos de 2019 e 2020 em tramitação para evidenciar qual Projeto de Lei será mais adequado ao presente problema no Brasil.

1 AUMENTO DA POPULAÇÃO IDOSA NO BRASIL

É uma boa notícia dizer que a população idosa está vivendo mais? Sim. Entretanto, há diversas consequências originadas deste acontecimento. Neste ponto, elucida-se que com as quedas da natalidade e fecundidade, conforme demonstrado nos gráficos I e II abaixo, resultarão no crescimento populacional de pessoas idosas no Brasil, além desses fatores, englobam ainda, o aumento da expectativa de vida, bem como as condições socioeconômicas.

A taxa de natalidade e fecundidade caíram consideravelmente nos últimos anos no país, essa diminuição deriva de diversos fatores, como saúde, profissionalização, livre escolha e outros. O índice de fecundidade analisa a quantidade de crianças nascidas vivas, com mães em idade reprodutiva, ou seja, entre 15 a 49 anos (RIPSA, online), a pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (BRASIL, 2013), aponta que no ano 2000 a taxa de fecundidade era de 2,39 e caiu para 1,72 em 2015 (IBGE, 2013, online), o que tende a decair ainda mais. Neste ínterim, a taxa de natalidade também caiu, haja vista que a população adulta está tendo muito menos filhos do que antigamente, nos anos 2000 a taxa bruta de natalidade por mil habitante eram de 20,86%, decaindo para 14,16 em 2015 (IBGE, 2013, online).

Estes, portanto, são os principais fatores que proporcionaram o crescimento populacional progressivo de pessoas idosas no Brasil que farão com que essa transição demográfica tome proporções tão velozes. A organização das nações unidas-ONU informou que no ano de 2050, a população idosa chegará a 28,45% da população total, e pela primeira vez, teremos mais idosos que crianças, além disso, pede foco nos direitos (ONU, online).

No Brasil, o crescente histórico do envelhecimento humano implica em gradativas transformações demográficas, tendo em vista que o aumento da longevidade e, conseqüentemente da população idosa, acarretará no predomínio desta classe e em contrapartida na redução do crescimento populacional, representando importante questão social. (FRANÇA; SOUZA, 2016 apud SANTO; SILVA; CUNHA, 2012, p. 1).

Salienta-se ainda que a expectativa de vida no Brasil, alcança em média 76,8 anos (IBGE, 2019, online) sendo para homens e mulheres. Nesse sentido, estima-se que 32,18 por cento da população terá 60

anos ou mais até 2060 entre os anos 2.000 aos anos 2060 teremos um crescimento de 5% a 32,18% (IBGE, 2018, online).

Diante disso é crível e preocupante dizer que se deve tomar medidas cabíveis, desde já, para que lhes sejam assegurados a proteção da população idosa no Brasil, garantindo-lhes a execução de direitos já assegurados, através políticas públicas e implementação de novos institutos, que visem a melhoria de sua condição de vida.

Conforme afirmam Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, um tratamento respeitoso destinado aos idosos é, sem dúvida, um verdadeiro paradigma atual das relações familiares, a assistência àqueles que sobreviveram às batalhas da vida é um imperativo de justiça e uma decorrência necessária do princípio geral da proteção à dignidade da pessoa humana, bem como, em especial, do princípio da solidariedade social (Gagliano; Pamplona Filho, 2022, p. 924).

1.1 ENVELHECIMENTO DA POPULAÇÃO BRASILEIRA

Ser pessoa idosa, significa dizer que possui idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos de idade, nos termos do artigo 1º do Estatuto do Idoso lei 10.741/03, bem como, artigo 2ª da Política Nacional dos Idosos, lei 8.842/94, ainda destaca Maria Berenice Dias:

Sempre foi alvo de questionamentos com que idade, afinal, alguém se torna um idoso. Com o advento do Estatuto do Idoso essa dúvida se dissipa. É idoso quem tem idade igual ou superior a 60 anos (EI 1.º). Aliás, cabe lembrar que o envelhecimento se tornou um direito personalíssimo! (EI 8.º). (DIAS, 2017, p. 647)

O processo de envelhecimento caracteriza-se pela redução das atividades funcionais e cognitivas, contínua e permanente, relacionadas a fatores biológicos, psíquicos e sociais, que impactam diretamente no cotidiano da pessoa idoso (Fechine; Trompieri, 2012).

1.2 IMPLICAÇÕES ECONÔMICAS E SOCIAIS

Viver mais não significa ter qualidade de vida, é necessário implementação de direitos sociais, a fim de que se tenha em essência uma vida melhor. Nesse sentido, tendo em vista o envelhecimento progressivo da população idosa no Brasil, este, resultará em implicações para a economia tendo em vista que os gastos dos cofres públicos com seguridade social e segurança pública.

A seguridade social, disposta no art. 194 da Constituição Federal de 1988 “compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.” (BRASIL, 1988). A saúde, sendo um direito social, assim como a previdência social, conforme art. 6º da Constituição Federal de 1988, serão fortemente impactados, sendo necessária atuação do Estado que atendam efetivamente toda a população idosa. É responsabilidade da família, Estado e da sociedade defender a dignidade do idoso, conforme artigo 230 da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Entretanto, a pessoa idosa requer cuidados especiais, decorrentes da sua idade, pois com o passar dos anos, são mais frequentes aparecimentos de doenças crônicas e degenerativas, nesse sentido, preceitua o Portaria nº 2.528 de 19 de outubro de 2006 descreveu:

Concomitante à regulamentação do SUS, o Brasil organiza-se para responder às crescentes demandas de sua população que envelhece. A Política Nacional do Idoso, promulgada em 1994 e regulamentada em 1996, assegura direitos sociais à pessoa idosa, criando condições para promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade e reafirmando o direito à saúde nos diversos níveis de atendimento do SUS. - Lei nº 8.842/94 e Decreto nº 1.948/96. (BRASIL, 2006, online).

Nesse sentido, com a perda da capacidade laborativa, e diante disso, consequentemente teremos uma diminuição da população em idade ativa, o que faz com o equilíbrio das contas da previdência social, seja um grande desafio para os próximos anos, nesse sentido dispõe Luciano Martinez:

Dentro do discurso de envelhecimento populacional e de aumento da expectativa de sobrevida surgiu, no texto da PEC n. 6/2019, a importante problemática da deterioração da relação entre contribuintes e beneficiários, destacando-se que, na atualidade, a relação estimada é de dois contribuintes para cada beneficiário de aposentadoria e pensão por morte, considerando alarmantes as projeções de uma futura relação de uma para um por volta da década de 2040, ainda que se consiga reduzir muito a informalidade e a fuga da contributividade. (MARTINEZ, 2020, p. 14).

A problemática em si, não consiste em ter mais idosos que jovens/adultos, mas sim, ter menos jovens/adultos em idade ativa, pois afeta diretamente a previdência social, visando à garantia de aposentadorias e afins. Outrossim, impacta ainda o mercado de trabalho, tendo em vista a diminuição da mão de obra e capacidade laborativa.

Por derradeiro, há ainda as implicações sociais, no que tange a segurança dos idosos, visto que a violência contra a pessoa idosa acontece de várias formas, conforme cartilha criada pela Polícia Civil de Minas Gerais, que trata acerca do enfrentamento da violência contra a pessoa idosa, os principais tipos de violência contra a pessoa idosa são: violência física, abuso psicológico, negligência, abandono, violência institucional, abuso financeiro, violência patrimonial, violência sexual, discriminação (PCMG, online).

O balanço de 2018 informa que 52,9% dos casos de violações contra pessoas idosas foram cometidos pelos filhos, seguidos de netos (com 7,8%). As pessoas

mais violadas são mulheres com 62,6% dos casos e homens com 32%, sendo eles da faixa etária de 71 a 80 anos com 33% e 61 a 70 anos com 29%. Das vítimas 41,5% foram declarados brancos, pardos 26,6%, pretos 9,9%, amarelos com 0,7% e indígenas 0,4%. Sendo a casa da vítima o local com maior evidência de violação, 85,6%. (BRASIL, 2019, online)

Conforme artigo 19 parágrafo 1º da lei 10.741/03 (BRASIL, 2003), Estatuto do Idoso, violência contra a pessoa idosa, consiste em qualquer ação ou omissão, praticado em lugar público ou privado, que resulte em morte, dano, ou sofrimento físico e psicológico (BRASIL, 2003), nesse sentido, considerando estes dados alarmantes, bem como, o aumento da população idosa, fato é que se terão muitos mais idosos em estado de vulnerabilidade do que já se tem hoje.

2 PROTEÇÃO DO IDOSO NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Neste tópico, serão demonstrados, em um breve histórico, acerca dos direitos da pessoa idosa. Perpassando pelas Constituições do Brasil, Política Nacional do Idoso, Conselho Nacional do Idoso e Estatuto do Idoso.

2.1 DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS

A Constituição da República Federativa do Brasil é a lei mais importante de um país, e dela detém os direitos fundamentais e sociais a pessoa idosa. Diante disso, é necessário demonstrar um breve histórico acerca dos direitos constitucionais existentes relativos à pessoa idosa.

As constituições de 1824 e 1891 não regulamentaram qualquer direito em proteção a pessoa idosa. Somente a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil promulgada em 1934, iniciou

alguns direitos ainda que mínimos a pessoa idosa, conforme título IV, denominado “Da Ordem Econômica e Social” em seu artigo 121, parágrafo primeiro alíneas “a” e “h” (BRASIL, 1934), onde vetou a diferença salarial entre idade e instituiu a previdência. A constituição de 1937, por sua vez, limitou-se a dizer em seu artigo 137 alínea “m” acerca da legislação trabalhista, instituindo seguro de velhice (BRASIL, 1937), este que foi suspenso pelo Decreto de nº 10.358 em 1942.

Não obstante, a Constituição de 1946 retomou em seu artigo 157, inciso II a proibição de diferença salarial por motivo de idade, bem como, em seu inciso XVI tratou da previdência. Em 1967 e Emenda Constitucional de 1969 citou em seu artigo 157 inciso XVI acerca do direito a previdência social.

Por derradeiro, e mais importante, foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, que, diferentemente das Constituições anteriores, não tratou apenas da faixa salarial por idade e direito a previdência, mas também atentou a outros aspectos importantes a proteção da pessoa idosa.

Os direitos da pessoa idosa descritos na Constituição Federal de 1988 iniciam no artigo 3º no inciso IV onde descreve que a República Federativa do Brasil tem como objetivo promover o bem de todos independentemente da idade. Não obstante, o artigo 5º e todos seus incisos que estabelecem direitos e garantias fundamentais de direitos e deveres individuais e coletivos a todos, independente de idoso ou não. Frisa-se a diferença entre direitos e garantias:

Direitos são disposições declaratórias de poder sobre determinados bens e pessoas. Representam por si sós certos bens. São principais e visam a realização das pessoas. Direito é o poder para realizar algo, pois o ordenamento jurídico possibilita. Garantias, em sentido estrito, são os mecanismos de proteção e de defesa dos direitos. Traduzem-se na garantia de os cidadãos exigirem dos Poderes Públicos a proteção dos seus direitos, bem como o reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade. Por

exemplo: habeas corpus, mandado de segurança, entre outros. São acessórios, estando vinculados aos direitos. (OLIVEIRA, 2015, p. 16).

Ainda no 7º inciso XXIV e inciso XXX que expõem acerca dos direitos vetando diferença salarial por idade e aposentadoria, que é mencionada no artigo 201 e artigo 203 inciso V, onde assevera a previdência social e a assistência social, garantindo um salário mensal para subsidiar sua subsistência. Perpassa ainda no artigo 229 onde informa que o filho maior de idade tem o dever amparar o pai na velhice, carência e enfermidade (BRASIL, 1988). E por fim, o artigo 230 da Constituição Federal que dispõe:

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. § 1º Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares. § 2º Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos. (BRASIL, 1988, online). (grifo nosso).

Frisa-se que apesar de ser dever da família, sociedade e Estado amparar a pessoa idosa, protegendo e cuidando para promover a manutenção de sua subsistência, garantindo-lhes dignidade e bem-estar, é um tanto utópico pensar na prática todos esses deveres/direitos são aplicados e que os idosos são integralmente amparados pela família, sociedade e Estado, visto que há atualmente muitos idosos em estado de vulnerabilidade. Nesse sentido, “o idoso fragilizado em situação de vulnerabilidade necessita de proteção para sua integralidade moral, dignidade humana e autonomia”. (MAIA, 2011).

2.2 POLÍTICA NACIONAL DO IDOSO

A política nacional do idoso foi instituída, pós Constituição Federal de 1988, mais precisamente em 1994. Sua criação deu-se em parceria com a ONU, em Assembleia realizada no ano de 1991, inclinada a princípios, diretrizes, organização e gestão em favor da pessoa idosa. A lei 8.842 de 4 de janeiro de 1994 dispõe acerca da política nacional do idoso criando o Conselho Nacional do Idoso e dentre outras deliberações (BRASIL, 1994).

O art. 3º da PNI estabelece em seus incisos os seguintes princípios:

[...]

I - a família, a sociedade e o estado têm o dever de assegurar ao idoso todos os direitos da **cidadania**, garantindo sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade, bem-estar e o direito à vida; II - o processo de envelhecimento diz respeito à sociedade em geral, devendo ser objeto de **conhecimento e informação** para todos; III - o idoso **não** deve sofrer **discriminação** de qualquer natureza; IV - o idoso deve ser o principal **agente** e o destinatário das **transformações** a serem efetivadas através desta política; V - as **diferenças** econômicas, sociais, regionais e, particularmente, as contradições entre o meio rural e o urbano do Brasil deverão ser **observadas** pelos **poderes públicos** e pela **sociedade em geral**, na aplicação desta lei. (BRASIL, 2006, online) (grifo nosso).

O inciso I desta mesma lei, assegura que a família, a sociedade e o estado possuem a obrigação de garantir ao idoso o direito à cidadania, buscando promover uma vida digna a pessoa idosa.

O inciso II visa promover a propagação de informações inerentes ao envelhecimento. O inciso III reforça o princípio constitucional da

isonomia, no que diz respeito à vedação a discriminação da pessoa idosa. O inciso IV coloca a pessoa idosa em evidência, sendo o principal objeto de transformação de política.

Por derradeiro, elege a heterogenia da pessoa idosa, no que concerne a diferenças sociais e regionais em meio rural e urbano, cabendo ao poder público e sociedade garantir aos idosos igualdade/ isonomia em direitos.

As diretrizes descritas no rol do art. 4º desta lei estabelece direcionamentos a serem observadas pelos seus responsáveis, qual seja: família, sociedade e estado.

Dispostas no art. 5 ao art. 10 desta lei, os capítulos III e IV estabelecem instruções acerca da aplicabilidade de direitos a serem observados pelo estado (entes federativos), cada um dentro de sua competência territorial, visando desenvolver ações que atendam a população idosa, garantindo-lhes assistência à saúde, educação, trabalho, previdência social, habitação/urbanismo, justiça, cultura, esporte e lazer.

2.3 CONSELHO NACIONAL DO IDOSO

O CNI é um órgão permanente, paritário e de caráter deliberativo que tem por finalidade, estabelecer meios para implementação da Política Nacional do Idoso (BRASIL, 2020, p.19). Criado pelo decreto 5.109 de 2004, foi revogado pelo decreto 9.893 de 2019, onde visa dentre outros, estabelecer políticas públicas que elucide um envelhecimento digno aos brasileiros. O CNI ainda promoveu a criação do Estatuto do Idoso, mecanismo de direitos especiais que promovam qualidade de vida ao idoso.

2.4 ESTATUTO DO IDOSO

O Estatuto do Idoso é “microsistema e tem o mérito de reconhecer as necessidades especiais dos mais velhos, estipulando

obrigações ao Estado” (DIAS, 2017). O Estatuto do Idoso regula os direitos assegurados à pessoa idosa, composto por 118 artigos, divididos em 7 títulos, onde determinam, dentro outros:

idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos – Faixa etária de pessoas idosas; reafirma os direitos fundamentais; reafirma a responsabilidade da família, sociedade e Estado garantir aos idosos dignidade, proteção, respeito e convivência familiar e comunitária (BRASIL, 2003, online).

Dentre os direitos fundamentais, o Estatuto do Idoso trata do direito à vida, preconizando o envelhecimento, sua proteção e direito social. Assegura ainda, garantir a proteção à vida e a saúde, instituídas por meio de políticas públicas que garantam um envelhecimento digno.

Ainda aborda acerca do direito à liberdade, respeito e dignidade, assegurando ao idoso proteção no que concerne ao seu direito de ir e vir em espaços públicos, enfatizando a inviolabilidade da integridade física e psicológica, assim como, moral, partindo do pressuposto de que é dever de todos prezar pela dignidade da pessoa idosa.

Não obstante, o Estatuto do Idoso preocupou-se em enfatizar os direitos sociais já garantidos constitucionalmente, como: alimentos, saúde, educação, cultura, esporte, lazer, trabalho, previdência social e assistência social, bem como, habitação com moradia digna e transporte (acesso gratuito a transportes públicos a idosos com idade igual ou superior a 65 anos).

O título III do Estatuto do Idoso, trata de medidas de visem a proteção da pessoa idosa, em casos de ação ou omissão da família, sociedade e estado, ou em razão da própria pessoa idosa, ainda, no título IV assegura ao idoso, políticas por meio de ações governamentais (entes federados), assim como, entes não-governamentais que visem a assistência ao idoso.

Se a família não tiver condições para socorrê-lo nestes casos, o poder público a substituirá dentro da sua possibilidade. É evidente que deve haver uma investigação sumária procedida pelo órgão competente para saber se o idoso pertence a uma família economicamente bem estruturada e é omissa quanto aos cuidados que deve dispensar a ele, deixando-lhe faltar bens materiais, alimentação, assistência médico-hospitalar e outros direitos a ele inerentes. Se durante a investigação for comprovado que a família tem recursos econômicos e deixa de manter materialmente o idoso por omissão, o responsável deve sofrer sanção penal e civil. (FRANCO, 2012, p. 28)

O Estatuto do Idoso autoriza a criação de varas específicas para idosos, assegurando prioridade na tramitação processual. Acentua o papel do ministério público em proteção a pessoa idosa no título V. Ainda, os títulos VI e VII tratam dos crimes em espécie.

3 POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS À PROTEÇÃO DOS IDOSOS

O Brasil está caminhando a passos lentos, concernente à proteção dos idosos, as políticas públicas e cuidados são aplicados morosamente. Neste ponto, elucida-se que com o rápido crescimento dos idosos, não haverá políticas públicas, capazes de atender a todos os idosos em estado de vulnerabilidade. A população de pessoas com 60 anos ou mais enfrenta problemas específicos, crônicos e tendem a evoluir para limitações físicas e psicológicas, gerando maior dependência e necessidade de cuidado.

Como “medida específica de proteção” (art. 45, V e VI, da Lei 10.741/2003), o abrigo é procedimento extremo, cuja utilização se admite somente quando outras ações protetivas dos idosos se mostrarem

insuficientes ou inviáveis para afastar situação de risco à vida, saúde, integridade física e mental. Imperioso que instituições excepcionais desse tipo existam e possam acolher tais sujeitos hipervulneráveis. Mas tudo sem esquecer que o idoso em estado de risco demanda rede de proteção imediata e humanizada, que vá até ele, que o ampare em todos os aspectos e que lhe assegure um mínimo de autonomia, pois a velhice não apaga o valor ou a necessidade de liberdade. (BRASIL, 2017, apud BOING, 2021. p. 33).

Nesse sentido, no campo legislativo, a pessoa idosa está assegurada de garantias, entretanto, é necessário a execução e aplicabilidade desses direitos para melhor qualidade de vida. Portanto, será tratado a seguir de algumas políticas públicas, em campos específicos existentes.

A política pública voltada à saúde está relacionada ao sistema único de saúde-SUS que atende a todos, inclusive idosos. Existem ainda os centros de referência voltadas a assistência à saúde do idoso, os serviços de secretarias de saúde dos entes federativos.

A política pública de assistência social refere-se a instituições que visam prestar assistência à pessoa idosa (Richa, online), são exemplos: instituições de longa permanência onde é realizada a internação de pessoa acima de 60 anos por tempo indeterminado, casas-lar destinadas a idosos fora do convívio familiar e com renda insuficiente para sua subsistência, centros-dia que cuida dos idosos durante o dia; repúblicas que são lugares que acomodam idosos independentes, atendimento domiciliar e o benefício de prestação continuada que é um benefício pago ao idoso acima de 65 anos, no equivalente a 1 salário mínimo, para subsidiar sua subsistência.

[...] o próprio Estatuto do Idoso, no artigo 9º, estabelece ser obrigação do Estado garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, por meio de políticas públicas que permitam um envelhecimento saudável

e em condições de dignidade. Repete-se, aqui, a obrigação de observância da dignidade da pessoa humana, cujo conceito abrange a obrigação do poder público em conceder ao cidadão todos os direitos preconizados na própria Constituição Federal, como, por exemplo, o direito à vida, à saúde, à educação, à segurança, às condições mínimas de higiene, a uma moradia saudável, à alimentação [...]. (JÚNIOR, 2011, p. 11)

Portanto, visando garantir direitos fundamentais e sociais a pessoa idosa, é necessário que além da sociedade, tenha principalmente, a atuação do Estado para que este promova políticas públicas, bem como, viabilizar a aplicação dessa política para que proporcione aplicabilidade/efetividade de direitos assegurados a este público de faixa etária.

4 IDOSO EM ESTADO DE VULNERABILIDADE

Envelhecer é uma arte, envelhecer com dignidade é um Direito. O Estatuto do Idoso em artigo 9º declara que é obrigação do Estado garantir proteção à vida e a saúde, com uso de medidas públicas que visem garantir a saúde e dignidade da pessoa idosa. Entretanto, apesar de existir políticas que visem assegurar a proteção dos idosos, ainda são insuficientes para atender a demanda existente de forma integral, o que tende a agravar devido ao progressivo aumento da população idosa no Brasil.

A saúde do idoso é um ponto importante, no que tange a sua vulnerabilidade, tendo em vista o aparecimento de doenças atinentes à idade, como: osteoporose, derrames, diabetes, Alzheimer e outros. Por outro lado, há o processo de senescência que deriva do aparecimento de questões físicas e psicológicas (BARLETTA, 2008), que não estão ligadas diretamente a saúde, mas sim, ao processo fisiológico atinente ao envelhecimento natural do ser humano.

Vulneráveis por todas as vicissitudes do movimento inverso ao da infância, a partir de quando se cresce, ganha-se força, desenvolve-se a inteligência, alguns idosos, em certa medida, involuem, decrescem, submergem. (BARLETTA, 2008, p. 21).

Entretanto, a presente monografia visa tratar da vulnerabilidade dos idosos, em casos que não há amparo familiar (TARTUCE, 2007), seja pela morte de seu ente querido, de pessoas que não possuem cônjuge, companheiro, filhos, outro familiar e ainda em casos de abandono afetivo inverso, deixando o idoso a mercê de seu próprio sustento, sendo este incapaz de subsidiar, economicamente, fisicamente, sua própria subsistência.

Nesse atual contexto de uma maior longevidade da população, é possível que as pessoas idosas não possuam uma rede de apoio familiar em que possam se apoiar. Aliás, um estudo americano constatou que 22% dos atuais adultos serão considerados idosos órfãos (*elderly orphans*), ou seja, pessoas que não possuem cônjuge ou filhos dos quais possam vir a depender ou ter como rede de apoio. (BRASIL, 2020, online).

O Abandono Afetivo Inverso é uma prática que tem se tornado corriqueiro entre as famílias, a falta de afeto tem sido uma das consequências do abandono, colocando a pessoa idosa em estado de vulnerabilidade, cabendo ao Estado, protegê-la. Em 2013 a Secretaria Especial do Idoso do Distrito Federal registrou 60 denúncias de violência contra a pessoa idosa, sendo abandono em 20 dos casos (IBDFAM, 2013), não obstante, o número de abandono de idosos aumentou 33% entre os anos de 2012 e 2017 (Câmara, 2019), diante disso, com o sucessivo aumento da população idosa, este número irá crescer progressivamente.

Diz-se abandono afetivo inverso a inação de afeto, ou mais precisamente, a não permanência do cuidar, dos filhos para com os genitores, de regra idosos, quando o cuidado tem o seu valor jurídico imaterial servindo de base fundante para o estabelecimento da solidariedade familiar e da segurança afetiva da família. (BRASIL, 2013, online)

Diante disso, é importante esclarecer que embora abandono e alienação parental inversa sejam institutos diferentes, eles se aproximam, visto que caracterizam como formas de violência em face da pessoa idosa (BRASIL, 2020).

4.1 ABANDONO AFETIVO INVERSO

Os idosos são sujeitos de direitos, assim como qualquer outro brasileiro, entretanto, necessitam de cuidados especiais, em decorrência de sua idade e complicações advindas delas. O abandono afetivo, consiste em uma falta de cuidado, amparo e assistência de seus filhos, netos e demais descendentes, para com seus ascendentes. É dever dos filhos ajudar e amparar os pais na velhice, conforme descrito no artigo 229 na Constituição Federal (BRASIL, 1988), bem como é também obrigação da família assegurar ao idoso a efetivação do direito à vida saúde, alimentação, educação, cultura, esporte, lazer, trabalho, cidadania, liberdade, dignidade, respeito, convivência familiar e comunitária, conforme descrito no artigo 3 do Estatuto do Idoso (BRASIL, 2003). Para tanto, Maria Berenice Dias conceitua Abandono Afetivo Inverso:

Quando se trata de pessoa idosa, chama-se de abandono afetivo inverso: o inadimplemento dos deveres de cuidado e afeto dos descendentes para com os ascendentes, conforme impõe a Constituição Federal em seu art. 229. Afinal, os idosos também

sofrem com a falta de convivência com os seus afetos, como reconhece enunciado do IBDFAM.¹² Esta é a posição de Álvaro Villaça Azevedo: O descaso entre pais e filhos é algo que merece punição, é abandono moral grave, que precisa merecer severa atuação do Poder Judiciário, para que se reserve não o amor ou a obrigação de amar, o que seria impossível, mas a responsabilidade diante do descumprimento do dever de cuidar, que causa o trauma moral da rejeição e da indiferença. (DIAS, 2017, p. 648)

Elucida-se ainda que a falta de convivência, contato, comunicação e zelo, desencadeiam doenças psicossomáticas, depressão e também causas de suicídio na terceira idade (Girardi, 2019). Diante disso, resta claro que, abandonar afetivamente o idoso em estado de vulnerabilidade, caracteriza um ato passível de responsabilidade civil, conforme voto proferido por Nancy Andrichi no Recurso Especial Nº 1.159.242 – SP (Brasil, 2012) com corrente favorável à responsabilização, enquanto o abandono material pode-se caracterizar um crime, com pena - detenção de 6 meses a 3 anos e multa, conforme artigo 98 do Estatuto de Idoso (BRASIL, 2003).

4.2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é um princípio basilar da Constituição Federal, descrito em seu artigo primeiro:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana. (BRASIL, 1988, online)

De natureza abstrata, este princípio é de difícil conceituação, por ser de extrema relevância para a sociedade, eis que foi construído a partir de histórias marcadas ao fim da primeira e segunda guerra mundial, evidenciando a proteção da vida e condição humana, conforme descrito na Declaração dos Direitos Humanos de 1948 em seu artigo 1º: os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. O princípio da Dignidade da Pessoa Humana então, será conceituado, de acordo com o lugar, a cultura e a sociedade, entendendo que a dignidade é um direito humano, de todos.

A Dignidade da Pessoa Humana, é um dos fundamentos do Estado brasileiro, constitui-se no valor constitucional supremo em torno do qual gravitam os direitos fundamentais (Novelino, 2008). Este resguarda ao ser humano uma condição de meio para o bem estar da sociedade Brasileira, assegurando condições mínimas para que leve uma vida digna. Assim preceitua Alexandre de Moraes acerca da Dignidade da Pessoa Humana:

Concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a idéia 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, 2003, p. 41). (grifo nosso).

Este princípio transcende a vários ramos do direito, inclusive no Direito de Família, no que tange aos idosos em estado de vulnerabilidade e abandono. Enquanto de um lado se tem um Estado, que possui dever de cuidado, de outro, se tem as limitações orçamentárias. Até que ponto pode o Estado se eximir de sua responsabilidade, atribuindo a falta de orçamento como principal motivo. Este princípio, portanto, está atrelado ao mínimo existencial, assegurando direitos fundamentais básicos inerentes à pessoa humana.

Art. 2º O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade. (BRASIL, 2003, online)

Diante disso, é dever (jurídico) fundamental do Estado promover meios para que subsidiem a pessoa idosa, para que esta tenha uma vida digna, promovendo proteção da dignidade humana, bem como, dever para todas as questões jurídico- dogmáticas particulares (JUNIOR NERY, 2017).

5 PROJETOS DE LEI EM TRAMITAÇÃO

Em análise aos Projetos de Lei em tramitação, será explanado na presente monografia os Projetos de Lei 5532/2019, 5475/2019 e 105/2020 em tramitação no Congresso Nacional, que objetivam colocar a pessoa idosa em família substituta, explicando as especificidades de cada Projeto.

5.1 PROJETO DE LEI 5532-2019

O Projeto de Lei 5532 de 2019, criado pelo Deputado Ossesio Silva - PRB, visa alterar a Lei 10.741 de 2003 do Estatuto do Idoso, incluindo a Adoção de Idosos, mais conhecida como: Lei Dona Cotinha, no artigo 45 do Estatuto do Idoso acrescentando o inciso VII, nos termos a seguir:

Art. 45. [...]

VII – colocação em família substituta. §1º As pessoas idosas receberão todo o apoio necessário para ter preservado o direito à convivência familiar no seio de sua família natural e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento ativo e saudável; § 2º A colocação em família substituta far-se-á mediante acolhimento, curatela ou adoção, nos termos desta Lei; § 3º Ao idoso que esteja no domínio de suas faculdades mentais será assegurado o seu consentimento, colhido em audiência, para colocação em família substituta; § 4º Não se deferirá colocação em família substituta à pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado; § 5º A adoção de idosos dependerá da assistência efetiva do poder público e de sentença constitutiva, aplicando-se, no que couber, as regras gerais da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente. § 6º A colocação do idoso em família substituta terá acompanhamento posterior, realizados pela equipe interprofissional, preferencialmente com o apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar. Art. 3º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação. (BRASIL, 2019, online).

Este projeto já passou pelo Plenário, Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, Coordenação de Comissões Permanentes e retornou a Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, conforme informações da Câmara dos Deputados, sendo apensado ao Projeto de Lei 105-2020 e outros. Este projeto tramita pelo regime prioritário de tramitação, com base no artigo 151, inciso II do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, que dispõe:

Os projetos em prioridade terão prazos de 10 sessões para deliberação em cada Comissão. Os projetos de iniciativa do Poder Executivo, do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Defensoria Pública, da Mesa, de Comissão Permanente ou Especial, do Senado ou dos cidadãos (iniciativa popular) são, pela autoria, prioritários. São também definidos com o regime de prioridade os Projetos de Leis Complementares e os projetos de lei ordinária que se destinem a regulamentar dispositivo constitucional e suas alterações, os projetos de lei com prazo determinado, os de regulamentação de eleições, e suas alterações, e, por fim, os de alteração ou reforma do Regimento Interno. (BRASIL, 2020, online).

Este projeto visa atender aos idosos em caráter de vulnerabilidade e abandono, visto que não é todos os idosos possuem o privilégio de ter um familiar a seu dispor e não há capacidade de inclusão de todos os idosos em asilos e instituições de longa permanência, eis que não são todos os Estados ou Municípios que possuem essas instituições públicas.

5.2 PROJETO DE LEI Nº 5475-2019

O Projeto de Lei 5475-2019 criado pelo deputado Pedro Augusto Bezerra - PTB/CE propõe-se a alteração da Lei 10.741 de 2003 do Estatuto

do Idoso, bem como, a Lei nº 8.069 de 1990 do Estatuto da Criança e adolescente, para acrescentar a adoção de idosos. No Estatuto do Idoso será acrescido o capítulo XI, com os seguintes artigos 42a, 42b e 42c, conforme a seguir:

Art. 42-A Todo idoso que estiver inserido em programa de acolhimento familiar ou institucional terá sua situação reavaliada, no máximo, a cada 3 (três) meses, devendo a autoridade judiciária competente, com base em relatório elaborado por equipe interprofissional ou multidisciplinar, decidir de forma fundamentada pela possibilidade de reintegração familiar ou pela colocação em família substituta, por meio de adoção.

Art. 42-B. A colocação em família substituta far-se-á mediante adoção, independentemente da situação jurídica do idoso, nos termos desta Lei.

Art. 42-C A adoção será precedida de estágio de convivência com o idoso, pelo prazo máximo de 90 (noventa) dias, observadas as peculiaridades do caso §1º. Sempre que possível, o idoso será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu de compreensão PL n.5475/2019 Apresentação: 09/10/2019 19:40 2 sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada § 2º O prazo máximo estabelecido no caput deste artigo pode ser prorrogado por até igual período, mediante decisão fundamentada da autoridade judiciária; § 3º Ao final do prazo estabelecido, deverá ser apresentado laudo fundamentado pela equipe interprofissional ou multidisciplinar, que recomendará ou não o deferimento da adoção à autoridade judiciária. § 4º – O prazo máximo para conclusão da ação de adoção será de 120 (cento e vinte) dias, prorrogável uma única vez por igual período, mediante decisão fundamentada da autoridade judiciária; (Projeto de Lei 5475/2019)

No Estatuto da Criança e do Adolescente, irá alterar o parágrafo 3º, para valer:

Art. 42 ...§ 3º Os adotantes devem ser, pelo menos, dezesseis anos mais velhos do que o adotando, podendo o juiz, a depender do tempo de convivência, flexibilizar esta diferença de idade. (BRASIL, 2019, online).

A tramitação deste projeto passou pela Mesa Diretora e permanece na Coordenação de Comissões Permanentes, foi apensado ao Projeto de Lei 956/2019 e segue pelo regime prioritário de tramitação (CÂMARA, online).

O presente projeto visa atender a pessoas idosas que estejam inseridos em programa de acolhimento familiar/institucional, promovendo a reintegração familiar deste idoso ou a colocação em família substituta por meio da adoção, sendo esta a última alternativa a ser seguida.

5.3 PROJETO DE LEI 105-2020

O Projeto de Lei nº 105 de 2020 foi criado por Pedro Lucas Fernandes - PTB/MA e tem como objetivo criar um novo instituto denominado SENEXÃO, visando colocar a pessoa idosa em família substituta. Este novo instituto atenderá pessoas idosos em estado de vulnerabilidade ou abandonadas, conforme explanado abaixo:

Art. 45 A. Idosos em situação de vulnerabilidade ou abandono, que tenham sido encaminhados a abrigos ou estejam desamparados pelas famílias originárias podem ser integrados em família receptora pelo instituto da senexão, conforme Art. 55 A e seguintes. (PL 105-2020, online)

Nada obstante, além de acrescentar o artigo 45a, também serão adicionados outros artigos, a fim de definir os direitos e deveres ao senectado e senector. Entre outras medidas, o instituto da senexão será ato irrevogável e deverá ser registrado em cartório, não há relações de filiação ou inclusão no direito sucessório, com exceção de herança vacante, pois terá prioridade à ordem sucessória, frente ao Estado (PL 105-2020, online).

O Projeto de Lei 105 de 2020, assim como os outros demonstrados acima, tramita pelo regime prioritário e foi apensado ao Projeto de lei 5532/2019. Este projeto já passou pela Mesa Diretora e Coordenação de Comissões Permanentes (Câmara, online).

Este projeto se mostra mais viável e inovador em detrimento dos demais demonstrados acima, eis que contempla questões relacionadas ao direito sucessório, filiação e outros. Esclarecendo que a colocação em família substituta não estabelecerá vínculos de filiação, não gerando deveres originados desta obrigação. Ainda, esclarece que somente haverá direito sucessório, caso seja herança vacante, tendo preferência face ao Estado. Por fim, salienta que a pessoa idosa será reconhecida como membro familiar por meio da socioafetividade.

5.4 CONSIDERAÇÕES GERAIS ACERCA DOS PROJETOS DE LEI

Os Projetos de Lei 5532/2019 e 5475/2019 possuem certa similitude, haja vista que objetivam colocar a pessoa idosa em família substituta com vínculo de filiação, através da adoção de idosos. Diante disso, estes projetos acarretarão os efeitos que decorrem da filiação, como exemplo: sucessão. O Projeto de Lei 105/2020, por sua vez, colocará a pessoa idosa em família substitutiva sem vínculo de filiação, eis que deixou expresso “Art. 55 C. A senexão não estabelece vínculos de filiação entre senector e senectado” (PL 105-2020, online), desse modo, não afetará os direitos sucessórios, com exceção da herança vacante, pois assegurou ao senector o direito de preferência face ao

Estado à herança vacante, conforme artigo 55, inciso III deste projeto (PL 105-2020, online).

Nada obstante, a senexão estabeleceu “vínculos de parentesco sócio afetivo”, assim, por analogia, aplicará o artigo 1.593 do Código Civil que dispõe “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.” (BRASIL, 2002).

Noutro ponto, vislumbra-se que a senexão irá abarcar idosos em situação de vulnerabilidade ou abandono, isso se assemelha ao PL 5532-2019, entretanto, para o PL 5475/2019 a adoção será de pessoa que esteja “inserida em programa de acolhimento familiar ou institucional” conforme artigo Art. 42a deste Projeto (PL 5475-2019, online).

Frisa-se ainda que os projetos possuem um ponto em comum, tendo em vista que para se constituir Adoção ou senexão, será necessário postular pela via judicial. Neste íterim, frisa-se um ponto desfavorável, pois se aplicarmos os mesmos parâmetros de uma adoção de crianças, em virtude da sua morosidade, não seria propício deixar uma pessoa idosa, já com o avançar de sua idade, aguardar tanto tempo por uma assistência, mesmo com a prioridade de tramitação processual, conforme artigo 71 do Estatuto do Idoso (BRASIL, 2003) e 1.048 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015).

6 A VIABILIDADE DO INSTITUTO DA SENEXÃO NO BRASIL

O Projeto de Lei 105-2020 tem como principal objetivo, colocar a pessoa idosa em família substituta, sem que este, derive relações de filiação, destina-se ao idoso em situação de vulnerabilidade ou abandono e traz propostas como a possibilidade do senectado ter direitos sucessórios. O Instituto Senexão, surgiu devido ao significado da palavra “formada da raiz latina “senex”, que corresponde a idoso e do sufixo “ão” que designa pertencimento, como em aldeia/aldeão, cidade/cidadão. (PL 105-2020, online), conforme descrito pelo autor do projeto.

O Projeto de Lei criou direitos e obrigações para senector e senectado, desse modo, vetaram derivações nos campos sucessórios, alimentícios e outros, tendo em vista que não estabelece vínculos de filiação. Por outro lado, o Instituto Senexão estabeleceu vínculo de parentesco socioafetivo, instituto já consagrado e que vincula parentalidade, diante disso, acredita-se que o autor do projeto promoveu uma ampliação conceitual de uma vinculação socioafetividade não parental, colocando a pessoa idosa como um parente atípico no ambiente familiar, sem vinculação de filiação “o projeto pode ter tido o louvável papel de ampliar o espectro conceitual da socioafetividade” (IBDFAM, 2020), haja vista que já existem discussões conforme descrito por Calmon:

Nesse cenário, o próprio conceito de filiação se transforma, refutando noções e dogmas preestabelecidos e pautados exclusivamente em aspectos biológicos, para abarcar igualmente relações pautadas no afeto. Até aqui, inexistia qualquer novidade, já que é pacífico que, além da adoção, pode vir a existir, por exemplo, a parentalidade socioafetiva e a multiparentalidade, que atualmente se encontram bastante difundidas, seja por sua aceitação pelos Tribunais de Superposição (STF, RE 898.060/SC), seja pela sua regulamentação em atos normativos emanados pelo Conselho Nacional de Justiça. (CALMON, 2020, online).

Por outro lado, o presente PL traz um artigo que poderá gerar implicações e que possivelmente possa ser alterado, qual seja “Art. 55 G. Havendo senexão, todas as decisões sobre tratamentos médicos e quaisquer atividades do senectado - em caso de sua impossibilidade de decidir - são de responsabilidade do senector” (PL 105-2020, online), haja vista que para que isso possa ocorrer, é necessária propositura de ação judicial, para que anuncie o senector como curador, respeitando o Princípio do Devido Processo Legal, conforme explanado por Calmon:

Deveras, quando uma pessoa está impossibilitada de decidir, em virtude de alguma causa de incapacidade, é indispensável que haja a propositura da ação de curatela e, com isso, sejam resguardados os direitos dessa pessoa. Nem mesmo a família biológica poderá decidir atos generalizados daquela pessoa incapaz por si, já que isto seria um ato que atentaria frontalmente contra a própria perspectiva de maior autonomia do idoso, sendo o mesmo do que uma “interdição” sem o devido processo legal. (CALMON, 2020, online).

Além dessas questões, enfatiza-se que este PL 105-2020 se mostra muito mais viável a situação proposta, eis que não afetaria questões sucessórias e derivações. Para além, frisa-se que embora o Instituto da Senexão, bem como a Adoção de Idosos demandem um procedimento judicial, a adoção de idosos parece ter um trâmite mais bem delimitado e prolongado (CALMON, 2020).

Noutro ponto, conforme descrito pelo autor do Projeto de Lei, Adoção não seria o termo correto, pois “Adoção é ato civil pelo qual alguém assume condição de filho de outra pessoa”, diante disso, o termo Senexão seria mais adequado “não implicando o questionamento de laços da relação pais/filhos” (IBDFAM, 2020, online).

7 A VIABILIDADE DA ADOÇÃO DE IDOSOS NO BRASIL

Os Projetos de Lei 5532/2019 e 5475/2019 objetivam colocar a pessoa idosa em família substituta, atribuindo a estes vínculo de filiação. Desse modo, abarcaria direitos sucessórios do Artigo 1.784 e seguintes do Código Civil. Salienta-se que enquanto o Projeto 5475/2019 delimita atender idosos que estejam no “programa de acolhimento familiar ou institucional”, o Projeto 5532/2019 abrange a idosos em situação de abandono e vulnerabilidade.

Noutro ponto, salienta-se que o artigo 37 do Estatuto do Idoso já menciona acerca da família substituta “O idoso tem direito à moradia digna, no seio da família natural ou substituta (...)” (Brasil, 2003),

ainda o artigo 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente, menciona “A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei” (Brasil, 2003), diante disso, o ordenamento jurídico já oferece uma viabilidade mínima para a adoção de idosos. Entretanto, é indispensável que haja uma construção jurisprudencial nesse sentido, conferindo aparato que contribua para o desenvolvimento da questão, inclusive no aspecto prático (IBDFAM, 2020, online).

Ambos os projetos demandariam do Judiciário sentença constitutiva, o que demonstra um procedimento muito mais demorado, seguindo a regra estabelecida no Artigo 1.619 do Código Civil que preceitua:

Art. 1.619. A adoção de maiores de 18 (dezoito) anos dependerá da assistência efetiva do poder público e de sentença constitutiva, aplicando-se, no que couber, as regras gerais da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente. (BRASIL, 2002).

Especificações do Projeto de Lei 5532/2019:

colocação em família substituta mediante acolhimento, curatela ou adoção;
colhimento de consentimento em audiência;
assistência efetiva do poder público e de sentença constitutiva;
acompanhamento posterior realizado por equipe interprofissional.

Especificações do Projeto de Lei 5475/2019:

colocação em família substituta, por meio de adoção;

a todo idoso que estiver inserido em programa de acolhimento familiar ou institucional; adesão ao estágio de convivência com análise de equipe interprofissional para verificar a viabilidade da adoção.

Conforme descrito no artigo 28, parágrafo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente “§ 2º Tratando-se de maior de 12 (doze) anos de idade, será necessário seu consentimento, colhido em audiência.” (Brasil, 1990) assim também será aplicado a ambos os projetos, quando a pessoa idosa, em uso de suas faculdades mentais, irá consentir ou não com a adoção. Portanto, para que haja tal consentimento, será necessário um vínculo afetivo entre adotante e adotado, para que se complete a viabilidade do instituto.

Não obstante, os efeitos decorrentes da adoção poderão afetar várias áreas, haja vista que os projetos não delimitam se serão apenas para pessoas idosas em estado de vulnerabilidade ou casos de abandono, apenas o Projeto de Lei 5475/2019 trata minimamente este ponto informando que o projeto será para idosos que estejam no “programa de acolhimento familiar ou institucional” (PL 5475-2019, online), assim, como de costume, a adoção rompe vínculos conforme o Artigo 41 do ECA:

Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais. (BRASIL, 1990, online).

Diante disso, sendo o rompimento de vínculo com a família anterior, um dos efeitos da adoção, é preocupante pensar na hipótese de a pessoa idosa possuir filhos. Parentes e afins, sendo extremamente necessário que os projetos especifiquem e se atentem a estes casos.

8 CASO DONA COTINHA

O Caso Dona Cotinha é um grande marco, que fomenta ainda mais o reconhecimento e necessidade de ampliação de novos institutos que visem à proteção dos idosos em estado de vulnerabilidade. O Projeto de lei 5532 de 2019, criado pelo Deputado Federal Ossesio Silva foi inspirado nessa história. Em um dado momento de sua infância, Cota sofreu um acidente junto com seu irmão. Seu irmão faleceu. Ocorre que ambos não portavam documentos de identificação e depois de muito tempo em unidade de terapia intensiva-UTI, não houve procura pelos seus responsáveis no hospital Beneficência Portuguesa, situado no interior de São Paulo. Diante disso, Cota foi acolhida e passou a viver neste hospital, auxiliando nas tarefas domésticas.

Foi no hospital que sua atual curadora Gláucia Andressa dos Santos Gomes a conheceu. Em 2015, o hospital faliu e foi fechado, deixando Cota em estado de vulnerabilidade. Diante disso, Gláucia, postulou pela via judicial, requerendo o reconhecimento da adoção socioafetiva, e subsidiariamente, o reconhecimento do instituto senexão, conforme Projeto de Lei 105/2020.

AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE MATERNIDADE SOCIAFETIVA OU ADOÇÃO SOCIAFETIVA DE IDOSA. Ré viveu desde os 5 anos de idade em hospital, passando a residir com a autora no ano de 2016 e atualmente com 68 anos de idade. Autora que afirma ter relação materno-filial com a ré, idosa portadora de “retardo mental grave”. Sentença que julgou a ação improcedente. Recurso interposto pela autora. Socioafetividade que constitui fonte autônoma de parentesco, independentemente do vínculo biológico ou jurídico. Não comprovação da posse de estado de filha de idosa. Adoção de idosa inviável, seja em razão do não preenchimento objetivo da diferença de idade, seja por não apresentar reais benefícios à adotanda. Instrumentos jurídicos exercidos pela

autora em favor da ré que já garantem a dignidade da idosa. Exercício de curatela pela autora, e inclusão de sobrenome no assento de nascimento da idosa que concretizam a dignidade e permitem exercício de cidadania. Institutos da maternidade socioafetiva e adoção que devem ser preservados em sua natureza e são sempre deferidos em benefício da pessoa vulnerável. Afeto e confiança existente entre partes que, embora existentes, não autorizam, por si só, o reconhecimento da relação materno-filial. Recurso não provido. (TJ-SP – AC: 10072586920198260037 SP 100758-69.2019.8.26.0037, Relator: Francisco Loureiro, Data do Julgamento: 20/10/2020, 1ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 21/10/2020).

Desse modo, haja vista que a sentença e o acórdão restaram negativos, a autora permaneceu como curadora, exercendo o papel de cuidadora da idosa e de seu eventual patrimônio.

8.1 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO CASO DONA COTINHA

Atentando ao caso concreto, denominado “Dona Cotinha”, tendo em vista sua grande repercussão. A autora, na ação judicial, requeria não apenas cuidar da idosa, mas, ter reconhecimento da maternidade socioafetiva ou adoção socioafetiva da idosa, entretanto, como visto, o mesmo foi indeferido. Salientou o Relator que os “instrumentos jurídicos exercidos pela autora em favor da ré que já garantem a dignidade da idosa”, contudo, verifica-se uma diferenciação entre os institutos da curadoria e da adoção, eis que a adoção é completa e curadoria não caracteriza vínculo familiar/parental, pois atuará apenas curador dos atos civis, prestando-lhe assistência. Conforme explanado por Fábio Ulhoa Coelho:

À pessoa maior considerada legalmente incapaz (CC, art. 4.º, II a IV) deve ser nomeado um curador

para assisti-la em todos os atos da vida civil. Quem nomeia o curador é o juiz, ao sentenciar o processo de interdição, a partir de critérios estabelecidos na lei (CC, arts. 1.767 e s.). A partir da investidura do curador em sua função, todos os atos e negócios jurídicos de interesse do interdito serão praticados mediante sua assistência. (COELHO, 2020, online).

A adoção por sua vez é completa, pois consiste no ato de colocação da pessoa em família substituta, sendo irrevogável e equiparado a filho, conforme artigo 227 parágrafo 6º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), resguardando ao adotado os mesmos direitos relativos à filiação.

Diante disso, não restam dúvidas que para a Dona Cotinha seria viável o deferimento e aplicabilidade do instituto senexão, eis que a autora pretende não apenas praticar os atos civis, mas ter reconhecimento do seu vínculo socioafetivo, para que a Dona Cotinha seja não só considerada, mas reconhecida como parente, ainda que atípico, da autora.

8.2 PRINCÍPIO DA SOCIOAFETIVIDADE

O Direito de família é o ramo do direito que muda constantemente, haja vista que com o passar dos anos o modelo de família foi ampliado. Não obstante, o Princípio da Socioafetividade foi originado dessas mudanças. A expressão socioafetividade foi “citada inicialmente em 1992 pelo professor Luiz Edson Fachin em seu livro Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida” (IBDFAM, 2016).

O afeto, para o Direito, transcende o significado de sentimentos, de amor, representando um ato-fato continuum que pode apresentar consequências jurídicas, de modo que, quando esboçado e

reconhecido no meio social, dá origem ao termo e a teoria da socioafetividade (PEREIRA, 2015, p. 19)

A Socioafetividade é um vínculo parental sem que este tenha relações consanguíneas, para tanto, esclarece Maria Berenice Dias “o afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar, não do sangue.” (DIAS, 2013, p. 73), desse modo, entende-se que há um vínculo de parentesco, promovido pelo reconhecimento jurídico do afeto, ultrapassando o entendimento de que a socioafetividade é apenas sentimento, amor, haja vista que sua constituição gera efeitos jurídicos diversos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo procurou discorrer acerca da viabilidade dos institutos Senexão e Adoção de Idosos no Brasil, relacionados aos Projetos de Lei 5532/2019, 5475/2019 e 105/2020 em tramitação, haja vista que, com o aumento de pessoas idosas, será necessário medidas que auxiliem pessoas deste grupo de faixa etária. Desse modo, face ao atual cenário de idosos que se encontram em estado de vulnerabilidade, seja pela incapacidade de se subsidiar, seja pela ausência de parentes ou pelo abandono afetivo inverso, é necessário que além de políticas públicas, seja promovido novos institutos que assistam aos idosos, garantindo-lhes dignidade.

Conforme restou comprovado, o Instituto da Adoção promovido pelos Projetos de lei 5532/2019 e 5475/2019 visam colocar a pessoa idosa em família, aplicados por analogia ao Estatuto da Criança e do Adolescente, atribuindo efeitos decorrentes da adoção, com rompimento de vínculos anteriores e promovendo questões sucessórias, prestação de alimentos e demais direitos e deveres decorrentes da adoção. Entretanto, ainda que minimamente, o ordenamento jurídico já oferece viabilidade para adoção, através do artigo 37 do Estatuto do Idoso (BRASIL, 2003) e artigo 28 do Estatuto

da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990), mas que não significa uma estrutura sólida para legalização, sendo necessárias pontuações acerca dos direitos e deveres decorrentes da adoção, com diretrizes específicas para a pessoa idosa.

Por outro lado, o Projeto de Lei 105/2020, teve a felicidade de criar um novo instituto, denominado Senexão que além de colocar a pessoa idosa em família substituta, preocupou-se em tratar acerca da sucessão, atribuindo direito de preferência ao senector apenas em casos de herança vacante e enfatizou que na senexão não haverá vínculos filiação, permitindo que a pessoa idosa não rompa vínculos anteriores, acrescentou ainda que o idoso será um parente atípico, reconhecido como membro da família amparada pelas relações socioafetivas.

Portanto, em análise aos Projetos de Lei apresentados, o mais coerente seria a criação de um novo instituto, *sui generis*, como o Projeto de Lei 105/2020, eis que aborda questões peculiares como filiação, sucessão e parentalidade.

REFERÊNCIAS

ABANDONO afetivo inverso pode gerar indenização. **IBDFAM**. Publicado em 16 de julho de 2013. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/noticias/5086/+Abandono+afetivo+inverso+pode+gerar+indeniza%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 12/08/2021.

ADOÇÃO ou senexão: uma saída para garantir o direito à convivência familiar e comunitária à pessoa idosa. **IBDFAM**. Publicado em 28 de maio de 2020. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/noticias/7318/Ado%C3%A7%C3%A3o+ou+senex%C3%A3o:+uma+sa%C3%ADda+para+garantir+o+direito+%C3%A0+conviv%C3%Aancia+famili+r+e+comu-nit%C3%A1ria+%C3%A0+pessoa+idosa>>. Acesso em: 14/10/2021.

BALANÇO anual do Disque 100 registra aumento de 13% em denúncias de violações contra a pessoa idosa. **Governo Federal**. Publicado em 11 de junho de 2019. Atualizado em 12 de junho de 2019. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2019/junho/balanco-anual-do-disque-100-registra-aumento-de-13-em-denuncias-de-violacoes-contr-a-pessoa-idosa>>. Acesso em: 18/10/2021.

BARLETTA, F. R. **O Direito à Saúde da Pessoa Idosa**. Tese de Doutorado. Departamento de Direito. Rio de Janeiro: 2008. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp076886.pdf>>. Acesso em: 25/10/2021.

BOING, E. A. **A possibilidade de adoção de idosos com base no princípio da afetividade**. Santa Catarina, 2021. 33 p. Disponível em <<https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/14083/1/TCC%20-%20Arquivamento%20RUNA.pdf>> Acesso em: 05/11/2021.

BRASIL, **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17/08/2021.

BRASIL. **Decreto nº 9.893, de 27 de junho de 2019.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9893.htm#art9>. Acesso em: 10/10/2021.

BRASIL. **Indicadores e Dados Básicos.** A.5 - Taxa específica de fecundidade. RIPSa. Publicado em sem data. Disponível em <<http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/idb1998/fqa05.htm>> Acesso em: 14/10/2021.

BRASIL, **Leinº 8.842, de 4 de janeiro de 1994.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/LEIS/L8842.htm>. Acesso em: 26/09/2021.

BRASIL. **Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm>. Acesso em: 15/10/2021.

BRASIL. **Portaria Nº 2.528 de 19 de outubro de 2006.** Disponível em: < https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2006/prt2528_19_10_2006.html#:~:text=A%20finalidade%20primordial%20da%20Pol%C3%ADtica,do%20Sistema%20%C3%AAnico%20de%20Sa%C3%BAde. >. Acesso em 12/09/2021.

BRASIL. **Projeto de Lei 105-2020.** Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2236550>>. Acesso em: 05/09/2021.

BRASIL. **Projeto de Lei 5475-2019.** Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2224737>>. Acesso em: 05/09/2021.

BRASIL. **Projeto de Lei 5532-2019.** Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2225387>> Acesso em: 05/09/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1159242 2009/019701-9, Relator: Nancy Andrichi, Data do Julgamento 24/04/2002, T3 – Terceira Turma, Data da publicação: **Diário de**

Justiça Eletrônico, Brasília, 10/05/2012 RDDP Vol 112, p.137 RDTJRJ Vol 100p.167 RSTJ Vol.226 p.435. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/865731390/recurso-especial-resp-1159242-sp-2009-0193701-9/inteiro-teor-865731399?ref=serp>>.

CALMON, Patrícia Novais. **Senexão**: um novo instituto de direito das famílias? IBDFAM. Publicado em 17 de abril de 2020. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1404/Senex%C3%A3o:+um+novo+instituto+de+direito+das+fam%C3%ADlias%3F>>. Acesso em: 12/08/2021.

COELHO. Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**: Parte Geral, volume 1. ed. 9. São Paulo: Revista dos Tribunais. RB-7.9. 2020.

CRELIER, Cristiane. **Expectativa de vida dos brasileiros aumenta 3 meses e chega a 76,6 anos em 2019**. Agência IBHE Notícias, Editora: Estatísticas Sociais, 26 de novembro de 2021. Atualizado em 01 de fevereiro de 2021. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/29505-expectativa-de-vida-dos-brasileiros-aumenta-3-meses-e-chega-a-76-6-anos-em-2019>>. Acesso em: 12/11/2021.

DIAS. Maria Berenice. **Manual de Direitos das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais. dd. 12, 2017. 647p.

EXPECTATIVA de vida do brasileiro sobe para 76 anos; mortalidade infantil cai. **Agência IBGE**. Disponível em <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/23206-expectativa-de-vida-do-brasileiro-sobe-para-76-anos-mortalidade-infantil-cai>> Acesso em: 02/11/2021.

FECHINE, B. R. A.; TROMPIERI, N. **O processo de envelhecimento: as principais alterações que acontecem com o idoso com o passar dos anos**. INTERSCIENCEPLACE, v.1, n. 20, 2015. Disponível em: <<http://www.fonovim.com.br/>>

arquivos/534ca4b0b3855f1a4003d09b77ee4138- Modifica---es-fi-
siol--gicas-normais-no-sistema-nervoso-do-idoso.pdf >. Acesso em:
12/10/2021.

FRANCO, P A. **Estatuto do Idoso**: Lei n. 10.741, de 1º de outubro
de 2003. 2. ed. Campinas, São Paulo: Servanda Editora. 2012. 28p.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Manual
de Direito Civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GRÁFICO 1. Taxa de Fecundidade Total – Brasil – 2000 a 2015.
IBGE. Disponível em <<https://brasilemsintese.ibge.gov.br/populacao/taxas-de-fecundidade-total.html>> Acesso em: 25/08/2021.

GRÁFICO 2. Taxa Bruta de Natalidade por mil habitantes – Brasil
2000 a 2015. **IBGE.** Disponível em < <https://brasilemsintese.ibge.gov.br/populacao/taxas-brutas-de-natalidade.html> > Acesso em: 25/08/2021.

GRÁFICO 3. Projeção populacional por idade x ano, página 10.
IBGE. Disponível em <<https://sidra.ibge.gov.br/acervo> > Acesso em:
25/08/2021.

JESUS, I. T. M; ORLANDI, A. A. S; GRAZZIANO, E. S.; ZAZZETTA,
M.S. **Fragilidade de idosos em vulnerabilidade social**. Tese de Dou-
torado. São Paulo: Universidade de São Paulo; 2011. Disponível em:
<[https://www.scielo.br/j/ape/a/SSwxqdQ5WShQRckHVV3Q4nSg/?lang=pt#:~:text=E m%20contexto%20de%20maior%20vulnerabilidade,moral%2C%20dignidade%20humana%20e%20autonomia.](https://www.scielo.br/j/ape/a/SSwxqdQ5WShQRckHVV3Q4nSg/?lang=pt#:~:text=E%20contexto%20de%20maior%20vulnerabilidade,moral%2C%20dignidade%20humana%20e%20autonomia.) >. Acesso
em: 12/10/2021.

JÚNIOR, R. M. F. **Direitos e garantias do idoso**: doutrina, juris-
prudência e legislação. Ed. São Paulo: Atlas. 2011. 11p.

JUNIOR; NERY. **Constituição Federal Comentada e Legislação
Constitucional**. 2 ed. Revista dos Tribunais, 2017.

MARCONI, M. A.; LAKATOS, E. M. F. **Fundamentos de metodologia científica**. São Paulo: Atlas, 2003. 94p.

MARTINEZ, L. **Reforma da Previdência**: emenda constitucional n. 103, de 12 de novembro de 2019: entenda o que mudou. São Paulo, SP: Saraiva, 2020. 16p.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Ed. Método. 2008, 248p.

PACTO Nacional De Implementação Dos Direitos Da Pessoa Idosa. **PNDPI**. Disponível em < https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/pessoa-idosa/CARTILHA_PACTO_ENVELHECIMENTO_.pdf > Acesso em: 07/10/2021.

PCMG. **Cartilha de enfrentamento da violência contra a pessoa idosa da Polícia Militar de Minas Gerais**. Publicado em 15 de junho de 2021. Disponível em: < <https://www.policiacivil.mg.gov.br/pagina/servico-cartilhas-pcmg> >. Acesso em: 12/09/2021.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Revista IBDFAM**: Famílias e Sucessões. In Parentalidade socioafetiva: o ato fato que se torna relação jurídica. Belo Horizonte: IBDFAM, v. 09, 2015, p. 19-20.

POPULAÇÃO idosa mais do que dobrará até 2050; especialista da ONU pede foco em direitos. **Nações Unidas Brasil**. Publicado em 03 de maio de 2016. Disponível em: < <https://brasil.un.org/pt-br/72904-populacao-idosa-mais-do-que-dobrar-ate-2050-especialista-da-onu-pede-foco-em-direitos> >. Acesso em: 12/10/2021.

RICHA, Beto. **Conhecendo os direitos da pessoa idosa**. Disponível em <http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/pdf/cartilha_conhecendo_direitos_pessoa_idosa.pdf > Acesso em: 02/11/2021.

SOUSA; FRANÇA. **Percepção do idoso frente ao próprio processo de envelhecimento**. Disponível em:< http://www.editorarealize.com.br/editora/anais/cneh/2016/TRABALHO_EV054_MD4_SA2_ID1957_10102016234316.pdf >. Acesso em: 12/11/2021.

TJ-SP. Ação Civil 10072586920198260037 SP 100758-69.2019.8.26.0037, Relator: Francisco Loureiro, Data do Julgamento: 20/10/2020. **1ª Câmara de Direito Privado**. Data de Publicação: 21/10/2020. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1108273535/apelacao-civel-ac-10072586920198260037-sp-1007258-6920198260037/inteiro-teor-1108273557>>.

ANÁLISE DO ARTIGO 966, DO CÓDIGO CIVIL: UMA REFLEXÃO NECESSÁRIA SOBRE O EMPRESÁRIO, OS STAKEHOLDERS E A GESTÃO ESG

João Salvador dos Reis Neto¹

Mariana Swerts Cunha²

RESUMO

Cuida o presente artigo de analisar as disposições do artigo 966, do Código Civil, com objetivo de perquirir como se dá a relação do empresário com as partes interessadas. Ademais, por meio de uma pesquisa descritiva, aborda a relevância das práticas ambientais, sociais e de governança nas organizações, atualmente. Quanto à metodologia utilizada, a pesquisa é embasada em livros e artigos científicos que possibilitaram aos autores discorrer, criticamente, sobre o papel do empresário e, ao final, demonstrar a importância da preservação do interesse dos *stakeholders* a partir da gestão ESG. Por fim, a conclusão é focada em demonstrar a releitura necessária da definição do empresário para além de um critério puramente financeiro, mas que contemple sua função contemporânea de gerar valor.

Palavras-chave: Empresário. *Stakeholders*. ESG.

INTRODUÇÃO

O presente artigo apresenta um reexame do artigo 966, do Código Civil, ao questionar a relação do empresário com os *stakeholders* a partir do exercício da atividade empresarial pautada em critérios ambientais, sociais e de governança (ESG).

Constitui objetivo do presente trabalho realizar a releitura do conceito de empresário, passados vinte anos da definição cravada no

1 Pós-Doutor em Direito Constitucional Tributário. Doutorado em Direito Internacional. Mestre em Direito Empresarial. MBA em Direito Tributário. Professor. Advogado.

2 Mestre em Direito e Sustentabilidade. Pós-Graduada em Gestão, Governança e Práticas ESG; Professora de Direito Civil e de Direito Ambiental. Advogada

Código Civil de 2002, com lentes que permitam compreender a função da organização empresarial, na sociedade atual.

Assim, a pesquisa se justifica porque aborda tema que marca uma nova forma de pensar e fazer negócio, a partir da relação do empresário com as partes interessadas, valendo-se da gestão ESG.

O trabalho se desenvolve de modo a permitir ao leitor, inicialmente, a compreensão do instituto da empresa e do empresário, em uma perspectiva constitucional. A sequência adotada nos capítulos permite assimilar a noção dos custos empresariais e escassez de recursos, para, posteriormente, adentrar na temática da relação do empresário com os *stakeholders* e a gestão ESG.

Quanto à metodologia utilizada, a pesquisa é embasada em livros e artigos científicos que possibilitaram aos autores discorrer, criticamente, sobre o papel do empresário nos dias atuais, e, ao final, demonstrar a importância da preservação do interesse dos stakeholders e a gestão ESG, como identidade da atividade empresarial marcada por um propósito.

1 EMPRESA E EMPRESÁRIO NA CONTEMPORANEIDADE

Os conceitos de empresário e empresa estão entre os que mais sofrem com a discordância do senso comum para com o Direito. Não é incomum ver diversos, inclusive ícones da comunicação, se referindo a “empresários” como os grandes players do mercado, guardando para os pequenos empreendedores a extinta denominação de “comerciantes”. Da mesma, chamando pessoas jurídicas de “empresas”, como se esta fosse algo além do que realmente é, uma atividade.

Partindo do artigo 966 do Código Civil, temos que empresário é todo aquele, pessoa física ou jurídica, que exerce profissionalmente atividade econômica, organizada, com intuito de lucro, para a produção e/ou a circulação de bens ou de serviços, atividade esta que se chama empresa. Neste sentido, tanto pessoas físicas quanto pessoas jurídicas podem ser empresárias, ao realizar a empresa.

Mas claro, não se pode olvidar que a atividade da empresa é complexa e pode trazer confusão ao entendimento do senso comum, e mesmo a outras ciências além do Direito. Podemos entender a empresa, enquanto atividade, como sendo organização do capital e do trabalho, exercida por intermédio de uma atividade essencialmente de risco, o que significa dizer que o agente econômico que a realiza responderá com seu patrimônio pelas obrigações assumidas em caso de um eventual fracasso.

Não obstante, muitas vezes o sucesso na atividade empresarial tem como requisito

indispensável o conhecimento das regras jurídicas aplicáveis, sendo certo que o planejamento estratégico deve ser pautado pelo conhecimento que se tenha acerca das possibilidades e proibições advindas da legislação, sendo usado de maneira a permitir que os objetivos estratégicos da empresa e de seu titular sejam realizados com o menor custo possível.

Carga tributária, encargos trabalhistas excessivos, burocracia, excesso de legislação, falta de promoção estatal, acesso a crédito bancário com alta taxa de juros, além do risco inerente à atividade empresarial, são exemplos de obstáculos que tem de enfrentar o empresário em seu dia a dia no Brasil. E caso o foco for o exercício da atividade empresária por meio de uma sociedade (simples ou empresária), pode ser somado a este cenário de risco diversos outros entraves a tranquilidade na empresa, especialmente aqueles decorrentes da dificuldade de composição dos eventuais interesses conflitantes dos sócios, além dos problemas inerentes à relação entre a sociedade e os seus diversos “stakeholders” (empregados, fornecedores, consumidores, comunidades nas quais a empresa de propriedade da sociedade atua).

Contudo, o exercício da atividade empresarial, por vezes, exige a superação de algumas contradições. Dentre elas, destacam-se as seguintes: (1) é necessário captar recursos para o desenvolvimento da atividade empresarial, mas o ambiente econômico-financeiro nacional é, quase sempre, refratário à essa necessidade constante da empresa;

(2) o empresário ou sociedade empresária é brasileira e deseja atuar no Brasil, mas concorre com empresas internacionais, que muitas vezes atuam a partir de países em que o custo tributário de manutenção da atividade é mais adequado e menor do que o praticado no Brasil. Nesse sentido, e considerando indicativos do desenvolvimento da economia do Brasil, promover esta discussão se mostrou relevante no intuito de se reler os institutos que permeiam a empresa no Brasil, sob a égide do Estado Democrático.

1.1 LEITURA CONSTITUCIONAL DA EMPRESA

Fato é que na contemporaneidade não há que se falar em empresa e empreendedorismo desconectado aos valores e paradigmas constitucionais, já postos e aqueles que se pretende sedimentar no sistema.

Sob o enfoque do Estado Democrático de Direito, tem-se que o exercício de empresa, seja qual for, só será efetivo se for realizado inclusive sob a égide da proteção dos direitos fundamentais.³

Devido à promoção da liberdade, pode-se crer que grande parte das negociações realizadas no mercado encontram-se eivadas de desigualdade entre as partes, principalmente diante da assimetria de informações e do desequilíbrio no que tange ao poder econômico. Tais situações podem, em vários momentos, permitir abusos e infrações a diversos ideais previstos na sistemática constitucional vigente.

No sentido de vedar tais abusos e infrações no âmbito empresarial, em princípio um ramo eminentemente privado, o Supremo Tribunal Federal já asseverou que os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos,

3 REIS NETO, João Salvador dos. A regulação financeira em face dos direitos fundamentais. In: XX Encontro Nacional do CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, 2011, Belo Horizonte/MG. CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. Florianópolis/SC: Fundação Boiteux, 2011

estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.⁴

Historicamente, sempre que se suscita o Direito Privado, relacionava-se automaticamente sua fonte primária o Código Civil, ao passo que, sendo o Direito Público a disciplina analisada, a fonte primária pertinente seria a Constituição da República Federativa de 1988 e leis correlatas.

O Direito Privado é demonstrado como o sistema de normas jurídicas, tendo como principais disciplinas que tratam das relações existentes entre particulares o Direito Civil, o Direito Empresarial e o Direito do Consumidor. Podemos incluir nesta lista o Direito Empresarial, atentando para o fato de que, diante de suas especificidades, possui elementos também presentes nas disciplinas de Direito Público.

Fato é que, por intermédio do sistema privatístico, o particular integrante de uma relação horizontal⁵ é livre para manifestar a sua vontade, podendo, inclusive, livremente, eleger os efeitos da negociação da qual é parte para a sua vida privada. Assim, é faculdade do particular em estabelecer para a sua vida normas privadas, desde que não expressamente vedadas pelas normas legais vigentes no ordenamento.

Nesse sentido, tem-se que o Direito Privado, por meio de seu regramento, demonstra-se como a seara viável à existência de normas nascidas da manifestação da autonomia privada, sendo este tratado como um princípio basilar das relações privadas.

4 BRASIL. STF. RE 201819/RJ. Rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp?S1=\(201819.NUME.+OU+201819.ACMS.\)+\(\(GILMAR+MENDES\).NORL.+OU+\(GILMAR+MENDES\).NORV.+OU+\(GILMAR+MENDES\).NORA.+OU+\(GILMAR+MENDES\).ACMS.\)&base=baseacordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp?S1=(201819.NUME.+OU+201819.ACMS.)+((GILMAR+MENDES).NORL.+OU+(GILMAR+MENDES).NORV.+OU+(GILMAR+MENDES).NORA.+OU+(GILMAR+MENDES).ACMS.)&base=baseacordaos)>. Acesso em: 15 out. 2022.

5 Horizontal no sentido de se tratar de uma relação privada, na qual as partes, particulares, teoricamente, as partes estariam no mesmo patamar. De forma diversa, como veremos a frente, seria vertical se uma das partes fosse o Estado. Atentamos para o fato de o status de igualdade na relação privada ser apenas teórico, diante da constatação da assimetria de informações

De outra sorte, o Direito Público seria o sistema de normas jurídicas no qual a relação dos participantes é, em regra, desigual, haja vista ser ao menos um deles o Estado. Nesse sentido, será a relação jurídica vertical, se tiver como participantes o Estado e o particular.

Fato é que viu-se surgir nos últimos anos esforços no sentido de se promoverem leituras constitucionalizantes do Direito Privado, inicialmente do Direito Civil, no intuito de se demonstrar que as normas deste ramo devem ser lidas à luz dos princípios e valores protegidos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, sob pena de não ser alcançada a adequação de seus institutos à atualidade e ao Estado Democrático de Direito.⁶

É certo que, não só o Direito Civil deve ser objeto de uma leitura constitucionalizada, mas sim o Direito Privado como um todo. Na verdade, não há que se falar apenas de uma constitucionalização do Direito Civil, como aduzem os Professores Paulo Luiz Netto Lôbo⁷ e Gustavo Tepedino⁸.

Não há também que se falar em constitucionalização do Direito Privado, pois tudo isso pode dar margem ao questionamento a respeito da constitucionalidade de um ramo ou de um conjunto de ramos do Direito. Há de se falar, assim, em uma leitura dos institutos e mecanismos do Direito sob a ótica dos valores protegidos constitucionalmente, sobretudo por meio de princípios.

Dessa maneira, uma leitura constitucional também deve ser dirigida ao direito pertinente à atividade empresarial. Ora, nada mais natural do que se buscar a adequação dos institutos e normas ao texto constitucional, para dar eficácia plena ao paradigma do Estado Democrático de Direito. Por isso, interpretar o mercado e o direito empresarial sob o enfoque da teoria dos direitos fundamentais deve

6 FIÚZA, César. Direito Civil: curso completo. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. P. 118.

7 LÔBO, Paulo Luiz Netto, Constitucionalização do Direito Civil. In: FIUZA, César (Coord.) Direito Civil: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. P. 200.

8 TEPEDINO, Gustavo. A constitucionalização do direito civil: perspectivas interpretativas diante do novo código. In: FIUZA, César (Coord.) Direito Civil: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. P. 115.

ser uma preocupação não apenas da doutrina, mas, também, de todos os operadores do direito.

O processo de leitura com viés constitucional dos diversos ramos do direito, possibilita uma mudança significativa do pensamento tradicional dos agentes econômicos, até então caracterizado pelo pragmatismo quase absoluto⁹, os quais passariam a atentar, de forma voluntária ou posta pelo Estado, para situações antes não observadas.

Em virtude desse movimento, institutos clássicos de Direito Público e de Direito Privado estão sendo misturados como se fossem ingredientes de uma única solução. E, de fato, não poderia ser diferente, afinal, o Direito é uma ciência una, e o estudo individualizado de seus ramos decorre tão-somente da necessidade de melhor sistematização da matéria, especialmente para fins acadêmicos.

Nesse diapasão, o Direito Privado deve ser considerado também como um mecanismo de alcance dos ideais democráticos. Direitos fundamentais, como a livre iniciativa, têm sua aplicação evidente em todas as situações, balizados por diversos princípios constitucionais que os protegem. O princípio da dignidade da pessoa humana¹⁰[8] é um desses exemplos.

9 BOTREL, Sérgio. Direito Societário Constitucional. São Paulo: Atlas, 2009.

10 Não obstante reconhecermos a importância do princípio da dignidade da pessoa humana na construção da democracia, temos receio da forma de como o mesmo pode ser utilizado. O mesmo mecanismo de vedação a abusos presente no bojo deste princípio pode ser utilizado para cometer abusos, se o mesmo não for interpretado sob a égide dos ideais democráticos. Por exemplo, tomemos o princípio da dignidade da pessoa humana. Princípio este basilar e dos mais importantes e fundamentais do Estado Democrático de Direito no qual se funda o Brasil. Peguemos este princípio e o colocamos de forma absoluta em uma relação locatícia fictícia da seguinte forma. O locador, diante da inadimplência latente do locatário, promove contra este a cobrança dos aluguéis atrasados, sob pena de ser proposta a necessária ação de despejo nos termos da Lei. 8.245/91 para ver resguardados seus direitos enquanto proprietário do imóvel locado. O locatário, não só se mantém inadimplente face a cobrança do locador, como propõe ação de reparação por danos morais com base no princípio da dignidade da pessoa humana por entender ter sido violada sua dignidade quando da cobrança intentada pelo locador. Diante do litígio que lhe é apresentado, o magistrado de primeiro grau responsável dá ganho de causa ao locatário, concordando com a ofensa ao princípio da dignidade humana, sendo que tal decisão terá resquícios, inclusive, na pretensa ação de despejo do locador. Em segunda instância, uma turma de desembargadores mantém a sentença. Neste sentido, o locador, proprietário de imóvel, resta prejudicado no que tange ao valor dos aluguéis que lhe são devidos,

É certo que a leitura constitucionalizante dos ramos do Direito não é algo novo, na medida em que o Direito, como um todo, no ordenamento jurídico brasileiro, é fundamentado e regulado inicialmente na Constituição da República, sendo, por si só, constitucionais de todos os ramos do Direito.

Nesse sentido, vale observar que as relações jurídicas ocorridas no mercado, que são exemplos claros de liberalidade econômica, têm seu fundamento principal na própria Constituição, no artigo 192, como será demonstrado adiante. Logo, nada mais natural do que observarmos os seus institutos e a sua regulação sob a égide da sistemática constitucional.

Nessa ordem de ideias, vale uma visita à contribuição de *Konrad Hesse*, necessária para o devido balizamento da necessidade de se estabelecer uma análise paralela entre as relações econômicas e os direitos fundamentais:

A liberdade humana é posta em perigo não só pelo Estado, mas também por poderes não-estatais, que na atualidade podem ficar mais ameaçadores do que as ameaças pelo Estado. Liberdade deixa-se, todavia, garantir eficazmente só com liberdade uniforme: contanto que ela não deve ser somente uma liberdade dos poderosos, carece ela de proteção, também contra prejuízos sociais. Essa tarefa foi antigamente entendida exclusivamente como objeto do direito

resta prejudicado no que tange ao imóvel que se mantém em posse do locatário inadimplente e resta prejudicado principalmente no que tange à indenização que deverá pagar a este. Fato é que esta situação não está tão longe de acontecer. Ora, a relação locatícia é da regência do Direito Privado, notadamente ao Direito Civil, sendo a cobrança de aluguéis e a ação de despejo nos institutos legais e devidos nas relações entre locadores e locatários. Proteger o locatário de forma irrestrita, sob a pretensa motivação de se defender o princípio da dignidade da pessoa humana, trouxe ao exemplo supramencionado uma insegurança e prejuízos inominados à relação locatícia e aos institutos de Direito Privado. Será que os efeitos da decisão que deu procedência ao pedido de indenização por parte do locatário foram observados pelo magistrado nesse caso hipotético? Será que as consequências foram levadas em consideração, ou apenas buscou-se atender a este “fetichismo jurídico” que se demonstra a constitucionalização do Direito Privado? Será que este locador voltará a locar este imóvel novamente? Acreditamos que não.

legislado, especialmente do Direito Civil, do Direito Penal e do Direito Procedimental pertinente. Em época recente, a validade dos direitos fundamentais é estendida, em uma medida, em certos pontos, ainda aberta, também a este âmbito, ao neste aspecto ser aceito um dever do Estado para a proteção dos direitos fundamentais e, conexo com isso, um certo “efeito diante de terceiro” de direitos fundamentais.¹¹[9]

2 OS CUSTOS DA ATIVIDADE EMPRESARIAL

2.1 CUSTOS DE TRANSAÇÃO

Em se tratando de custos incidentes na atividade empresarial, nos ressaí que aquele que demanda maior importância é o chamado custo de transação. Diversas obras foram competentes em elucidar em que consiste tal ocorrência, contudo, um artigo sobressai na importância, não só na referida tarefa, mas na própria evolução da teoria da empresa.

Na notável obra intitulada “The Nature of Firm”, o Professor Ronald Coase, ainda universitário, nos demonstrou de forma brilhante por quais razões o indivíduo busca realizar suas atividades comerciais ao invés de fazê-lo pelos chamados contratos *per si*.¹²

Publicado originalmente em 1937, este artigo tornou-se parte integrante da obra que rendeu ao Professor Coase o Prêmio de Ciências Econômicas em Memória de Alfred Nobel¹³ de 1991, o que demonstra

11 HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. P. 278.

12 COASE, Ronald. The Nature of Firm. The Firm, the market and the law. Chicago University Press. 1988. P.6.

13 O Prêmio Nobel foi instituído por Alfred Nobel, químico e industrial sueco, inventor da dinamite, em seu testamento. Trata-se uma graça conferida à indivíduos que realizaram pesquisas importantes, criaram técnicas pioneiras ou deram contribuições destacadas à sociedade. Fato é que Alfred Nobel jamais criou um prêmio

sua grande importância junto à ciência econômica e, indiretamente, à própria disciplina de Direito e Economia.

Buscando definir a natureza da empresa em relação ao mercado, permeando a idéia de margem de substituição, o Professor Coase observou que uma empresa, no âmbito externo, interage dinamicamente com o mercado, porém, no âmbito interno, as operações de mercado não incidem, sendo a produção dirigida pelo empresário através de diversas operações de trocas, que ocasionam os chamados custos de transação.

Neste sentido, custo de transação seria tudo aquilo que incorreria na ocorrência de uma economia de troca. Por exemplo, em uma operação de compra e venda de uma ação, além do valor a ser pago por este valor mobiliário, incorrerá na operação, ainda, o valor da comissão devida ao corretor. Neste sentido, este valor devido ao corretor, demonstra-se como um custo de transação.

Podemos trazer também o exemplo de um determinado consumidor que decide realizar a compra de um aparelho televisor. No seu intuito de realizar a compra, o custo que o consumidor irá enfrentar não será apenas o do valor do aparelho, mas também aquele custo correspondente à escolha do produto; deslocamento de ida e de volta da loja, se decidir pela compra *in loco*; o tempo gasto na operação; etc. Estes custos que vão além do custo que corresponde ao valor do televisor é o chamado custo de transação.

O Professor Coase demonstrou a existência de uma série de custos de transação enfrentados pelo empresário na economia de mercado, como, por exemplo, o custo que excede ao preço do bem em decorrência da pesquisa e informação dos custos, negociação, manutenção dos segredos comerciais, e custos de policiamento e de execução.

A estrutura do mercado é regida pela lei que é formada pelo binômio da oferta e da demanda. Para atuar nesse ambiente, o empresário precisa assumir os custos de transação, ao passo que, a

de Economia, ao passo que a graça conferida sobre esta matéria é o Prêmio Sveriges Riksbank de Ciências Econômicas em Memória de Alfred Nobel.

atividade empresarial será eficiente se estes custos forem minimizados e os interesses maximizados.

Em outra importante obra, o Professor Coase, nos forneceu maiores esclarecimentos acerca dos custos de transação. Em seu artigo “The Problem of Social Cost”¹⁴[3], o autor, inclusive, trouxe resposta ao próprio questionamento realizado quando de seu supramencionado artigo “The Nature of Firm”:

Está claro que uma forma alternativa de organização econômica, a qual, utilizando o mercado, poderia alcançar o mesmo resultado a um custo menor, tornaria possível a elevação do valor da produção. Conforme expliquei há muito anos atrás, a firma representa essa forma alternativa à organização da produção através das transações no mercado (Coase 1937, p. 386). No interior da firma, as barganhas individuais entre os vários fatores de produção são eliminadas e substitui-se uma transação no mercado por uma decisão administrativa. A realocação da produção ocorre sem que seja necessária a barganha entre os proprietários dos fatores de produção. Um proprietário de terras que tem controle sobre uma larga área poderá dar várias destinações à mesma, levando em conta o efeito que as inter-relações entre as várias atividades terão sobre o lucro líquido gerado pela utilização da terra, evitando, desse modo, barganhas desnecessárias entre os empreendedores das várias atividades. Os proprietários de prédios grandes ou de diversas propriedades contíguas também podem atuar dessa mesma forma. Com efeito, à luz da terminologia que empregamos anteriormente, a firma adquiriria o direito de todas as partes, de modo que a reorganização das atividades

14 COASE, Ronald. O problema do custo social romanizado (tradução e adaptação artigo original ‘The problem of social cost’). The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies. Article 9. Volume 3, Issue 1, 2008. Disponível em: <http://www.iders.org/textos/O_problema_do_custo_social_romanizado.pdf> Acesso em: 16.10.22.

não seria consequência de uma reorganização de direitos por meio de contratos, mas resultado de uma decisão administrativa acerca de como os direitos deveriam ser utilizados.

A atividade empresarial existiria a partir das escolhas voluntárias feitas pelos agentes econômicos¹⁵, motivadas através de uma análise acerca dos custos de transação. Se não houvesse custos no mercado, o indivíduo não se própria a realização da atividade empresarial, como o mesmo chama de firmas, alcançando seus objetivos através de transações diretas nos chamados contratos *per si*.

As empresas existiriam para reduzir os custos de transação que emergem durante a produção e a troca, obtendo eficiência. Eficiência esta que não seria alcançada na realização individual da prática empresarial.

Desta feita, a natureza existencial das empresas decorreria da necessidade do empresário em diminuir a incidência dos custos de transação que lhe incidem, insurgidos da atividade empresarial na economia de mercado. De outra sorte, ressaí que as empresas serão criadas quando da possibilidade de produzir trocas internamente, evitando-se custos do mercado, notadamente, os custos de transação.

Tangenciando os custos de transação, podemos observar outra espécie de custos, chamada *custos de produção*. De forma sintética, trata-se daquele custo inerente ao custo de obtenção e/ou fabricação de um produto ou serviço através no exercício da atividade empresarial.

Como não podia deixar de ser, demonstra-se como um grande motivador às escolhas do agente econômico.

15 Empresários e comerciantes são considerados agentes econômicos fundamentais, pois geram empregos, tributos, além da produção e circulação de certos bens essenciais à sociedade. Para tanto, na legislação empresarial brasileira é trazido uma série de vantagens para estes agentes. Assim é que a eles são deferidos institutos que dão efetividade ao princípio da preservação da empresa, de origem eminentemente neoliberal em razão da necessidade de proteção ao mercado, relevante para o desenvolvimento da sociedade em inúmeras searas, a exemplo da falência, da recuperação judicial, da possibilidade de produção de provas em seu favor por meio de livros comerciais regularmente escriturados etc.

2.2 CUSTO DE OPORTUNIDADE

Dispõe um famoso aforismo que *cada escolha é uma renúncia*. Este binômio escolha/renúncia, que forma esta sentença que corresponde a um princípio moral, faz parte da vida do homem desde seus primórdios e, através dele, vem agindo no mundo durante sua evolução.

E a possibilidade de realizar tais escolhas, ponderando os riscos e o que está renunciando, é devida a capacidade humana de processar e analisar, mesmo que inconscientemente, os dados que são lhe fornecidos pela realidade. Dados estes que podemos entender como incentivos.

Tal possibilidade de o indivíduo optar por esta ou aquela alternativa diante do referido binômio é trazida em termos econômicos como *trade-off*, que corresponde a trocas e consequências. Tais consequências é o chamado custo de oportunidade.

Custo de oportunidade é, portanto, o custo em que incorre o indivíduo por deixar de ter escolhido a segunda melhor alternativa. Por exemplo, um determinado agente tem a alternativa de aceitar um emprego no exterior, onde ganhará elevados salários, ou a alternativa de continuar no país, no mesmo emprego que está, mas em contato com sua família. Seu custo de oportunidade será o montante de dinheiro que corresponde à diferença de salários que deixará de ganhar por não aceitar o emprego no exterior.

Resumidamente, *trade-off* corresponde à “sacrifícios”, efetivados através de escolhas, onde o indivíduo abre mão de determinada coisa para adquirir outra. É, portanto, o custo de oportunidade, que incorre em todas as escolhas de um indivíduo.

O que força os indivíduos e, mais precisamente, os agentes econômicos, a realizarem escolhas, incorrendo no chamado *trade-off*, é a questão da escassez, que será melhor tratada adiante.

2.3 O JULGO DA ESCASSEZ

Juntamente da ideia de racionalidade voltada à maximização, uma das mais interessantes das premissas da disciplina de Direito e Economia é a questão da escassez de recursos. Escassez esta que pode ser verificada em todos os segmentos da sociedade.

Ora, se os recursos fossem infinitos, não haveria o problema de se ter que equacionar sua alocação; todos poderiam ter tudo o que quisessem, e nas quantidades que quisessem.

Para toda e qualquer situação na sociedade há um custo. No direito, isto é mais evidenciado ainda, e não poderia ser diferente. Existem normas e leis para que sejam efetivas, causem impactos, senão, não haveria razão de existirem.

Em um Estado Democrático de Direito, como o nosso, a lei deve ser efetiva e impactante na sociedade. Esta forma de estado pressupõe “democracia com leis”.

Desta feita, a figura da escassez, senão motivada pela própria natureza, pode inclusive, ser ocasionada como consequência à incidência da lei, significando, portanto, incentivo normativo às escolhas do agente econômico.

Escassez de recursos públicos e privados; escassez de mão de obra; escassez de programas de incentivos; escassez de matéria-prima; escassez de segurança pública e até mesmo, segurança jurídica, são motivadores às escolhas realizadas por agentes econômicos no exercício de empresa.

3 AS RELAÇÕES JURÍDICAS DO EMPRESÁRIO E OS STAKEHOLDERS

As noções de empresário e de empresa anteriormente trazidas dão conta de que estes conceitos precisam ser compreendidos a partir de um viés para além da esfera jurídica. Mostra insuficiente, no mercado corporativo atual, considerar o empresário como quem

exerce, profissionalmente, atividade econômica organizada, para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, tal como inserido no artigo 966, do Código Civil.

É a partir dessa premissa de releitura, necessária, do artigo 966, do Código Civil, que se pretende fazer uma análise crítica da atividade econômica do empresário a partir das relações estabelecidas com as demais partes interessadas - *stakeholders*¹⁶.

A interpretação do dispositivo citado comprova a feição patrimonialista da legislação brasileira, que acompanha a influência do Código Civil italiano, que tinha como mote a proteção do patrimônio e, com isso, reproduz a figura do empresário como pessoa física ou jurídica, que exerce atividade econômica visando lucro.

Na atualidade, é crescente um processo de ressignificação da atividade empresarial, bem como um processo também de revisão na noção de sucesso empresarial; o lucro não deixa de ser importante, mas, deixa de ser o único critério para avaliação de uma organização, como adverte Ricardo Voltolini¹⁷:

O capitalismo que gera valor para as partes interessadas (*stakeholders*) veio para substituir o velho modelo do *business as usual*, em que aceitava facilmente o vício de privatizar resultados para acionistas e socializar impactos para os demais públicos de interesse. Esqueça a ideia de ser o melhor “do” mundo. Prepare-se para ser o melhor “para” o mundo.

Avaliar o papel desses atores nas relações empresariais, se eles fazem parte dos problemas sociais ou ocupam lugar na solução

16 O conceito de stakeholder foi apresentado em 1984 pelo norte-americano Robert Edward Freeman, no livro *Strategic Management: A Stakeholder Approach*. A teoria de Freeman prega que uma empresa deve criar valor para todas as partes interessadas, não apenas para os acionistas. (REIS, Thiago. Stakeholder: o que é e qual sua importância em uma empresa?)

17 VOLTOLINI, Ricardo. Vamos falar de ESG? Provocações de Um Pioneiro em Sustentabilidade Empresarial. Belo Horizonte: Voo, 2021, p. 35.

desses problemas, quando se analisa a relação com os *stakeholders*, passou a ser um ponto crucial no mundo corporativo. Ademais, “a prosperidade de uma empresa só é boa se alcança todos os seus públicos, principalmente os mais vulneráveis”¹⁸.

O termo *stakeholders* que designa partes interessadas pode ser compreendido como qualquer grupo, dentro ou fora da organização que tem interesse, é impactado ou impacta o desempenho da organização”, segundo Mariana Kohler.¹⁹ “O conceito de responsabilidade social está associado ao reconhecimento de que as decisões e os resultados das atividades das empresas alcançam um universo de agentes sociais muito mais amplo do que o composto por seus sócios e acionistas (*shareholders*).”

Anotam-se as especificidades dos *stakeholders* sob o ponto de vista de relação com o empresário, em relação àqueles que estão dentro da cadeia de produção mais próximos - primários - e aqueles que não estão diretamente ligados às atividades empresariais, mas, claramente, são afetados pelas ações empresariais, por isso são denominados de secundários, conforme explica a doutrina²⁰:

Independente das classificações existentes, não se pode negar que existem stakeholders mais relacionados à empresa (os chamados primários) e stakeholders que não são diretamente influenciados ou atingidos pelas ações empresariais (os secundários). No primeiro grupo, figuram os acionistas, os funcionários, os clientes, os fornecedores, a comunidade e o meio ambiente, entre outros. Dentre os stakeholders secundários pode-se citar como exemplos a mídia e os grupos de pressão.

18 _____ IBIDEM p. 36.

19 Responsabilidade Social Empresarial: Para uma Economia Viável, in: TONON, D. H.; RANGEL, R. R. (org.) Compliance Estratégico vol 1. Belo Horizonte: Dialética, 2020. Pág. 275-295.

20 MUELLER, Adriana. A utilização dos indicadores de Responsabilidade Social Corporativa e sua relação com os Stakeholders.

Nesse sentido, é possível considerar que estariam englobados como partes interessadas, os fornecedores, prestadores de serviços, consumidores, administradores, concorrentes, a mídia, a comunidade local, o governo e entidades da sociedade civil, que seriam impactados pela atividade empresarial.

E a forma como o empresário tem se relacionado com as partes interessadas tem se modificado ao longo do tempo. Isso porque, a visão atual de empresário, pessoa física ou jurídica, não é mais restrita àquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada, mas àquele que gera valor; se relaciona com partes interessadas gerando impactos positivos e negativos a partir de sua atividade empresarial.

Na sociedade contemporânea, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, a valorização das pessoas e a preservação de sua dignidade ganhou grandes proporções, em virtude das enormes atrocidades como a violação de direitos humanos ocorridas no período da guerra.

Dessa maneira, os sistemas jurídicos, em várias partes do globo, ganham novos contornos, tal qual aconteceu no Brasil, que colocou a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa, ou seja, a pessoa humana é um bem e a dignidade o seu valor. No mesmo sentido, impõe-se à luz do texto constitucional, interpretar o mercado e o direito empresarial sob o enfoque da teoria dos direitos fundamentais.

Na esfera do Direito Privado, ainda que considerássemos a influência italiana, marcadamente patrimonial, que dominou o Código Civil, temos um sistema de direito privado que exige a funcionalização dos institutos - a partir da sociabilidade, eticidade e operabilidade, como assinala Maria Helena Diniz²¹, e isso não escapa à atividade empresarial.

Se na história recente as grandes guerras mundiais tiveram o poder de impor novos desafios e paradigmas ao Direito, a recente pandemia do Coronavírus, reconhecida pela Organização Mundial da

21 DINIZ, Maria Helena. Manual de Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2011. p.92.

Saúde, em março de 2020, certamente provocará - e já provoca - uma revisitação de conceitos, a partir de uma nova forma de relacionamento do empresário com as partes interessadas, acelerando um processo que já estava em curso.

Até então, a definição do empresário levava em conta a percepção dos *stakeholders* sobre variáveis como qualidade de produtos e serviços e ambiente de trabalho. Diante do contexto de incerteza e total desconhecimento gerado na pandemia, a capacidade de a organização se colocar ao lado das pessoas (colaboradores, fornecedores, comunidades, governos e clientes) na construção de respostas práticas para o cenário de incerteza e vulnerabilidade é o que ganhou destaque, segundo Ricardo Voltolini.

As reputações sólidas no mercado passaram a contemplar o comportamento ético, propósito, geração de valor para as partes interessadas, cooperação, ativismo de causas, e os compromissos com os colaboradores, as comunidades e o meio ambiente.

Assim, o papel atual das organizações exige uma nova postura do empresário que deixa de ser aquele que está focado apenas na produção e circulação de bens e serviços, mas é exigido algo além, ou seja, o impacto positivo na sociedade, que extrapola a veia puramente econômica de gerar lucro, com a definição de propósito antes do lucro em si.

Ressalta, Voltolini, que um marco desse novo paradigma empresarial foi a Declaração sobre o Propósito de uma Corporação, em agosto de 2019, por 181 empresas americanas, que reuniu executivos da Apple, Amazon, Dell, entre outras, propondo a valorização do propósito antes do lucro.

Em consonância com esse ideal, veio o Fórum Econômico Mundial, realizado em Davos, que discutiu o “capitalismo de *stakeholders*”, “um novo jeito de pensar as empresas, mais orientado pela ideia de compartilhar valor com todas as partes interessadas”²².

22 VOLTOLINI, Ricardo. Vamos falar de ESG? Provocações de um pioneiro em Sustentabilidade Empresarial. Belo Horizonte: Voo, 2021, p. 19.

As transformações nas relações entre as partes interessadas - produtores, fornecedores, consumidores, administradores, comunidade - a partir de uma visão holística da cadeia produtiva, foram forçadas pela chegada dos *millennials* (geração Y) ao poder. Sobre eles alerta Ricardo Voltolini:

São pertencentes a uma geração movida por propósito, mais do que por dinheiro, sabem muito bem o que querem e já decidiram estabelecer relações de negócio com empresas éticas, transparentes, íntegras e respeitosas em relação às pessoas e ao meio ambiente, e que pensam e agem como um indivíduo decente.

Diante das peculiaridades da geração Y, considerando aqueles nascidos entre 1981 a 1995, a postura crítica desse grupo de pessoas, que se aproxima a expressiva monta de 2,43 bilhões de pessoas, sem dúvida alguma, moldará e muito a forma responsável como os empresários deverão se relacionar com as partes interessadas.

Pensando nesse cenário e, propriamente na pressão que as organizações sofrem pelos *stakeholders* ao definir seus valores e propósitos, uma pesquisa²³ realizada pela consultoria irlandesa Accenture, ao ranquear os três stakeholders, com maior poder de pressão, consumidores e empregados aparecem no topo da lista, seguidos de governos e reguladores, comunidades e investidores.

A grande temática é saber o porquê as empresas estariam tão interessadas em produzir valor para todos os stakeholders? Primeiro passo é compreender que houve uma mudança na lógica de quem define o que é valor no mercado; que organização que lucra não é mais sinônimo de sucesso empresarial, que outras métricas hoje tomam

23 VOLTOLINI, Ricardo. Vamos falar de ESG? Provocações de um pioneiro em Sustentabilidade Empresarial. Belo Horizonte: Voo, 2021, p. 27.

conta, quando se analisa, a longo prazo, o risco de investimento; a geração de externalidades, custo social e ambiental.

Dessa maneira, com a transformação constante da lógica de investimento empresarial, a análise da sustentabilidade do negócio exige um novo jeito de pensar e de fazer negócios, mais ético e transparente, impactando no chamado *valuation* das empresas.

A tomada de decisão na empresa exigirá líderes²⁴ atentos a essa nova realidade dos negócios, com premissas estabelecidas a partir do chamado capitalismo de *stakeholders*, que exige um comportamento empático, colaborativo e inclusivo; que antes de pensar na tomada de decisão somente econômica que seja consciente que as decisões dos negócios são decisões de ordem humana²⁵.

A definição de propósito para além de uma visão estritamente financeira exige do líder que identifique as externalidades positivas e negativas da organização com métricas bem definidas; com o estabelecimento de objetivos claros e com um planejamento estratégico pautado na gestão ESG - que contemple aspecto ambiental, social e de governança, a seguir detalhados.

4 O EMPRESÁRIO E AS PRÁTICAS ESG

Em janeiro de 2020, a publicação da carta de Larry Fink²⁶, CEO e presidente do Conselho da Blackrock, maior gestora de recursos do planeta, (com 6,9 trilhões de dólares em carteira) de que não investirá nenhum centavo de seus seis trilhões de dólares de ativos em

24 A recente inserção da sustentabilidade na gestão das empresas - e com ela, a necessidade de reinventar a maneira de fazer negócios - tem obrigado as escolas a rever sua posição na direção de preparar líderes criativos, flexíveis, resilientes e capazes de elaborar respostas inovadoras para as demandas de uma nova economia - verde, menos intensiva em uso de recursos naturais e de baixo carbono. (VOLTOLINI, Ricardo. Vamos falar de ESG? Provocações de um pioneiro em Sustentabilidade Empresarial. Belo Horizonte: Voo, 2021, p.91)

25 VOLTOLINI, Ricardo. Vamos falar de ESG? Provocações de um pioneiro em Sustentabilidade Empresarial. Belo Horizonte: Voo, 2021, p. 37.

26 IBIDEM VOLTOLINI, Ricardo. Vamos falar de ESG? Provocações de um pioneiro em Sustentabilidade Empresarial. Belo Horizonte: Voo, 2021, p.136

empresas descuidadas em relação ao ESG sinalizou um grande marco na implantação de práticas ambientais, sociais e de governança.

O acrônimo ESG - E (*environmental*) S (*social*) e G (*governance*) designa um conjunto de práticas para proteger o meio ambiente, para produzir impactos positivos na sociedade e para equilibrar interesses de partes interessadas a partir de processos de governança corporativa.

Explica Jean Jereissati²⁷, que “as letras foram se juntando, depois de a história ter registrado alguns de seus episódios mais emblemáticos, como o vazamento de óleo no Golfo do México, em 2010, ou o movimento “Ocupe Wall Street”, nas ruas de Nova York”.

Assim, diante de um cenário empresarial pautado na geração compartilhada de valor; na exigência de responsabilidade socioambiental²⁸ das empresas; na cobrança de transparência e de prestação de contas; baseada em uma economia circular e na política regenerativa de recursos naturais, a análise de riscos da empresa tornam-se oportunidades no mercado, transformando o ESG como uma estratégia competitiva.

Há indicação que o ESG surgiu, em 2004, na publicação *Who Cares Wins* do Pacto Global - uma iniciativa das Nações Unidas em parceria com o Banco Mundial²⁹. O surgimento se dá em um cenário marcado por uma competição acirrada entre empresas, cujos números deixaram de ser suficientes para justificar a existência de uma organização e seu papel na sociedade, pois o que se espera é a existência de um

27 Jean Jereissati assumiu, em 2019, a operação no Brasil da Cervejaria Ambev. Ele atua na empresa há quase 20 anos e já ocupou cargos como diretor geral das operações de América Central e Caribe, diretor geral das operações da China e de diretor geral da Ásia e Pacífico Norte.

28 É a forma de gestão que se define pela relação ética e transparente da empresa com todos os públicos com os quais ela se relaciona e pelo estabelecimento de metas empresariais compatíveis com o desenvolvimento sustentável da sociedade, preservando recursos ambientais e culturais para gerações futuras, respeitando a diversidade e promovendo a redução das desigualdades sociais. (Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social: www.ethos.org.br)

29 SOUZA, Danielle Santos Uma análise do ESG (Environmental, Social and Governance) da empresa Vale S.A. a partir do desastre de Brumadinho / Danielle Santos Souza. - 2021. 28 f.

compromisso ético, pautado em uma responsabilidade social e a transparência entre todos os envolvidos.

Hoje, ESG é “o novo monarca”. Esse é o predicado utilizado por Heiko Spitzreck³⁰, para dizer que o novo rei é mais poderoso porque vem do mercado financeiro; seus antecessores se chamam sustentabilidade corporativa, valor compartilhado, responsabilidade social corporativa, entre outras terminologias.

Sobre referidas terminologias, há uma alerta³¹ de que devemos olhar além das nomenclaturas atuais. Como destaque, “Jean Jereissati, CEO da Ambev, realça que o verdadeiro valor por trás de uma sigla está em uma atuação que vai além da temporalidade dos termos.”

Antes da ascensão do ESG, o *triple bottom line* (TBL) ou tripé da sustentabilidade, amparado em equilíbrio entre resultados econômicos, equidade social e preservação ambiental, davam o tom dos relatórios de sustentabilidade das empresas e engrossavam o discurso dos líderes dessas organizações, muitas vezes dissociados das práticas reais.

Mas, o que faz de o ESG ser diferente da sustentabilidade? Explica, Heiko Spitzreck, que “a sustentabilidade era separada da essência do negócio. Isso mudou. Hoje, os analistas de venda estão incorporando questões ESG nas suas modelagens”. Para o autor³², ESG é o termo que o mercado financeiro deu para a sustentabilidade e, consequentemente, a sustentabilidade chegou no cerne do negócio.

A mudança fez surgir uma nova forma de pensar e fazer negócios, mais ético, transparente, cuidando de pessoas e do meio ambiente. Segundo Ricardo Voltolini, “a diferença agora é que o conceito passou

30 Professor da FDC e Diretor do Núcleo de Sustentabilidade. Tem mais de 10 anos de experiência em cursos de Sustentabilidade & Estratégia, Sustentabilidade na Governança Corporativa, Intraempreendedorismo de Impacto e Negócios Sustentáveis. Cofundador da Humanistic Management Network. Ocupou posições de visitante da UC Berkeley e da Univ. Fordham (USA) e na Univ. de Extremadura (Espanha). Recebeu seu PhD na Univ. de St. Gallen (Suíça).

31 SPITZRECK, Heiko. O que é ESG e como se diferencia da sustentabilidade.

32 Carlos Arruda, Carlos Braga, Dalton Sardenberg, Edgard Pitta, Erika Barcellos, Heiko Spitzreck, Stephania Guimarães (organizadores). Inovação: o motor do ESG. Nova Lima: Fundação Dom Cabral, 2022.

a ser premiado pelos investidores e cobrado pelos conselhos de administração, com impacto no chamado *valuation* das empresas”.

Sobre essa transformação das práticas ESG nas organizações, Jean Jereissati destaca que, em 2018, a Ambev assumiu compromissos e metas ambientais além do negócio, estendendo uma preocupação aos parceiros e comunidades³³.

A partir do *case* apresentado, retoma-se a discussão central sobre o papel do empresário, na ressignificação do art. 966, do Código Civil - pois, atualmente, o empresário é aquele que exerce atividade organizada para gerar valor, porque o seu papel mudou dentro da sociedade, conforme se percebe:

O papel das companhias mudou. A sociedade não as vê mais somente como fabricantes de produtos ou serviços para o dia a dia. Pessoas e consumidores esperam por comportamentos adequados às pautas atuais, envolvidas na oferta e demanda por soluções. A diversidade ganhou atração, o valor como equidade está na ordem do dia e o combate às mudanças climáticas tem o peso de assunto fundamental.

A geração de valor pela organização por meio da adoção de práticas ESG acaba por atrair maiores investimentos a longo prazo. Ademais, ressalta Voltolini, “torna o negócio mais competitivo e resiliente, melhora a eficiência operacional e oferece um aumento de receitas por meio de novas oportunidades de negócios”.

Para tanto, exige-se que haja a correta compreensão por parte do empresário de sua função dentro de um ecossistema, que extravasa a superficialidade do critério econômico-financeiro que é gerar lucros

33 “Se antes nos víamos apenas como uma empresa de bebidas, esse nosso olhar para fora e entendimento do nosso propósito nos mostraram que esse rótulo já não nos representava mais. Tivemos a oportunidade de traduzir e revolucionar aquilo que uma vez imaginamos ser o nosso modelo de negócio, nos levando muito além dos nossos rótulos de bebidas”.

para acionistas, mas avança em pautas como inclusão, diversidade, cultura de fazer negócios com ética e cuidado com meio ambiente.

A esta altura do jogo, destaca Ricardo Voltolini, conta pouco se as empresas se casaram com o ESG sem amor e por interesse, apenas para agradar a família de investidores. Importa mais que se disponham a assumir compromissos do tamanho de suas pegadas.

Mesmo porque, o desenvolvimento de qualquer atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços causa impactos negativos no meio ambiente e as pegadas ficam. O importante é a identificação das externalidades negativas, a partir de métricas bem fixadas, impondo-se, portanto, medidas regenerativas porque eliminar as externalidades não é mais o suficiente.

A economia regenerativa reconhece o valor real dos ativos da natureza e rege-se por dois princípios: “o primeiro trata de não usar recursos que não podem ser recuperados. O segundo, não utilizar recursos mais rapidamente do que podem ser recuperados”³⁴.

Assim, a tônica do *environmental* dirigida às organizações é de que não basta zerar impactos, mas é preciso regenerar; eis que não é suficiente economizar energia, mas substituir a matriz energética fóssil para a energia renovável.

Chama atenção nos *ratings* consagrados pelo mercado, planejamentos que envolvem a descarbonização; os planos de redução de impactos aos recursos naturais (água, energia, solo, resíduos) e o respeito à integridade dos ecossistemas, como os principais desafios para garantir o próprio desenvolvimento econômico e social tão perseguidos pelas organizações.

Dessa forma, o novo jeito de fazer negócio deve levar em conta um passivo ambiental criado desde os tempos remotos da Revolução Industrial, que considerou a infinitude dos recursos e migrou para um

34 VOLTOLINI, Ricardo. Vamos falar de ESG? Provocações de um pioneiro em Sustentabilidade Empresarial. Belo Horizonte: Voo, 2021, p.143.

modelo sistêmico, com uma visão de interdependência do negócio e do meio ambiente.

Assim, há uma percepção crescente que no mercado corporativo começa-se a reconhecer e valorizar, cada vez mais, companhias que incorporaram o cuidado com o meio ambiente na sua forma de fazer negócio, ao substituir o lucro a qualquer custo para acionista para o eixo que é gerar valor para todas as partes interessadas.

A valorização do ESG desperta um interesse maior nas organizações de participarem efetivamente da solução dos problemas sociais, marcando o ativismo empresarial. As temáticas como consumo consciente, defesas de causas como inclusão ética, liberdade de orientação sexual e respeito aos direitos humanos tornaram-se pautas comuns dentro das organizações, como destaca Voltolini.

A governança corporativa, responsável pelo “G” da sigla, representa a forma como uma empresa é administrada. Segundo Horácio Piva³⁵, “sem ela é difícil crer que todos os profissionais irão perseguir as melhores práticas em suas ações, além de incorporar novos riscos advindos de um olhar cada vez mais atento pelos seus stakeholders”.

Pela exigência da aplicação de práticas de governança na organização pelos critérios ESG, deverá orientar a comunicação entre os conselhos e partes interessadas o princípio da transparência, para garantir a disponibilização de informações relevantes, não apenas de cunho econômico e financeiro, mas aquelas que orientam a ação gerencial.

Além da transparência, na governança é imprescindível a Prestação de Contas – *accountability* - diz respeito aos agentes de governança que devem prestar contas de suas atuações de modo claro, compreensível e tempestivo, assumindo integralmente as consequências de seus atos e omissões e atuando com diligência e responsabilidade no âmbito dos seus papéis, conforme orienta o

35 ARRUDA, Carlos, Carlos Braga, Dalton Sardenberg, Edgard Pitta, Erika Barcellos, Heiko Spitzack, Stephania Guimarães (organizadores). Inovação: o motor do ESG. Nova Lima: Fundação Dom Cabral, 2022

Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. Como se destaca, a implantação da gestão ESG no mercado corporativo inaugura uma nova forma de pensar e fazer negócios que não se pauta mais, exclusivamente, nos critérios econômicos e financeiros, mas reconhece que o empresário deve ter propósito e gerar valor.

CONCLUSÃO

A atividade empresarial acompanha a evolução social e tecnológica e, devido à interdependência para com estes, está constantemente se adequando a novos paradigmas. Frente a mudanças estruturais, cabe aos agentes econômicos buscarem alternativas inovadoras, não só no intuito de ultrapassar ou diminuir os riscos inerentes à atividade empresarial, mas também para incorporar sinergicamente os melhores ideais postos à percepção social, como vistas a se garantirem no mercado.

Hoje, não há que se falar em mercado eficiente sem se falar em criatividade e inovação. Tampouco há que se falar em exercício de empresa sem se falar em compliance, governança corporativa e ESG. Tais agendas não são caprichos do empreendedor, mas atitudes que, de dentro para fora da empresa, promovem o bem social.

A empresa necessita constantemente ser reinventada frente aos incentivos negativos que acometem o empresário. Este é o custo da evolução social na atividade empresarial. Há pouco mais de uma década falava-se em “sustentabilidade” como a característica da empresa inovadora, à frente do seu tempo. O ESG e suas repercussões, em pouquíssimo tempo, irá pelo mesmo caminho: ser para a empresa o óbvio, mas o óbvio que precisa ser dito.

REFERÊNCIAS

ABRANTES, Tereza Lira de. **Abordagem crítica do conceito de empresário no Direito Brasileiro**. Trabalho de Conclusão de Curso. Repositório UFCG, 2007. Disponível em: <http://dspace.sti.ufcg.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/riufcg/13444/TEREZA%20CRISTINA%20LIRA%20DE%20ABRANTES%20%20TCC%20DIREITO%202007.pdf?sequence=1&isAllowed=>. Acesso em 21/10/2022.

ARRUDA, Carlos; BRAGA, Carlos; SARDENBERG, Dalton; PITTA, Edgard; BARCELLOS, Erika; SPITZECK, Heiko; GUIMARÃES, Stephania. **Inovação: o motor do ESG**. FDC. Disponível em: <https://esg.fdc.org.br/e-books/>. Acesso em 21/10/2022

BOTREL, Sérgio. **Direito Societário Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

COASE, Ronald. **The Nature of Firm. The Firm, the market and the law**. Chicago University Press, 1988.

COASE, Ronald. **O problema do custo social romanizado**. Tradução e adaptação do artigo original “The Problem of Social Cost”. *The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies*. article 9, v. 3, issue 1, 2008. Disponível em: <http://www.iders.org/textos/Oproblema-docustosocialromanizado.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2009.

CONSTANT, Benjamin. De la liberté des anciens comparée à celle des modernes. In: _____. **Écrits politiques**. Paris: Gallimard, 1997.

DAHLMAN, Carl J. **The problem of Externalality**. *Journal of Law and Economics*. Chicago, The University of Chicago Press, v. 22, n. 1, p. 141-162, Apr. 1979.

FIÚZA, César. **Direito Civil**: curso completo. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. P. 118.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998.

KOHLER PEREIRA, Mariana. **Responsabilidade Social Empresarial**: para uma economia viável, in: TONON, D. H.; RANGEL, R. R. (org.) *Compliance Estratégico* vol 1. Belo Horizonte: Dialética, 2020. Pág. 275-295

LÔBO, Paulo Luiz Netto, *Constitucionalização do Direito Civil*. In: FIUZA, César (Coord.) **Direito Civil**: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. P. 200.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 1.

MERCURO, Nicholas; MEDENA, Steven G. **Economics and the law - from Posner to post-modernism**. Princeton – New Jersey: Princeton University Press, 1999.

MUELLER, Adriana. **A utilização dos indicadores de responsabilidade social corporativa e sua relação com stakeholders**. Dissertação. Repositório UFSC. Florianópolis, 2003. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/86190/PEPS3168.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 20/10/2022.

REIS, Thiago. Stakeholder: **o que é e qual sua importância em uma empresa?** www.suno.com.br, 2018. Disponível em: <https://www.suno.com.br/artigos/stakeholder/>. Acesso em 21/10/2022.

REIS NETO, João Salvador dos. A regulação financeira em face dos direitos fundamentais. In: **XX Encontro Nacional Do CONPEDI**,

XX, 2011, Belo Horizonte/MG. *Anais...* Florianópolis/SC: Fundação Boiteux, 2011.

REIS NETO, João Salvador dos. Autonomia Privada no Exercício de Empresa sob a Perspectiva do Direito e Economia. In: **XX Encontro Nacional Do CONPEDI**, XX, 2011, Belo Horizonte/MG. *Anais...* Florianópolis/SC: Fundação Boiteux, 2011.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é Pesquisa em Direito e Economia?** Cadernos Direito GV, São Paulo, n. 22, março. 2008. Disponível em: <<http://www.direitogv.com.br/interna.aspx?PagId=HTKC-NKWI&IDcategory=4&IDSubCategory=139>>. Acesso em: 12 out. 2022.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **A história do Declínio e Queda do Eficientismo na obra de Richard Posner**. Disponível em: <http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salamama/35/>. Acesso em: 12 out. 2011.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 18. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOUZA, Daniele Santos. **Uma análise do ESG (Environmental, Social and Governance) da empresa Vale S.A a partir do desastre de Brumadinho**. Trabalho de Conclusão de Curso. Repositório Unifesp. Disponível em: <https://repositorio.unifesp.br/bitstream/handle/11600/63058/TCC%20-%20DANIELLE%20SANTOS%20SOUZA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 01/11/2022.

SPITZECK, Heiko (ed.). **O que é ESG e como se diferencia da Sustentabilidade?** FDC. Disponível em: <https://ci.fdc.org.br/>

AcervoDigital/E-books/2021/ESG%201/Sess%C3%A3o%201_2022.pdf.
Acesso em 21/10/2022

SZTAJN, Rachel. Law and Economics. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito & Economia**: Análise Econômica do Direito e das Organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 74-83.

TEPEDINO, Gustavo. A constitucionalização do direito civil: perspectivas interpretativas diante do novo código. In: FIUZA, César (Coord.) **Direito Civil**: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. P. 115.

DIREITO REAL DE HABITAÇÃO E HERDEIROS VULNERÁVEIS: UMA ANÁLISE A PARTIR DE UMA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Mirelle Fernandes Soares¹

Silvia de Abreu Andrade Portilho²

RESUMO

O presente artigo discute o direito real de habitação, reconhecido como o direito concedido ao cônjuge ou companheiro sobrevivente de habitar a residência do casal, independentemente do regime de bens, ainda que haja mais de um imóvel a inventariar. Após abordar o instituto sob a ótica da função social da herança, será analisada a possibilidade de se relativizar o direito real de habitação em prol do direito à herança quando houver, no caso concreto, herdeiros vulneráveis, especialmente nas hipóteses em que se tenha um único bem imóvel a inventariar. Em uma realidade na qual subsistem várias espécies de famílias, é necessário que os olhares se voltem não somente à garantia da moradia ao cônjuge ou companheiro sobrevivente, mas também aos herdeiros incapazes, idosos ou deficientes, se porventura existirem. Para esta análise, será utilizado o método exploratório, por meio de pesquisa doutrinária e jurisprudencial. A hermenêutica constitucional será essencial para solucionar o conflito objeto do presente estudo, partindo-se da técnica da ponderação de interesses a serem analisados diante do caso concreto.

Palavras-chave: Habitação. Cônjuge. Hermenêutica.

1 Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professora no curso de Direito das Faculdades Promove e Kennedy. Advogada. Email: soares_mirelle@hotmail.com

2 Mestre em Direito Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professora no curso de Direito das Faculdades Promove e Kennedy. Advogada. Email: silviaaap@yahoo.com.br

INTRODUÇÃO

O direito real de habitação é o instituto jurídico, disposto no artigo 1.831 do Código Civil de 2002, que garante ao cônjuge ou companheiro sobrevivente, em caso de falecimento de seu consorte, o direito de habitar, isto é, residir no imóvel destinado à residência do casal, qualquer que seja o regime de bens adotado.

Trata-se de um direito que não possui, como regra, limitação temporal para a sua fruição, não sendo também necessário que se trate do único bem imóvel a inventariar. Ademais, de acordo com o mesmo dispositivo legal, o direito real de habitação não prejudica, em nada, a participação do cônjuge/companheiro naquilo que lhe caiba na herança. Sendo assim, é notável que a intenção do legislador é direcionada no sentido de proteger a moradia e a qualidade de vida do cônjuge viúvo, evitando que a morte de seu consorte sirva para afastar o outro do imóvel que serviu de residência para o casal.

Para o STJ, o direito real de habitação é um instituto intrinsecamente ligado à sucessão, razão pela qual os direitos de propriedade originados da transmissão da herança sofrem um abrandamento temporário em prol da manutenção da posse exercida por um dos integrantes do casal.

Entretanto, cumpre esclarecer que o direito real de habitação, da forma como previsto no ordenamento jurídico brasileiro, busca apenas a proteção à moradia do cônjuge ou companheiro, pois também é extensivo à união estável conforme será demonstrado; porém, não vislumbra a proteção de outros herdeiros que porventura compõem o núcleo familiar, como por exemplo filhos exclusivos do falecido, incapazes, deficientes e idosos, muitas vezes em estado de vulnerabilidade.

Desta forma, levando em consideração que as famílias atualmente são constituídas das mais variadas espécies, é perfeitamente possível que surja o conflito entre o direito de habitação do cônjuge sobrevivente, quando este possuir outros imóveis e/ou recursos econômicos que lhe garantam sua moradia, e o direito de um

ou mais herdeiros que necessitem do uso ou fruição do imóvel, por se encontrarem em situação de necessidade ou vulnerabilidade.

Neste aspecto, há que se indagar: a partir de uma hermenêutica constitucional, seria possível relativizar o direito real de habitação previsto no artigo 1.831 do Código Civil, em prol dos herdeiros vulneráveis?

Para desenvolver o tema proposto por meio de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, faz-se necessário, primeiramente, discorrer a respeito da função social da herança na perspectiva da Constituição da República de 1988; após, o presente trabalho irá tratar do direito real de habitação com vista à efetividade do direito constitucional à moradia. No quarto tópico, será abordado o direito real de habitação e a relação com os herdeiros vulneráveis, e no quinto tópico será discutida a análise, do ponto de vista hermenêutico, do direito real de habitação, finalizando com a conclusão.

Nesse contexto, o presente artigo encontra sua justificativa na necessidade de proporcionar um maior debate sobre o tema, especialmente à luz da hermenêutica constitucional, uma vez que existem lacunas na legislação e na doutrina acerca do assunto, a ensejar em algumas situações a relativização do direito real de habitação, por meio do juízo de ponderação.

1 FUNÇÃO SOCIAL DA HERANÇA NA PERSPECTIVA CONSTITUCIONALIZANTE

A herança no Brasil é um direito de primeira geração e está assegurada no artigo 5º, inciso XXX da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 como um direito fundamental.

“São dois os fins sociais principais da norma constitucional: o de impedir que o legislador infraconstitucional suprima totalmente esse direito e o de garantia de sua aquisição pelos herdeiros” (LÔBO, 2022).

Portanto, com a morte de um indivíduo, opera-se, imediatamente, a transmissão automática da herança com a abertura da sucessão, conforme determina a regra, de origem francesa, *droit saisine*, indicada

no art. 1.874 do Código Civil de 2002. Tal dispositivo determina que a transmissão automática da herança coincida com o momento da morte, como forma de impedir que o patrimônio daquele que faleceu fique acéfalo, sem proprietário. Portanto, com a abertura da sucessão, os sucessores legítimos e testamentários têm a imediata posse indireta sobre os bens.

Mas o sucessor não é mero continuador da personalidade do falecido, até porque o morto não a pode ter, mas assume a titularidade das relações patrimoniais de quem morreu em uma verdadeira mutação subjetiva.

Com o recebimento da quota parte do monte hereditário por parte do sucessor, ocorre o desdobramento natural do direito à propriedade privada, tendo em vista que a transmissibilidade possui conteúdo econômico.

Portanto, ocorrendo o evento morte, o conjunto das relações jurídicas patrimoniais é transmitido aos seus sucessores por força de lei (artigo 1.804 do Código Civil de 2002).

“Atribui-se à herança um bem de natureza imóvel, universal, e indivisível, mesmo que formada somente por bens móveis, singulares e divisíveis” (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p.34), pelo fato do direito fundamental à herança legitimar o direito de propriedade. Ressalta-se que a transmissão das relações patrimoniais compostas de bens móveis, imóveis, créditos e obrigações de uma pessoa que deixa de existir cumpre sua função social.

Pela ótica da função social da sucessão, tem-se que a abertura da sucessão visa “a continuidade da vida na humanidade, através da cadeia não interrompida das gerações, que se sucedem mediante a renovação dos elementos de que ela se compõe”. (BEVILÁQUA, 2000, p. 14)

E mais, “a transmissão patrimonial de alguém que faleceu gera a conservação das unidades econômicas, em prol da proteção de seu núcleo familiar”. (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p.50).

Foi pensando em efetivar o direito fundamental à herança e a observar sua função social, que o legislador reservou parcela do

patrimônio do autor da herança, 50%, aos herdeiros necessários, configurando a legítima.

O percentual da legítima é uma limitação ao direito de liberdade do titular do patrimônio, na medida em que existindo herdeiros necessários, quais sejam: descendentes, ascendentes e cônjuge ou companheiro supérstite, (artigo 1.845 do Código Civil de 2002), o titular só poderá dispor de 50% do patrimônio disponível. Entretanto, inexistindo herdeiros necessários, não há que se falar em tal limitação.

Isso porque a sucessão *mortis causa* se pauta na constante valorização da dignidade humana, seja do ponto de vista individual ou coletivo (2019, p. 25), conforme os artigos 1º, inciso III, e 3º inciso I da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Trata-se de “preceito da solidariedade social, com marcante incidência nas relações privadas” (TARTUCE, 2019, p. 25), na medida em que com a garantia aos herdeiros necessários de um percentual mínimo de 50%, fixado em lei, almeja-se uma redistribuição de patrimônio bem como a melhora do nível socioeconômico, indo ao encontro da efetividade da dignidade humana.

Contudo, destaca-se que grande parte das inventarianças no Brasil abrange apenas um imóvel que era destinado à morada da família. (FARIAS; ROSENVALD, 2017).

E é justamente sobre este assunto que se deve fazer um recorte, pois, numa visão constitucionalizada do Direito Civil, quando o monte hereditário versar apenas sobre um único bem imóvel destinado à moradia da família, deve-se percorrer a função social da sucessão, tendo em vista a vontade do constituinte de efetivar a dignidade humana, no caso, para a garantia da morada aos sucessores.

2 O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO COM VISTA À EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA

Ao considerar a existência do percentual da legítima que garante aos herdeiros necessários 50% do patrimônio do inventariado, o legislador infraconstitucional dispôs sobre a ordem de vocação

hereditária, que consiste na sequência pela qual os parentes sucessíveis serão chamados para receber a herança.

O artigo 1.829 do Código de Reale, em seus incisos I a IV, traz a referida ordem dos sucessores que deve ser obedecida considerando que o grau mais próximo excluirá o mais remoto, ou distante, (artigos 1.833 e 1836 § 1º do Código Civil de 2002).

A ordem de vocação deve ser entendida por exclusão. Os descendentes são os primeiros a suceder de acordo com o Código Civil vigente. Na ausência destes, serão chamados os ascendentes. Na falta dos ascendentes, o cônjuge ou o companheiro supérstite será chamado, recolhendo sozinho todo o patrimônio a ser transmitido.

Por último, na ordem de vocação, estão os colaterais, que serão chamados apenas na inexistência de sucessores de graus anteriores e se o autor da herança não tiver disposto de todo o patrimônio por ato de última vontade, tendo em vista que são considerados herdeiros facultativos ou não necessários, por não estarem no rol do artigo 1.845 do Código Civil de 2002.

Todavia, deve-se registrar que o cônjuge e/ou companheiro concorre com os descendentes, a depender do regime de bens, ou com os ascendentes, independente do regime de bens, e/ou, caso inexistam descendentes ou ascendentes, herda todo o monte hereditário independentemente do regime de bens.

Ao ser declarado inconstitucional o artigo 1.729 do Código Civil de 2002, através dos Recursos Extraordinários de números 646.721 e 878.694 que versavam sobre a sucessão do companheiro, advoga-se no sentido de que as regras da sucessão do cônjuge sobrevivente são aplicáveis aos companheiros por ausência de norma legal quanto à sucessão daqueles que viviam em união estável. Mesmo porque a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 226, reconheceu a união estável como entidade familiar; logo, ocorrendo o óbito de um dos companheiros devem-se aplicar as regras sucessórias aos conviventes.

Além das concorrências sucessórias conferidas ao cônjuge ou companheiro supérstite, chama a atenção o disposto no artigo 1.831 do Código Civil atual ao determinar que:

Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar. (BRASIL, 2002)

O parágrafo único do artigo 7º da Lei 9.278/96, que versa sobre a união estável, determina que dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família.

O Enunciado 117 da I Jornada de Direito Civil, publicado pelo Conselho da Justiça Federal, adotou o entendimento de que o direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão na Lei 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do artigo 1.831 do Código Civil de 2002, informado pelo artigo 6º, caput, da Constituição de 1988³.

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça firmou-se o entendimento pelo precedente REsp 1.249.227/SC de Relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão:

Quarta Turma, debruçando-se sobre controvérsia semelhante, entendeu que o direito real de habitação é conferido por lei, independentemente de o cônjuge ou companheiro sobrevivente ser proprietário de outros imóveis (REsp 1.249.227/SC, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 17/12/2013, DJe 25/3/2014).

³ Disponível em <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/758>. Acesso em 15 Out 2022.

Sendo a função social da sucessão corolário do direito de propriedade como forma de redistribuição de riqueza e bem estar social e familiar, o direito real de habitação é uma garantia reconhecida ao cônjuge ou companheiro supérstite de continuar a residir no imóvel, de natureza residencial, que era utilizado como lar do casal, mesmo após a morte do outro componente do arranjo familiar, independentemente de ter direito meatório ou sucessório sobre o bem e sem observar o regime de bens.

Não importa se o imóvel é comum ou exclusivo do falecido, reconhecendo-se o direito real em ambos os casos (STJ, REsp 826.838/RJ, 3.^a Turma, Rel. Min. Castro Filho, j. 25.09.2006, DJU 16.10.2006, p. 373). E não poderia ser diferente, pois a lei menciona que o imóvel deve ser o único objeto de inventário do falecido e destinado para a residência do casal. Havendo mais de um imóvel com essas características a inventariar, o direito não deve ser reconhecido, pela literalidade da norma. (TARTUCE, 2019, p. 348)

Trata-se de um direito real sobre coisa alheia, vitalício e personalíssimo, que autoriza o seu uso apenas com os fins de residência, não concedendo a utilização para outras finalidades, ou a retirada de frutos, em caso de locação.

Giselda Hironaka é contrária à vitaliciedade do direito. Para a autora o direito real de habitação conferido ao cônjuge ou companheiro supérstite deveria cessar no fim da viuvez.

“Melhor seria que o direito real de habitação cessasse com o fim da viuvez, visto que quem constituiu nova união ou novo casamento, presumidamente, deve ter condições de subsistência da nova família”. (HIRONAKA, 2004, p. 247)

Ao revés, o precedente firmado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de conferir natureza vitalícia e personalíssima ao direito real de habitação, o que significa que o

cônjuge ou companheiro pode permanecer no imóvel até a morte, mesmo se constituir nova entidade familiar. (STJ, REsp 1.846.167/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j.09.02.2021, DJe 11.02.2021)

Conforme preceitua o artigo 1.414 do Código Civil de 2002, o direito real de habitação tem caráter gratuito, portanto, os herdeiros não podem exigir remuneração do companheiro ou cônjuge sobrevivente pelo uso do imóvel, nem a extinção do condomínio e a alienação do bem enquanto perdurar esse direito. (STJ, REsp 1.846.167/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j.09.02.2021, DJe 11.02.2021)

Inclusive, caso os herdeiros ameacem, turbem ou esbulhem a posse do cônjuge ou companheiro sobrevivente, terá legitimidade para a promoção da cabível ação possessória, seja para demandar um interdito possessório, uma ação de manutenção ou uma ação de reintegração de posse.

O direito real de habitação visa proteger o cônjuge ou companheiro sobrevivente, garantindo-lhe o direito de habitação no único imóvel que compõe a herança e sirva de residência para a família. Busca garantir uma qualidade de vida ao viúvo ao estabelecer conforto mínimo, manter uma morada. “Além de impedir que o óbito de um dos conviventes sirva para afastar o outro da residência estabelecida pelo casal” (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p.324).

Todavia, caso o único imóvel a ser inventariado seja de copropriedade com terceiros, o cônjuge ou companheiro supérstite não terá garantido o direito real de habitação, como já entendeu o Superior Tribunal de Justiça (STJ, REsp 1.273.222/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 18.06.2013, DJe 21.06.2013) e no seu Informativo de nº 441⁴.

4 “A viúva não pode opor o direito real de habitação aos irmãos de seu falecido cônjuge na hipótese em que eles forem, desde antes da abertura da sucessão, coproprietários do imóvel em que ela residia com o marido. De fato, o direito real de habitação (arts. 1.611, § 2º, do CC/1916 e 1.831 do CC/2002) tem como essência a proteção do direito de moradia do cônjuge supérstite, dando aplicação ao princípio da solidariedade familiar. Nesse contexto, de um lado, vislumbrou-se que os filhos devem, em nome da solidariedade familiar, garantir ao seu ascendente a manutenção do lar; de outro lado, extraiu-se da ordem natural da vida que os filhos provavelmente sobreviverão ao habitador, momento em que poderão exercer, na sua plenitude, os poderes inerentes

O objetivo da lei é permitir que o cônjuge/companheiro sobrevivente permaneça no mesmo imóvel familiar que residia ao tempo da abertura da sucessão como forma, não apenas de concretizar o direito constitucional à moradia, mas também por razões de ordem humanitária e social, já que não se pode negar a existência de vínculo afetivo e psicológico estabelecido pelos cônjuges/companheiros com o imóvel em que, no transcurso de sua convivência, constituíram não somente residência, mas um lar. (STJ, REsp 1.582.178/RJ, 3.^a Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 11.09.2018, DJe 14.09.2018).

Segundo o Superior Tribunal de Justiça, para que o companheiro ou cônjuge sobrevivente exerça seu direito real de habitação é desnecessária a inscrição do bem no Cartório de Registro de Imóveis (STJ, REsp 1.846.167/SP, 3.^a Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j.09.02.2021, DJe 11.02.2021).

O fim social da norma é proteger o direito de moradia do cônjuge ou companheiro, direito fundamental reconhecido pelo artigo 6.^o da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ao dispor que são “direitos sociais a educação; a saúde; a alimentação; o trabalho; a moradia; o lazer; a segurança; a previdência social; a proteção à maternidade e à infância; a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (CONSTITUIÇÃO, 1988).

O direito à moradia foi elevado ao *status* de direito fundamental de caráter social, por meio da Emenda Constitucional de n.^o 26 de 2000. Assegurado como direito fundamental de segunda geração, constitui-se

à propriedade que detêm. Ocorre que, no caso em que o cônjuge sobrevivente residia em imóvel de copropriedade do cônjuge falecido com os irmãos, adquirida muito antes do óbito, deixa de ter razoabilidade toda a matriz sociológica e constitucional que justifica a concessão do direito real de habitação ao cônjuge sobrevivente, pois não há elos de solidariedade entre um cônjuge e os parentes do outro, com quem tem apenas vínculo de afinidade, que se extingue, à exceção da linha reta, quando da dissolução do casamento. Além do mais, do contrário, estar-se-ia admitindo o direito real de habitação sobre imóvel de terceiros, em especial porque o condomínio formado pelos familiares do falecido preexiste à abertura da sucessão” (STJ, REsp 1.184.492/SE, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 1.^o.04.2014).

como norma social programática, aquela que almeja a implementação mediante a realização de políticas públicas. Seguiram-se as trilhas da Declaração Universal dos Direitos do Homem⁵.

Esta Declaração, da qual o Brasil é signatário, assegura que o ser humano tenha direito a um padrão de vida que satisfaça suas necessidades humanas, o que inclui a habitação e a moradia. Para tanto, o direito à moradia, inclusive por meio do direito real de habitação ao cônjuge ou companheiro supérstite, deve ser dotado de efetividade.

O direito à moradia deve ser compreendido como um direito essencial à existência humana que vai ao encontro da tese do patrimônio mínimo. Pensar em vida digna sem moradia torna-se insustentável ao ser humano; por se tratar de uma das formas de manifestação de identidade pessoal.

Por outro lado, o direito à moradia é considerado um direito que visa proteger o mínimo existencial de uma vida digna. Todo patrimônio individual está inserido em um contexto de solidariedade e redistribuição, sugerindo apenas que o mínimo existencial deva ser garantido a todos. Logo, pela “teoria do patrimônio mínimo ou mínimo existencial deve-se assegurar à pessoa humana um mínimo de direitos patrimoniais para que viva com dignidade”. (TARTUCE, 2019, p. 363)

A partir da ideia contemporânea do discurso da constitucionalização do Direito Civil, as relações humanas estão mais voltadas a efetivar a dignidade dos indivíduos. Ao garantir-se o direito real de habitação ao cônjuge ou companheiro supérstite, preenchidos os requisitos constantes no artigo 1.831 do Código Civil, o legislador se projetou a efetivar o direito à moradia como consectário da teoria do patrimônio mínimo.

Entretanto, deve-se questionar, pois o legislador se preocupou em garantir moradia e um patrimônio mínimo apenas ao cônjuge ou

5 Artigo XXV - Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle. (BRASIL, 2000)

companheiro sobrevivente em se tratando de inventariança composta por apenas um imóvel que era utilizado como lar da família. Ocorre que, existindo herdeiros incapazes, idosos e deficientes o legislador, tampouco os tribunais têm volvido olhares para tais.

3 O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO E OS HERDEIROS VULNERÁVEIS

O direito real de habitação conferido ao cônjuge ou companheiro sobrevivente tem sido questionado nos tribunais brasileiros, chegando inclusive, nos últimos anos, diversas lides ao Superior Tribunal de Justiça envolvendo o direito real de habitação.

O fato decorre, sobretudo, em razão do direito real de habitação buscar a proteção e conversação da entidade familiar pautada no casamento ou na união estável, contudo não se vislumbra a proteção de outros entes que também integram o arranjo familiar, como por exemplo, filhos exclusivos do falecido, incapazes menores, deficientes e idosos, que muitas vezes eram dependentes do falecido.

Em razão das diversas espécies de composição familiar, a família recomposta ou “ensamblada”, (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p.89) é uma realidade da sociedade brasileira. Comumente, novos arranjos familiares são formados com proles de uniões anteriores. O que provocará conflitos caso o falecido deixe filhos exclusivos que concorrerão com cônjuge ou companheiro supérstite e o acervo a ser inventariado se tratar de apenas um único imóvel destinado à residência da família.

Para o STJ, o direito real de habitação deve ser conferido ao cônjuge/companheiro sobrevivente não apenas quando houver descendentes comuns, mas também quando concorrem filhos exclusivos do cônjuge falecido (STJ, REsp 1.846.167/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j.09.02.2021, DJe 11.02.2021).

Os filhos do falecido, ainda que sejam coproprietários da inventariança, não farão jus ao direito real de habitação. No mesmo

sentido, na existência de herdeiro idoso ou deficiente, dependentes do falecido, também não poderão exercer o direito real de habitação.

Ao revés, mesmo que o cônjuge ou companheiro possua outros imóveis particulares, (REsp 1.582.178-RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 11/09/2018, DJe 14/09/2018) poderá residir no bem inventariado até o seu falecimento, mesmo constituindo novas núpcias ou nova união.

Com isso, os filhos ou outros herdeiros idosos ou deficientes não poderão sequer alienar o imóvel. Isto porque o direito real de habitação é *ex vi legis* (por força da lei), decorrente do direito sucessório (artigo 1.831 do CC/2002); portanto, pode ser exercido desde a abertura da sucessão (REsp 1.315.606/SP Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 23/08/2016, DJe 28/09/2016)

Em se tratando de pessoa idosa, garanta-se o direito à proteção integral de sua integridade física e psicológica, nos termos dos artigos 2º e 4º, §§ 1º e 2º, da Lei 10.741/2003, assegurando-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Segundo o artigo 4º da mencionada lei, nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei.

Quanto aos incapazes, é dever do Estado e, inclusive do Poder Judiciário tutelar os direitos fundamentais de todos, decidindo os casos concretos à luz dos princípios constitucionais, especialmente o da preservação da dignidade da pessoa humana, mesmo que não exista legislação específica. (SARLET, 2001, 46-49)

Portanto, para uma solução adequada à casuística, considerando o conflito (*hard case* ou *tragic case*) entre o direito real de habitação do cônjuge ou companheiro e sua possibilidade de efetivar a morada de herdeiros vulneráveis, sobretudo do ponto de vista da dependência econômica, volta-se a atenção a uma hermenêutica constitucional, o que será objeto de discussão no tópico seguinte.

4 DIREITO REAL DE HABITAÇÃO A PARTIR DE UMA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Conforme demonstrado, não há uma previsão legal no Código Civil Brasileiro que garanta o direito real de habitação aos herdeiros vulneráveis, mas tão somente ao cônjuge ou companheiro sobrevivente, nos ditames do artigo 1.831. Assim, resta a possibilidade de decisões judiciais específicas, que privilegiem valores constitucionais como a dignidade da pessoa humana e a solidariedade.

O direito real de habitação foi um instituto que surgiu tendo por finalidade a proteção familiar, inicialmente com um caráter protetivo à mulher sobrevivente, uma vez que teve origem pelo Estatuto da Mulher Casada – Lei 4.121/62.

O Estatuto da Mulher Casada trouxe diversas alterações no Código Civil de 1916, a saber:

A referida lei trouxe diversas alterações na legislação com o intuito de modificar a perspectiva jurídica da mulher no ordenamento brasileiro, como por exemplo, retirou a necessidade de autorização marital para o exercício de profissão e reconheceu a colaboração feminina na sociedade conjugal. A norma não mencionava o gênero para a concessão do direito, porém, tendo sido introduzido pelo Estatuto da Mulher Casada, fica evidente a intenção de proteção da mulher.⁶

Posteriormente, com o advento do Código Civil de 2022 o instituto passou a ser assegurado a todos os regimes de bens, tendo permanecido silente no que tange à possibilidade de sua manutenção

6 PINTO, Gabriela Duarte. Direito Real de Habitação: Conflito entre o direito real de habitação e o direito à herança, e a possível mitigação no caso concreto por meio do juízo de ponderação. Disponível em <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/2127>. Acesso em 15 de outubro de 2022.

no caso de constituição de uma nova família, por parte do cônjuge sobrevivente (qualquer que seja o gênero).

Com o falecimento do cônjuge ou companheiro cuja sucessão se abre, em algumas situações é comum surgir o conflito hermenêutico entre o direito real de habitação concedido ao cônjuge ou companheiro sobrevivente, e o direito de propriedade dos herdeiros, especialmente em se tratando de herdeiros em estado de vulnerabilidade. Em tal situação, faz-se necessária a aplicação do juízo de ponderação, mediante o qual deve-se fazer prevalecer o direito fundamental que assumir maior peso no caso concreto.

Na hermenêutica constitucional, a colisão entre direitos fundamentais deve ser solucionada por meio do mesmo critério adotado em caso de colisão entre princípios, vale dizer, aplicando-se por meio da ponderação de interesses, aquele que possui maior peso na situação concreta posta em análise. Para Alexy:

Quando dois princípios entram em colisão [...], um dos dois princípios tem que ceder ante o outro. Mas isto não significa declarar inválido o princípio que não teve curso, nem que haja de se introduzir no princípio que não teve curso uma cláusula de exceção. Ao contrário, o que acontece é que, sob certas circunstâncias, um dos princípios precede ao outro. Sob outras condições, a questão da precedência pode ser solucionada de forma inversa. (ALEXY, 1993b apud GALUPPO, 1999, p. 193)

Essa tensão entre os direitos fundamentais aqui mencionados – propriedade e moradia – é por demais comum nos dias atuais, em que os espaços parecem cada vez menores diante das complexas necessidades humanas. Nessa situação, adota-se o entendimento de que os magistrados, ao aplicarem o direito, deverão adotar a solução que mais atenda ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Para Álvaro Ricardo de Souza Cruz,

Como normas jurídicas, os direitos fundamentais comportam uma conceitualidade aberta, capaz de adequá-los ao cambiante e evolutivo conjunto de pretensões ligadas à realização e dignidade do ser humano. Logo, se enquadram dentro de um quadro normativo de cunho predominantemente principiológico. (SAMPAIO; CRUZ, 2001, p. 213)

Nas palavras de Inocêncio Mártires Coelho, como princípio de interpretação constitucional, o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade consubstancia, em sua essência,

uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 143).

Esse princípio, segundo a doutrina, é representado pelo subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, indissociável da ponderação de bens, ao lado dos subprincípios da adequação e da necessidade.

Tomando como hipótese a situação em que o cônjuge sobrevivente possua outros recursos econômicos e/ou outras propriedades para exercer sua moradia, estando ainda em idade economicamente ativa, enquanto que, de outro lado, haja um herdeiro que esteja em estado de vulnerabilidade, torna-se mais razoável outorgar a proteção àquele que se encontra em situação desfavorável – como um incapaz, um idoso, ou um herdeiro hipossuficiente economicamente.

Nesta hipótese, o juízo de ponderação deverá ser utilizado como meio para solução do conflito, devendo o julgador buscar um ponto de equilíbrio entre os interesses em disputa.

Acerca da interpretação não literal do dispositivo legal que concede o direito real de habitação ao cônjuge/companheiro sobrevivente, a Ministra Nancy Andrighi, em voto vencido proferido no REsp 1134387/SP, entendeu pela possibilidade de afastar o direito real de habitação, em uma situação em que os herdeiros não possuíam vínculos de parentalidade com o cônjuge, e necessitavam vender o imóvel:

Neste cenário de colidência entre o direito de propriedade sobre fração do imóvel e o direito real de habitação da viúva, estendido aos filhos do segundo casamento, fixado por dispositivo de lei ao cônjuge sobrevivente, é necessário ponderar sobre a prevalência de um dos dois institutos, ou, ainda, buscar uma interpretação sistemática que não acabe por esvaziar, totalmente, um deles, em detrimento do outro, vindo a tratar sem isonomia todos os filhos do falecido. (STJ, REsp 1134387/SP, Rel.Min. Nancy Andrighi, DJe 29.05.2013)

Em prol da concretização do princípio da dignidade da pessoa humana e dos ideais de solidariedade buscados em um Estado Democrático de Direito, torna-se evidente que a lei deve ser interpretada para além da sua literalidade, observando também o natural processo evolutivo da sociedade, com vistas a garantir outros direitos fundamentais preponderantes à proteção familiar.

Assim, defende-se aqui a possibilidade da norma contida no art. 1.831 do atual Código Civil, que assegura o direito real de habitação ao cônjuge ou companheiro sobrevivente, ser relativizada em prol da prevalência do direito fundamental à moradia previsto no artigo 6º, caput da Constituição de 1998, especialmente em se tratando da

proteção à dignidade de um herdeiro que se encontre em situação de vulnerabilidade.

Marcelo Milagres, em sua obra *Direito à Moradia*, defende ser a moradia não somente um direito social, mas, além disso, um aspecto fundamental e substancial da pessoa humana, ou seja, uma manifestação do direito de personalidade:

Em meio à riqueza de pensamento e ao emaranhado de opiniões, vê-se que o maior desafio é compreender o direito à moradia, em razão da absoluta essencialidade do bem, como direito de personalidade, podendo a moradia ser entendida como manifestação de identidade pessoal, de privacidade, de intimidade, como expressão do direito ao segredo, como valor imprescindível à dignidade da pessoa humana, embora sem se confundir com esses valores ou bens e apresentando natureza jurídica autônoma em relação a eles. (MILAGRES, 2011, p. 121-122)

Sendo assim, privilegiando uma interpretação sistemática que leve em consideração a aplicação dos valores constitucionais da dignidade humana, solidariedade e justiça social, e ainda, considerando-se que os herdeiros não podem exigir remuneração do companheiro sobrevivente pelo uso do imóvel, não parece razoável opor, de forma absoluta, o direito real de habitação do cônjuge nas situações em que haja colisão com o direito de herdeiros que se encontram em situação de dificuldade financeira ou outra espécie de vulnerabilidade.

CONCLUSÃO

Em uma visão constitucionalizada do Direito Civil, torna-se indispensável percorrer a função social da sucessão, tendo em vista a vontade do constituinte de efetivar a dignidade humana, no caso, para a garantia da moradia aos sucessores.

O presente artigo demonstrou que a jurisprudência brasileira reconhece o direito real de habitação, concedido ao cônjuge ou companheiro quando do falecimento de seu consorte, mesmo diante das situações nas quais concorrem filhos exclusivos do cônjuge falecido, e ainda, mesmo nas hipóteses em que o cônjuge sobrevivente venha a contrair nova união e/ou possua outros bens imóveis nos quais poderia, efetivamente, exercer sua moradia. Sendo assim, o direito real de habitação se sobrepõe ao direito de propriedade dos demais condôminos ou herdeiros ainda que de outra união.

Entretanto, o problema surge nas situações em que o monte hereditário versa apenas sobre um único bem imóvel destinado à moradia da família, e haja algum herdeiro que dependia financeiramente do falecido – por algum motivo de incapacidade, saúde, ou idade avançada (pais idosos, por exemplo). Nestas situações, não parece razoável que os mesmos fiquem impedidos de usufruir do bem, permanecendo em absoluto desamparo.

Vale lembrar que o direito real de habitação tem caráter gratuito, conforme dispõe o artigo 1.414 do Código Civil. Por esta razão, os herdeiros não podem sequer exigir remuneração do companheiro sobrevivente pelo uso do imóvel, nem a extinção do condomínio e a alienação do bem enquanto perdurar esse direito.

Defende-se, portanto, que em prol da dignidade da pessoa humana, sejam avaliadas, no caso concreto, as reais necessidades tanto do cônjuge ou companheiro sobrevivente, como também dos demais herdeiros, especialmente nos casos de único bem imóvel a inventariar, sendo possível, através de uma hermenêutica constitucional, relativizar o direito real de habitação em algumas hipóteses.

A interpretação das normas deve, portanto, partir de um juízo de ponderação de modo a buscar uma solução embasada no equilíbrio dos valores em pauta, a saber: o direito à herança e o direito real de habitação do cônjuge ou companheiro. Podem ocorrer situações nas quais o cônjuge ou companheiro seja independente financeiramente, ao passo em que outros herdeiros se encontrem em total situação

de vulnerabilidade, dependendo unicamente daquele bem para sua sobrevivência ou moradia.

Conclui-se, portanto, ser possível a relativização do direito real de habitação para os herdeiros vulneráveis, se no caso concreto não houver necessidade por parte do cônjuge ou companheiro, seja por ter imóvel próprio ou por possuir independência financeira, na depender da situação em análise. A melhor interpretação das normas emana da sua não literalidade, devendo ser buscada a interpretação que mais conduz com a aplicação dos valores constitucionalmente assegurados, de modo a perseguir a solidariedade e justiça social, em prol da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Sucessões**. Campinas. Red Livros, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 826.838/RJ**, 3ª Turma, Rel. Min. Castro Filho, j. 25.09.2006, DJU 16.10.2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.134.387/SP**, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j.16.04.2013, DJe 29.05.2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.846.167/SP**, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j.09.02.2021, DJe 11.02.2021

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.184.492/SE**, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 1.º.04.2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.582.178/RJ**, 3ª Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 11.09.2018, DJe 14.09.2018

CARVALHO NETTO, Menelick de. **Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito**. Revista de Direito Comparado, Belo Horizonte, v. III, 1997.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM. Disponível em: onubrasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php. Acesso em 04 de agosto de 2022.

FACHIN, Luis Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1988.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Direitos Reais**. 12 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 36. n. 143, jul./set. 1999.

GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 25 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das Coisas**. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. **Direito Sucessório Brasileiro: ontem, hoje e amanhã**. Palestra Proferida no Congresso Anual na Associação de Juristas Alemanha/Brasil. 2001.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. **IV Congresso Brasileiro de Direito de Família**. (Do Instituto Brasileiro de Família). Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

LEAL, Rogério Gesta. **A Função Social da Propriedade e da Cidade no Brasil**. Santa Cruz do Sul: Livraria do Advogado, 1998.

LÔBO, Paulo. **Direito Constitucional à Herança, Saisine e Liberdade de Testar**. Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito de Família. Famílias: Pluralidade e Felicidade. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/290.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2022.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira. **Direito à Moradia**. São Paulo: Atlas, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MOTTA, Luana Dias. **A Questão da Habitação no Brasil: Políticas Públicas, Conflitos Urbanos e o Direito à Cidade**. Disponível em: http://conflitosambientaismg.lcc.ufmg.br/geral/anexos/txt_analitico/MOTTA_Luana_-_A_questao_da_habitacao_no_Brasil.pdf. Acesso em: 30 ago. 2019.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das Coisas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direitos Reais**. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Direito das Coisas**. Ed. fac-similar. Brasília, DF: Senado Federal: Superior Tribunal de Justiça, 2004.

PINTO, Gabriela Duarte. **Direito Real de Habitação: Conflito entre o direito real de habitação e o direito à herança, e a possível mitigação no caso concreto por meio do juízo de ponderação**. Disponível em <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/2127>. Acesso em 15 de outubro de 2022.

SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2009

STANLEY, Adriano. **Direito das Coisas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro**. In: NEUNER, Jörg; MONTEIRO, Antônio Pinto (orgs.). **Direitos Fundamentais e Direito Privado uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Ed. Almedina, 2007

SARLET, I. W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito das sucessões**. vol. 6, 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 7 ed. São Paulo, Editora Renovar, 2012.

VENOSA, Silvío de Salvo. **Direito Civil: Direitos Reais**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

A INSUSTENTÁVEL LEVEZA DOS PUNITIVE DAMAGES: UM IMPOSSÍVEL CASAMENTO ENTRE PUNIR E REPARAR

Thalles Ricardo Alciati Valim¹

Gabriel Ribeiro Santos²

RESUMO

O presente artigo busca investigar as razões pelas quais a importação dos *punitive damages* para a Responsabilidade Civil apresenta uma incompatibilidade dificilmente transponível no ordenamento jurídico brasileiro. Para isso, faz-se uso de material bibliográfico, mediante pesquisa dialético-indutiva, em que se chega à conclusão de que há impedimentos de ordem estrutural e funcional para a recepção dos *punitive damages*. Estruturalmente, não há como conciliar a função reparatória, clássica à Responsabilidade Civil, com as funções preventiva e punitiva. Funcionalmente, a importação também não se apresenta como útil, visto haver outros ramos do direito brasileiro que já cumprem com essas últimas funções. Ademais, demonstra-se que as figuras do dano moral e dos danos difusos e coletivos também não podem ser utilizadas como instrumentos pelos quais, sub-repticiamente, a indenização punitiva poderia ser recebida no Brasil.

Palavras-Chave: Punitive damages. Indenização punitiva. Funções da Responsabilidade Civil.

1 Doutorando e Mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em *Droit et Pratique des Contrats* pela Université de Lyon. Editor-Chefe da Revista Inova Jur. Coordenador do Núcleo de Estudos em Responsabilidade Civil. Chefe do Departamento de Ciências Jurídicas e Professor de Direito Civil da Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG - Unidade Ituiutaba). E-mail: thalles.valim@uemg.br.

2 Discente do Curso de Graduação em Direito da Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG - Unidade Ituiutaba). Bolsista de Iniciação Científica do Programa Institucional de Apoio à Pesquisa (PAPq/UEMG). E-mail: gabriel.1593674@discente.uemg.br.

INTRODUÇÃO

Recorrentemente, o jurista se encontra diante de uma discussão acerca da utilidade, para o direito brasileiro, da importação de uma determinada categoria estrangeira. Seja quais forem as razões culturais e estruturais que nos levam a olhar para outros ordenamentos na busca de aprimorar o nosso, e sem qualquer juízo de valor a respeito desse esforço, uma das tentativas de transplante jurídico aparenta contrariar os próprios fundamentos do ramo em que seria recepcionada a figura.

Trata-se dos *punitive damages*, categoria pertencente aos ordenamentos filiados à *Common Law* e que são frequentemente traduzidos como *danos punitivos*, *indenização punitiva* ou, ainda, *indenização exemplar*.

Ao que parece, a figura dos *punitive damages* encontra alguns obstáculos para a sua recepção no território brasileiro. Primeiramente, um obstáculo de ordem estrutural da subárea da Responsabilidade Civil, pois a função indenizatória dificilmente se concilia com a punitiva e a preventiva, sobretudo em modelos jurídicos como o nosso, em que uma cláusula geral de danos permite uma grande flexibilidade ao sistema, mas não apresenta qualquer previsibilidade das condutas puníveis para fins de desestímulo e prevenção.

Em segundo lugar, haveria um obstáculo de ordem positiva. O Código Civil, em seu art. 944, consagra o princípio da reparação integral, que representa não apenas o direito a se todo o dano, mas também o dever de se reparar apenas o dano, tal como os franceses costumam repetir: *tout le dommage, rien que le dommage*. Ora, penas civis não restauram lesões a bens jurídicos. Estar-se-ia muito além daquilo que apregoa o dispositivo presente na legislação civil brasileira.

Por fim, haveria o obstáculo de utilidade para a transposição da figura dos *punitive damages*. E isso, de um lado, em razão de outras áreas do Direito cumprirem mais eficientemente com os papéis punitivo e preventivo do que a Responsabilidade Civil; de outro, por conta de os “candidatos” a receptáculos da punição no âmbito do Direito Privado – a saber, os danos morais e os danos difusos e coletivos – já

apresentarem conceitos bem delimitados e vinculados à reparação de bens jurídicos específicos.

Assim sendo, o presente estudo pretende comprovar as hipóteses acima levantadas, a partir de uma análise de revisão bibliográfica, mediante uso do método dialético-indutivo, dividindo a pesquisa em dois grandes eixos: (i) quais as funções da responsabilidade? (ii) quais os possíveis (ou impossíveis) caminhos para a importação dos *punitive damages* no ordenamento jurídico brasileiro?

1 FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Tradicionalmente, a responsabilidade civil tem função de indenizar, reestabelecendo o estado em que a vítima se encontrava antes da lesão sofrida. Há, em sua definição, o dever de reparar e compensar o indivíduo que sofreu danos. Etimologicamente, o termo “responsabilidade” liga-se, inevitavelmente, à obrigação de indenizar, visto que remete ao conceito de devedor, pois se originou de vocábulo latino *spondere*, que significava “prometer”³. Deste mesmo modo, Villey coloca:

Respondere por sua vez reenvia-nos a *sponsio*, instituto que possuía lugar fundamental no direito romano arcaico – e a *spondere* (daí *sponsus*, *esposo*, *noivo*)... O *Sponsor* é um devedor; o homem que no diálogo da “estipulante”, futuro credor, vincula-se a uma prestação; por exemplo, com sua esposa, a convolar núpcias. O *responsor* era especialmente a garantia; em outras palavras, ele era obrigado a responder pela dívida principal de outrem⁴.

Na estrutura jurídica brasileira, é clara a definição de ato ilícito positivada pela Responsabilidade Civil, fixada por meio dos arts. 186

3 (CARRÁ, 2015. p. 8).

4 (VILLEY, p. 136).

e 927, do Código Civil de 2002. Tem-se que aquele que viola o direito e causa dano comete ato ilícito. Assim posto, nota-se que a simples violação da lei não basta para responsabilização civil do agente. É algo distinto do que ocorre em outras esferas do Direito, como o Direito Penal e o Direito Administrativo. Portanto, o ato ilícito civil não se confunde com a conduta antijurídica contrária ao ordenamento como um todo. O dano é o elemento nuclear do conceito de ato ilícito, de sorte que, sem ele, não é possível a configuração da obrigação de indenizar. O art. 927 do Código Civil estabelece o ato ilícito como pressuposto para o surgimento da obrigação de indenizar⁵. Ou seja, não há obrigação de indenizar sem ato ilícito e não há ato ilícito sem danos.

A indenização é, portanto, a base da Responsabilidade Civil. No entanto, esse mesmo ramo jurídico já teve outras atribuições, acompanhadas de concepções sociais diversas que o permeavam. Originariamente, a Responsabilidade Civil estava atrelada a um sentimento de vingança, apresentando-se com uma função punitiva e expiatória, como colocam Martins-Costa e Pargendler:

[...] historicamente, a indenização (no sentido de restauração do estado anterior ao dano) não foi a primeira função desse instituto. Nas sociedades primitivas, o dano aparecia principalmente como um rompimento da ordem social e mesmo da ordem cósmica, que carecia, então, ser recomposta, comumente por um ato sacrificial. Não andava longe o sentimento de vingança, humana reação contra os danos injustos: os atos lesivos suscitavam uma perseguição deixada à iniciativa da vítima, estando o sentimento pessoal na pré-história – e no substrato, ainda “incivil”, – da responsabilidade⁶.

5 Código Civil, Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

6 MARTINS-COSTA, Judith.; PARGENDLER, Mariana. Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o Direito brasileiro). *Revista CEJ*, Brasília, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005, p. 17.

A reação contra os danos injustos tinha consequências drásticas, advindas de uma postura sentimental e sem uma verdadeira racionalidade por parte da ordem social perturbada. Questões religiosas influenciavam e informavam o modo por que se viam os atos ilícitos cometidos por um indivíduo, frequentemente valorados à luz de um padrão de conduta considerado como “correto” pela sociedade da época. As consequências jurídicas atribuídas aos atos ilícitos constituíam-se de reações agressivas e vingativas. O indivíduo que causava dano deveria sofrer consequências proporcionais ao ato, através da violência e da perseguição. Procurando explicar didaticamente esse desiderato originário da Responsabilidade Civil, Rudolf von Jhering apresentava metáfora bastante interessante, quando comparava o sentimento de vingança, presente na Responsabilidade Civil de tempos primitivos, ao de uma criança ressentida com um objeto inanimado com o qual colidiu:

Assim como a criança golpeia a pedra em que tropeçou, (...) sob a primeira sensação de dor, experimenta instintivamente um arranque de indignação e amargura contra a causa inocente daquela, (...) também o sentimento jurídico do homem primitivo está completamente sob o jugo da dor⁷.

Esse caráter vingativo da Responsabilidade Civil primitiva era, ainda, reforçado pela ausência de delimitação entre os ramos do Direito Privado e do Direito Penal. Até então, a ilicitude era indivisível, ou seja, tinha caráter uno, qualquer que fosse o ato ilícito, não se considerava a gravidade ou até mesmo qualquer critério de proporcionalidade entre o ilícito e a sanção que lhe era imposta. Não havia distinção entre o

7 JHERING, 2013, p. 65 *apud* VALIM, Thalles. El Elemento de la culpabilidad em el derecho privado romano. Trad. José Luis Guzmán Dalbora. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 30, n. 9, p. 467-473, jan./mar. 2022, p. 469).

caráter penal e civil da reação. Assim, a sociedade romana de então respondia ao fato através da repressão, tal como discorre Carrá:

Independentemente da sanção a ser aplicada, a ilicitude era vista como um fenômeno unitário, vale dizer, considerando que, em essência, o que importava era a violação de uma norma, não se levando em consideração o problema de sua maior ou menor gravidade, bem como de suas consequências para a sociedade. Com o tempo, percebeu-se que alguns delitos tinham, mercê de sua gravidade, uma distinta forma de repressão. Seus autores eram submetidos ao julgo do Poder Público e não ao do particular⁸.

Num estágio mais avançado do Direito romano, passou-se a ter uma diferente ótica do ilícito, desmembrado em suas espécies e as sanções delas decorrentes⁹.

Assim, percebe-se que o instituto da Responsabilidade Civil passou por mutações ao longo do tempo, consolidando a função indenizatória como a principal. Não obstante, já em seus primórdios, em textos jurídicos históricos, como a *Lei das Doze Tábuas* (editadas na república romana, por volta de 350 a. C.) e o *Código de Hammurabi* – assim intitulado em homenagem ao então rei da Babilônia (editado provavelmente em 1726-1686 a.C.) –, encontravam-se hipóteses de obrigação de compensação do dano e de ressarcimento do ofendido. A título de exemplo, o § 232 do *Código de Hammurabi* determinava que, na hipótese de uma casa desabar por erro de construção, o pedreiro teria de indenizar os prejuízos causados aos bens móveis, assim como reparar os estragos surgidos na edificação¹⁰. Na *Lei das*

8 CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. Responsabilidade Civil sem dano: uma análise crítica. São Paulo, Atlas, 2015, p. 117.

9 MARTINS-COSTA, Judith.; PARGENDLER, Mariana. Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o Direito brasileiro). *Revista CEJ*, Brasília, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005, p. 17).

10 Código de Hammurabi, § 232. “Se fez perder bens móveis, compensará tudo que fez perder e, porque não reforçou a casa que construiu e ela caiu, deverá reconstruir a casa

Doze Tábuas, há um fragmento da Tábua VIII pelo qual, se um animal quadrúpede causasse danos à propriedade alheia, o seu proprietário deveria entregá-lo à vítima ou, alternativamente, compensá-la pelo equivalente em dinheiro¹¹.

Como se vê, a determinação de que se compensem os danos produzidos não era, propriamente, uma novidade, mesmo em sociedades primitivas. Ocorreu, contudo, a progressiva sedimentação da função indenizatória, com a consequente perda de qualquer viés punitivo na seara da Responsabilidade Civil.

Essa mutação, sofrida pela Responsabilidade Civil, foi acompanhada igualmente por alterações nas características das relações sociais, fazendo surgir novos danos. A explosão de novas espécies de prejuízos ocorreu, em parte, como consequência da sociedade industrial e tecnológica, que aumentou e criou diversos danos¹². Ora, sendo a Responsabilidade Civil o ramo jurídico responsável pela reparação e compensação dos danos, a proliferação desses últimos acarreta, inevitavelmente, uma expansão do campo de incidência daquela.

Não obstante a evolução pela qual passou, vem se argumentando que a Responsabilidade Civil, ao lado de sua clássica e tradicional função reparatória, deve igualmente assumir as funções punitiva

que caiu com seus próprios recursos” (BOUZON, Emanuel. *O Código de Hammurabi*. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 1986, p. 194).

11 “Ulpian: If a four-footed animal shall be said to have caused pauperies, loss, legal action for the same derived from the Law of the Twelve Tables. This Law sanctioned either the surrender of the thing which damaged, that is the animal which committed the damage, or else the offer of assessment for the damage” (WARMINGTON, Eric Herbert. *Remains of old latin*: Lucilius; The Twelve Tables. Londres: Harvard University Press, 1938, v. 3, p. 479).

12Assim reconhecem Rocha e Mendes, quando afirmam: “A Revolução Industrial, iniciada nesse período, promoveu avanços tecnológicos sem precedentes históricos, os quais, acompanhados de fatores tais como o desordenado processo de urbanização experimentado, multiplicaram os riscos na sociedade. Ocasionalmente, em função disso, um vertiginoso crescimento dos danos e, consequentemente, da busca pela responsabilização civil, havendo sido rapidamente identificada a dificuldade de prova da culpa nesses novos danos”, cf. ROCHA, Maria Vital da; MENDES, Davi Guimarães. Da indenização punitiva: análise de sua aplicabilidade na ordem jurídica brasileira. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 12, p. 211-252, jul./set. 2017.

e preventiva. Nessa linha de argumentação, o foco deixaria de ser a vítima e passaria a ser o agente causador do ato ilícito. Um dos instrumentos jurídicos citados como candidato a cumprir com essas supostas novas funções seria o dos *punitive damages*, figura trazida de ordenamentos jurídicos de *Common Law*¹³.

O caráter punitivo da Responsabilidade Civil não é novo. Em verdade, como já visto, corresponde à função reconhecida nos tempos primitivos para essa subárea do Direito Privado. A sua reintrodução, nos tempos atuais, representa uma anacronia que despreza a evolução sofrida pela Responsabilidade Civil, pelo menos, nos últimos dois milênios.

Estruturalmente, a Responsabilidade Civil migrou de um modelo marcado pela tipificação de condutas reprimidas para outro, aberto, no qual figura uma cláusula geral de reparação de danos. Assim sendo, a tipicidade estrita que caracterizava o sistema fechado e rígido de Responsabilidade Civil do Direito romano deu lugar a um sistema aberto, que não se preocupa mais com a tipificação de condutas, mas com a reparação dos danos injustos. Em um sistema como esse último, a reintrodução de uma função punitiva falharia, pois não se garantiria a segurança jurídica necessária na cominação de penas, de acordo com o princípio *nullum crimen nulla pena sine lege*. O afastamento da Responsabilidade Civil em relação a um sistema de tipificação de ilícitos e a consequente adoção de uma cláusula geral permitiram que ela se tornasse mais flexível, quando comparada ao Direito Penal. Por essa razão, seu campo de incidência tornou-se muito mais vasto do que o desse último¹⁴.

13 “Nessa busca e pretensão de repreensão do agente causador do dano, a função punitiva se vale do chamado mecanismo dos *punitive damages*, tradicionalmente criados em ordenamentos jurídicos de *commom law*, tendo como premissa adotar a condenação em valor reparatório excedente à extensão do dano, na medida em que a conduta ilícita seja praticada com culpa grave ou dolo, dotada de maior reprovabilidade” (RODRIGUES, Cássio Monteiro. A função preventiva da Responsabilidade Civil sob a perspectiva do dano: é possível falar em responsabilidade civil sem dano? In: SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. *Controvérsias atuais em Responsabilidade Civil: estudos de Direito Civil-constitucional*. São Paulo: Almedina, 2018, p. 616).

14 CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. Responsabilidade Civil sem dano: uma análise crítica. São Paulo, Atlas, 2015, p. 16-17.

O aspecto punitivo ainda se encontra presente nos ordenamentos de *Common law*, pois, nessa matriz legal, a tipificação de ilícitos ainda é característica estruturante do sistema jurídico. Fala-se, então, em um *Law of Torts*, em que o foco está nos *torts*, isto é, nas condutas que se apresentam como ensejadoras de reação jurídica.

Assim, as funções punitiva e preventiva são bem cumpridas pelo Direito Penal e outros ramos do ordenamento jurídico, caracterizados pela tipificação de condutas, pois, nestes, de um lado, garante-se a segurança jurídica para os destinatários da norma, que sabem, de antemão, quais são os comportamentos que permitem a aplicação de penas e, de outro lado, a prevenção geral é possível. Isso porque só se pode prevenir algo quando se sabe, *a priori*, que a sua concretização ensejará uma resposta sancionatória pelo ordenamento jurídico. Sem se poder antecipar a cominação de pena, mediante a especificação das condutas puníveis, torna-se difícil, senão impossível, para o destinatário da norma, identificar os tipos de condutas que devem ser evitados¹⁵.

Em favor da função punitiva no Direito Civil, há quem argumente que esse ramo já apresenta em seu bojo penas privadas. É o caso da célebre tese de Boris Starck, para quem o progressivo abandono da função punitiva pela Responsabilidade Civil seria, na verdade, uma mera dissociação de funções autônomas que, antes misturadas, hoje se apresentariam complementares, mas, ainda assim, internas a esse ramo jurídico. Seriam essas funções a de garantia e prevenção¹⁶:

15 Nesse sentido, constata Barbosa, quando aduz: “Por um lado, é o ideal preventivo que se agiganta, pelo que só fará sentido a cominação de uma indemnização acima do valor do dano quando o agente esteja, previamente, alertado para essa possibilidade. A capacidade dissuasora da norma depende, em grande medida, e contra o que muitos defendem, disso mesmo. O que, por si só, nos conduz directamente àquela outra ideia da necessidade de tipificação dos comportamentos quando em causa esteja uma pena com um cunho que nos aproxime do direito penal”, cf. BARBOSA, Mafalda Miranda. Reflexões em torno da Responsabilidade Civil: teleologia e teleonomologia em debate. *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra, Coimbra, v. 81, p. 511-600, 2005, p. 594.

16 No original: “Nous croyons que la signification des phénomènes décrits est différente. A la vérité, la peine privée est une constante du droit. Ses modalités, certes, ont pu varier en fonction du changement des mœurs et des techniques du droit. Mais la peine privée, en tant qu’instrument principal ou complémentaire de répression des

Em verdade, a pena privada é uma constante no Direito. Suas espécies, certamente, podem variar em função da mudança de costumes e técnicas jurídicas. Mas a pena privada, enquanto instrumento principal ou complementar de repressão dos danos causados pelo ato ilícito culposos, nunca desapareceu completamente. Nem no Direito Romano, nem no Direito francês antigo, nem no direito contemporâneo, seja ele francês, seja ele estrangeiro, o movimento esboçado chegou a seu termo: a pena privada e o ilícito culposos mantiveram seu lugar e sua função próprios dentro da teoria da responsabilidade civil.

De fato, existem penas no Direito Civil; porém, são penas previstas esparsas e escassamente no Código Civil. As penas privadas apresentam-se para hipóteses muito particulares, como a imposta ao condômino antissocial, prevista no art. 1337 do Código Civil, que prevê uma sanção ao condômino que apresenta reiterado comportamento antissocial. Outros exemplos de penas privadas podem ser trazidos à baila: a atribuída ao que faz uma cobrança por dívida já paga (Código Civil, art. 940); a de exclusão por sucessão (Código Civil, art. 1.814); a de quem planta em terreno alheio (Código Civil, art. 1.255); e a do possuidor de má-fé (Código Civil, art. 1.220).

A generalização dessas modalidades específicas de pena privada, em favor de um princípio punitivo da Responsabilidade Civil, encontraria obstáculos inclusive de ordem constitucional. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso XXXIX, determina: “Não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem a prévia cominação legal”. Logo, é necessária a previsão legal no ordenamento jurídico para que uma pena possa ser aplicada. E isso,

*dommages causés par la faute de l'homme, n'a jamais complètement disparu. Ni en droit romain, ni dans l'ancien droit français, ni en droit contemporain, en France ou à l'étranger, le mouvement ébauché n'est parvenu à son terme : la peine privée, la faute, ont conservé leur place et leur fonction propre dans la théorie de la responsabilité civile” (STARCK, Boris. *Essai d'une théorie générale de la Responsabilité Civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privé*. Paris: L. Rodstein, 1947, p. 378, tradução livre).*

como visto acima, vai ao encontro da própria realização da função preventiva, que só se torna possível quando há a prévia identificação das condutas puníveis.

Percebe-se que o desenvolvimento industrial, as novas formas de trabalho, negociações e os demais serviços que surgem a todo tempo fazem com que haja um maior número de conflitos gerados pelas relações interpessoais. O Direito percebe essas mudanças e sente a necessidade de apresentar respostas que atendam a esses novos conflitos. Contudo, nem todo conflito tem a mesma importância para a sociedade. Isso quer dizer que há certas condutas que representam uma contrariedade maior a valores caros à coletividade do que outras. A complexidade das relações sociais contemporâneas não pode ser solucionada por um único ramo jurídico apenas. Ao contrário, cada ramo jurídico, com seus instrumentos particulares, é convocado a responder a essas violações, complementando as funções apresentadas pelos demais.

Certamente, a Responsabilidade Civil é um desses ramos, atuando mediante a imposição da obrigação de indenizar o dano causado a outrem. Contudo, trata-se de uma resposta tímida, quando comparada às sanções apresentadas pelo Direito Penal. Essa distinção de intensidade entre as reações apresentadas por cada ramo jurídico representa uma das razões para a diferença de princípios, funções e pressupostos entre a Responsabilidade Civil e o Direito Penal:

Ao começar uma classificação dos delitos baseada no maior impacto social da transgressão, anunciava-se a necessidade de uma maior estratificação das sanções jurídicas, algo inerente à própria evolução das sociedades humanas. Por outro lado, essa bipartição não ocorreu por acaso. Ela foi fruto do desenvolvimento e incremento da sociedade¹⁷.

17 CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. Responsabilidade Civil sem dano: uma análise crítica. São Paulo, Atlas, 2015, p 117.

Excluída a possibilidade de reconhecimento de sanções exclusivamente punitivas, conclui-se não ser possível falar em Responsabilidade Civil sem dano¹⁸, precisamente por ser esse último o pressuposto da obrigação de indenizar. Deste modo, entende-se que o dano não é compreendido, sob o prisma da Responsabilidade Civil, como elemento que enseja uma sanção de caráter punitivo. É, em verdade, o elemento que reclama uma reparação à vítima pelo seu autor. Embora tenha, por isso mesmo, um caráter flexível, o conceito de reparação, por ser vinculado ao de dano, não permite toda e qualquer ampliação, tal como aquela que pretende nele introduzir um aspecto punitivo.

A indenização, na Responsabilidade Civil, tem seu pressuposto sancionador nos arts. 186 e 187 do Código Civil. Assim, a sanção, entendida como resposta do ordenamento jurídico para determinada conduta, não pode ultrapassar os limites do dano efetivamente causado. Junta-se a isso, o fato de que o art. 944 apresenta, como limite à indenização, a própria extensão do dano. Todavia, a introdução de uma função punitiva na Responsabilidade Civil alteraria essa lógica, pois exigiria uma mudança de enfoque, que sairia da vítima e passaria para a pessoa responsável pelos danos. Assim sendo, a indenização não mais levaria em conta a extensão dos prejuízos sofridos pela vítima, mas sim a necessária quantia para fins de punir e prevenir.

Por vezes, argumenta-se que a própria obrigação de indenizar teria uma função dissuasória, a partir da qual os membros da sociedade, em uma análise de custo-benefício, restariam desestimulados a praticar atos ilícitos, diante da consequência indesejável¹⁹.

18 Em sentido contrário, Paolo Gallo, à luz do ordenamento jurídico italiano, sustenta a existência de uma responsabilidade civil sem danos, bastando a mera violação de um direito subjetivo alheio (GALLO, Paolo. ¿Daños punitivos en Italia? *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Buenos Aires, ano 2, n. 4, p. 34-43, jul./ago. 2000, p. 43).

19 A título de exemplo, cita-se a seguinte passagem encontrada na doutrina brasileira: “De fato, a indenização que deriva da responsabilidade civil funciona como uma sanção para aquele que viola a regra, seja ela legal ou contratual, trazendo essa um caráter indissociável de desestímulo para novas condutas ofensivas” (TARTUCE, Flávio. *Responsabilidade Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 63)

Todavia, o caráter de prevenção na Responsabilidade Civil é uma contradição em seus próprios termos. Isso porque a compensação de danos já parte do pressuposto de que os prejuízos ocorreram. Há impossibilidade prática em se retroceder temporalmente para prevenir o dano que já foi causado²⁰.

A defesa da função preventiva na Responsabilidade Civil também é feita a partir da ótica do processo de personalização e despatrimonialização do Direito Civil. Os defensores da função preventiva sustentam que a Responsabilidade Civil deve se guiar pela aplicação desta função com prioridade sobre a reparatória, para que haja uma construção de uma Responsabilidade Civil focada na proteção da pessoa, não se limitando ao ressarcimento do dano²¹⁻²². Indica-se que a prevenção de danos, no bojo da Responsabilidade Civil, seria forçosa em virtude do próprio fenômeno de proliferação de danos, a apontar, inclusive, para uma renomeação do ramo jurídico em questão, com a adoção do termo “Direito de Danos”. Apesar do

20 CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. Responsabilidade Civil sem dano: uma análise crítica. São Paulo, Atlas, 2015, p. 14.

21 Exemplificativamente, cita-se a seguinte passagem encontrada na doutrina brasileira: “A cláusula geral de tutela da pessoa humana, na condição de fundamento maior do ordenamento jurídico, reformula a dogmática do direito civil. Antes de funcionar como o diploma das relações patrimoniais, por excelência, o direito civil está centralizado na tutela das situações existenciais. Para tanto permitiu-se, inclusive, a “funcionalização das situações patrimoniais às situações existenciais”. / “Neste aspecto, o perfil funcional do dano moral não mais se limita a reparar os danos sofridos. A compensação se mostra insuficiente, sendo, por vezes, necessária aditar-lhe uma feição punitiva e preventiva para oferecer uma resposta adequada à nova realidade social” (JEREISSATI, Régis Gurgel do Amaral; MENEZES, Joyceane Bezerra de. A indenização punitiva no direito brasileiro: requisitos e possibilidades a partir da metodologia do direito civil constitucional. *Prisma Jur*, São Paulo, v. 15, n. 2, p. 225-265, jul./dez. 2016, p. 230-231).

22 Há, contudo, quem utilize os mesmos argumentos para reforçar a função reparatória em detrimento das demais: “A constitucionalização do direito dos danos impôs, como se viu, a releitura da própria função primordial da responsabilidade civil. O foco que tradicionalmente recaía sobre a pessoa do causador do dano, que por seu ato reprovável deveria ser punido, deslocou-se no sentido da tutela especial garantida à vítima do dano injusto, que merece ser reparada. A punição do agente pelo dano causado, preocupação pertinente ao direito penal, perde a importância no âmbito cível para a reparação da vítima pelos danos sofridos” (MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 29, p. 233-258, jul./dez. 2006, p. 245)

que a terminologia defendida possa sugerir, a orientação preventiva defende que a normativa da Responsabilidade Civil assuma um novo norte, pelo qual o dano não seria mais o seu pressuposto único, bastando a existência do perigo de dano²³.

De qualquer forma, embora haja um crescente movimento de adesão doutrinária à tese que defende uma função preventiva para a Responsabilidade Civil, não parece ter havido qualquer estudo que tenha demonstrado que medidas preventivas, no bojo de um sistema reparatório, sejam eficientes em desestimular a prática de condutas indesejáveis. Deste modo, percebe-se que para além da contradição entre punir e prevenir na Responsabilidade Civil, não se tem qualquer comprovação efetiva acerca da eficiência na consecução dessas funções. Ainda que, em muitas situações, a prevenção possa ocorrer, mediante a adoção de instrumentos jurídicos que promovam o desestímulo e estimulem, no destinatário da norma, a adoção de condutas cautelosas, deve-se reconhecer ser impossível tudo prevenir. Diante de semelhante constatação, faz-se necessário alocar, em algum ramo jurídico, uma função reparatória, que busque eliminar ou diminuir os efeitos do dano efetivamente sofrido. Daí, a importância da Responsabilidade Civil²⁴.

23 Assim a questão é resumida em certo estudo sobre o tema: “Apenas cabe dizer, para fins de exposição, que, em seu sentido amplo, essa função se preocupa com a tutela de riscos e antecipação dos danos injustos, de modo a fornecer instrumentos que possam impedir sua ocorrência. Na responsabilidade civil, a função preventiva, aduzem seus defensores, atua para evitar a ocorrência de danos futuros, dissuadindo o agente (potencialmente) ofensor a praticar condutas que venham a lesar outrem, contudo sem guardar relação direta com a função punitiva, já que seus fundamentos são distintos. / “Dessa forma, parte da doutrina, calcada pela ideia do “Direito de danos”, defende o alargamento do campo de incidência da responsabilidade civil, que agora deve também se ocupar de prevenir riscos e ameaças daqueles danos tidos por irreversíveis, atuando por meio de instrumentos preventivos e de tutela inibitória material, sem excluir aspectos punitivos de eventual responsabilização” (RODRIGUES, Cássio Monteiro. A função preventiva da Responsabilidade Civil sob a perspectiva do dano: é possível falar em responsabilidade civil sem dano? In: SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. *Controvérsias atuais em Responsabilidade Civil: estudos de Direito Civil-constitucional*. São Paulo: Almedina, 2018, p. 617).

24 “Os papéis sociais dos institutos jurídicos da prevenção/precaução e da responsabilidade civil são interdependentes, mas distintos. Há entre eles relação lógica de subsidiariedade, sendo a responsabilidade civil fragmentária à prevenção/precaução. / “O esquema jurídico de responsabilização civil somente será deflagrado

2. OS PUNITIVE DAMAGES OU EXEMPLARY DAMAGES E SUA IMPORTAÇÃO PARA O DIREITO BRASILEIRO

Uma particular defesa da função punitiva na Responsabilidade Civil vem acompanhada da tese que advoga a favor da importação dos *punitive damages* ou *exemplary damages* para o ordenamento jurídico brasileiro.

Certo é que a Responsabilidade Civil, no Reino Unido, possui viés punitivo, a partir da construção dos *exemplary damages*. Inicialmente, a partir do século XIII, já se podia notar uma função punitiva nas indenizações concedidas pelas cortes inglesas. Entretanto, pelo menos até o século XIX, essa função aparecia amalgamada à de reparação de danos, dentro dos *compensatory damages*, em virtude de se recusar aos danos morais a indenizabilidade²⁵.

A partir do século XIX, com o reconhecimento dos *aggravated damages*, os danos morais adquiriram autonomia em relação aos *actual damages*. Com isto, também se procurou apartar a função punitiva, a partir do reconhecimento da figura dos *exemplary* ou *punitive damages*²⁶. Todavia, a aplicação dessa figura foi feita mediante critérios bem definidos pela jurisprudência. O paradigma para a construção do regime dos *exemplary damages* foi o caso *Rookes vs. Barnard*, julgado pela *House of Lords* em 1964, ocasião em que o voto de Lord Devlin apresentou três hipóteses nas quais seria admissível a atribuição de uma condenação com caráter punitivo:

se não houver ou se falhar o esquema jurídico antecedente de prevenção/precaução, daí seu caráter inegavelmente fragmentário (ANGELIN, Karinne Ansiliero. *Dano injusto como pressuposto do dever de indenizar*. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 127).

25 “Em realidade, a doutrina cuja raiz remonta ao século XIII alcançou desenvolvimento nos idos do século XVIII, como formea de justificação da reparação de danos extrapatrimoniais, visto não ser possível, em um primeiro momento, atribuir-se valor aos prejuízos tidos por intangíveis” (DANTAS BISNETO, Cícero. *Formas não monetárias de reparação do dano moral: uma análise do dano extrapatrimonial à luz do princípio da reparação adequada*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019, p. 121).

26 LEVY, Daniel de Andrade. Uma visão cultural dos *punitive damages*. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 45, p. 165-216, jan./mar. 2011, p. 165-216.

(a) atos opressivos, arbitrários ou inconstitucionais oriundos de servidores do governo; (b) condutas que, embora lesivas, sejam economicamente vantajosas para o réu de um ponto de vista econômico, considerando eventual indenização a ser paga em termos puramente compensatórios; e (c) nos casos expressos em lei²⁷.

Independentemente das diferenças estruturais entre o nosso ordenamento e os de matriz de *Common law*, é verdade que a atribuição de indenizações com função punitiva não é algo desconhecido do Direito Privado europeu continental. A condenação do causador do dano a indenizar a vítima além de sua extensão, com condenações pecuniárias diversificadas, encontra raízes no Direito Romano²⁸. Nesse modelo jurídico, aquele que causa um dano é castigado através

27 LEVY, Daniel de Andrade. Uma visão cultural dos punitive damages. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 45, p. 165-216, jan./mar. 2011, p. 165-216. A mesma sistematização é encontrada em outras obras. A título de exemplo: “Conquanto a primeira aplicação aparente do caráter punitivo tenha se dado ainda no século XVIII, os contornos de sua aplicação somente se tornam claros e definidos a partir do *leading case* *Rookes v. Barnard*, julgado em 1964, ocasião em que a *House of Lords*, e mais especificamente *Lord Devlin*, estabeleceu severa restrição às hipóteses de incidência do instituto, que somente poderia ser empregado em três situações: a) demandante ofendido por ação arbitrária de servidores governamentais, violadora de seus direitos fundamentais; b) conduta do demandante ensejadora de um proveito com ato ilícito (*tort*); c) autorização legal (*statute*)” (DANTAS BISNETO, Cícero. *Formas não monetárias de reparação do dano moral: uma análise do dano extrapatrimonial à luz do princípio da reparação adequada*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019, p. 123). A própria doutrina inglesa faz a mesma síntese, estabelecendo as três hipóteses de *Rookes v. Barnard* como categorias que fornecem um teste apto a verificar a aplicabilidade dos *aggravated* ou *exemplary damages*: “The position under English law today therefore is that punitive damages can only be awarded if the facts can be brought within one of the said categories: (a) oppressive, arbitrary or unconstitutional action by servants of the government; (b) conduct calculated by the defendant to make a profit for himself which may well exceed the compensation payable to the claimant; and (c) express statutory authorisation” (WILCOX, Vanessa. *Punitive damages in England*. In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (ed.). *Punitive damages: Common law and Civil law perspectives*. Viena: Springer-Verlag, 2009, p. 8-9).

28 RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Responsabilidade Civil no Direito Romano. In: RODRIGUES JR., Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (coord.). *Responsabilidade Civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 3.

de uma reparação equivalente ao múltiplo do valor equivalente ao dano sofrido, a evidenciar a penalidade atribuída no montante que ultrapassa a extensão do dano efetivamente suportado pela vítima²⁹.

Todavia, como já apontado *supra*, a progressiva autonomia da Responsabilidade Civil, como sub-ramo do Direito Privado, adveio de separação em relação ao Direito Penal, garantindo-lhe domínio próprio na reparação de danos efetivamente sofridos pela vítima. Essa distinção entre a Responsabilidade Civil e o Direito Penal foi possível, em grande medida, pelas mudanças estruturais que ocorreram e que dotaram cada ramo de instrumentos eficazes para as suas funções específicas: reparar, de um lado, e prevenir/punir, de outro.

Ainda hoje, no Direito Penal, há punições que são bem definidas no ordenamento jurídico (princípio da legalidade das penas – *nullum crimen nulla poena sine lege*), com vistas ao desvalor da conduta e ao do resultado³⁰. Diversamente, na Responsabilidade Civil – pelo menos, em seu viés clássico – a função principal de reparação de danos leva a um tratamento jurídico que se preocupa com – senão exclusiva, ao menos preponderantemente – a ocorrência de prejuízos. Não à toa, encontram-se exemplos de ordenamentos jurídicos que preferem definir o ato ilícito a partir da noção de desvalor do resultado (*danno ingiusto*), notadamente o Direito italiano, cujo Código Civil apresenta o art. 2.043, de acordo com o qual “todo fato doloso ou culposos que

29 A perfeita identificação entre indenização e dano teria sido atingida pelo Direito justinianeus, muito embora ainda se fizesse uso do termo *poena* (ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 579).

30 Não se quer com isto afirmar que o Direito Penal seja despreocupado em relação ao resultado. Muito pelo contrário, visto que, tradicionalmente, as condutas típicas tem, em sua descrição, um resultado reprovável. O que se está a dizer é, apenas, que a preocupação maior diz respeito às condutas: “Para que se tipifique algum crime, em sentido material, é indispensável que haja, pelo menos, um *perigo concreto*, real e efetivo de dano a um bem jurídico penalmente protegido. Somente se justifica a intervenção estatal em termos de *repressão penal* se houver efetivo e concreto ataque a um interesse socialmente relevante, que represente, no mínimo, perigo concreto ao bem jurídico tutelado. Por essa razão, são *inconstitucionais todos os chamados crimes de perigo abstrato*, pois, no âmbito do Direito Penal de um Estado Democrático de Direito, somente se admite a existência de infração penal quando há efetivo, real e concreto perigo de lesão a um bem jurídico determinado” (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1, p. 59).

acarrete a outrem um *dano injusto* obriga àquele que o ocasionou a ressarcir o dano”³¹⁻³².

O caráter elástico do modelo italiano, centrado na figura do *danno ingiusto*, permite o reconhecimento constante de novos danos indenizáveis, à medida que direitos subjetivos inéditos passam a ser reconhecidos com as mudanças da sociedade³³. Em última medida, sistemas jurídicos que têm esse tipo de elasticidade ganham uma maior capacidade de adaptação diante de alterações do tecido social, mas perdem em segurança jurídica, abrindo margem para avanços de teses que buscam introjetar funções estranhas à Responsabilidade Civil.

Por ter como norte a função reparatória, a Responsabilidade Civil apresenta, em sua estrutura, um campo aberto para o reconhecimento de novos danos, antes desconhecidos, à medida em que novos interesses passam a ser tutelados pelo ordenamento jurídico. Assim, é frequente encontrar, na sua disciplina normativa, cláusulas gerais que indiquem, apenas, em linhas amplas, o ato ilícito como pressuposto para o surgimento da reparação de indenizar. Essa maleabilidade da Responsabilidade Civil permitiu a expansão de seu campo de aplicação, sobretudo a partir de meados do século XIX, através de um fenômeno por vezes qualificado como o da “erosão dos filtros de reparação”:

É evidente que, como resultado direto da erosão dos filtros tradicionais da reparação – ou, em outras

31 Codice Civile, art. 2.043. Risarcimento per fatto illecito. Qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno. (Tradução livre).

32 Na doutrina brasileira, também se encontram vozes a defender a adoção da bipartição dano justo/injusto como código promocional que autonomiza a Responsabilidade Civil dentro do sistema maior do Direito Civil. Nesse sentido, cf. ANGELIN, Karinne Ansiliero. *Dano injusto como pressuposto do dever de indenizar*. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 153.

33 BARBOSA, Mafalda. Modelos de Responsabilidade Civil Extracontratual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 977, p. 113-174, mar. 2017, p. 113-174.

palavras, da relativa perda de importância da culpa e do nexo causal como óbices ao ressarcimento dos danos sofridos –, um maior número de pretensões indenizatórias passou, gradativamente, a ser acolhido pelo Poder Judiciário. [...]

Nesse contexto, os pressupostos da responsabilidade civil relacionados à imputação do dever de indenizar (culpa e nexo causal) perdem relevância em face de uma certa ascensão daquele elemento que consiste, a um só tempo, no objeto e na *ratio* da reparação: o dano”³⁴.

No ordenamento jurídico brasileiro, a erosão do filtro de reparação que consiste no pressuposto do *dano* começou com o reconhecimento dos danos morais. E, na luta pela admissão da reparabilidade dos danos morais, houve quem os aproximou de uma função punitiva, com o objetivo de afastar as críticas que julgavam imoral a reparabilidade, em dinheiro, de sentimentos de dor, angústia, perda e luto.

2.1 OS DANOS MORAIS COMO VEÍCULO PARA A PUNIÇÃO DO OFENSOR

As afirmações de que os danos morais apresentariam caráter ou função punitiva são explicáveis como tentativas de se refutar a tese contrária à reparação dos danos morais, sob o argumento de que não seria admissível ofertar uma soma pecuniária para aplacar a dor.

Ocorre, contudo, que a admissão da reparabilidade dos danos morais não se deu através do argumento pelo qual a indenização teria função punitiva, mas sim, por uma reconstrução do próprio conceito de dano moral, entendido não mais como dor ou sofrimento (*pretium doloris*), mas sim como um atentado ou lesão a bens jurídicos

34 SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 82.

indisponíveis, tais como os direitos da personalidade. Seguindo esse último entendimento, a título de exemplo, Carlos Alberto Bittar definia os danos morais como “lesões sofridas pelas pessoas, físicas ou jurídicas, em certos aspectos de sua personalidade”³⁵.

Ademais, admitiu-se também que a função desempenhada pela indenização dos danos morais não seria propriamente reparatória, mas compensatória, buscando conceder à vítima vantagens pecuniárias que pudessem reduzir, ainda que não eliminar, as consequências oriundas dos danos extrapatrimoniais. Assim, Hans Albrecht Fischer, em tese clássica sobre a reparabilidade dos danos, afirma que, embora impossível, muitas vezes, a reparação *in natura* dos bens jurídicos indisponíveis tutelados, a indenização pecuniária concedida pode ajudar ao “proporcionar a aquisição doutros bens que contribuam para a diminuição do dano”³⁶.

Mas a confusão entre a função compensatória e a punitiva, no dano moral, ainda se encontra entre autores da doutrina contemporânea, especialmente aqueles que ainda adotam a concepção de dano moral como *pretium doloris*. A título de exemplo, Cahali entende que a reparação do dano moral tem caráter punitivo e aflitivo ao ofensor, com vistas a evitar que ocorram situações semelhantes de vexame e humilhação³⁷.

Há, ainda, posições intermediárias, que preferem adotar uma dupla função na reparação dos danos extrapatrimoniais: compensatória e punitiva. Assim, expressava-se Caio Mário da Silva Pereira, para quem, só com a combinação das duas funções seria possível entender a aplicação do princípio da integral reparação aos danos extrapatrimoniais. Finalizava, então, apresentando uma série de critérios de matiz punitiva para guiar no arbitramento dos danos morais:

35 BITTAR, Carlos Alberto. Reparação civil por danos morais. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 44, p. 24-27, out. 1994, p. 24.

36 FISCHER, Hans Albrecht. *A reparação dos danos no Direito Civil*. Tradução Antonio de Arruda Ferrer Correia. Coimbra: Arménio Amado, 1938, p. 236-237.

37 (CAHALI, 2011, p. 140).

A vítima de uma lesão a algum daqueles direitos sem cunho patrimonial efetivo, mas ofendida em um bem jurídico que em certos casos pode ser mesmo mais valioso do que os integrantes de seu patrimônio, deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo às circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva. Mas se é certo que a situação econômica do ofensor é um dos elementos da quantificação, não pode ser levada ela ao extremo de se defender que as suas más condições o eximam do dever ressarcitório³⁸.

Seguindo lógica semelhante, Cavalieri entende que os danos morais seriam, em seu íntimo, punitivos, apresentando-se como “reflexo da mudança de paradigma da responsabilidade civil”, para cumprir com dois desideratos distintos: (i) de um lado, a prevenção ou dissuasão; (ii) de outro, a punição do ofensor³⁹.

Como reflexo dessa corrente que defendia uma dupla função para os danos morais, ao – mesmo tempo, compensando a vítima e punindo o ofensor –, foi apresentado projeto de lei que buscava acrescentar um parágrafo segundo ao art. 944 do Código Civil, consagrando uma versão “abrasileirada” dos *punitive damages*, emprestando-se aqui a expressão utilizada por Martins-Costa⁴⁰. O parágrafo segundo proposto era o seguinte: “A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante”.

A proposta de alteração do Código Civil não teve êxito no Congresso Nacional. Acerca da introdução do parágrafo segundo

38 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 60.

39 (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 106).

40 MARTINS-COSTA, Judith. Dano Moral à brasileira. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, n. 9, p. 7073-7122, 2014, p. 7100.

no art. 944 do Código Civil, Carlos Roberto Gonçalves resume o entendimento que prosperou:

O desestímulo ao lesante está ínsito na condenação. A reparação do dano moral tem caráter compensatório e sancionatório porque a condenação já é, por si, fator indireto de desestímulo. A referida alteração poderá gerar a falsa ideia de que o juiz deve estimar o valor necessário para compensar condignamente a vítima e arbitrar outro, um *plus*, para punir o ofensor – o que seria um retrocesso, pois já ocorreu há muito tempo a separação entre as sanções civis e as de caráter penal. O direito moderno sublimou aquele caráter aflagante da obrigação de reparar os danos causados a terceiro, sob a forma de sanção legal, que já não mais se confunde com o rigoroso caráter de pena contra o delito ou contra a injúria, que lhe emprestava o antigo direito. A finalidade precípua da reparação do dano moral, por outro lado, é proporcionar uma compensação à vítima⁴¹.

Todavia, a frustrada tentativa de alteração legislativa não enterrou o entendimento contrário. Houve, inclusive, a aprovação de enunciado doutrinário, de número 379, nas Jornadas de Direito Civil promovidas pelo Conselho da Justiça Federal, que consagrava a posição a favor do caráter punitivo dos danos morais: “O art. 944, *caput*, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil”.

Prova da contínua defesa de uma visão punitiva para os danos morais encontram-se no arbitramento desses últimos pelos magistrados, mas de forma oculta ou pouco clara, impedindo, inclusive, que os destinatários da decisão judicial possam ter

41 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Comentários ao Código Civil: do direito das obrigações: responsabilidade objetiva, responsabilidade por fato de outrem, responsabilidade profissional etc.; preferências e privilégios creditórios*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 11, p. 518-519.

elementos concretos e aferíveis de controle para recorrer do *decisum*. Como resultado, temos o que Daniel de Andrade Levy qualificou como “esquizofrenia do dano moral”, para ele, “o mais grave problema da responsabilidade civil”, a partir do qual o jurisdicionado deve torcer para que o magistrado exerça competentemente o dever de argumentação em suas decisões⁴².

Nesse sentido, não devem causar espanto decisões como a abaixo citada, prolatada pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça em que, ao mesmo tempo, proclama-se a inaplicabilidade dos *punitive damages* no Brasil e aponta-se para o desestímulo à reiteção da conduta indesejável como critério para o arbitramento dos danos morais:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. ACIDENTE DE TRÂNSITO COM VÍTIMA FATAL. ESPOSO E PAI DAS AUTORAS. IRRELEVÂNCIA DA IDADE OU ESTADO CIVIL DAS FILHAS DA VÍTIMA PARA FINS INDENIZATÓRIOS. LEGITIMIDADE ATIVA. QUANTUM DA INDENIZAÇÃO. VALOR IRRISÓRIO. MAJORAÇÃO. POSSIBILIDADE. DESPESAS DE FUNERAL. FATO CERTO. MODICIDADE DA VERBA. PROTEÇÃO À DIGNIDADE HUMANA. DESNECESSIDADE DE PROVA DA SUA REALIZAÇÃO. 1. É presumível a ocorrência de dano moral aos filhos pelo falecimento de seus pais, sendo irrelevante, para fins de reparação pelo referido dano, a idade ou estado civil dos primeiros no momento em que ocorrido o evento danoso (Precedente: REsp n.º 330.288/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJU de 26/08/2002). 2. Há, como bastante sabido, na ressarcibilidade do dano moral, de um lado, uma expiação do culpado e, de outro, uma satisfação à vítima. 3. O critério que vem sendo utilizado por essa Corte Superior na fixação do valor da indenização

42 LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 79.

por danos morais, considera as condições pessoais e econômicas das partes, devendo o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido, bem como que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito. 4. Ressalte-se que a aplicação irrestrita das “punitive damages” encontra óbice regulador no ordenamento jurídico pátrio que, anteriormente à entrada do Código Civil de 2002, vedava o enriquecimento sem causa como princípio informador do direito e após a novel codificação civilista, passou a prescrevê-la expressamente, mais especificamente, no art. 884 do Código Civil de 2002. 5. Assim, cabe a alteração do quantum indenizatório quando este se revelar como valor exorbitante ou ínfimo, consoante iterativa jurisprudência desta Corte Superior de Justiça. [...] (STJ, 4. T., REsp 210.101-PR, rel. Carlos Fernando Mathias, j. 20 nov. 2008, DJe 9 dez. 2008)

Outros julgados do STJ caminham a mesma trilha, afirmando inexistir no Brasil uma figura indenizatória exclusivamente punitiva, ao mesmo tempo em que reforça a adoção de critérios de arbitramento do dano moral que sirvam, não só para compensar a vítima, mas para punir ou desestimular o ofensor⁴³.

Não ajuda a dissipar as dúvidas acerca de uma eventual função punitiva para os danos morais o fato de a própria legislação brasileira carecer de elementos concretos que fixem precisamente o conceito de dano moral. Desse modo, tem-se o art. 186 do Código Civil, em que se faz referência explícita ao dano moral como reparável, sem, contudo, apresentar definição. Tem-se, também, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), que não conceitua o dano moral; no entanto,

43 A título de exemplo, cf. ainda: STJ, 4. T. REsp 839.923-MG, rel. Raul Araújo, j. 15 mai. 2012, DJe 21 mai. 2012; 4. T., REsp 1.300.187-MS, rel. Raul Araújo, j. 17 mai. 2012, DJe de 28 mai. 2012.

reafirma a sua reparabilidade (art. 6º, VI). No plano constitucional, também há o reconhecimento da reparação do dano moral, como direito fundamental, sem uma definição (CF, art. 5º, V e X).

Fato é que o Direito brasileiro nunca conheceu uma definição legal de dano, seja ele patrimonial ou extrapatrimonial, sendo que, mesmo na doutrina, essa questão ainda suscita amplos debates. Não obstante isso, tanto o Código Civil de 1916 (art. 159) quanto o atual (art. 186) indicam o dano como um dos elementos do ato ilícito e, portanto, dos pressupostos da obrigação de indenizar.

Relacionado com a noção de dano extrapatrimonial, dano moral passa a designar, como colocado por Martins-Costa, um “conceito passaporte”, que permitiria ao juiz, a partir da necessidade ou conveniência, ajustar soluções que poderiam estar ligadas ou “divorciadas” do ordenamento jurídico. Com isso, o dano moral passou a ser empregado como veículo para a introdução dos *punitive damages* no ordenamento brasileiro, sem explícita referência a ele.

Diferentemente do que se vê no Brasil, em que há uma tendência a imiscuir as funções indenizatória e punitiva dentro do conceito de dano moral, os países que adotam explicitamente a figura dos *punitive damages* não têm o hábito de associá-la aos danos morais. No Direito norte-americano, por exemplo, reconhece-se a cisão entre o dano moral (*non-economic damages*), e a indenização punitiva (*punitive damages*), que é uma categoria restrita e diversa.

Vê-se, portanto, que a importação dos *punitive damages*, seja como figura autônoma, seja como parcela que compõe a indenização por danos extrapatrimoniais, representa a adoção de um rótulo, desprovido de seu significado original, podendo-se afirmar, como faz Martins-Costa, que o significado original dos *punitive damages* foi *lost in translation* pela doutrina brasileira⁴⁴. Ademais, diversamente do que se vê por aqui, o Direito norte-americano preocupa-se em delimitar as hipóteses de indenização por dano extrapatrimonial (*none-economic*

44 MARTINS-COSTA, Judith. Dano Moral à brasileira. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, n. 9, p. 7073-7122, 2014, p. 7093.

damages). Do mesmo modo, os *punitive damages* vêm sendo restringidos pela Suprema Corte norte-americana⁴⁵.

Nessa lógica, Sanseverino⁴⁶ coloca que, por mais que o Direito norte-americano tenha conhecido uma ampla utilização dos *punitive damages*, com grandes indenizações, trata-se, atualmente, de “remédio extraordinário”, usado para hipóteses específicas, exigindo a presença de dolo, malícia, fraude ou culpa grave. Portanto, não há direito subjetivo da vítima a *punitive damages*. A figura é utilizada pelo júri, dentro dos limites reconhecidos pela jurisprudência norte-americana, em determinadas hipóteses de ilícitos extracontratuais.

2.2 OS DANOS DIFUSOS E COLETIVOS COMO VEÍCULO PARA A PUNIÇÃO DO OFENSOR

Do mesmo modo que se tenta introjetar alguma função punitiva na Responsabilidade Civil através dos danos morais, algo semelhante pode ser visto com os danos coletivos e difusos. Segundo Gallo, os *punitive damages* poderiam ser úteis no combate a danos que são ínfimos, na perspectiva individual de cada vítima, mas que se apresentam relevantes, quando se considera a totalidade dos prejuízos produzidos ao grupo de ofendidos⁴⁷. Isso costuma ocorrer nas atividades econômicas desenvolvidas por grandes empresas, geradoras de um alto custo social, que precisa ser internalizado pelas suas operações econômicas. Por isso, Gallo entende que daí advém a razão de os Estados Unidos terem aplicado os danos e prejuízos punitivos, a partir dos anos setenta, no campo da responsabilidade por fato do produto ou do serviço, em relações de consumo.

45 MARTINS-COSTA, Judith. Dano Moral à brasileira. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, n. 9, p. 7073-7122, 2014, p. 7075-7095.

46 SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 71.

47 GALLO, Paolo. ¿Daños punitivos en Italia? *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Buenos Aires, ano 2, n. 4, p. 34-43, jul./ago. 2000, p. 37.

Nesse norte, diante do reconhecimento da impossibilidade de se atribuir uma função punitiva à Responsabilidade Civil, levantam-se ainda algumas vozes que objetam contra essa constatação, alegando a existência de danos que ultrapassam a esfera individual da vítima, com consequências danosas a sociedade como um todo, os chamados danos sociais. Essa última figura foi proposta por Antonio Junqueira de Azevedo, em um ensaio inaugural⁴⁸. Da leitura desse estudo, percebe-se implícito o entendimento de que o direito penal seria ineficiente para impedir atos ilícitos, razão pela qual a punição precisaria ser repensada no âmbito da tradicional separação entre Direito Civil e Direito Penal. Em favor do reconhecimento de um viés punitivo para a Responsabilidade Civil, à luz da nova figura de dano proposta, Antonio Junqueira de Azevedo arguia que o Código Civil já apresenta hipóteses legais de penas privadas, tais como as encontradas nos arts. 939, 940, 1.992, 1.993, do Código Civil. Em última medida, nota-se que a figura do dano social é uma tentativa de contornar o disposto no art. 944 do Código Civil, visto como obstáculo para que juiz fixe uma indenização para além da extensão do dano patrimonial e moral. Dessa forma, o dano social, caso indenizado, não deixaria de ter o papel de uma pena privada. De todo modo, o texto apresenta-se como um mero ensaio inaugural, sem pretensão de dar contornos precisos à figura proposta, razão pela qual, se, em determinadas passagens pode ser notada a perspectiva punitivista; em outras, Antonio Junqueira de Azevedo dava a entender que a indenização por dano social tratar-se-ia, na verdade, de uma reposição à sociedade, com a finalidade específica de restaurar o “nível social de tranquilidade diminuída pelo ato ilícito”.

Para além das contradições entre as funções do dano social, a figura proposta não aparente ter, atualmente, qualquer utilidade, pois se trata de sinônimo de danos coletivos e difusos, que já contam com mecanismos próprios de reparação.

Os danos coletivos e difusos, consistem em verdadeiras lesões à interesse da coletividade ou de um grupo de pessoas, não são, portanto,

48 AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Novos estudos e pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 377-384.

penalidades à conduta do agente ofensor. O ordenamento jurídico brasileiro tem solução para tais anseios, os quais, são resolvidos, a título de exemplo, pelas demandas coletivas (ação coletiva e ação civil pública, sobretudo). Nesse viés, Bassan concorda que os instrumentos do processo coletivo são aptos a resolver os problemas dos danos individuais homogêneos, bem como o dos danos difusos e coletivos: *“há reparação dos danos materiais e morais coletivamente causados. Tais danos, que apresentam prejuízos à um grupo de ofendidos, são elucidados pelo sistema processual brasileiro que tem defesa coletiva de tais interesses”*⁴⁹.

Nas hipóteses em que os danos individuais sejam de pequena monta, é possível que, mesmo após a condenação em sede de ação coletiva, as vítimas não tenham interesse em pedir a liquidação para fins indenizatórios, devido à insignificância econômica da eventual indenização a ser recebida. Nessas hipóteses, o fator do desestímulo à prática de ilícitos ficaria descoberto, visto que o agente escaparia de um dever de indenizar. Entretanto, também aí, o legislador concedeu mecanismo processual que permite solucionar esse problema, ao permitir que os legitimados a ajuizarem ação coletiva procedam à liquidação da totalidade dos danos individuais homogêneos, caso as vítimas não o tenham feito no prazo de um ano (CDC, art. 100, *caput*). Sendo esse o caso, o montante obtido com a execução dessa dívida será revertido para o fundo criado pela Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985).

CONCLUSÕES

Pelo que foi exposto, percebe-se que a figura dos *punitive damages* custaria a poder ser recepcionada no ordenamento jurídico brasileiro sem uma alteração legislativa. Todavia, ainda que isso seja possível, não se afigura conveniente.

49 BASSAN, Marcela. As funções da indenização por danos morais e a prevenção de danos futuros. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

De um lado, pelo fato de a Responsabilidade Civil ter caminhado no sentido da reparação de lesões a bens jurídicos tuteláveis, de sorte que a mistura com outras finalidades contraditórias, que desviariam da tutela da vítima para a punição do ofensor ou para a prevenção de novas condutas indesejáveis, alargaria os pressupostos da obrigação de indenizar a um nível superior ao que permitiria a manutenção dos seus conceitos basilares, a saber, dano, nexo de causalidade e culpa.

De outro lado, outras áreas do Direito já apresentam instrumentos com função punitiva que podem ser utilizados ao lado daqueles reparatórios, classicamente empregados pela Responsabilidade Civil. Pensa-se em ramos como os do Direito Penal, do Direito Administrativo, do Direito do Consumidor e do Direito Ambiental, para citar apenas alguns. Todos eles já convivem satisfatoriamente com penas e apresentam outros instrumentos que, conjuntamente, desempenham com maior eficiência os desideratos de punição e prevenção.

Seja como for, a introdução de uma função punitiva na Responsabilidade Civil não pode ser feita por via oculta e sinuosa, tal como se costuma fazer ao alargar o âmbito dos danos extrapatrimoniais ou dos danos difusos e coletivos. Ambos são danos em sentido estrito, tendo adquirido contornos precisos durante o trajeto que redundou no reconhecimento doutrinário e jurisprudencial pela sua reparabilidade.

Afirmar, no cenário contemporâneo, que os danos morais exercem uma função punitiva, ainda que acompanhada de outra, compensatória, indica uma timidez no reconhecimento da autonomia da reparabilidade dos danos morais. Ousa-se dizer, ainda, que demonstra um menosprezo para com os bens jurídicos indisponíveis tutelados pela indenização atribuída para essas hipóteses. Não se busca apoiar a indenização por danos patrimoniais em dois fundamentos. Para ela, a função reparatória seria suficiente. É difícil saber por que também não seria para a indenização por danos extrapatrimoniais.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ANGELIN, Karinne Ansiliero. **Dano injusto como pressuposto do dever de indenizar**. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARBOSA, Mafalda Miranda. Reflexões em torno da Responsabilidade Civil: teleologia e teleonomologia em debate. **Boletim da Faculdade de Direito**, Universidade de Coimbra, Coimbra, v. 81, p. 511-600, 2005.

BARBOSA, Mafalda. Modelos de Responsabilidade Civil Extracontratual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 977, p. 113-174, mar. 2017.

BASSAN, Marcela. **As funções da indenização por danos morais e a prevenção de danos futuros**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1.

BITTAR, Carlos Alberto. Reparação civil por danos morais. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 44, p. 24-27, out. 1994.

BOUZON, Emanuel. **O Código de Hammurabi**. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 1986.

CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade Civil sem dano: uma análise crítica**. São Paulo, Atlas, 2015.

DANTAS BISNETO, Cícero. **Formas não monetárias de reparação do dano moral**: uma análise do dano extrapatrimonial à luz do princípio da reparação adequada. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.

FISCHER, Hans Albrecht. **A reparação dos danos no Direito Civil**. Tradução Antonio de Arruda Ferrer Correia. Coimbra: Arménio Amado, 1938.

GALLO, Paolo. ¿Daños punitivos en Italia? **Revista de Responsabilidad Civil y Seguros**, Buenos Aires, ano 2, n. 4, p. 34-43, jul./ago. 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Comentários ao Código Civil**: do direito das obrigações: responsabilidade objetiva, responsabilidade por fato de outrem, responsabilidade profissional etc.; preferências e privilégios creditórios. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 11.

JEREISSATI, Régis Gurgel do Amaral; MENEZES, Joyceane Bezerra de. A indenização punitiva no direito brasileiro: requisitos e possibilidades a partir da metodologia do direito civil constitucional. *Prisma Jur*, São Paulo, v. 15, n. 2, p. 225-265, jul./dez. 2016.

LEVY, Daniel de Andrade. Uma visão cultural dos punitive damages. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 45, p. 165-216, jan./mar. 2011.

LEVY, Daniel de Andrade. **Responsabilidade civil**: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas. São Paulo: Atlas, 2012.

MARTINS-COSTA, Judith.; PARGENDLER, Mariana. Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o Direito brasileiro). **Revista CEJ**, Brasília, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. Dano Moral à brasileira. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, n. 9, p. 7073-7122, 2014.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 29, p. 233-258, jul./dez. 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

ROCHA, Maria Vital da; MENDES, Davi Guimarães. Da indenização punitiva: análise de sua aplicabilidade na ordem jurídica brasileira. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 12, p. 211-252, jul./set. 2017.

RODRIGUES, Cássio Monteiro. A função preventiva da Responsabilidade Civil sob a perspectiva do dano: é possível falar em responsabilidade civil sem dano? In: SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. **Controvérsias atuais em Responsabilidade Civil**: estudos de Direito Civil-constitucional. São Paulo: Almedina, 2018, p. 607-643.

RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Responsabilidade Civil no Direito Romano. In: RODRIGUES JR., Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (coord.). **Responsabilidade Civil contemporânea**: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011, p. 1-16.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**: indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2011.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

STARCK, Boris. **Essai d'une théorie générale de la Responsabilité Civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privé**. Paris: L. Rodstein, 1947.

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

VALIM, Thalles. El Elemento de la culpabilidad en el derecho privado romano. Trad. José Luis Guzmán Dalbora. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 30, n. 9, p. 467-473, jan./mar. 2022.

WARMINGTON, Eric Herbert. **Remains of old latin**: Lucilius; The Twelve Tables. Londres: Harvard University Press, 1938, v. 3.

WILCOX, Vanessa. Punitive damages in England. In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (ed.). **Punitive damages**: Common law and Civil law perspectives. Viena: Springer-Verlag, 2009, p. 7-54.

A NORMATIVIDADE DA BOA-FÉ OBJETIVA NOS CONTRATOS

René Vial¹

RESUMO

Este artigo tem como objeto analisar o papel que a boa-fé objetiva exerce nas relações jurídicas contratuais. Apesar de existirem vários estudos sobre o tema, acredita-se que o resultado desta pesquisa faça avançar a percepção do caráter normativo que determinadas condutas baseadas na lealdade e na confiança assumem durante as fases de um contrato. Como problema, indaga-se acerca da posição sistêmica que a boa-fé objetiva ocupa no Código Civil de 2002 bem como a relação deste princípio ou cláusula geral do Direito privado com os valores estabelecidos no texto da Constituição brasileira. As etapas da pesquisa foram amparadas em revisão bibliográfica e documental. As fontes de informação de natureza secundária tiveram como origem livros de autores tanto nacionais quanto estrangeiros e artigos divulgados nas principais bases de dados. A revisão sistemática da literatura que serviu de fundamento para as conclusões deste estudo permitiu compreender o sentido normativo de boa-fé objetiva, destacando a sua relevância para o Direito dos Contratos.

Palavras-chave: Boa-fé. Normatividade. Contratos.

INTRODUÇÃO

No momento em que o Código Civil brasileiro completa vinte anos de sua publicação, convém observar se a boa-fé objetiva, nele inserida como um preceito de ordem pública, tem alcançado a normatividade que se espera de um modelo jurídico privado norteado por valores constitucionais.

Como já se consolidou o entendimento de que a norma estudada neste artigo é considerada um princípio ou cláusula geral do Direito

¹ Doutor em Direito pela PUC Minas. Professor de graduação e pós-graduação. Advogado. Email: rene.direito@gmail.com

Civil, cabe avançar no estado da arte para enfrentar as implicações normativas da boa-fé objetiva no âmbito exclusivo dos contratos.

A percepção do fenômeno em sua totalidade complexa, a envolver interesses tanto particulares quanto sociais, ressalta a importância de um estudo que tem por finalidade fazer a análise da boa-fé objetiva nas relações contratuais.

Para dar conta de objetivos que perpassam a funcionalização dos institutos jurídicos, a pesquisa foi segmentada em três grandes dimensões. Na primeira, o autor apresenta os princípios contratuais numa perspectiva histórico-evolutiva; em seguida, trata de mostrar como a boa-fé objetiva alterou a concepção dos contratos na sociedade contemporânea; e, por fim, demonstra-se a importância de um processo obrigacional com fulcro no texto da Constituição.

Espera-se que este trabalho possa contribuir para destacar o papel que a boa-fé objetiva exerce de proteção a valores expressos nas normas constitucionais. Por outro lado, que se possa mitigar as críticas de quem insiste na insegurança normativa dos princípios apenas porque demandam uma construção hermenêutica contínua vinda dos posicionamentos doutrinários e da fundamentação dos precedentes judiciais.

1 A PRINCIPIOLOGIA TRADICIONAL DOS CONTRATOS

Historicamente, a recepção da boa-fé no Direito Contratual brasileiro fora mitigada pela relevância dada à autonomia no mundo dos negócios jurídicos. Em um sistema normativo preocupado com aspectos econômicos, seria natural que os sentidos e o alcance das cláusulas contratuais decorressem da vontade dos próprios contratantes.

Celebrados por agentes capazes, com objetos lícitos, possíveis, determinados ou determináveis, e obedecendo formas prescritas ou não defesas em lei, os contratos deveriam ser executados como preceitos imperativos. Sendo válidos, haveriam de ser cumpridos, não podendo uma das partes escapar aos seus efeitos, independentemente

de circunstâncias que pudessem alterar as bases ético-sociais do acordo.

A obediência aos efeitos de cláusulas livremente estabelecidas servia, até mesmo, para fazer do contrato uma imagem reduzida do ordenamento jurídico e do poder estatal. Assim, quem não respeitasse as regras firmadas entre os particulares acabaria por enfraquecer também as, que foram instituídas pelos Estados.

Essa ideia fica nítida na obra de Shakespeare (2010), *O Mercador de Veneza*, quando uma das personagens, Portia, ao se passar pelo juiz Balthazar, afirma que a sua autoridade não poderia modificar um acordo validamente estabelecido. Se isso acontecesse, o precedente por ela criado naquele julgamento traria instabilidade para as relações econômicas, enfraquecendo o império da lei².

Nota-se que as relações negociais permaneciam, desse modo, intangíveis, não por seu valor e dignidade, mas para manter a segurança financeira dos contratantes. Eventuais adversidades tanto individuais quanto coletivas seriam relegadas à imprevidência e não impediriam que o acordo seguisse o caminho previamente estabelecido e inalterado de sua execução.

Em decorrência da autonomia e da intangibilidade se ergueu mais uma proposição elementar dos contratos, a da relatividade subjetiva de seus efeitos. Sendo o instituto jurídico fonte das obrigações de natureza pessoal, ele deveria vincular somente quem manifestasse vontade junto ao conteúdo negociado.

Conectados a esses princípios surgiram posicionamentos doutrinários que defendem uma análise econômica do Direito Contratual. Na visão de Ribeiro (2015), essa abordagem financeira prioriza as soluções voltadas para a eficiência mercadológica mesmo em detrimento de valores éticos e interesses sociais.

2 SHAKESPEARE, William. *The Merchant of Venice*. Washington: Folger Shakespeare, 2010. No original (p. 157): There is no power in Venice can alter a decree established; Twill be recorded for a precedent and many an error by the same example will rush into the state. It cannot be.

Nesse sentido, também Silva (2020), ao tratar de situações discriminatórias no campo contratual, questiona a postura de quem cultua preceitos de ordem valorativa. Para esse autor, pode ser arriscado, mesmo do ponto de vista social, simplesmente taxar como preconceituosa uma conduta, sem se preocupar com as repercussões econômicas.

Assim, sob principiologia tradicional dos contratos, pode-se afirmar haver uma relação perfeita de interdependência que se forma em torno da noção de vontade particular. Afinal, as vontades que se manifestam, e por isso se tornam obrigatórias para quem as declarou, voltam-se exclusivamente para a gestão de interesses patrimoniais.

2 A BOA-FÉ OBJETIVA COMO PRINCÍPIO RENOVADOR

Sustentar que a boa-fé objetiva seja um princípio capaz de renovar as relações contratuais se torna indispensável para o embasamento científico deste trabalho. É certo, entretanto, que nem toda a doutrina prefere a denominação utilizada neste trabalho, preferindo a expressão “cláusula geral”.

Assim, Lôbo (2019), por exemplo, afirma categoricamente que a boa-fé é um princípio jurídico; no que é seguido por Pamplona Filho (2019, p. 36) nos seguintes termos “(...) podemos observar que a boa-fé é, antes de tudo, uma diretriz principiológica de fundo ético e espectro eficazial jurídico”.

Na preferência por cláusula geral, encontra-se Canaris (2002), que afirma ser esse o termo que melhor representa os valores, necessariamente mutáveis, cujos princípios gerais do Direito buscariam fazer prosperar. Vista dessa forma, a boa-fé objetiva se vê representada em seu viés de estabelecer condutas em conformidade com a ordem jurídica.

Seja como for, o importante é notar que a boa-fé pode se acomodar às circunstâncias nascentes em espaços onde vigem condições específicas de relacionamento social. A sua carência de valoração *a priori* oferece à norma uma possibilidade de perceber e

reagir às mudanças que ocorrem nos diversos ambientes, sejam eles físicos ou digitais.

Sob o ponto de vista processual, como afirma Larenz (1997, p. 164), “é manifesto que ao juiz não é possível em muitos casos fazer decorrer a decisão apenas da lei, nem sequer das valorações do legislador que lhe incumbe conhecer”. Desse modo, princípios ou cláusulas gerais, além de permitirem ao Direito se adaptar às circunstâncias sociais, impõem-se como uma necessidade de aplicação da ordem jurídica.

Por certo, a defesa desse entendimento não ficaria isenta às críticas que surgem de concepções acostumadas a sustentar, desde o Direito oitocentista, a existência de um ordenamento jurídico sem lacunas ou antinomias. São visões positivistas que, segundo a percepção de Amaral (2003, p. 210), almejam um “sistema hierarquizado de conceitos e normas, destinados à sua aplicação lógico-dedutiva”.

Assim, em nome de uma ordem jurídica apregoadada como realista e fundamentada na autoridade do Estado, defendia-se a interpretação da regra legal sem ter em conta a exigência de preceitos morais. Para Ripert (2009, p. 387), “foi esse o ideal duma época que tinha o fetichismo da lei”, ou como disse Engisch (1996, p. 206) sobre o referido período juspositivista:

houve um tempo em que tranquilamente se assentou na ideia de que deveria ser possível estabelecer uma clareza e segurança jurídicas absolutas através de normas rigorosamente elaboradas, e especialmente garantir uma absoluta univocidade a todas as decisões judiciais e a todos os actos administrativos.

Todavia, a superação desse cientificismo se impõe diante da impossibilidade de exprimir com exatidão o sentido cambiante dos valores representativos de uma boa-fé que surge como princípio renovador dos contratos. Por essa, e por outras razões, existe um atraso hermenêutico no posicionamento doutrinário que sustenta a primazia

do autêntico rigor cognitivo para aplicar técnicas de autorreferência pretendendo atingir uma completude normativa.

Centradas no liberalismo econômico e na autonomia como pensamento filosófico, essas correntes limitam o Direito à descoberta de uma intenção normativa que teria sido impecavelmente expressa na obra do legislador. Como teoria, essas ideias provêm da busca por uma conformidade absoluta entre os fatos sociais e a ordem jurídica.

Acontece, no entanto, que as normas, por mais cientificidade que busquem afirmar, não funcionam sob o efeito da subsunção, ou seja, em sistemas fechados às mudanças de valores. É impossível ficar imune às variações inerentes à entrada de temas que surgem na dinâmica cada vez mais ágil das experiências sociais por vezes não concretizadas ou sequer planejadas.

Como destaca Cordeiro (2007), princípios como a boa-fé têm em mira a regulação de comportamentos. Sendo esse o propósito, seus enunciados normativos permitem uma abertura sistêmica que acolha os novos estágios de desenvolvimento social, acompanhados de reflexões doutrinárias modernas e da fundamentação racional das decisões judiciais.

Essa noção de sistema jurídico aberto foi, segundo Martins-Costa (2018), recepcionada no Direito brasileiro. Para ela, a técnica legislativa das cláusulas gerais teria sido utilizada para criar um modelo normativo flexível que integrasse a dimensão ética e facilitasse o acompanhamento das mutações sociais sem, no entanto, comprometer a logicidade do ordenamento.

A autora, cujas lições contribuíram bastante para a elaboração deste artigo, encontra respaldo nos dispositivos do novo Código de Processo Civil. Ao tratar dos elementos e dos efeitos de uma sentença, a referida legislação se volta para a boa-fé como sendo um princípio das decisões judiciais, mas sem esquecer que os magistrados precisam indicar o motivo concreto de sua incidência. (BRASIL, 2015).

Assim também ocorre com o Direito material brasileiro. Em sua estrutura, herdada da tradição alemã, o Código Civil apresenta uma Parte Geral e mesmo algumas disposições da Parte Especial

que conservam normas com alto grau de abstração, interpretáveis e aplicáveis sem a determinação de condutas específicas. (BRASIL, 2002).

Nota-se que esse processo de re-cognição da sistematicidade jurídica não afasta o caráter de um esquema gradual de normas que busca regular o comportamento humano. O que se deixa fora dessa perspectiva é ter em comandos precisos da legislação o único ponto extremo a não ultrapassar, sob pena de haver insegurança para as relações sociais.

Assim, põe-se conforme Aquino Júnior (2019) quando esse autor aponta que a segurança em um modelo aberto, mas uniforme, depende da fundamentação das decisões judiciais. Como enfatiza Poli (2008), o limite estará na adequação entre a norma individual expressa na sentença e o modelo jurídico em que ela se insere.

Cabe lembrar, que o Poder Judiciário é obrigado a atender aos fins sociais para os quais a lei se dirige e às exigências do bem comum. (BRASIL, 1942). Por isso, estabelece corretamente a doutrina no Enunciado 26 da 1ª Jornada de Direito Civil que:

a cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes. (BRASIL, 2015, p. 53).

Sem penetrar mais fundo nas questões hermenêuticas, por não serem objeto imediato deste artigo, uma resposta adequada viria da utilização de técnicas histórico-evolutivas que coloquem o Direito ante os desafios da modernidade. Isso porque apenas um viés sociológico transportará as concepções existentes quando da promulgação das leis para aquelas que forem necessárias segundo as referências do presente.

A esse respeito, a 5ª Jornada de Direito Civil rendeu o Enunciado 409 sobre a interpretação contemporânea dos negócios jurídicos.

Assente nos principais repositórios de Direito Privado, o entendimento doutrinário caminha no sentido de que os contratos devem ser examinados considerando “as práticas habitualmente adotadas entre as partes contratantes”. (BRASIL, 2015, p. 94).

Um aspecto da casuística que interessa bastante a esta pesquisa é destacado por Silva (2012, p. 69) quando diz que do exame de casos particulares pode resultar “a descoberta de novos princípios e a formação de novos institutos”. O defensor da ideia de obrigação como processo (a ser analisada mais adiante) sublinha que caberá à boa-fé objetiva oferecer critérios para as decisões judiciais, mas, em hipótese alguma, uma solução prévia das lides.

Sob os olhos da lei civil, o Código da Alemanha, cujo prestígio suscitou a propagação desse importante princípio (ou cláusula geral) entre os Estados, também está associado a padrões mensuráveis segundo a natureza e as condições do negócio. De maneira expressa, revela a Seção 242 que “o devedor é obrigado a efetuar a execução conforme exigido de boa-fé, tendo em consideração as práticas habituais”. (BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND, 1900, tradução nossa)³.

Um eminente representante desse modelo jurídico, o civilista Canaris (2002, p. 142), define da seguinte forma a relação das cláusulas gerais com a unidade do sistema normativo:

é característico para a cláusula geral ela estar carecida de preenchimento com valorações, isto é, ela não dar os critérios necessários para a sua concretização, podendo-se estes, fundamentalmente, determinar apenas com a consideração do caso concreto respectivo.

3 BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND. Bürgerliches Gesetzbuch (1900). No original (n.p.): Section 242 - Performance in good faith. An obligor has a duty to perform according to the requirements of good faith, taking customary practice into consideration.

No âmbito processual, Ripert (2009) afirma que a influência dos juízes será proporcional à generalidade dos comandos éticos presentes na regra de Direito. Por conseguinte, quanto mais uma norma jurídica do feitio da boa-fé objetiva se propõe a incorporar valores morais, mais significativa é atividade decisória do magistrado.

Sendo assim, as normas podem emergir da atividade construtiva de seus intérpretes. Ainda que se aceite, eventualmente, a ocorrência de pronunciamentos evasivos, o ordenamento jurídico possuirá métodos de correção que permitem atualizar conceitos, mantendo a precisão sistêmica. O que não se pode, como aduz Braga (2017), é deixar de aferir condições de aplicação da norma que somente os fatos e os valores sociais podem demonstrar ao intérprete.

Assim, é patente a importância da normatividade, visto que a segurança dela consequente é imprescindível nas relações humanas, como afirma Comparato (2006). Entretanto, esse mesmo autor descreve que o positivismo acaba por conferir um sentido meramente formal à ordem jurídica; o que, entende-se, representaria a quebra de legitimidade do sistema, pois a estruturação do Direito só faz sentido quando alcança um juízo ético norteado pela interpretação sociológica de suas normas.

Concepção semelhante é retirada das palavras de Reale (2003, n.p.):

é claro que nenhum jurista pode ser contrário à elaboração de “categorias jurídicas” destinadas à disciplina dos fatos sociais, atendendo às exigências da igualdade entre fatos da mesma espécie, mas o que é criticável é pretender que tal solução seja obtida tão somente graças a fórmulas de natureza jurídica, sem levar em conta os fins éticos e econômicos, por aqueles também reclamados. O que aqui se critica é o exclusivismo jurídico dominante na visão positivista do Direito.

Cabe repetir, para deixar bem claro, que a atividade criadora do intérprete, no conjunto dos princípios aplicados em um sistema aberto, não significa nenhum solipsismo ou ativismo. A argumentação utilizada para analisar as questões de fato e de direito associadas à boa-fé objetiva deve sempre poder ser controlada, levando em conta principalmente a força normativa das Constituições.

Assim, quanto às práticas contratuais, fonte material deste estudo, elas podem e devem se guiar por condutas que representem a boa-fé objetiva. Dessa forma, os contratantes passam a considerar os valores internos do ordenamento, mormente, os que foram erigidos à categoria de norma constitucional.

Como afirma Aquino Júnior (2012), se for preciso, a magistratura intervirá nos contratos para assimilar valores que buscam congregar interesses particulares e da coletividade. Nesse movimento integrador, a boa-fé objetiva se faz necessária para recepcionar os preceitos oriundos da Constituição, sujeitando eventuais desvios às punições estabelecidas na ordem jurídica.

Segundo Oliva e Tepedino (2020), o modelo hermenêutico adequado para aplicação de cláusulas gerais como a boa-fé reuniria todos os conteúdos normativos em torno dos valores constitucionais. Para esses autores, deve ser observada, no entanto, a totalidade sistêmica dos núcleos legislativos setoriais, sob pena de acarretar a fragmentação de todo o ordenamento.

Sampaio (2004, p. 38), no que lhe concerne, aduz como motivo de utilização desse caminho interpretativo o acolhimento de problemas existentes na sociedade que se renovam diuturnamente. Todavia, vai lembrar esse autor que “terá o juiz de cotejar a boa-fé objetiva com os demais princípios do sistema, extraindo, racionalmente, a solução para o caso concreto”.

Por tudo que foi dito, entre todas as obras pesquisadas, a razão parece estar com Martins-Costa (2018). A autora diferencia a adequada aplicação dos padrões de comportamento ético do seu uso desmedido, sem a devida contextualização; o que, certamente,

poderia desqualificá-los como relevantes normas jurídicas expressas em cláusulas abertas, a exemplo da boa-fé objetiva.

A aplicação de um princípio, ou de uma cláusula geral, como resultado de apurado processo interpretativo, é a melhor ferramenta jurídica para lidar com as diversas formas de manifestação cultural. Como faz pensar Hironaka (2002, p. 129), “o modelo atual pede e espera uma abertura maior do sistema outrora tão fechado a valorações externas e, para tanto, procura injetar-se de bases principiológicas novas ou, no máximo, renovadas”.

Logo, ao se admitir o sistema aberto como o único recurso viável na atualidade, a boa-fé objetiva concorre, com outros princípios, para formar uma ordem jurídica abrangente. Recusando se reduzir à fonte legislativa e sua exegese literal, o Direito acompanha a evolução e as tendências do mundo contemporâneo, acolhendo as necessidades dos indivíduos, objetivo maior de sua condição de ordem normativa.

Qualquer tentativa de precisão absoluta manteria a boa-fé próxima ao momento de elaboração da norma, portanto, distante do local de sua incidência, onde deve ser encontrada. Ademais, procurar um sentido alheio à passagem inexorável do tempo iria contradizer a ideia de sistema jurídico aberto, dando a entender ser possível acompanhar a movimentação social por meio de velhos silogismos baseados em regras.

Destarte, termos que não delimitem a aplicação factual da boa-fé objetiva somente reforçam a sua significação em um modelo de conceitos genéricos próprios de uma sociedade complexa. Nortear as potencialidades do instituto à primeira vista esvaziaria uma de suas maiores contribuições para o avanço da ciência jurídica: a de acompanhar a evolução dos fatos sem recorrer a constantes alterações legislativas.

3 AS FUNÇÕES DA BOA-FÉ OBJETIVA NO CÓDIGO DE 2002

Ao atuar nas relações contratuais, a boa-fé objetiva se revela em suas funcionalidades. Como afirmado outras vezes, não existe uma

série de manifestações que possam definir o alcance e o sentido de um princípio ou cláusula geral. No entanto, é possível observar que ela cumpre funções diferentes, embora complementares, para atender às diretivas constitucionais aplicadas no Direito Civil.

Como observa Martins-Costa (2018), embora seja difícil elaborar uma definição para a boa-fé objetiva, é possível diferenciar funcionalmente a sua eficácia na relação contratual. Desse modo, as funções permitem compreender o papel que esse importante princípio exerce no Direito das Obrigações, inclusive no tocante as formas modernas de contratação que ainda carecem de leis e regulamentos próprios.

Nessa feição teleológica da boa-fé objetiva, o mais importante é atentar para o fato de que se substitui um enfoque meramente privatístico pela valorização dos resultados sociais. Nesse espírito, Perlingieri (2002, p. 121) alega que “no ordenamento moderno, o interesse é tutelado se, e enquanto for conforme não apenas ao interesse do titular, mas também àquele da coletividade”.

O mesmo enfoque é dado por Pompeu (2010, p.413) ao destacar que “a concepção funcional de um contrato se preocupa com aqueles que emitiram o consentimento sobre o conteúdo das obrigações pactuadas, mas igualmente com as funções decorrentes desse vínculo jurídico”.

Nas palavras desses autores, observa-se novamente a insuficiência de uma concepção que cuide apenas da estrutura das obrigações, de maneira dogmática e abstrata. Ao estarem à vista dos diversos aspectos sociais que circundam os contratos, as partes necessitam de uma indicação quanto às condutas compatíveis com a atual ordem jurídica, papel exercido, em boa medida, pela boa-fé objetiva.

É, portanto, perceptível que uma visão formalista, por vezes alheia ao conhecimento das outras áreas, esteja sendo ultrapassada por novas perspectivas de análise que ponderam a complexidade dos fatos sociais. Por essa razão, Andrade e Ehrhardt Júnior (2019) lembram que

somente a abordagem funcional confere às categorias jurídicas plenas condições de adaptação aos problemas contemporâneos.

No que se refere à experiência jurídica brasileira, a boa-fé exerce ao menos três funções, isso se considerado o Código Civil e outros microssistemas, como as normas de proteção dos consumidores. São sempre citadas a interpretação, a contenção e a integração como desdobramentos de uma normatividade dialogada que busca ultrapassar os resultados econômicos do contrato para também conferir efetividade a questões existenciais.

Em apertada síntese, a função interpretativa requer sejam os contratos decididos em favor de quem agir com lealdade. Já a função de controle requer sejam os direitos subjetivos exercidos sem abuso das posições jurídicas. E finalmente, a função integradora dispõe que os negócios sejam colmatados segundo condutas ditadas pela boa-fé objetiva.

Essas três funções normativas formam uma unificação de sentido que repudia a deslealdade entre os contratantes e valoriza os fatores sociais. Juntas, elas buscam, nas diversas áreas do ordenamento jurídico, mas sempre com fulcro na Constituição, sustentar a dignidade da pessoa humana, aqui representada na correção dos atos praticados durante todas as fases das obrigações contratuais.

O processo sistemático de releitura dos negócios jurídicos a partir de princípios ou cláusulas gerais que intercorrem vários ramos do Direito pode ser notado nos ensinamentos de Lima (2003). Essa autora destaca que a chamada nova principiologia contratual não foi sequer introduzida pelo Código Civil, sendo forçoso reconhecer a influência de outros sistemas normativos.

Nessa mesma direção, segue o Enunciado 167 da 3ª Jornada de Direito Civil quando afirma o seguinte:

com o advento do Código Civil de 2002, houve forte aproximação principiológica entre esse Código e o Código de Defesa do Consumidor no que respeita à regulação contratual, uma vez que ambos são

incorporadores de uma nova teoria geral dos contratos. (BRASIL, 2015, p. 38)

Ainda sob o pálio da nova contratualidade, também já dizia o Enunciado 27 da 1ª Jornada que a interpretação da cláusula geral da boa-fé deveria considerar as conexões entre as áreas hospedadas no próprio Código Civil e em outros estatutos normativos, bem como os “fatores metajurídicos”. (BRASIL, 2015, p. 19).

À guisa de exemplo do alcance das funções da boa-fé objetiva, podem ser citados os institutos oriundos de uma atribuição reativa usada em matéria processual contra pretensões injustas. Trata-se de figuras parcelares, como o “venire contra factum proprium”, a “supressio”, o “tu quoque”, a “exceptio doli”, e o “duty to mitigate the loss”⁴.

Para ficar na análise desse último subprincípio, exige-se que o credor minimize os impactos econômicos de seus prejuízos, sempre que possam agravar a posição financeira do devedor. Depreende-se, não ser necessário mais do que reconhecer na boa-fé objetiva, de uma vez por todas, elementos de proteção à lealdade entre os sujeitos da relação jurídica contratual⁵.

4 APLICAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA NO PROCESSO OBRIGACIONAL

A essa altura já se percebe a boa-fé objetiva como um modelo de conduta socialmente desejado que é imposto, por força do

4 Neste sentido, o Enunciado 412 da IV Jornada de Direito Civil estabelece que: “as diversas hipóteses de exercício inadmissível de uma situação jurídica subjetiva, tais como supressio, tu quoque, surrectio e venire contra factum proprium, são concreções da boa-fé objetiva”. BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Jornadas de Direito Civil [28-29 de setembro de 2015]. Centro de Estudos Judiciários, Brasília, 2015, p. 94.

5 Como nota de esclarecimento a respeito do “duty to mitigate the loss”, o Enunciado 169 da III Jornada de Direito Civil afirma que “o princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”. BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Jornadas de Direito Civil [28-29 de setembro de 2015]. Centro de Estudos Judiciários, Brasília, 2015, p. 71.

neoconstitucionalismo, aos sujeitos da relação jurídica privada. Agora é preciso retomar um entendimento primário da teoria dos negócios jurídicos para lembrar que o contrato é a mais comum e importante fonte das obrigações.

Pela tradição, isso significa que os contratos surgem nas relações que se materializam em um vínculo pessoal e transitório de natureza econômica cujo objeto é uma prestação que cabe ao devedor para satisfazer os interesses do credor. Ainda nessa óptica estruturalista, alguém assume um débito sob pena de responsabilidade patrimonial.

Acerca do conceito de relação jurídica obrigacional, cabe dizer que ela não se confunde com os direitos reais. Há particularidades que separam essas categorias, sendo importante destacar que na obrigação o objeto não incide diretamente sobre o bem da vida, ao contrário, trata-se de uma conduta do devedor voltada à satisfação do crédito.

Todo esse caráter essencial e determinante da relação apenas reflete a estrutura das obrigações e as coloca como ambiente onde se situam os contratos. A lei, se incluída nesta definição, constituirá fonte primária a estabelecer direitos e deveres e a impor sua aplicação por meio das manifestações de vontade dos contratantes.

Dessa abordagem de análise, o máximo que se consegue é uma imagem estática e descritiva do relacionamento obrigacional, propensa a situar os sujeitos em posições opostas e incompatíveis. Em um rumo hermenêutico estagnante, o que se enfatizam são os direitos do credor restando para o devedor a incumbência de cumprir uma determinada prestação.

Todavia, pelo exposto acerca das funções da boa-fé objetiva, torna-se manifesto que as relações obrigacionais requerem atualmente uma nova configuração, indo além de seus elementos constitutivos. Passa a ser importante reconhecer que a posição dos contratos na ordem jurídica é mais dinâmica, orientada pela funcionalidade do programa obrigacional em estreita sintonia com os princípios constitucionais.

Pode-se afirmar, como fez Fiuza (2012, p. 168), que os componentes estruturantes de uma relação jurídica obrigacional “se encontram dinamicamente em movimento”. Da mesma forma,

Perlingieri (2002) lembra que as situações subjetivas devem ser compreendidas dentro de um processo complexo, em virtude do qual se busca realizar direitos e deveres recíprocos.

Como marca de um novo Direito das Obrigações, esse dinamismo levou à constatação de que a boa-fé objetiva mantém presença em todo o percurso obrigacional. Nesse sentido, os Enunciados 25 e 170 das Jornadas de Direito Civil esclarecem que a referida cláusula geral deve ser observada e aplicada desde as negociações preliminares até momentos ulteriores à prestação. (BRASIL, 2015).

Por outro lado, a complexidade do fenômeno obrigacional põe em destaque a cooperação entre as partes, o que conduz ao reconhecimento de direitos para os devedores da prestação obrigacional. Nesse sentido, prevê o Enunciado 168 da 3ª Jornada de Direito Civil que “a boa-fé importa no reconhecimento de um direito a cumprir em favor do titular passivo da obrigação”. (BRASIL, 2015, p. 71).

Como exemplo desse dinamismo e dessa complexidade, o pagamento, considerado finalidade das obrigações, torna-se um direito do devedor e não se encerra nas espécies de inadimplemento ou nas formas de reparação dos prejuízos. Por vezes, tendo em vista a conduta das partes, a insignificância no cumprimento de uma prestação pode excluir pretensões do credor que pudessem ferir o princípio da boa-fé objetiva.

Na ordem jurídica atual, a clássica noção de mora se coloca também ao lado dos credores para retratar que um contrato traz direitos e deveres para ambas as partes. Ainda que haja somente uma pessoa como devedor ela terá prerrogativas, a exemplo da consignação do pagamento, bem como a certeza de ficar isenta de dolo pela conservação do objeto prestacional diante da inadimplência do credor.

Portanto, situações não faltam para ilustrar a modulação dos efeitos de obrigações vistas como processos, ou seja, uma realização contínua e prolongada das atividades dos contratantes. Talvez a imagem mais evidente esteja na redução das cláusulas penais a ser

aplicada de ofício pelo juiz ao observar o cumprimento parcial dos deveres prestacionais, bem como a natureza e a finalidade do negócio jurídico.

Nessa intensa movimentação, a boa-fé objetiva se apresenta continuamente sem privilegiar contratantes e incorporando deveres que pudessem estar ausentes no instrumento contratual. Somente dessa forma, a obrigação concilia os interesses das partes aos princípios fundamentais do texto constitucional, em uma estreita ordem de cooperação, como fora apregoada por Silva (2012) em sua obra clássica.

Sobre às relações obrigacionais como fenômenos em construção, Dias Júnior (2017, p. 45) estabelece que:

o dever de cooperação impõe às partes que não pratiquem condutas que intentem a camuflar ou alterar o objetivo do contrato, ou que leve propositadamente a um desequilíbrio contratual. É fundamental à relação obrigacional, pois através dela as partes irão buscar o adimplemento, finalidade máxima do contrato.

É importante frisar, quantas vezes for preciso, que no processo colaborativo das obrigações não há espaço para comportamentos que visem maximizar as vantagens econômicas de um contratante em detrimento do outro. O estado de concorrência e a presença de interesses contrapostos não legitimam o uso de estratégias que desconsiderem a feição de uma autêntica parceria contratual.

Essa cadeia de propósitos comuns, ao mesmo tempo flexível e resistente, avança desde as tratativas em direção aos atos formativos do contrato, mas sem se deter na sua execução. Guiada pelo amplo espectro da boa-fé objetiva, a atividade do intérprete precisará ser bastante abrangente para que as condutas devidas se façam notadas em cada etapa do negócio jurídico.

Uma boa forma de perceber a abrangência da interpretação de contratos sob a sua concepção processual seria pela incidência da responsabilidade civil por danos de confiança. Rupturas injustificáveis durante as negociações passam a gerar consequências reparatórias, mesmo considerando a ausência dos atos específicos de vontade (proposta e aceitação) que posteriormente formarão o vínculo contratual.

Assim, como nem sempre os contratos nascem instantaneamente, é possível notar, uma vez mais, a autoridade que a boa-fé objetiva possui no contexto da obrigação como processo. Se não existe um pré-contrato, a recusa de contratar seria legitimada pela autonomia privada. Mas, ao se portarem sem obedecer às condutas derivadas desse princípio, os pretensos contratantes incorrem na prática de um ato ilícito por interrupção das tratativas.

Sobre a eventual responsabilidade civil durante as negociações, Lima (2003, p. 59) esclarece que:

no período anterior à celebração do contrato, os comportamentos daqueles que desenvolvem as tratativas criam expectativas e confiança na parte contrária, o que requer deles uma conduta conforme a lealdade e probidade. A boa-fé objetiva desempenha papel relevante na determinação do conteúdo dessa relação pré-negocial e, por conseguinte, na determinação do dever de indenizar daquele que se afastou dos deveres de lealdade e probidade.

O correto raciocínio de Lima (2003) é acolhido em vários ordenamentos estrangeiros. A lei italiana afirma que “As partes, na condução das negociações e na celebração do contrato, devem agir de boa-fé”⁶. (REPUBBLICA ITALIANA, 1942, tradução nossa); enquanto a legislação argentina diz que “Durante as negociações preliminares,

6 REPUBBLICA ITALIANA. Regio Decreto 262 (1942). Approvazione del testo del Codice civile. No original (n.p.): Art. 1337 - Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede.

e mesmo que uma oferta não tenha sido feita, as partes devem agir de boa-fé para não as frustrar injustificadamente”⁷. (REPÚBLICA ARGENTINA, 2014, tradução nossa).

Cabe, ao terminar este tópico, indicar que essas análises sobre a obrigação como processo são aplicáveis a todos os contratos, dos mais tradicionais aos contemporâneos que passam a ser firmados mediante o intercâmbio eletrônico de informações. Os mecanismos obrigacionais, sejam simples ou complexos, não podem ficar alheios à normatividade constitucional fortalecida no Código Civil de 2002 pelo princípio da boa-fé objetiva.

5 A BOA-FÉ OBJETIVA E A EFETIVIDADE CONSTITUCIONAL

Todo o processo intersistemático apresentado acima tem nítido assento nos ideários do neoconstitucionalismo. Dada a evolução da hermenêutica constitucional, a interpretação jurídica passa a abranger princípios e cláusulas gerais de tutela dos direitos fundamentais, entre as quais a boa-fé objetiva que favorece a promoção da solidariedade nas relações privadas.

Kern (2019) endossa a afirmação, ao dizer que as relações jurídicas privadas devem observar uma ponderação entre os direitos fundamentais de seus titulares. Segundo esse autor, os preceitos civilistas se conectariam especialmente com a Constituição no processo interpretativo de princípios e cláusulas gerais como a boa-fé objetiva.

A ideia central desse pensamento repousa na sistematicidade do ordenamento jurídico. O Direito seria uma ordem normativa organizada hierarquicamente a partir de uma única norma superior, fenômeno que Reale (2003, n.p.) chamou de “hermenêutica jurídica estrutural”.

7 REPÚBLICA ARGENTINA. Ley 26.994 (2014). Código Civil y Comercial de la Nación. No original (n.p.): Artículo 991 - Deber de buena fe. Durante las tratativas preliminares, y aunque no se haya formulado una oferta, las partes deben obrar de buena fe para no frustrarlas injustificadamente.

É a partir dessa unidade sistêmica da ordem jurídica que se fala de repersonalização, e mesmo de publicização das relações privadas. Sob um novo modelo hermenêutico centrado na dignidade da pessoa humana, exige-se o respeito às normas da Constituição, mas não apenas como um documento elaborado para organizar o poder estatal.

Essa correção hermenêutica está muito bem representada nas lições de Fachin (2015, p. 64):

por essa mirada, a ideia de Constituição desenvolve uma eficácia *erga omnes* na condição de fundamento do ordenamento jurídico, incluindo-se nesse contexto os sujeitos e os direitos fundamentais que objetivam assegurar ao indivíduo uma margem de liberdade de ação em regime de autodeterminação, responsabilidade perante si mesmo e os demais.

Ainda no plano estrutural, interessa destacar que a interpretação sistemática da ordem jurídica se torna incompatível com a presença de ramos isolados ou que se comuniquem sem a intermediação dos direitos e garantias fundamentais. Se existem microssistemas importantes, como o Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990), eles partilham entre si e com as grandes áreas do Direito uma mesma unidade normativa assente na Constituição.

Como afirma Perlingieri (2002, p. 576):

o princípio da legalidade constitucional é um ponto fixo, um caminho obrigatório para o intérprete que pretenda reencontrar uma uniformidade de interpretação, utilizando as potencialidades implícitas do sistema jurídico, no respeito substancial do mesmo e com um renovado positivismo que, não se identificando na simples reverência aos códigos, constitua um possível ponto de confluência metodológica.

Nota-se, portanto, que segundo a referida doutrina, os novos métodos interpretativos evidenciam a força normativa do texto constitucional. Busca-se, especialmente, promover uma renovada conexão entre as relações privadas e as normas da Constituição, tendo como núcleo o resguardo da pessoa humana, de uma maneira mais abrangente possível.

Não se desconhece que o próprio Direito Civil tenha regras e princípios que favoreçam o respeito a uma vida digna, a exemplo dos direitos da personalidade. Entretanto, autores como Perlingieri (2002) defendem a incidência direta da Constituição quando faltarem normas ordinárias; pois, essa seria a única possibilidade, diante da referida ausência, de tornar efetivos os valores mais importantes da ordem jurídica.

Entre esses valores estariam certamente os que representam objetivos republicanos, como a formação de uma sociedade justa e solidária. Os ora citados e outros tantos conduzem à máxima eficácia da Constituição, outorgando uma permanente aplicação da dignidade da pessoa humana nas relações privadas, incluindo as de natureza contratual.

Sob tais pressupostos, acolhe-se o entendimento de que os contratos passaram por uma simbiose normativa e não podem mais serem vistos fora da interação entre normas privadas e públicas. Não há mais condições de reduzir os compromissos negociais em uma moldura jurídica que garante somente os interesses econômicos dos particulares.

Por isso mesmo, Lobo (2003, p. 206), ao tratar do processo de constitucionalização do Direito Civil, afirma o seguinte: “O desafio que se coloca aos civilistas é a capacidade de ver as pessoas em toda sua dimensão ontológica.” Desse modo, torna-se necessário reconhecer a presença de interesses existenciais que retratam a complexidade da relação contratual em sua dimensão mais ampla, indo muito além dos aspectos patrimoniais.

Esse viés existencial é reconhecido pela Constituição brasileira e se impõe como limite em todas as etapas do processo obrigacional.

São as balizas constitucionais que delimitam os objetivos visados pelos contratantes e os mantêm seguros contra o abuso de direito, especialmente quando derivado do poder econômico.

Evidentemente, que essa visão do Direito Civil-Constitucional não passa à margem de contestações doutrinárias. Para Reis (2017), atrelar os fenômenos jurídicos de índole privada a fatos e valores abstratos acaba por gerar incoerência normativa à medida que os juízes passam a decidir sob o pretexto de realizar projetos constitucionais desprovidos de objetividade.

De fato, se uma sentença partir apenas das inclinações pessoais do julgador, ela conduzirá a uma instabilidade nociva para a aplicação da ordem jurídica. Em vez de devanear sociedades ideais, o juiz precisa interpretar as normas com o máximo de rigor científico tendo em vista a decidibilidade dos conflitos. O que não parece razoável é esperar soluções definitivas, em face da complexidade dos mesmos fatos e valores mencionados por Reis (2017).

Pode-se dizer que a boa-fé apenas se objetiva em um sistema jurídico possuidor do mesmo atributo. Em outras palavras, o princípio ora analisado em sua normatividade não representa risco à segurança quando seus imperativos se afastam da discricionariedade para se aproximar de técnicas que garantam a já citada eficácia dos princípios constitucionais em um ambiente interpretativo aberto para a mediação de fatos e de valores.

Oportunamente, Fampa e Leal (2017) abordam a reconstrução dos institutos fundamentais do Direito Civil sob a perspectiva da interpretação sistemática proposta neste artigo. Os autores falam de uma adequação valorativa e de uma unidade interna só alcançáveis mediante o uso de princípios e cláusulas gerais, pois apenas esses permitiriam acompanhar, sem prescindir da garantia advinda de um modelo harmonioso, o contexto social de incidência das normas jurídicas.

Assim, o que pode fazer o nosso Código Civil é se valer de recursos hermenêuticos apresentados ao intérprete por meio de princípios como a boa-fé objetiva. Desse modo, como afirma Aquino

Júnior (2019), pode-se garantir o preenchimento contínuo da ordem jurídica, ao ponderar interesses privados e sociais a partir da base axiológica constitucional.

Por outro lado, o que a lei que agora faz 20 anos não pode permitir é o retorno a um modelo completamente fechado e seguido na literalidade. Sem embargo das opiniões que ainda hão de se levantar contra um sistema relativamente aberto, defende-se, neste estudo, que existem meios interpretativos capazes de conduzir às finalidades da boa-fé objetiva, apesar da indeterminação semântica desse princípio ou cláusula geral.

No que interessa especificamente à esta pesquisa, não se desconhece que os contratantes geralmente apresentam interesses contrapostos. No entanto, trata-se, apenas de considerar o dever que eles têm de respeitar critérios hierárquicos capazes de conduzir ao ápice do ordenamento jurídico e, conseqüentemente, a interesses de matriz social identificados nas normas da Constituição.

Por esse ângulo, Sarlet (2017) destaca que o atual estágio de normatividade constitucional impede questionamentos acerca da aplicação generalizada dos direitos fundamentais. Para o professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, caberia ao Estado proteger os indivíduos dos abusos cometidos, inclusive, nas situações contratuais.

Percebe-se que essa análise toma como marco a Escola do Direito Civil-Constitucional elaborada por um esforço da doutrina e da jurisprudência em estabelecer parâmetros normativos a princípios como a boa-fé objetiva. Vale enfatizar, uma vez mais, que a lei fundamental, antes confinada à organização do Estado, passa a influenciar diretamente as relações entre os particulares, mediante a aplicação de formulações sistêmicas que respeitem os direitos e as garantias fundamentais.

Assim, como observa Perlingieri (2002), o respeito à hierarquia no plano das normas jurídicas parte, sobretudo, de uma adequação substantiva. Em outras palavras, as regras e princípios infraconstitucionais, além de respeitarem uma identidade

estruturante, precisam estar em harmonia com a essência das disposições estabelecidas no plano constitucional.

Na seara privada, o ponto de confluência entre norma infraconstitucional e norma constitucional seriam os direitos da personalidade. Forma de tutela valorativa da pessoa humana, simultaneamente inibitória e repressiva, esses direitos remetem a situações de proteção mesmo não expressas no Código Civil, pois guardam as virtudes do sistema aberto.

Toda essa renovação do ordenamento jurídico proposta a partir de métodos hermenêuticos permitiria, segundo Ruzyk (2019), acompanhar o desenvolvimento de uma sociedade pluralista. Como também afirma Sampaio (2017), a boa-fé objetiva encontraria, no neoconstitucionalismo, o ambiente de que precisa para defender os fatos básicos da vida social contemporânea.

Em matéria contratual, acredita-se que a eficácia integradora da Constituição brasileira protege as relações particulares de ficarem ultrapassadas com a aplicação de princípios e cláusulas gerais. No contexto de um sistema aberto, esse entendimento permite a ressignificação constante dos negócios jurídicos tradicionalmente resistentes às mudanças sociais.

A linha tangente entre o particular e o público é vista por Fachin e Gonçalves (2019) como sendo capaz de retirar da vontade a sua condição de ponto fundamental dos institutos de Direito privado. Por se abrirem à tutela existencial prevista na Constituição e direcionada às questões sociais, os contratos se tornam fenômenos muito mais complexos.

Nesse processo de interação normativa, a boa-fé objetiva cumpre seu propósito maior de indicar a conduta a ser seguida na relação contratual para garantir a dignidade da pessoa humana. Ademais, esse importante princípio pode funcionar também como mecanismo de segurança dos contratantes que estejam em condições de vulnerabilidade.

Sobre esse último aspecto, Schmidt Neto (2019) identifica a superação de um negócio jurídico que serve apenas de instrumento à

vontade consensual. O autor relata que o Direito Civil contemporâneo pode e deve conservar as liberdades individuais desde que assegure condições de intervenção diante de uma possível desigualdade entre os contratantes.

Consequentemente, as interferências da repersonalização ou publicização conferem ao intérprete do Código Civil de 2002 o poder, quando necessário, de reagir a pretensões injustas, sustentando a nulidade de cláusulas leoninas e antissociais. Permite ainda, no empenho de compensar uma ocasional inferioridade econômica, prover o justo equilíbrio da relação jurídica.

Quanto a esse ponto de conformidade do Código Civil à hierarquia axiológica da Constituição, cabe lembrar, novamente, as palavras de Perlingieri (2002, p. 277):

o poder de autonomia, nas suas heterogêneas manifestações, é submetido aos juízos de licitude e de valor, através dos quais se determina a compatibilidade entre ato e atividade de um lado, e o ordenamento globalmente considerado, do outro.

Nota-se, encaminhando para o término deste último capítulo, que se tornou necessário equilibrar as manifestações contratuais para responder a uma nova perspectiva ética aplicada ao Direito Civil. Essa abordagem se vale de princípios e cláusulas gerais, a exemplo da boa-fé objetiva, para garantir o estabelecimento de relações que respeitem normas fundamentais da Constituição, elemento central da ordem jurídica.

Vale destacar que o Artigo 170 do texto constitucional brasileiro, ao se referir à ordem econômica, busca assegurar uma existência digna a todas as pessoas, conforme os ditames da justiça social. Sob essa principiologia, nada há de excepcional em um contratante se portar bem em relação ao outro, despertando confiança e naturalmente fazendo progredir os aspectos financeiros da contratação. (BRASIL, 1998).

Essas mesmas considerações sobre a norma fundamental surgem em Marques (2019), quando a autora diz que o contrato evoluiu de um espaço reservado aos particulares para estar submetido a determinações de ordem pública. Sob os efeitos hierárquicos da Constituição, os interesses dos contratantes passam a conviver com os interesses de terceiros e da sociedade, mesmo não sendo algo corrente nas relações entre sujeitos que atuam na esfera obrigacional.

Esse é, também, o pensamento de Azevedo (2007), quando se refere a um sistema normativo de segunda ordem. O eterno professor da Universidade de São Paulo dizia que os elementos do ordenamento jurídico precisam convergir, de maneira uniforme, para os anseios da sociedade, única contingência que justifica a aplicação de qualquer ramo do Direito.

Com efeito, o que se impõe acerca dos padrões de conduta da boa-fé é uma atitude razoável, inspirada na lealdade, sem abusos que maculem as finalidades previstas na ordem constitucional. A verificação e aplicabilidade do princípio estudado neste artigo dependerá de um processo hermenêutico racionalmente conduzido por instrumentos jurídicos realistas, tendo como modelo principal a assertividade das decisões judiciais.

CONCLUSÃO

O presente trabalho identificou a importância da boa-fé objetiva como norma jurídica que serve de canal por onde chegam ao Direito Civil as regras e princípios constitucionais. Por conseguinte, em resposta aos objetivos deste estudo, sustenta-se que a segurança jurídica das contratações não restaria, de modo algum, prejudicada pela imprecisão valorativa de princípios ou de cláusulas gerais.

A partir dessa conclusão, merece destaque o fato de que as manifestações de vontade dos contratantes quando expressas de maneira leal e confiável favorecem a reconstrução dos paradigmas do Direito Privado. Desse modo, a boa-fé objetiva contribui, com a sua

força normativa, para o estímulo de condutas negociais adequadas ao modelo político e social do Estado Democrático.

Do ponto de vista sistemático, trata-se de reafirmar as bases teóricas da Constituição brasileira, fazendo notar que princípios existentes no Código Civil de 2002, especialmente a boa-fé objetiva, servem de recurso hermenêutico para acompanhar a evolução dos contratos sem que o ordenamento jurídico precise de uma extensa e complexa reformulação legislativa.

Importa, por fim, sublinhar que a normatividade da boa-fé objetiva nos contratos vai muito além dos interesses individuais. Acredita-se, como sustentam vários autores referenciados neste estudo, que a lealdade e a confiança são premissas de uma transformação que atinge o mundo dos negócios e que aponta para novos estágios de evolução das relações humanas.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. Historicidade e racionalidade na construção do direito brasileiro. In: DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise. **O direito civil no século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 167-211.

ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. A função social na experiência brasileira e seu impacto na ressignificação da liberdade contratual nos 30 anos da CF/88. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; LÔBO, Fabíola Albuquerque (coord.). **A função social nas relações privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

AQUINO JÚNIOR, Geraldo Frazão de. **Contratos eletrônicos: a boa-fé objetiva e a autonomia da vontade**. Curitiba: Juruá, 2012.

AQUINO JÚNIOR, Geraldo Frazão de. O direito contratual e a marcha da constitucionalização entre ouriços e raposas. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JUNIOR, Eroulths (Coord.). **Transformações no Direito Privado nos 30 anos da Constituição: estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 419-439.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **O direito, ontem e hoje: crítica ao neopositivismo constitucional e insuficiência dos direitos humanos**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, n. 102, p. 579-590, jan./dez. 2007. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67770/70378>. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRAGA, Paula Sarno. A boa-fé objetiva, a equidade e o abuso de poder privado nas relações contratuais. In: BRAGA, Paula Sarno; LAGO JUNIOR, Antonio; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coord.). **Ética e Boa-fé no Direito: estudos em homenagem ao Prof. Adroaldo Leão e sua obra “O Litigante de Má-fé”**. JusPODIVM, 2017, p. 207-234.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 7 out. 2019.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Jornadas de Direito Civil [28-29 de setembro de 2015]. **Centro de Estudos Judiciários**, Brasília, 2015. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej>. Acesso em: 7 out. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 (1942)**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 7 out. 2019.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (2002)**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 7 out. 2019.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 (2015)**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 6 fev. 2021.

BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (1990)**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 7 out. 2019.

BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND. **Bürgerliches Gesetzbuch (1900)**. Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/index.html. Acesso em: 15 dez. 2019.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução de A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética**: direito, moral e religião no mundo moderno. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007.

DIAS JÚNIOR, José Gama. **Dinamismo contratual**: a contraposição entre um contrato que encerra a vontade das partes e uma relação jurídica em construção. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2017. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_Dias%20JuniorJG_1.pdf. Acesso em: 28 abr. 2020.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução de João Batista Machado. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil**: sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FACHIN, Melina Girardi; GONÇALVES Marcos Alberto Rocha. Reflexão sobre os mínimos: o diálogo civil constitucional da teoria do patrimônio mínimo com a noção de mínimo existencial. In: Ehrhardt Júnior, Marcos; Cortiano Junior, Eroulths (Coord.). **Transformações no Direito Privado nos 30 anos da Constituição**: estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 243-258.

FAMPA, Daniel Silva; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. **As cláusulas gerais e o aprimoramento da interpretação sistemática no Direito Civil brasileiro**. Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva, v. 3, n. 1, p. 17-32, jan./jun., 2017. Disponível em: <https://>

indexlaw.org/index.php/direitocivil/article/view/1841/0. Acesso em: 15 jun. 2020.

FIUZA, César. A relação obrigacional. In: FIUZA, César (org.). **Elementos de teoria geral das obrigações e dos contratos**: por uma abordagem civil constitucional. Curitiba: CRV, 2012, p. 159-170.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Contrato**: estrutura milenar de fundação do direito privado. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 97 (2002), 127-138. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67537>. Acesso em: 28 abr. 2020.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Tendências do Direito Civil no Século XXI**. Conferência de encerramento proferida em 21.09.01, no Seminário Internacional de Direito Civil, promovido pelo NAP - Núcleo Acadêmico de Pesquisa da Faculdade Mineira de Direito da PUC/MG. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/artigos/15/Tend%C3%A2ncias+do+Direito+Civil+no+s%C3%A9culo+XXI>. Acesso em: 28 abr. 2020.

KERN, Christoph A. **Direito Civil e Constituição**: um breve panorama alemão. Tradução de Márcio Flavio Mafra Leal. Revista de Direito Civil Contemporâneo, São Paulo, ano 6, v. 19, abr.-jun. 2019.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LIMA, Taisa Maria Macena de. **O contrato no Código Civil de 2002**: função social e principiologia. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, 37 (67), jan./jun. 2003, p. 51-63. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/73291/2003_lima_taisa_contrato_codigo.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 26 fev. 2020.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. In: FIUZA, Cesar; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire De (coord.). **Direito Civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 197-217.

LÔBO, Paulo. Boa-fé no direito civil: do princípio jurídico ao dever geral de conduta. In: LOBO, Fabíola Albuquerque; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coord.). **Boa-fé e sua aplicação no Direito brasileiro**. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 17-33.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais** [livro eletrônico]. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

OLIVA, Milena Donato; TEPEDINO, Gustavo. A proteção do consumidor no ordenamento brasileiro. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (coord.). **Diálogo das fontes: novos estudos sobre a coordenação e aplicação das normas no direito brasileiro** [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Delimitação conceitual do princípio da boa-fé. In: LOBO, Fabíola Albuquerque; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coord.). **Boa-fé e sua aplicação no Direito brasileiro**. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 35-64.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional**. 2. ed. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

POLI, Leonardo Macedo. **Direito autoral: parte geral**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

POMPEU, Renata Guimarães. Considerações sobre o princípio da função social do contrato: estudo de casos à luz da análise econômica do direito. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. (Coords.). **Direito Civil: Atualidades IV** - teoria e prática no direito privado. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 401-434.

REALE, Miguel. **A boa-fé no Código Civil**, 2003. Disponível em: miguelreale.com.br. Acesso em: 22 out. 2020.

REIS, Thiago. **Dogmática e incerteza normativa**: crítica ao substancialismo jurídico do direito civil-constitucional. Revista de Direito Civil Contemporâneo, São Paulo, ano 4, v. 11, abr.-jun. 2017.

REPUBBLICA ITALIANA. **Regio Decreto 262 (1942)**. Approvazione del testo del Codice civile. Disponível em: <https://www.brocardi.it/codice-civile/>. Acesso em: 15 dez. 2019.

REPÚBLICA ARGENTINA. **Ley 26.994 (2014)**. Código Civil y Comercial de la Nación. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-26994-235975/actualizacion>. Acesso em: 15 dez. 2019.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica** [livro eletrônico]. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. Campinas: Bookseller, 2009.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. A metodologia do direito civil no pensamento de Luiz Edson Fachin. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JUNIOR, Eroulths (coord.). **Transformações no Direito Privado nos 30 anos da Constituição**: estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SAMPAIO, Laerte Marrone de Castro. **A boa-fé objetiva na relação contratual**. Barueri: Manole, 2004.

SAMPAIO, Marcos. O neoconstitucionalismo e a boa-fé. In: BRAGA, Paula Sarno; LAGO JUNIOR, Antonio; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coord.). **Ética e Boa-fé no Direito**: estudos em homenagem ao Prof. Adroaldo Leão e sua obra “O Litigante de Má-fé”. JusPODIVM, 2017, p. 147-178.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e Direito Privado**: notas sobre a influência da dogmática alemã dos direitos fundamentais, em especial a contribuição de Claus-Wilhelm Canaris, no direito brasileiro. Revista de Direito Civil Contemporâneo, São Paulo, ano 4, v. 12, jul.-set. 2017.

SCHMIDT NETO, André Perin. **Contratos na sociedade de consumo**: vontade e confiança [livro eletrônico]. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

SHAKESPEARE, William. **The Merchant of Venice**. Washington: Folger Shakespeare, 2010. Disponível em: <https://shakespeare.folger.edu/>. Acesso em: 9 set. 2020.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro, FGV, 2012.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **Antidiscriminação e contrato**: a integração entre proteção e autonomia [livro eletrônico]. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE PROPRIEDADE E A MULTIPROPRIEDADE IMOBILIÁRIA (TIME SHARING).

Milton Carlos Rocha Mattedi¹

Eduardo Machado Soares Capanema²

RESUMO

O direito de propriedade esteve presente na evolução sociedade humana. Pode-se dizer que há uma profunda conexão entre a propriedade e o modelo de sociedade na qual ela se encontra. Existe uma profunda interferência da propriedade no modelo social adotado e simultaneamente uma interferência da sociedade no modelo de propriedade vigente. Assim, apesar do conceito de propriedade parecer a todos como algo fixo, visto que nos encontramos em uma sociedade de modelo econômico capitalista, a noção de propriedade é altamente fluida, modificando-se ao longo do tempo. Aplica-se diversamente o direito à propriedade para determinada época e em determinado grupamento social. Com isso, há forte lembrança da propriedade romana com parte essencial do império. Há também muitos traços da propriedade burguesa decorrente da Revolução Francesa do século XVIII. Hoje, entende-se a propriedade lastreada por sua função social, mas já buscando um novo modelo de propriedade em fração de tempo, qual seja a multipropriedade imobiliária.

Palavras-chave: Propriedade. Direitos Fundamentais. Multipropriedade.

1 Doutor em Direito pela PUC Minas, Mestre em Direito pela FDC e Especialista pela PUC Minas. Graduado em Direito pela Faculdade Milton Campos. Advogado e Professor da Nova Faculdade e da Faculdade Arnaldo. E-mail: miltonmattedi@yahoo.com.br.

2 Mestre em Direito pela Faculdade Milton Campos, especialista pela Faculdade Izabela Hendrix. Graduado pela Faculdade FUMEC. Advogado e professor. E-mail: eduardocapanema@gmail.com.

INTRODUÇÃO

O direito de propriedade atualmente encontra-se disciplinada dentro da esfera do Direito das Coisas, tendo seu principal respaldo legal no livro III do CC/02, artigos 1196 a 1510. Contudo, a propriedade possui ainda diversos apontamentos e referências em atos normativos extravagantes tais como a Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964 (Lei de Incorporações Imobiliárias), Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979 (Lei de Parcelamento do Solo Urbano) e Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997 (Lei do Sistema de Financiamento Imobiliário e alienação fiduciária).

A relevância do direito de propriedade é enorme. Certamente é um dos pilares na construção das sociedades humanas. Conecta-se diretamente ao modelo de desenvolvimento social e econômico dos grupamentos sociais, refletindo de maneira contundente na forma de vida dos indivíduos. O Direito à propriedade imiscui-se nas mais diversas esferas sociais, tais como a economia, a política e na formação de uma sociedade mais equânime. Em consonância com tal pensamento Caio Mario é incisivo ao afirmar que:

Não existe um conceito inflexível do direito de propriedade. Muito erra o profissional que põe os olhos no direito positivo e supõe que os lineamentos legais do instituto constituem a cristalização dos princípios em termos permanentes, ou que o estágio atual da propriedade é a derradeira, definitiva fase de seu desenvolvimento. Ao revés, evolve sempre, modificasse ao sabor das injunções econômicas, políticas, sociais e religiosas.³

Na esfera econômica, no século XX tornaram-se clássicas as visões econômicas capitalistas e socialistas. Tais correntes de pensamento

3 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil – Vol. IV / Atual. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 86

em muito buscaram uma compreensão do conceito de propriedade na formação econômica da sociedade. A definição do conceito de propriedade foi um dos pilares das sociedades capitalistas ocidentais, capitaneadas ideologicamente pelos Estados Unidos da América (EUA) e nas sociedades socialistas orientais, lideradas ideologicamente pela extinta União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS).

Mas certamente as vertentes de pensamento política sobre o direito de propriedade possuem exemplos contemporâneos, tendo como exemplo os debates na formação de sociedades com valores mais liberais e outras com valores mais intervencionistas. Assim, a forma de lidar com a propriedade interfere diretamente no modo de vida da coletividade. Nesta toada, temas como financiamento estatal, desapropriação por interesse público e outros estímulos econômicos por parte do poder público na aquisição de bens encontram amplo campo para debates.

Ele [o Estado Constitucional moderno] tem de estruturar-se como Estado de direito democrático, isto é, como uma ordem de domínio legitimada pelo povo. A articulação do “direito” e do “poder” no estado Constitucional significa, assim, que o poder do Estado deve organizar-se e exercer-se em termos democráticos. O princípio da soberania popular é, pois, uma das traves mestras do Estado constitucional. O poder político deriva do “poder dos cidadãos”.⁴

Conexo ao tema político, a busca de valores sociais pelas sociedades contemporâneas é uma realidade. O direito de propriedade é complexo de valores, mas essencialmente vinculado à realidade social e hodiernamente conectado à noção de moralidade e ética. A propriedade passa a perceber não somente o aspecto individual, mas

⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7^a ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 98.

busca a realização do bem-estar coletivo. O direito de propriedade somente é garantido por meio da realização de sua função social.

Na República Federativa do Brasil, as últimas décadas tiveram uma contundente mudança social, fruto da redemocratização do país. A Constituição da República de 1988 foi um dos maiores marcos normativos e sociais que deflagraram alterações significativas na formação da nossa sociedade. Alterações essas que atingiram de forma imperativa as relações sociais e, em especial, a estrutura do Direito Privado brasileiro.

A Constituição de 1988 demonstrou clara preocupação com a promoção de desenvolvimento equilibrado, buscando a diminuição das disparidades regionais. O Art. 3º determina um inequívoco programa de atuação para o Estado e a sociedade brasileiros, determinando o sentido e o conteúdo de políticas públicas que, se implementadas, consubstanciariam uma real ruptura com as estruturas sociais e econômicas.⁵

Nesse sentido, percebe-se que o conceito de direito de propriedade não é algo fixo e imutável. Pelo contrário, é algo fluido que se encontra em simbiose com os parâmetros sociais. Assim, a noção de propriedade transforma a sociedade e, simultaneamente é transformado por ela no decorrer histórico social. Tendo isso em voga ao se mencionar o direito de propriedade, ele terá a amplitude e parâmetros definidos em cada grupamento social e em determinado momento histórico. Com isso, a necessidade de se analisar de forma breve a evolução do conceito de propriedade no capítulo a seguir.

5 BERCOVICI, Gilberto. Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 113.

1 BREVE HISTÓRICO DO CONCEITO DE PROPRIEDADE

A aquisição de bens pode ser considerada como uma maneira do ser humano adquirir segurança. Em mundo hostil e altamente competitivo, a suposta estabilidade proporcionada pelos bens é fato relevante na formação e confiança na integridade dos grupamentos coletivos. Pode-se afirmar que seria inerente ao indivíduo a busca de patrimônio como segurança de sobrevivência sua e de sua descendência.

Por outro lado, a aquisição patrimonial também pode ser utilizada como instrumento de dominação social. É notório que os bens não são sempre abundantes. Sua eventual escassez em determinados lugares ou em certas épocas é potencial gerador conflitos humanos dentro de uma perspectiva de supressão de necessidades vitais dos indivíduos. Caio Mario é peremptório ao afirmar sobre o direito de propriedade:

A princípio foi o fato, que nasceu com a espontaneidade de todas as manifestações fáticas. Mais tarde foi a norma que o disciplinou, afeiçoando-a às exigências sociais e à harmonia da coexistência. Nasceu da necessidade de dominação. Objetos de uso e armas. Animais de presa e de tração. Terra e bens da vida. Gerou ambições e conflitos. Inspirou a disciplina. Suscitou a regra jurídica. Tem sido comunitária, familiar, individual, mística, política, aristocrática, democrática, estatal, coletiva.⁶

Nesse ponto, é interessante salientar de forma sucinta alguns modelos de grupamentos sociais surgidos no desenvolvimento da sociedade humana e sua relação com o direito à propriedade. E, com isso, perceber o desenvolvimento dos diferentes conceitos sobre a temática.

⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil – Vol. IV / Atual. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 87.

Inicialmente pode-se vislumbrar formas de propriedade em sociedades primitivas, especialmente em grupamentos nômades. Em tais grupamentos a propriedade restringia-se a bens móveis e utensílios pessoais. A propriedade limitava-se aquilo que se podia transportar. Sendo tais grupamentos humanos nômades, o conceito de propriedade desconhecia a propriedade imobiliária. Não havia a apropriação permanente do solo, somente uma utilização temporária.

Posteriormente a sociedade humana desenvolveu o modelo de estruturação em tribos. Nessa espécie de coletividade já havia o reconhecimento do solo como bem. Contudo, seu uso era coletivo e não individual. Os integrantes tribais trabalhavam a terra de forma coletiva e dela retiravam seus frutos e seu sustento. A propriedade imobiliária era algo divino e não pertencente a tribo. Com isso, havia uma ligação mítica com a terra, os rios e a flora.

Já dentro da perspectiva romana medieval o direito à propriedade tem a conotação individual e exclusiva. Contudo, a propriedade da terra era símbolo da dominação do império romano. A propriedade romana era concedida ao romano, *pater famílias*, tendo por escopo a agricultura, a edificação e exploração. Pode-se considerar que o modelo de propriedade atual busca raízes nesse padrão romano, apesar de suas latentes diferenças. Caio Mario afirma:

A raiz histórica do nosso instituto da propriedade vai-se prender no Direito Romano, onde foi ela individual desde os primeiros monumentos. Dotada de caráter místico nos primeiros tempos. Mesclada de determinações políticas. Somente o cidadão romano podia adquirir a propriedade; somente o solo romano podia ser seu objeto, uma vez que a dominação nacionalizava a terra conquistada.⁷

7 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil – Vol. IV / Atual. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 87.

Já na idade média em decorrência das frequentes invasões bárbaras o conceito de propriedade foi novamente alterado. Houve natural concentração de terras em nome dos reis e senhores feudais em troca de proteção e defesa militar. Tal concentração de terras levou a um fortalecimento das monarquias absolutas.⁸

A invasão dos bárbaros, que por si mesma não implicou subversão no regime dos bens, uma vez que a ideia de dominação das coisas era tão familiar aos Germanos quanto aos Romanos,⁴ carreu, no entanto, por via de repercussão indireta, profunda transmutação nos valores: gerando a instabilidade, a insegurança e o receio, sugeriu a ideia de transferência da terra aos poderosos, com juramento de submissão e vassalagem, em troca de proteção à sua fruição (*beneficium*) e, na medida em que a rede de devotamentos, assistência, auxílio e aliança se estendia, crescia o conceito de poder político ligado à propriedade imobiliária. O nobre, dentro de seu domínio é um soberano, distribui justiça, cobra tributos, declara a guerra, faz a paz. Cede o uso da terra ao servo, que a ela se vincula e dela não tem o direito de se afastar (*servidão da gleba*), pagando para cultivá-la um rédito em dinheiro ou em frutos. A instituição da monarquia absoluta não poderia deixar de afrontar o conceito dominial, com abolição dos poderes dissociados através da escala nobiliárquica.⁹

No final da idade média há o surgimento da atividade burguesa, transportando mercadorias entre reinos, negociando bens e transferindo patrimônio. Em um período de extrema escassez de bens e alto risco de transporte dos mesmos, a burguesia se faz

8 ASSIS, Luiz Gustavo Bambini de. A evolução do direito de propriedade ao longo dos textos constitucionais. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo v. 103 p. 781 - 791 jan./dez. 2008, p. 783.

9 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil – Vol. IV / Atual. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 87.

imprescindível. A atividade comercial inicia seu florescimento com acentuado crescimento financeiro. A partir desse ponto a burguesia, detentora de um enorme poder econômico e financeiro deseja integrar parcela do poder político. A burguesia busca novos voos. Almeja obter a propriedade da terra, ascender aos privilégios e deter poder de decisão nos rumos da sociedade.

Os ideais liberais que sopraram sobre a Europa e América, principalmente a partir da transição da Idade Média para a Idade Moderna, trouxeram à tona o questionamento da concentração de direitos individuais por parte dos pensadores iluministas que povoaram esses territórios, principalmente, ao longo dos séculos XVII e XVIII.¹⁰

O surgimento dos movimentos iluminista e jusnaturalista foram verdadeiros divisores de águas no tratamento e regulamentação do direito de propriedade. Rosenvald afirma que o liberalismo e o individualismo foram reconhecidos pela racionalidade humana e seu incessante desejo pela liberdade. O contexto ideológico permite ao indivíduo a liberdade de manifestação de sua vontade. As relações privadas intensificam-se, o comércio cresce exponencialmente. O desejo ao acesso a bens e a maior circulação de riquezas fazem-se presente.¹¹

O Iluminismo, pautado em suas duas correntes fundamentais, o racionalismo e o empirismo, levou à criação de duas importantes vertentes para a positivação do direito de propriedade. De um lado a vertente do contratualismo, cuja doutrina básica

10 ASSIS, Luiz Gustavo Bambini de. A evolução do direito de propriedade ao longo dos textos constitucionais. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo v. 103 p. 781 - 791 jan./dez. 2008, p. 783.

11 ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil. 8ª ed. Rio de Janeiro: JusPodivm, 2012, p. 258.

previa não ser o Estado fruto do acaso, mas resultado da ação racional do homem. [...] De outro lado, havia a vertente jusnaturalista, que buscou justamente positivar os direitos fundamentais e individuais que seriam anteriores à sociedade e ao Estado, cabendo a este respeitá-los.¹²

A propriedade desloca-se de uma forma de privilégio dados pelos senhores feudais para um espaço de liberdade e igualdade formal. Por outro lado, o contrato passa a contar com maior liberdade. Os direitos passam a ser respeitados pelo Estado. Com isso o homem comum toma a sua liberdade em contraponto com a hierarquia social até então vigente, alterando de forma significativa o establishment vigente.

Nesse contexto, ocorre a Revolução Francesa. Movimento de tomada do poder político pela burguesia, pondo fim à monarquia absolutista até então vigente. Teve como causas a decadência e o descontentamento com a aristocracia francesa, a má gestão financeira e as ideias iluministas, especialmente referentes a liberdade e igualdade. Foi marcada pela tomada da Bastilha, pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e a execução do rei Luis XVI, dentro diversos outros membros da realeza francesa. Seus reflexos difundiram-se por toda a Europa.

A Revolução Francesa trouxe três grandes valores: liberdade, igualdade e fraternidade. Tais valores posteriormente foram desenvolvidos em três gerações de direitos nos Estados contemporâneos: direitos de primeira geração, sendo direitos negativos, por meio da abstenção de atuação por parte do Estado; direitos de segunda geração, sendo direitos positivos os quais o Estado deve atuar ajudando aqueles necessitados; e os direitos de terceira geração, considerados aqueles de atuação social e coletiva dos Estados.

12 ASSIS, Luiz Gustavo Bambini de. A evolução do direito de propriedade ao longo dos textos constitucionais. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo v. 103 p. 781 - 791 jan./dez. 2008, p. 783.

Traçam-se as bases para a instituição do modelo liberal clássico. O Estado moderno passa a ter por escopo a proteção da segurança do cidadão e da propriedade. Na esfera econômica, cabia ao mercado a autorregulamentação das relações sem qualquer intervenção estatal.¹³ Nesse ponto percebe-se que o direito à propriedade assume um perfil mais liberal e individual, desprendido de amarras sociais.

Em decorrência da Revolução Francesa, edita-se o Código Napoleônico (1804), tendo por escopo a normatização da ideologia liberal reinante na época. Por ela, o desenvolvimento social seria atingido pelo desenvolvimento de cada indivíduo isoladamente. Portanto, a busca da felicidade e do desenvolvimento de cada cidadão individualmente considerado levaria ao desenvolvimento da sociedade francesa como um todo.

No Código Napoleônico de 1804, a propriedade era considerada um fato econômico de utilização exclusiva da coisa. Na ideologia liberal, o bem comum seria alcançado pela soma dos bens individuais, na medida em que todos pudessem alcançar a sua felicidade. A liberdade de contratar seria o meio de alcançar-se tanto a justiça como a igualdade econômica por meio do acesso de todos à propriedade – antes monopolizada pela nobreza.¹⁴

Nota-se claramente que o Código Napoleônico se volta para a regulamentação do aspecto patrimonial da sociedade. Busca resguardar as conquistas burguesas por meio do afastamento estatal

13 Nesse particular a figura de Adam Smith, considerado como pai da economia moderna, torna-se salutar. Há a aplicação das ideias de autorregulação econômica, mão invisível e da presença do estado Mínimo. Sua principal obra foi “Uma Investigação sobre a Natureza e as Causas da Riqueza das Nações”, mais conhecida simplesmente como A Riqueza das Nações. Composta por 5 livros, foi publicada pela primeira vez em Londres em março de 1776, pela casa editorial de William Strahan e Thomas Cadell.

14 ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil. 8ª ed. Rio de Janeiro: JusPodivm, 2012, p. 259.

da disciplina privada, essencialmente a propriedade e os contratos, sob o argumento do exercício ao direito de liberdade. Portanto, afasta-se da intervenção na atuação dos indivíduos. O Direito Civil francês deixou um enorme legado, influenciando de sobremaneira grande parte dos ordenamentos jurídicos ocidentais.

Após a regulamentação civil napoleônica, outro grande paradigma no debate sobre o conceito de direito de propriedade surge nos primeiros anos do século XX. A expansão do pensamento individualista e a espoliação de um ser humano sobre outro por meio do capital, torna diversas sociedades cada vez mais desiguais social e economicamente, gerando grandes problemas sociais.

Dentro desse contexto surgem ideias que confrontam com esse Estado essencialmente capitalista, buscando um contraponto que possa equacionar o desenvolvimento mais equânime da sociedade. Em meados do século XIX, Karl Marx¹⁵ desenvolve um novo modelo de sociedade. Nesta, o modo de produção socialista substitui as relações capitalistas inaugurando uma forma de propriedade estatal em contraposto a propriedade privada e individual.

Com o declínio dos Estados socialistas, em especial o rompimento da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), as sociedades capitalistas, apesar de sobrevierem, sofrem com inúmeras cicatrizes. O ideário socialista deixa sua marca e suas indagações. A intervenção do Estado nas relações privadas torna-se a cada instante mais imperiosa. Há uma tendência socializante no Estado Capitalista. O liberalismo pleno resta inviável.

As sociedades do final do século XX e o início do século XXI passam a enxergar uma nova forma de propriedade, um direito de propriedade não apenas voltado ao seu detentor, mas buscando sua integração no contexto coletivo e social. Elementos como o

15 Karl Marx foi filósofo, economista e teórico político russo que viveu entre 1818 e 1883. Em 1848 publica o Manifesto Comunista, e entre 1867 e 1883 publica O Capital. Nessas obras, ele explicita o desenvolvimento social por meio da luta de classes. Objetiva a substituição do modelo capitalista pelo modo de produção socialista por meio de uma revolução proletária, tendo enorme influência no desenvolvimento de um modelo socialista de sociedade.

crescimento populacional, o esgotamento de recursos naturais e a crescente desigualdade social necessitam que a propriedade passe a ser considerada como um bem social, como um direito que deve ser utilizado pelo indivíduo, mas sem deixar de atender aos anseios da coletividade. Busca-se a função social da propriedade.

1.1 O CONCEITO DE DIREITO DE PROPRIEDADE NO BRASIL

O Brasil na linguagem tradicional foi descoberto no ano de 1500 por Portugal. Assim, nosso Estado não passou pelo período feudal. Partiu-se de uma condição de colônia portuguesa até o ano de 1822 quando ocorreu sua independência como Estado soberano.

Enquanto colônia e diante da gigantesca extensão territorial a propriedade imobiliária pátria fazia-se por meio do sistema de capitanias hereditárias e das sesmarias. Assim a concessão de direitos sobre terras brasileiras foi gradualmente passada da coroa portuguesa aos particulares que detivessem meios e disponibilidade para explorá-las. Consequentemente criou-se uma monopolização das terras por grandes comerciantes de escravos e camadas mais abastardas da sociedade.

A questão da propriedade no Brasil sempre fora tratada de forma concentradora e desigual. Desde a instituição do regime das sesmarias, o seu processo de distribuição sempre foi aleatório e privilegiou os interesses da Coroa e daqueles a ela ligados por traços sociais e até mesmo de afetividade. Esse modelo de privilégios prevaleceu durante todo o período colonial e, porque não ressaltar, também durante o Brasil Império e Republicano. Não é de se espantar que a propriedade tenha adquirido um caráter tão absoluto na nossa história.¹⁶

16 ASSIS, Luiz Gustavo Bambini de. A evolução do direito de propriedade ao longo dos textos constitucionais. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo v. 103 p. 781 - 791 jan./dez. 2008, p. 786.

Após a independência do Estado brasileiro, ainda permaneceram em vigência as Ordenações Filipinas como forma de disciplina da esfera civil pátria. Somente em 1916 entra em vigor Código Civil genuinamente brasileiro. Apesar de entrar em vigor no início do século XX, resgata traços do liberalismo. Inspirado pelo Código Napoleônico de 1804 e com concepções patrimonialistas e individualistas exacerbadas. Assim, ainda colhe o pensamento da Revolução francesa de 1791.

O Código Civil de 1916, filho tardio do liberalismo – fruto de uma concepção oitocentista – conferiu prevalência às situações patrimoniais, que espelham resquícios de um sistema liberal, cujos protagonistas eram o proprietário, o contratante e o marido. Por intermédio do absolutismo da propriedade e da liberdade de contratar, seria permitido o acúmulo de riquezas e a estabilidade do cenário econômico, preservando-se ainda a tranquila passagem do patrimônio do pai aos filhos legítimos, no contexto de uma família essencialmente patrimonializada.¹⁷

Com o advento da Constituição da República de 1988, também conhecida como Constituição Cidadã, passou-se a buscar a proteção do indivíduo em detrimento do patrimônio, o coletivo sobre o individual. Assis apresenta a concepção de propriedade na Constituição da República de forma bem peremptória ao afirmar que:

Vários são os artigos da Carta Magna que tratam do direito de propriedade. Sem sombra de dúvida, é o art. 170 que traz a maior inovação sobre o conceito, ao dispor sobre a ordem econômica e financeira. Isso porque a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano, primórdios da justiça social no País, devem atender ao princípio da propriedade privada

17 ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil. 8ª ed. Rio de Janeiro: JusPodivm, 2012, p. 260.

e respeitá-la. Todavia, ao mesmo tempo que esse comando está previsto no inciso II do citado artigo, seu inciso III trata justamente de positivar o conceito de função social da propriedade, também tratado no inciso XXIII do art. 5º da Carta Constitucional como requisito para a garantia do direito de propriedade.¹⁸

O Código Civil de 2002 já nasce em um contexto social mais democrático e coletivo, reconhecendo os valores trazidos pela novel Constituição. Teve uma vertente mais coletiva e social, com escopo na proteção do ser humano ao invés de resguardar a questão patrimonial. Com isso, inverte a lógica do Código Civil de 1916, centralizando a pessoa humana. A propriedade deixa de ser um direito absoluto para tornar-se um instrumento de bem-estar social.

Essa breve exposição demonstra como o conteúdo e a proteção da propriedade encontram-se em constante mutação. Pensar em um conceito fixo e imutável é uma visão distorcida que limita os anseios no desenvolvimento social. Tal fato deve ser acompanhado pela jurisprudência sem, contudo, esquivar-se das disposições normativas.

2 O DIREITO DE PROPRIEDADE E A FUNÇÃO SOCIAL

A partir da noção da mutabilidade do conceito de propriedade, explanada no capítulo anterior, passa-se a análise da evolução do conceito de propriedade disposto na Constituição da República de 1988 e no Código Civil de 2002. Não de outra forma, ao analisar o tratamento da propriedade, imprescindível o estudo das regras e princípios constitucionais, como pilares da estrutura normativa pátria.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi um marco que levou a profundas transformações na estrutura social e política de toda a sociedade. De forma gradual e constante levou a

18 ASSIS, Luiz Gustavo Bambini de. A evolução do direito de propriedade ao longo dos textos constitucionais. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo v. 103 p. 781 - 791 jan./dez. 2008, p. 788.

retomada da reflexão sobre importantes valores sociais e que agora fazem parte da Carta Constitucional tais como a promoção da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da igualdade substancial. Todos esses aspectos asseguram a formação de uma sociedade plural e democrática. Tal posição é reforçada pelo Preâmbulo Constitucional:

“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”

Uma das alterações essenciais da Constituição da República de 1988 foi deslocar o ser humano para o centro do ordenamento jurídico em detrimento da preponderância patrimonial presente em legislações anteriores. A humanização da propriedade e sua socialização relativizam seu próprio conceito, inserindo limites de sua utilização frente aos reflexos coletivos da mesma. De certa forma, houve um movimento de publicização do direito de propriedade nos termos do seu art.5º, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXII - é garantido o direito de propriedade; XXIII - a propriedade atenderá a sua função social [...]

Dessa forma a Constituição dispõe sobre o direito de propriedade no inciso XXII, mas em contrapartida também determina a utilização da mesma dentro de sua função social no inciso XXIII. O reconhecimento do direito à propriedade pela ordem jurídica vigente deixa de ser absoluto e individualista, contando com instrumentos para a intervenção na mesma a fim de direcionar sua utilização ao bem comum.

Há uma tênue linha de equilíbrio na utilização do direito de propriedade. O interesse individual do proprietário e o interesse social. Pode-se afirmar com clareza que o próprio direito à propriedade somente recebe proteção constitucional se estiver em consonância com a sua utilização social. Resta clara que o direito absoluto à propriedade deve ser relativizado.

“O direito de propriedade não se reveste de caráter absoluto, eis que, sobre ele, pesa grave hipoteca social, a significar que, descumprida a função social que lhe é inerente (CF, art. 5.º, XXIII), legitimar-se-á a intervenção estatal na esfera dominial privada, observados, contudo, para esse efeito, os limites, as formas e os procedimentos fixados na própria Constituição da República. O acesso à terra, a solução dos conflitos sociais, o aproveitamento racional e adequado do imóvel rural, a utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente constituem elementos de realização da função social da propriedade”¹⁹

A Constituição da República ainda reforça a importância da função social da propriedade ao inseri-la dentro do seu Título VII - Da Ordem Econômica e Financeira, nos termos do art. 170, inciso III. Com isso, percebe-se que a força da exigência constitucional avança não apenas no plano doutrinário e social, mas de forma extremamente contundente também no setor econômico e financeiro.

¹⁹ STF, ADI 2.213-MC, Rel. Min. Celso de Mello, j.04.04.2002, DJ 23.04.2004

Atrelado a isso, o texto constitucional, entendendo a necessidade de delimitar e garantir o pleno exercício da função social da propriedade, aborda em duas vertentes o entendimento sobre a função social da propriedade urbana e rural. No que toca a propriedade urbana o cumprimento da função social faz-se quando o imóvel se encontra em consonância com os ditames estabelecidos no Plano Diretor dos Municípios.

“Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. § 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana. § 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.”

O cumprimento da função social da propriedade urbana levou inclusive a edição da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, também conhecida como Estatuto das Cidades. Tem por escopo a regulamentação dos arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelecendo diretrizes gerais da política urbana e dando outras providências. Tal norma busca normatizar e delimitar o desenvolvimento urbano, o exercício da função social da cidade e, conseqüentemente, a preservação do bem-estar de seus habitantes e usuários.

Já no que toca à realização da função social da propriedade rural, a Constituição foi mais descritiva, exigindo o atendimento de parâmetros aproveitamento do solo, a manutenção e preservação do meio ambiente, o cumprimento da legislação trabalhista e o bem-estar dos trabalhadores, nos termos do seu art. 186. Nesse particular,

a preocupação com os aspectos coletivos e os direitos de terceira geração foram ainda mais notados.

Não de outra forma o Código Civil abarcou uma visão mais social nas relações privadas. Buscou compreender o ser humano como centro das relações jurídicas, restando ao patrimônio uma posição acessória e periférica. A propriedade deve estar sempre a serviço da realização do bem comum e da dignidade da pessoa humana. O direito de propriedade que assim não se porta não se encontra sob a proteção do ordenamento jurídico.

“[...] pode-se concluir que pela necessidade de abandonar a concepção romana da propriedade, para compatibilizá-la com as finalidades sociais da sociedade contemporânea, adotando-se, como preconiza André Piettre, uma concepção finalista, a cuja luz se definam as funções sociais desse direito. No mundo moderno, o direito individual sobre as coisas impõe deveres em proveito da sociedade e até mesmo no interesse de não proprietários.”²⁰

Os princípios fundamentais são como diretrizes a orientar a melhor forma de utilização da propriedade, especialmente quanto à sua função social. Tais princípios impõe limitações a utilização da propriedade, atrelando de forma inseparável os conceitos de propriedade e função social. Nesses termos, o artigo 1228 e seu §1º do Código Civil são enfáticos ao dispor:

“Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. §1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas

20 GOMES, Orlando. Direitos reais. 19. ed. rev., atual. e aum. de acordo com o Código Civil de 2002. Atualizador: Luiz Edson Fachin. Coord. Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 129.

e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.”

Nota-se que a proteção ao direito de propriedade encontra-se vinculada a diversas limitações constitucionais, tal como a sua função social, mas também a diversos valores estipulados infraconstitucionalmente. Tais restrições perpassam pela utilização econômica, social e cultural.

Ressalta-se que dentro do dispositivo supra, surgem ainda uma nova esfera de proteção, qual seja, o meio ambiente. Dentro de uma visão global, a importância da proteção socioambiental da propriedade apresenta-se salutar para as presentes e futuras gerações. A proteção ambiental é vertente de proteção já bastante sedimentado, sendo natural seu alcance ao direito de utilização da propriedade. Nesse sentido, Tartuce é enfático ao afirmar sobre a temática:

“O Código Civil de 2002 foi além de prever essa função social, pois ainda trata da sua função socioambiental. Há tanto uma preocupação com o ambiente natural (fauna, flora, equilíbrio ecológico, belezas naturais, ar e águas), como com o ambiente cultural (patrimônio cultural e artístico). A título de exemplo, o proprietário de uma fazenda, no exercício do domínio, deve ter o devido cuidado para não queimar uma floresta e também para não destruir um sítio arqueológico. Reforçando quanto à ilustração, o proprietário de um imóvel em Ouro Preto ou em Olinda deve ter o devido cuidado para não causar danos a um prédio vizinho que seja tombado, sobre o qual há interesse de toda a humanidade.”²¹

21 TARTUCE, Flávio. Direito civil, v. 4: Direito das Coisas / Flávio Tartuce. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 87.

Percebe-se claramente que o conceito de propriedade delimitado pelo Código Civil afasta de forma definitiva a concepção individualista reinante até o final do século XX. Busca-se a compreensão de que a propriedade é um dos direitos resguardados pelo ordenamento jurídico e, portanto, seu tratamento deve ser dado de forma conjunta e sistemática com os demais direitos fundamentais presentes na carta magna.

3 A PROPRIEDADE NO TEMPO E A MULTIPROPRIEDADE IMOBILIÁRIA

Em meados do século XX e início do século XXI, ganha força um novo conceito de propriedade. Nesse período ocorreu uma elevação nos custos de aquisição e manutenção de imóveis. Tal valorização afetou direta e especialmente aqueles imóveis utilizados para lazer, nos quais o aproveitamento se faz de forma esporádica. O acesso a tais bens passa por uma readequação em seu modelo de aquisição.

Surge a noção de propriedade compartilhada. Assim, inicialmente surge como forma de aquisição a custo reduzido de moradia específica para o desfrute do período de férias. A propriedade compartilhada é também chamada de multipropriedade imobiliária ou *time sharing*. Tal espécie de propriedade busca atrelar a utilização individual e coletiva tendo como base as normas de utilização condominial.

Contudo, a multipropriedade não se confunde com a figura do condomínio, apesar de utilizar-se da mesma em seu escopo. A noção de multipropriedade altera profundamente a noção tradicional ao inverter a própria base da propriedade até então vigente. A propriedade sempre foi algo fixo e geográfico. O imóvel por sua própria imobilidade possuía uma certa visibilidade de dono.

“Com o termo ‘multipropriedade’, genericamente, designa-se uma relação jurídica de aproveitamento econômico de uma coisa móvel ou imóvel, coisa esta repartida em unidades fixas de tempo, de modo a

permitir que diversos titulares possam utilizar-se daquela coisa com exclusividade, cada um a seu turno, de maneira perpétua ou não.”²²

A partir da multipropriedade, a unidade de propriedade desloca-se do eixo geográfico e passa ao conceito temporal. Com isso, já não há a figura do proprietário de um imóvel, mas o proprietário de utilização de imóvel durante certo lapso temporal periódico.

“A multipropriedade, ou *time sharing* é um consectário da faculdade do titular de dividir o bem. Além de abrigar as possibilidades de deslocamento ou loteamento de bens imóveis e do fracionamento de bens móveis, a faculdade de dividir a propriedade pode se dar no aspecto temporal através da multipropriedade. A possibilidade de vender as unidades para cada mês do ano multiplica a utilização deste dinâmico modelo jurídico que, juntamente com os novos condomínios fechados, representa a possibilidade de fracionamento de um bem proprietário sem previsão legal.”²³

Tal modelo de propriedade não se encontrava originariamente disciplinado pelo Código Civil de 2002, apesar de haver forte posição doutrinária sobre a existência de tal utilização do imóvel. Dessa forma, as discussões jurisprudenciais passaram a se fazer presentes, conforme emblemático voto proferido pelo Ministro João Otávio de Noronha em julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça sobre a temática:

22 ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil. 8ª ed. Rio de Janeiro: JusPodivm, 2012, p. 276.

23 ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil. 8ª ed. Rio de Janeiro: JusPodivm, 2012, p. 276.

“[...] no contexto do Código Civil de 2002, não há óbice a se dotar o instituto da multipropriedade imobiliária de caráter real, especialmente sob a ótica da taxatividade e imutabilidade dos direitos reais inscritos no art. 1.225. O vigente diploma, seguindo os ditames do estatuto civil anterior, não traz nenhuma vedação nem faz referência à inviabilidade de consagrar novos direitos reais. Além disso, com os atributos dos direitos reais se harmoniza o novel instituto, que, circunscrito a um vínculo jurídico de aproveitamento econômico e de imediata aderência ao imóvel, detém as faculdades de uso, gozo e disposição sobre fração ideal do bem, ainda que objeto de compartilhamento pelos multiproprietários de espaço e turnos fixos de tempo. A multipropriedade imobiliária, mesmo não efetivamente codificada, possui natureza jurídica de direito real, harmonizando-se, portanto, com os institutos constantes do rol previsto no art. 1.225 do Código Civil; e o multiproprietário, no caso de penhora do imóvel objeto de compartilhamento espaçotemporal (time-sharing), tem, nos embargos de terceiro, o instrumento judicial protetivo de sua fração ideal do bem objeto de constrição [...]”.²⁴

Contudo, não se trata de simples equiparação às normas do condomínio edilício, pois possui o elemento essencial, qual seja a periodicidade. A propriedade no tempo equivaleria a direito real que poderia ser transmitido e registrado *inter vivos* ou *causa mortis*.

Em 20 de dezembro de 2018, foi editada a Lei nº 13.777, que alterou diversas normas. Dentre as alterações normativas foram inseridos ao Código Civil os artigos 1.358-B a 1.358-U que finalmente normatizaram a figura da multipropriedade imobiliária no ordenamento pátrio. Conceituou o instituto pelo art. 1.358-C ao dispor que:

24 STJ, REsp 1.546.165/SP, 3.^a Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Rel. p/ acórdão Min. João Otávio de Noronha, j. 26.04.2016, DJe 06.09.2016.

“Art. 1.358-C. Multipropriedade é o regime de condomínio em que cada um dos proprietários de um mesmo imóvel é titular de uma fração de tempo, à qual corresponde a faculdade de uso e gozo, com exclusividade, da totalidade do imóvel, a ser exercida pelos proprietários de forma alternada.”

Com isso, o conceito de direito de propriedade passa a adquirir uma nova roupagem. Altera o parâmetro passando a levar em consideração o tempo na utilização periódica da propriedade, otimizando o custo de manutenção e possibilitando o acesso ao mesmo de forma mais barata e eficiente, já que o proprietário somente utilizará o bem no momento do seu interesse. Com isso, racionalizando o direito de propriedade e possibilitando seu acesso a um maior número de pessoas.

CONCLUSÃO

Dentro do contexto estudado podemos perceber que é equivocada a percepção de que o conceito de propriedade é único e atemporal. Tal discernimento advém do modelo econômico de sociedade capitalista no qual nos encontramos. Contudo, ao analisar a história e a evolução das sociedades, especialmente em suas vertentes econômicas, nota-se claramente a fluidez dos conceitos jurídicos e, em particular, do direito à propriedade. Constata-se que o conceito de propriedade não é fixo. Ele varia de acordo com a sociedade ao qual está inserido e paralelamente altera o próprio funcionamento dessa sociedade.

O direito de propriedade nasce como instrumento de sobrevivência humana em sociedades primitivas. Posteriormente, passa por instrumento gerador de riquezas e de dominação sobre outro. Por fim, buscar-se implementar um padrão de direito de propriedade baseado em seu benefício social, buscando a preservação do meio ambiente, a proteção laboral e a dignidade da pessoa humana.

Encerra-se com o pensamento de Hannah Arendt ao afirmar que o ser humano, como agente criador de sua própria realidade encontra

a si mesmo no outro. O homem é o princípio e o fim do próprio homem. Acredita que a faculdade de julgar e alterar os rumos do mundo e do seu próprio destino é essencial ao ser humano. A defesa da liberdade como manutenção da dignidade do ser humano é ponto irrefutável e aspecto fundante da natureza humana. Dessa forma afirma que o homem é o símbolo do novo, do improvável, sendo único e singular perante o mundo. Assim, apesar da força das probabilidades e das estatísticas o novo sempre surge sob o disfarce do milagre.²⁵

Assim, toda a evolução social, inclusive de seus conceitos e instituições jurídicas deve pautar-se pela proteção do ser humano. Somente o respeito a pluralidade dos indivíduos por meio de um pensamento coletivo pode levar a transformações sociais significativas, sendo ponto de partida para a criação e transformação do mundo em que vive.

25 ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Trad. Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 191.

REFERENCIAS

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Trad. Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

ASSIS, Luiz Gustavo Bambini de. **A evolução do direito de propriedade ao longo dos textos constitucionais**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo v. 103 p. 781 - 791 jan./dez. 2008.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Manual de direito civil**; volume único / Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. São Paulo: Saraiva, 2017.

GOMES, Orlando. Direitos reais. 19. ed. rev., atual. e aum. de acordo com o Código Civil de 2002. Atualizador: Luiz Edson Fachin. Coord. Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil** – Vol. IV / Atual. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 8ª ed. Rio de Janeiro: JusPodivm, 2012.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**, v. 4: Direito das Coisas / Flávio Tartuce. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

A CONTEMPORANEIDADE DO CASO MARILYN MONROE NA IMPORTÂNCIA DO RECONHECIMENTO DO DEVER JURÍDICO DE AFETIVIDADE COMO UM PRINCÍPIO FUNDAMENTAL.

Leandra Chaves Tiago¹

RESUMO

A famosa frase da obra *Pequeno Príncipe* “você é responsável por quem cativas!”² também apresenta reflexos no campo jurídico das relações familiares. O afeto enquanto exteriorização de sentimento é elemento indiferente ao Direito, porém sua projeção como dever de afetividade deverá ser referenciada como um princípio jurídico constitucional. O abandono afetivo é um ato ilícito que poderá ensejar indenização civil, quando aliado à ocorrência de danos psicológicos na vítima. Para tanto, na convergência entre o Direito, o Cinema e a Psicologia, o dano afetivo será analisado no presente estudo por meio da investigação do “Caso Marylin Monroe”, em que a atriz Hollywoodiana teve uma infância negligenciada pelos seus pais, o que desencadeou em uma série de problemas psíquicos ao longo da sua vida adulta, que contribuíram para sua morte precoce, por overdose, provocada por alta dosagem de calmantes em 1962, aos 36 anos de idade. Adotar-se-á o método indutivo e a pesquisa bibliográfica, teórica e qualitativa para o desenvolvimento do presente trabalho.

Palavras-chave: Dano Afetivo. “Caso Marylin Monroe”. Dever de Afetividade.

1 Mestre em Proteção dos Direitos Fundamentais e Processo Coletivo. Pós Graduada em Ciências Penais. Pós Graduada em Ensino da Sociologia. Pós Graduada em Direito das Famílias. Graduada em Filosofia-Licenciatura. Professora Universitária e Advogada. E-mail: leandratiagoadv@gmail.com

2 SAINT-EXUPÉRY, Antoine de. **O pequeno príncipe**. 31.ed. Rio de Janeiro: Editora Agir, 1987.98 p.

INTRODUÇÃO

A autoridade parental é marcada de deveres com os filhos, não apenas, na seara material, mas, especialmente, no campo existencial, devendo os pais satisfazerem necessidades filiais de índole afetiva.

O poder familiar está intrinsicamente vinculado ao dever jurídico de afetividade, tanto o é, que em razão dos arranjos familiares contemporâneos e plurais, a paternidade pode ser considerada tanto como natural, como da filiação legal e da socioafetiva. As obrigações que dela oriunda são de cunho personalíssimo, e entre elas está a obrigação de amparo e proteção dos filhos, sendo que o seu não cumprimento poderá ensejar um ato ilícito, quer será o fato gerador para a indenização por dano à dignidade humana do filho, que em virtude da negligência de cuidados existenciais sofreu abalos psíquicos que afetaram o livre desenvolvimento de sua personalidade.

Nessa senda, a presente pesquisa, se pautará em uma análise transdisciplinar, especialmente pela junção de um estudo confluyente entre o Direito e o Cinema, com contribuições de conceitos psicanalíticos, para investigar a importância do “Caso Marilyn Monroe” no aprimoramento do conceito de dano afetivo para o Direito das Famílias e da adequada resposta jurisdicional ao descumprimento do dever objetivo de cuidado dos pais, no âmbito existencial, de seus filhos.

Para tanto, a pergunta problema a ser feita é: Qual a importância fático-jurídica da consagração do princípio do dever de afetividade como um princípio fundamental?

A justificativa da pesquisa se pauta na contemporaneidade da temática, embora o abandono afetivo já fosse há muito tempo assunto dos estudiosos da psicologia, a partir de uma leitura constitucional dos institutos jurídicos civis, a temática passou a ganhar contornos expressivos no campo doutrinário, legislativo e jurisprudencial do Direito das Famílias Contemporâneo.

O motivo de se utilizar a biografia de Marilyn Monroe se funda na atual divulgação pela provedora global de filmes e séries de televisão

via streaming – Netflix, por meio da exibição de dois documentários sobre a atriz Hollywoodiana, que narram o seu sofrimento psicológico, em virtude de ter sido negligenciada pelos seus pais na infância. As narrativas apresentadas pela Netflix podem ser vistas como convites reflexivos à população em geral, para a compreensão da relevância de condenações a indenizações em face de pais ou tutores responsáveis pelos danos à dignidade humana suportados pelas vítimas de abandono afetivo.

A partir dessa problemática, o presente estudo adotará o método indutivo, partindo da análise do “Caso Marylin Monroe “até suas implicações jurídicas, caso o fato tivesse ocorrido, atualmente, sob a égide do ordenamento jurídico pátrio.

A fim de cumprir a proposta do trabalho, será utilizada a pesquisa teórica, baseada na coleta e revisões bibliográficas de materiais relacionados à temática apresentada. O estudo será de caráter exploratório, jurídico e histórico, bem como de cunho predominantemente qualitativo.

Para tanto, para além da Introdução e Conclusão, o estudo será dividido em três subseções: *O caso Marylin Monroe e do Dano à dignidade humana; Marylin Monroe Como Ícone De Representação Da Violência De Gênero E Da Manifestação Do Poder Simbólico Como Fundamento De Exclusão Da Mulher e Do Reconhecimento Do Dever De Afetividade Para A Busca Do Pleno Desenvolvimento Da Personalidade.*

1 O CASO MARYLIN MONROE E O DANO À DIGNIDADE HUMANA

Marylin Monroe (1926-1962) pode não ser lembrada por muitos com uma das melhores atrizes de cinema da era do Ouro de Hollywood, nas décadas de 50 e 60, mas com certeza tornou-se um ícone global da cultura pop. Com uma simples busca em sites de *e-commerce* é possível encontrar o rosto da atriz estampado em capas de revistas, bolsas, acessórios, cartazes, roupas, almofadas, tatuagens, anúncios, obras de arte e diversos outros tipos de objetos, exposições quase sempre

explorando sua beleza em performances sexualizadas, que fazem jus ao seu título de símbolo sexual norte-americano.

Porém, pouco se comenta sobre Marilyn Monroe no que concerne à sua exímia atuação como atriz, escritora e produtora cinematográfica, sua imagem foi construída por um *show bussiness* dominado por homens em torno de intensa objetificação sexual.

Segundo entrevistas gravadas em fitas cassetes pelo escritor e jornalista Anthony Summers, ao longo dos anos 80, apresentadas de maneira inédita no documentário produzido pela Netflix (2022), *O Mistério de Marilyn Monroe: Gravações Inéditas*, dirigido por Emma Cooper, grande parte das atrizes Hollywoodianas eram escolhidas para seus papéis mediante contraprestação sexual aos seus diretores de elencos.

Para as feministas da segunda onda³, Marilyn Monroe era a figura solar da representação da indústria cultural de exploração e reificação da mulher.

Para além do universo mitológico em torno da vida de Marilyn Monroe, ela a duras penas conseguiu se transformar em uma atriz. Tinha algo de vulnerável nela, por dentro ela se sentia destruída (SUMMERS, 1982).

Estou tentando me tornar uma artista e ser sincera, mas às vezes sinto que estou no limiar da loucura. Estou apenas tentando expor a parte mais verdadeira do meu ser e é muito difícil. Tenho sempre esse sentimento secreto de que na realidade sou uma farsa, um engano (DUNCAN, 2006, p.160).

³ O que às vezes é chamado de feminismo da segunda onda surgiu depois da Segunda Guerra Mundial, em vários países. Uma das mais influentes expoentes deste movimento foi e continua sendo a escritora e filósofa francesa, Simone de Beauvoir. Em sua obra – *O Segundo Sexo* (1949), Beauvoir argumenta que ao longo de toda a história tem-se negado à mulher a humanidade plena, o direito humano de criar, inventar, de ir além do mero viver e de encontrar o sentido para a vida em projetos de âmbito cada vez mais amplo. O homem “remodela a face da terra, cria novos instrumentos, inventa, forma o futuro”, a mulher, por outro lado, é sempre e arquetipicamente o Outro. É vista por e para os homens, sempre o objeto e nunca o sujeito. (WALTERS, 2021, p. 127-128).

Por trás do *sex symbol* existia uma mulher frágil com baixa autoestima e que realizava várias sessões de análise com o psiquiatra Ralph Greenson. Em seus relatórios sobre a paciente, Greenson a relatava como uma mulher com tendência para reações paranoicas e masoquistas. Não era diagnosticada com esquizofrenia, mas se percebia e agia como uma garota órfã, rejeitada. Marylin sobreviveu à infância conturbada, sendo que esta se destacava como o período crítico de instalação de seu sofrimento.

Registrada como Norma Jeane Mortensen (1926), foi abandonada pela mãe que trabalhava nos estúdios da Fox e de pai ignorado. Marylin é dada para adoção tão logo quando nasce. Passou por mais de 10 casas de acolhimento, viveu 02 anos em um Orfanato, viveu 04 anos com um tutor.

A mãe de Monroe era uma mulher com sérios problemas psiquiátricos, inclusive passou grande parte de sua vida internada em hospital psiquiátrico, e o seu genitor era Charles Stanley Gifford, conforme exame de DNA *post mortem*, realizado com uma mecha de cabelo da atriz e com a saliva de uma neta de Gifford. Marylin, apesar das tentativas frustradas nunca conseguiu ter contato com o seu genitor, este sempre recusava em recebê-la. (BLONDE, 2022).

Marylin em suas entrevistas, não se intitulava como órfã, sempre frisava que fora abandonada pelos seus pais. *“meu trabalho é o único terreno no qual posso me afirmar [...] Para falar honestamente, pareço ter toda uma superestrutura sem nenhuma fundação.”* (MAILER, 2013).

O abandono afetivo sofrido por Monroe em sua infância refletia seus conflitos intrapessoais na fase adulta. Casou-se três vezes, sempre com homens mais velhos, que de alguma forma lhe era um subterfúgio para o preenchimento da falta da figura paterna em sua vida. Não raro, Monroe tratava seus maridos como *dad*, o que evidenciava o seu não superado complexo de Electra⁴.

4 Complexo de Electra é uma fase do desenvolvimento psicosssexual das crianças do sexo feminino, de acordo com a psicanálise. Consiste na etapa em que a filha passa a se sentir atraída pelo próprio pai, disputando com a mãe a atenção deste homem. A expressão “Complexo de Electra” foi criada pelo psiquiatra e psicoterapeuta suíço Carl Gustav Jung, em referência ao mito grego de Electra. De acordo com a mitologia

Casamentos frustrados, abusos sexuais, violência doméstica, abortamentos, hiper sexualização de seu trabalho (em frente às Câmaras, em especial, na famosa gravação do filme *O Pecado Mora ao Lado* [1955], com o levantar do seu vestido branco pelo jato do respiradouro do metrô na calçada de uma rua, a tornou em uma metáfora do atrativo sexual a partir do desejo do outro). Somado às angústias mais profundas de uma infância marcada pelo abandono afetivo, fizeram de Monroe uma mulher solitária, triste e viciada cada vez mais em medicamentos.

Os episódios depressivos de Monroe se tornaram cada vez mais latentes a partir de 1960, foram dois anos difíceis para ela, período em que também viveu um conturbado e secreto relacionamento com os irmãos Kennedy's. “[...] Socorro. Socorro. Socorro. /Sinto a vida cada vez mais perto/Quando o que desejo é morrer.” (SCHNEIDER, 2008). Ao mesmo tempo, as combinações entre os medicamentos, principalmente as altas doses de Nebutal, um dos barbitúricos que tomava, já eram praticamente letais, com a conjunta ingestão de bebidas alcoólicas, ocasionaram a sua morte. Em 04 de agosto de 1962, foi encontrada desacordada em sua cama pelo seu, então, psiquiatra, Doutor Greenson que atestou o seu óbito. “[...] tentar ser feliz é quase tão difícil quanto ser uma boa atriz, ambos exigem dedicação.” (SOMMER, 1982). A investigação da morte da atriz foi encerrada pela polícia como suicídio acidental.

grega, Electra era filha de Clitemnestra e Agamemnon. Ficou imortalizada por ter planejado a morte da própria mãe, como uma vingança por esta ter assassinado o seu pai. Disponível em: <<https://www.significados.com.br/complexo-de-electra>>. Acesso em 17 de out. 2022.

2 MARYLIN MONROE COMO ÍCONE DE REPRESENTAÇÃO DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO E DA MANIFESTAÇÃO DO PODER SIMBÓLICO COMO FUNDAMENTO DE EXCLUSÃO DA MULHER

A pergunta enigmática é: O que é ser mulher? Vive-se a problematização da mulher atrás do espelho⁵. A mulher se vê como a sociedade a percebe, a imagem refletida não condiz com que a mulher subjetivamente se reconhece, e, diante dessa aporia, a mulher busca não ser mais a imagem socialmente projetada, mas projetar-se no mundo por meio da luta pelo seu reconhecimento, que reverbera no anseio da emancipação *latu sensu* de suas escolhas existenciais. (Tiago, 2019).

Monroe padecia deste paradoxo. De um lado era vista por todos como uma das maiores estrelas de Hollywood, de outro, em sua esfera privada, era uma mulher fragilizada por seus traumas oriundos do abandono infantil. Monroe buscava, incessantemente pelo amor do outro, mas não conseguia vivenciar o amor próprio.

São terríveis os dias em que fico enlatada, com quatro pessoas em volta, enlatada entre duas palavras 100 vezes repetidas: “tomada”, “corta”. “primeira tomada, décima terceira tomada, vigésima quinta tomada”. Na verdade, essa palavra me aterroriza e me tranquiliza; é estranho. Dá a ilusão de que alguém existe em mim, de que me tomam e retomam, que eu tenho alguma coisa. Eu sou aquela que tomam, depois cortam, mas por um momento eu estive ali, no olho do visor. Existi.

5 [...] o espelho (instrumento que permite não só se ver, mas também experimentar ver como é vista e se fazer ver como deseja ser vista), isto é, deixando de ser apenas uma coisa feita para ser olhada, ou que é preciso olhar visando a prepará-la para ser vista, ela se converte de corpo-para-o-outro em corpo-para-si mesma, de corpo passivo e agido em corpo ativo e agente; no entanto, aos olhos dos homens, aquelas que, rompendo a relação tácita de disponibilidade, reapropriam-se de certa forma de sua imagem corporal e, no mesmo ato, de seus corpos, são vistas como não femininas; ou até como lésbicas — a afirmação de independência intelectual, que se traduz também em manifestações corporais, produzindo efeitos em tudo semelhantes. (BORDIEU, 2012, p.83-84).

Sei que pertenço ao público e ao mundo todo, não por causa do meu talento, nem mesmo de minha beleza, mas porque nunca pertencia a nada, nem a ninguém. Quando não se pertence a nada, a ninguém, como não pensar: pertenço a quem me quiser! (SCHNEIDER, 2008).

A mulher pelas lentes da sociedade padronizada é uma estranha se não está perfeitamente adaptada às demandas sociais tradicionais, mormente aquelas que se destacam do destino social. Monroe era uma mulher à frente de seu tempo, uma atriz que soube utilizar da *expertise* de ser considerada um *sex symbol* americano, para poder se consagrar como atriz. “[...]As pessoas tinham o hábito de olhar para mim como se eu fosse uma espécie de espelho em vez de uma pessoa. Eles não me viam, eles viam seus próprios pensamentos perversos, depois disfarçavam chamando a mim de perversa” (DUNCAN, 2006, p.119).

A desventura é que em Hollywood dos anos 50 e 60, Monroe era reconhecida muito mais como um objeto sexual, do que por sua brilhante capacidade de atuar. A figura de Marylin é até hoje estigmatizada e incompreendida. “Os constrangimentos para ganhar dinheiro-coisa de homem-eram enormes. A rua? Lugar de mulher fácil” (PRIORE, 2013, p.5). Serve o estigma social como sustentáculo para a sua condição de outro. “[...] Armada de tais qualidades, a instituição do estigma serve eminentemente à tarefa de imobilizar o estranho na sua identidade de outro excluído.” (BAUMAN, 1999, p.78).

Os estigmas como instrumentos simbólicos são ao mesmo tempo estruturas estruturantes e estruturadas (BOURDIEU, 1989, p.16) que simbolicamente reiteram e legitimam a visão antropocêntrica, por suas próprias práticas, pelo fato de suas disposições resultarem da incorporação do preconceito desfavorável contra o feminino, instituído na ordem das coisas, estando as mulheres fadadas a confirmar seguidamente tal preconceito. (BOURDIEU, 2012, p.44).

A força da ordem masculina se evidencia no fato de que ela dispensa justificação: a visão fálica de mundo impõe-se como neutra e não tem necessidade de se enunciar em discursos que visem a legitimá-la. A ordem social funciona como uma imensa máquina simbólica que tende a ratificar a dominação masculina sobre a qual se alicerça: é a divisão social do trabalho, na distribuição bastante estrita das atividades atribuídas a cada um dos dois sexos, de seu local, seu momento, seus instrumentos; é a estrutura do espaço, opondo o lugar de assembleia ou de mercado, reservados aos homens, e a casa, reservada às mulheres; ou, no interior desta, entre a parte masculina, com o salão, e a parte feminina, com a cozinha e o quarto; é a estrutura do tempo, a jornada, o ano agrário, ou o ciclo de vida, com momentos de ruptura, masculinos, e longos períodos de gestação, femininos. (BOURDIEU, 2012, p.18).

O discurso machista ampara uma relação assimétrica e hierárquica de poder entre o sexo masculino e o feminino. Desde a antiguidade com acentuado destaque na modernidade, a realidade da mulher é marcada pelo mito do eterno feminino⁶, que “naturaliza” a dominação masculina e, com isso, perpetua práticas discriminatórias, violentas, em que a própria mulher não percebe sua invisibilidade frente à sociedade e a si mesma, porque de certa maneira reproduz cotidianamente, estratégias discursivas antropocêntricas que moldam o seu comportamento, que dificulta a sua plena emancipação como ser sujeito.

A leitura desses padrões de comportamento subliminarmente serve para alienar a mulher, e fazê-la crer ser impotente frente à vida, criando a ficção de que para seguir adiante precisam de um guardião

6 O mito do eterno feminino (ou masculino) ou, o que é mais grave, de eternizar a estrutura de dominação masculina descrevendo-a como invariável e eterna. Ora, longe de afirmar que as estruturas de dominação são a-históricas, eu tentarei, pelo contrário, comprovar que elas são produto de um trabalho incessante (e, como tal, histórico) de reprodução, para o qual contribuem agentes específicos (entre os quais os homens, com suas armas como a violência física e a violência simbólica) e instituições, famílias, Igreja, Escola, Estado. (BOURDIEU, 2012, p.44).

para sua existência, alguém com austeridade moral e racional. Ou seja, precisam de um homem para serem felizes. (ALVES, 2015, p.100).

Em Marylin, esse apego pelo reconhecimento paterno se faz evidente na busca exaustiva pelo amor paternal, seja pelo desejo em ser aceita como filha pelo seu genitor biológico, seja pela confusão do papel de pai de seus cônjuges, eram *sugar dads*, ao invés, do puro exercício da atividade marital.

Existe uma temeridade em deixar o estigma do outro excluído, que não pode ser ignorada, vez que toda relação de dominação pressupõe certas vantagens que incubem de realimentar a relação de poder, incutindo no sujeito assujeitado uma condição de confortabilidade, ainda que à custa de sua alienação.

O homem suserano protegerá materialmente a mulher vassala e se encarregará de lhe justificar a existência: com o risco econômico, ela esquia o risco metafísico de uma liberdade que deve inventar seus fins sem auxílios. Efetivamente, ao lado da pretensão de todo o indivíduo de se firmar como sujeito, que é pretensão ética, há também a tentação de fugir de sua liberdade e de se constituir em coisa. É um caminho nefasto porque passivo, alienado, perdido, e então, esse indivíduo é presa de vontades estranhas, cortado de sua transcendência, frustrado de todo valor. Mas é um caminho fácil: evitam-se com ele a angústia e a tensão da existência autenticamente assumida. (TIAGO, 2019).

O homem que constitui a mulher como um Outro, encontrará nela, profundas cumplicidades. Assim, a mulher não se reivindica como sujeito porque não possui os meios concretos para tanto, porque sente o laço necessário que a prende ao homem sem reclamar a reciprocidade dele, e porque, muitas vezes, se compraz no seu papel de outro. (BEAUVOIR, 2016, p. 17-18).

Diante disso, a diferenciação sexual entre homens e mulheres pode ser vista como um instrumento simbólico que se serve a prática discursiva de dominação masculina. “[...] o sexo é, pois, não simplesmente aquilo que alguém tem ou uma descrição estática daquilo que alguém é: ele é uma das normas pelas quais o alguém

simplesmente se torna viável, é aquilo que qualifica o corpo para a vida no interior da inteligibilidade cultural.” (BUTLER, 2000, p.152).

Nesse sentido, as mulheres desde o final do século XX são feitas de rupturas e permanências. As rupturas as fazem enxergar a rejeição e, com isso, entenderem o significado e o valor da própria posição, ou melhor: a falta dela. (BAUMAN, 1999, p.94). Com isso, as mulheres se empoderam, expandem suas potencialidades, se fortalecem e se impõem como sujeito da própria história. Em contrapartida, as permanências denunciam fragilidades.

Criadas ainda, muitas vezes, influenciadas pelo imaginário coletivo, pautado este por reticências de discurso patriarcal e machista, não conseguem se perceber fora do foco masculino. Independentes, querem uma única coisa: encontrar um príncipe encantado, ou o retorno do pai *choroso*⁷ e arrependido.

Tão intertemporal é o pensamento de Simone Beauvoir (2016, p.339) “O que é certo é que hoje é muito difícil às mulheres assumirem concomitantemente sua condição de indivíduo autônomo e seu destino feminino; aí está a fonte dessas inépcias, dessas incompreensões que as levam, por vezes, a se considerar como ‘sexo perdido’”.

Esta complexidade comportamental paradoxal ante a exposição às pressões assimilatórias, parafraseando, Bauman (1999, p.176), tem, ainda que potencialmente, um poderoso impacto no sentido de “abrir o olho”: Ela permite às mulheres mais arguciosas a desvendarem os segredos e mistérios da existência social que permanecem invisíveis para as demais pessoas plácidas e indiferentes ao seu corpo e a manipulação social de sua sexualidade.

7 Marylin Monroe teve um relacionamento com Charles Chaplin Jr. Segundo a narrativa da película *Blonde*, pouco antes de Monroe falecer, ela descobre que as cartas supostamente enviadas pelo seu pai com o intuito de conhecê-la, não passara de uma narração imaginativa criada por Chaplin Jr. Ao receber os pertences do ex-namorado, já falecido, Monroe encontra um cartão de felicitações, em que ele explica a ela que nunca existiu o seu pai *choroso* e quem lhe enviava as cartas era ele. (BLONDE, 2022).

3 DO RECONHECIMENTO DO DEVER DE AFETIVIDADE PARA A BUSCA DO PLENO DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE

A presente pesquisa trouxe um breve relato da biografia de Marilyn Monroe, pautada, especialmente, nos efeitos nefastos da negligência infantil sofrida pela atriz, que culminaram em reflexos psíquicos desastrosos à sua vida adulta. Notadamente em sua dificuldade em se reconhecer como mulher dotada de direitos e dignidade. O abandono afetivo em certa medida contribuiu para sua morte precoce, e, para uma vida voltada para o Outro e não para si mesma.

São muitas Marilyn Monroe's que sofrem enquanto crianças, da falta de afeto, cuidado e proteção, ocasionadas por comportamentos omissivos de seus pais ou tutores. O afeto enquanto sentimento é elemento estranho ao direito, mas sua projeção como dever de afetividade é recebido pelo ordenamento jurídico brasileiro como um princípio jurídico. Este é a materialização do princípio da solidariedade familiar. (DIAS, 2022, p.66).

Embora não haja previsão expressa na Constituição Federal de 1988 da palavra afeto ou afetividade, tal princípio encontra-se implicitamente previsto no texto constitucional, inserto no princípio-fundamento da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III da CF/88), bem como no objetivo da construção de uma sociedade solidária (art. 3º, inciso I, da CR/88), no princípio da paternidade responsável (art. 226, § 7º da CR/88), no princípio da igualdade filial, independente da origem (art. 227, §6ª da CR/88) e na consagração do direito à convivência familiar como prioridade absoluta da criança, do adolescente e do jovem (art. 227 da CF/88).

De igual maneira, o Código Civil de 2002 não utiliza a palavra afeto, mas por meio de um esforço hermenêutico é possível extrair do referido diploma legal, a valoração jurídica do afeto.

A saber: ao estabelecer a comunhão plena de vida no casamento (art. 1.511 do CC); quando admite outra origem à filiação além do parentesco natural e civil (art. 1.596 do CC); no corolário da igualdade

de filiação (art. 1596 do CC); ao fixar a irrevogabilidade da perfilhação (art. 1604) entre outros. (DIAS, 2022, p.69).

Já no microssistema jurídico do Estatuto da Criança e do Adolescente há referência à afetividade na definição de família extensa. “O afeto ganhou *status* jurídico. Tornou-se o elemento balizador e catalizador dos vínculos familiares e sua base de sustentação”. (DIAS, 2022, p.69).

Com a leitura constitucional dos diplomas civis, há uma verdadeira revolução Copernicana no elemento fulcral da base familiar. Se antes, esta era tratada num aspecto de união de pessoas, principalmente, para fins patrimoniais⁸ e no intuito de procriação, à exemplo das Disposições Normativas do Código de 1916, no Código de 2002, o norte substancial da união entre pessoas para a constituição de família é a realização de interesses afetivos e existenciais de seus integrantes. “Essa é a concepção eudemonista da família, que progride à medida que regride o seu aspecto instrumental (DIAS, 2022, p. 69).”

Esse exponencial avanço do conceito de família pelo vínculo de afeto foi afamado expressamente na Lei Maria da Penha, em seu art. 5º, inciso II, em que define família como uma relação íntima de afeto.

Nesse condão, a afetividade como dever jurídico recebeu acentuada relevância a partir do momento em que as ciências psicossociais passaram a contribuir significativamente nas questões jurídicas, por meio da colaboração de juspsicanalistas. “A paternidade em si mesma não é um fato da natureza, mas um fato cultural [...] só nasce de uma decisão espontânea. Tanto no registro histórico quanto no tendencial, a paternidade reside antes no serviço e no amor que na procriação”. (VILLELA, 1979).

Portanto, em uma análise contemporânea do “Caso Marilyn Monroe” à luz da afetividade como conceito fundante do Direito das

⁸ Por muito tempo vigorou a predominância do aspecto matrimonializado da família. A comunhão de afeto na busca pela felicidade recíproca coloca em xeque tal aspecto e exige do jurista explicações acerca das novas relações familiares contemporâneas. Despontam novos arranjos familiares mais igualitários, mais flexíveis em suas temporalidades em seus componentes, menos sujeitas à regras tradicionais (*Pater Familiae*) e mais ao desejo. (DIAS, 2022, p.69-70).

Famílias, Monroe foi negligenciada e abandonada pelos pais, poderia ser diagnosticada, atualmente, no CID 10-Y06.1.

Monroe não foi tratada pelos seus pais como ser sujeito de direitos, pelo contrário, estava assujeitada a um modelo patriarcal, machista e discriminatório, ainda mais, por não ser reconhecida pelo pai, por ser considerada, à época, como filha ilegítima.

Certo é que a omissão no dever objetivo de cuidado da prole constitui ilícito civil, que enseja indenização por dano à dignidade humana⁹, conforme preveem os artigos 186, 187 e 927 do Código Civil de 2002.

Agora, resta saber se a manutenção de um relacionamento entre pais e filhos mantido sob pena de prejuízo financeiro, é, de fato, psicologicamente, menos danoso ao infante do que ele experimentar o sentimento do abandono. Mas, isso, é um debate futuro a ser travado pelos juspsicanalistas.

CONCLUSÃO

O “Caso Marilyn Monroe” retratado em livros, séries e documentários tem como ponto central os danos emocionais suportados por Monroe em razão de uma infância negligenciada. A atriz em sua vida adulta sofreu diuturnamente com as consequências do abandono infantil. Isso contribuiu para que se tornasse uma mulher excessivamente carente de atenção, facilmente manipulada em casamentos frustrados, em que seus *dads*, que se compraziam com seu complexo de Electra.

Dotada de uma baixa estima por si mesma, Marilyn permitiu-se, para ser notada, ser hiper sexualizada pela indústria cinematográfica hollywoodiana, transformada em um produto extrema e globalmente vendável até os dias de hoje.

⁹ Para maiores informações consulte:

<<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/21022022-Pai-e-condenado-a-pagar-R--30-mil-de-danos-morais-por-abandono-afetivo-da-filha.aspx>>. Acesso em 17 de out. de 2022.

Monroe é o retrato de várias pessoas, que por serem privadas do vínculo afetivo familiar, desenvolvem variados problemas psíquicos que comprometem o pleno desenvolvimento de sua personalidade.

A angústia vivenciada por Marylin pelo abandono afetivo repercutiu significativamente na sua concepção de feminilidade, e no seu constante conflito existencial de condição de Mulher, principalmente, na dificuldade em se identificar como Ser (sujeito) e não como Outro (objeto do ser).

Esta pesquisa não busca respostas definitivas sobre Marilyn Monroe, seja em relação à carreira de atriz, ao mito ou à revelação de uma suposta Monroe verdadeira. Mas, perquire utilizar o “caso Marilyn Monroe” como sustentáculo da defesa do princípio fundamental do dever de afetividade. Em que pese este princípio não estar expressamente previsto no texto constitucional, está contido no princípio fundante da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III da CR/88).

O reconhecimento do mencionado princípio garante tratar o dever de afetividade como um dever jurídico e em caso de seu descumprimento poderá configurar um ilícito que é um fato gerador de obrigação indenizatória para às omissões de funções parentais.

Nessa senda, o valor da indenização deve ser suficiente para que o filho possa amenizar as sequelas psicológicas advindas do abandono. Trata-se de medida remediadora de um dano à dignidade humana já praticado. Não é a forma mais satisfatória para compensar a ausência de vínculo afetivo, mas é um caminho para que descumpridores de deveres parentais não sejam premiados com a impunidade de suas omissões.

Por fim, há diversas verdades possíveis sobre Marilyn Monroe, mas é inegável a veracidade de sua indignação. Ela não era órfã, sem eufemismos propagadores da violência simbólica. Ela foi abandonada!

REFERÊNCIAS

ALVES, Cândice Lisbôa. **A Mulher Atrás do Espelho**: Em busca de uma visibilidade ainda não alcançada. In: ALVES, Cândice Lisbôa (org). *Vulnerabilidades e Invisibilidades: Desafios Contemporâneos dos Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Arraes, 2015.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e ambivalência**. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BEAUVOIR, Simone de. *O segundo Sexo: Fatos e Mitos*. Tradução Sérgio Milliet. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.

BLONDE. Andrew Dominik. Produção de Brad Pitt, Scoot Andrew Robertson, Dede Gardner et.al. Estados Unidos: Netflix, 2022.

BOURDIEU, Pierre. **A Dominação Masculina**. Tradução Maria Helena Kuhner. 11ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand, 2012.

BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Tradução Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand, 1989.

BUTLER, Judith. **Problemas de Gênero**: feminismo e subversão da identidade. Tradução de Renato Aguiar. 12.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direitos das Famílias**. 15 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2022, 1088p.

DUNCAN, P. **Monroe — movie icons**. Hong Kong: Taschen, 2006.

Mailer N. **Marilyn**. Rio de Janeiro: Record; 2013.

O Mistério de Marilyn Monroe - Gravações Inéditas: Emma Cooper. Estados Unidos: Netflix, 2022.

PRIORE, Mary Del. **Histórias e Conversas de Mulher**. 1ª ed. São Paulo: Planeta, 2013.

Schneider M. **Marylin últimas sessões**. Rio de Janeiro: Objetiva; 2008.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 11 ed. Rio de Janeiro: Método, 2021.

TIAGO, Leandra. **Os direitos fundamentais das profissionais do sexo: entre a invisibilidade e o reconhecimento**. Belo Horizonte: Dialética, 2019. 317p.

VILLELA, João Baptista. **Desbiologização da paternidade**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, ano XXVII, n.21 (nova fase), maio de 1979.

WALTERS, Margareth. **Feminismo**: uma breve introdução. Tradução de Leticia Fonseca Braga Machado. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021, 192p.

REFLEXÕES SOBRE A CULPA NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

Jéssica Rodrigues Godinho¹
Wallace Fabrício Paiva Souza²

RESUMO

O Código Civil brasileiro completou 20 (vinte) anos, sendo fundamental refletir sobre a sua importância e evolução. Embora haja inúmeras críticas ao referido código, ele marcou uma mudança de paradigma no direito privado, com uma preocupação mais humanista e menos patrimonial. Em função da constitucionalização do Direito Civil, busca-se a valorização da pessoa humana nas relações privadas. Ocorre que ainda há inúmeros resquícios de um período fortemente influenciado pelas tradições religiosas e um debate que se apresenta relevante é a análise da culpa e seus efeitos nas relações. Ora, é razoável fazer uma análise de culpa em temas como separação de casais, direito aos alimentos, utilização de nome do ex-cônjuge, usucapião ou direito à herança? Propõe-se para esta pesquisa, então, reflexões sobre a culpa em temas de Direito Civil, notadamente nos ramos das famílias, coisas e sucessões. Trata-se de uma pesquisa de extrema relevância, que teve como método a análise de evolução do entendimento, com uma completa revisão bibliográfica das obras que tratam sobre o tema em questão.

Palavras-chave: Direito Civil. Família. Culpa.

INTRODUÇÃO

A Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que instituiu o Código Civil, completou 20 (vinte) anos, sendo importante realizar reflexões sobre a sua importância e notadamente quanto a sua evolução.

1 Advogada e Professora Universitária. Mestra em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUCMG.

2 Advogado e Professor Universitário. Doutor em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUCMG. Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos (Bolsista CAPES).

O citado código nasceu em um contexto de constitucionalização do Direito Civil, com uma preocupação mais humanista e menos patrimonial. Embora não tenha sido isento de críticas, o Código Civil foi um marco importante para a valorização da pessoa humana nas relações privadas.

Dentre as temáticas que despertam maiores debates na legislação civil, destaca-se a análise da culpa e seus efeitos em direitos e obrigações decorrentes de relações conjugais. Embora a doutrina tente afastar cada vez mais a análise de culpa em questões como separação e direito aos alimentos, o Código manteve vários dispositivos com a sua menção, como um resquício da influência religiosa e moral que a criação do Direito sempre sofreu.

Para o âmbito deste trabalho, então, faz-se uma análise da culpa no Direito Civil, verificando como se dá a interpretação de temáticas que apresentam efeitos jurídicos para a culpa, com o foco no direito das famílias, direito das coisas e direito das sucessões. Ao final, pretende-se avaliar se os dispositivos do Código Civil se encontram ou não de acordo com a repersonalização das relações jurídicas de Direito privado buscada pelo Código.

Trata-se de uma pesquisa de suma importância por considerar o caráter histórico do direito, em constante evolução, com a família sendo um instrumento para a realização de valores constitucionais, como a dignidade da pessoa humana. Na condução da pesquisa, assim, a metodologia adotada consistiu predominantemente na análise de evolução do entendimento, com uma completa revisão bibliográfica das obras que tratam sobre o tema em questão.

Dessa forma, dividiu-se a pesquisa em quatro partes. Partiu-se de uma análise dos pressupostos para a análise da culpa no Direito Civil brasileiro, passando para reflexões específicas em três ramos: direito das famílias, com o estudo da culpa na separação, nos alimentos e no uso do nome do ex-cônjuge; direito das coisas, com a análise da usucapião familiar; e direito das sucessões. Ressalta-se que este trabalho não tem a finalidade de esgotar as temáticas, e sim despertar

o debate com relação a um tema muito sensível na sociedade: a culpa e seus efeitos.

1 OS PRESSUPOSTOS PARA A ANÁLISE DA CULPA NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

A culpa no Direito Civil brasileiro se apresenta em vários contextos, como no direito das coisas e das sucessões, porém se destaca uma relação constante com o direito das famílias, sendo um pressuposto para esse trabalho a análise da culpa marital. Segundo Rolf Madaleno (c2022), a culpa matrimonial, também denominada como marital ou conjugal, originou-se no direito canônico, onde a restrição da vontade das partes imperava. Ocorre que “o direito canônico perdeu boa parcela de sua ingerência na evolução dos textos, e dos costumes sociais, embora o exame da culpa carregue uma boa dose de vingança daquele cônjuge que perdeu a companhia do seu parceiro nupcial” (MADALENO, c2022).

Maria Berenice Dias (2015, p. 84), nesse sentido, também afirma:

a família, cantada e decantada como *cellula mater* da sociedade, é alvo da especial proteção do Estado. O interesse em preservar o casamento fez o instituto da culpa migrar para o âmbito do direito das famílias. A tentativa sempre foi desestimular a dissolução do matrimônio, intimidando os cônjuges com a inquirição de culpas e identificação de culpados, acabando por aplicar penas, no mais das vezes, de conteúdo econômico.

Desta feita, percebe-se que o casamento, tido como instituto ligado ao divino, era sagrado e constituía um elo quase inquebrável. A culpa, então, era uma forma de “apontar o dedo”, uma espécie de punição para aquele que violou a união conjugal.

Orlando Gomes (1999, p. 214), assim, traz um viés clássico e um contemporâneo para a culpa. Em um sentido clássico, trata-se de uma verdadeira apenação em virtude do não cumprimento das obrigações conjugais, o que se tornaria algo crítico e que ofenderia a moral do cônjuge considerado inocente, devendo a culpa ser comprovada. Em um entendimento contemporâneo, percebe-se a culpa como remédio para o “fracasso” (palavra escolhida pelo autor) do casamento, que deverá ser declarada quando não houver mais a possibilidade de manutenção do vínculo conjugal. Yussef Said Cahali (1995, p. 356) caminha no mesmo sentido ao mencionar que a separação judicial com causa culposa era entendida como “sanção às infrações de deveres conjugais, fiel ao sistema do divórcio-sanção”.

A necessidade de se atribuir culpa pelo fim do casamento (culpa-punição) decorria da ideia, já superada, de indissolubilidade do casamento. Até a Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/1977), a solução que se tinha para quem não quisesse continuar casado era o desquite, que colocava fim na sociedade conjugal sem extinguir o vínculo formado através do matrimônio³.

Em tempos contemporâneos, a culpa se liga ao abandono ou descumprimento de obrigações familiares e ainda existem alguns resquícios de sua aplicação na legislação brasileira (BRÊTAS, 2017), mesmo depois da Emenda Constitucional nº 66/2010, que alterou a redação do parágrafo 6º do artigo 226⁴ da Constituição de 1988, dispondo sobre o divórcio direto. Assim, não há mais a necessidade da separação judicial prévia ao divórcio.

Sobre essa temática, destaca-se que uma parte da doutrina nacional, sendo Maria Berenice Dias uma das defensoras dessa

3 Para mais informações sobre o assunto, indica-se: BELTRÃO, Tatiana. Divórcio demorou a chegar no Brasil. **Agência Senado**, Brasília, 2017. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/arquivo-s/divorcio-demorou-a-chegar-no-brasil>>. Acesso em: 10 nov. 2022.

4 Era assim que se apresentava o texto do art. 226, §6º, da Constituição Federal: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.”. O texto atual é direto, não exigindo mais o período de separação para o divórcio: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.” (BRASIL, 1988).

corrente, entende que, em virtude da mencionada Emenda, não existe mais a separação no Direito Brasileiro⁵. Dessa forma, não há que se falar em culpa nem em toda a sua irradiação sobre a disciplina do Direito das Famílias. A citada autora assim dispõe:

a apenação de um culpado só têm (*sic*) significado quando o agir de alguém coloca em risco a vida ou a integridade física, moral, psíquica ou patrimonial de outra ou de outras pessoas, ou de algum bem jurídico tutelado pelo direito. Fora disso, não se encontram motivos que levem o Estado a perseguir culpados e, muito menos, tentar puni-los. A culpa sempre dispôs de espaço próprio no direito penal. No direito comercial e no direito civil, cabe ser perquirida tão só na órbita obrigacional e contratual, em que o agir está ligado a um ato de vontade. (DIAS, 2015, p. 84).

Este trabalho se filia a esse entendimento, eis que a perquirição processual da culpa, regra geral, acaba por levar entraves ao processo e à própria relação entre os cônjuges (ou ex-cônjuges), que terão sua relação ainda mais prejudicada e que transformarão o processo de dissolução conjugal em verdadeira batalha e exposição de fatos da vida íntima que pouco interessariam para o momento.

2 A CULPA NO DIREITO DAS FAMÍLIAS

Estabelecidos os pressupostos para a análise da culpa no Direito Civil Brasileiro como um todo, iniciam-se reflexões específicas nos seus ramos. Como se sabe, o Direito das Famílias está em constante mudança em virtude das alterações culturais da sociedade, sendo um exemplo a indissolubilidade do casamento que não persiste mais. Essas alterações são graduais como regra e sempre há um longo caminho

5 Nesse sentido é o Enunciado 01 do IBDFAM: “A Emenda Constitucional 66/2010, ao extinguir o instituto da separação judicial, afastou a perquirição da culpa na DISSOLUÇÃO do casamento e na quantificação dos alimentos.”

pela frente para que as leis e normas se adequem às realidades sociais e complexidades das relações humanas.

Dentro da perspectiva do direito das famílias, escolheu-se o estudo da culpa na separação, nos alimentos e no uso do nome do ex-cônjuge.

2.1 A SEPARAÇÃO CONJUGAL

Iniciando com a análise da culpa na separação, nos termos do art. 1.572 do Código Civil de 2002, “qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum.” (BRASIL, 2002). O art. 1.573, também do Código Civil, enumera causas relacionadas à quebra dos deveres do casamento (1.566, CC/02) e que podem inviabilizar a vida em comum: “I - adultério; II - tentativa de morte; III - sevícia ou injúria grave; IV - abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo; V - condenação por crime infamante; VI - conduta desonrosa.” (BRASIL, 2002).

Em um processo de separação judicial, o cônjuge que iniciou o processo deveria carrear provas que desabonassem a honra do outro cônjuge, que seria o culpado pelo término do relacionamento. Nesse sentido, “o divórcio, em que se convertia a separação judicial litigiosa, contaminava-se dos azedumes e ressentimentos decorrentes da imputação de culpa ao outro cônjuge, o que comprometia inevitavelmente o relacionamento pós-conjugal” (LOBO, 2010, p. 475).

Percebe-se, então, uma carga negativa nesses processos, pois as justificativas eram as mais variadas e desgastavam as partes. Sendo assim, conforme já mencionado, a culpa deixou de ser um requisito para a dissolução do vínculo conjugal com o advento da EC 66/2010. Todavia, existem teorias que defendem ser ainda necessária a perquirição de culpa na dissolução do casamento, sendo importante para verificação dos deveres e direitos decorrentes dessa dissolução.

Paulo Luiz Netto Lobo (2010, p. 475) menciona que

o Código Civil de 2003 [sic] reduziu bastante esses efeitos [provenientes da culpa], mas não conseguiu suprimi-los de todo: o culpado perde o direito ao sobrenome do outro (art. 1.578); os alimentos serão apenas o necessário à subsistência para o culpado (art. 1.694); o direito sucessório é afetado se o cônjuge sobrevivente for culpado da separação de fato.

Lobo (2010, p. 478), em suas considerações, menciona ainda:

O §2º do art. 1.571, primeira parte, assegura o direito ao cônjuge divorciado de manter o nome de casado, ou seja, é sua a decisão, não podendo estar subordinada a qualquer requisito de inocência ou culpa, pois esta não prevalece no divórcio; [...] Quanto aos alimentos, o art. 1.694 prevê o direito ao cônjuge de pedir alimentos ao outro, desaparecendo a modalidade de alimentos de subsistência, pois estava vinculado à culpa pela separação. Já o art. 1.709 estabelece que o novo casamento do devedor não extingue a obrigação alimentar constante da sentença de divórcio. O direito dos filhos aos alimentos está previsto nos arts. 1.696 e seguintes.

Este mesmo autor (2010, p. 477) também indaga quanto a um vazio legislativo que a EC 66/2010 teria deixado, mas conclui que, suprimidas as normas referentes à separação litigiosa, a legislação já abrange todas as normas necessárias ao divórcio e suas consequências:

A nova redação do §6º do art. 226 da Constituição importa revogação das seguintes normas do Código Civil, com efeitos *ex nunc*: I – *Caput* do art. 1.571, conforme já demonstramos, por indicar as hipóteses de dissolução da sociedade conjugal sem dissolução do

vínculo conjugal, única via que a nova redação tutela. Igualmente revogada está a segunda parte do §2º desse artigo, que alude ao divórcio por conversão, cuja referência na primeira parte também não sobrevive. [...] IV – Art. 1.578, que estabelece a perda do direito do cônjuge considerado culpado ao sobrenome do outro. [...] VI – Arts. 1.702 e 1.704, que dispõem sobre os alimentos devidos por um cônjuge ao outro, em razão de culpa pela separação judicial; para o divórcio, a matéria está suficiente e objetivamente regulada no art. 1.694. (LOBO, 2010, p.481)

Embora os tribunais caminhem no sentido aqui apresentado, existem posicionamentos divergentes na doutrina. Regina Beatriz Tavares Silva (2011a) defende que

Infidelidades, agressões físicas ou morais, dissipação de bens, dentre outros graves descumprimentos de deveres conjugais não podem ficar sem consequências em nosso ordenamento jurídico, sendo relevante a manutenção, ao lado das demais espécies dissolutórias, da possibilidade de decretação da culpa na separação e, após a EC 66/2010, também no divórcio. [...] Passaria a ser meramente facultado ao cônjuge ser fiel ou respeitar a integridade física do consorte, sem que nenhuma sanção pelo descumprimento dessas normas de conduta pudesse vir a ser-lhe aplicada. O cônjuge traído teria de pagar pensão alimentícia plena ao infiel; o cônjuge que tivesse sofrido maus tratos físicos também teria de prestar alimentos plenos ao agressor.

No entendimento da autora (2011a), em virtude do direito à liberdade, preceito constitucional disposto no art. 5º, *caput*, deve-se dar às pessoas a liberdade de escolher entre a separação e o divórcio, institutos diferentes. Isso estaria de acordo inclusive com a liberdade

religiosa, uma vez que no Código Canônico, cânones 1.141 e 1.153⁶, está estabelecido que, embora não seja possível a dissolução do vínculo conjugal, pode ser admitida a separação. Ou seja, o entendimento é o de que a Emenda Constitucional do Divórcio apenas teria eliminado o requisito temporal, possibilitando o chamado divórcio direto, não significando, portanto, a supressão do instituto da separação judicial e, conseqüentemente, da necessidade de aferição da culpa pela violação dos deveres conjugais (SILVA, 2016).

Nesse sentido, caso sejam descumpridas as obrigações dos cônjuges, aplicam-se as sanções previstas em lei, tais como a perda do direito à pensão alimentícia plena e a perda do direito ao sobrenome conjugal, além da condenação do culpado pelo descumprimento dos deveres conjugais quando ocorre dano moral ou material no pagamento de uma indenização ao outro cônjuge (SILVA, 2017).

O Superior Tribunal de Justiça também se manifestou sobre o assunto, como se verifica no Informativo nº 558, referente ao período de 19 de março a 6 de abril de 2015:

Na ação de divórcio direto consensual, é possível a imediata homologação do divórcio, sendo dispensável a realização de audiência de conciliação ou ratificação (art. 1.122 do CPC), quando o magistrado tiver condições de aferir a firme disposição dos cônjuges em se divorciarem, bem como de atestar que as demais formalidades foram atendidas. Com a edição da EC 66/2010, a nova redação do art. 226, § 6º, da CF - que dispõe que o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio - eliminou os prazos à concessão do divórcio e afastou a necessidade de

6 “Cân. 1141 — O matrimônio rato e consumado não pode ser dissolvido por nenhum poder humano nem por nenhuma causa além da morte. Cân. 1153 — § 1. Se um dos cônjuges provocar grave perigo da alma ou do corpo para o outro ou para os filhos, ou de algum modo tornar a vida comum demasiado dura, proporciona ao outro causa legítima de separação, quer por decreto do Ordinário do lugar, quer também, se houver perigo na demora, por autoridade própria. § 2. Em todos os casos, cessando a causa da separação, deve ser restaurada a vida conjugal comum, a não ser que a autoridade eclesiástica determine outra coisa.”

arguição de culpa, presente na separação, não mais adentrando nas causas do fim da união, deixando de expor desnecessária e vexatoriamente a intimidade do casal, persistindo essa questão apenas na esfera patrimonial quando da quantificação dos alimentos. Criou-se, dessa forma, nova figura totalmente dissociada do divórcio anterior. [...] A novel figura passa ser voltada para o futuro. Passa a ter vez no Direito de Família a figura da intervenção mínima do Estado, como deve ser. Vale relembrar que, na ação de divórcio consensual direto, não há causa de pedir, inexistente necessidade de os autores declinarem o fundamento do pedido, cuidando-se de simples exercício de um direito potestativo. Portanto, em que pese a determinação constante no art. 1.122 do CPC, não mais subsiste o referido artigo no caso em que o magistrado tiver condições de aferir a firme disposição dos cônjuges em se divorciarem, bem como de atestar que as demais formalidades foram atendidas. (REsp 1.483.841-RS, Rel. Min. Moura Ribeiro, julgado em 17/3/2015, DJe 27/3/2015)

Veja também o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul exposto no seguinte julgado:

A averiguação da culpa pelo fim do casamento objetiva lançar exclusivamente sobre o outro, de modo maniqueísta, a responsabilidade pela falência da relação, expungindo-a daquele que a invoca. Mais clara fica essa circunstância quando, como no caso, nenhuma sequela de ordem jurídica poderá advir do eventual reconhecimento da culpa do varão, pois ele não está postulando alimentos e nem adotou, ao casar, o sobrenome da mulher. Essas seriam as únicas hipóteses em que se poderia cogitar de interesse jurídico na aferição da culpa. Como não se fazem presentes, e ambos os litigantes desejam a separação, encontrando-se, ademais, separados de

fato há mais de um ano (fundamento, aliás, do pedido do autor), pode-se sem receio afirmar que à mulher falece legítimo interesse no pleito reconvenicional formulado com base na culpa. (TJ/RS, Ac.7aCâm.Cív., AgInstr.7000.11020021 – comarca de Pelotas, rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j.4.5.05)

A tendência, assim, é afastar cada vez mais a importância da culpa em dissoluções conjugais.

2.2 O DIREITO AOS ALIMENTOS

Outra temática que também desperta curiosidades no que tange à análise de culpa no Direito das Famílias é o direito aos alimentos. Para Regina Beatriz Tavares Silva (2016), aquele que infringir os deveres conjugais, que permanecem vigentes em nosso ordenamento jurídico, deverá sofrer uma sanção civil. No caso dos alimentos, essa sanção seria deixar de receber pensão do cônjuge inocente ou recebê-la em um mínimo valor, apenas para a sua subsistência básica⁷. Ela afirma: “Ora, como se pode imaginar que um cônjuge traído tenha que pagar pensão plena para o infiel, com a destinação, inclusive, dessa pensão para o cúmplice do adultério, popularmente chamado amante?”.

Na sua análise, a culpa não seria pela separação ou divórcio, e sim “pelo descumprimento de deveres conjugais” (SILVA, 2016). Seria através da aferição de culpa que se poderia aplicar sanção àquele que descumpriu os deveres conjugais e não poderia ser “premiado” após a dissolução do vínculo conjugal com uma pensão que o manteria, mesmo após ter tido conduta que infringiu a lei (art. 1.566, CC/02).

Por outro lado, para Maria Berenice Dias (2015, p. 87-88) que entende que houve o fim da separação judicial,

⁷ “Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação. [...] §2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.” (BRASIL, 2002)

a culpa deixa de existir como redutor do encargo alimentar. Não mais persiste a possibilidade de o valor da obrigação alimentar ser apenas o indispensável à subsistência, revelando-se descabido averiguar eventual responsabilidade de quem os pleiteia (CC, 1.694, §2º).

Quanto à avaliação da culpa para a verificação do *quantum* a ser disponibilizado por aquele que os pleiteia, também não merece prosperar essa justificativa, uma vez que a aferição do valor dos alimentos deverá seguir o binômio necessidade *versus* possibilidade. Deverá, então, ser verificada a necessidade do alimentando e a possibilidade do alimentante relativas à prestação.

2.3 O USO DO NOME DO EX-CÔNJUGE

Por fim, a última temática escolhida para a análise da culpa no âmbito do direito das famílias, que é o uso do nome do ex-cônjuge. O nome, como se sabe, é um dos atributos da personalidade e possui extrema relevância para o sujeito, pois é uma das formas de identificação perante a sociedade.

Com um foco na culpa, como já verificado nas outras temáticas, Regina Beatriz Tavares Silva (2017) entende que ela seria um fator relevante para a manutenção ou não do nome do ex-cônjuge, afirmando:

Qual é o homem ou sua família que ficaria em paz se a mulher que o tivesse traído continuasse a ter o direito de usar o sobrenome da família? Lembre-se que o sobrenome é identificação da pessoa humana, é direito fundamental e direito da personalidade, e não algo desprezível.

Todavia, a perda do direito de uso do sobrenome do ex-cônjuge em decorrência da violação de dever conjugal nem sempre deve ocorrer, sendo importante uma análise mais profunda. O nome, por exemplo, pode trazer notoriedade no campo das relações sociais ou profissionais e, nesses casos, o cônjuge que adotou o sobrenome do outro poderá ter grande interesse na sua manutenção, visto que a sua retirada poderá acarretar-lhe prejuízos na vida profissional, bem como lesar a sua identidade social (SILVA, 2017).

Além disso, outra importante situação refere-se ao risco de distinção manifesta entre o nome de família do ex-cônjuge e dos filhos havidos da união dissolvida. É comum que os filhos tenham apenas os sobrenomes de seus pais, e não de suas mães. Assim, antes de ser determinada a perda do direito da mulher ao uso do nome de família de seu cônjuge, deve ser verificado se haverá distinção significativa entre o seu sobrenome e o de seus filhos. Nesse sentido, a mãe tem o direito de manter o elo de identidade com os seus filhos por meio da manutenção do nome do ex-marido (SILVA, 2017).

Maria Berenice Dias (2015, p. 87) também traz relevantes considerações:

A lei punia quem se afastava do casamento. O culpado pelo seu fim ficava sujeito a perder a própria identidade, pois o uso do nome dependia da benemerência do “índice” (CC, 1.578). Reconhecida a culpa do cônjuge que havia adotado o nome do outro, só havia a possibilidade de continuar a usá-lo se com isso concordasse o “dono” do nome. Fora disso, o “culpado” precisava provar que a mudança do nome acarretava evidente prejuízo para a sua identificação; manifesta distinção entre o seu nome de família e dos filhos; ou dano grave assim reconhecido pelo juiz.

O nome é atributo da personalidade, que é individual e intransmissível. Assim, uma vez que o nome do outro cônjuge é agregado ao seu, se torna direito daquele que o adotou continuar

ou não a utilizá-lo após a ruptura da relação. Não poderia o outro cônjuge interferir nesse direito da personalidade, que não aceita intermediações. Maria Berenice Dias (2015, p. 87) ainda afirma:

Com o desaparecimento do instituto da separação, sumiu a perversa punição a que ficava sujeito o culpado de perder um de seus atributos de personalidade: o direito de usar o nome que adotou ao casar. Nome que é seu, pois não lhe foi emprestado pelo cônjuge, que o usava desde o nascimento. Mesmo que persistam na Lei Civil os arts. 1.571 §2.º e 1.578 são letra morta.

Com isso, finaliza-se os aspectos mais pertinentes da culpa no direito das famílias, que, embora sejam de maior destaque, não diminuem a importância, da análise da culpa em outros ramos do Direito Civil.

3 A CULPA NO DIREITO DAS COISAS

O Direito das Coisas, no Código Civil Brasileiro, está situado no Livro III, dividindo-se em duas partes: posse e direitos reais. Segundo o professor Adriano Stanley (2016, p. 1), as expressões “Direitos Reais” e “Direito das Coisas” são costumeiramente utilizadas como sinônimas, mas se pode dizer que esta seria o gênero, enquanto aquela seria a espécie. Definindo o direito das coisas, Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 19), citando Clóvis Beviláqua, menciona que “é o complexo de normas reguladoras das relações jurídicas referentes às coisas suscetíveis de apropriação pelo homem. Tais coisas são, ordinariamente, do mundo físico, porque sobre elas é que é possível exercer o poder de domínio”.

Aqui também é possível analisar a culpa, notadamente na usucapião familiar, também chamada de pró-família ou por abandono do lar conjugal, que foi instituída pela lei nº 12.424, de 16 de junho

de 2011, acrescentando ao Código Civil o art. 1.240-A, com a seguinte redação:

Art. 1.240-A. Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. (Incluído pela Lei nº 12.424, de 2011) §1º O direito previsto no caput não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez. §2º (VETADO). (BRASIL, 2002)

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2013, p. 465) elegem três requisitos para que essa modalidade de usucapião especial seja configurada: “a) existência de único imóvel urbano comum; b) o abandono do lar por parte de um dos cônjuges ou companheiros; c) o transcurso do prazo de 2 anos”. Percebe-se nesse instituto flagrante influência de uma situação que concerne ao direito de família clássico, que está fora dos direitos reais. Para a sua configuração, é essencial que haja o abandono do lar por um dos cônjuges, o que traz o elemento aqui em debate: a culpa.

A expressão “abandonou o lar” presente no art. 1.240-A do CC/02 gerou inúmeras críticas dentre os pesquisadores do Direito Civil e à época da V Jornada de Direito Civil, ocorrida em 2012, emitiu-se o seguinte enunciado (nº 499):

A aquisição da propriedade na modalidade de usucapião prevista no art. 1.240-A do Código Civil só pode ocorrer em virtude de implemento de seus pressupostos anteriormente ao divórcio. O requisito “abandono do lar” deve ser interpretado de maneira

cautelosa, mediante a verificação de que o afastamento do lar conjugal representa descumprimento simultâneo de outros deveres conjugais, tais como assistência material e sustento do lar, onerando desigualmente aquele que se manteve na residência familiar e que se responsabiliza unilateralmente pelas despesas oriundas da manutenção da família e do próprio imóvel, o que justifica a perda da propriedade e a alteração do regime de bens quanto ao imóvel objeto de usucapião.

Em 2015, quando da realização da VII Jornada de Direito Civil, o Enunciado nº 499 foi revogado pelo Enunciado 595, com a seguinte redação:

O requisito “abandono do lar” deve ser interpretado na ótica do instituto da usucapião familiar como abandono voluntário da posse do imóvel somado à ausência da tutela da família, não importando em averiguação da culpa pelo fim do casamento ou união estável. Revogado o Enunciado 499.

Esse Enunciado trouxe a seguinte justificativa:

O Enunciado proposto tem o objetivo de esclarecer a interpretação do art. 1.240-A, facilitando a sua aplicação. Afasta-se, com a redação adotada, a investigação da culpa na dissolução do vínculo convivencial e marital, objetivo este também buscado pelo legislador constitucional com a Emenda Constitucional 66/10. Não há razão para introduzir na usucapião um requisito que diz respeito ao direito de família, sendo certo que a doutrina especializada no direito de família também tem procurado afastar tal análise.

Tem-se entendido, então, que não se deve apurar a culpa (aquela antiga, necessária para a decretação da separação) para fins de usucapião familiar, mas sim apurar quem tomou a iniciativa de sair do lar familiar. Nesse sentido, “saliente-se que esse abandono deve ser de forma voluntária e injustificada” (GONÇALVES, 2012, p. 274).

Sobre o tema, veja o seguinte julgado do TJDF:

O requisito de abandono do lar do art. 1.240-A do CC/02 insere-se no âmbito patrimonial, no sentido do não-exercício de atos possessórios (uso, gozo, disposição ou reivindicação) sobre determinado bem. Não basta a saída de um dos cônjuges do ambiente físico familiar, pela inviabilidade de convivência sob mesmo teto, nem alheamento afetivo. Com a abolição do conceito de culpa no âmbito do Direito de Família, pelo advento da EC nº66/2010 que deu nova redação ao art.226 da CF/88, o pressuposto da usucapião familiar não se confunde com o abandono voluntário do lar conjugal do art.1.573, IV do CC, causa de infração de dever matrimonial e consequente culpabilidade pelo fim do casamento. (TJDFT. Acórdão n.886802, 20130910222452APC, Relator: MARIA DE LOURDES ABREU, Revisor: SANDOVAL OLIVEIRA, 5ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 18/06/2015, Publicado no DJE: 14/08/2015. Pág.: 197)

Fato é que inúmeras são as críticas ao instituto. Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 274), por exemplo, afirma:

A principal crítica que se tem feito à nova espécie é que ela ressuscita a discussão sobre a causa do término do relacionamento afetivo, uma vez que o abandono do lar deve ser voluntário, isto é, culposo, numa época em que se prega a extinção da discussão sobre a culpa para a dissolução do casamento e da união estável.

O instituto, fere ainda a paritariedade entre os cônjuges, estabelecida na Constituição de 1988 em seu art. 226, §5º: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Nesse sentido, o posicionamento de Adriano Stanley (2016, p. 108):

Ao infringir os direitos paritários dos cônjuges, neste caso no que refere à perda da propriedade que era de ambos, paralelamente fere o princípio da liberdade consubstanciado pela Constituição [...]. Tal instituto, ao que parece, fere alguns outros direitos fundamentais também consubstanciados no indigitado art. 5º da CF/88 que, dentre outros, garante o direito de propriedade assim como assegura que a mesma atenderá à sua função social. [...] Quando se pleiteia a outra metade daquilo que é de propriedade do ex-cônjuge ou ex-companheiro, a teleologia da usucapião se vê alterada, uma vez que todas as modalidades de usucapião até então existentes no ordenamento jurídico se dão para cumprir a função social da propriedade [...]. Entretanto, o mesmo não se dá na usucapião familiar, pois nesta a razão de ser não é a de dar à propriedade sua função social e sim, amparar o ex-cônjuge ou ex-companheiro que se encontra em situação de suposta vulnerabilidade.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2013, p. 466) complementam:

a usucapião *pro-familia* incide no grave equívoco de substituir o requisito do *animus domini* – imprescindível em qualquer espécie de usucapião – pelo requisito da causa da separação. Ou seja, esta é a primeira e única espécie de usucapião em que despicienda é a investigação quanto à intenção do possuidor de ter a coisa para si, pois o que importa

é perscrutar a culpa daquele que abandonou o lar”
(FARIAS; ROSENVALD; 2013, p.466)

Além disso, quando o legislador utilizou as expressões ex-cônjuge e ex-companheiro não foi técnico, uma vez que está levando em conta a situação fática apenas, e não a situação legalmente declarada com o divórcio (STANLEY, 2016, p. 106). Caso um cônjuge ou convivente pretenda sair do lar e evitar a sanção punitiva da perda da propriedade,

deverá, com espeque nos artigos 1562 do Código Civil e 888, VI⁸, do Código de Processo Civil pleitear a tutela de urgência de separação de corpos – ou afastamento temporário da morada do casal –, em caráter preparatório ou incidental a ação de divórcio. O objetivo será o de afastar a alegação de sua inércia no biênio legal, regularizando a cessação da convivência sem a pecha do ilícito do “abandono do lar”, afinal o juiz deferirá a pretensão apenas com base no esfacelamento da afetividade. Alternativamente, a outra opção do cônjuge ou companheiro será permanecer no imóvel único do casal, mesmo que o afeto já tenha sucumbido, simplesmente pelo receio de ser alijado de seu mínimo existencial” (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p.468)

Como se verificou, ainda há resquícios da culpa também no direito das coisas, faltando a análise deste trabalho da culpa no direito das sucessões.

8 Artigo sem correspondência no Código de Processo Civil de 2015.

4 A CULPA NO DIREITO DAS SUCESSÕES

Antes de se adentrar na análise da culpa no direito das sucessões, importante estabelecer alguns pressupostos sobre esse ramo do Direito Civil. Inicialmente, salienta-se que o direito das sucessões regula a substituição de um sujeito de relações jurídicas por ato *causa mortis*, possuindo base constitucional. Veja o art. 5º da Constituição de 1988:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXX - é garantido o direito de herança; (BRASIL, 1988)

Esse dispositivo, inclusive, é um desdobramento do direito à propriedade privada. Além disso, pode-se dizer que

o fundamento da sucessão baseia-se nos sentimentos de respeito, gratidão, de amor para com aqueles que estão ligados por laços de sangue e essas relações afetivas e morais, fundadas na natureza humana devem, por isso mesmo, ser reconhecidas e protegidas pelo direito. Esse conjunto de condições é o que constitui o direito de personalidade (OLIVEIRA, 1954, p. 15).

Carlos Maximiliano (1952, p. 144) também traz importantes lições:

O interesse mútuo aperta e solidifica o vínculo familiar. O filho trabalha para todos, e indiretamente para si; uns e outros se apoiam, animam, estimulam

e consolam mutuamente nas provações, dificuldades e desastres. Nada mais justo do que participarem todos da riqueza, para a qual contribuíram quando se lhes ofereceu oportunidade e na medida das próprias fôrças: um laborando, outro economizando, este vigiando, aquêlê aconselhando, repreendendo, providenciando.

Sendo um tema sensível, de substituição, naturalmente surgem questionamentos quanto à culpa. Veja o art. 1.830 do CC/02:

Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente. (BRASIL, 1988)

A comunhão plena de vida importa não apenas para caracterizar a existência da relação de família, mas também para os efeitos sucessórios daí decorrentes. A única inteligência possível do art. 1.830, que possa entroncar-se em interpretação em conformidade com a Constituição, seria a de que assegura o direito de herança ao ex-cônjuge, sobre os bens adquiridos até à separação de fato, se, a partir desta, a abertura da sucessão se der em até dois anos, ou em prazo maior se a culpa tiver sido do falecido. Todavia, o direito de herança não poderia alcançar os bens adquiridos após a separação de fato, que integram o patrimônio dos herdeiros legítimos ou do novo companheiro, se tiver constituído união estável. Como bem explica Paulo Lôbo (2013, p. 124-125), a análise de culpa não caberia aqui, devendo estar presente somente nas hipóteses de anulabilidade do casamento, tais como os vícios de vontade aplicáveis ao casamento.

O mesmo argumento se aplica ao requisito temporal de dois anos de separação de fato, uma vez que a redação original do §5º do art. 226 da Constituição de 1988 trazia: “O casamento civil pode ser

dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos”. Como a dissolução voluntária do casamento dependia do requisito temporal, ele também deveria ser considerado para fins sucessórios.

Admitida a incompatibilidade com a Constituição, o art. 1.830, decotado dos requisitos extravagantes, deve ser interpretado no sentido de não ser investido em direito sucessório o ex-cônjuge que se encontrava separado de fato na data da abertura da sucessão do outro, independentemente de tempo da separação ou de verificação de culpa do falecido (LÔBO, 2013, p.125).

Em suma,

Mesmo depois da morte, não abandona o Estado o interesse em identificar culpados. No âmbito do direito sucessório, a culpa, ou melhor, a sua ausência, trazia benefícios (CC 1.830). Ainda que estivesse o casal separado de fato há dois anos, era possível que o cônjuge sobrevivente fizesse jus à herança: bastava que a convivência não tivesse se tornado insuportável por responsabilidade sua. No entanto, com o afastamento do instituto da culpa, desaparece também a possibilidade de ser invocada no âmbito sucessório. Aliás, nada justifica persistir o direito à herança após a separação de fato, que rompe a comunicabilidade de bens. Mesmo que já tenha ocorrido o divórcio, se não houve a partilha de bens, o sobrevivente faz jus à sua meação, caso assim autorize o regime de bens do casamento. (DIAS, 2015, p. 88)

Portanto, deveria ser herdeiro somente o cônjuge sobrevivente que realmente coabitasse e convivesse com o sucedido ao tempo de sua morte, causando profunda estranheza a ressalva posta no corpo do art. 1.830 do atual Código Civil, tolerando uma fática separação

por até dois anos, sem culpa do consorte sobrevivente. (MADALENO, c2022).

Uma outra questão interessante é que o cônjuge que será acusado de culpado não terá a possibilidade de se defender, pois já falecido. Nesse sentido, Ana Cristina B. Marquito (2014) afirma:

Não fica nada difícil imaginar o desequilíbrio das armas que travarão a discussão judicial da culpa ou da inocência do cônjuge sobrevivente, afora os naturais constrangimentos decorrentes dessa inusitada situação de confronto entre mãe e filhos, viúva e enteados, sobrevivente e parente afins. Fatos terão que ser contestados por pessoas que não comungaram e nem testemunharam da intimidade conjugal do sucedido, e da súbita herdeira, que retorna com folga de até dois anos de fática separação, para em nome de um matrimônio de pura ficção, esmerar em provar sua completa inocência conjugal, empenhando em remexer e enlamear a memória do falecido cônjuge. A regra prevista na parte final do artigo 1.830 do novo Código Civil viola o artigo 5º, LV, da CF/88, que prevê o direito ao contraditório e à ampla defesa. Não terão os demais herdeiros como discutir e provar de quem foi a culpa pelo fim de uma vida conjugal que não integraram. O ideal é que a regra seja a de que o cônjuge sobrevivente terá direito sucessório somente se no momento da morte do outro estivesse em pleno vigor a vida conjugal. Podemos concluir que o novo Código Civil não reflete o atual estágio do direito de família. A discussão da culpa não deve influenciar a capacidade sucessória do cônjuge sobrevivente. Não há como se pretender a culpa discutida depois de pelo menos dois anos de separação de fato, quando um dos cônjuges já faleceu, com o mero intuito patrimonial. Ou seja, a pena pela culpa é eterna!

Com a análise aqui proposta, espera-se que os resquícios de outros tempos ainda presentes no Código Civil de 2002 sejam cada vez mais afastados pelos intérpretes, de modo a trazer uma regulamentação mais próxima da sociedade atual, na qual a discussão sobre culpa perde cada vez mais sentido.

CONCLUSÃO

O Direito Civil, ao lidar com as relações jurídicas das pessoas na sociedade, como questões de família, de vida e de morte, apresenta inúmeros temas sensíveis, que despertam um debate fortemente influenciado pela tradição religiosa. Nesse contexto, fala-se bastante na análise de culpa nas relações, sendo o tema utilizado para fundamentar efeitos jurídicos. Todavia, como se verificou ao longo da pesquisa, discutir a culpa não se apresenta mais como algo coerente por ofender diretamente direitos existenciais.

Entende-se que a legislação ainda levará um tempo para se adaptar, considerando que essa mudança de perspectiva é muito recente. Ora, o código civil anterior tratava a mulher como incapaz de realizar certos atos, o casamento era indissolúvel e o adultério era considerado crime, por exemplo. Daí a importância de entender o direito como uma categoria histórica, em constante evolução. E debates quanto à família são de suma importância notadamente pelo seu papel na realização de valores constitucionais, como a dignidade da pessoa humana.

Aqui se escolheu algumas temáticas para essa análise da culpa, quais sejam, separação de casais, direito aos alimentos, utilização de nome do ex-cônjuge, usucapião e direito à herança. Independente da temática, verificou-se na legislação um papel da culpa no tratamento dos institutos jurídicos, mas a tendência nos tribunais é desconsiderar cada vez mais essa análise.

Focar-se numa análise de culpa é fazer uma investigação sobre afeto, algo que é íntimo e subjetivo, o que se apresenta praticamente impossível para os tribunais, inclusive no caso de direito sucessório

serão terceiros que teriam que fazer a prova de culpa, considerando que um dos envolvidos estaria falecido, o que se apresenta mais irrazoável ainda. Não se mostra plausível, então, uma exigência que fere a segurança jurídica e direitos da personalidade, tais como intimidade, privacidade e a própria dignidade da pessoa humana como um todo.

Sendo assim, entende-se que o melhor caminho é o fim dessa análise de culpa no direito que regulamenta questões pertinentes as famílias, deixando somente para questões pertinentes de responsabilidade civil na qual ela se encaixa. Inclusive, nesses 20 (vinte) anos do Código Civil, já houve alterações significativas como a trazida pela EC 66/2010, mas por ser um tema sensível e com mudanças recentes, deve sempre ser reafirmada a valorização da pessoa humana, com a repersonalização das relações jurídicas de Direito privado.

REFERÊNCIAS

BELTRÃO, Tatiana. Divórcio demorou a chegar no Brasil. **Agência Senado**, Brasília, 2017. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/arquivo-s/divorcio-demorou-a-chegar-no-brasil>>. Acesso em: 10 nov. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 06 ago. 2018.

BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 11 nov. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **REsp 1.483.841-RS**, Rel. Min. Moura Ribeiro, julgado em 17 mar. 2015, DJe 27 mar. 2015.

BRÊTAS, Suzana Oliveira Marques. **A inconstitucionalidade do usucapião familiar, em perspectiva formal e material**. 2017, 307 f. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_BretasSO_1.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2017.

CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e separação**. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, tomo 1.

CÂMARA, Marcelo de Faria; SIMÃO, Sônia de Almeida Magalhães. Emenda à Constituição n. 66/2010: uma análise crítica da unificação das hipóteses de dissolução do vínculo conjugal no divórcio. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite

(Coord.). **Manual de direito das famílias e das sucessões**. Belo Horizonte: Ática, Mandamentos, 2010. Cap. 22, p. 483-496.

CONSELHO da Justiça Federal. **Jornadas de Direito Civil: Enunciados Aprovados**. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej>>. Acesso em 11 nov. 2022.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, **Acórdão n.886802**, 20130910222452APC, 5ª Turma Cível, Rel. Des. Maria de Lourdes Abreu, julgado em 18 jun. 2015, DJe 14 ago. 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: volume 5 : direitos reais. 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2013.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. 11.ed. rev. e atual. por Humberto Theodoro Júnior Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**, volume 5: direito das coisas. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**, volume 7: direito das sucessões. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. [E-book]

INSTITUTO Brasileiro de Direito de Família. **IBDFAM aprova Enunciados**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5819/IBDFAM+aprova+Enunciados>>. Acesso em: 11 nov. 2022.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: sucessões. 2. São Paulo: Saraiva, 2013. [E-book]

LOBO, Paulo Luiz Netto. Divórcio: alteração constitucional e suas consequências. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). **Manual de direito das famílias e das sucessões**. Belo Horizonte: Ática, Mandamentos, 2010. Cap. 22, p. 471-482.

MADALENO, Rolf. **Concorrência sucessória e o trânsito processual**. c2022. Disponível em: <<http://www.rolfmadaleno.com.br/web/artigo/concorrenca-sucessoria-e-o-transito-processual>>. Acesso em: 10 nov. 2022.

MADEIRA, Débora Fernandes Pessoa. A culpa mortuária: uma tentativa de interpretação para o retrocesso do art. 1830 do Código Civil brasileiro. **Revista de Direito da Universidade Federal de Viçosa**, Viçosa, v. 7, n. 1, p. 43-63, 2015. Disponível em: <<http://www.seer.ufv.br/seer/revdireito/index.php/RevistaDireito-UFV/article/view/228>>. Acesso em: 20 out. 2017.

MARQUITO, Ana Cristina B. Clipping – A culpa no direito das sucessões: uma análise do artigo 1.830 do Código Civil. **RECIVIL**, 29 jan. 2014. Disponível em: <<https://recivil.com.br/clipping-a-culpa-no-direito-das-sucessoes-uma-analise-do-artigo-1-830-do-codigo-civil/>>. Acesso em: 11 nov. 2022.

MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**. 3.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952. v 1.

OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. **Curso de direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Andes, 1954.

PAULO II, Papa João. **Código de Direito Canônico**. 4ª ed. revista, versão portuguesa. Disponível em: <https://www.vatican.va/archive/cod-iuris-canonici/portuguese/codex-iuris-canonici_po.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2022.

RIO Grande do Sul. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, **AgInstr.7000.11020021** – comarca de Pelotas, Ac.7aCâm.Cív., Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, julgado em 04 mai. 2005.

RIZZARDO, Arnaldo. Separação e divórcio. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família contemporâneo**: doutrina, jurisprudência, direito comparado e interdisciplinaridade. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. Cap. 6, p. 275-511.

SILVA, Regina Beatriz Tavares. Adeus pensão alimentícia... **Estadão**, 20 jul. 2016. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/adeus-pensao-alimenticia/>>. Acesso em: 11 nov. 2022.

SILVA, Regina Beatriz Tavares. Adoção do sobrenome no casamento. **Estadão**, 04 jan. 2017. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/adocao-do-sobrenome-no-casamento/>>. Acesso em: 11 nov. 2022.

SILVA, Regina Beatriz Tavares. **Culpa deve ser decretada na separação e divórcio**. 2011a. Disponível em: <<https://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/2674038/artigo-culpa-deve-ser-decretada-na-separacao-e-divorcio-por-regina-beatriz-tavares-da-silva>>. Acesso em: 11 nov. 2022.

SILVA, Regina Beatriz Tavares. **A Emenda do Divórcio e a Culpa**. 2011b. Disponível em: <<http://reginabeatriz.com.br/a-emenda-do-divorcio-e-a-culpa-2/>>. Acesso em: 19 out. 2017.

STANLEY, Adriano. **Direito das coisas**. 5. ed. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**, volume 7: direito das sucessões. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO DE LAJE

Eduardo Machado Soares Capanema¹

Milton Carlos Rocha Mattedi²

RESUMO

A inclusão do direito de laje no ordenamento jurídico brasileiro surgiu em decorrência de regulamentação de situação que já ocorre com relativa frequência, consistente na construção no teto ou subsolo de imóvel já existente. Com tal regramento, passa o beneficiário dessa situação a ter direitos e obrigações referentes à sua propriedade, que passa a ser legalmente protegida. Demonstra-se, também, ser necessária a observância de todo o regramento inerente às construções edilícias, não bastando para a sua fruição a simples autorização do proprietário do imóvel-base, que em regra ainda preserva direito de preferência referente à futura negociação do imóvel construído.

Palavras-chave: Direito de Laje. Constituição. Propriedade.

INTRODUÇÃO

O Direito serve à regulamentação de determinada sociedade, em determinado momento histórico. Tal constatação serve à contextualização do estudo abaixo desenvolvido, pois traduz realidade relevante a qualquer ordenamento jurídico, qual seja, da importância dos costumes à criação de normas.

E, nessa ótica, em se considerando que sempre foi prática comum no Brasil a construção, por parentes diretos, de novas residências sobre construções existentes, se teve da necessidade de regulamentação

1 Mestre em Direito pela Faculdade Milton Campos, especialista pela Faculdade Izabela Hendrix. Graduado pela Faculdade FUMEC. Advogado e professor. E-mail: eduardocapanema@gmail.com.

2 Doutor em Direito pela PUC Minas, Mestre em Direito pela FDC e Especialista pela PUC Minas. Graduado em Direito pela Faculdade Milton Campos. Advogado e Professor da Nova Faculdade e da Faculdade Arnaldo. E-mail: miltonmattedi@yahoo.com.br.

da questão, principalmente porque tal questão, por diversas vezes, gerava problemas referentes à sua regularização. Tais questões ainda se mostravam mais claras em situações de falecimento de proprietário do imóvel-base, ou mesmo em caso de divórcio de qualquer dos envolvidos, quando da necessidade de partilha patrimonial, quando os possuidores do imóvel de laje edificavam a construção através de recursos mutuamente adquiridos.

A solução de controvérsias desse tipo, por vezes, pendia por anos, e quando não era possível a celebração de acordo entre os envolvidos, necessário se fazia pronunciamento judicial, que por óbvio não agradava a todos os envolvidos. Em casos a questão se resolvia através da comercialização dos imóveis, ou mesmo, em decorrência da duração do processo, em decorrência do falecimento de partes, que também poderia forçar a alienação, para divisão de valores entre os herdeiros. Mas sempre que tais imóveis fossem destinados ao uso, a questão referente à regularização documental ficava pendente, viabilizando a criação de conflitos.

É exatamente nesse ponto que surge a manifestação prática da primeira frase utilizada, quando do início da introdução desse tópico. Cientes dessa situação, iniciou o legislador sua tratativa de forma a regulamentar a questão e evitar conflitos, o que se traduziu na instituição do Direito de Laje, através da alteração do Código Civil nesse sentido.

Vale mencionar que essa tratativa específica não é particularmente nova, vez que a própria Constituição Federal, em seu artigo 182, já viabilizou aos municípios a regulamentação referente a políticas urbanas. E, como a Constituição demandava norma complementar, em 2001 foi publicada a Lei 10.257, trazendo aos municípios tanto a obrigação de fiscalização acerca dos imóveis nele situados, quanto a possibilidade de regulamentação de sua utilização³:

3 Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, que regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências.

Art. 21. O proprietário urbano poderá conceder a outrem o direito de superfície do seu terreno, por tempo determinado ou indeterminado, mediante escritura pública registrada no cartório de registro de imóveis. § 1º O direito de superfície abrange o direito de utilizar o solo, o subsolo ou o espaço aéreo relativo ao terreno, na forma estabelecida no contrato respectivo, atendida a legislação urbanística. § 2º A concessão do direito de superfície poderá ser gratuita ou onerosa. § 3º O superficiário responderá integralmente pelos encargos e tributos que incidirem sobre a propriedade superficiária, arcando, ainda, proporcionalmente à sua parcela de ocupação efetiva, com os encargos e tributos sobre a área objeto da concessão do direito de superfície, salvo disposição em contrário do contrato respectivo. § 4º O direito de superfície pode ser transferido a terceiros, obedecidos os termos do contrato respectivo. § 5º Por morte do superficiário, os seus direitos transmitem-se a seus herdeiros.

Importante mencionar, nesse ponto, que sempre se verifica forte preocupação do ordenamento jurídico brasileiro a regulamentação de todas as situações que envolvem imóveis. Nesse caso não é diferente, vez que sempre se determinou a realização das devidas anotações cartorárias.

Ocorre que a regulamentação, nesse ponto, ainda não trazia a segurança necessária à instituição do direito de laje, vez que era carente de diversos instrumentos necessários à tratativa de edificações acima ou abaixo de outras já existentes. Havia menção acerca da regulamentação cartorária, mas nada específico acerca de edificações, demonstrando que, a despeito de se tratar de importante marco legal referente à matéria, sua tratativa ainda era relativamente embrionária.

Nesses casos, e diante da necessidade de entrega de respostas à sociedade, a jurisprudência acabou por ter sua formação inicializada

sobre essas situações, obviamente com forte amparo da doutrina, que sempre desenvolveu relevantes estudos. E, com o passar dos anos, tal questão acabou por se pacificar nos tribunais pátrios, demonstrando a necessidade de tratativa, pelo legislador.

Assim, em 22 de dezembro de 2016, tal questão foi objeto de tratativa pela Medida Provisória de nº 759, que dispunha sobre a regularização fundiária rural e urbana, dentre outras questões. Posteriormente, em 11 de julho de 2017, tal questão foi incorporada à legislação civilista pátria, através da Lei 13.465, através de importantes inserções no Código Civil. Tais alterações são, de forma objetiva, o objeto do presente estudo.

1 DAS EVOLUÇÕES TRAZIDAS PELA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 759/16 ACERCA DA QUESTÃO

Da leitura do texto já superado da Medida Provisória de nº 759/16, observa-se, de forma clara, a criação de dispositivos referentes à instituição do direito real de laje, elemento que, de plano, já abre a primeira discussão acerca da questão, vez que acabou por ser inserida em capítulo do Código Civil que trata sobre os direitos reais de garantia. Destaca-se que tal questão foi mantida pela Lei 13.465/17, mesmo após os diversos questionamentos nesse sentido.

Isso porque, ao se tratar a matéria, observa-se que a sistemática legislativa apresentada pelo Código Civil, após as alterações decorrentes da lei supramencionada, se inicia através de menções sobre garantias, e acaba por ter em seu corpo a tratativa inerentes a direitos denominados como reais.

1.1 DA TRATATIVA DA QUESTÃO, NO CÓDIGO CIVIL

Desnecessário se mencionar que a pretensão do legislador não foi a de tratamento de qualquer tipo de garantia, em sentido jurídico, mas sim o de regulamentar questões INERENTES à efetiva

propriedade, de fato como nova modalidade, o que deixa claro que os novos dispositivos ali trazidos deveriam ter sido acrescentados a outra parte do Código Civil, não cabendo, no momento, estudo específico referente a essa questão.

Fato é que se trata de um direito real, regulamentando dispositivos inerentes a uma nova forma de propriedade, trazendo positividade de eficaz solução a questão cuja regulamentação se fazia necessária há tempos.

Mostra-se interessante, portanto, a análise dos dispositivos inseridos do Código Civil, de forma isolada e em sequência à organização dada pela própria lei, a fim de demonstrar seus principais pontos.

1.2 DA CRIAÇÃO DA POSSIBILIDADE DE CESSÃO DE PARTES DO IMÓVEL-BASE

Ao se realizar a análise específica dos dispositivos legais inseridos no Código Civil, tem-se que o primeiro deles já demonstra, de forma ampla, a abrangência dessa nova modalidade de propriedade proposta, ao assim dispor⁴:

Art. 1.510-A. O proprietário de uma construção-base poderá ceder a superfície superior ou inferior de sua construção a fim de que o titular da laje mantenha unidade distinta daquela originalmente construída sobre o solo.

De plano, já se tem da clara definição tanto do sujeito ativo, quando das partes dos imóveis que podem ser objeto de cessão, esclarecendo ainda, que aquela nova construção será configurada como unidade distinta da original.

⁴ Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil.

O comentário acima traçado abre margem a duas questões, de suma importância. A primeira delas é com relação ao sujeito ativo da cessão, diretamente restringido ao proprietário, sem qualquer menção acerca de qualquer tipo de possuidor. Tal questão pode parecer óbvia numa análise superficial, mas em discussões acerca das modalidades de posse, bem como dos direitos inerentes a cada um dos possuidores, acaba por se mostrar extremamente relevante.

Apenas a título ilustrativo, vale mencionar hipótese de posse mansa e pacífica, ininterrupta por grande período, com *animus domini*, o que, numa análise específica da questão, poderia viabilizar a usucapião. E, ainda que seja o caso, nos exatos termos do artigo 1.510-A, tem-se como clara a necessidade de regularização dessa questão, a fim de se tratar eventuais desdobramentos dela decorrentes, como a cessão de parte do imóvel para fins de instituição de direito real de laje.

Outro ponto que demanda menção específica é a tratativa acerca do tipo de espaço que pode ser cedido para fins de imposição de direito real de laje, deixando a legislação como clara a possibilidade somente para “... o espaço aéreo ou o subsolo de terrenos públicos ou privados, tomados em projeção vertical...”.

Pelo próprio nome do instituto jurídico se poderia presumir ser essa a situação. Mas, verifica-se ser necessário mencionar que sua aplicação não se estende a construções horizontais edificadas dentro de um mesmo terreno, mas tão somente à utilização de espaços que anteriormente valeriam como sótãos ou porões.

Um outro ponto que se faz relevante é a tratativa desse espaço cedido como “*unidade imobiliária autônoma*”, susceptível de gerar encargos e tributos. Em outras palavras, tem-se da criação de nova forma de edifício edilício, com reconhecimento público acerca da copropriedade, inclusive perante o Estado, que passa a poder inclusive tributar, como bônus, assumindo por outro lado o ônus de fiscalizar, inclusive com a finalidade de garantir a segurança da edificação, e por consequência de todos aqueles eventualmente afetados por ela.

Mais, ao se definir essa espécie como “*unidade imobiliária autônoma*”, rechaça-se qualquer discussão que eventualmente poderia ser gerada acerca da efetiva criação de um novo modelo de direito real, inclusive com a possibilidade de criação de nova cessão pelo detentor do direito de laje, desde que com autorização expressa dos titulares da construção base e das demais lajes.

Mais adiante, ainda seguindo a análise do mesmo artigo, observa-se a resolução de eventual dúvida registral acerca da questão, ao se impor que os titulares daquele direito real poderão dela usar, gozar e fruir, desde que constituída em matrícula própria.

Na realidade, tal afirmação não serve, exclusivamente, a impor a regulamentação de uma questão, mas acaba por determinar a efetiva existência de direito de propriedade por quem dele se beneficia, com todos os direitos e obrigações a ela inerentes. Inclusive, aquele de cumprimento dos requisitos legais à sua criação, o que viabiliza a imposição de efeitos *erga omnes* daquela situação.

E não poderia ser diferente, pois acaso tais requisitos não fossem impostos, ter-se-ia da criação de efetivo problema jurídico, no momento em que questionamentos entre os envolvidos fossem gerados, obviamente sem garantia àquele que não fosse proprietário do imóvel.

1.3 DA DIFERENÇA ENTRE DIREITO REAL DE LAJE E DOS CONDOMÍNIOS EDILÍCIOS

Uma diferenciação que se mostra relevante é que, de forma diversa do que pode parecer, tal direito real não cria uma nova espécie de condomínio edilício, a despeito de também viabilizar repartição de despesas, desde que comuns⁵:

Art. 1.510-C. Sem prejuízo, no que couber, das normas aplicáveis aos condomínios edilícios, para

⁵ Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil.

fins do direito real de laje, as despesas necessárias à conservação e fruição das partes que sirvam a todo o edifício e ao pagamento de serviços de interesse comum serão partilhadas entre o proprietário da construção-base e o titular da laje, na proporção que venha a ser estipulada em contrato.

Isso porque, conforme já mencionado anteriormente, é flagrante o desinteresse do legislador em instituir uma nova forma de condomínio edilício, onde não existe somente a propriedade acerca de cada unidade autônoma, mas também de áreas comuns. Tal questão já se encontra devidamente regulamentada, sem a necessidade de qualquer intervenção direta em um modelo que se mostra eficaz.

Vale mencionar que os condomínios edilícios não são compostos por mera divisão das unidades autônomas, mas também de todas as áreas que são utilizadas pelos condôminos, o que inclusive interfere na sua fração ideal de toda aquela construção, como áreas de escadas, elevadores, garagens, portarias, etc.

E, como não se tem dessa divisão no caso do direito de laje, necessária se faz a estipulação direta entre as pessoas que são inicialmente envolvidas, em comum acordo, o que ainda serve a rechaçar a possibilidade de outros problemas futuros. Tal questão, entende-se mereça ser positivamente comentada, vez que o acordo firmado entre as partes também detém cunho de minimizar futuras controvérsias. E, tratar esse ponto como um dos basilares ao aperfeiçoamento dessa nova forma de propriedade, também determina que haja tal consenso em momento prévio, literalmente cercando as possibilidades de conflito, minimizando-as, ao máximo.

Por outro lado, tem-se como impensável a possibilidade de utilização compartilhada de determinado espaço, sem a divisão das despesas a ele inerentes, o que, da ótica da legislação civilista brasileira, já serviria a demonstrar que não existe efetivo equilíbrio naquele contrato. E, se existe a estipulação prévia, já se tem também da existência de contrato, que não pode ser unilateralmente alterado.

Comentário que também não pode ser olvidado é que a instituição do direito de laje não cria nenhum tipo de copropriedade com o proprietário do imóvel base, que mantém inalterado seu patrimônio, sem que haja sequer o fracionamento do seu terreno, o que supostamente mantém seu valor original.

2 DA SERVIDÃO E DO DIREITO DE PASSAGEM

A despeito da ausência de tratativa legislativa específica, é de se observar que que, intimamente intrínseco ao direito de laje está a criação de diversos de outros tipos de direitos reais, quais sejam, os de servidão.

A servidão é um também direito real, voluntariamente imposto a um imóvel, que passa a ser denominado de serviente, em favor de outro, chamado de dominante. Através desse direito real, o proprietário do primeiro perde o exercício de seus direitos dominiais sobre o seu imóvel, ou tolera que dele se utilize o proprietário do segundo, tornando este mais útil⁶:

Art. 1.378. A servidão proporciona utilidade para o prédio dominante, e grava o prédio serviente, que pertence a diverso dono, e constitui-se mediante declaração expressa dos proprietários, ou por testamento, e subsequente registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Na realidade, as servidões acabam por viabilizar a efetiva valorização do imóvel dominante, vez que o tornam mais útil. E, de certa forma, pode acabar por trazer desvalorização econômica do imóvel serviente em razão da sua perpetuidade, que em regra irá acompanhá-lo, em todo o seu futuro. Isso porque, por também se tratar de direito real, a servidão adere à coisa, e não ao seu dono.

⁶ Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil.

Outro ponto de extrema importância, também tratado no Código Civil, é o direito de passagem, caso o imóvel beneficiado pelo direito de laje não tenha acesso a vias públicas, situação que é flagrante quando se pretende a edificação no subsolo ou teto de outro, já construído anteriormente.

E, quando a essa questão, assim dispõe a lei⁷:

Art. 1.285. O dono do prédio que não tiver acesso a via pública, nascente ou porto, pode, mediante pagamento de indenização cabal, constranger o vizinho a lhe dar passagem, cujo rumo será judicialmente fixado, se necessário. § 1º Sofrerá o constrangimento o vizinho cujo imóvel mais natural e facilmente se prestar à passagem. § 2º Se ocorrer alienação parcial do prédio, de modo que uma das partes perca o acesso a via pública, nascente ou porto, o proprietário da outra deve tolerar a passagem. § 3º Aplica-se o disposto no parágrafo antecedente ainda quando, antes da alienação, existia passagem através de imóvel vizinho, não estando o proprietário deste constrangido, depois, a dar uma outra.

A aplicabilidade do direito de passagem, bem como da passagem de cabos e tubos é incontestável ao caso em estudo, vez que sequer é possível se imaginar a existência de um imóvel sem acesso à via pública, ou mesmo sem a possibilidade de utilização de cabos e tubos para qualquer finalidade, como por exemplo, água, luz, telefone e internet. Logo, é incontestável que, ao se instituir o direito de laje, ter-se-á o compartilhamento de determinados espaços, cuja utilização também deve ser necessariamente regulamentada.

Ainda, como nova particularidade, deve se mencionar que o imóvel-base já se encontra devidamente construído quando da instituição do direito de laje, o que pode resultar, inclusive, na necessidade de novas obras, e consequentemente de ônus, para tanto.

⁷ Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil.

Consequentemente, tem-se da existência de obrigação legal de permitir, àquele que não tem acesso direto, o direito à realização da utilidade de seu imóvel, como por exemplo o direito de uso de espaços destinados ao tráfego, de fim de viabilizar o atingimento de seu imóvel.

Importante se destacar que tal ônus não recai, de forma exclusivamente, sobre o imóvel base. No caso de construção de laje, pode se ter a necessidade de utilização do teto da nova edificação para lançamento de caixas d'água ou antenas, que serão utilizadas por ele, demonstrando que o benefício do direito de passagem, em algumas situações, poderá ser recíproco.

No caso, não se tem de regramento específico à matéria utilizada. Mas, diante da existência de previsões legais específicas acerca da matéria no Código Civil, entende-se ser desnecessário tratamento próprio, até porque a regra geral se mostra amplamente aplicável à espécie. O que se tem é de uma forma diversa de propriedade, com direitos e obrigações a ela inerentes bem similares àquelas padrão. E, como tais questões estão intimamente ligadas à própria utilização dos imóveis, entende-se pela ampla aplicabilidade das regras gerais.

Aqui se traz nova conclusão, vez que, em se tendo da possibilidade legal de uso, gozo e disposição acerca desse direito, desde que cumpridos todos os seus preceitos legais, tem-se, de fato, de modalidade de compartilhamento de propriedade, da mesma forma como ocorre com os condomínios edilícios. Não se tem da efetiva copropriedade do imóvel, mas o compartilhamento de espaços já demanda o compartilhamento das despesas a eles inerentes, no tocante à conservação, por exemplo. Logo, a despeito das particularidades, tem-se da criação de uma forma verdadeira de novo condomínio edilício.

2.1 DA NECESSIDADE DE FISCALIZAÇÃO DO ESTADO

Até o presente momento, todas as análises foram direcionadas à utilização de espaço comum, por dois ou mais imóveis. Mas, ponto que

também merece ser abordado é o fato de que, a despeito do permissivo legal à instituição de direito de laje, tal permissão não é absoluta, vez que também deve respeitar o restante do regramento inerente à sua construção. Não basta que se tenha da existência da propriedade com espaços compartilháveis, mas também deve existir permissão legal para sua utilização.

Explica-se. A legalidade inerente às construções não está adstrita à propriedade ou qualquer outro tipo de direito de uso de um imóvel. Toda a parte inerente à construção civil deve ser objeto de fiscalização, pelos órgãos competentes, o que se inicia por sua autorização, mediante aprovação de projetos, até seu resultado final, momento que se confirma se o projeto foi efetivamente cumprido, dentro do que foi planejado.

Tal fiscalização acaba por demonstrar finalidade muito mais ampla do que aquela inicialmente proposta, quando verificado que também compete ao ente público garantir, em plano mais elevado, a segurança dos cidadãos. E, por segurança, não cabe pensamento restritivo referente à prevenção da criminalidade, mas também em aspectos muito mais amplo, como o da fiscalização da consistência das edificações. Tem-se ainda da necessidade de respeito a regras próprias de zoneamento, ou mesmo da própria região onde o imóvel está situado, como por exemplo, altura máxima, impossibilidade de construção em determinados estilos, como outros.

Portanto, o que se teve com a viabilização do instituto do direito de laje foi, de forma exclusiva, o permissivo à construção superior ou inferior do imóvel-base, com garantias registrais a todos os envolvidos. Esse fato não significa que outros direitos e obrigações decorrentes do exercício da propriedade tenham sido excluídos, vez que não há qualquer menção legal nesse sentido. Logo, tem-se como amplamente

3 DA EXPANSÃO DOS EFEITOS INICIAIS REFERENTES À PROPRIEDADE

Necessário também se frisar que a regulamentação constante da lei 13.465/2017 viabilizou nova modalidade de comércio, anteriormente não regulamentada, diante da possibilidade de transferência de direitos de uso de teto e subsolo, através da instituição de direito de laje.

A despeito de ser considerado como prática não regulamentada até 2016, não se tinha de possibilidade positivada de livre fruição e disposição, acerca de imóveis, vez que não havia qualquer garantia de propriedade ao novo adquirente.

Logo, desde 2016 o que se teve foi a real possibilidade de instituição de direito de laje, com a constituição de nova modalidade de propriedade, inclusive com a possibilidade de comercialização de imóveis nessa condição. Sob outra ótica, viabilizou-se a comercialização do teto ou do subsolo de imóveis, na condição de unidades autônomas, o que trouxe ao bem inicialmente adquirido, valorização.

É incontroverso que referida comercialização deve guardar limites, que já estão previamente delimitados na lei, como a garantia de preferência por exemplo. Mas tais questões, sendo superáveis, acabam por trazer a atenção do mercado para imóveis, que anteriormente poderiam não ter grande valor comercial.

3.1 DO DIREITO DE PREFERÊNCIA

Em razão da menção no tópico anterior acerca do direito de preferência, tem-se da necessidade de tratativa específica da lei 13.465/2017 acerca da questão, vez que as inserções realizadas no Código Civil são enfáticas ao impor tal direito, da seguinte forma⁸:

⁸ Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil.

Art. 1.510-D. Em caso de alienação de qualquer das unidades sobrepostas, terão direito de preferência, em igualdade de condições com terceiros, os titulares da construção-base e da laje, nessa ordem, que serão cientificados por escrito para que se manifestem no prazo de trinta dias, salvo se o contrato dispuser de modo diverso. § 1º O titular da construção-base ou da laje a quem não se der conhecimento da alienação poderá, mediante depósito do respectivo preço, haver para si a parte alienada a terceiros, se o requerer no prazo decadencial de cento e oitenta dias, contado da data de alienação. § 2º Se houver mais de uma laje, terá preferência, sucessivamente, o titular das lajes ascendentes e o titular das lajes descendentes, assegurada a prioridade para a laje mais próxima à unidade sobreposta a ser alienada.

Ao dispor sobre direito de preferência, tem-se da incontroversa intenção do legislador em viabilizar a aquisição do direito de laje pelo proprietário do imóvel-base, o que, numa análise superficial, demonstra certo controle sobre aquele que será seu vizinho.

Claro que a alegação supra não considera elementos essenciais, como a situação financeira do proprietário da construção-base, mas ao menos se verifica certo interesse do legislador em viabilizar alguma forma de controle. Inclusive, tal sistemática é viabilizada em cadeia, entre o titular da construção-base e das lajes, criando prioridades entre eles.

Da mesma forma como ocorre com o direito de preferência, em outros pontos do próprio Direito Civil, existe a possibilidade contratual de disposição diversa, situação que se acredita que deva ocorrer quando referidas edificações decorrerem de finalidade destinada ao lucro. Mas, de plano, já se tem a instituição de uma regra geral, que, se não tratada de forma diversa e por instrumento próprio, não permitirá discussões futuras, em razão de estar positivada.

3.2 DA POSSIBILIDADE DE AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE POR USUCAPIÃO

Ao se tratar de nova forma de propriedade, tem-se como necessário o trato referente à usucapião, como forma de sua aquisição. E, nesse sentido, entende-se que esse instituto jurídico merece especial atenção, vez que sempre foi utilizado para a regulamentação de questões referentes à propriedade.

Logo, não se tem da existência de qualquer óbice à sua aplicação, vez que, nos termos do que foi anteriormente mencionado, tal norma surgiu para ratificar costume já existente. Tanto que, mesmo em momento anterior à regulamentação da questão, já se tinha da existência de questionamentos nesse sentido:

Apelação Cível. Ação de USUCAPIÃO constitucional urbana – DIREITO REAL DE LAJE – Sentença que extinguiu o processo, sem resolução do mérito, por falta de interesse processual, nos termos do artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil – Recurso de apelação interposto pelos autores – POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA USUCAPIÃO DO DIREITO REAL DE LAJE, em qualquer de suas modalidades, inclusive a EXTRAJUDICIAL, desde que comprovado o preenchimento dos requisitos da prescrição aquisitiva – Construção-base que não está regularizada, tampouco havendo no local condomínio regularmente constituído – IRRELEVÂNCIA – Distinção entre laje e condomínio – POSSIBILIDADE DE DECLARAÇÃO DA USUCAPIÃO e descerramento da matrícula, em caráter excepcional, levando-se em conta a natureza originária da aquisição, com descrição da nova unidade e mera menção ao terreno onde está erigida – Recurso dos autores provido para ANULAR A SENTENÇA, com retorno dos autos à origem para que haja o regular prosseguimento do feito. Dá-

se provimento ao recurso para o fim de anular a sentença⁹.

Em suma, tem-se da inexistência de qualquer óbice legal à aquisição da propriedade, mesmo dentro dessa nova forma prevista pela legislação objeto do presente estudo, pela usucapião.

3.3 DA EXTINÇÃO DO DIREITO DE LAJE

Finalizando o estudo específico das alterações confirmadas no Código Civil pela 13.465/17, tem-se da existência da figura da extinção do direito de laje, decorrente da ruína da construção base.

No caso, o que se observa é a inexistência de tratativa legal acerca do apontamento de eventuais responsáveis por tal ruína, mas sim pelos efeitos resultados desse fato, principalmente sem o intuito de recomposição.

Tem-se da exceção lógica à extinção do direito de laje no caso em que este tenha sido instituído sobre o subsolo. Tal inserção legal se mostra importante quando verificado o intuito do legislador foi a de tratar a extinção do direito de laje nos casos em que o mesmo resta prejudicado em razão da real situação fática, que impede o próprio uso do imóvel. Não sendo este o caso, tem-se como inegável a manutenção do direito previamente instituído.

CONCLUSÃO

Do estudo dos elementos acima lançados, tem-se como claro que a Medida Provisória 759/2016 pretendeu a regulamentação de situação que já se encontrava inserta no cotidiano de parte da população. E, tal tratativa efetivamente merecia atenção, tanto que, no ano

9 TJSP. Processo nº 1005365-70.2014.8.26.0020. 1ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Christine Santini. Publicado em 14/07/2020

imediatamente subsequente, já foi a questão tratada por lei federal, que basicamente ratificou o teor daquela norma.

Nos termos do que foi acima mencionado, o Direito serve para regulamentar determinada sociedade, em determinado momento histórico. Com base nessa premissa, nada mais natural do que regulamentar determinada conduta, já inserida naquele povo através dos costumes.

Num primeiro momento, é importante mencionar que grande parte dos estudos do Direito tratam dos costumes, como uma de suas fontes. E, é exatamente nesse ponto em que eles se materializam, o que demonstra, também, sua importância para fins de evolução das normas.

É evidente a necessidade de evolução do ordenamento jurídico, até mesmo para viabilizar a evolução da sociedade como um todo. Incontestável, portanto, a importância não só dos costumes, mas também da doutrina, da jurisprudência, e de qualquer outra fonte que se mostre eficaz a tanto.

Tratando do estudo em concreto, o que se observa é que a regulamentação criada através das normas regentes do direito de laje serve como efetiva ampliação dos direitos de propriedade anteriormente existentes, vez que viabiliza a utilização do teto, ou mesmo do subsolo, por terceiros, providos de justo título, e de forma praticamente independente.

Não se pode afirmar pela existência de uma forma de propriedade totalmente autônoma, vez que a própria lei garante o direito de preferência de aquisição pelo proprietário do imóvel-base, elemento que já demonstra efetiva preocupação do legislador com a manutenção da situação que inicialmente se previa quando da instituição daquela situação.

Tal preocupação, inclusive, se mostra relevante, vez que, por não se tratar a questão de condomínio edilício, não se tem da instituição de efetiva copropriedade. Ou seja, já se inicia de uma situação onde os envolvidos podem efetivamente deliberar sobre grande parte das

situações que serão regentes à sua convivência, naquele momento inicial.

Os pilares básicos da lei demonstram a ausência de pretensão, por parte do legislativo, à tratativa de questões específicas, restando claro que devem elas ser tratadas, diretamente, pelos envolvidos. Mas, por força, devem ser tratadas, sob pena de não ser viável, em determinadas situações, a manutenção daquela convivência entre vizinhos.

Nesse momento surge o direito de preferência como regra balizadora da possibilidade de escolha entre os vizinhos, vez que, acaso o proprietário do imóvel-base tenha interesse, pode reaver aquele direito inicialmente transferido a terceiros, para definir quem será seu próximo detentor.

Claro que tal questão não considera questões econômicas, mas essa é uma preocupação que efetivamente não cabe ao legislador, sob pena de se ter de população tratada praticamente como incapaz. Mas independente da análise que se faça, tem-se como clara a resolução de um problema antigo, inclusive viabilizando ao seu titular o exercício de todos os direitos e obrigações inerentes à propriedade, desde que obedecidos os requisitos legais à sua instituição.

De fato, a despeito da semelhança física, não se tem aqui da instituição de nova modalidade de condomínio, pois apesar de se tratarem de unidades autônomas, existem regras particulares.

Tais regras, inclusive, trazem ao ordenamento jurídico pátrio a possibilidade de aplicação de forma diversa de utilização dos direitos inerentes à propriedade, que passa a poder ser parcialmente vendida, sem qualquer prejuízo à sua situação inicial.

Retomando aos comentários inerentes ao direito de preferência, estes também merecem atenção especial, principalmente quando analisados sob a ótica do proprietário do imóvel base.

Isso porque, a lei tratava dele como detentor do direito de preferência original, obviamente fazendo sua vinculação com o imóvel-base. Em outras palavras, tem-se que o direito de preferência acaba sendo considerado como acessório, acompanhando, portanto,

o principal. Logo, com relação à propriedade do imóvel-base, não há qualquer tipo de direito de preferência, a menos que tenha sido instituído em decorrência de relação que extrapola o objeto do presente estudo.

Mas o que efetivamente importa para concluir o raciocínio acima traçado é que, com a alteração do proprietário do imóvel-base, pode se ter a alteração dos interesses de vizinhança inicialmente idealizados, com relativa desproporcionalidade em relação aos demais detentores de direitos de laje.

Logo, mesmo em se tendo de flagrante tentativa de resguardo de todas as situações basilares da boa convivência entre os envolvidos nessa situação, o que se tem por claro é que não é possível, ao legislador, fazê-lo, pois sempre surgirão novos possíveis pontos de conflito.

Assim, mesmo se tendo da constante evolução do ordenamento jurídico, e percebe que ele jamais será totalmente eficaz à pacificação social, diante do frequente surgimento de novos pontos de choque entre os que a ele se submetem.

REFERÊNCIAS

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil 2 esquematizado: contratos em espécie, direito das coisas**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Contratos, volume 3. 4 ed.** São Paulo: Saraiva, 2018

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020