

Organizadores:  
Keila Pacheco Ferreira  
Julia Tavares Borges  
Rafael Lara Martins

**DIREITO PRIVADO NOS 30 ANOS  
DA CONSTITUIÇÃO:**  
**EXPERIÊNCIAS E DESAFIOS NO ÂMBITO  
DAS RELAÇÕES PRIVADAS NA SOCIEDADE  
BRASILEIRA**

Coleção Experiência Jurídica  
nos 30 anos da Constituição Brasileira

**6**

ESA/OAB-GO e PPGDP-UFG

Coordenadores:  
Rafael Lara Martins  
Saulo Pinto Coelho





Copyright© 2018 by Keila Pacheco Ferreira, Julia Tavares Borges & Rafael Lara Martins

Editor Responsável: Aline Gostinski

Capa e Diagramação: Carla Botto de Barros

## CONSELHO EDITORIAL CIENTÍFICO:

**EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT**

Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Investigador do Instituto de Investigações Jurídicas da UNAM - México

**JUAREZ TAVARES**

Catedrático de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - Brasil

**LUIS LÓPEZ GUERRA**

Magistrado do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Catedrático de Direito Constitucional da Universidade Carlos III de Madrid - Espanha

**OWEN M. FISS**

Catedrático Emérito de Teoria de Direito da Universidade de Yale - EUA

**TOMÁS S. VIVES ANTÓN**

Catedrático de Direito Penal da Universidade de Valência - Espanha

### CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ

D635

Direito privado nos 30 anos da constituição : experiências e desafios no âmbito das relações privadas na sociedade brasileira / organização Keila Pacheco Ferreira , Julia Tavares Borges , [e coordenação] Rafael Lara Martins ; coordenação Saulo Pinto Coelho. - 1. ed. - Florianópolis [SC] : Tirant Lo Blanch, 2018.  
372 p. : il. ; 21 cm. (Experiência jurídica nos 30 anos da constituição brasileira)

Inclui bibliografia e índice  
ISBN 978-85-9477-211-4

I. Direito constitucional - Brasil. 2. Direito privado - Brasil. I. Ferreira, Keila Pacheco. II. Borges, Julia Tavares. III. Martins, Rafael Lara. IV. Coelho, Saulo Pinto.

18-51760

CDU: 342(81)

Vanessa Mafra Xavier Salgado - Bibliotecária - CRB-7/6644

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais.

A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art.184 e §§, Lei n° 10.695, de 01/07/2003), sujeitando-se à busca e apreensão e indenizações diversas (Lei n°9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à Tirant Empório do Direito Editorial Ltda.



**Todos os direitos desta edição reservados à Tirant lo Blanch.**

Av. Embaixador Abelardo Bueno, 1 - Barra da Tijuca

Dimension Office & Park, Ed. Lagoa 1, Salas 510D, 511D, 512D, 513D

Rio de Janeiro - RJ CEP: 22775-040

www.tirant.com.br - editora@tirant.com.br

Organizadores:  
Keila Pacheco Ferreira  
Julia Tavares Borges  
Rafael Lara Martins

**DIREITO PRIVADO NOS 30 ANOS  
DA CONSTITUIÇÃO:  
EXPERIÊNCIAS E DESAFIOS NO ÂMBITO  
DAS RELAÇÕES PRIVADAS NA SOCIEDADE  
BRASILEIRA**

Coleção Experiência Jurídica  
nos 30 anos da Constituição Brasileira

**6**

ESA/OAB-GO e PPGDP-UFG

Coordenadores:  
Rafael Lara Martins  
Saulo Pinto Coelho



# COLEÇÃO EXPERIÊNCIA JURÍDICA NOS 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO - ESA/OAB-GO E PPG-DP-UFG

## **Coordenação:**

Rafael Lara Martins (ESA/OAB-GO) e  
Saulo Pinto Coelho (PPGDP-UFG)

## **Conselho Científico da Coleção:**

Profª. Dra. Alessandra Silveira (U.Minho - Portugal)

Prof. Dr. Alexandre Walmott (UFU)

Profª. Dra. Diva Julia Safe Coelho (UFU)

Prof. Dr. Felipe Bambirra (Uni-Alfa)

Prof. Dr. Gonçal Mayos Solsona (UB - Espanha)

Prof. Dr Leonardo Nunes (UFOP)

Prof. Dr. João Porto (UniRV)

Prof. Dr. Platon Teixeira de Azevedo Neto (UFG)

Prof. Dr. Rogerio Gesta Leal (UNISC)

Prof. Dr. Saulo Pinto Coelho (UFG)

## SUMÁRIO

<b>APRESENTAÇÃO DA COLEÇÃO</b> .....	7
Saulo Pinto Coelho (PPGDP-UFG) e Rafael Lara Martins (ESA/OAB-GO)	
<b>APRESENTAÇÃO DO LIVRO</b> .....	11
Julia Tavares Borges Keila Pacheco Ferreira Rafael Lara Martins	
<b>APRESENTAÇÃO DOS COORDENADORES E ORGANIZADORES</b> ..	15
<b>APRESENTAÇÃO DOS AUTORES</b> .....	17
<b>PREFÁCIO</b> .....	21
Teresa Ancona Lopez	
<b>A RECONSTRUÇÃO HERMENÊUTICA DO DIREITO CIVIL A PARTIR DO MÉTODO AXIOLÓGICO CONSTITUCIONAL</b> ....	25
Aloísio Alencar Bolwerk Isa Omena Machado de Freitas	
<b>A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E A REVOLUÇÃO NO DIREITO PRIVADO BRASILEIRO</b> .....	47
Rafael Ribeiro Bueno Fleury de Passos	
<b>“DIREITO AO ESQUECIMENTO”: A HARMONIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DO DIREITO À INFORMAÇÃO COM OS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE HUMANA E DA INVIOLABILIDADE DA HONRA E DA INTIMIDADE</b> .....	73
Viviane Coêlho de Séllos-Knoerr José Julberto Meira Junior Viviane Duarte Couto de Cristo	
<b>A PUBLICAÇÃO DAS BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS SOB A ÓTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA PERSONALIDADE</b> .....	93
Beatriz Andrade Gontijo da Cunha	
<b>(IR)RENUNCIABILIDADE AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE ENQUANTO COROLÁRIO DA DIGNIDADE HUMANA</b> .....	123
Luiz Carlos Goiabeira Rosa Hugo Leonardo Borges	

<b>A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE .....</b>	<b>151</b>
Ana Luiza Souza Reis	
Denise Fonseca Félix de Sousa	
<b>RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA: PERDA DE UMA CHANCE E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA .....</b>	<b>173</b>
Marília Cardoso Yokozawa	
<b>BALIZAS À DESCONSTITUIÇÃO DA PATERNIDADE: UMA LEITURA DA AFETIVIDADE A PARTIR DOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS QUE PERMEIAM O DIREITO DE FAMÍLIA .....</b>	<b>201</b>
Keila Pacheco Ferreira	
Naiara Guimarães Pamplona	
<b>A APLICAÇÃO E O RECONHECIMENTO DO INSTITUTO DA MULTIPARENTALIDADE COMO UMA FORMA DE RESPEITO A DIVERSOS MODOS DE VIDA: UMA ANÁLISE SÓCIO-JURÍDICA À LUZ DE MICHEL FOUCAULT .....</b>	<b>223</b>
Thiago Augusto Galeão de Azevedo	
<b>CONSTITUIÇÃO CIDADÃ, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E NOVOS HORIZONTES NO RECONHECIMENTO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DAS PESSOAS TRANSGÊNERO NO BRASIL .....</b>	<b>245</b>
Ginaldo Laranjeiras Júnior	
Ilzver de Matos Oliveira	
Diogo de Calasans Melo Andrade	
<b>MULTIPARENTALIDADE: A EXPERIÊNCIA JURÍDICA BRASILEIRA NO SENTIDO DE CONSAGRAÇÃO DOS VÍNCULOS BIOLÓGICOS E SOCIOAFETIVOS DE FORMA CONCOMITANTE .....</b>	<b>267</b>
Bárbara Fernandes Barbalho	
<b>BEM DE FAMÍLIA E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À MORADIA: CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL PELO DIREITO PRIVADO E EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ....</b>	<b>299</b>
Rafael Ferreira Bizelli	
Samir Alves Daura	
<b>O BEM DE FAMÍLIA LEGAL: DISCUTÍVEIS CAMINHOS À IMPENHORABILIDADE EM FACE DO ROL DE EXCEÇÕES DA LEI N. 8.009/1990 E DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS ..</b>	<b>325</b>
Luiz Carlos Falconi	
Zarifi Helou Ferreira Balieiro	

## APRESENTAÇÃO DA COLEÇÃO

Mais que um a Ciência, o Direito é uma *experiência*. Uma experiência social complexa. Experiência no sentido expressado por pensadores como Hegel e Gadamer. Assim, é experiência, tanto no sentido imediato (*Erlebnis*, em alemão), vivência concreta de algo na dimensão existencial da cognição-ação (práxis) humana; quanto no seu sentido mediato (*Erfahrung*), experiência refletida, organizada epistemologicamente.

No campo do Direito, a experiência jurídica foi pensada e priorizada como a categoria fundamental dessa realidade social por juristas como o italiano Paolo Grossi, ou o brasileiro Miguel Reale, dentre outros.<sup>1</sup> (COELHO, 2010, p. 98-115)

Experiência jurídica é o complexo movimento existencial do Direito, desde a sua elaboração, à sua concreção; da abstrata dimensão legislativa, antecedida da política legislativa e da *jurisgênese* da norma abstrata, à dinâmica concreção normativa dos direitos, tanto a concreção vivida espontaneamente (vivência jurídico social do Direito), como a concreção orquestrada profissionalmente (vivência jurídico institucional), e à aplicação do Direito, que também é, em alguma medida e com limites, um momento *jurisgenético*.<sup>2</sup> (COELHO, 2017) Entre a elaboração do Direito e a concreção dos direitos, a experiência jurídica ainda abarca os momentos hermenêuticos de categorização,

---

1 Para uma articulação desses autores no que diz respeito à compreensão do direito como experiência, veja-se o artigo *Valor e atualidade da busca por um conceito crítico-reflexivo e histórico-especulativo para o Direito*, de Saulo Pinto Coelho. (2010, p. 98-115)

2 Em *Modelos jurídicos e função atualizadora da hermenêutica em Miguel Reale: a dialética da experiência de concreção do Direito* (COELHO, 2017) é possível acessar detalhamentos acerca da dinâmica da experiência jurídica à qual nos referimos.

sistematização e disputas retórico-interpretativas da linguagem jurídica. Assim, é dentro da experiência jurídica que está a ciência jurídica, como uma parte dela; um momento importante do movimento do Direito na realidade social.

As lacunas e abismos entre uma ‘ciência do direito’ e uma ‘prática jurídica’ são mais uma patologia jurídica (Grossi), a expressão de uma realização patológica do Direito, que marca a modernidade jurídica de algumas nações, do que um traço propriamente definidor da experiência jurídica na sua realidade e racionalidade. O Direito é uma *práxis* (um fazer, uma experiência que exige agir e pensar sobre esse agir, crítica e performaticamente), ao mesmo tempo que também é propriamente uma ciência, no sentido de que exige um momento concomitante de pensar organizado sobre essa experiência: uma ciência dessa experiência. Aí entra – ou deveria entrar – a Academia, as Faculdades, as Escolas de Direito, etc. Não há futuro bom, nem para a prática do Direito, nem para a Ciência do Direito, e nem para a sociedade, quando o fazer e o pensar, no Direito, se colocam em dimensões apartadas.

Por vezes, na experiência jurídica brasileira, percebe-se essa lacuna, esse abismo que mencionamos acima. Não estamos a falar de uma disputa, um antagonismo ou uma oposição entre teoria e prática. Antes fosse isso a nossa preocupação. Estamos a falar de um certo desprezo mútuo entre esses dois âmbitos do Direito: o dos acadêmicos e o dos práticos. Quando esse desprezo mútuo ocorre, se dá junto com ele a falência do Direito como experiência social. Quanto a isso, há que reverter esse estado de coisas. Há que resgatar a sinergia entre essas duas dimensões da experiência jurídica. Para tal, é preciso fomentar um duplo movimento de aproximação: desafiar e impulsionar a Academia a se preocupar e dedicar mais aos problemas práticos e concretos do Direito; e, por outro lado, conscientizar e convencer o mundo prático do Direito do valor e importância das teorizações jurídicas para a consolidação de uma linguagem e uma tradição jurídica capaz de dar consistência às práticas.

O Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas da Universidade Federal de Goiás (PPGDP-UFG) e a Escola Superior da Advocacia da Ordem dos Advogados de Goiás (ESA/OAB-GO), desde 2016, vêm trabalhando juntos nesse propósito, conscientes desse desafio e da importância de levar a cabo essa tarefa.

O PPGDP-UFG é um Programa Profissional (atualmente contando com um Mestrado Profissional), pensado e concebido para aliar pesquisa jurídica de excelência à formação de *know-how* profissional e de aprimoramentos técnicos e institucionais, no campo da regulação, implementação e controle de políticas públicas no Brasil.

A ESA/OAB-GO, desde 2016, produziu uma guinada qualitativa em suas metas institucionais, voltando seus esforços para o fomento do aprimoramento técnico, científico e prático dos profissionais do Direito no seu contexto geográfico de atuação, com clara preocupação em induzir a conversação sinérgica entre teoria e prática no Direito.

Somando-se a várias outras iniciativas conjuntas, essas duas entidades, na ocasião do trigésimo aniversário da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, propuseram e organizaram uma Coleção de obras jurídicas voltadas a pensar a experiência jurídica brasileira nesses 30 anos da Constituição.

A Coleção Experiência Jurídica nos 30 anos da Constituição Brasileira (ESA/OAB-GO e PPGDP-UFG) busca fomentar o debate jurídico entre aqueles que vivenciam nossa experiência constitucional e social, tanto de um ponto de vista teórico, quanto prático, e em diferentes campos do Direito. A constitucionalização do debate jurídico nacional não encontra fronteiras em nenhum ramo jurídico específico, ainda que os campos do direito privado mantenham – e nisso não há nenhum problema, ao contrário – suas categorias e estatutos jurídico-conceituais próprios. Assim sendo, nas dez obras (dez coletâneas de textos inéditos) propostas pela Coleção, diferentes questões-chave da experiência jurídica brasileira contemporânea são

enfocadas, em diferentes áreas do Direito, todas buscando relacionar esses debates específicos com a realidade jurídico-político-social balizada por uma ‘Constituição Cidadã’, que de forma otimista eclode na realidade brasileira em 1988, marcando nossas interações sociais e jurídicas nos últimos 30 anos.

Assim, ainda em 2017, PPGDP-UFG e ESA/OAB-GO publicaram e divulgaram amplamente as convocatórias para apresentação de textos e contribuições aos livros da Coleção. Centenas de textos foram enviados à coordenação do projeto. Uma equipe com organizadores das obras, selecionada dentre *experts* com diversificada formação e advindos de sete diferentes Universidades brasileiras, em Goiás, Minas Gerais e Distrito Federal, avaliou e selecionou cuidadosamente os textos. Nos dez livros, os textos selecionados somam mais de uma centena de contribuições inéditas, com autores de oito diferentes estados brasileiros e mais de vinte diferentes Universidades.

Com a colaboração e suporte da respeitada e engajada Editora Empório do Direito, demos forma final aos livros da Coleção, que vem a lume em um momento de crise política, social, econômica e, em certo sentido, crise constitucional.

Sabe-se bem que a crise é uma excelente oportunidade para o aprimoramento e a inovação. O estado de desconforto que a crise provoca nos faz sair do nosso ‘modo automático’ e refletir sobre o caminho trilhado e as alternativas de rota. Que os livros desta Coleção possam servir a esse propósito!

Com agradecimentos aos organizadores, avaliadores, editores e autores,

**Saulo Pinto Coelho (PPGDP-UFG)**  
**e Rafael Lara Martins (ESA/OAB-GO)**

Coordenadores da Coleção

## APRESENTAÇÃO DO LIVRO

A Escola Superior de Advocacia da OAB/GO e o Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas da Universidade Federal de Goiás, atuando perante a sociedade científica brasileira na transformação da realidade jurídica vigente, neste ano de 2018, possibilitaram à comunidade acadêmica a inscrição e apresentação de artigos relacionados ao tema “O Direito Privado nos 30 anos da Constituição Cidadã”.

O temário escolhido foi com acerto, porquanto corretamente permite o desenvolvimento de ensaios e artigos que envolvam a hermenêutica do pluralismo, remetendo o Direito, enquanto ciência jurídica, para novos campos epistemológicos, recentes abordagens filosóficas e especialmente readequando suas possibilidades consequenciais conforme as dimensões da sociedade contemporânea.

O Direito Privado enquanto fruto da experiência humana na solução dos conflitos do cotidiano, inicialmente caracterizou-se fortemente pela construção romanista liberal, o que foi confirmado pela Escola da Exegese e pela Jurisprudência dos Conceitos. O advento do Estado Social, posteriormente, pouco liberou o Direito Civil das raízes excludentes que formavam a respectiva dogmática. A verificação clara que se tinha era da formação jurídica desprovida dos acontecimentos reais da sociedade: o mundo dos códigos não correspondia ao mundo dos fatos.

Isso não significa estar o Direito Privado desprovido de relevância. Basta lembrar que o Direito Constitucional da contemporaneidade utiliza ferramentas próprias da civilística para as

questões referentes à interpretação, assim como a doutrina brasileira retira as noções de existência, validade e eficácia. Isso sem descrever outras vivas contribuições jurídico-privatísticas para o Direito Constitucional.

Contudo, o Direito Privado também utiliza a experiência constitucional para tornar-se ciência mais humana, equilibrada, justa e comprometida com o personalismo e solidarismo ético que radicam na base da Constituição Federal de 1988.

Essas constatações permitem duas possibilidades epistemológicas.

Em primeiro lugar, a revalorização da filosofia no campo jurídico-científico é ponto de transmutação do direito, outrora meramente realizável através do silogismo-dedutivo. Nesse viés, a filosofia em todos os matizes (dialética, ética, política, lógica etc.) tramita com facilidade no campo da ciência do direito proporcionando modificações estruturais e funcionais quanto: a) ao objeto, da norma ao sistema; b) ao método, com investigações desde a assimilação jurídica do fato, com passagens pelos planos teleológicos (*ratio*) e de validade (recurso aos princípios), bem como com sindicabilidade em face de argumentos consequencialistas (legitimação pelo resultado); c) ao tipo da ciência, pura ou aplicada, natural ou social, fragmentada ou hipercomplexa.

Em segundo lugar, a atuação da sociedade sobre as fontes do direito e a atuação do direito sobre os reclamos sociais. Percebe-se, nitidamente, o aumento tanto de leis produzidas pelo legislativo, como a produção de fontes pela própria sociedade discursiva, eterna credora da ampliação dos direitos humanos e sujeita a desmandos oriundos do Estado e do mercado. De outro lado, o Direito inicia por 'flexibilizar' suas estruturas para melhorar o atendimento à sociedade, especialmente no campo funcional, onde age como elemento de transformação social.

Neste sentido, o livro que ora vem a público versa sobre

novos modelos do Direito Privado, especialmente nutridos pelos valores apreendidos pela legalidade constitucional. Logicamente, sem mesmo expressar rompimento com análises temporais passadas, a hermenêutica científico-jurídica desenvolvida ao longo dos artigos proporciona diversas abordagens até então desconhecidas ou pouco trabalhadas, valem os exemplos: multiparentalidade, diretivas antecipadas de vontade, irrenunciabilidade dos direitos da personalidade, biografias não autorizadas, direito ao esquecimento etc.

Eis, portanto, obra atualizadíssima e que tende a contribuir cientificamente com os fatos reais à luz dos valores democráticos e fundamentais fixados pela Constituição brasileira.

Que a coleção “Experiência Jurídica e os 30 anos da Constituição brasileira” e o volume que ora se apresenta recebam, pois, a merecida acolhida por parte de seus leitores!

**Julia Tavares Borges**

**Keila Pacheco Ferreira**

**Rafael Lara Martins**

Organizadores do livro



# APRESENTAÇÃO DOS COORDENADORES E ORGANIZADORES

## COORDENADORES

### **Saulo de Oliveira Pinto Coelho**

Professor efetivo da Universidade Federal de Goiás (UFG), onde atualmente é Vice-Diretor da Faculdade de Direito (FD-UFG), bem como Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas (PPGDP-UFG). Possui doutorado, mestrado e graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Realizou Pós-Doutorado como bolsista CAPES, na área de Teoria do Direito, junto à Universitat de Barcelona - Espanha. Foi Chefe do Departamento de Formação Jurídica Básica e Complementar da FD-UFG, bem como Coordenador de Pesquisa da FD-UFG. Também é professor do Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Direitos Humanos da UFG. Atua como pesquisador e professor visitante da Unversitat de Barcelona.

### **Rafael Lara Martins**

Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Goiás (UFG), especialista em Direito do Trabalho pela PUC-GO, especialista em Direito Civil pela UFG e especialista em Direito Processual Civil pela UFG. Mestrado em andamento em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas (UDF). Conselheiro Estadual da OAB-GO (triênio 2013-2015 e triênio 2016-2018) e Diretor-Geral da Escola da Advocacia da OAB-GO (triênio 2016-2018). Ex-Presidente do Instituto Goiano de Direito do Trabalho -IGT (biênio 2012-2013 e biênio 2014-2015).

## ORGANIZADORES

### **Keila Pacheco Ferreira**

Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU), docente permanente e coordenadora do programa de pós-graduação stricto sensu (mestrado) da mesma unidade. Doutora em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito das Relações Sociais, área de concentração Direito Civil, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Graduada em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU), e especialista (pós-graduação lato sensu) pela mesma instituição. Líder do grupo de pesquisa Solidariedade, sustentabilidade e direitos fundamentais.

### **Julia Tavares Borges**

Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília. Foi estagiária na Divisão de Admissibilidade da Seção de Petição da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Advogada. Especialista em Direito do Trabalho pelo Damásio Educacional. Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás.

### **Rafael Lara Martins**

Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Goiás (UFG), especialista em Direito do Trabalho pela PUC-GO, especialista em Direito Civil pela UFG e especialista em Direito Processual Civil pela UFG. Mestrado em andamento em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas (UDF). Conselheiro Estadual da OAB-GO (triênio 2013-2015 e triênio 2016-2018) e Diretor-Geral da Escola da Advocacia da OAB-GO (triênio 2016-2018). Ex-Presidente do Instituto Goiano de Direito do Trabalho -IGT (biênio 2012-2013 e biênio 2014-2015).

## APRESENTAÇÃO DOS AUTORES

### **Aloísio Alencar Bolwerk**

Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela Universidade Metropolitana de Santos e Doutorado em Direito Privado pela PUC-MG. Professor Adjunto I da Fundação Universidade Federal do Tocantins e da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins.

### **Ana Luiza Souza Reis**

Graduada em Direito pela Universidade Federal de Goiás. Assistente da 33ª Procuradoria Cível do Ministério Público do Estado de Goiás.

### **Bárbara Fernandes Barbalho**

Graduada em Direito pela Universidade Federal de Goiás.

### **Beatriz Andrade Gontijo Da Cunha**

Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Pós-Graduada em Advocacia Cível pela Escola Superior de Advocacia de Minas Gerais. Participou do programa do governo federal de Iniciação Científica denominado Jovens Talentos.

### **Denise Fonseca Félix De Sousa**

Mestre em Direito Agrário pela Universidade Federal de Goiás. Especialista em Direito pela mesma Universidade. Professora efetiva da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás e também da Pontifícia Universidade Católica de Goiás.

### **Diogo de Calasans Melo Andrade**

Mestre em Direito, na área de concentração constitucionalização em direito, pela Universidade Federal de Sergipe. Doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Mackenzie. Professor da graduação e do mestrado de Direitos Humanos na Universidade Tiradentes.

**Frederico Oliveira Silva**

Discente do Mestrado Profissional em Direito e Políticas Públicas da Universidade Federal de Goiás, graduado em Direito pela mesma instituição. Advogado. Assessor Jurídico do Centro de Apoio Operacional do Consumidor e Terceiro Setor do Ministério Público do Estado de Goiás.

**Ginaldo Laranjeiras Júnior**

Advogado. Graduado em Direito pela Universidade Tiradentes.

**Hugo Leonardo Borges**

Advogado. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia.

**Ilzver de Matos Oliveira**

Doutor em Direito pela PUC-RIO. Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Realizou Estágio Sanduíche no Centro de Estudos Sociais (CES/Universidade de Coimbra).

**Isa Omena Machado De Freitas**

Especialista em Direito Privado pela Universidade Gama, em Direito Civil e Processo Civil pelo Instituto Tocantinense. Mestre em Gestão e Desenvolvimento Regional pela Universidade de Taubaté. Professora titular da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins.

**José Julberto Meira Junior**

Advogado. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Curitiba. Pós-Graduado em Direito Tributário pelo IBEJ/FESP. Mestrando do Programa de Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA.

**Keila Pacheco Ferreira**

Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, Docente Permanente e Coordenadora do

Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito da mesma unidade. Doutora em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

### **Luiz Carlos Falconi**

Mestre em Direito Agrário e doutor em Ciências Ambientais pela Universidade Federal de Goiás. Professor Adjunto da Escola de Direito e Relações Internacionais da PUC-GO e Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás

### **Luiz Carlos Goiabeira Rosa**

Pós-doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra. Doutor em Direito Privado pela PUC MINAS. Mestre em Direito Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia.

### **Marília Cardoso Yokozawa**

Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Goiás.

### **Naiara Guimarães Pamplona**

Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Uberlândia. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera. Advogada

### **Rafael Ferreira Bizelli**

Mestre em Direito na Área de Concentração Direitos e Garantias Fundamentais pelo Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Uberlândia. Bacharel em Direito pela instituição. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia.

### **Rafael Ribeiro Bueno Fleury De Passos**

Pós-graduando em Direito Administrativo e Licitações pela Universidade Candido Mendes. Bacharel em Direito pela

Universidade Federal de Goiás. Delegado da ESA-GO (triênio 2016-2018). Presidente da Comissão Permanente de Licitação do Município de Goiás. Advogado.

**Samir Alves Daura**

Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia. Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários. Bacharel pela Faculdade de Direito Milton Campos. Professor do Centro de Ensino Superior de Catalão.

**Thiago Augusto Galeão de Azevedo**

Doutorando em Direito pela Universidade de Brasília. Mestre em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional pelo Centro Universitário do Estado do Pará. Especialista em Direito Civil pela PUC MINAS. Professor no Centro Universitário do Estado do Pará.

**Viviane Coêlho de Séllos-Knoerr**

Professora e Coordenadora do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba. Doutora em Direito do Estado e Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP. Realizou estágio Pós-Doutoral na Universidade de Coimbra.

**Viviane Duarte Couto de Cristo**

Mestranda do Programa de Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba. Especialista em Administração Pública pela Centro Universitário Autônomo do Brasil. Graduação em direito pela Faculdade de Direito de Curitiba. Advogada.

**Zarifi Helou Ferreira Balieiro**

Graduada em Direito pela Universidade Federal de Goiás. Conciliadora, pelo Conselho Nacional de Justiça. Servidora pública do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás

## PREFÁCIO

Ser chamada para elaborar o prefácio de “**Direito Privado nos 30 anos da Constituição Cidadã**: experiências profissionais e desafios no âmbito das relações privadas na sociedade brasileira”, além de ser uma grande honra, foi uma feliz surpresa, pois mostra o verdadeiro estágio do direito privado em nossa sociedade.

Sem dúvida, a obra prima pelo seu caráter de atualidade e modernidade.

Todos os artigos tratam de temas que estão no “olho do furacão”, tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Mas, também estão nos debates acadêmicos, onde nascem as grandes ideias de modificação das regras que não servem mais à sociedade atual, assim como a criação de um novo Direito, ou melhor, de uma nova interpretação dos vetustos institutos jurídicos.

Dessa forma, esse debate gira em torno dos novos valores e princípios trazidos pela Constituição de 1988 e que também fazem parte do Código Civil de 2002. Os princípios da solidariedade, da dignidade da pessoa humana, da função social dos contratos e das empresas, da boa-fé objetiva, da justiça social permeiam tanto a Lei Maior quanto todo Direito Privado atual.

O grande mérito do livro que acaba de vir à lume é passar em revista esses valores e princípios, ao colocar temas que forçosamente levam ao *aggiornamento* do Código Civil, o que, por vezes, chega a propostas de novas leis, quando as novas interpretações vêm somente da jurisprudência.

Assim são os textos sobre o Direito de Família como, por exemplo, o que trata das BALIZAS À DESCONSTITUIÇÃO DA PATERNIDADE: UMA LEITURA DA AFETIVIDADE, e no qual é mostrado o afeto como valor jurídico; da mesma forma aquele que trata da MULTIPARENTALIDADE, vemos que seu autor propugna por lei a respeito desse instituto, sempre no intuito de proteger os filhos. Também em outro artigo sobre a MULTIPARENTALIDADE, fica clara a consagração em nosso direito atual dos vínculos biológicos e socioafetivos, que podem existir concomitantemente.

Deparamos com dois textos sobre BEM DE FAMÍLIA. Em ambos a tônica é a proteção da família com a efetivação do direito à moradia previsto na Constituição e que tem como fundamento último a dignidade da pessoa humana. São textos importantes porque discutem a evolução do conceito técnico de bem de família à luz da Lei Maior.

Sempre acompanhando essa atualidade, temos o estudo dos direitos da personalidade das pessoas TRANSGÊNERO onde vemos que precisamos de leis para proteger seus direitos adequadamente e de forma mais ampla, porquanto hoje temos somente a possibilidade da mudança de nome.

Também não faltou a moderníssima pesquisa sobre o DIREITO AO ESQUECIMENTO. O debate sobre esse direito está no novo Regulamento da União Europeia sobre Dados Pessoais e também no Brasil onde acaba de ser aprovada por nosso Congresso a nova Lei sobre dados pessoais. Nesse debate vem à tona, como é óbvio, a harmonização possível entre os princípios constitucionais da liberdade de expressão, do direito à informação com os princípios da dignidade humana, honra e intimidade.

Dentro do aprofundamento do princípio da dignidade humana podemos citar a matéria sobre a RENUNCIABILIDADE OU IRRENUNCIABILIDADE dos direitos da personalidade enquanto corolário da dignidade humana. Artigo importante e tema

atualíssimo. As conclusões de seu autor são, sem dúvida, corajosas e com as quais eu concordo.

Ainda ligados ao princípio da dignidade humana, temos dois textos importantes. O primeiro trata da das DIRETIVAS ANTECIPADAS DA VONTADE – DAV, também conhecidas como testamento vital pelo Direito Civil. Defende o autor sua regulamentação nos moldes da lei portuguesa. Destaca a autonomia das pessoas para decidirem como querem terminar a vida; é o direito à morte digna. No artigo sobre dignidade, RESPONSABILIDADE MÉDICA E PERDA DE UMA CHANCE, mostra seu autor que deve haver equilíbrio dentro da responsabilidade médica, porquanto para proteger o paciente podemos ser injustos com o médico que também tem dignidade.

No tema DAS BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS critica seu autor a decisão do STF que não admitiu tutela preventiva aos direitos da personalidade do biografado, pois, a liberdade de expressão, segundo seu autor, nunca poderá sobrepujar a dignidade da pessoa.

Finalmente, devo dizer que os textos sobre a RECONSTRUÇÃO HERMENÊUTICA DO DIREITO CIVIL A PARTIR DO MÉTODO AXIOLÓGICO CONSTITUCIONAL assim como sobre A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E A REVOLUÇÃO NO DIREITO PRIVADO, seguem a escola do direito civil constitucional à qual não me filio. Os textos estão bem escritos e merecem a publicação.

Em conclusão, acho que mostrei que o obra que vem de ser publicada tem uma abordagem totalmente atual. Merece ser lida e divulgada. Cumprimento seus coordenadores e organizadores pelo brilhante trabalho.

**Teresa Ancona Lopez**

Professora Titular de Direito Civil da  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP



# A RECONSTRUÇÃO HERMENÊUTICA DO DIREITO CIVIL A PARTIR DO MÉTODO AXIOLÓGICO CONSTITUCIONAL

Aloísio Alencar Bolwerk<sup>1</sup>  
Isa Omena Machado de Freitas<sup>2</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 prega o estado do bem-estar social, é cidadã e a favor do homem e de sua dignidade. O seu conteúdo normativo está calcado na humanização das relações sociais a partir de princípios de cooperação, igualdade substancial, prevalência dos direitos humanos e também pela eficaz e efetiva aplicação dos direitos às situações concretas.

Assim é que o Direito, em sua vertente mais arraigada às relações privadas, tendo como símbolo maior desta representatividade o Código Civil, passou a apresentar o desafio de receber interpretações constitucionais que romperam com a moldura interpretativa do diploma civilista outrora implantada e segmentada na ordem jurídica pátria.

O presente artigo tem como objeto de estudo a aplicação dos valores constitucionais na interpretação do Direito Civil, via método axiológico. Para tanto, a pesquisa desenvolvida será exploratória com abordagem qualitativa, cuja vertente metodológica é de procedimento bibliográfico teórico-documental.

Para sustentar o trabalho, no primeiro capítulo serão delineadas

---

1 Professor Adjunto de Direito Constitucional da UFT e Professor Permanente do Programa de Mestrado Interdisciplinar em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos UFT/ESMAT.

2 Professora da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraisópolis do Tocantins (FCJP). Coordenadora Adjunta da Faculdade Católica do Tocantins (FACTO).

as distinções entre os modelos positivistas e pós-positivistas; no capítulo seguinte será abordada a utilização do pós-positivismo no Direito Civil, segundo o método axiológico, conforme a intenção do Constituinte de 1988.

## 2. O DIREITO ENTRE O POSITIVISMO E O PÓS-POSITIVISMO

O movimento positivista foi fruto da necessidade do contexto social apresentado no período Moderno denominado “sociedade”. Trata-se de um modelo que modificou conceitos e afetou diversas estruturas, a exemplo do Direito (positivismo jurídico), fazendo surgir a concepção de ordenamento jurídico enquanto criação da “vontade humana”<sup>3</sup>.

É no ritmo deste passo epistemológico que o positivismo jurídico passa a promover a leitura do Direito, encontrando na lei a ferramenta (mecanismo) pela qual pretendeu converter o conhecimento jurídico em “Ciência”. Kelsen (1999), em sua Teoria Pura do Direito, explica como se processa esta ideia científica a partir das normas. O autor, como um eminente defensor do normativismo, explica que a norma hipotética fundamental é a fonte para a estruturação e edificação do ordenamento jurídico:

[...] a questão de porque é que a norma vale—quer dizer: por que é que o indivíduo se deve conduzir de tal forma — não pode ser respondida com a simples verificação de um fato da ordem do ser, que o fundamento de validade de uma norma não pode ser um tal fato. Do fato de algo *ser* não pode seguir-se que algo *deve ser*; assim como do fato de algo *dever ser* se não pode seguir que algo é. O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma. Uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é figurativamente designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior. Na verdade, parece que se poderia fundamentar a validade

3 É mitigada, na verdade trata-se de uma vontade pré-estabelecida e imposta pelo Estado Liberal, que, de maneira fictícia, elaborou leitura do Direito em convencer a plenitude da autonomia da vontade do indivíduo.

de uma norma com o fato de ela ser posta por qualquer autoridade [...] (1999, p. 135, grifo do autor).

Como se nota, o fundamento de validade de uma ordem normativa estaciona-se na ideia de norma fundamental, cuja ideia é abstrata e de caráter axiológico e cuja construção se processa no plano ideológico e não no plano da instrumentalização escrita.

E, apesar desta norma fundamental corresponder a ideia de dinâmica jurídica para a formação do ordenamento, a teoria kelseniana, quando da solidificação deste ordenamento, norteia-se para a consolidação de um Direito moldado pelos construtos da neutralidade, da sistematização e do reducionismo, primando, assim, pela estática de ordenamento jurídico.

A teoria positivista também enalteceu a dicotomia entre o público e o privado, restando às constituições liberais a disciplina e o modo de administrar e gerir o Estado, bem como sua estruturação e funcionamento e, ao Direito Privado, consubstanciado eminentemente no conteúdo normativo do Código Civil<sup>4</sup>, a exemplo do Código Francês de 1804, a disciplina da sociedade civil e das relações jurídicas entre os cidadãos e o mundo econômico.

Contudo, o modelo positivista adotado entra em crise porque se mostra cada vez mais ineficaz e inadequado. Um novo pensamento chamado de pós-positivismo passa a ganhar espaço no conhecimento jurídico. Tal fato deu-se, sobremaneira, em virtude da passagem do Estado Liberal para o Estado Social a partir do reconhecimento da ampliação das desigualdades sociais e a necessidade de se garantir a eficácia vertical dos direitos fundamentais (individuais e sociais).

[...] o Positivismo Jurídico, apesar de contido em germe na gênese da própria Modernidade, é muito mais radical que a positivação, consistindo numa epistemologia e numa ideologia de leitura do direito positivo, essencialmente metafísica, que crê, de uma forma

---

4 Foi alçado ao *status* de Lei unitária que, isoladamente, representava um complexo sistema de normas positivadas e ordenadas dentro de um diploma que, *per si*, tinha soberania normativa sobre as demais leis em relação ao conteúdo privado.

um tanto quanto contraditória com a idéia de *mudança* inerente ao fenômeno da positivação, na autoexistência do objeto criado pelo homem, notadamente da lei, razão pela qual o Positivismo pretende converter o conhecimento jurídico em *ciência* (GALUPPO, 2002, p. 02, grifos do autor).

E continua o autor

[...] A questão que pretendo enfrentar a partir deste ponto é: em que medida esta epistemologia é adequada para o conhecimento jurídico no final do milênio? No início do século certamente o Positivismo Jurídico era, pelo menos, eficaz. Mas o será ainda hoje? Se pensarmos a epistemologia jurídica para além da eficácia da ação instrumental, será o Positivismo adequado para se produzir uma sociedade justa? O grande problema consiste em que, em nosso século, o projeto moderno entra em crise. Percebe-se, já na passagem do século XIX ao século XX, que a dominação que pretendia emancipar o homem produziu o seu contrário (GALUPPO, 2002, p. 04).

O Estado, antes voltado a conferir eficácia à liberdade econômica, precisou assumir funções, a fim de regular as relações subjetivas, e passou a intervir no processo econômico na tentativa de estabelecer relações sociais mais justas e, *pari passu*, a marca divisória entre o público e o privado foi-se diluindo, consoante anota Moraes (1991):

[...] direito privado e direito público tiveram modificados seus significados originários: o direito privado deixou de ser o âmbito da vontade individual e o direito público não mais se inspira na subordinação do cidadão. A divisão do direito, então, não pode permanecer ancorada àqueles antigos conceitos e, de substancial—isto é, expressão de duas realidades herméticas e opostas traduzidas pelo binômio autoridade-liberdade — se transforma em distinção meramente “quantitativa”: há institutos onde é prevalente o interesse dos indivíduos, estando presente, contudo, o interesse da coletividade; e institutos em que prevalece, em termos quantitativos, o interesse da sociedade, embora sempre funcionalizado, em sua essência, à realização dos interesses individuais e existenciais dos cidadãos (1991, p. 06, grifo da autora).

Certo é que há uma crise que afeta e gera angústia em relação ao Direito. Os construtos jurídicos já não são mais capazes de promover

ajuste e adequação social (talvez isto nunca tenha acontecido, fruto apenas de um ideal positivista fictício de realização material do Direito). A técnica das ciências naturais aplicadas ao Direito ainda é uma realidade – e que não se julgue incorreta – enquanto meio mecânico e de certa forma redutor que procura amoldar e conformar a aplicação da norma à sociedade. Certo é também, que a estrutura social é dinâmica, plural e mutável, e a técnica cientificista adotada não mais contempla os anseios sociais. É preciso ter em mente que o Direito trabalha com o fator social (humano). A conduta humana, por sua natureza, não está constrita ao completo, acabado, preestabelecido, mas ao imperfeito, ao não científico. A racionalidade que o positivismo jurídico imprime ao Direito (automaticidade) é contraditória com esta natureza diversificada de existência humana.

Em contraposição, o pós-positivismo afasta a ideologia do pensamento formal-positivista para buscar uma nova racionalidade afinada com a ideia de tutela material e, conseqüentemente, com a tarefa concretizadora de direitos fundamentais no plano vertical e horizontal. Assim, a proposta propugnada pela corrente é aquela que se encaixa num espaço de Estado Democrático de Direito, cujo enredo se revela de modo mais coerente e linear quando se associa o conhecimento jurídico<sup>5</sup> à ideia das ciências culturais, apoiada na reflexão teórica aportada em observações a respeito da realidade social e histórica em que inseridos o jurista, o texto legal e a situação de fato a ser tutelada. Por tal, o ensaio revela as escolhas metodológicas capazes de incorporar os elementos valorativos da situação de fato ensejadores de uma interpretação concretista do Direito.

Assim é que a proposta pós-positivista acarreta na quebra de pré-conceitos, a exemplo do rigorismo normativista, da tecnicidade e da mecanicidade de aplicação do Direito e a da regra geral de subsunção do fato social à norma jurídica abstrata. Ao contrário desta visão, o homem é a matéria-prima da obra social comunicativa, portanto, é

---

5 A expressão aqui é explorada e associada ao pós-positivismo, porque denota interpretação aberta do Direito.

desta atividade que deve sair o substrato do conhecimento jurídico; desta perspectiva de sociedade aberta que prega pelo dinamismo, diversidade e liberdade é que a norma jurídica passa a sofrer o processo de adequabilidade às peculiaridades do caso concreto<sup>6</sup>.

Não se nega a relevante contribuição do positivismo jurídico para a estruturação normativa, principiológica, doutrinária e jurisprudencial do Direito e, em que pese opiniões em contrário, não se concorda aqui com a ideia de que restaria superada esta vertente jurídica. Em verdade, não se pode afirmar isso diante da ampla incidência de sua aplicação, ainda tão premente no Direito pátrio e nos demais países adeptos da *Civil Law*. O cenário jurídico nacional é manifestamente marcado pelos fundamentos do positivismo, estando presente nos manuais de Direito, forjados sob o espectro de doutrinas, nas sentenças mecânicas, descompromissadas de qualquer análise sobre as peculiaridades dos casos e, mesmo no ensino jurídico, que há muito vem cedendo o espaço da pesquisa científica para se ajustar a proposta metódico-dedutiva do concurso público.

Como se nota, o positivismo ainda é muito latente e está perpetrado na cultura jurídica brasileira. Claro que disso também decorrem fatores benéficos na medida em que foi necessária sua implantação pelo Estado Liberal. Suas postulações aconteceram em um momento em que se requeria a quebra do paradigma outrora sedimentado. Enquanto modelo que unificou, uniformizou e tentou dar segurança ao Direito, o positivismo jurídico teve sua função diante de contexto desarrumado, caracterizado por tradições contraditórias e legislações esparsas e que apontavam em sentidos diversos. Trouxe também a figura da codificação, a exemplo do Código Civil Francês de 1804, marco jurídico a enaltecer o dogma da lei e a nova formatação que o Direito passara a ganhar.

---

6 A unicidade metodológica empregada pelo positivismo jurídico, que formula situação geral para ser aplicada a um caso particular (método dedutivo). Diferentemente, o método de indução proposto pelo pós-positivismo (mas não o único, pois a metodologia também é aberta, tal qual a interpretação do conhecimento jurídico) que, após considerar um número suficiente de casos particulares, conclui uma verdade geral.

Nesse sentido, é errônea a afirmação sobre uma possível superação do positivismo jurídico. Pode-se afirmar que ele está em crise. Em crise não necessariamente por conta de fatores estruturais internos, do sistema jurídico que o processa, mas sim numa crise jurídico-social, de ordem moral, ética e política. É nesta senda que se pode falar na crise pela qual passa a corrente, cuja fórmula se prestou e muito num momento de sociedade sólida, mas que hoje já não consegue acompanhar o compasso da liquidez das relações sociais.

Noutro ponto, para aqueles que entendem que o pós-positivismo é uma releitura de positivismo jurídico contemporâneo, lança-se mão de argumentos contrários a esta compreensão. Conforme Fiuza (2006, p. 104), ambas as correntes estão amparadas em independentes Teorias do Direito; o positivismo do século XIX, da Escola da Exegese com sua teoria reducionista e de neutralidade, a congelar os fatos sociais na lei, vista enquanto fonte única e formadora de todo o conhecimento jurídico. Implantou ainda a ideia de uniformidade do sistema, parametrizando as relações intersubjetivas que ficaram estacionadas num mundo homogêneo e uniformizador de condutas.

Já o pós-positivismo, embalado pelos contornos dos princípios da democracia, apurou novos roteiros epistemológicos e moldes axiológicos e, por meio da análise de sistema orgânico de Direito e sua consequente natureza normogenética, procurou assumir compromisso com a prática e a operacionalidade, encontrando na correção normativa o mecanismo para dar sustentação à validade e à eficácia da norma, vista agora sob a ótica dos valores incidentes na sociedade.

Há distinções entre as correntes, não meras distinções subsidiárias e de ordem procedimental, mas de essência de conteúdo e de proposta de construção do saber jurídico.

### **3. O DIREITO CIVIL SOB A ÓTICA PÓS-POSITVISTA E A QUESTÃO DO MÉTODO**

Os novos contornos sociais de Estado Democrático de Direito exigem reconstrução. Reconstrução do sistema, da interpretação e da

aplicação do Direito. Reconstruir é aproveitar o que se tem enquanto dado e previamente arquitetado. Assim, a contribuição positivista tem sua força e importância, dela se aproveitando a corrente pós-positivista.

*É nesta toada que se vislumbra, neste trabalho, a proposta pós-positivista de interpretação aplicada ao Direito Civil. Ora, os fatos sociais desaguam no Judiciário e este já não pode mais manter-se atrelado à antiga postura dogmática de interpretar literalmente as disposições do Código Civil, pois a dinâmica das relações sociais privadas provoca reações de modo que o intérprete precisa conjugar de forma aberta os comandos civilistas em consonância com as diretrizes humanistas de adequação do Direito.*

A compreensão do conteúdo jurídico deve perpassar a construção dogmática, porque tem por objetos a realidade social e a experiência jurídica do produto desta realidade, isto é, o conteúdo jurídico deve adequar-se (responder) ao existencialismo das necessidades da sociedade.

Neste sentido, observa-se no plano teórico e prático uma tendência jurídica de problematização dos casos e aplicação concretista, que busca reinterpretar o Código Civil de modo que suas disposições normativas sejam flexibilizadas para se ajustar à realidade das relações privadas. A repersonalização da Lei Civil representou um passo importante para este fim, mas as intensas inter-relações sociais provocam efeitos na doutrina civilista e nos julgados que tendem a operacionalizar o Diploma, focados numa raiz mais humana e dialogados com a realidade social.

Para a consecução deste efeito prático faz-se necessário analisar o Direito Civil dogmatizado, pois está representado a partir de um conjunto de normas compactadas e previamente elaboradas e postas (sistematização), mas tendo em vista uma hermenêutica aberta, dotada de metodologia capaz de direcionar na solução de possíveis conflitos que ocorrem no espaço social privado (adequação) (GONTIJO, 2011, p. 133).

O intérprete contemporâneo precisa refletir sobre o “neocivilismo” a partir das relações que mantém com outras ordens, precisando suas determinações e orientando para uma ordem finalista de caráter concretista. Na esteira da hermenêutica sustentada por Streck (2011, p. 107), para o efeito prático, sustentado pelos princípios da socialidade, eticidade e principalmente o da operabilidade da Lei Civilista, o intérprete deve alinhar seu pensamento jurídico perante os fatos sociais concretamente existentes na realidade fenomênica<sup>7</sup>, ou seja, diante da força probatória daquilo que é estabelecido e observável enquanto fato apurado e realizado no auditório universal, fruto de uma sociedade aberta.

A interpretação aqui proposta não desconsidera a carga normativa que o Código Civil contém, pelo contrário, valoriza esta normatividade de modo a ensejar exegese que possa ajustá-la ao fato social *in concreto*. Noutros termos, tem-se a regra jurídica enquanto norma-padrão pré-estabelecida, mas não petrificada, ou seja, a norma tipificada no diploma como centro norteador a guiar a reflexão jurídica interpretativa do aplicador.

Ao se lidar com um sistema aberto, como parte de uma sociedade aberta, o intérprete deve ter cautela na medida em que sua exegese pode recair em aporia, isto é, em interpretação desprovida de sentido, pois eivada de fundamentação inconsistente ou argumentação frágil. Tal vício termina por converter o conhecimento jurídico em produto desarrazoado e carente de conteúdo ou mesmo essência jurídica. Assim, é importante destacar a norma-padrão fixada na Lei em relação à sua função diretiva capaz de estabelecer parâmetros interpretativos ao hermeneuta. Ademais, a metodologia empregada, ainda que aberta e variável, deve ser clara, a fim de atribuir à norma efeito restritivo, extensivo ou integrativo.

7 O que se mostra fenomenológico corresponde à manifestação do objeto em sua essência, bem como a busca que possibilita essa manifestação. A, a fenomenologia da sociedade aqui, trata da realidade, dos fenômenos em si mesmos e cujo fim é apreender sua essência, estrutura e significação. É verdadeiro método de redução, pelo qual o conhecimento factual e as suposições racionais sobre os fenômenos como objeto, e a experiência do eu, são postas de lado, para que a intuição pura da essência do fenômeno possa ser rigorosamente analisada.

A interpretação pós-positivista não remete à errônea ideia de que o conhecimento jurídico não deva obedecer a parâmetros metodológicos, porque para se chegar a uma interpretação, inicialmente deve-se levar em consideração a norma-padrão, isto é, a literalidade da norma, o que de certo modo já recai no método (mecanismo) exegético gramatical.

O desiderato interpretativo acima arrimado almeja ainda atingir a operabilidade do Código Civil atrelada aos valores de dignidade e de bem-estar da pessoa humana (humanização do conteúdo jurídico). Assim, a metodologia aberta do pensamento pós-positivista deve estar amarrada dentro de uma estrutura lógica que possa permear a atividade interpretativa.

Frisa-se que este trabalho não apoia a inconsistência metodológica, mas o ensaio exegético que acarreta num constante processo de construção e reconstrução, quando da aplicação da Lei Civil, e que pode ensejar numa atuação jurídica mais justa e realista, sem perder de vista a segurança.

Humanizar a aplicação da Lei Civil não significa a desconstrução de seu conteúdo normativo, mas o sentimento jurídico eivado de carga valorativa que desencadeia numa atuação voltada para as questões existenciais do caso *sub judice*. A partir desta nuance, assume-se a perspectiva de um Direito Civil renovado com as aspirações de reposição do sujeito no centro protetivo da Lei.

Neste compasso, é que a leitura do Código Civil deve ser feita segundo parâmetros estacionados entre a segurança jurídica e a justiça. Tal se explica, pois, a adequação à realidade social do conteúdo civilista é uma tendência que ganha espaço na doutrina e na jurisprudência, mas que ainda merece estudos para se averiguar a razoabilidade de implantação teórica e aplicação prática desta vertente que aqui pode ser denominada de “neocivilismo”. Noutros termos, o Direito Civil, contextualizado na pós-modernidade, passa por constantes interpretações e inovações, não se resumindo tão-somente à estrita legalidade.

Supera, assim, o paradigma da teoria positivista do Direito. O modelo legalista passa a ser suplantado para dar vazão, cada vez mais, ao campo da argumentação, ou seja, ao círculo hermenêutico de interpretação e consequente concretização do Direito.

Assim é que o Direito, em sua vertente mais arraigada às relações privadas e tendo como símbolo maior desta representatividade o Código Civil<sup>8</sup>, passou a receber interpretações novas que romperam com a moldura interpretativa do Diploma Civilista outrora implantada e segmentada na ordem jurídica pátria.

Tal mudança de paradigma teve início na Europa por meio da corrente pós-positivista, ganhando força e amplitude no Direito brasileiro a partir da promulgação da Constituição de 1988.

Neste passo, a tendência jurídica – atualmente representada não apenas pela ordem normativa positivada, mas também por mecanismos hermenêuticos estimulados pelo esforço interpretativo doutrinário e do ativismo judicial – ganha espaço para estabelecer novos paradigmas de compreensão e adequação do Código Civil, que já não pode ser mais analisado como lei unitária e isolada, que em momento anterior representava um complexo sistema de normas pré-estabelecidas e ordenadas dentro de um Código que, *per si*, tinha soberania normativa sobre as demais leis. Deve ser analisado, ao revés, como diploma legal que indubitavelmente foi afetado pela concepção pós-positivista de interpretação.

A Constituição de 1988 prega o Estado Democrático e do bem-estar social, é cidadã e a favor do homem e de sua dignidade. Seu conteúdo normativo é robustecido por “normas-programa” e está calcado na humanização das relações sociais a partir de princípios de cooperação, igualdade substancial, prevalência dos direitos humanos e também pela eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais

---

8 Por muito tempo a Lei civilista fora considerada a lei mais importante, representando a espinha dorsal do ordenamento jurídico nacional. Tanto era assim, que a atual Lei de Introdução às normas do direito brasileiro – LINDB, fora denominada de Lei de Introdução ao Código Civil. Ademais, a formação dos operadores do direito era calcada numa sistemática da *civil law*, cuja matriz idealizadora era o Código Civil enquanto centro normativo.

às situações concretas.

O Direito Civil não ficou à margem deste espírito humanístico e passa a sofrer esta força irradiadora de natureza pós-positivista e, a *pari passu*, o Código Civil ganha contornos interpretativos que flexibilizam e humanizam sua aplicação às relações sociais privadas.

Em verdade, o Diploma Civilista de 2002 já nasceu “contaminado” (ou tendente a esta “contaminação”) por esta força irradiante em virtude dos princípios da socialidade, eticidade e operabilidade que o norteiam.

Apesar desta vertente interpretativa do Direito Civil, que, em tese, tem inclinação para lhe atribuir maior efetividade social, é de se notar duas formas para analisá-lo.

A primeira parte da perspectiva positivista, ainda fortemente aplicada no universo jurídico, que concebe uma disciplina civilista meramente codificada, de fechamento operacional e conteúdo jurídico sistematizado e completo, ou quase completo, a regular os fatos sociais das relações privadas.

Já numa segunda análise, pós-positivista, parte-se do pressuposto de um Direito Civil aberto (alopoiético) que, sob um olhar um tanto quanto intuitivo e de percepção existencialista, compreende as relações privadas, tendo como objeto a experiência dos casos concretos e a axiologia social circundante. Assim, na linha de Gontijo (2011, p. 134), não há um método preestabelecido que sirva ao direito para a solução dos conflitos humanos, mas cada caso cria seu próprio método. Ou seja, os métodos jurídicos devem ser dialéticos, particularizados, erguidos e sustentados.

Em razão desta dupla percepção é que a problemática metodológica de aplicação do Direito Civil está no paradoxo epistemológico situado na questão da gênese humana entrelaçada ao conteúdo jurídico entre o método positivista de construção e emprego do Direito – elaborado pelo modelo estanque do Estado liberal, cujo propósito se alinha à vertente contratualista, a defender o princípio

da autonomia da vontade, enquanto esplendor da ordem deontológica – e a interpretação pós-positivista, que vislumbra conteúdos e produtos jurídicos civilistas alinhados a resultados de percepção de dinâmica social, de modo a encontrar respostas mais adequadas e humanizadas quando da aplicação do Direito.

Na esteira da corrente pós-positivista, o enredo dialógico e aberto possibilita a edificação de um Direito Civil comunicativo, não apenas consigo, mas também com outros diplomas legais e com outras fontes, sejam elas jurídicas, morais ou éticas.

O Direito Civil encontra no Código Civil a sua principal referência legislativa, representando o marco a estandardizar este macrossistema. Trata-se de verdadeiro conjunto normativo sistematizador a compilar normas sobre diversas relações privadas que envolvem o homem consigo, em relação a outros sujeitos e à sociedade. Por ser um macrossistema, apresenta diversidade jurídica e elementos peculiares que lhe caracterizam e que são divididos e distribuídos em diversos Títulos espalhados pelos Livros do respectivo Código<sup>9</sup>.

O volume da disciplina jurídica presente no Código é extenso, e por isso foi elaborado de forma sistematizadora, ou seja, a planejar e organizar o desenrolar da vida do homem, desde seu nascimento até sua morte. Tal arranjo deve-se ao fato do intento legislativo em manter a harmonia jurídica da Lei. Mas um elemento bastante salutar para a contextualização da cadeia normativa do Código Civil foi a disseminação de cláusulas gerais em seu corpo textual, o que possibilita relação dialógica entre os comandos legais do Diploma civilista, bem como com outros subsistemas de Direito.

O enlace dialógico é funcional e manifesta seu dinamismo de forma endógena, ou seja, quando realizado entre os artigos do próprio Código, mas também de forma exógena por meio das cláusulas gerais

9 A saber, o Código Civil está dividido em: Parte Geral: Das pessoas (Livro I), Dos bens (Livro II), Dos fatos jurídicos (Livro III); Parte Especial: Do direito das obrigações (Livro I), Do direito de empresa (Livro II), Do direito das coisas (Livro III), Do direito de família (Livro IV), Do direito das sucessões (Livro V) e Livro Complementar sobre as disposições finais e transitórias.

e também dos conceitos jurídicos indeterminados, que ganham corpo a partir da constatação de que estes são capazes de flexibilizar o apego extremado ao texto legal.

As cláusulas gerais estão espalhadas no corpo do Código e apresentam natureza ontológica porque provêm de uma moral social, ou seja, daquilo que decorre do bom senso, dos bons costumes e da prática racional que é aceita e exercida no ambiente coletivo de socialidade. Em verdade, representam a ponderação coletiva sobre determinado ato ou fato; por tal, são derivadas de verdadeiro juízo de mensuração social que através do empirismo e da experiência passam a ser consensualmente realizáveis com fulcro no equilíbrio e na objetivação das condutas praticadas no esteio da sociedade.

As cláusulas gerais, mais do que um “caso” da teoria do direito – pois revolucionam a tradicional teoria das fontes –, constituem as janelas, pontes e avenidas dos modernos códigos civis. Isso porque conformam o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos, ainda inexpressos legislativamente, de *standards*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não-previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não-advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfico jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos metajurídicos, *viabilizando a sua sistematização e permanente ressistematização no ordenamento positivo*. (MARTINS-COSTA, 1998, p. 06-07, *grifos da autora*).

As cláusulas gerais presentes no Código Civil representam demonstrações da materialidade dos resultados de se fomentar uma sociedade aberta, porque efetivamente são oriundas da relação dialógica e da intensa comunicação que discorre sobre situações de interesse do bem comum e do bem-estar social. A moral aqui discutida, enquanto ingrediente a compor o conteúdo das cláusulas gerais, trata-se da moral coletiva, e não individual ou particularizada. Neste sentido, a interpretação coletiva é imprescindível para a confecção delas, servindo a análise social (objetivamente considerada) de

legítima filtragem a refinar o direito para que possa fazer a conversão da natureza ontológica para a ordem deontológica, portanto, do “ser” para o “dever-ser” a preencher a Lei Civil.

Ademais, outra característica das cláusulas gerais é a capacidade de sobrevida no tempo e no espaço, porque – apesar da baixa densidade normativa – apresentam alto grau de abstração, cuja aplicação tem capacidade para irradiar várias situações; e também porque a interpretação delas pode ser flexibilizada, a depender do caso concreto, colaborando assim para o exercício da atividade hermenêutica do intérprete. As cláusulas gerais estão distribuídas em diversas normas no correr do corpo do Código Civil, a exemplo dos artigos 187, 286, 421, 422 e art. 2.035 e §único. São identificadas por carregarem elevada axiologia e alto teor de carga semântica. Assim, expressões como “boa-fé”, “função do social do contrato e da propriedade”, “proibidade nas relações obrigacionais e contratuais”, são exemplos da tessitura de tais cláusulas, explica Tepedino (2001, p. 12). Ainda para o autor, na utilização das cláusulas gerais,

Torna-se indispensável que o legislador de hoje recorra à *técnica narrativa*, de algum modo à retórica e aos sentimentos (não subjetivos dele, legislador, mas da sociedade, recolhendo democraticamente os valores predominantes na realidade social), para que determine o conteúdo axiológico das cláusulas gerais [...] (2001, p.08, grifos do autor).

Ainda sob o foco exógeno de diálogo, a proposta metodológica aberta de interpretação também se mostra incidente no macrosistema do Código Civil por meio dos conceitos jurídicos indeterminados que permeiam o Diploma. Várias são as passagens da Lei Civilista que descrevem expressões cujo teor podem ser (re) ajustados ao caso fático, atingindo, assim, a determinabilidade que se espera para sanar a situação concreta.

Expressões como “bons costumes”, “ordem pública”, “interesse econômico e social”, “circunstancias”, “risco”, “ato inequívoco”, entre outras, estão dispersas no Código a ensejar hermenêutica que

se adequa à situação vivenciada. Assim se dá quanto à preservação dos “bons costumes” quando do ato de disposição do próprio corpo prevista nos direitos de personalidade (art. 13), ou mesmo para configuração do abuso de direito do art. 187; a perturbação da “ordem pública” é causa ensejadora de ilicitude civil nos negócios jurídicos (arts. 122, 606 e 1.125); o interesse econômico e social aparece em diversas transcrições da Lei a fim de manter equilíbrio e harmonia em vários seguimentos das relações privadas, inclusive com restrição ao direito de propriedade (art. 1.228 e §§ 3º e 4º); as “circunstâncias” também são utilizadas para estabelecer parâmetros limitativos de exercício e aplicação do Direito, a exemplo da fixação dos alimentos e do pedido de redução ou exoneração (art. 1.699); o “risco” foi aproveitado em outras passagens, seja para servir de conteúdo aos contratos de transporte (arts. 743 e ss.), seja para caracterizar a espécie de responsabilidade civil prevista no art. 927, § único; o “ato inequívoco” serviu de critério para interrupção da prescrição (art. 202, inciso IV) e também para dar validade ou não à ratificação no contrato de mandato (art. 662, § único).

De maneira incipiente, é importante trazer à baila uma breve diferenciação entre as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados, vez que ambos têm similaridades, porém com finalidades distintas a corroborar na jurídica distinção dos termos.

Tanto as cláusulas gerais como os conceitos indeterminados se destacam pela vagueza e abstração normativa, características, em verdade, que favorecem a liberdade interpretativa do hermeneuta.

As primeiras apresentam perfil orientador, a fornecer diretriz para aplicação da norma *in concreto*. Estão atreladas aos comandos normativos, que lhes atribuem sentido e direção para aplicação, a depender do dispositivo legal em que estão contextualizadas. Distinguem-se dos conceitos indeterminados em razão da finalidade e também da eficácia, vez que estes, quando diagnosticados na atividade do hermeneuta, possibilitam o preenchimento da lacuna intrínseca às expressões indeterminadas, mediante juízos de valor e de realidade a

depende da situação prática envolvida. Busca-se, assim, por meio de denso trabalho hermenêutico, atribuir determinabilidade ao conceito, que ora se apresenta ainda mais aberto no texto da norma, ou seja, com grau de abstração mais elevado do que o apresentado pelas cláusulas gerais. Assim, o conceito jurídico é indeterminado na forma, ou seja, enquanto expressão estática na lei, mas sua externalidade precisa ser materialmente considerada de tal modo a ganhar folego e atingir a determinabilidade que dele se espera para açambarcar a situação fática (NERY JR. e ROSA, 2002, p. 17).

Noutro ponto, as expressões também se diferenciam quanto à semântica, no que tange ao teor de conteúdo e de significação. Assim, semanticamente, a cláusula geral se mostra mais pontual e serve de norma-padrão a ser seguida pelos destinatários ou interessados. Ademais, o enquadramento normativo em que está contextualizada já aponta para a significação que a cláusula pode abarcar. Já o conceito jurídico indeterminado não se revela no campo semântico, ou, se o faz, é de forma bem tímida, de modo a necessitar do hermeneuta um trabalho integrativo quanto ao sentido e ao alcance de sua envergadura linguística.

Como visto, as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados casam-se com a proposta de sociedade aberta porque representam, sob a forma literal e prescrita em lei, a influência destas expressões tanto na edificação normativa do Código Civil, quanto na formação científica, de caráter interpretativo, do conhecimento jurídico aliado às relações privadas. A atuação delas é singular e se processa em sentido amplo, quando de sua constatação na norma positiva, mas também em sentido estrito, quando da intervenção do hermeneuta a açoiar a interpretação que coadune o conteúdo abstrato às situações práticas vivenciadas no mundo fenomênico social.

Nesta esteira é que o Direito Civil conquista dimensão normativa, ao se fazer representar pela Lei Civilista e demais legislações que a circunscrevem: dimensão teórica, quando de sua elasticidade de conteúdo e capacidade de alcance interpretativo; assim como dimensão

prática, quando da pontualidade do resultado obtido que se perfaz adequado à realidade social.

Enquanto macrosistema, a comunicação da Lei Civil também se perfaz de forma exógena quando em contato normativo e/ou teórico com outros microsistemas jurídicos. Tal fato se processa em virtude da teoria gravitacional dos micros ou subsistemas<sup>10</sup>.

O Código Civil, na contemporaneidade, não tem mais por paradigma a estrutura que, geometricamente desenhada como um modelo fechado pelos sábios iluministas, encontrou a mais completa tradução na codificação oitocentista. Hoje a sua inspiração, mesmo do ponto de vista da técnica legislativa, vem da Constituição, farta em modelos jurídicos abertos. Sua linguagem, à diferença do que ocorre com os códigos penais, não está cingida à rígida descrição de *fattispecies* cerradas, à técnica da casuística. Um Código não-totalitário tem janelas abertas para a mobilidade da vida, pontes que o ligam a outros corpos normativos – mesmo os extra-jurídicos – e avenidas, bem trilhadas, que o vinculam, dialeticamente, aos princípios e regras constitucionais (MARTINS-COSTA, 1998, p. 06).

O robusto conteúdo jurídico do Código Civil lhe permite realizar pontes ou ganchos comunicativos com outros (micro) sistemas que dele derivam. Assim acontece com diversas leis, vez que o Diploma Civilista, além das cláusulas gerais, também é recheado por múltiplos comandos que podem ser denominados de “normas gerais ou diretrizes”<sup>11</sup> a fomentar e guiar a construção e o delineamento de outras fontes legais.

De modo exemplificativo, têm-se a Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015, que trata do Estatuto da Pessoa com Deficiência; a Lei nº 10.216, de 06 de abril de 2001, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais; a Lei nº

10 Importante ponderar que não se está limitando a capacidade comunicativa exógena da Lei Civil em relação aos macrosistemas, a exemplo do Constitucional, vez que é possível observar tal diálogo entre estas fontes legislativas em várias passagens, tanto do texto Civil como do Constitucional. Todavia, o objeto de estudo exógeno comunicativo aqui pretendido é aquele tendente a abordar a relação dialógica ente o Código Civil e os microsistemas com fulcro a justificar a teoria gravitacional.

11 Estas normas gerais ou diretrizes também podem ser chamadas de “normas programáticas”.

10.257, de 10 de julho de 2001 (Estatuto da Cidade), que estabelece regras sobre a usucapião especial de imóvel urbano e sobre o direito de superfície; a **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (ECA), que retrata os direitos da criança e do adolescente**; a **Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977**, que regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento; a **Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990, que versa sobre a impenhorabilidade do bem de família**; a **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que regulamenta questões sobre os registros públicos, como o registro de imóveis e das pessoas naturais, nascimento, casamento, emancipação, interdição e da ausência**; a **Lei nº 8.245, de 19 de outubro de 1992, que prevê normas sobre locação de imóveis urbanos**; e a **Lei nº. 8.078/90, de 11 de setembro de 1990, que dispõe sobre a proteção e defesa do consumidor, principalmente no que concerne à tutela contratual que, notadamente, tem sua essência jurídica atrelada e assentada na teoria contratual do Direito Civil.**

Como se depreende, o diâmetro da esfera comunicativa do Código Civil é dilatada e se processa em razão da amplitude que sua órbita gravitacional realiza dentro de um macrosistema que possa, a partir de suas diretrizes e cláusulas gerais, estabelecer ganchos dialógicos com outros subsistemas de Direito. Neste diapasão, os demais microsistemas passam a circular em torno do campo gravitacional da teoria e do Diploma Civilista.

Por fim, outra importante contribuição do Código Civil, **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, foi a inserção em seu bojo teleológico dos princípios** da socialidade, eticidade e da operabilidade.

#### **4. CONCLUSÃO**

A ótica pós-positivista, preocupada com os efeitos da norma nos direitos fundamentais e na dignidade da pessoa humana, vem ganhando terreno sobre a importante visão estruturada positivista. Há de se observar que, mesmo distintas, uma não exclui a outra, ao contrário, aquela utiliza-se desta para, em uma visão englobante,

alcançar o jurisdicionado.

O Direito Civil, após trinta anos da Constituição Cidadã, passou e passa por ajustes na sua interpretação. O objetivo, é claro, almeja a equidade aristotélica.

Sem confundir que uma vertente defensora dos princípios sociais deve minimizar, mas não descaracterizar o cunho, por vezes, patrimonialista do código. Se o fizesse, correria o risco de estimular a inadimplência nos negócios jurídicos e seus correlatos e aumentar a intervenção estatal na vida privada do indivíduo.

Os princípios civilistas, cuja leitura também se perfaz em consonância com a dinâmica de permeabilidade, vez que se tratam de axiomas sociais-constitucionais que foram conectados ao Diploma, frutos de enredo dialético valorativo, configurando, assim, evidentes e verdadeiras premissas presentes no esteio da sociedade, porquanto são constatações fundadas em demonstrações racionalmente inatas à consciência moral e coletiva, segundo generalizações da observação empírica.

Tais princípios assumiram soberana importância para permitir nova leitura da disciplina do Direito Civil e propiciaram espaço para interpretações mais adequadas e ajustadas ao contexto social. Trata-se de princípios a nortear o Código Civil e também as legislações que em torno de seu eixo de translação gravitam e com ele estabelecem comunicação.

Para conseguir tal intento, obtido inicialmente caso a caso, busca-se o juízo de equidade, que é de ordem material, e o uso do método axiológico, de ordem operacional, na atividade hermenêutica.

Em outros termos, o Direito passa a ser abraçado pelo conteúdo valorativo, vez que é desta constelação de valores que se dá o tom do justo para solução do caso; pela lei, que contém o “programa da norma” (norma-padrão); e pela realidade como se apresenta factualmente. O intérprete, diante deste cenário, otimiza o normativismo ao eleger os valores que se amoldam à lei positiva e em consonância com a realidade fática.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Tradução de Zilda H. S. Silva. São Paulo: Landy, 2005.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Leonel Vallandro; Gerd Bornheim. In: Os Pensadores. São Paulo: Editora Victor Civita, 1973.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.
- BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Beccacia Versiani. Barueri: Manole, 2007.
- BOLWERK, *Hermenêutica e interpretação do direito civil*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil 1988*. Organizado por Angher, Anne Joyce. 20ª ed. São Paulo: Rideel, 2015.
- BRASIL. *Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm)>. Acesso em: 12 abr. 2018.
- BRASIL. *Lei nº 10.216, de 06 de abril de 2001*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LEIS\\_2001/L10216.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10216.htm)>. Acesso em: 12 abr. 2018.
- BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em: 12 abr. 2018.
- BRASIL. *Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6515.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm)>. Acesso em: 12 abr. 2018.
- BRASIL. *Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8009.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8009.htm)>. Acesso em: 12 abr. 2018.
- BRASIL. *Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6015original.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015original.htm)>. Acesso em: 12 abr. 2018.
- BRASIL. *Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8245.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8245.htm)>. Acesso em: 12 abr. 2018.
- BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm)>. Acesso em: 12 abr. 2018.
- BRASIL. *Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/l10257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm)>. Acesso em: 12 abr. 2018.
- BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 12 abr. 2018.
- FIUZA, César. *Crise e interpretação no Direito civil da escola da exegese à teoria da argumentação*. Direito Civil: Atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- GALUPPO, Marcelo Campos. *A epistemologia jurídica entre o positivismo e o pós-positivismo*. Belo Horizonte: Faculdade Mineira de Direito, 2002.
- GALUPPO, Marcelo Campos. *O Direito Civil no contexto da superação do positivismo*

*jurídico: a questão do sistema*. Disponível em <<http://books.google.com.br/books?isbn=8573086025>>. Acesso em 13 abr. 2018.

GONTIJO, Lucas de Alvarenga. *Filosofia do direito: metodologia jurídica, teoria da argumentação e guinada linguístico-pragmática*. Belo Horizonte: Arraes, 2011.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Parte I. Petrópolis: Vozes, 1995.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. *O Direito Privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro*. Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 35 n. 139 jul./set. 1998.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *A caminho de um Direito Civil constitucional*. Revista Estado, Direito e Sociedade, vol. I, 1991, publicação do Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-Rio.

NERY JÚNIOR, Nelson; ROSA Maria de Andrade. *Novo Código Civil e Legislação Extravagante Anotados*. 1ª ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TEPEDINO, Gustavo (coord.). *O Código Civil, os chamados microsistemas e Constituição: premissas para uma reforma legislativa*. Problemas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

# A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E A REVOLUÇÃO NO DIREITO PRIVADO BRASILEIRO

Rafael Ribeiro Bueno Fleury de Passos<sup>1</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

O Direito Civil passou, nas últimas décadas, por significativos avanços históricos, que ainda vêm sendo amadurecidos e tendo ampliado o seu alcance. Vale salientar que os valores individualistas e patrimonialistas que capitanearam a positivação do Direito Privado brasileiro, desde o velhusco Diploma Civil de 1916, difundindo seus postulados para toda a ordem jurídica privada, cederam espaço aos valores da socialidade, eticidade e operabilidade (SANTOS, 2001).

Ademais e nessa vereda, a dignidade da pessoa humana não apenas prevalece ante o direito de propriedade, senão sobre ele se agiganta em importância valorativa, visto que – ora carecendo de seu caráter absolutista – o direito ao patrimônio encontra-se modernamente limitado à sua função social.

Assim, a partir de 1988, no âmbito Constitucionalização do Direito Civil, os antiquados valores enleados à velha conjuntura do Direito Privado sofreram a imantação dos valores constitucionais, cujo fundamento primário – o ser humano em sua dignidade – estabeleceu-se positivamente enquanto norte exegético necessário a toda e qualquer interpretação no direito pátrio.

---

1 Pós-graduando em Direito Administrativo e Licitações pela Universidade Candido Mendes.

## 2. ORIGEM, CONTEXTO E DIRETRIZES DO MOVIMENTO

A supremacia constitucional foi se consolidando a partir das Constituições rígidas, elaboradas com base na Constituição Americana de 1787. Por sua vez, a admissão do controle de constitucionalidade das normas infraconstitucionais fortaleceu o papel das Constituições, além de contribuir em sua estabilização enquanto elemento nuclear do sistema jurídico. Tal mecanismo de controle colaborou para a manutenção dos institutos tradicionais do Direito Privado – tais como a propriedade, o contrato e os institutos próprios do Direito de Família – que passaram a ser interpretados em consonância com a Lei Maior (MENEZES, 2007).

Alçada ao status de lei suprema do ordenamento jurídico, a Constituição passou a ser reconhecida, pois, como fundamento de validade de todo o sistema. Essa posição hierarquicamente superior impõe restrições à legislação infraconstitucional, dita a necessidade de conformação com o texto constitucional dos atos praticados sob sua vigência, bem como fornece o substrato interpretativo às normas situadas em nível inferior.

Com o auxílio desse lacônico preâmbulo, adentramos a Constitucionalização do Direito Civil, ora passando a conceituá-la. Eis que consiste em movimento hermenêutico, que envolve a aplicação da principiologia constitucional na interpretação dos institutos do Direito Civil, de maneira que sejam instrumentos de proteção e promoção da dignidade da pessoa humana. Bem assim, concerne na fase atual de evolução do Direito Privado bem como numa nova forma de aplicação do Direito Civil, à guisa de que seus institutos percam o caráter absoluto herdado do estado liberal e se tornem instrumentos de efetivação da pessoa humana concretamente considerada em sua dignidade (TEPEDINO, 2005, p. 231).

Vale afirmar, outrossim, que o movimento hermenêutico sob análise consiste em fenômeno que exige da ordem civil

– eminentemente privada – obediência restrita às diretrizes, delimitações e pautas axiológicas demarcadas pela Lei Maior, direta ou indiretamente. Logo, não há mais sombra de dúvida de que é o Direito Civil que deve ser interpretado segundo a Constituição, jamais o oposto (LÔBO, 1999, p. 01).

Nessa trilha, muito mais do que não se cingir às situações em que existe regra constitucional a disciplinar, especificamente, assuntos afetos à ordem infraconstitucional, a Constitucionalização do Direito Civil preconiza a submissão a que toda a sistemática civil se sujeita, em sede interpretativa.

Além do quê, cumpre salientar que o movimento do Direito Civil Constitucional significa uma verdadeira atividade migratória pela qual o eixo fundamental do Direito Civil deixa de ser o Código e passa a ser a Constituição Federal, que, a seu turno, impõe uma releitura dos institutos privados basilares, tal como ocorre, na espécie, com a redefinição estrutural por que passa o direito de propriedade. Nesse compasso, fique patente que não existem dois “direitos civis”, um no bojo da Constituição e outro fora dela, haja vista que há, de veras, somente um, que continua sendo ramo do Direito Privado, mas que agora deve ser compreendido em consonância com a Magna Carta (SANTOS, 2001).

Em sede de tal momento preambular à abordagem da Constitucionalização, valem as anotações de Gustavo Tepedino (2001) citado por André Soares Hentz (2006), que, ao comentar sobre a nomenclatura adotada para o movimento hermenêutico ora estudado, sustenta que

a adjetivação atribuída ao direito civil, que se diz constitucionalizado, socializado, despatrimonializado, se por um lado quer demonstrar, apenas e tão-somente, a necessidade de sua inserção no tecido normativo constitucional e na ordem pública sistematicamente considerada, preservando, evidentemente, a sua autonomia dogmática e conceitual, por outro lado poderia parecer desnecessária e até errônea. Se é o próprio direito civil que se altera, para que adjetivá-lo? Por que não apenas ter a coragem de alterar a dogmática,

pura e simplesmente? Afinal, um direito civil adjetivado poderia suscitar a imprecisão de que ele próprio continua como antes, servindo os adjetivos para colorir, com elementos externos, categorias que, ao contrário do que se pretende, permaneceriam imutáveis. A rigor, a objeção é pertinente, e a tentativa de adjetivar o direito civil tem como meta apenas realçar o trabalho árduo que incumbe ao intérprete. Há de se advertir, no entanto, desde logo, que os adjetivos não poderão significar a superposição de elementos exógenos do direito público sobre conceitos estratificados, mas uma interpenetração do direito público e privado, de tal maneira a se reelaborar a dogmática do direito civil. Trata-se, em uma palavra, de estabelecer novos parâmetros para a definição de ordem pública, relendo o direito civil à luz da Constituição, de maneira a privilegiar, insista-se ainda uma vez, os valores não-patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento deve se voltar a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais.

Empreendendo uma breve digressão histórica, vale ponderar que a Revolução Francesa, no século XVIII, foi um divisor de águas na história da humanidade, de maneira que os ideais libertários e a ebulição social, política, cultural, artística e filosófica suscitaram uma nova consciência nos povos, engendrando igualmente diversas transformações. A partir dessa Revolução – reunida com outros importantes acontecimentos do século XVIII, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789 – emergiram dois anseios: limitar o poder político do governante, jungindo o Estado opressor à legalidade; e assegurar liberdade e autonomia aos indivíduos, principalmente na seara econômico-patrimonial. Rompia-se, desse modo, com os postulados do *Ancien Régime*, vigentes desde o final da Idade Média, abrindo-se a chamada Era Moderna, sob o pálio do Estado liberal (SANTOS, 2001).

Nesse painel, deflagraram-se a supervalorização do homem – com bases no individualismo e no liberalismo – bem como a delimitação do poder do Estado, que, antes demasiado invasivo e despótico, agora teria que se circunscrever a limites. Assim, principiava o florescimento do Estado de Direito, pautado num ordenamento jurídico

cujas normas e regras se encontravam previamente positivadas.

Além do mais, para que fossem logrados os novos anseios, incrementou-se o constitucionalismo, fenômeno entendido como a predominância de uma Constituição ordinariamente escrita, na qual estivessem consagrados tanto os direitos fundamentais do cidadão quanto as vedações e confines ao Estado.

As Magnas Cartas que se seguiram, contudo, praticamente não editaram normas que se referissem às relações entre particulares, restringindo-se a acentuar as limitações ao poder político do Estado. Nesse passo, os códigos de Direito Privado (então compromissados com o subjetivismo) ficaram com o encargo de regulamentar essas matérias.

Inobstante, a voracidade pela apropriação, posse e dominação comandou as legislações infraconstitucionais. Em tal palmilhar, anota o proeminente civilista contemporâneo Paulo Lôbo (1999, p. 01), *in litteris*:

Os códigos civis tiveram como paradigma o cidadão dotado de patrimônio, vale dizer, o burguês livre do controle ou impedimento públicos. Neste sentido é que entenderam o homem comum, deixando a grande maioria fora de seu alcance. Para os iluministas, a plenitude da pessoa dava-se com o domínio sobre as coisas, com o ser proprietário. A liberdade dos modernos, ao contrário dos antigos, é concebida como não impedimento. Livre é quem pode deter, gozar e dispor de sua propriedade, sem impedimentos, salvo os ditados pela ordem pública e os bons costumes, sem interferência do Estado.

As primeiras constituições, portanto, nada regularam sobre as relações privadas, cumprindo sua função de delimitação do Estado mínimo. Ao Estado coube apenas estabelecer as regras do jogo das liberdades privadas, no plano infraconstitucional, de sujeitos de direitos formalmente iguais, abstraídos de suas desigualdades reais. Consumou-se o darwinismo jurídico, com a hegemonia dos economicamente mais fortes, sem qualquer espaço para a justiça social. Como a dura lição da história demonstrou, a codificação liberal e a ausência da constituição econômica serviram de instrumento de exploração dos mais fracos pelos mais fortes, gerando reações e conflitos que redundaram no advento do Estado Social.

Nessa toada, a ordem constitucional nos moldes acima mencionados possibilitou, *exempli gratia*, ao Código Civil de 1916 que tivesse o *status* de **“constituição” do Direito Privado, “constituição” do homem comum e liberal. Por tal razão, chegava-se a deduzir o absurdo de que a Constituição deveria ser interpretada segundo o Código Civil, e não o contrário. Por óbvio que o passar do tempo e as transformações na realidade sociojurídica se incumbiram de evidenciar o disparate que representava tal ideia.**

Ansiava-se, no bojo do século XIX, pela criação de um modelo jurisdicional que priorizasse a concreta constatação e resolução dos litígios, de forma tal que a excessiva abstração (teorização) deveria sucumbir à realidade que então se assentava (SANTOS, 2001). Nessa senda, o liberalismo da época preconizava a autossuficiência e o hermetismo do Direito provindo do arcabouço estatal, crendo-se na neutralidade dos preceitos que o jurista deveria seguir. Ademais, o ser humano era visto como um fim em si mesmo, sujeito ou titular de direitos – concepção que corroborava o forte acento patrimonialista então conferido ao Direito Civil. Na mesma vereda, as ideias de igualdade implicavam isonomia meramente formal ou abstrata.

Ante todo esse quadro, irrompeu a necessidade de perfilhar uma filosofia menos individualista e mais funcional, por meio da qual a proteção da pessoa humana, individualmente considerada, deveria ocorrer nos limites da razoabilidade, não se firmando no egoísmo.

Apesar dos novos anseios filosóficos que vinham à tona no exórdio do século XX, o Código Civil de 1916, seguindo a tradição apregoada pelo modelo francês, fez coro ao individualismo voluntarista e ao liberalismo político-econômico reinante no século XIX. Sem embargo, no transcorrer do século XX, em razão das transformações sociais e tecnológicas, com a consecutória evolução da doutrina civil e da filosofia jurídica, reclamava-se a mudança do enfoque dado pelo velho Código, tendo em consideração o surgimento de novas exigências socioculturais e jurídicas.

Orientando a interpretação dos preceitos, a nova concepção

passa a obedecer às diretrizes e linhas axiológicas traçadas pela Constituição Federal, na qual se encontram os princípios fundamentais da República bem como as garantias primordiais da pessoa humana.

Motivada por um roteiro evolucionista, baseado na necessidade de impor limites à autonomia privada bem como de realizar a solidariedade e a lealdade social, foi promulgada em 05 de outubro de 1988 a atual Carta Constitucional Brasileira, que promoveu sensível metamorfose no Direito substantivo pátrio. Tal diploma ouviu o clamor das camadas sociais mais desvalidas, o que o fez adotar índole axiológica de perfil socioprotetivo e incorporar cunho social, solidarista e intervencionista, vindo a causar o enfraquecimento das fundações individualistas e patrimonialistas que inebriaram o Diploma Civil de 1916 (SANTOS, 2001).

No exposto panorama de mutações engendradas na sociedade brasileira, adveio, pois, a Carta Política de 1988, em face da qual os fundamentos falidos da atrasada codificação civil de 1916 sucumbiram ante o sentido social nela adotado, bem como ante os ideais de solidariedade, socialização e dignidade da pessoa humana. Assim, o homem passou a ser valorizado não pelo *ter*, pela sua aptidão de ser dono de propriedades e de possuir acervos econômicos e patrimoniais, mas sim pelo *ser*, que toda pessoa representa, dotada ou não de posses e riquezas materiais.

Nessa linha, refletindo as aspirações da sociedade pós-guerra, depois que o mundo testemunhou imensuráveis atrocidades contra a vida humana, os princípios constitucionais passaram a buscar a recolocação do indivíduo no plano jurídico e a efetivação plena dos valores da pessoa humana. Ao erigir como valor fundamental a proteção da dignidade da pessoa humana, a Constituição da República colocou a pessoa no lugar do indivíduo. Segundo Perlingieri (1997, *apud* MENEZES, 2007), tanto no ordenamento italiano, quanto no brasileiro, fica evidente que se vem concretizando a superação do individualismo pelo personalismo (fundado no solidarismo) e o abandono do patrimonialismo como um fim em si mesmo.

A Carta Federal Brasileira empenha-se para cumprir o relevante papel de apresentar a nova ordem de valores que refletem as aspirações sociais e que, portanto, devem guiar a exegese dos institutos jurídicos, mesmo daqueles mais tradicionais – como a propriedade. O Direito Civil passa a regular os interesses do homem enquanto ser social e situado, e não mais do indivíduo isolado e egocêntrico, tutelado nas codificações liberais. Assim, o foco deixa de ser o patrimônio, passando este a ser visto como meio do desenvolvimento da pessoa humana e não mais como fim a ser resguardado pela ordem civil.

Interessa firmar, nesse ponto, que, no rito de passagem do liberal para o social, a Constitucionalização do Direito Civil empreendeu também os eventos da despatrimonialização e da repersonalização do Direito Civil, consistentes, nesta ordem, no esmorecimento do absolutismo patrimonial e na exaltação do ser humano, em sua essência e dignidade (TEPEDINO, 2008, p. 214). Por oportuno, vale transcrever a primorosa lição da Professora Doutora Heloísa Helena Gomes Barboza (1999, *apud* MENEZES, 2007):

De início, necessário é que se enfatize o ponto central dessa nova ordem jurídica, especialmente no que respeita às relações privadas: substituiu-se a ótica liberal, individualista, patrimonialista do século passado, por uma visão que se pode denominar humanista. O homem continua como centro de estruturação do sistema jurídico, porém, não mais como produtor e motor da circulação de riquezas, e sim como ser humano, que deve ser respeitado e assegurado em todas as suas potencialidades como tal. O patrimônio deixa de ser o eixo da estrutura social, para se tornar instrumento da realização das pessoas humanas. Em outras palavras, o homem não mais deve ser ator no cenário econômico, mas regente das atividades econômicas. Insista-se: o homem deve se servir do patrimônio e não ao patrimônio.

A propósito, seguindo o mesmo rastro, a Constituição Federal vigente conseguiu não apenas conceber o ser humano em perspectiva diversa, senão, nomeadamente, instituir princípios axiológicos de força cogente, tidos como autênticos fundamentos da República. Nessa seara, a hodierna *Lex Magna* enfatizou a submissão das leis infraconstitucionais ao ideário social, humanitário e solidário,

enunciando a direção a ser seguida pelos operadores do Direito, qual seja, a defesa do aspecto social e solidário dos institutos do Direito Privado, ao invés do culto egoístico ao individualismo vigorante sob o broquel do Estatuto de 1916. Em tal direção, convém trazer à baila alguns exemplares do entendimento jurisprudencial esposado pelo Colendo Pretório do Estado de Goiás, *in verbis*:

Apelação Cível. Declaratória. Cautelar. Locação de veículo. Furto. Valor cobrado. Cartão de crédito. Estorno não comprovado. Relação de consumo. Cláusulas abusivas. Pacta sunt servanda. Relativização. Verba honorária. [...] **II—A incidência do Princípio Pacta Sunt Servanda tem sido mitigada em razão da constitucionalização do direito privado. Assim, devido a aplicação da legislação consumerista, norma de ordem pública, afasta-se a alegação de ofensa ao ato jurídico perfeito, porquanto cabível a revisão de cláusulas contratuais eivadas de abusividade.** [...] Apelação conhecida e desprovida. (TJGO, APELAÇÃO CÍVEL 87329-15.2009.8.09.0000, Rel. DES. CARLOS ALBERTO FRANÇA, 2A CÂMARA CÍVEL, julgado em 28/07/2011, DJe 879 de 11/08/2011.) (*Grifo nosso.*)

COSNTITUCIONAL. CIVIL. FAMÍLIA. APELAÇÃO CÍVEL. RECONHECIMENTO DE SOCIEDADE DE FATO C/C PEDIDO DE DECLARAÇÃO DE DEPENDÊNCIA FINANCEIRA PARA FINS DE RECEBIMENTO DE PENSÃO PREVIDENCIÁRIA POR MORTE. COMPROVAÇÃO QUANTO À EXISTÊNCIA DE RELAÇÃO CONJUGAL DURADOURA, PÚBLICA E NOTÓRIA, COM ÂNIMO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. NECESSIDADE. EXEGESE DO PARÁGRAFO TERCEIRO DO ART. 226/CF. ONUS PROBANDI DA AUTORA. INTELIGÊNCIA DO ART. 333, I / CPC. **I—COM A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIVERSOS RAMOS DO DIREITO, INCLUSIVE DO DIREITO DE FAMÍLIA, A APLICABILIDADE DA LEGISLAÇÃO INFRA-CONTITUCIONAL PASSOU A SUBMETER-SE AOS LINDES TRAÇADOS PELA CARTA MAGNA DE 1988. A NOVA ORDEM CONSTUCIONAL RECONHECEU A UNIÃO ESTÁVEL ENTRE O HOMEM E A MULHER COMO ENTIDADE FAMILIAR. [...]** APELO CONHECIDO, PORÉM DESPROVIDO. (TJGO, APELAÇÃO CÍVEL 130589-7/188, Rel. DES. ROGÉRIO ARÉDIO FERREIRA, 3A CÂMARA CÍVEL, julgado em 10/02/2009, DJe

298 de 19/03/2009.) (*Grifo nosso.*)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. CONTRADIÇÃO. OBSCURIDADE. INEXISTÊNCIA. [...] 4-**AD ARGUMENTANDUM, URGE ESCLARECER QUE OS PRINCÍPIOS DO CDC FORAM RESSALTADOS NO CORPO DO VOTO, PORQUE O LEGISLADOR ATUAL ADOTOU UMA POSIÇÃO INTERMEDIÁRIA EM RELAÇÃO AO DIREITO PRIVADO. TRATA-SE DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E O AFASTAMENTO DEFINITIVO DO ESTADO POLICIALESCO, AUTORITÁRIO E MESQUINHO. ASSIM, NÃO HÁ MOTIVO PARA AFASTAR AS GARANTIAS DELINEADAS NO BOJO DO CDC.** EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. (TJGO, APELAÇÃO CÍVEL 92289-7/188, Rel. DR. CARLOS ALBERTO FRANÇA, 4A CÂMARA CÍVEL, julgado em 06/07/2006, DJe 14812 de 04/08/2006.) (*Grifo nosso.*)

Vejamos, nesse compasso, os traços marcantes da atual Carta Constitucional que interessam ao tema perscrutado. O texto constitucional estabelece, em seu art. 1º, *caput*, que “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”, dentre outros, os seguintes: “a cidadania” (inciso II), “a dignidade da pessoa humana” (III), “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” (IV). A par disso, em sede de seu art. 2º, encontra-se preconizada a regra básica e fundante da independência e harmonia dos três poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário. Já no art. 3º, firmam-se os objetivos fundamentais da República Brasileira, quais sejam, “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (I), “garantir o desenvolvimento nacional” (II), “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (III) e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (IV).

Ao lado das citadas coordenadas fundamentais do Estado Democrático de Direito Brasileiro, encontram-se disciplinados outros princípios gerais, de igual relevância, tais como: “prevalência dos

direitos humanos” (art. 4º, inciso II), “defesa da paz” (VI), “solução pacífica dos conflitos” (VII), “cooperação entre os povos para o progresso da humanidade” (IX); isonomia (art. 5º, *caput*); “inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” (*caput*); à consciência e à crença (VI); à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas (X); ao sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (XII); função social da propriedade (XXIII e art. 170, III); promoção da defesa do consumidor (XXXII e art. 170, V); direito de petição (XXXIII, alínea “a”); inafastabilidade do Poder Judiciário (XXXV); respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada (XXXVI); devido processo legal (LIII, LIV e LV); presunção de inocência (LVII); assistência judiciária gratuita aos necessitados (LXXXIV); valorização do trabalho humano e da livre iniciativa (art. 170, *caput*), existência digna (art. 170, *caput*) e justiça social (art. 170, *caput*).

Forçoso verberar que a Constituição Republicana impõe a todo hermenêuta e operador jurídico – quando da exegese e aplicação do Direito – as diretrizes principiológicas acima elencadas. Nenhuma interpretação poderá frustrar os objetivos do Estado Democrático, nem mesmo em nome das regras da especialidade e temporalidade, por exemplo. A propósito, por serem basilares, fundamentais, genéricos e imperantes, os princípios se sobrepõem às normas (SANTOS, 2001).

Com efeito, a partir dos anos oitenta, os civilistas vêm sustentando, no Direito brasileiro, ser indispensável a aplicação direta das normas constitucionais nas relações jurídicas de Direito Privado. Essa corrente de pensamento, que então surgia como embrião do Direito Civil Constitucional, ganhou pujança com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Vale aduzir, aliás, que a atual Lei Magna agiu mesmo por suscitar a chamada Constitucionalização do Direito Civil, constituindo-se como certidão de nascimento e marco histórico de origem do movimento.

Ainda hoje considerada moderna e progressista, a Carta Cidadã

incorporou no ordenamento fundamental direitos da personalidade, direitos humanos, sociais e do cidadão, além de várias diretrizes (conforme observado supra), de modo a incrementar os avanços no processo de dignificação da pessoa humana e de construção de uma sociedade mais justa e solidária (TEPEDINO, 2005, p. 223).

### 3. A OPOSIÇÃO AO MOVIMENTO DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

**É de se assinalar, nada obstante, que juntamente com aquela pujança, o movimento da Constitucionalização do Direito Civil ganhou também uma forte resistência dos civilistas mais tradicionais e opositores das novas concepções, as quais se iam gestando naquele ambiente de profundas mudanças.**

Os civilistas prosélitos do antigo ideário estribavam sua postura intelectual no argumento de que o processo designado como Constitucionalização do Direito Civil representaria, na verdade, uma mitigação do papel da dogmática do Direito Privado no campo da Teoria Geral. A neófito proposta hermenêutica, entretanto, não visava a subtrair a área de atuação do Direito Privado. Pelo contrário, objetivava nele implantar alterações qualitativas, potencializando-o e redimensionando-o, mediante a funcionalização de seus institutos e categorias a serviço da efetivação dos valores pregados pela disciplina constitucional.

Na esfera desse debate doutrinário, que então se travava ferrosamente entre díspares correntes do Direito Civil, o douto civilista Gustavo Tepedino (2005, p. 224), adepto do movimento *sub examen*, fez as seguintes e perspicazes colocações nos primeiros anos de vigência da Lei Maior:

Já é o terceiro aniversário da Constituição da República e os civilistas permanecem com o dever inadiável de compatibilizar o Código Civil e a legislação especial ao texto constitucional. Embora proclame-se de maneira quase unânime a supremacia constitucional na atividade hermenêutica, o certo é que o direito civil brasileiro não

soube ainda incorporar o texto maior à sua práxis. Basta conferir os tímidos resultados alcançados pela jurisprudência após 5 de outubro de 1988 – ao menos no que concerne às decisões que pudessem ser consideradas diretamente informadas pela Carta constitucional – ou o estado contemplativo de parte de nossos civilistas, cujas contribuições vêm sendo editadas e reeditadas, após a Constituição, sem revisão profunda, limitando-se às indicações de dispositivos constitucionais pertinentes, uma ou outra maquiagem, alguns retoques aqui ou acolá. Parece, ao revés, imprescindível e urgente uma releitura do Código Civil e das leis especiais à luz da Constituição.

Diante do Código Civil de 2002, os institutos de Direito Privado devem ser reconstruídos sob o manto de uma profunda reflexão acerca dos paradigmas axiológicos que devem orientar os hermeneutas. Num primeiro momento, faz-se imperioso observar que os critérios exegéticos norteadores do Direito Civil não mais se encontram no Código Civil, senão na Carta Constitucional.

Dessa forma, observa-se que ao movimento da Constitucionalização filia-se a civilística moderna, atenta e obediente às linhas gerais instituídas pela Carta Política, dentre as quais sobressaem as seguintes: a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, e art. 170, caput, CF/88); o prestígio aos valores sociais do trabalho e à livre iniciativa (art. 1º, IV e art. 170, caput, VIII e parágrafo único); a linha geral que reforça a secular máxima de que todo poder emana do povo (art. 1º, parágrafo único); a que enuncia o propósito inarredável de construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), na qual haja justiça social (art. 170, caput); a que deseja garantir o desenvolvimento nacional (art. 3º, II); a que objetiva erradicar a pobreza, a marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III e art. 170, VII e VIII); a que prescreve os princípios da propriedade privada (art. 170, II), da função social da propriedade (da propriedade empresarial ou jurídica, art. 170, III), da livre concorrência (art. 170, IV), e da defesa do consumidor (art. 170, V).

Já se assinalou que a Constituição Federal empreendeu uma transformação qualitativa nos institutos civilísticos, funcionalizando-os

sob a ótica dos valores constitucionais. Assim temos que não mais existem áreas imunes para a atuação plena da autonomia privada, não havendo também setores ilesos à referida incidência axiológica. Em face da Constitucionalização do Direito Civil, deixou a autonomia privada de consubstanciar um valor em si mesmo, de modo que apenas fará jus a tutela e respaldo jurídicos se representar, *in concreto*, a realização de um valor constitucional (TEPEDINO, 2005, p. 225).

As normas constitucionais são parte integrante da dogmática do Direito Civil, dando-lhe novos moldes e revitalizando seus institutos, em torno de sua força reunificadora do sistema. Se assim não fosse, resultaria fragmentado o ordenamento.

Nessa seara, é correto explicar que a aplicação direta dos princípios da Carta Constitucional consiste em resposta hermenêutica a duas características elementares da própria concepção de ordenamento jurídico, quais sejam, unidade e complexidade. A definição de ordenamento pressupõe um conjunto de normas direcionadas a ordenar e disciplinar a sociedade conforme um padrão de vida historicamente estabelecido. Decorrem, assim, dois efeitos de suma relevância: o ordenamento não se resume ao direito positivo; e, por sua própria natureza, o ordenamento deve ser uno, orgânico, sistemático, lógico, prescritivo, centralizado, monolítico e axiológico (TEPEDINO, 2005, p. 227).

Seria fechado e homogêneo o ordenamento que estivesse passível de se reduzir a normas de um mesmo patamar hierárquico. Sendo, pelo contrário, a realidade atual constituída por uma pluralidade de fontes normativas, o ordenamento se apresenta imprescindivelmente aberto e heterogêneo. Disso decorre a sua complexidade, cuja unidade apenas será lograda se se garantir a centralidade da Constituição, que é portadora do feixe de valores que conferem a identidade cultural da sociedade. De tal forma, são os valores consagrados pelo legislador constituinte que devem informar o sistema como um todo. Esses valores, oriundos da cultura – ou seja, da consciência social, da base ética, da ideia de justiça que permeia a sociedade – são, logo, os

valores por meio dos quais a sociedade se organiza. É nessa direção que o movimento da Constitucionalização do Direito Civil deve ser entendido, em seu significado real e mais profundo, que é o notadamente axiológico.

Haja vista ser a Constituição da República o norte de todo o sistema jurídico, revela-se equivocado um pretensão limiar entre normas valorativas (de origem constitucional) e normas prescritivas (provenientes da legislação infraconstitucional); ou ainda entre normas gerais e abstratas (premissa maior) e a factualidade (premissa menor), limitando-se a função do magistrado a um escopo complementar quanto ao legislador, valorando *standards* de comportamento nos campos em que não ocorre disciplina específica (TEPEDINO, 2005, p. 228).

Por outro lado, todavia, o sistema jurídico deve fazer se encontrarem a atividade hermenêutica e legislativa na aplicação do Direito, sendo aberto justamente para que se consiga nele abarcar todos os vetores condicionantes da sociedade, inclusive os que figuram na esfera da magistratura, buscando soluções para o caso concreto. De forma tal, não há que se compreender como perda da unidade do ordenamento o fato de existirem fontes legislativas várias, posto que ele se harmoniza segundo a Lei Maior, assegurando-lhe o caráter de sistema. Assim, tal ordenamento jurídico é uno, predicado esse que deve conviver com a pluralidade de núcleos normativos.

Levando-se em consideração a unidade imprescindível à própria existência do ordenamento, deve-se proceder à sua interpretação à luz dos princípios que emanam da Constituição da República. Nela se encontram os valores preponderantes do sistema jurídico, o que justifica a incidência de suas normas diretamente nas relações privadas.

Nesse diapasão, a jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça corrobora esse novo cenário do Direito, senão verifiquemos:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA.

EFETIVAÇÃO MEDIANTE EXPEDIÇÃO DE PRECATÓRIO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 165; 458, II; 463, II e 535, I e II, DO CPC. NÃO CONFIGURADA.

1. A tutela de urgência pressupõe a impossibilidade de cumprimento de liturgias que posterguem a prestação jurisdicional, sendo essa a ratio aferível na gênese do novel instituto.

2. Deveras, a institucionalização dos provimentos urgentes é consecrário do princípio da inafastabilidade da jurisdição ou do acesso à justiça, que deve atuar de pronto diante de ameaça ou lesão a direito individual ou coletivo.

**3. As regras infraconstitucionais, na sua exegese, devem partir da premissa metodológica da novel constitucionalização do direito, inaugurada pela Carta pós-positivista de 1988. [...]**

9. Recurso especial provido. (REsp 834.678/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/06/2007, DJ 23/08/2007, p. 216.) (*Grifo nosso.*)

A despeito de ser admitida uma força normativa difusa do Diploma Máximo, surgem críticas da doutrina e da jurisprudência em meio às bases do movimento da Constitucionalização do Direito Civil. Podem ser albergadas as críticas num quarteto de oposições principais, quais sejam: 1) ainda que tomados como preceitos normativos, os princípios constitucionais compreendem normas de organização política e social, de forma que se valer deles para regular as relações jurídicas interindividuais significaria verdadeiro salto sobre o legislador ordinário, a quem cabe reger o Direito Privado; 2) a subjetividade dos juízes ficaria exagerada, posto serem bastante abstratos os princípios constitucionais; 3) ao contrário das normas de Direito Privado, que são muito mais estáveis em razão de sua própria dogmática, as normas constitucionais sujeitam-se a reformas, compromissos e contingências políticas; 4) o controle de merecimento de tutela imposto pela aplicação automática das normas constitucionais agiria por diminuir o âmbito das escolhas e liberdades individuais, o que se traduziria em ingerência valorativa incabível na seara privada (TEPEDINO, 2005, p. 229).

Sem embargo, essa série de críticas logo se evidenciam infundadas e descontextualizadas, porquanto se conectam a uma realidade totalmente decrépita, em virtude de conjeturar o cenário peculiar da codificação do século XIX, quando se destacava uma evidente dicotomia entre os ramos público e privado do Direito, sendo que o último se prestava a enaltecer a autonomia privada. Malgrado tenha sido construído sob o prisma patrimonialista, focalizando um campo privado que devesse se proteger de ingerências estatais, o novel Código Civil nasceu num contexto axiológico que rompeu radicalmente com os sentidos dados à autonomia privada, à aquisição do direito de propriedade e à utilização dos bens. Dessa maneira, os tempos hodiernos configuram um novo horizonte, vez que a dignidade da pessoa humana ordena profunda transformação na dogmática do Direito Civil, separando-se as relações jurídicas existenciais e as relações jurídicas patrimoniais.

Na esfera das relações jurídicas existenciais, a dignidade da pessoa humana, enquanto valor e princípio, é formada pelos princípios da liberdade privada, da integridade psicofísica, da igualdade substancial (art. 3º, III, CF/88) e da solidariedade social (art. 3º, I, CF). De tal modo, tem-se que o alicerce material da dignidade humana se desdobra nos seguintes postulados: o sujeito ético é dotado de vontade livre, podendo autodeterminar-se; reconhece seus semelhantes como dignos do mesmo respeito à incolumidade psicofísica que também titulariza; reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; é parte do grupo social, sendo-lhe assegurado o direito de não ser marginalizado (MORAES, 2003, *apud* TEPEDINO, 2005, p. 231). Os aludidos princípios conferem legitimidade ao valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV, CF), formatam a atividade econômica privada (art. 170, CF) e até mesmo os princípios fundamentais do regime contratual regulamentados pelo Estatuto Civil de 2002.

Noutra vertente, existem as relações jurídicas patrimoniais e a autonomia privada, momento em que se mostram oportunos os sensatos comentários do jurista Gustavo Tepedino (2005, p. 231):

A noção de autonomia da vontade, como concebida nas codificações do século XIX, dá lugar à autonomia privada, alterada substancialmente nos aspectos subjetivo, objetivo e formal. No que se refere ao aspecto subjetivo, observa-se a passagem do sujeito abstrato à pessoa concretamente considerada. O ordenamento jurídico, que desde a Revolução Francesa, graças ao princípio da igualdade formal, pôde assegurar a todos tratamento indistinto, passa a preocupar-se, no direito contemporâneo, com as diferenças que inferiorizam a pessoa, tornando-a vulnerável. Para o hipossuficiente, com efeito, a igualdade formal mostra-se insuficiente, sendo-lhe motivo de submissão ao domínio da parte hegemonicamente preponderante. Daí voltar-se a ordem jurídica para a investigação das singularidades da pessoa humana. O alvo de atenção do legislador não é mais o sujeito de direito, mas os consumidores, a mulher, as crianças e adolescentes, e assim por diante. O homem em seu próprio contexto irá avocar e determinar a normativa mais condizente com suas necessidades existenciais. Na mesma esteira, a diferença entre pessoas jurídicas e pessoas físicas ganha singular importância, impondo-se lógica interpretativa e técnica legislativa diferenciadas.

As transformações na roupagem objetiva da autonomia privada, doutra banda, revelam-se na questão de que novos interesses existenciais se agigantam sobre os interesses patrimoniais, os quais caracterizavam os bens jurídicos no passado. A revolução tecnológica dos últimos cinquenta anos aliada à cibernética e aos avanços da informática acarretam novos bens jurídicos que se fazem objeto de ocorrências existenciais. Diante desses novos bens e de situações jurídicas completamente inéditas, fazem-se mister a reconstrução das categorias do Direito Privado – muitas já anacrônicas – bem como o estabelecimento pela doutrina do Direito Civil de parâmetros hábeis a tutelar a pessoa humana, inserida numa sociedade e num Direito irrequietamente dinâmicos.

No que concerne à sua forma, os atos jurídicos, no pretérito, eram voltados exclusivamente para a segurança do patrimônio e do direito de propriedade, visando a resguardar as transferências patrimoniais *inter vivos* e *mortis causa*, maiormente quanto aos bens imóveis. No entanto, a referida forma dos atos jurídicos hoje passa a

desempenhar função limitadora da autonomia privada, e, de consequência, limitadora da propriedade, fazendo-o em favor de interesses socialmente relevantes e das pessoas em situações mais vulneráveis.

Noutra falda, apesar de mantida na doutrina a clássica dicotomia do Direito em público e privado, conforme se infere da maioria dos manuais, pode ela ser admitida somente para fins metodológicos e didáticos. Isso porque o ordenamento jurídico é um todo harmônico e congruente, composto por normas e princípios, motivo pelo qual a sua divisão deve ser vista com cautela, vez que do contrário, a unidade e harmonia do sistema restaria submetida a riscos.

A divisão empreendida pela doutrina, dessarte, cede ante as substanciais alterações axiológicas que vêm recaindo sobre a sociedade contemporânea, muitas das quais resultantes das susoesposadas transformações socioculturais, verificadas a partir do segundo quartel do século XX, bem como advindas no contexto dos avanços tecnológicos da segunda metade desse mesmo século. A ordem jurídica, atenta ao referido cenário, teve de abrir espaço às mudanças, à socialização, à publicização do Direito Privado, ameaçando a setorização dual, numa tendência de aproximação dos ramos público e privado.

O que ocorreu, porém, não foi a conexão dos dois polos. A nova maneira de compreender os fenômenos sociojurídicos fez vislumbrar uma terceira modalidade, tida como de interesse social e supraindividual (SANTOS, 2001). Nessa esteira, estão as questões do direito real de habitação; as questões consumeristas; e, entre outras, no vertente campo de análise, aquelas atinentes à relativização do direito de propriedade por força de princípios como o da dignidade da pessoa humana e das funções social e ambiental do domínio. Tais segmentos sofreram sensíveis alterações com o intervencionismo estatal na esfera individual das pessoas, e também com o movimento da Constitucionalização, ensejando estatutos e leis de nova tessitura, como o próprio Código Civil de 2002.

Tamanhas mutações, entretantes, não advieram exclusivamente da publicização do Direito Privado e da expressiva interferência dos

primados da Constituição Federal no âmbito civil, senão decorreram de mudanças internas, na própria estrutura do Direito Civil, tornando alteradas, desse modo, suas relações com o Direito Público. Primeiramente, sabe-se que os códigos civis perderam a posição central que usufruíam no sistema (posto que eram verdadeiras “constituições privadas”), ocasionando a redução do espaço reservado à propriedade, que se viu sujeita a limitações, restando também restringido o contrato – aquela e este institutos-chave do liberalismo e do Direito Civil. Além disso, a concepção de proteção da vida individual franqueou vaga para a noção de integração do homem na sociedade.

A ora comentada evolução do Direito Civil também se explica como efeito da influência das grandes correntes do pensamento, em particular da marcada tendência a uma justiça social, em grande parte decorrente da difusão do trabalho subordinado, além do próprio movimento hermenêutico da Constitucionalização, sob o foco da abordagem em tela.

Nesse panorama, pois, vale sedimentar que o Direito Civil não ficou ileso diante do processo de transformação econômica, social e jurídica, encetado na Primeira Guerra Mundial, e tampouco se manteve imune à nova ordem constitucional, inaugurada pela Lei Maior de 1988.

#### **4. REFLEXOS DA CARTA CIDADÃ NO CÓDIGO CIVIL DE 2002**

Promulgada em 1988, a atual Constituição Federal laureou o processo de redemocratização do Brasil, elevando-o a condição de real Estado Democrático de Direito e alargando significativamente o rol dos direitos e garantias fundamentais, posto dedicar-lhes um título inteiro. Ademais, a Lei Maior da República reduziu a competência do Poder Executivo, ampliando, em contrapartida, a do Legislativo e do Judiciário, além de ter promovido valorização sem precedentes da autonomia dos estados-membros e municípios.

Essa construção normativo-principiológica constitucional emergiu da luta popular pela normalização democrática e pela efetivação do Estado Democrático, colimando uma nova ordem que redeterminasse o pacto político-social, com a abertura das liberdades individuais de um lado e do outro conferindo maior relevo aos valores e fins sociais dos direitos, inclusive fazendo-os preponderar sobre direitos de caráter meramente individualista ou, quando menos, reformulando-os no cerne tais predicados.

Nesse passo, diante de tão entranhadas transformações no campo constitucional brasileiro, não poderiam ficar imunes a elas as outras áreas do Direito, especialmente o Direito Civil, que – por incluir-se no Direito Privado e ter uma tradição inflexível principalmente nos seus traços patriarcais e patrimoniais – mais sofreu com as inovações e evoluções trazidas pelo ordenamento constitucional democrático.

Não se podia, de tal arte, com a promulgação do novo Código Civil, ignorar as vultosas propostas cidadãs da *Magna Lex* para a sociedade brasileira, mormente após longo e árduo processo de suplantação do ultrapassado Código de 1916. Dever-se-ia, pois, edificar o novo Código Civil à luz da Constituição Federal, almejando sua máxima eficácia social, por via de uma interpretação o quanto mais harmoniosa com o sistema civil-constitucional.

Desta feita, imperiosa se fazia uma desnaturação dos conceitos antiquados e não condizentes com a então inaugurada realidade jurídico-positiva, a qual se aliava, bem ainda, a uma nova enunciação conceitual fiel à essência que se conferia aos institutos jurídicos – como o direito de propriedade.

Nessa toada, instituída em 2002 com a edição do novato *Codex*, a nova ordem civil encontra-se congruente com a realidade contemporânea, sobretudo porque atualizada ao longo de décadas de discussão e revisão, inclusive com as inovações constitucionais de 1988, consagrando, *verbi gratia*, no Direito de Família, a total igualdade dos cônjuges, a igualdade dos filhos, vedando qualquer

qualificativo discriminatório e o ostensivo reconhecimento da união estável, com assegurar da entidade familiar e dos companheiros (SANTOS, 2001).

No que tange à questão patrimonial e às implicações do direito de propriedade, deu-se a regulamentação com vistas à igualdade dos cônjuges e dos filhos, levando em linha de conta que a Carta Constitucional também adotara propostas que estavam no Projeto do Código Civil de 2002, tais quais as concernentes ao sentido social da propriedade e ao regime de bens do casamento.

Correto ainda aferir que o Novel Diploma Civil – em que pese o longo tempo do trânsito de seu Projeto pelas Casas Legislativas – é dotado de incontestável aptidão e eficácia, estando léguas à frente do vetusto Diploma de 1916. Bem assim, não é demais reconhecer que a nova Lei Civil trouxe em si variegados avanços, como a técnica das cláusulas gerais, corroborando as concepções confessadas na Exposição de Motivos do Projeto, de “segurança e flexibilidade”, a fim de “recolher e regular mudanças e criações supervenientes”, com o quê se viabiliza a devida “construção e reconstrução” do Direito, especialmente no que toca às “necessárias interrelações [sic] entre o Código Civil, a Constituição Federal” e eventuais leis que, porventura, sobrevierem. Diga-se, ainda, que esse Estatuto, com a técnica das cláusulas gerais, apresenta condições para sempre se atualizar, quais janelas abertas que lhe propiciam satisfatórias condições de mobilidade (HENTZ, 2006).

No âmbito da Constitucionalização do Direito Civil, o Código de 2002 optou por emitir coordenadas genéricas consoante as diretrizes delineadas pela Constituição Federal, tais como: homenagem à boa fé objetiva (art. 422); comportamentos éticos conformes com os usos do lugar (art. 113); função social do contrato (art. 421); abuso ou desvio da pessoa jurídica (art. 50); função social da propriedade (art. 1228, §1º), a qual foi reforçada, sendo, ademais, estendida aos contratos e demais institutos e categorias jurídicas, ante a socialidade indubitavelmente assumida; entre outras. Com isso, lançou mão de

linguagem fluida e ampla, para que seja possível mantê-lo historicamente em sintonia com o mundo dos fatos, em prol da realização do bem comum e da justiça social.

Constata-se, destarte, que foi deveras oportuna a promulgação da nova codificação civil, haja vista as importantes inovações que ele lançou mão, muitas das quais antes já incorporadas pela Carta de 1988, e que, inclusive, inspiraram-no. Desse modo, e porque o sistema do referido Diploma se encontra aberto à complementação diuturna, especialmente pelos operadores do Direito, não procede qualquer crítica de que seja arcaico. Repise-se que – como visto – foi fortemente marcado pelos ditames da Carta Maior, acatando-os, além de receber os influxos das mutações que se seguiram na sociedade brasileira, sendo, portanto, permeável às transformações e aos anseios sociais.

Nesse contexto, em sintonia com a Carta Política de 1988, o Código Civil vigente busca a justiça social e regional e, acima de tudo, a dignidade da pessoa humana. A propriedade não é mais absoluta, sofrendo uma série de limitações e sendo passível de ser desapropriada. O contrato passa a enleiar-se ao cumprimento de uma função social, sendo-lhe defeso conter elementos que estabeleçam vantagens excessivas a uma parte em prejuízo da outra. Há que existir regras implícitas ou expressas que promovam o bem comum, o equilíbrio contratual, a justiça social, a isonomia material, sempre com vistas à materialização da dignidade da pessoa humana.

Nessa toada, recebendo como reflexos da Carta Política de 1988 novos referenciais principiológicos, que substituíram o individualismo e o patrimonialismo de outrora, o Código Civil de 2002 se alicerça nos princípios estruturantes da socialidade, eticidade e operabilidade, que consistem em seus pilares de sustentação.

Com base em tais princípios, inferem-se as seguintes assertivas: o novel Diploma Civil visa a priorizar a satisfação dos valores coletivos em face dos individuais, sem, contudo, desdenhar o valor fundante da pessoa humana; esta é vista no seio da sociedade, e não mais isoladamente; pauta-se o *Codex*, ainda, nos preceitos da ética e

da boa-fé, além de almejar a concreta efetivação de suas normas no mundo prático, possibilitando constante atualização da ordem civil, conforme as novas demandas da sociedade.

## 5. CONCLUSÃO

Nessa ordem de ideias, não nos é dado ignorar os avanços históricos por que passou – e passa – o Direito Civil, haja vista ser patente que os valores individualistas e patrimonialistas que comandaram a positivação do Direito Privado Brasileiro, desde o Estatuto Civil de 1916, irradiando seus postulados para toda a disciplina jurídica privada, sucumbiram em face dos valores da socialidade, eticidade e operabilidade. Os obsoletos substratos axiológicos da velha disciplina civil sofreram, a partir de 1988, a imantação dos valores constitucionais, que têm por fundamento primário o ser humano em sua dignidade – ótica hermenêutica necessária a qualquer interpretação do direito pátrio.

O desafio que se nos impõe – aos operadores do Direito da atualidade – é a aptidão de ver as pessoas em toda a sua dimensão ontológica e, apenas por meio dela, o seu patrimônio. Através do realce e da valorização de sua raiz antropocêntrica, os sujeitos de direito devem ser materializados em sua visceral condição de pessoa humana, já que são muito mais que apenas titulares de bens. Faz-se mister seja restaurada, nas relações civis, a primazia da pessoa humana, que se configura enquanto condição primeira de adequação do Direito à realidade e aos fundamentos constitucionais.

A consciência das transformações havidas em nossa sociedade demanda, deveras, nos dias de hoje, a releitura dos institutos e categorias jurídicas, não mais sob a obsoleta égide do individualismo e do patrimonialismo, mas segundo o compromisso ético a que todos estão submetidos, qual seja, construir uma sociedade mais digna e justa, com vistas a efetivar os fundamentos e princípios básicos da República Brasileira.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOZA, Heloísa Helena Gomes *apud* MENEZES, Mauricio Moreira Mendonça de. *Constitucionalização do direito civil*. Set. 2007. Disponível em: [http://www.bocater.com.br/artigos/mmm\\_const\\_dir\\_civ.pdf](http://www.bocater.com.br/artigos/mmm_const_dir_civ.pdf). Acesso em: 08 jan. 2013.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil*, comentado por Clóvis Beviláqua, v. 1. – 5. tiragem – Edição histórica – Rio de Janeiro: Editora Rio, 1980.

BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). *A propriedade e os direitos reais na Constituição de 1988*. – São Paulo: Saraiva, 1991.

BUTSCH, Wagner Paulo. *Princípio da Eticidade, Sociabilidade e da Operabilidade no Direito das Obrigações*. Disponível em: <http://www.juristas.com.br/informação/artigos/princípio-da-etividade-sociabilidade-e-da-operabilidade-no-direito-das-obrigações/532/>. Acesso em: 07 jan. 2013.

CASTRO, José de Ribamar. *Código Civil: Eticidade, Sociabilidade, Operabilidade, Conceitos Legais Indeterminados e Cláusulas Gerais*. Disponível em: <http://familiarizando.blogspot.com.br/2007/10/cdigo-civil-etividade-sociabilidade.html>. Acesso em: 08 jan. 2013.

CÉSAR, José Augusto *apud* MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de direito civil*, v. 3: direito das coisas. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 116.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, v. 4: direito das coisas. – 24. ed. reformulada – São Paulo: Saraiva, 2009.

FRANÇA, Limongi. *Instituições de direito civil*. **São Paulo: Saraiva, 1988.**

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, v. 5: direito das coisas. – 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

HENTZ, André Soares. *Os princípios da eticidade, da socialidade e da operabilidade no Código Civil de 2002*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1247, 30 nov. 2006. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/9221>. Acesso em: 07 jan. 2013.

LEVENHAGEN, Antônio José de Souza. *Código Civil: direito das coisas: comentários didáticos*. – São Paulo: Atlas, 1981.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 33, 1 jul. 1999. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/507>. Acesso em: 19 nov. 2012.

MENEZES, Mauricio Moreira Mendonça de. *Constitucionalização do direito civil*. Set. 2007. Disponível em: [http://www.bocater.com.br/artigos/mmm\\_const\\_dir\\_civ.pdf](http://www.bocater.com.br/artigos/mmm_const_dir_civ.pdf). Acesso em: 08 jan. 2013.

MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de direito civil*, v. 3: direito das coisas. – 41. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, Maria Celina Bodin de *apud* TEPEDINO, Gustavo. *Direito civil e ordem pública na legalidade constitucional*. B. Cient. ESMPU, Brasília, a. 4 – n. 17, p. 223-235 – out./dez. 2005, p. 231.

- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v. 4: direitos reais. – 20. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- PERLINGIERI, Pietro *apud* MENEZES, Mauricio Moreira Mendonça de. *Constitucionalização do direito civil*. Set. 2007. Disponível em: [http://www.bocater.com.br/artigos/mmm\\_const\\_dir\\_civ.pdf](http://www.bocater.com.br/artigos/mmm_const_dir_civ.pdf). Acesso em: 08 jan. 2013.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*, v. 5. – 15. ed. – São Paulo: Saraiva, 1986.
- SANTOS, José Camacho. *O novo Código Civil brasileiro em suas coordenadas axiológicas: do liberalismo a socialidade*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/rev\\_45/artigos/art\\_jose.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_45/artigos/art_jose.htm). Acesso em: 07 jan. 2013.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. – 32. ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*, v. 4: direito das coisas. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense – São Paulo: Método, 2009.
- TEPEDINO, Gustavo. *Direito civil e ordem pública na legalidade constitucional*. B. Cient. ESMPU, Brasília, a. 4 – n. 17, p. 223-235 – out./dez. 2005.
- TEPEDINO, Gustavo. *Ordem pública e relações jurídicas privadas: normas constitucionais e relações privadas na experiência das cortes superiores brasileiras*. B. Cient. ESMPU, Brasília, a. 7 – n. 28/29, p. 191-208 – jul./dez. 2008.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. – Tomo 2. – Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). – *Diálogos sobre direito civil*, v. 2. – Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*. – 7. ed. – 2. reimpr. – São Paulo: Atlas, 2007.

# **“DIREITO AO ESQUECIMENTO”: A HARMONIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DO DIREITO À INFORMAÇÃO COM OS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE HUMANA E DA INVIOABILIDADE DA HONRA E DA INTIMIDADE**

**Viviane Coêlho de Séllos-Knoerr<sup>1</sup>**

**José Julberto Meira Junior<sup>2</sup>**

**Viviane Duarte Couto de Cristo<sup>3</sup>**

## **1. INTRODUÇÃO**

O objetivo do presente estudo é a análise do recentíssimo “direito ao esquecimento” delimitado quanto à discussão dos reais limites existentes entre a liberdade de expressão e o direito de informação quando há evidente ferimento à honra e à intimidade do ser humano, em flagrante desrespeito ao princípio da dignidade humana, podendo-se então invocá-lo como forma de preservação dessa dignidade.

O alcance da mídia na vida das pessoas, que já se sujeitavam ao alcance dos meios convencionais como jornais, revistas, rádios e televisão ao longo dos anos, passou a contar, com o advento da popularização da internet, com as demais mídias eletrônicas, em especial as redes sociais (Facebook, Instagram, WhatsApp, dentre outras) e os

---

1 Professora e Coordenadora do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA.

2 Mestrando do Programa de Direito Empresarial e Cidadania do UNICURITIBA.

3 Mestranda do Programa de Direito Empresarial e Cidadania do UNICURITIBA.

mecanismos robóticos de busca de informações constantes na *World Wide Web* (rede mundial de computadores) que insistem em retirar do lodo do esquecimento qualquer fato que tenha sido registrado em tais meios, trata-se da sociedade da informação.

A prática da busca de informações na internet por uma única pessoa, com o uso de mecanismos como o Google (ou qualquer outro), significa dizer que um dado está sendo "executado através de mais de um milhão de servidores em *data centers* ao redor do mundo e processa mais de um bilhão de solicitações de pesquisa e vinte *petabytes*<sup>4</sup> de dados gerados por usuários todos os dias"<sup>5</sup>, e, considerando o número crescente de usuários desses recursos, isso resulta num volume inimaginável de arranjos e combinações possíveis em que tais informações poderiam ser (mal) utilizadas ou solicitadas.

Tais buscas na internet se tornaram tão comuns e habituais que a prática substitui, cada vez mais, a própria faculdade do indivíduo de raciocinar ou de autodeterminar-se acerca de um assunto, pois é mais fácil procurar no Google... Essa é uma das razões para a preocupação internacional quanto ao conteúdo que pode ser mostrado em tais buscas, pois a informação estará lá disponível, depositada em algum lugar, para ser usada, a qualquer tempo sem o recurso da avaliação do escrúpulo do usuário, sendo que muitas informações podem revelar fatos que sejam ofensivos à honra, à intimidade ou à imagem das pessoas envolvidas, que, em determinado momento de suas vidas, não tem a menor intenção de que tais lembranças sejam reavivadas; ao contrário, tem o desejo de que fatos e nomes sejam deixados no esquecimento.

Neste aspecto, entra a preocupação inerente ao direito, uma vez que a pessoa estaria sendo forçada a conviver com eventuais erros do passado ou até mesmo dos seus antepassados, sendo natural e legítimo, portanto, invocar-se um direito ao esquecimento, que se

4 1 (um) petabyte equivale a 1024 terabytes. A próxima base é o exabyte (EB), que comporta 1024 petabytes.

5 Disponível em <https://www.significados.com.br/google/>. Acesso em 26 jul. 2017.

funda, em última instância, no preceito constitucional da dignidade da pessoa humana e na proteção da personalidade, evitando que a informação seja eternizada, especialmente no caso daquelas que sejam difamatórias, e possam gerar danos morais e psicológicos aos envolvidos na notícia.

O presente artigo é fruto de revisão bibliográfica e jurisprudencial sobre a temática, numa metodologia dedutivo-dialética, diante do evidente de conflito entre o direito à intimidade e o princípio constitucional da liberdade de expressão e de imprensa.

A colisão de princípios e direitos fundamentais deve passar por processo de análise do caso concreto, com vistas a ponderação e interpretação mais adequada, pois, segundo o art. 5º da Constituição Federal, a inviolabilidade, a intimidade e a vida privada, são considerados direitos fundamentais, inerentes à dignidade da pessoa humana, sendo mister tentar-se harmonizar o acesso à informação com o respeito à essa mesma dignidade.

## **2. EVOLUÇÃO DO “DIREITO AO ESQUECIMENTO” AO LONGO DOS ANOS NO DIREITO COMPARADO**

Na atual sociedade global e de risco, o acesso à informação tornou-se mais ágil e facilitado, proliferando-se na rede mundial de computadores dados e informações que incluem as de caráter pessoal, reduzindo a privacidade. Diante desta nova configuração, emerge o “direito ao esquecimento”, nas palavras de Sebastián Zárte Rojas pode se caracterizar “como un derecho de caducidad de información personal, por el transcurso del tiempo o por haber cesado en cumplir con su finalidad” (ROJAS, 2013, p. 2).

Gustavo de Carvalho Chehab complementa a referência dizendo que:

O direito ao esquecimento é a faculdade que o titular de um dado fato pessoal tem para vê-lo apagado, suprimido ou bloqueado, pelo decurso de tempo e por afrontar seus direitos fundamentais. Trata-se de uma espécie de caducidade, onde a informação, pelo decurso do

tempo e por sua proximidade com os direitos fundamentais afetos à personalidade, perece ou deveria perecer, ainda que por imposição de lei (CHEBAB, 2015, p. 87-88).

Otávio Luiz Rodrigues Junior identifica como primeiras referências a um “direito ao esquecimento” o julgamento do caso *Mervin versus Reid* nos Estados Unidos, que remonta ao ano de 1931, e, posteriormente, em 1970, o caso *Lebach* na Alemanha (2013).

No primeiro, conforme a lavra de Fernanda de Castro Nakamura, a justiça impediu a publicação da biografia de uma ex-prostituta, anteriormente acusada de homicídio, e que havia sido absolvida em 1918 (2014).

Já no “caso *Lebach*”, à luz dos comentários de Ingo Wolfgang Sarlet, a situação envolveu os autores do assassinato de quatro soldados durante o sono, (ao passo que outro ficou gravemente ferido), em que os principais foram condenados à prisão perpétua e um partícipe a seis anos de reclusão. Dois anos depois, uma emissora de TV editou um documentário envolvendo o caso, com reconstituição e citação dos nomes dos envolvidos, levando o partícipe a requerer judicialmente o impedimento de sua divulgação, pois estava requerendo livramento condicional.

Como seu pedido foi denegado em primeira instância, interpôs recurso ao Tribunal Constitucional Federal, tendo Sarlet assim relatado o desfecho do caso:

O tribunal entendeu que embora a regra seja o da prevalência do interesse na informação, a ponderação, em função do transcurso do tempo desde os fatos (o julgamento é de junho de 1973), deve levar em conta que o interesse público não é mais atual e acaba cedendo em face do direito à ressocialização. Portanto, ainda de acordo com o TCF, se o interesse público na persecução penal, na divulgação dos fatos e da investigação numa primeira fase prevalece em face da personalidade do autor do fato, e tendo sido a opinião pública devidamente informada, as intervenções nos direitos de personalidade subsequentes já não podem ser toleradas, pois iriam implicar uma nova sanção social imposta ao autor do delito, especialmente

mediante a divulgação televisiva e no âmbito de seu alcance (2015).

Ressalte-se que em 1996, um novo documentário sobre o “caso Lebach” estava sendo produzido e um dos autores do crime conseguiu impedir que o programa fosse ao ar, sendo objeto de recurso ao TCF por parte da empresa televisiva, que em sua reclamação constitucional alegou que não haviam elementos identificativos dos autores do crime, no que foi aceito pelo TCF.

O Tribunal entendeu, nesta situação, que o direito de personalidade não assegurava aos autores de crimes um direito subjetivo que impedisse a opinião em confrontar os fatos, como aliás, também não poderia ter sido no julgamento de 1973, tendo constatado que o direito de personalidade, *in casu*, estava protegido, temporalmente, de uma ilimitada atenção dos meios de comunicação com a pessoa do criminoso e de sua vida privada, não lhe garantindo absoluta imunidade, notadamente porque se referiam a acontecimentos relevantes para a personalidade, mas foi determinante o quanto, no caso concreto, a difusão da informação pode afetar os direitos de personalidade.

Outra situação que invoca o chamado “direito ao esquecimento” é aquela oriunda do caso envolvendo Mario Costeja González, que se iniciou em 1998 na Espanha e só teve seu encerramento em 2014 por ocasião do julgamento ocorrido no âmbito do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE).

Tudo começou com uma notícia do jornal La Vanguardia, em 1998, relatando que a sua casa estava indo à leilão em função de dívidas junto a seguridade social espanhola. Ao inserir seu nome no dispositivo de busca Google, mesmo após ter quitado a dívida e resolvida a pendência, as buscas conduziam aos arquivos eletrônicos do Jornal La Vanguardia, em que permanecia a referência ao aludido leilão por dívida.

O espanhol entendeu que tal informação, já passados tantos anos, poderia lhe trazer problemas e exigiu que a informação fosse deletada dos registros do jornal e dos mecanismos de busca do Google, que, por sua vez, não deveriam permitir o acesso à página jornal. Após

ter feito solicitação ao jornal e ao próprio Google, veio a acionar a Agência Espanhola de Proteção de Dados, que, por sua vez, julgou improcedente a queixa contra o jornal, por entender que a informação à época teria sido lícita, e, portanto, permitindo a sua manutenção. Quanto ao registro no Google, entretanto, a Agência acedeu aos argumentos de Gonzalez, entendendo que a referência deveria ser excluída.

Ato contínuo, o Google recorreu junto ao tribunal espanhol, que, por sua vez, submeteu a questão ao Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) a fim de que fossem aplicadas as diretivas europeias de proteção de dados. O TJUE reconheceu que os mecanismos de busca representam uma formatação de dados pessoais, uma vez que o programa não só busca, mas também armazena e organiza os dados, e que não se limitam às informações pessoais, mas também dados pessoais.

Segundo o Tribunal de Justiça da União Europeia, as ferramentas de busca são as responsáveis pela formatação dos dados, uma vez que, a seleção, análise, sistematização e difusão dos dados seria feita pelo Google, que, por sua vez, são extremamente divulgados com o auxílio de tais recursos de busca, concluindo por entender que deve ser aplicado o direito de proteção aos dados.

Pela análise dos casos, identifica-se que o “direito ao esquecimento” se encontra mais consolidado internacionalmente, especialmente no âmbito da União Europeia que possui em certa medida um arcabouço jurídico<sup>6</sup> sobre o tema, evidenciando a origem deste preceito em terras brasileiras.

### 3. O TEMA SOB A ÓTICA DO DIREITO BRASILEIRO

A Constituição Federal brasileira inclui o direito à privacidade no art. 5º, inciso X, protegendo a intimidade, a vida privada, a honra

6 “Na União Européia, o Convênio 108/1981 tratou sobre o armazenamento de dados e sua finalidade e serviu de inspiração para a Diretiva 1995/46, que definiu princípios e direitos sobre dados pessoais. A Suécia foi pioneira em regulamentar a proteção dos dados pessoais (*Data-log* de 1973), seguida da então República Federal de Alemanha (*Bundesdatenschutzgesetz* de 1977\_ e da França (*Loi 78/1978 relative à l’informatique, aux fichiers et aux libertés*). Quase todo continente Europeu e diversos países da Ásia e da América Latina também possuem legislação específica sobre o tema” (CHEHAB, 2015, p. 100).

e a imagem das pessoas, sob o manto da inviolabilidade, sob pena de configurar-se dano moral com direito à indenização. Tal disposição protege o indivíduo nos mais variados aspectos (pessoal, familiar, profissional), limitando a exposição de informações pessoais e individuais (RIBEIRO; SANTOS, 2016, p. 745).

Além de inserido na Constituição, o direito à intimidade e privacidade decorre da Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 12); na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, firmado como Pacto de San José (art. 11); e ainda no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 17); todas convergindo para a vedação de arbitrariedades na privacidade pessoal, familiar, sobre a correspondência e o domicílio (CHEHAB, 2015, p. 89).

O acesso à informação também é um direito muito caro para a sociedade brasileira, especialmente pelo tempo de “mordada social” que foi imposta recentemente no período da ditadura. Em razão disso tal direito é citado em vários momentos na Constituição Federal<sup>7</sup>, como garantia individual e coletiva.

Para Marcia Cristina de Souza Alvim é preciso ter prudência em caso de colisão destes princípios, especialmente para que não se cometam injustiças. Atender aos limites da disposição da informação vincula-se a um preceito ético limitado justamente pelos demais valores que também precisam ser respeitados (2016, p. 173).

Os limites da privacidade em contraponto com o direito de acesso à informação, não tem disciplina normativa específica no Brasil, cabendo a sua aplicação pelo Poder Judiciário, com a ponderação dos princípios em cada caso concreto.

Alguns casos merecem destaque quando se fala em proteção

7 Artigos da Constituição Federal:

“Art. 5º (...) XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.”

de dados e o direito ao esquecimento, sendo que o mais “famoso” deles envolve uma celebridade conhecida pela maioria esmagadora dos brasileiros, a apresentadora Xuxa (nome artístico de Maria da Graça Meneghel), que tem sistematicamente buscado impedir a divulgação do filme “Amor Estranho Amor”<sup>8</sup>, bem como a sua busca na internet, pois que os links que o ligam são palavras como “pornografia”, “pedofilia” e “sexo”.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro chegou a julgar procedente o pedido da apresentadora contra o Google, determinando uma multa de 20 (vinte) mil reais para cada link, mas a terceira turma do STJ, em 2012, reformou a decisão afirmando não haver responsabilidade pela produção e divulgação do conteúdo, sendo, o seu papel de mera ferramenta de pesquisa.

A pretexto do referido julgamento, assim se pronunciou o site Migalhas<sup>9</sup>:

Quando confrontado como caso, o STJ decidiu que os provedores de pesquisa não podem ser obrigados a eliminar resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação do URL da página onde este estiver inserido.

*“Não se pode, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo na ‘web’, reprimir o direito da coletividade à informação”.*

Ainda, assentou o STJ – em processo relatado pela ministra Nancy Andrighi – que se a vítima identificou, via URL, o autor do ato ilícito, *“não tem motivo para demandar contra aquele que apenas facilita o acesso a esse ato que, até então, se encontra publicamente disponível na rede para divulgação”.*

8 O polêmico filme de 1982 (facilmente encontrado ilegalmente na internet), é um drama político, estrelado por Tarcísio Meira e Vera Fischer. Refere-se um rapaz que rememora sua infância vivida num bordel, tendo como pano de fundo a implantação do Estado Novo no Brasil. Dentre as várias memórias está a sua iniciação sexual com uma das jovens do local, interpretada por Xuxa, que em algumas sequências aparece seminua ao lado do garoto e, na mais explícita delas, deitada em sua cama, passa a mão sobre seu peito e lhe dá um beijo. Vale lembrar que quando o filme foi rodado, por volta de 1980, Xuxa tinha 16 anos, e o garoto, o ator Marcelo Ribeiro, 11 anos; ou seja, ambos menores de idade. Disponível em [http://www.huffpostbrasil.com/max-milliano-melo/o-porno-da-xuxa\\_a\\_21669921/](http://www.huffpostbrasil.com/max-milliano-melo/o-porno-da-xuxa_a_21669921/). Acesso em 26 jul. 2017.

9 Disponível em <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI208402,21048-Google+nao+de+eliminar+dos+resultados+imagens+e+videos+de+Xuxa+nua>. Acesso em 26 jul. 2017.

No âmbito do STF, segundo o Ministro Relator, Celso de Mello, na reclamação da apresentadora Xuxa Meneguel (Recl. 15955), entendeu não estar verificada na decisão do STJ a existência de qualquer juízo, ostensivo ou disfarçado, de inconstitucionalidade das normas legais apreciadas pelo órgão judiciário, tendo assim se pronunciado:

15/09/2015 SEGUNDA TURMA

AG. REG. NA RECLAMAÇÃO 15.955 RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO

AGTE. (S) : MARIA DA GRAÇA XUXA MENEGHEL

ADV. (A/S): MARCELLO CINELLI DE PAULA FREITAS E OUTRO (A/S)

AGDO. (A/S): GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA

ADV.(A/S): RICARDO BARRETO FERREIRA DA SILVA E OUTRO (A/S)

INTDO.(A/S): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ADV.(A/S): SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

EMENTA: RECLAMAÇÃO – ARGUIÇÃO DE OFENSA AO POSTULADO DA RESERVA DE PLENÁRIO (CF. ART. 97) – SÚMULA VINCULANTE Nº 10/STF – INAPLICABILIDADE A SITUAÇÕES QUE CONFIGUREM SIMPLES “CRISE DE LEGALIDADE” – INEXISTÊNCIA, NO CASO, DE JUÍZO (OSTENSIVO OU DISFARÇADO) DE INCONSTITUCIONALIDADE DE QUALQUER ATO ESTATAL – JULGAMENTO PELO ÓRGÃO RECLAMADO QUE SE EFETUOU EM FACE DO ORDENAMENTO INFRACONSTITUCIONAL – CONTENTIOSO DE MERA LEGALIDADE – INVIABILIDADE DA RECLAMAÇÃO – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO (BRASIL, STF, 2015).

O tema, aliás, já havia sido analisado em função do Enunciado 531, aprovado durante a VI Jornada de Direito Civil, realizada em março de 2013 pelo Centro de Estudos do Judiciário do Conselho da Justiça Federal (CJE/CJF), segundo o qual “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”.

Segundo Carlos Alberto Bittar (1995, p. 23), citado por Viviane Coelho de Sellos-Knoerr e Luiza Helena Gonçalves, ao se falar em direitos do homem ou da personalidade, devem-se entender “aqueles que o ser humano tem em face de sua própria condição. São – como anotamos – os direitos naturais, ou inatos, impostergáveis, anteriores ao Estado, e inerentes à natureza livre do homem” (2016).

Para tal desiderato, dois casos julgados pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2013, com relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão merecem atenção.

O REsp 1334097, que tratou da “Chacina da Candelária”, envolveu um dos responsáveis – absolvido em todas as acusações – tratava da pretensão deste envolvido em se ver indenizado pelo fato de que o programa “Linha Direta”, da TV Globo, após anos da acusação (e da respectiva absolvição), divulgou seu nome, em flagrante desrespeito ao direito de esquecimento, tratado como um direito personalíssimo a ser protegido, tendo sido contada a referida história de forma a reforçar a sua imagem de indiciado, sem no entanto demonstrar que o mesmo teria sido inocentado.

O outro caso envolve o REsp 1335153, também na 4ª Turma, e tratou do julgamento da indenização envolvendo ao familiares de Aída Curi, que teria sido abusada sexualmente e, posteriormente, morta em 1958 no Rio de Janeiro e que também foi retratado pelo mesmo programa da TV Globo de forma a expor não só o nome da vítima como fotos reais, trazendo à lembrança, segundo seus familiares, todo o sofrimento que o crime envolveu, e que, ato contínuo, moveram seus irmãos pedido de indenização por danos morais, materiais e à própria imagem da vítima.

Frise-se ainda que, acerca da existência do “direito ao esquecimento” no ordenamento brasileiro, o relator ministro Luís Felipe Salomão citou, inclusive, os precedentes norte-americano e alemão, respectivamente, dos casos “Melvin vs. Reid” (1931) e “Lebach”.

O relator entendeu que “assim como é acolhido no direito estrangeiro,

não tenho dúvida da aplicabilidade do direito ao esquecimento no cenário interno, com olhos centrados não só na principiologia decorrente dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, mas também diretamente no direito positivo infraconstitucional” (BRASIL, STJ, 2014).

A referida decisão serviu, inclusive de base para outro entendimento do mesmo STJ, na terceira turma, quando a Ministra Nancy Andrighiu, expressou-se, no AG. Int. no RESP 1593873 / SP, quanto ao bloqueio de palavras-chaves na internet e sua impossibilidade de fazê-lo, nos seguintes termos:

[...] com relação aos provedores de aplicação de internet, a exclusão de dados pessoais é claramente um direito subjetivo que pode ser exercido sem qualquer condicionamento, exceto os casos de guarda obrigatória de registros.

Contudo, uma consideração deve ser feita. Aplicações de internet são definidas no MCI como ‘o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet’. Assim, o direito à exclusão mencionado acima alcança somente as informações que o próprio indivíduo houver fornecido para um determinado provedor de aplicações de Internet (BRASIL, STJ, 2016).

Ressalte-se, portanto, que os direitos da personalidade, segundo Dennis Otte Lacerda, se configuram como limitadores para a atuação do poder público e dos particulares, devendo-se observar que os direitos fundamentais devem ser respeitados “como um conteúdo mínimo para a existência da pessoa humana” (2010, pp. 106-107).

Desta forma, o reconhecimento do esquecimento como um direito de personalidade, que, por sua própria natureza, é um direito fundamental segundo nosso ordenamento constitucional, torna-se necessário ante ao avanço das tecnologias que ameaçam a privacidade do homem, uma vez que afetam a sua vida, a sua honra e a sua imagem, havendo por conseguinte necessidade de que haja a devida tutela a esse mesmo esquecimento.

Por outro lado, diante da colisão de princípios fundamentais (direito à informação e liberdade de expressão x direito à honra e

dignidade da pessoa humana<sup>10</sup>), cabe sua devida ponderação pelo Magistrado, que ao analisar o caso concreto decidirá qual deles deve preponderar.

Assim como define Dworkin, citado por Júlia Mara Rodrigues Pimentel, identificam-se padrões externos ao direito positivo, de ordem moral e política. “Tudo o que pretendemos dizer, ao afirmarmos que um princípio particular é um princípio de nosso direito, é que ele, se for relevante, deve ser levado em conta pelas autoridades públicas, como [se fosse] uma razão que inclina numa e noutra posição” (2015, pp. 387-398).

O direito ao esquecimento não é uma regra, mas uma possibilidade legítima diante de direitos fundamentais que também são tutelados pelo direito. Neste aspecto é importante destacar que:

A questão não é simples, mas há possibilidade de ver reconhecido o direito ao esquecimento quando situações pretéritas não permitam que o indivíduo possa levar uma vida digna e sua honra e intimidade/privacidade não sejam reestabelecidas. Por analogia podemos trazer o argumento daquele que, em direito penal, foi condenado punido e tem o direito à ressocialização na sociedade (ALVIM, 2016. p. 182).

É preciso que os casos concretos sejam avaliados de forma cautelosa e com razoabilidade e proporcionalidade, até porque em fundamentação ao citado enunciado 531 (CJF) esclareceu-se que “o direito ao esquecimento não atribui a ninguém o direito de apagar fatos passados ou reescrever a própria história. Portanto, não é qualquer informação negativa que será eliminada do mundo virtual. É apenas uma garantia contra o que a doutrina tem chamado de *superinformacionismo*”.<sup>11</sup>

10 Fernanda Schaefer Rivabem ao tentar conceituar o princípio da dignidade humana, aponta para a importância de quem a analisa, senão vejamos: “Por ser incerto o conceito jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana, o intérprete]5 assume importante valor na sua construção como valor fonte do sistema constitucional brasileiro e reflexo da sociedade em que está inserido, uma vez que o ordenamento jurídico não concede a dignidade, pois esta é inerente ao ser humano, mas reconhece-a e compromete-se a promovê-la e protegê-la (2005, p. 12).

11 CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciado trata do direito ao esquecimento na sociedade da informação. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2013/abril/enunciado-trata-do-direito-ao-esquecimento-na-sociedade-da-informacao>. Acesso em 30 mai. 2017.

#### 4. O DIREITO AO ESQUECIMENTO NO STF

Diante da importância dos princípios do direito à informação e à liberdade de expressão; corolários da democracia, e ainda do inquestionável princípio da dignidade da pessoa humana que também se configura como princípio constitucional, mister se faz identificar no caso concreto qual dos princípios deverá preponderar, com razoabilidade e proporcionalidade.

O ideal, é que se definam regras claras e requisitos mínimos na definição por um ou outro princípio, e na medida em que se consolidarem as decisões, a interpretação poderá ser mais previsível, momento em que haverá maior segurança jurídica e harmonia na aplicação dos direitos fundamentais colidentes.

A pretexto da alegação de liberdade de informação pela mídia e do comentado direito subjetivo do cidadão na proteção de sua vida privada, o Ministro Cezar Peluso, no âmbito do STF, enquanto relator na Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 27.706-1/DF (j. em 10.11.2013), em caso envolvendo o interesse da imprensa em cobrir depoimento de determinado empresário e sua esposa convocados por uma CPI, reconhecendo a grave colisão dos princípios constitucionais, assim se pronunciou:

O que pretendem os impetrantes nada tem de irrazoável, pois, não se furtando ao dever de comparecimento à audiência da CPI, nem à publicidade do ato, querem apenas resguardar suas imagens a eventual **abuso de exposição** na mídia. Este é, deveras, risco perceptível a direito que tem igual assento constitucional. Ao propósito, invocando-se **René Ariel Dotti** (*Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação*, p. 202) e **Silma Mendes Berti** (*Direito à Própria Imagem*, p. 65), adverte-se sem exagero: «*As acusações formais acarretam geralmente uma presunção de culpa oriunda do meio social que neutraliza a presunção de inocência. Esta, embora constitua um direito (o direito de ser presumido inocente) não tem força bastante para se impor à comunidade a qual, por força da liberdade de expressão do pensamento, exerce também um direito: o direito de julgar*». É frequente assistirmos pela televisão à exibição, pela polícia, de pessoas detidas por envolvimento em fatos criminosos, ainda na fase de apuração de autoria,

*e que se vêem precocemente submetidas a verdadeiro julgamento público. Essas pessoas, meros suspeitos, podem não ser culpadas e conseguir a prova de sua inocência. Mas a divulgação de rostos pela imprensa, a sugerir que se tratam de criminosos, é fato irreparável, que lhes imprime uma marca indelével de desonestidade e até de periculosidade que dificilmente será desfeita. E deixam por certo um dano de difícil reparação» (Estela Cristina Bonjardim, *O Acusado, Sua Imagem e a Mídia*, São Paulo: Max Limonad, 2002, pp. 113-114).*

A restrição à exposição abusiva da imagem, enquanto possibilidade que não pode ser descartada *a priori* e contra a qual o único remédio é preventivo, em nada sacrifica o interesse público, figurado no livre trabalho de apuração da CPI e na publicidade dos atos processuais, que os impetrantes, aliás, não tencionam impedir, de modo que não faz agravo nenhum ao Poder Legislativo no exercício legítimo de suas funções. Nem custa observar a respeito que o próprio Regimento Interno da Câmara dos Deputados submete à discricção do Presidente das Comissões e, portanto, à consideração específica das circunstâncias históricas, a autorização prévia para irradiação ou gravação (arts. 57, XIX, e 78), as quais não constituem, pois, adjetivos imanentes do procedimento investigatório, nem da efetividade e, tampouco, da publicidade de seus atos.

Isso quer dizer, ainda, que o particular não tem direito subjetivo de gravar nem fotografar a inquirição de testemunhas. É conhecida a manifestação do *Chief Justice Earl Warren*, quando, em abril de 1965, em hipótese que envolvia a presença da televisão nos julgamentos: «*televising criminal trials turns the clock backwards and converts the courtroom into a public spetacle... The press is entitled to be present at trials not because it is the press, but because it is a part of the public*» (Bernard Schwartz, *Constitutional Issues: Freedom of The Press*, NY: Facts on File, 1992, p. 29).

Tal presença pode, sem degradação alguma da liberdade de informação e da imprensa, ser até vetada, quando dela possa advir escândalo, inconveniente grave, ou perturbação da ordem (art. 792 do Código de Processo Penal, cc. art. 6º da Lei nº 1.579, de 18 de março de 1952), como, aliás, o autoriza a Constituição (art. 93, IX, *in fine*), o que significa que tal presença sequer substancia direito superior às exigências internas do processo, como garantias de preservação de outros direitos, entre os quais o direito à honra e à imagem de pessoas, sobretudo se ainda tidas por inocentes *ex vi Constitutionis*.

Tal raciocínio agrava-se na hipótese em que a pessoa deva ser ouvida como testemunha, a qual não pode ser exposta a risco de dano indenizável, mas **irreparável**.

Em recente decisão, o STF também se referiu ao direito ao esquecimento como tema de repercussão geral<sup>12</sup>, em que o relator, Ministro Dias Toffoli, assim se pronunciou:

Entendo que as matérias abordadas no recurso extraordinário, além de apresentarem nítida densidade constitucional, extrapolam os interesses subjetivos das partes, uma vez que abordam tema relativo à harmonização de importantes princípios dotados de status constitucional: de um lado, a liberdade de expressão e o direito à informação; de outro, a dignidade da pessoa humana e vários de seus corolários, como a inviolabilidade da imagem, da intimidade e da vida privada.

Assim, a definição por este Supremo Tribunal das questões postas no feito repercutirá em toda a sociedade, revelando-se de inegável relevância jurídica e social.

Manifesto-me, portanto, pela existência de repercussão geral da matéria constitucional versada no apelo extremo.<sup>13</sup>

Segundo lição de Ingo Wolfgang Sarlet, não há dúvidas que todos os órgãos, suas respectivas funções e atividade estatal se encontram conectados ao princípio constitucional da dignidade humana, e que, por sua vez, obrigam ao respeito e proteção, o que ato contínuo, obrigam o Estado de abster-se da ingerência na esfera individual que afetem à dignidade pessoal, de forma a protegê-la de todos os indivíduos contra agressões de terceiros (2011, p. 132).

Necessária ainda a reflexão sugerida no estudo elaborado pela filósofa alemã Hannah Arendt, que, por sua vez, já apontava na

12 Tema 786 – Aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil quando for invocado pela própria vítima ou pelos seus familiares.

13 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Direito Constitucional. Veiculação de programa televisivo que aborda crime ocorrido há várias décadas. Ação indenizatória proposta por familiares da vítima. Alegados danos morais. Direito ao esquecimento. Debate acerca da harmonização dos princípios constitucionais da liberdade de expressão e do direito à informação com aqueles que protegem a dignidade da pessoa humana e a inviolabilidade da honra e da intimidade. Presença de repercussão geral. Recte.(s): Nelson Curi, Roberto Curi, Waldir Cury e Mauricio Curi. Recdo.(a/s): Globo Comunicação e Participações S/A. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 20 de fevereiro de 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4623869>. Acesso em: 20/11/2016. p. 4.

década de 1950, a importância do essencial estabelecimento de limites entre as esferas de vida pública e privada, cujo trecho a seguir exprime esta preocupação:

Embora a distinção entre privado e o público coincida com a oposição entre a necessidade e a liberdade, entre futilidade e a realização e, finalmente, entre a vergonha e a honra, não é de forma alguma verdadeiro que somente o necessário, o fútil e o vergonhoso tenham lugar adequado na esfera privada. O que significado mais elementar das duas esferas indica que há coisas que devem ser ocultadas e outras que necessitam ser expostas em público para que possam adquirir alguma forma de existência. Se examinarmos essas coisas, independentemente de onde as encontramos em qualquer civilização, veremos que cada atividade humana converge para a sua localização adequada no mundo (2007, p. 83-84).

A compatibilização destes direitos essenciais e dicotômicos passa pela responsabilidade na utilização da liberdade de imprensa, respeitando antes de tudo os direitos da personalidade e dignidade humana quando transmitida a informação, sendo essencial à formação dos profissionais de comunicação social os direitos humanos (LEAL; ALVES, 2016, p. 143).

Uma solução a esta colisão de princípios, é dada por Robert Alexy, na análise de Carina Villela de Andrade Monteiro:

Robert Alexy (1993, p. 94) denomina “lei de colisão” a solução da tensão entre mandamentos de otimização com base na relação de precedência condicionada. Não há relações absolutas de precedência, pois não existe um princípio que, invariavelmente, prepondera sobre os demais, sem que sejam sopesadas as especificidades do caso. Há, apenas, mandamentos de otimização relativamente fortes, capazes de preceder aos outros em praticamente todas as situações de colisão, como, por exemplo, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. (2007, p. 31).

Como já referido, não é objetivo deste artigo, até por suas limitações, trazer uma solução para o julgamento de questões desta natureza, mas de levantar questões que demonstram a importância da discussão e da realidade que representa o “direito ao esquecimento”, que vem sendo

construído no direito de outros países e também no Brasil.

É cediço que o tema ainda engatinha em nosso ordenamento e que embora tenhamos alguns posicionamentos do judiciário nacional, há ainda a necessidade de que nossa jurisprudência e a própria doutrina definam critérios mais rigorosos para a sua devida compreensão e aplicabilidade.

Tal situação ainda está carecendo de amadurecimento dentro do Direito contemporâneo brasileiro, de forma a ser concebido, enfim, como uma extensão dos direitos da personalidade, com regras claras e limites visíveis, a fim de delimitar os contornos dos direitos à liberdade de expressão e o acesso à informação com a dignidade da pessoa humana, no direito do que deve ser esquecido, pois fica patente a existência de conflito entre dois valores constitucionais de suma importância no contexto de um Estado democrático de Direito.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sob uma visão crítica, demonstrou-se que os inúmeros meios de comunicação colocam o cidadão comum em uma situação de exposição que não lhes permite o esquecimento, ante a uma sociedade de informação.

Em que pese inexistir no Direito Brasileiro a positivação clara de normas que tratem do referido tema, é possível observar-se do Enunciado 531 (CJF) que o mesmo representa uma derivação natural do direito de personalidade, e, como tal, reveste-se da qualidade da dignidade humana, representando, antes de tudo, um direito fundamental descrito na Constituição Federal.

No confronto entre a informação e a privacidade humana, a exemplo do caso *Elwanger*, em 2003 no âmbito do STF<sup>14</sup>, encontra-se em nítido confronto com valores caros tutelados no capítulo dos Direitos Fundamentais da Constituição Federal, havendo necessidade

---

14 HC 82.424-2 RS

de se estabelecer qual deles deve prevalecer, sendo um bom começo a definição do marco civil da internet como medida de cautela, além de delimitar-se em cada caso concreto a ponderação dos princípios, respeitando-os na medida da razoabilidade e da proporcionalidade.

Fica evidente que o direito à informação tem limites, como também há limites para a veiculação de informações que invadam a esfera dos direitos da dignidade humana, notadamente porque o referido tema que envolve o direito ao esquecimento já é fruto de repercussão geral do STF sendo primordial que se fomente tal discussão para que não sobre dúvidas quanto à tutela efetiva deste direito fundamental implícito em nossa sociedade atual e na sua aplicação quando colidente com outros princípios.

Conclui-se que há necessidade de definição de parâmetros legais, com critérios mais objetivos possíveis, no sentido de conduzir para a interpretação dos casos concretos em que há choque de princípios constitucionais desta natureza, garantindo-se segurança jurídica e dinamismo ao direito em face à evolução das relações sociais.

## REFERÊNCIAS

ALVIM, Marcia Cristina de Souza. Ética na informação e o direito ao esquecimento. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARTOS, José Antônio Montilla; RUARO, Regina Linden (Coord). *Acesso à informação como direito fundamental e dever estatal*. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2016.

ARENDDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitário, 2007.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 2. ed. ver. Atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, Apud SELLOS-KNOERR, Viviane Coelho de; GONÇALVES, Luiza Helena.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no REsp 1121199 / SP, em 27/03/2014. Relator: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO. QUARTA TURMA Disponível em [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271335153%27\)+ou+\(%27RESP%27+adj+%271335153%27.su-ce.\)\)&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271335153%27)+ou+(%27RESP%27+adj+%271335153%27.su-ce.))&thesaurus=JURIDICO). Acesso em 25 jul. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AG. INT no RESP 1593873 / SP, em 10/11/2016. Relator: MINISTRA NANCY ANDRIGHI. TERCEIRA TURMA. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=REsp+1335153&cb=ACOR&p=true&l=10&i=3>. Acesso em 25 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, AG. REG. NA RECLAMAÇÃO 15.955 RIO DE JANEIRO, em 15/09/2015. Relator: MINISTRO CELSO DE MELLO. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10241477>. Acesso em 25 jul. 2017

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4623869>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

CHEHAB, Gustavo Carvalho. *O direito ao esquecimento na sociedade da informação*. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 952, fev. 2015.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciado trata do direito ao esquecimento na sociedade da informação. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2013/abril/enunciado-trata-do-direito-ao-esquecimento-na-sociedade-da-informacao>>. Acesso em 30 mai. 2017.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2013/abril/enunciado-trata-do-direito-ao-esquecimento-na-sociedade-da-informacao>>. Acesso em 29 mai. 2017.

LACERDA, Dennis Otte. *Direitos da personalidade na contemporaneidade: a repactuação semântica*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2010.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; ALVES, Felipe Dalenogare. *A necessária compatibilização do direito à informação aos direitos de personalidade e à dignidade humana: o papel da educação para os direitos humanos à comunicação social em um contexto pós-ADPF nº 130/DF*, In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARTOS, José Antônio Montilla; RUARO, Regina Linden (Coord.). *Acesso à informação como direito fundamental e dever estatal*. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2016.

NAKAMURA, Fernanda de Castro. *Você já conhece o “direito ao esquecimento”?* Publicado em 28 de outubro de 2014. Disponível em <https://nandaninna.jusbrasil.com.br/artigos/148391322/voce-ja-conhece-o-direito-ao-esquecimento>. Acesso em 26 jul. 2017.

PIMENTEL, Julia Mara Rodrigues. O direito e a moralidade política em Ronald Dworkin. In MELLO, C.M.; GOES, G.S. *Diálogos Jurídicos na contemporaneidade: estudos em homenagem ao professor José Maria Pinheiro Madeira*. Juiz de Fora: Editar, 2015, p. 387-398.

MONTEIRO, Carina Villela de Andrade. Direito à privacidade versus direito à Informação: Considerações sobre a possibilidade de órgãos públicos fornecerem a terceiros informações pessoais de agentes públicos. *Revista de Informação legislativa*. a. 44, n. 173, jan.-mar. 2007.

RIBEIRO, Dialas Costa; SANTOS, Julio Edstron S. O direito fundamental ao esquecimento: uma análise comparativa da experiência brasileira e europeia. *Revista Jurídica*, vol. 04, n. 45, Curitiba, 2016.

RIVABEM, Fernanda Schaefer. A dignidade da pessoa humana como valor-fonte do sistema constitucional brasileiro. *Revista da faculdade de Direito UFPR*, v. 43, n. 0, Curitiba, 2005.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Direito ao esquecimento, a culpa e os erros humanos. *Revista Consultor Jurídico*, 11 de dezembro de 2013. Disponível em <http://www.con>

jur.com.br/2013-dez-11/direito-comparado-direito-esquecimento-culpa-erros-humanos. Acesso em 26 jul. 2017.

ROJAS, Sebastián Zárate. *La problemática entre el derecho al olvido y la libertad de pensa*. Nueva época, n. 13, mar.-mai. 2013, p. 2. Disponível em: [www.derecom.com/numeros-qpdf/zarate.pdf](http://www.derecom.com/numeros-qpdf/zarate.pdf). Acesso em: 11.06.2014, apud CHEHAB, Gustavo Carvalho. O direito ao esquecimento na sociedade da informação. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 952, fev. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Do caso Lebach ao caso Google vs. Agência Espanhola de Proteção de Dados*. Revista Consultor Jurídico, 05 de junho de 2015. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-jun-05/direitos-fundamentais-lebach-google-vs-agencia-espanhola-protacao-dados-mario-gonzalez>. Acesso em 26 jul. 2017.

SELLOS-KNOERR, Viviane Coelho de; GONÇALVES, Luiza Helena. O Direito ao Esquecimento na Sociedade de Informação: A tutela de um Direito Fundamental Implícito. *IV Congresso Luso Brasileiro de Direitos Humanos na Sociedade da Informação de Lisboa*, 2016.

# A PUBLICAÇÃO DAS BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS SOB A ÓTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA PERSONALIDADE

Beatriz Andrade Gontijo da Cunha<sup>1</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

A liberdade de expressão consiste na livre manifestação de um pensamento ou crença através de atividades artísticas, científicas, intelectual ou de comunicação por parte dos indivíduos de uma sociedade. Ela é efetivada através de uma ação negativa do Estado de abstenção frente as essas atividades e também de uma ação positiva de proteção para que essa manifestação não seja restringida. É um direito fundamental e está garantido no artigo 5º, inciso IX da Constituição Federal (1988), que diz ser ‘livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura ou licença previa’.

O filósofo britânico Stuart Mill (1976), ainda em 1850, defendia o debate de toda e qualquer opinião. Segundo ele, até a mais falaciosa das ideias podem ter uma parcela de verdade no seu discurso, ao se impedir a discussão de uma opinião estaria se estagnando a evolução das convicções. Os intelectuais se acomodariam com o fato de não necessitarem buscar novas ideias ou se acovardariam com a fatalidade de não serem ouvidos.

É esta a importância que este grande filósofo do século XIX dá a liberdade de expressão, afirmando que se em cem homens um não

---

1 Pós-Graduanda em Advocacia Cível pela Escola Superior de Advocacia de Minas Gerais.

concordar com a opinião unânime dos outros noventa e nove, sua ideia deverá ser ouvida. Uma das formas de se exercer essa liberdade é através da liberdade de imprensa, que consiste no ‘direito de externar e divulgar ideias, independente de censura previa.’ (LEÃO, 1961. p.<sup>19</sup>)

Nenhuma liberdade, porém, por mais indisponível e necessária que seja, poderá ser absoluta. O Ser Humano, em prol da coletividade e do bom funcionamento da ordem da sociedade, abdicou da liberdade plena, através do contrato social. Em seu lugar se instaurou o Direito e as leis, garantindo que o exercício da liberdade de um homem não frustre as expectativas e impeça o exercício da liberdade dos outros.

ANÍS JOSÉ LEÃO (1961) lembra que o limites da liberdade imprensa se impões em razão de vários motivos: através do Estado, por força do interesse público. Através da matéria vinculada, por força da gravidade do assunto divulgado, que não é compatível com o público que irá recepcioná-lo. E através das pessoas a que o assunto divulgado se refere, pois, as publicações podem atingir a esfera privada dessas pessoas, violando sua intimidade honra e imagem – direitos fundamentais também garantidos constitucionalmente.

Os três direitos supracitados constituem direitos personalíssimos, ou seja, inerente a pessoa humana. São os direitos da personalidade que garantem ao indivíduo sua condição de pessoa. A legalidade dos aludidos direitos encontra-se no inciso X do artigo 5º da Constituição Federal que diz: ‘São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.’

Não será sempre que a liberdade de expressão será limitada pelos direitos personalíssimos. Por serem ambos de igual valor e hierarquia, por vezes encontram-se em aparentes conflitos de normas. ANDERSON SCHREIBER (2011. p.<sup>149-150</sup>) explica que deve ser ponderado caso a caso qual direito poderá ser mais gravemente lesado, buscando sempre um meio de garantir uma coexistência mínima entre a preservação da esfera privada do indivíduo e a liberdade de expressão.

A ponderação entre a proteção dos direitos fundamentais da personalidade e a proibição da censura a liberdade de imprensa torna-se complexa a medida em os titulares desses direitos são Pessoas Públicas, que, devido a seu trabalho acabam por se exporem mais a mídia do que os demais indivíduos. Nestes casos a mídia representa um fator primordial a suas carreiras, pois a fama é diretamente proporcional ao sucesso da profissão. Devido a isso, muitos pesquisadores criaram a suposição de que se a Pessoa Pública se beneficia do bônus da sua exposição, também deveria arcar com o ônus dos excessos dessa exibição.

Porém, conjecturar com essa ideia é presumir que a pessoa pública não possui vida privada, não pode ter a honra lesada e não possui autonomia sobre sua própria imagem, o que não é verdade. Por outro lado, impedir um jornalista de divulgar informações sobre uma pessoa de grande influência e impacto social e emitir sua crítica sobre ela, contraria a liberdade de expressão.

O conflito se torna complexo quando a informação divulgada não se refere apenas a fatos de domínio público ou acontecimentos do cotidiano divulgados em páginas do jornal, mas sim a um livro biográfico relatando toda a vida presente e passada de uma Pessoa Pública. Relembrando-o de fatos dolorosos ou revelando aspectos de sua vida particular que nem sempre estão submersos em interesse público. Neste caso, é necessária uma discussão mais profunda e crítica sobre a ponderação e a aplicação dos direitos ao caso concreto.

O objetivo deste artigo foi investigar quais as consequências que a publicação das biografias não autorizadas poderia trazer aos direitos fundamentais do biografado. Buscou ainda avaliar se a restrição dos direitos da personalidade do indivíduo em detrimento da liberdade de expressão se mostrou razoável no caso concreto.

Este trabalho foi realizado através de pesquisa bibliográfica, utilizando-se do método hipotético-dedutivo, no qual partindo-se da premissa de que a restrição dos direitos fundamentais do

biografado em detrimentos da liberdade de expressão não seria razoável, buscou-se investigar a presença de coerência, base legal e base doutrinária na afirmação.

## 2. AS BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS

Biografia compõe um gênero literário caracterizado por ser a narração da trajetória de pessoas que, por terem desempenhado um importante papel na história do país ou por terem ocupado posições notórias em um contexto social, compõe a identidade cultural de um povo, despertando o interesse do público. O conhecimento de sua trajetória torna-se importante para a composição histórico-social de um povo. (KUNDE e ADOLFO, 2014, p.481-488)

Elas são divididas em duas espécies, as *chapa-branca*, que são escritas conforme o interesse do biografado – o enaltecendo, e as *chapa marrom* que “através da exposição da vida do sujeito retratado sem qualquer compromisso com a autenticidade dos acontecimentos descritos, se caracterizam pelo fim de acometer o biografado ou de promover, com má-fé, a venda da obra” (GUIMARÃES, 2015. p. 40-41).

### 2.1. Casos

Vários são os casos de biografias que foram autorizadas ou proibidas no Brasil. Segundo RAFAELA e FERNANDES (2014. p. 03), mais de vinte e quatro obras biográficas foram proibidas ao longe de dez anos. Dentre essas, cinco delas foram autorizadas posteriormente. Um mesmo caso que era proibida em primeira instância, era autorizado em grau de apelação e novamente proibido em recurso especial. Enquanto alguns juízos defendem uma liberdade de expressão incondicional, outros reconhecem seus limites.

Em 1995, uma biografia sobre o jogador Garrincha foi publicada sob o título *Estrela Solitária – Um brasileiro chamado Garrincha* de autoria do escritor Ruy Castro. As filhas do jogador entraram com uma liminar para evitar a publicação e distribuição da obra. A alegação era de que ela abordava aspectos muito íntimos sobre a vida

do jogador, trazendo informações particulares e confidenciais como seus casos sexuais e o tamanho de suas genitálias. (FERNANDES e RAFAELA, 2014.p. 04)

A liminar, que inicialmente foi favorável, foi cassada em 2001 em segunda instância sobre o argumento do desembargador de que “possuir órgão sexual de 25 centímetros[...] antes de serem ofensas, são elogios” (FERNANDES e RAFAELA, 2014. p. 04). Por fim em 2006 o Superior Tribunal de Justiça, em Recurso Especial (REsp), reformulou a decisão reconhecendo a indenização por danos morais as autoras. O Relator do REsp alegou que a biografia era um desrespeito a memória do jogador e uma inegável violação a sua privacidade.

Não se limitou o autor a relatar o futebol do Garrincha, a habilidade que o tornou um mito mundial [...] foi muito além, invadindo a intimidade do cidadão [...] até que ponto, entretanto, escudado nessa liberdade de expressão pode alguém invadir a intimidade alheia, conspurcar a sua imagem ou dela tirar proveito econômico? Tenho como certo que o limite é encontrado no próprio texto constitucional [...] (STJ-REsp: 521697 RJ 2003/0053354-3, Relator: Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Data de Julgamento: 16/02/2006, T4-QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 20/03/2006 p. 276RDR vol. 38 p. 332RSTJ vol. 201 p. 449)

Um dos casos mais polêmicos é o envolvendo o cantor Roberto Carlos na biografia não autorizada de autoria do escritor Paulo César de Araújo. O livro denominado *Roberto Carlos em detalhes*, revelava muitos aspectos íntimos e dolorosos do passado do Cantor, como por exemplo, a morte de sua mulher Maria Rita e a amputação de uma de suas pernas, o qual ele não gostaria que fossem especulados.

A obra foi apreendida em liminar por uma ação proposta por Roberto Carlos contra a editora Planeta, o processo terminou com a realização de um acordo judicial sem que fossem divulgados os termos do acordo. Em sua defesa, o cantor alegou que o escritor havia invadido sua privacidade, que havia descrito informações falsas no livro e que sua história constituía seu patrimônio, sendo ele quem deveria decidir o modo que gostaria de contá-la.

Outro acontecimento envolvendo as biografias não autorizadas é caso dos personagens históricos do cangaço do sertão nordestino Lampião e Maria Bonita. A biografia intitulada *Lampião – o mata sete* de autoria do biógrafo Pedro Moraes Silva causou polêmica ao autor afirmar que o personagem Lampião, conhecido por sua extrema virilidade, seria homossexual, afirmando também que Maria Bonita era adúltera e que a filha do casal, Expedita, não seria filha biológica do cangaceiro.

Expedita acionou a editora judicialmente exigindo a apreensão das obras. O processo foi julgado procedente em primeira instância, mas a decisão foi reformada em segunda grau pelo Tribunal de Justiça do Sergipe. Segundo o Tribunal os personagens teriam *status* de figura pública possuindo uma esfera de intimidade diminuída, sendo preservada a liberdade de expressão em detrimento a intimidade. De acordo com o advogado da Autora, citado por GUIMARÃES (2015. p. 202) “existem centenas de livros publicados sobre Lampião. A família nunca interferiu. Mas este livro [...] apenas invade a privacidade de uma família”.

Em outubro de 2013, na tentativa de protestar contra as publicações das biografias não autorizadas, os cantores Chico Buarque, Gilberto Gil, Erasmo Carlos, Djavan, Milton Nascimento e Caetano Veloso criaram o movimento “Procure Saber”, presidido por Paula Lavigne. O movimento surgiu como uma forma de apoio a Roberto Carlos, após as polêmicas e ações judiciais envolvendo a biografia *Roberto Carlos em detalhes*. (SILVA, 2014. p.22)

Segundo Lavigne o objetivo do grupo é que os biógrafos sejam obrigados a pedir autorização aos biografados ou a suas famílias antes da publicação. A empresária, citada por SILVA (2014. p.22), alega que os escritores não se interessam em compatibilizar a liberdade de expressão aos demais direitos constitucionais e que isso é antidemocrático e ditatorial.

## 2.2. ADI Nº 4815

Em junho de 2015 foi julgado no Supremo Tribunal Federal a

Ação Direta de Inconstitucionalidade <sup>(ADI) nº 4815</sup> (GARCIA, 2012, p.37-70), proposta pela Associação Nacional dos Editores de Livros (Anel) em julho de 2012. O tema da ADI foi a legalidade das publicações das biografias não autorizadas.

A dúvida pairava sobre interpretação dos artigos 20 e 21 do Código Civil que assenta depender de autorização a divulgação de escritos e publicações que possa atingir a honra ou a imagem de determinada pessoa. O disposto criou um aparente conflito de normas entre a liberdade de expressão, de informação, artística e cultural, independente de censura ou autorização prévia, e a inviolabilidade da vida privada, honra e imagem das pessoas.

A Constituição Federal (1988) diz ser livre qualquer manifestação artística e intelectual *independente de censura ou licença prévia*. Os favoráveis a procedência da ADI diziam que ao se exigir autorização para a publicação da imagem de alguém estaria se requisitando a licença prévia para divulgação de informação jornalística e que o impedimento das publicações por falta de autorização da pessoa biografada caracterizaria censura privada.

A Anel alegou que as pessoas públicas possuem uma esfera menor de privacidade, pois por exercerem papéis relevantes na memória do país, sua vida privada se confundiria com a história da nação, configurando interesse público a divulgação da trajetória do indivíduo. Defendeu ainda que o direito a privacidade, honra e a imagem deveria contemplar a exceção das biografias não autorizadas, sob pena de cercearem a liberdade de expressão. Ademais, ponderou que uma história contada só pelo ‘protagonista’ – o biografado, poderia ser carregada de distorções, não imprimindo a realidade dos acontecimentos.

Do lado contrário às publicações das biografias não autorizadas, foi defendido que a liberdade de expressão não pode ser considerada absoluta, sob pena de suprimir os direitos da personalidade. O Representante da Advocacia-Geral da União manifestou se dizendo que a Constituição Federal assegura a todos o direito a autodeterminação e a dignidade. De acordo com ele, liberdade de

expressão encontraria limites no direito à privacidade. Por mais que se trate de pessoa pública, “a existência digna do ser humano pressupõe a prerrogativa de reservar para si uma esfera intangível pelos seus semelhantes” (Acórdão ADI 4.815, STF).

Após longos debates e várias audiências públicas, o Supremo Tribunal Federal proferiu acórdão julgando procedente o pedido. O acórdão foi resumido na ementa a seguir.

**EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 20 E 21 DA LEI N. 10.406/2002 [...] AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE PARA DAR INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO [...] 6. Autorização prévia para biografia constitui censura prévia particular. O recolhimento de obras é censura judicial, a substituir a administrativa. O risco é próprio do viver. Erros corrigem-se segundo o direito, não se cortando liberdades conquistadas. A reparação de danos e o direito de resposta devem ser exercidos nos termos da lei. [...] 9. Ação direta julgada procedente para dar interpretação conforme à Constituição [...] para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível autorização de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais [...] (ADI 4815, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 10/06/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016) (grifo nosso)**

A decisão do Supremo Tribunal Federal apresenta consequências negativas e não condicionam a publicação a nenhum tipo de critério, não se mostrando sensata. Ela consagrou a expressão, inadequada, “censura privada”, e fez com que a liberdade de expressão fosse capaz de suprimir os demais direitos da personalidade em detrimento da “curiosidade” alheia. Desconsiderou o direito ao esquecimento e confundiu a carreira pública do artista, que é de interesse público e compõe a história do país, com sua vida particular que somente o interessa.

### 3. DIREITOS DA PERSONALIDADE

O direito romano constituiu a base fundamental do direito

civil brasileiro, da qual originaram os preceitos fundamentas que regem as relações privadas até hoje: *Honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere*. No entanto, a preocupação excessiva com os direitos patrimoniais fez com que os direitos da personalidade não fossem tutelados adequadamente pelo ordenamento romano, que trazia apenas algumas previsões atinentes as ações contra injúria. Logo, os direitos da personalidade, nos moldes como se encontram atualmente, constitui uma construção recente, fruto da doutrina moderna da metade do século XIX.

Os primeiros direitos da personalidade reconhecidos a pessoa humana, após absolutismo, num cenário pós-revolução francesa, foram os direitos negativos em face do Estado. Ou seja, tendo o direito penal como enfoque, exigia-se do Estado um dever geral de abstenção frente as amplas liberdades assegurados aos indivíduos, de modo a inibir o autoritarismo e a discricionariedade estatal.

Num cenário liberalista, exigia-se que a propriedade fosse assegurada e que a riqueza pudesse circular amplamente no mercado. A esses direitos de caráter público dá-se o nome de direitos humanos. De outro lado, na esfera privada, houve a necessidade de se reconhecer direitos que satisfizesse as necessidades humanas do sujeito individualmente considerado em face dos particulares, os direitos da personalidade *stricto sensu*.

Com a Constituição Federal de 1988, houve a consagração dos direitos da personalidade como direitos fundamentais individuais através das diversas disposições de seu art. 5º, dando a eles *status* constitucional. O inciso V do citado artigo dispõe ser assegurado o direito de resposta proporcional e indenização pecuniária no caso de o indivíduo sofrer dano moral ou a sua imagem. Já o inciso X, tutela a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, a honra e a imagem do indivíduo, garantindo indenização no caso de sua violação.

O Código Civil de 2002, elaborado sobre a égide da Constituição Federal de 1988, foi revolucionário na incorporação dos Direito da Personalidade em seu âmbito legislativo. Com a relativização da

dicotomia Direito Público e Privado e com a constitucionalização do direito civil, ele foi consolidado nos princípios da socialidade, eticidade e operabilidade, preocupando-se mais com a Dignidade da Pessoa Humana e a Função Social do Direito, e menos com os direitos puramente patrimonialistas.

O Artigo 11 do Código Civil qualifica os direitos da personalidade como sendo intransmissíveis e irrenunciáveis, apesar de poderem ser restringidos voluntariamente pelo seu titular ou cedidos temporariamente, como a utilização da imagem de indivíduos em anúncios publicitários. Segundo o ordenamento civilista, constitui direito da personalidade o ‘nome’, sendo proibido sua exposição ao desprezo público, mesmo que sem a intenção difamatória. Também não é permitido sua utilização em propagandas comerciais sem a devida autorização.

Integram ainda aos direitos personalíssimos o direito a honra e a imagem. De acordo com o artigo 20 da legislação civil somente é permitido a utilização da imagem quando houver consentimento da pessoa interessada ou quando necessário a administração da justiça e a manutenção da ordem pública. ANDRADE (2013, p.113) critica a generalidade da exceção prevista no artigo, dizendo que pode ser facilmente interpretado de modo a ampliar excessivamente a utilização de imagens sem autorização.

A principal, e mais polêmica, crítica ao artigo do 20 do Código Civil é que ele violaria a liberdade de informação jornalística. Para os favoráveis a essa corrente, o interesse público presente na liberdade de informação justifica a utilização de qualquer imagem, ainda que não autorizada. Para TEPEDINO (2016, p.32), as biografias revelam fatos históricos e por si só presume o interesse público.

O professor Fábio, também critica essa posição, segundo ele não há, em um primeiro momento, supremacia do pretense interesse público conferida aos meios de comunicação em face aos direitos da personalidade, cabendo a eles demonstrar a presença de tal interesse. Deve-se ainda distinguir situações em que “a pessoa [pública] exerce

atividade pública,[...] daquela em que a pessoa é retratada em sua esfera privada.” (ANDRADE, 2013, p.93-124)

Ressalta-se que o direito a imagem constitui um objeto autônomo ao direito a honra e intimidade, por mais que estejam muitas vezes relacionados a eles. E, ainda que, como reconhece a doutrina, a notoriedade e repercussão do fato afaste a ofensa a honra e a intimidade, o mesmo não ocorre com o direito a imagem, que será violado cada vez que houver a reprodução da mesma.

Já no que se refere a direito a honra, a jurisprudência têm ponderado em favor de textos jornalísticos com teor crítico e abordagens de temas de interesses sociais, como por exemplo as charges, porém, quanto às pessoas famosas, têm se entendido que críticas de interesses sociais não se confunde com ofensa pessoal, não podendo também serem submetidas a acusações falsas.

O direito à privacidade, também um dos direitos da personalidade, é abordado no artigo 21 do Código Civil e possui algumas discussões acerca dele. Embora a legislação atribua proteção a esse direito, afirmando que o juiz “a requerimento do interessado”, adotará medidas para cessar ato contrário ao direito à privacidade, não estabelece critérios de ponderação para se depreender a extensão do direito.

O direito à privacidade compreende o direito de estar só, e se subdivide em direito a intimidade e direito a vida privada. A vida privada abarca a esfera da vida do indivíduo que ele compartilha com as pessoas que lhe é mais próxima, enquanto a intimidade compreende o direito ao resguardo de uma parte de sua vida que somente diz respeito a sua própria consciência, sendo esse mais restrita que a anterior.

De acordo com MORAES (2004, p. 32-38) o Código Civil não trouxe grandes novidades se levar em consideração o que já era tutelado na Constituição Federal de 1988. No entanto, os princípios basilares elegidos pela Constituição como a dignidade da pessoa humana, erradicação da pobreza e da marginalização, redução da desigualdade sociais, e a cláusula aberta contida no art. 5º §2º da CF,

permitem o reconhecimento de outros direito e garantia, ainda que não expresso. Assim, qualquer conduta que ferisse a teleologia constitucional na consagração desses princípios deveria ser inibida.

Conforme FACHIN (2007, p. 45), é impossível uma correta compreensão dos direitos da personalidade sem a compreensão do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos a ele correlatos. Somente após a percepção do ordenamento jurídico como um todo seria possível a concepção de uma hierarquia de valores tendo por base o ser humano como pessoa dotada de dignidade.

Nas palavras de CANOTILHO (2003, p. 225):

Perante as experiências históricas da aniquilação do ser humano a dignidade da pessoa humana como base da República significa, [...] o reconhecimento [...] do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República. Neste sentido, a República é uma organização política que serve ao homem, não é o homem que serve os aparelhos políticos organizatórios.

A dignidade da pessoa humana não constitui um dogma aceito pela sociedade desde o início dos tempos, pois teve sua origem em um longo processo histórico. Esse princípio só pôde ser reconhecido a medida em que foi sendo observando a necessidade do reconhecimento da vida digna não só como o mais fundamental direito do ser humano, mas também como condicio sine *qua non* dos demais direitos, sem o qual restariam prejudicados.

A primeira Carta Magna a fazer referência expressa a dignidade da pessoa humana foi a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, em seu art. 1º inciso I. Num cenário pós segunda guerra, os alemães consagraram o princípio em sua Lei Fundamental após as inúmeras atrocidades e crimes políticos praticados pelo Estado Nazista. Já no Brasil, a sua primeira previsão expressa se deu com a Constituição Federal de 1988, com o fim da ditadura militar e a cessação de um longo período de torturas e desrespeito ao ser humano.

Segundo FACHIN (2007. p. 57), a dignidade da pessoa humana impõe não só uma dimensão negativa de dever de abstenção

e a coação de quem não se abstenha, mas também uma dimensão positiva de implementação e concretização da dignidade. Nessa perspectiva, e com fundamento no princípio da solidariedade, constitui dever não só do Estado, mas também de toda a sociedade, garantir e implementar os direitos fundamentais atrelados a dignidade.

J. A. da SILVA (1998, p.91) destaca que o legislador, ao consagrar a dignidade da pessoa humana como Fundamento da República Democrática de Direito, não só a elevou à condição de princípio fundamental da ordem jurídica, como a considerou um valor supremo que deve atingir não só a esfera jurídica, mas também a esfera política, econômica e cultural.

Logo, é impossível fazer uma análise crítica dos direitos da personalidade sem, a partir de uma interpretação sistemática da constituição, fazê-lo a luz do princípio da dignidade da pessoa humana. Este princípio proíbe que os direitos contidos dentro do mínimo existencial da dignidade humana sejam mitigados até que haja a supressão do próprio direito.

J. A. da SILVA (1998, p.90) ainda dispõe que o princípio da dignidade da pessoa humana é composto por dois elementos: a pessoa humana e a dignidade. Por pessoa humana entende-se todo aquele indivíduo dotado de racionalidade cuja existência comine em um fim em si mesmo e não como um meio a atingir uma finalidade. Por dignidade, o autor destaca que tudo possui um preço ou uma dignidade. Coisas são suscetíveis a um preço de mercado, se inclinam as necessidades gerais do ser humano e podem ser substituíveis, enquanto quem dispõe de dignidade possui um valor maior que qualquer preço, sendo sempre insubstituíveis.

Ou seja, para haver dignidade é necessário inibir ou mitigar toda conduta capaz de reduzir o ser humano a apenas um objeto determinado a algum fim. Além do mais, deve-se levar em conta também os pilares da dignidade: integridade psicofísica, isonomia, proteção da vida e resguardo da intimidade, buscando uma efetiva tutela mínima desses direitos. GEDIEL (1998, p.80) dispõe que os

direitos da personalidade prescindem de qualquer expressão econômica, de modo que seria equivocado limitar a tutela dos respectivos direitos a uma mera reparação econômica das lesões causadas.

Portanto, são sujeitos a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, com igual amplitude de garantia, todos os seres racionais com fim em si mesmos dotados de dignidade, e portanto, insusceptível de avaliação de mercado. Não há distinção entre os sujeitos dessa mesma categoria. Não é possível afirmar que, a Pessoa Pública, por ter sua vida particular exposta, tenha menos dignidade que outras pessoa, e, logo, mereça menos proteção.

Suprimir os direitos da personalidade da pessoa pública devido a sua constante exposição na mídia, seria reconhecer que elas são menos dignas de proteção estatal e que o seu mínimo existencial é menos abrangente do que os demais sujeitos de direito. O princípio da Isonomia, pilar da dignidade da pessoa humana, garante que o Estado disponha de igual tratamento a todos os indivíduos independentemente da posição social que ocupem.

Logo, a Pessoa Pública, assim como qualquer sujeito de direitos de um Estado Democrático, também é dotada de um mínimo existencial de direitos da personalidade que não podem ser suprimidos sob nenhum título. Admitir o contrário seria reduzi-los a mera “coisa”, ou seja, meros objetos *meios* para obtenção de determinada finalidade social, retirando-lhes sua dignidade.

#### **4. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DIREITO A INFORMAÇÃO**

No século XVIII, com o predomínio absolutista, a maior reivindicação dos filósofos iluministas era o direito de se expressar. Porém não só o direito de *falar*, mas também de *ser ouvido*, de modo que suas manifestações culturais pudessem atingir até mesmo as classes mais baixas.

A Constituição Federal de 1988 consagrou a liberdade de

expressão em seu artigo 5º inciso XIV, o que representou um grande avanço contra as intervenções estatais de controle de informação. Ao mesmo tempo, ratificou a liberdade de informar em seu artigo 220, garantindo a propagação de ideias e informações fáticas sobre a realidade em que a população está inserida, para construção de pensamentos críticos capazes de elevar todos seres os humanos a cidadãos, e para servir como um meio de controle sobre atividades estatais.

Em contraposição ao direito de informar também há proteção ao direito a informação e o direito de se manter informado. O direito à informação é expresso, por exemplo, através do *habeas data*, consagrado pela primeira vez na Constituição Federal de 1988, de modo a permitir que todos possam ter controle sobre as informações que o Estado possui sobre o próprio indivíduo, embora sua extensão se resuma apenas ao Poder Público, não alcançando a esfera privada.

Já o direito ao acesso à informação assegurado também constitucionalmente através do artigo 5º inciso XVI, também caracteriza um dever de abstenção estatal frente a busca de informações. O Artigo 5º inciso XXXIII da Constituição Federal garante a todos o direito a busca de informações do Poder Público seja de interesse coletivo, seja de interesse particular, ressalvando aqueles referentes a segurança pública. Constitui também um direito receber informações dos meios de comunicação sem nenhum embaraço estatal.

Mas a liberdade de expressão não é absoluta, e encontra seus limites respaldados nos outros direitos assegurados constitucionalmente como os demais direitos da personalidade. As notícias jornalísticas devem se ater sempre a verossimilhança dos fatos, com o cuidado de não ofender a honra ou a privacidade do indivíduo noticiado.

No caso das biografias não autorizadas, a maior alegação da ANEL e dos biógrafos é a violação a liberdade de expressão que significaria restringir a publicação das obras biográficas. Segundo GARCIA (2012, p.40.) mais do que gênero literário, as biografias constituem gênero jornalístico, mas “não devem ser confundidas como sinônimo de ‘notícia’ ou de ‘fato noticioso’”, pois estas possuem controles menos

intensos. Segundo a professora as biografias possuem um “papel histórico” que amplia o interesse: do autor na escritura da obra e do público ao acesso à mesma. (GARCIA, 2012, p.37-70)

As biografias não autorizadas se encaixam no gênero jornalístico e estão sujeitos a proteção da liberdade de expressão e da liberdade de informação. Porém possuem peculiaridades que lhe são próprias. Na maioria das vezes não divulgam fatos de interesse público cuja relevância torna inaceitável a não divulgação. Mas apenas se limitam a abordar fatos passados sobre a vida da pessoa pública para satisfazer a curiosidade alheia e arrecadar lucro. E como se não bastasse os lucros ficam inteiramente para o escritor da obra e não para o dono da história.

Segundo BARROSO (2004, p.14-15), há casos, excepcionais, em que, ainda que os fatos narrados constituam verdade, por serem detentores de uma particular “honra individual”, podem estar sujeito a restrição de divulgação, a essa teoria ele dá o nome de “segredo da desonra”. De acordo com o autor, isto se aplica a casos cujas circunstâncias de caráter puramente privado não repercutem na esfera social, e, logo não são dotados de interesse público.

A liberdade de expressão representou um grande avanço em face das ditaduras sofridas pelo país em 1930 e 1964, segundo DIAS (2012, p. 206) “*a democracia pressupõe o consenso e o dissenso, o livre debate de ideias e o amplo acesso às informações necessárias à formação do convencimento*”, para o professor não existe diferença entre censura privada ou censura pública, sendo todos apenas censura, o que seria proibido constitucionalmente.

De acordo com o autor, quando o Estado garante o direito à liberdade de expressão, tem não apenas um dever negativo de abstenção, como um dever positivo de impedir que outros indivíduos tentem promover a censura. Ao se proibir a publicação das biografias não autorizadas, se praticaria a censura. Para ele, até mesmo o fato do remédio constitucional do *habeas data* se limitar a pessoa interessada, seria errôneo, pois iria contra o próprio direito a se informar.

Com *data maxima venia*, há uma grande diferença em se dizer que a censura é privada ou que a censura é pública, até porque o único capaz de censurar alguém é o Poder Público, através dos mecanismos de coerção. O único titular dos meios de coerção é o Estado, sendo ilógico a expressão “censura privada”. O judiciário, quando exerce seu poder de controle, apenas dirime um conflito existentes entre particulares, aplicando o que seria mais razoável segundo a interpretação da lei. E mesmo nestes casos, ele deve optar sempre pela homologação de acordo se essa for a vontade das partes. Não se pode, portanto, afirmar que o judiciário pratica *censura*, pois ele é inerte: só age quando provocado.

Ao Poder Público é proibido, por expressa determinação legal, praticar a censura de qualquer natureza, seja política, ideológica ou artística. Mas isso não impede o indivíduo de não autorizar que sua história particular – que não diz respeito a ninguém, mas somente a si – seja reunida em um livro e recontada a pessoas que ele sequer conhece apenas porque expõe sua imagem por motivo profissional.

Isto não é censura. É dignidade. A todos devem ser assegurados o direito de autodeterminação, o poder sobre a própria história e sobre os fatos que querem ou não que os outros saibam. Não há interesse público em se divulgar o tamanho do órgão sexual do jogado Garrincha ou quantos casos sexuais ele já teve. Isso se chama curiosidade, e o direito não deve proteger a especulação em detrimento a privacidade.

Segundo PIRES e FREITAS (2013, p.159.), “o direito a intimidade não surge como instrumento de censura, todavia, como orientador a imprensa livre, a liberdade e ao direito de informação”. Ou seja, diverso seria se a biografia publicada divulgasse apenas a carreira política de alguém, ou a carreira artística, pois, neste caso, trata-se de informações de acesso ao público: a vida pública do indivíduo, e é ela que a coletividade deve se ater. Mas as biografias não autorizadas quase nunca se atêm aos eventos que tornou o artista notório e sim aos fatos da vida íntima deste.

LEAL e THOMAZI (2012, p. 02-05) lembra que quando alguém exerce o seu direito de liberdade todos os outros possui o

mesmo direito. Logo, a liberdade de expressão não pode ser responsável por suprimir, nem mesmo de maneira indireta, a liberdade de ir e vir do biografado ou seu direito à privacidade, compreendido também como direito a manter informações pessoais em confidencial, de outra forma, caracterizaria abuso de direito.

Segundo FERREIRA (2012. p. 702-726), configura abuso de direito toda atividade que ultrapassa os limites da função social do direito, da boa-fé – e seus deveres anexos – e dos bons costumes. Para ela, abuso de direito não é equivalente a ato ilícito, pois não há a transgressão objetiva do texto legal em sua origem, mas sim, o exercício de um direito que aparentemente é lícito, mas que, ao ultrapassar os limites da norma, contraria os valores que norteiam o direito e se tornam inaceitáveis. O abuso de direito também se diferencia de responsabilidade civil, pois esta exige dano para sua configuração, enquanto aquele se configura independente de danos, bastando descumprimentos de princípios do direito.

LEAL e THOMAZI (2012. p. 05) afirmam que a liberdade de informação possui limites internos e externos ao próprio direito. Os limites internos seria as responsabilidades sociais e a garantia de veracidade das informações, já os limites externos seriam os demais direitos de mesma hierarquia constitucional. A liberdade de informação também possui uma função social que deve sempre ser exercida com respaldo no princípio da dignidade da pessoa humana, sob pena de perda do seu objeto. Segundo as autoras:

A Imprensa em virtude de sua penetração na vida das pessoas tem facilidade em construir ou destruir reputação, pois exerce domínio sobre a consciência humana através dos noticiários, tornando-se responsável muitas vezes, por informações que possam ser atentatórias à dignidade humana quando não forem verídicas em sua totalidade, forem caluniosas, difamatórias ou distorcidas. (LEAL e THOMAZI, 2012. p. 06)

BARROSO (2004, p. 24), no entanto, ressalta que no exercício da liberdade de expressão, por si só, já há a presunção de interesse público, pois é de interesse de toda a sociedade que a liberdade de

expressão possa ser exercida por quem quer que seja sem que haja qualquer embaraço. Portanto, a proibição de publicação prévia de qualquer escrito além de excepcional, só deve se dar quando não for possível a composição posterior do dano.

Segundo o autor, ainda que os direitos a imagem e a honra possam ser reparados por institutos como “o direito a resposta”, “exceção da verdade” ou “compensação pecuniária posterior”, no caso da privacidade a simples divulgação do fato já poderá constituir um dano irreparável. Uma vez divulgado o fato sobre o qual não se queria dar notícia, ele já estará público e já repercutirá a indeterminados destinatários. E enquanto não se buscar cessar a violação ocasionada, ela continuará se propagando pelo tempo.

BARROSO (2004, p. 25-27) ainda destaca alguns parâmetros constitucionais que devem ser utilizados no caso de colisão entre a liberdade de expressão e os demais direitos da personalidade. Dentre as balizas estabelecidas destacam-se: a veracidade do fato, a licitude do meio empregado na obtenção da informação, o local dos fatos ocorridos, a natureza dos fatos (fatos como crimes, acidentes ou abalos da natureza têm evidentemente um interesse público presumido, ao contrário de fatos exclusivos da vida privada), e a existência de interesse público na divulgação da matéria.

## 5. A TUTELA DE CESSAÇÃO DO ILÍCITO

Um dos argumentos utilizados pelos ministros do STF para julgar procedente a ADI nº 4815 foi a possibilidade de propositura pelo prejudicado de ação ressarcitória caso fosse averiguado a presença de danos posteriores a publicação das biografias não autorizadas, não havendo que se falar em tutela prévia.

De acordo com os ministros, deve-se conceder modalidades de tutela *a posteriori* a publicação das biografias – como, por exemplo, direito a resposta, retratação ou ressarcimento – em vez de conceder tutelas preventivas, pois estas podem significar o tolhimento da liberdade de expressão do biógrafo. Sendo menos gravoso o lesado

pretender a indenização posterior, do que impedir que alguém utilize de sua liberdade de expressão.

Para RAFAELA e FERNANDES (2014. p.08), a exposição excessiva da pessoa pública compõe o ônus da profissão que elegeram, sendo a invasão à sua privacidade parte do negócio a qual foram contratados. Para elas, uma vez que se aproveitaram do bônus da fama, não poderia a pessoa pública rejeitar seu ônus sob a alegação de ter sua privacidade devastada. Sendo irrazoável mitigar a liberdade de informação coletiva em detrimento do direito a privacidade de somente um indivíduo.

Há muito tempo acreditava-se que a lesão causada a outrem poderia facilmente se resolver em prestação pecuniária e que um direito estaria suficientemente tutelado se houvesse um ressarcimento em dinheiro posterior que o assegurasse caso fosse violado. A chamada tutela da equivalência determinava que toda pretensão possuísse um equivalente em dinheiro, e caso não fosse possível obtenção do objeto *in natura* bastava que o preterido fosse ressarcido posteriormente para que conflito chegasse ao fim: os chamados perdas e danos.

MARINONI (2015. p.12), porém, diferencia o ato contrário ao direito de dano. Para ele, o dano é a lesão necessária geradora de responsabilidade civil, caracterizando o dever de indenizar. No entanto, não necessariamente a conduta ilícita será revestida de dano, podendo ser apenas um ato ilícito. Logo haveria duas tutelas distintas, a tutela contra a probabilidade de dano e a tutela contra a probabilidade de ilícito, a tutela contra o ilícito existiria independente de já ter havido lesão, pelo simples fato de ter sido configurado o ato contrário ao direito. As vezes o que é o indivíduo busca é cessar o ato ilícito, pois enquanto isto não ocorrer o dano continuará surtindo efeitos.

A responsabilidade civil na modalidade reparação, busca ao máximo o reestabelecimento da situação anterior – o *status quo antes* – anulando ao máximo os efeitos do ato lesivo e reparando o dano. Portanto o intuito da tutela é tentar *reparar ou compensar* a lesão sofrida e não substituir a pretensão original quando esta ainda pode

ser fornecida. Se a lesão puder ser evitada na sua origem, é absurdo se cogitar a hipótese de deixá-la acontecer por poder ser reparada posteriormente. Seria indo contra a própria natureza do intuito.

Para FERREIRA, a tutela da cessação do ilícito é autônoma a responsabilidade civil. Para ela, a tutela se torna, às vezes, mais importante do que o reconhecimento da lesão, devendo o juiz ordenar sua cessação assim que confirmado a prática da conduta, independente de aferição de danos.

O direito possui três tutelas distintas para três épocas diferentes: uma passada, uma presente e uma futura. A tutela de caráter futuro, preventivo, é utilizada para evitar que o ato contrário ao direito aconteça: a tutela inibitória. A tutela de caráter passado é utilizada para reparar a lesão já ocorrida: a tutela ressarcitória ou de perdas e danos. Já a tutela de caráter presente é utilizada para remover os atos contrários ao direito que estão acontecendo no momento atual: a tutela de remoção ou cessão do ilícito.

Em uma analogia entre ato ilícito e abuso de direito, percebe-se que as mesmas tutelas são garantidas aos dois institutos, visto que enquanto ato ilícito é uma violação aos preceitos descritos na norma, o abuso de direito é uma violação a seus valores.

O que se busca evitar com a apreensão das biografias não autorizadas ou com a restrição de sua publicação através da exigência de autorização, é que as informações, que são privativas da pessoa biografada, e que esta gostaria de manter ocultas, não cheguem ao acesso público. O ressarcimento posterior é somente um meio de compensar a lesão sofrida que não poderá retornar ao *status quo ante*. Uma informação proferida ao público é impossível de ser *desproferida*, porém, enquanto ela permanecer acessível, mais pessoas que ainda não haviam adquirido essa informação passaram a adquiri-la, aumentando a esfera do dano.

É impossível reparar integralmente as lesões psíquicas, o dano moral, sofridas por uma pessoa que teve sua intimidade e imagem

exposta contra sua vontade. Os danos não poderão ser reparados, no máximo, compensados. Porém a compensação, que nada mais é do que uma tentativa de suprir a impossibilidade de retorno a situação anterior, jamais poderá substituir a pretensão original: não ter sua vida privada e imagem exposta sem sua permissão.

O utilitarismo prega que a sociedade é justa e harmônica quando é impulsionada pela soma das preferências da maioria. Seria o chamado princípio do sacrifício, no qual o sacrifício individual é justificado pelo benefício obtido pela coletividade. Seguindo a lógica do princípio, seria justificável o desrespeito à inviolabilidade da pessoa e dos direitos individuais em detrimento de um bem social. Para Rawls, o utilitarismo não consideraria a pluralidade entre os indivíduos e suas distinções, desconsiderando o ideal de justiça que cada Ser Humano elegeria para si mesmo em oposição ao ideal coletivo, devendo a justiça social ser impedida pelas metas próprias de cada indivíduos de forma plural. (BONELLA, 2003. p. 75-85)

De acordo com ele, o utilitarismo é contrário as concepções do Estado Democrático de Direito, vez que suprime os direitos individuais. Além disso, caso a vontade geral se manifestasse no sentido de sucumbir os direitos e liberdades, o utilitarismo renunciaria tais direitos se fosse útil a maioria, o que seria intolerável. Ademais, o emprego da vontade coletiva não levaria em consideração os sujeitos que não se beneficiariam dessa vontade, ou que se vissem prejudicados por ela.

Percebe-se que ao STF sugerir a indenização posterior, ou toda gama de tutelas *a posteriori*, ao biografado que perceber lesões com a publicação da biografia não autorizada em vez de promover tutelas preventivas, ele assentiu com a ocorrência de danos individuais em detrimento da liberdade de expressão coletiva, utilizando-se da lógica utilitarista. Como observado por Rawls, apesar de a teoria utilitarista aparentar ser justa por eleger o critério da maioria, peca por desconsiderar os direitos individuais e fundamentais do Ser Humano, como por exemplo a dignidade da pessoa humana, princípio soberano, balizador de todos os outros princípios, e fundamento

do Estado Democrático de Direito.

A dignidade da pessoa humana é “*a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da Comunidade*” (LEAL e THOMAZI, 2012. p. 08). Ou seja, segundo o princípio da dignidade da pessoa humana, cada indivíduo possui um complexo mínimo de direitos que juntos o tornam um sujeito digno. Esses direitos não podem ser suplantados em nenhum caso, pois afrontaria o direito a dignidade. Essa gama de direitos individuais é chamada de direitos fundamentais, previstas nos incisos do artigo 5º da Constituição, dentre eles o direito à liberdade de expressão e o direito à privacidade.

Deve-se confessar que é quase impossível não haver conflitos entre os direitos de caráter fundamentais, necessitando ser sopesados, sendo que um sempre será limitado em detrimento do outro. O que a dignidade da pessoa humana quer garantir é que essa limitação não se transforme em substituição. Ou seja, que um direito não sufoque por completo o outro.

Ao se admitir a lesão a privacidade, imagem e até a honra do biografado em nome da liberdade de expressão, sobre a justificativa de é possível uma compensação posterior, estaria se sobrepujando, até em sua mínima parte, os direitos individuais da pessoa pública em detrimento da liberdade de expressão do biógrafo. Pois a lesão ocorrerá independente da indenização posterior, aumentando sua esfera de dano enquanto não cessar a conduta.

O princípio da dignidade da pessoa humana não faz distinção sobre qual Ser Humano possui todos os direitos que lhe garante a dignidade e quais seres humanos possui somente alguns. A pessoa pública, antes de mais nada, é um Ser Humano, e a ela é inerente todos os direitos que lhe faz pessoa. Negar a ela alguns direitos individuais para expandir, desnecessariamente, o direito alheio é praticar abuso de direito.

Como já dito, a liberdade de expressão do biógrafo não será

suplantada, apenas limitada em detrimento de um direito constitucional do biografado de igual hierarquia. Ele pode se manifestar e opinar sobre a pessoa do biografado, contar sua carreira e suas influências na história do país, mas não pode narrar fatos particulares a quais não há nenhum interesse público, apenas curiosidade, sem a permissão do dono da história.

## 6. O DIREITO A MEMÓRIA E O DIREITO DE SER ESQUECIDO

A identidade humana é composta pela memória do passado. Segundo IZQUIERDO, *apud* SOUZA (2015, p. 47) “Sou quem eu sou, porque lembro quem sou”, a história transmite a cultura, as tradições e identifica um povo e ninguém faz história sozinho. É necessário afirmar que o ser humano tem direito a memória, não só o direito de não ser esquecido como o direito de lembrar.

O direito à informação compõe um papel importante e essencial ao direito à memória. É ele que permite ao povo recordar da trajetória de sua nação, não se esquecer é importante. Segundo PIRES e FREITAS (2013, p. 159), há fatos e enredos que não podem ser esquecidos, pois a partir deles um povo poderá repetir os mesmos comportamentos louváveis realizados anteriormente ou utilizar os reprimíveis para construção de um novo começo.

Por todos os séculos o Ser Humano desejou ser lembrando, buscando de todas as formas um meio de não ser esquecido. Através da linguagem, histórias como a mitologia grega e a bíblia foram transmitidas. Porém, hodiernamente, com a evolução da tecnologia e da informação digital esquecer deixou de ser regra e passou a se tornar a exceção (SOUZA, 2015, p. 43-64). Com isso surge um questionamento de perspectiva inversa. Se todos possuem o direito de lembrar e ser lembrado, possuem também o direito de esquecer e ser esquecido?

De acordo com OLEGÁRIO e NOGUEIRA (2014), o direito ao esquecimento representa o direito do interessado de decidir se

suas informações pretéritas e particulares devem ou não ser desvinculadas da mídia, independente de configurarem informações verídicas ou não. Segundo ela, não há previsão expressa constitucional sobre o tema, porém devido a abertura material dos direitos fundamentais presentes no § 2º do Artigo 5º da Constituição é possível deduzir sua previsão implícita.

O direito de ser esquecido caracteriza um direito fundamental de primeira geração, um direito individual, sendo oriundo dos direitos à intimidade e vida privada (OLEGÁRIO e NOGUEIRA, 2014). Constitui um direito independente e substancial para o desenvolvimento da personalidade humana (SOUZA, 2015, p. 43-64). Suas hipóteses se confundem com a tênue linha do direito à memória, por mais que sejam com ela incompatíveis. É necessário abalizar quais fatos necessitam ser lembrado e quais devem ser esquecidos, sendo necessário assinalar requisitos capazes de ponderar as hipóteses de aplicação de um ou outro direito.

Para OLEGÁRIO e NOGUEIRA (2014), a configuração do direito à memória necessita da presença de um interesse público dominante, isto é, um pretexto de caráter público capaz de justificar a divulgação da informação ou apto a sustentar a necessidade histórica da informação. O princípio da dignidade da pessoa humana também compõe um dos limites do direito à memória, sua ofensa constitui agressão aos fundamentos da República Democrática de Direito.

A informação de caráter público não pode sobrepujar a esfera mínima de dignidade do indivíduo apenas sob o pretexto de ser público, ou corre o risco de, numa espécie de utilitarismo, sufocar o indivíduo em prol da coletividade. Segundo FREITAS e PIRES (2013, p.157-171), por haver lembranças e recordações dolorosas para o titular da história, constitui direito à dignidade dar a ele o poder de esquecer e ser esquecido, de modo a não eternizar acontecimentos e erros de sua vida passada. É necessário dar opção a pessoa biografada de não fazer parte da história, de ser apagado e esquecido.

SOUZA (2015, p. 59) traz quatro critérios utilizados

recorrentemente pela jurisprudência na baliza do conflito entre o direito a memória e o direito ao esquecimento. O primeiro critério utilizado seria o local público: por configurar espaço aberto ao público, a divulgação da informação seria menos limitada por já estar ao alcance de todos. O segundo critério seria a ocorrência de crimes: a depender da atualidade da informação e do perigo que oferecer a sociedade, é justificada divulgação de ocorrência de crimes e de seu respectivo autor em detrimento do direito ao esquecimento.

O terceiro critério seria o evento histórico: é justificada a divulgação da informação por se tratar de “*eventos relevantes, de comoção social, com ampla cobertura midiática [...] dada a preponderância do interesse público ao caso*” (SOUZA, 2015, p.59) e o quarto critério seria da pessoa pública, que por ostentar característica notória teria sua esfera íntima limitada. Todos os quatro critérios de ponderação utilizados pela jurisprudência levam pouco em consideração a natureza do direito ao esquecimento, o fazendo extremamente flexível em detrimento ao direito a memória ou a informação, tornando o uma tutela subsidiária.

SOUZA (2015, p. 60-61), por sua vez, descreve cinco parâmetros de ponderação do direito ao esquecimento, diversos dos utilizados pela jurisprudência. O primeiro parâmetro seria o estado de *domínio público* da informação, ou seja, é necessário que a informação já tenha sido anteriormente divulgada, de forma que seja de conhecimento público. O segundo critério seria a *preservação do contexto original da informação*, ou seja, além de dever ser verídica, a informação vinculada deve ser devidamente contextualizada, sob pena de configurar abuso.

O terceiro critério utilizado por SOUZA seria a *preservação dos direitos da personalidade* dos indivíduos envolvidos, deve-se salvaguardar o direito a imagem, honra e privacidade dos indivíduos. O quarto parâmetro seria a *utilidade* da informação, ela deve ser útil ao interesse público, e não configurar mera curiosidade mercadológica sem importância. E por último, mas não menos importante, a informação deveria ser atual, de forma a não permitir que fatos passados fiquem eternamente a disposição do público, mesmo que

já tenham perdido sua utilidade.

A partir dos critérios trazidos pelo autor é possível concluir que os critérios tradicionais utilizados pela jurisprudência, *data venia*, além de ultrapassados não são capazes de atender a dignidade da pessoa humana, pois não leva em consideração o mínimo existencial da Pessoa Pública. O direito ao esquecimento garante que aquele que passou por um fato traumático no passado ou que cometeu um erro do qual não se orgulhe, possa esquecer e fazer esquecer do ocorrido, ainda mais quando esse fato não constitua interesse público, e esse direito também deve ser reconhecido a Pessoa Pública.

## 7. CONCLUSÃO

1. A liberdade de expressão é necessária ao homem, através dela o Ser Humano rompeu as correntes da tirania e tornou se plenamente livre. Porém nenhum direito pode ser absoluto sob pena de configurar abuso. A liberdade de expressão encontra seus limites nos direitos fundamentais.

2. No julgamento da ADI no 4815, o Supremo Tribunal Federal consagrou expressões inadequadas como “censura privada”. A censura jamais poderá ser privada já que é realizada exclusivamente pelo Poder Público, o único detentor dos meios de coerção. O Judiciário não realiza censura, pois é inerte, devendo sempre homologar acordos realizados pelas partes.

3. A liberdade de expressão nunca poderá sobrepujar a dignidade da pessoa humana, sob pena de configurar abuso. Quando ela se choca com os direitos fundamentais individuais, faz necessário um sopesamento para averiguar até quando se configura legítima. Devendo ser separado o que é interesse público e o que é apenas curiosidade pública.

4. O Supremo Tribunal Federal, utilizando-se de uma ótica utilitarista, não permitiu a utilização pelos biografados de tutelas preventivas de lesão. A teoria empregada pelo STF suprime a esfera

mínima de direitos individuais dos Seres Humanos, ofendendo a dignidade da pessoa humana. Além do mais, as tutelas a *posteriori* não solucionam de maneira justa o conflito, pois o que se busca é a cessação do dano e não uma compensação posterior.

5. O direito a memória é importante para formação da identidade de uma nação. No entanto, ele é limitado pelo direito ao esquecimento.

## REFERÊNCIAS

- AFFORNALLI, Maria Cecília Naréssi Munhoz. *Direito a Própria imagem*. Curitiba: Juruá Editora, 2007.
- ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. A tutela dos direitos da personalidade no direito brasileiro m perspectiva atual. *Revista Derecho del Estado*, n. 30, p.93-124, jan/junho 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. critérios de ponderação. interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro 235: p.1-36, jan/mar 2004.
- BONELLA, Alcino Eduardo. Utilitarismo e Ética. In: SOUZA, Draiton Gonzaga de; OLIVEIRA, Nythamar Fernandes de (Org.). *Justiça e Política: Homenagem a Otfried Höffe*. Porto Alegre: Edipucrs, 2003. p. 75-85.
- BRASIL. *Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. 1a edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- BRASIL. *Constituição* (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Secretaria Especial de Editoração e Publicações (SEEP), 2012
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão nº 4815. Requerente: Associação Nacional dos Editores de Livros. Requeridos: Presidente da República e Presidente do Congresso Nacional. Relatora: Ministra Carmem Lúcia. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.815 Distrito Federal*. Brasília.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003
- DE OLIVEIRA, Pedro Henrique BS. Direito de Informação Jornalística e o Papel da Imprensa no Estado Democrático de Direito. *Horizonte Científico*, v. 2, n. 1, 2008.
- DIAS, Roberto. Liberdade de expressão: biografias não autorizadas. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 41, p.204-224, jul/dez 2012.
- FACHIN, Luiz Edson. análise crítica, construtiva e de índole constitucional da disciplina dos direitos da personalidade no código civil brasileiro: fundamentos, limites, transmissibilidade. *Revista jurídica*, São Paulo, v. 55, n. 362, p. 43-60, dez. 2007.
- FERNANDES, Thais C.; RAFAELA, Daisy. *A Polêmica das Biografias não Autorizadas: o*

*Limiar entre o Direito à Intimidade Versus a Liberdade de Expressão. In: Regina Vera Villas Bôas; Daisy Rafaela da Silva; Raul Fernando Núñez Marín. (Org.). Direitos Humanos e Sociedade Contemporânea. 1ed. Lorena: UNISAL, 2014.*

FERREIRA, Keila Pacheco. *Abuso de direito nas relações Obrigacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. 280 p.

FERREIRA, Keila Pacheco. *Prevenção e responsabilidade civil: revistando os aspectos teleológicos na primeira década do CC. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore;*

MARTINS, Fernando Rodrigues (Coordenadores.). *Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 702-726.

GARCIA, Rebeca. Biografias não Autorizadas: Liberdade de expressão e privacidade na história da vida privada. *Revista de Direito Privado*, v. 52, ano 13, p.37-70, out/dez 2012.

GEDIEL, José Antônio Peres. Os Transplantes de Órgãos e a Tutela da Personalidade. Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR. Curitiba, UFPR, 1998. p.80

GUERRA, Tâmara Belo; AMARAL, Sergio Tibiriçá. DIREITO DE INFORMAÇÃO. *ETIC-ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA-ISSN 21-76-8498*, v. 5, n. 5, 2010.

GUIMARÃES, Ricardo Duarte. *Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade: Critérios de Ponderação de Interesses para Biografias não Autorizadas*. 2015. 242 f. Dissertação (Mestrado)–Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia – Ufba, Salvador, 2015.

KUNDE, Barbara Michele Moraes; ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. Biografia Não Autorizada Versus Liberdade de Expressão, de José Joaquim Gomes Canotilho, Jónatas E. Machado M. Machado e Antônio Pereira Gaio Júnior. *EJLL*, Chapecó, v. 15, n. 2, p.481-488, jul. 2014.

LEAL, Magnólia Moreira; THOMAZI, Letícia Rossato. A liberdade de informação pela imprensa e o Princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana. *In: 1º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade*, 30,31 e 01 jun/ 2012, Santa Maria. *Anais*. Santa Maria: Ufsm, 2012. p. 01 – 11.

LEÃO, Anís José. *Limites da liberdade de imprensa*. Belo Horizonte: Imprensa da Universidade de Minas Gerias, 1961.

MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela contra o ilícito (Art. 497, Parágrafo Único, do CPC/2015). *Revista de Processos*, v. 245/2015, p.313-329, jul. 2015.

MILL, John Stuart. *Da Liberdade de Pensamento e de Expressão*. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1976.

MORAES, Maria Celina Bodin. A tutela da personalidade no ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro. *In: TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil*. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 23-58

OLEGÁRIO, Iana Lara Ferraz. NOGUEIRA, Marcos José. O Direito ao Esquecimento sob a Êgide do Direito à Privacidade. X Encontro de Iniciação Científica FA7. *Anais*. v.4, n. 4, 2014.

PIRES, Mixilini Chemin; FREITAS, Riva Sobrado de. O Direito a Imagem e o direito

ao esquecimento: o Tempo como paradigma de proteção à dignidade da pessoa humana. *Unoesc International Legal Seminar*; Chapecó, v. 2, n. 1, p.157-171, 2013.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011.

SILVA, Elisa Whately Villas Bôas. Chico Buarque no gerenciamento de crise: estudo de como o artista lidou com dilema das biografias não autorizadas. Brasília: 2014.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro 212: p.89-94, abril/jun1998.

SOUZA, Bernardo de Azevedo e. *A tutela jurídica da memória individual na sociedade da informação: compreendendo o direito ao esquecimento*. In: AZEVEDO E SOUZA, Bernardo de; SOTO, Rafael Eduardo de Andrade. (Org.). *Ciências criminais em debate: perspectivas interdisciplinares*. 1ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 43-64.

*Superior Tribunal de Justiça*. REsp: 521697 RJ 2003/0053354-3, Relator: Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Data de Julgamento: 16/02/2006, T4-QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 20/03/2006 p. 276RDR vol. 38 p. 332RSTJ vol. 201 p. 449

TEPEDINO, Gustavo. Liberdade de informação e de expressão: reflexão sobre as biografias não autorizadas. *Revista da Faculdade de Direito-UFPR*. vol 61, n.2, Curitiba, p.25-40, maio/ago 2016.

# (IR)RENUNCIABILIDADE AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE ENQUANTO COROLÁRIO DA DIGNIDADE HUMANA

Luiz Carlos Goiabeira Rosa<sup>1</sup>

Hugo Leonardo Borges<sup>2</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

O metaprincípio da dignidade humana é um dos balizadores do ordenamento jurídico pátrio, eis que alicerça de todos os direitos fundamentais e fundamento de validade de todos os demais direitos existenciais da pessoa humana em si considerada: não se concebe a efetividade de um direito da pessoa humana em nível constitucional ou infraconstitucional, se se verificar a inobservância ao imperativo da garantia e manutenção de uma vida digna.

Nesse mister, os direitos da personalidade são tema de fundamental importância na ciência jurídica, por serem decorrência do bem jurídico mais caro ao sujeito—sua dignidade enquanto ser humano. O valor que esses direitos possuem para seu titular não pode ser mensurado, eis que se referem à personalidade, algo que define o indivíduo diante de si e da sociedade.

Concebendo-se que os direitos da personalidade têm como objeto bens que emanam da pessoa em si considerada, e esta por sua vez é centro de todo ordenamento jurídico, fica clara a importância

---

1 Pós-doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra – Portugal. Professor da graduação e pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU).

2 Graduado em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU).

desses direitos para o ordenamento jurídico como um todo. Além disso, considerando o fenômeno da repersonalização do direito, os direitos da personalidade ganham maior campo de atuação na medida em que a pessoa humana passa a ser o núcleo do sistema jurídico-normativo e bem assim a causa e principal destinatário do ordenamento jurídico.

Dessume-se disso que os direitos da personalidade são uma categoria jurídica em pleno desenvolvimento, dado serem direitos amplamente relacionados à vivência e sociabilidade da pessoa, sofrendo todo tipo de influência consoante as relações sociais se modificam na realidade hodierna, pelo que, seu exercício é prerrogativa que deve ser reconhecida e garantida. Lado outro, se assim se considerar válido à garantia de sua dignidade humana, pode a pessoa renunciar aos direitos da personalidade?

Nesse mister, o presente estudo destina-se a analisar a possibilidade de renúncia dos direitos da personalidade enquanto emanção do princípio da dignidade humana, numa perspectiva jurídica e fática e a partir da premente fluidez desses direitos, uma vez que são afetados fortemente por relações sociais, tecnologia e cultura em geral. Para tanto, empregar-se-á o método dedutivo, partindo-se da premissa genérica da garantia e proteção da dignidade humana enquanto metaprincípio e se chegando à possibilidade ou não de renúncia; e o método dialético, contrapondo-se a noção geral segundo a qual os direitos fundamentais são irrenunciáveis à ideia de que os direitos da personalidade podem guardar certa disponibilidade.

## 2. LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE

Kant (2007, p. 77) observa acerca da dignidade:

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade. O que se relaciona com as inclinações e necessidades gerais do homem tem um *preço venal*; aquilo que, mesmo sem pressupor uma necessidade, é conforme a um certo gosto, isto é a uma satisfação no

jogo livre e sem finalidade das nossas faculdades anímicas, tem um *preço de afeição ou de sentimento (Affektionspreis)*; aquilo porém que constitui a condição só graças à qual qualquer coisa pode ser um fim em si mesma, não tem somente um valor relativo, isto é um preço, mas um valor íntimo, isto é *dignidade*.

Parafraseando o entendimento do citado autor, a dignidade humana é um valor íntimo e destarte essencial à vivência da pessoa humana em sociedade: é o imperativo por excelência de existência viável e satisfatória, posto que a concepção que se faz sobre o ser humano é terminantemente indissociável da dignidade e por isso não há ser humano que não seja digno. Eis porque a sociedade e o Estado devem dignificar a pessoa, dando-lhe condições mínimas de vida e favorecendo, na medida do possível, o desenvolvimento das capacidades pessoais do indivíduo (ANDRIGHI, 2009, p. 1187-1188).

Esse desenvolvimento das capacidades pessoais do indivíduo pressupõe e autoriza, entre outros, o exercício do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, assim entendido o direito de autonomia para desenvolver a própria personalidade sem obstáculos e coerções. Mota Pinto (1999, p. 160) afirma a respeito:

A noção de desenvolvimento da personalidade – e a própria concepção de personalidade em causa – comporta já uma componente de liberdade. Não nos parecem legítimas dúvidas de que o direito referido no artigo 26.º, n.º 1, da Constituição seja, na realidade, um ‘direito de liberdade’ (um ‘freiheitsrecht’) – justamente, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade considera especialmente os critérios e valores subjetivos de cada pessoa na constituição de sua personalidade, objetivando impedir a coerção de meios externos em tal desenvolvimento e exercício. Esse direito considera o processo construtivo contínuo de formação da personalidade, conforme preleciona Ascensão (2010, p. 89):

A personalidade, garantida embora na sua existência e na sua individualidade, não é um evento acabado. O homem é um projeto, com fins próprios. Tende ilimitadamente a aperfeiçoar-se. Esse aperfeiçoamento

é por outro lado um direito de cada um, que deve ser assegurado. Os direitos de personalidade tomam agora caráter dinâmico.

Nesse sentido, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade é condição *sine qua non* à dignidade humana, posto que a personalidade humana não é e nem pode ser considerada estática. Não se pode impor ao ser humano um formato pronto e acabado de personalidade, impondo assim um modo único de condução da vida, eis que, sendo desiguais os seres humanos, também serão desiguais suas determinações no decorrer de suas vidas.

A ideia de um direito ao livre desenvolvimento da personalidade permite uma concepção mais dinâmica do exercício dos direitos da personalidade, confirmando a respectiva liberdade para dispor e renunciar. Neste sentido, Cantali (2009, p. 222) bem obtempera que, “para permitir o livre desenvolvimento da personalidade, não há como condenar, *a priori*, um ato de disposição que implique a renúncia ou a limitação de um bem ligado à personalidade, desde que ao menos resguardado a dignidade humana”.

Conforme o entendimento de Bolesina e Schroeder (2016, p. 11):

[...] o direito à renúncia e/ou à disponibilidade relativa e voluntária dos direitos da personalidade é efetiva expressão da autonomia da vontade em prol do livre desenvolvimento da personalidade, já que o potencial criativo e transformativo do ser humano sobre si próprio é sempre um projeto inacabado e em constante construção [...]. Serviriam, assim, a renúncia e/ou a disponibilidade relativa e voluntária dos direitos da personalidade como promotores do livre desenvolvimento da personalidade (já que este dependeria daqueles).

Dessume-se então que, consoante o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, as limitações impostas à disposição dos direitos da personalidade não podem servir para criar padrões de comportamento que impeçam os indivíduos de desenvolver sua personalidade de modo mais digno. Até porque, dada a alta complexidade da sociedade contemporânea, em que cada indivíduo pode ter um sistema de valores diverso, o desenvolvimento da personalidade é completamente peculiar

a cada ser, demonstrando que o ordenamento jurídico deve ser flexível quanto à tutela da personalidade, sob pena de não prestigiar a liberdade que os indivíduos têm para “escolher quem desejam ser”.

Trata-se portanto, no contexto do exercício dos direitos da personalidade, de se observar com maior acuidade a autonomia privada, um dos institutos sedimentares do direito civil, traduzida na faculdade que o sujeito capaz tem de gerenciar livremente suas relações jurídicas conforme seus interesses e vontades. Conforme Mota Pinto (2005, p. 324), a autonomia privada é uma derivação da autodeterminação e liberdade do indivíduo, constituindo um poder dos indivíduos de governarem sua esfera jurídica, exercitando relações jurídicas de maneira positiva, em face do que, pode-se dizer que a autonomia privada faz com que os sujeitos alcancem seus interesses por meio de negócios jurídicos, escolhendo quando, com quem e como irão estabelecer um vínculo jurídico.

A autonomia privada guarda estreita relação com a renúncia, pois é um pressuposto do livre desenvolvimento da personalidade e da disponibilidade dos direitos da personalidade, demonstrando o valor da vontade individual em exercitar os direitos da personalidade de maneira positiva. Hodiernamente, a autonomia privada deve ser considerada como parte de um contexto social e jurídico no qual devem ser valorizados os princípios constitucionais, mesmo em âmbito privado. Ao contrário do que defendia o voluntarismo, a declaração de vontade deve estar somada à obediência dos preceitos legais, sendo sua eficácia limitada e condicionada pelo ordenamento jurídico.

Infira-se que a autonomia privada está presente não só no poder de realização de negócios jurídicos, bem como não se restringe ao aspecto econômico: também se mostra, de maneira mais ampla, em qualquer relação jurídica que o indivíduo gerencia seus direitos subjetivos. Relacionada aos direitos da personalidade, ganha importância se se considerar que esses direitos são mais que simples liberdades negativas, constituindo-se em verdadeiras liberdades positivas, com manifestações de vontade do indivíduo (autonomia) no exercício destes. Daí se poder afirmar que, enquanto direitos de natureza extrapatrimonial, os direitos

da personalidade podem ser dispostos pelo titular com finalidades, que podem ser tanto patrimoniais quanto existenciais, ressaltando-se que os aspectos patrimoniais dos direitos da personalidade são de grande valia para seu titular, podendo a autonomia realizar o interesse do titular pela disposição de aspectos desses direitos.

Outrossim, Perlingieri (2002, p. 18) afirma que a autonomia privada no âmbito existencial merece maior atenção, pois está intimamente ligada com a consagração de valores constitucionais:

[...] Sobretudo, deve-se levar em consideração que as expressões de liberdade em matéria não-patrimonial ocupam uma posição mais elevada na hierarquia constitucional. Como categoria mais ampla do que o contrato coloca-se o negócio jurídico, ao qual se intenciona reconduzir toda manifestação de autonomia, patrimonial ou não.

Com efeito, na esfera da autovinculação à limitação ou compressão dos direitos da personalidade o titular do direito pode celebrar negócios jurídicos que importem em limitação do direito ou em afastamento temporário da tutela sobre seus bens da personalidade. É dizer, o sujeito pode negocialmente sujeitar-se a sofrer agressões à sua integridade física ou moral, por exemplo, através de experiências com novas drogas farmacêuticas, equipamentos médicos, experiências psicológicas, testes de máquinas perigosas, e outros riscos assumidos voluntariamente (VASCONCELOS, 2006, p. 153).

Em lição conclusiva, Cantali (2009, p. 201) afirma:

[...] tutelada a dimensão prestacional da dignidade da pessoa humana, a partir da qual se considera a capacidade de autodeterminação dos interesses pessoais uma dimensão da própria dignidade, não há como negar a incidência da autonomia privada nas situações jurídicas existenciais, conferindo ao titular do direito um poder de disposição sobre bens ligados à própria personalidade.

Cabe ressaltar que a autonomia privada manifestada na disposição dos direitos da personalidade visa a consagrar um importante valor constitucional: a dignidade do titular do direito e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, valores relevantes não só para o indivíduo, mas também para ordenamento jurídico.

### 3. RENUNCIABILIDADE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

No que diz respeito à irrenunciabilidade, indisponibilidade e limitação voluntária, depara-se com uma realidade fática completamente diferente das previsões legais, onde os direitos da personalidade têm fortes repercussões no mercado e na autonomia privada. Tomando como exemplo a irrenunciabilidade, parte considerável da doutrina se restringe a dizer que os direitos da personalidade são irrenunciáveis por serem inerentes ao ser humano, afirmando não ser possível afastar o atributo da personalidade de seu titular. Se é fato ser inconcebível uma situação na qual uma pessoa abandona completamente sua personalidade, também o é que as situações cotidianas mostrarem que a limitação voluntária implica uma renúncia temporária e circunstancial.

O estudo fragmentado dos direitos da personalidade colabora um pouco para essa deficiência doutrinaria, tendo-se em vista que é costumeiro encontrar na doutrina discussões que se centralizam na tutela negativa dos direitos da personalidade, negligenciando seu aspecto positivo e não se questionando como o exercício da personalidade constrói e efetiva a dignidade e a personalidade de seus sujeitos. Embora haja doutrinas que esmiúçam as características dos direitos da personalidade, muitas consideram as características em uma perspectiva estática, não distinguindo situações onde há relativização de determinadas características em prol da dignidade ou do exercício positivo dos direitos da personalidade.

Em lição elucidativa, Bolesina e Schroeder (2016, p. 11) afirmam:

Em outros termos, seus caracteres distintivos clássicos são postos à prova em situações concretas que aclaram a relatividade, a patrimonialidade, a transmissibilidade, a penhorabilidade, a temporalidade, a limitabilidade e a facultatividade no exercício voluntário destes direitos. Isso, porém, a partir de uma leitura civil constitucionalizada, tem menos a ver com interesses patrimoniais e mais a ver com a satisfação dos desejos de transformação e ratificação da personalidade.

Acompanhando o raciocínio, Ascensão (2010, p. 94-95) preleciona que a existência do direito “resulta da atribuição ao titular de meios de prossecução do seu interesse. É diferente haver meras proibições genéricas de actos ofensivos da honra, da existência de um direito subjetivo à honra. Por isso, a posição negativa está predominantemente abandonada”. Eis porque, no âmbito dos direitos da personalidade, deve-se considerar a irrenunciabilidade como atributo complexo que deve ser relativizado, podendo repercutir em diversas decorrências práticas merecedoras de estudo.

### **3.1. A delimitação dos atos de renúncia**

A regra prevista no art. 11 do Código Civil de 2002 determina que os direitos da personalidade são intransmissíveis, irrenunciáveis e ilimitáveis voluntariamente. Interpretando o referido dispositivo, parte da doutrina elabora concepção de que todas essas características decorrem da indisponibilidade, eis que um direito indisponível não pode ser transmitido, renunciado ou limitado.

Cabe ressaltar que há controvérsias sobre a delimitação da indisponibilidade. Alguns autores afirmam que esta é derivação da irrenunciabilidade, como por exemplo, Nery Júnior e Andrade Nery (2004, p. 158), para os quais “está compreendida na irrenunciabilidade dos direitos de personalidade a indisponibilidade, pois seu titular deles não pode dispor livremente”. Ou ainda, Zanini (2011, p. 205) que afirma estar contida na irrenunciabilidade a indisponibilidade dos direitos da personalidade, “visto que seu titular deles não poderia livremente dispor”.

Seguimos o entendimento de Cupis (2008, p. 59), para quem a faculdade de renúncia “está compreendida na faculdade de disposição, entendida no seu mais largo sentido; por isso quando se diz, sem mais, que o direito é indisponível, quer significar que ele também é irrenunciável”. Também Cantali (2009, p. 139), segundo a qual, “estas possibilidades [intransmissibilidade, irrenunciabilidade e limitação voluntária] decorrem da característica da indisponibilidade dos

direitos da personalidade”.

No mesmo sentido, é o posicionamento de Gagliano e Filho (2006, p. 146):

Preferimos utilizar a expressão genérica “indisponibilidade” dos direitos da personalidade, pelo fato de que ela abarca tanto a intransmissibilidade (impossibilidade de modificação subjetiva, gratuita ou onerosa–inalienabilidade) quanto a irrenunciabilidade (impossibilidade de reconhecimento jurídico da manifestação volitiva de abandono do direito).

Outrossim, para determinados autores a renúncia dos direitos da personalidade compreende o ato pelo qual o titular do direito abandona seus direitos, retirando-os de sua esfera jurídica. Tomando como base esse entendimento, grande parte da doutrina abnega tal ato, considerando que seria impossível a um indivíduo abandonar por completo sua própria personalidade.

Para Novais (2006, p. 221), a renúncia é uma vinculação jurídica em que o particular se compromete a não invocar pretensões, faculdades e poderes decorrentes de seu direito, perante entidades públicas ou particulares. Esse comprometimento se dá, normalmente, de maneira temporária e específica. Ainda segundo o autor lusitano, na renúncia “[...] verifica-se um enfraquecimento da posição jurídica individual tutelada por uma norma de direito fundamental determinado pela vontade deliberada do titular do direito” (NOVAIS, 2006, p. 221).

Conforme Adamy (2012, p. 58), renunciar a um direito significa na:

[...] situação definida em lei, em que o titular de direito fundamental, expressamente, renúncia a determinadas posições ou pretensões jurídicas garantidas pelo direito fundamental, ou consente que o Poder Público restrinja ou interfira mais intensamente, por um determinado espaço de tempo e a qualquer momento revogável, tendo em vista um benefício proporcional e legítimo direto ou indireto, pessoal ou coletivo.

Neste diapasão, considerando a essencialidade dos direitos da

personalidade, é nítido que todo ser humano não existe sem uma personalidade, sendo esta um pressuposto de vida digna. Neste sentido, a renúncia seria abandonar algo que é essencial à própria existência, o que aniquilaria qualquer possibilidade de dignidade.

Inobstante o tratamento da renúncia como um ato impraticável, existem autores que admitem uma possibilidade além da renúncia que compreende a própria titularidade do direito: a que se restringe ao exercício do direito. De acordo com essa teoria, a renúncia ao exercício seria como renegar o exercício do direito em situações específicas, o que não significaria o abandono do mesmo, podendo o titular revogar o ato de renúncia.

Explicando a renúncia do exercício, Novais (2006, p. 230) afirma que, após o ato de renúncia, o titular continua “[...] mantendo a titularidade do direito, ele continua a dispor dele em tudo o que não foi afectado pela renúncia ao exercício de faculdades ou poderes determinados, pelo que pode sempre revogar a decisão anterior de renúncia”. Prossegue o aludido autor, apresentando uma série de situações nas quais a renúncia de exercício ocorre:

Não significa isto que a renúncia a direitos fundamentais não possa também ocorrer nas relações jurídicas privadas. Basta atentar na frequência com que se repetem situações reais como as que se verificam quando um jogador profissional de futebol se compromete, quando celebra um contrato de trabalho com um clube ou sociedade desportiva, a observar os regulamentos internos dessas entidades, sendo que desses regulamentos consta a proibição de dar entrevistas sem autorização da Direcção; quando um outro jogador, em caso de eventual regresso a Portugal, a só poder jogar no clube de origem; ou quando os trabalhadores de uma empresa, ou um Sindicato em seu nome, se comprometem a não fazer greve durante um certo período de tempo para não afectar a recuperação econômica da mesma empresa; ou quando alguém aceita submeter-se a experiências de teste de um novo medicamento por conta de um laboratório privado. Em qualquer destas situações, na eventual controvérsia jurídica que suscite acerca da validade das referidas cláusulas contratuais, está directa ou indirectamente em causa um problema de renúncia a direitos fundamentais.

Destarte, quando uma pessoa abdica do exercício de um determinado direito da personalidade, não há que se falar em perda da personalidade e sim em uma limitação temporária desta. Desta maneira, a renúncia ao exercício não é um ato que compromete a personalidade em seu âmago, pois:

[...] a irrenunciabilidade não impede que o titular desses direitos renuncie ao seu exercício, pois a autonomia também representa um componente essencial da pessoa humana. O que a legislação pátria veda é a renúncia ao direito da personalidade em si e não a renúncia ao seu exercício. (ZANINI, 2011, p. 231).

No mesmo sentido, é o entendimento de Cantali (2009, p. 146):

Renunciar à titularidade de um direito fundamental, ou melhor, renunciar total e irrevogavelmente à capacidade de exercício das faculdades e poderes decorrentes do direito. Por outro, a renúncia ao exercício do direito nunca é definitiva, já que não renunciando à titularidade da situação jurídica, ou seja, não renunciando ao direito em si, sempre haverá a possibilidade de revogação do ato de renúncia para restabelecer a capacidade de exercício.

Stancioli (2010, p. 99) faz referência a um caso histórico em que havia o abandono total da personalidade, que era o caso dos leprosos na Idade Média: após se atestar a doença no indivíduo, ele era conduzido a uma instituição religiosa onde era declarada sua morte civil, com completa perda de seus direitos civis. Ou ainda, no Brasil colonial, onde a escravidão era um instituto jurídico que negava a personalidade do indivíduo: este não poderia titularizar qualquer relação jurídica, sendo considerado mercadoria de propriedade do seu senhor.

### **3.2. Renúncia à titularidade do direito**

A possibilidade de renunciar totalmente a um direito da personalidade é quase sempre refutada pela doutrina, vez que até mesmo uma simples leitura do Código Civil faz perceber ser uma questão que, *a priori*, não levanta muitas dúvidas sobre sua incorrência. Quebrar totalmente o vínculo de incindibilidade entre o direito da personalidade e seu titular é algo irrealizável para boa parte da doutrina.

Pontes de Miranda (2000, p. 49) exemplifica tal posicionamento:

O direito à integridade física é irrenunciável. A polícia pode deter e levar ao juiz de interditos a pessoa que se esteja a mutilar, ou proibir que o mutilador de si mesmo se exhiba. Para se afirmar a irrenunciabilidade do direito à integridade física, não se precisaria de invocar alguma regra jurídica que considere crime a mutilação com o fito de se criar inaptidão ao serviço militar, nem as que concernem a entrar no mundo jurídico, como atos ilícitos *stricto sensu* (absolutos), ou relativos, atos de autolesão para se obter pagamento de seguros de acidentes ou de moléstias. Qualquer negócio sobre renúncia à integridade física é inexistente; não entra no mundo jurídico.

No entanto, Novais (2006, p. 277) defende a possibilidade de renúncia tanto ao exercício do direito quanto a este em si considerado, embora em caráter excepcional e restrito a duas situações específicas, quais sejam, onde houver colisão de valores relevantes, sendo que um deles só pode ser efetivado com a renúncia de outro, ou em uma situação de grande relevância da vontade do sujeito em abdicar de seu direito:

[...] qualquer renúncia deste tipo implica uma amputação de uma dimensão relevante da personalidade, pelo que só a existência de outros valores ponderosos ou a relevância extrema da vontade do próprio em ser titular do direito podem justificá-la.

Prossegue o citado autor, ressaltando que, conforme o bem em causa, a distinção é irrelevante, pois o ato de renúncia compromete completamente o direito, tornando sua capacidade de exercício impossível:

Nem se diga que uma concepção não restritiva do conceito [renúncia] é supérflua, na medida em que as modalidades mais ambiciosas de renúncia seriam, imediatamente, ou inviáveis ou inadmissíveis. De facto, quem poderá hoje negar que, mesmo relativamente aos bens de direitos fundamentais mais valiosos, a solução do problema da admissibilidade não é pacífica. Basta atentar na ineliminável controvérsia, também jurídica e constitucional, sobre certas modalidades de renúncia ao direito à vida, onde, pela própria natureza em causa, é, ou pode ser, irrelevante qualquer daquelas distinções, pelo que aquilo que é aí discutível é a admissibilidade de renúncia ao direito fundamental como um todo, independentemente de se

saber se o que está em causa é uma renúncia à titularidade ou ao exercício do direito, uma renúncia ao bem protegido ou ao próprio direito, pois, pela natureza das coisas o que resulta irremediavelmente afectado pela renúncia é o direito à vida na sua totalidade. (NOVAIS, 2006, p. 220)

Assim, a renúncia total do direito seria válida se se prestasse a prestigiar um interesse maior, qual seja, o livre desenvolvimento da personalidade. Admitir-se-iam, então, atos de renúncia que possam relativizar a indisponibilidade do direito, desde que realizem um interesse do titular no sentido de desenvolver sua personalidade:

Em termos mais rasos, é a partir da renúncia total ou parcial do exercício de direitos da personalidade que uma pessoa pode ser o que ela é ou pretende ser (livre desenvolvimento da personalidade), sentindo-se bem consigo mesma, e buscar seus projetos de vida, por mais estranhos que possam parecer, mas que, todavia, não se configurem em autolesão à dignidade humana, observadas as singularidades de cada fase do desenvolvimento humano (como, por exemplo, o trabalho artístico infanto-juvenil sobrecarregado e glamurizado em comparação com o trabalho artístico adulto em mesmas situações). (BOLESINA; SCHROEDER, 2016, p. 12)

Cantali (2009, p 152) também admite a renúncia total do direito:

Na medida em que é intangível o núcleo essencial desses direitos, consubstanciado na proteção da pessoa humana, não é contraditório considerar os direitos da personalidade como essencialmente indisponíveis, mas que em determinadas situações podem ser legítimos atos de disposição que impliquem renúncia ou limitação, inclusive totais e permanentes. O titular dos direitos de personalidade, na esfera de exercício destes direitos, tem reconhecido um poder de disposição, mesmo sobre os direitos estritamente ligados à pessoa, por ato de vontade que decorre de sua autonomia ou mesmo do direito de autodeterminação pessoal que é substrato da sua própria dignidade.

A nosso ver, é difícil conceber uma renúncia total do direito, tendo-se em vista que todo direito da personalidade representa um bem jurídico tutelado por uma norma de ordem pública: a tutela

jurídica jamais se esvairia, por mais que o titular do direito se manifeste no sentido de abandoná-lo. Cita-se exemplo que envolve o direito à vida: uma pessoa em estágio terminal pode recusar o único tratamento médico que manterá sua vida, renunciando a esse direito; contudo, isso não significa abandonar a posição jurídica de defesa da vida enquanto bem jurídico, podendo ela impedir que os médicos ministrem um medicamento eutanásico para causar-lhe a morte.

Outro raciocínio pertinente à mesma situação: a pessoa, em estágio terminal, poderá a qualquer momento revogar seu ato de recusa ao tratamento médico, aceitando o tratamento, mesmo que isso já não seja suficiente para recuperar sua saúde. Os casos mostram que a tutela do direito jamais é perdida e, mesmo contra a vontade do titular, seus direitos da personalidade permanecem sendo protegidos: a renúncia nunca vincula o titular de maneira total, a ponto de, mesmo tendo renunciado ao exercício de seu direito em situação específica, não possa defendê-lo em situações futuras.

Com efeito, no contexto da tutela do direito, o que deve se observar *prima facie* é o sopesamento de interesses realizado pelo próprio renunciante, em face do que se deve chegar à garantia de uma finalidade relevante para o ato de renúncia, qual seja, o de consagrar um direito da personalidade ou o próprio desenvolvimento da personalidade.

Veja-se por exemplo o caso de atos que implicam em lesão corporal considerados legítimos, que se consubstanciam assim numa renúncia à integridade física, sobre o que Cunha Gonçalves (1958, p. 939) afirma:

Sob este ponto de vista, pois, é inegável que o homem pode exercer direitos sobre a sua própria pessoa, não só nos atos de vida quotidiana (cortar cabelo e unhas, fazer a barba, fumar, medicar-se ou sujeitar-se a operações cirúrgicas etc.) [...] mas também nos atos extraordinários, tais como: ceder o sangue para uma transfusão, a fim de salvar um doente; atirar-se à água ou no meio das chamas para salvar uma vida alheia; sujeitar-se à experiência de novas terapêuticas, ou legar o cadáver anatômico [...], alistar-se voluntariamente para

uma guerra, mesmo em país estrangeiro; contratar-se para arriscados serviços desportivos nos circos ou nas barracas de saltimbancos, sujeitando-se a perigosas provas como *fakir*, jejuador ou atleta. Todos esses atos são direitos sobre o próprio corpo, e com eles não se lesam os direitos alheios, nem ofendem os supremos princípios da conservação e utilidade social, da moral pública ou os interesses do Estado.

Acresça-se o exemplo das “cobaias humanas”, pacientes que se submetem a tratamento experimental sem conhecer seus efeitos, ficando totalmente sujeito a efeitos inesperados que podem lesar sua integridade física, e cuja renúncia à integridade física é chancelada pela ordem pública em razão do nobre propósito de colaborar para a possível descoberta de novos medicamentos e tratamentos.

Ou ainda, a cirurgia de transgenitalização ou de mudança de sexo, a qual importa inicialmente em diminuição permanente da integridade física, pois a lesão ao órgão reprodutor jamais pode ser revertida ao menos por completo, vindo pois a causar esterilidade. Contudo, o sacrifício desse direito da personalidade é resultado de uma ponderação de valores na qual se prestigia o direito à integridade psicofísica e a própria dignidade do transexual, comprovando-se destarte a relatividade dos limites impostos pelo Código Civil no que se refere à renúncia e disponibilidade: entre outros, os “bons costumes” são ponderados em favor do direito à identidade, do livre desenvolvimento da personalidade e da própria dignidade.

Interessante também é o caso do direito à “morte digna”, quando o direito fundamental à vida é relativizado quando se constata não haver condições clínicas mínimas da manutenção de uma vida digna. É dizer, o direito à morte digna pauta-se na concepção de que a vida não é um dever, mas sim um direito que pode ter sua absolutidade relativizada em casos específicos: o indivíduo tem direito a morrer dignamente, no sentido de ter direito a uma morte humana, sem o prolongamento da agonia por parte de um tratamento inútil (BORGES, 2005, p. 234).

Alguns autores afirmam que a disposição de uma parte do

corpo não regenerável implicaria uma renúncia do direito em si, caso de redução permanente da integridade física, dado que não haveria a possibilidade de se retomar a situação anterior após a ocorrência do procedimento cirúrgico. Neste sentido, afirma Cantali (2009, p. 153):

[...] no caso concreto é possível considerar legítima a renúncia total e permanente da titularidade de um direito da personalidade, o que ocorre com o direito à vida ou às partes do corpo. Os atributos intrínsecos, portanto, podem ser excepcionados ou relativizados pelo titular, o que se legitima no caso concreto em atendimento ao interesse da própria pessoa ou da coletividade.

No caso da retirada de uma parte do corpo, entendemos não haver uma renúncia do direito em si, no caso a integridade física, vez que o titular do direito continua sendo detentor deste, podendo proteger-se de possíveis violações em relação ao que resta de seu corpo. O fato de a pessoa não poder restaurar seu corpo com a forma anterior, não implica na perda do direito.

Casos como a cirurgia de transgenitalização não implicam em renúncia total do direito, tendo em vista que o transexual não perde seu direito de integridade física, tanto de exercê-lo positivamente, como também de tutela do direito. No referido caso, a mutilação permanente de seu corpo não corresponde à perda total do bem jurídico da integridade física.

### **3.3. Fatores de limitação dos atos de disposição**

Em regra, por considerar os bens da personalidade indispensáveis para o seu titular, o ordenamento jurídico cria limitações severas para os atos de disposição, restringindo consideravelmente a autonomia do sujeito sobre suas relações existenciais. Como atos de autonomia do indivíduo, a limitação e renúncia dos direitos da personalidade estão delimitadas por uma série de fatores como a lei, a ordem pública e os bons costumes.

A lei é o primeiro fator limitante. No próprio estatuto civilista, é bem clara a previsão que determina a indisponibilidade dos direitos

da personalidade: o artigo 11 do Código Civil (BRASIL, 2002) é a principal limitação legal para os atos de renúncia voluntária e de titularidade, ao preconizar que, “com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.

O referido artigo é muito criticado pela doutrina, não só por trazer um pequeno rol de direitos da personalidade—o que não representa o amplo desenvolvimento doutrinário nesta seara -, mas também é recriminado por não permitir qualquer limitação ou disposição dos direitos da personalidade, o que é muito distante da realidade, face ao amplo comércio de bens relacionados à personalidade. Tanto o é que, para tornar a interpretação do aludido dispositivo do Código Civil mais condizente com a realidade, o Conselho da Justiça Federal (CJF, 2012) editou o Enunciado nº 4, segundo o qual “o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral”, e o Enunciado nº 139, o qual preconiza que “os direitos da personalidade podem sofrer limitações, ainda que não especificamente previstas em lei, não podendo ser exercidos com abuso de direito de seu titular, contrariamente à boa-fé objetiva e aos bons costumes”.

Bem a propósito é o entendimento de Lara e Zamboni (2015, p. 24):

Esses enunciados [nº 4 e nº 139 do CJF] fazem referência expressa à possibilidade de haver limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade, desde que essa limitação não seja permanente e geral. Se a limitação sucedesse de forma total, não haveria renúncia ao exercício do direito, mas sim ao direito como um todo.

O Código Civil português (1966) mostra-se mais avançado na temática, eis que no seu artigo 81 nº 1 estabelece como único fator de limitação dos atos de disposição os bons costumes, ao predizer que “toda a limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade é nula, se for contrária aos princípios da ordem pública”. Destarte, a partir da disposição do Código português a renúncia total do direito

é afastada, mas a renúncia de exercício que acarrete limitação dos direitos da personalidade não é necessariamente ilegal, estando condicionada ao respeito pela ordem pública.

A opção do legislador civilista lusitano é louvável, uma vez que permite uma liberdade maior dos atos dispositivos, eis que o conceito indeterminado da ordem pública dá maior espaço de exercício ao titular do direito. Além do mais, os conceitos indeterminados são técnicas modernas de legislação, dando maior poder de adaptação ao direito positivo e possibilitando uma maior confluência com os princípios do direito constitucional, bem como se adaptando a realidade da constitucionalização do direito civil.

Para Gonçalves (2014, p. 45), o conceito de ordem pública corresponde à “[...] ordem considerada indispensável à organização estatal, constituindo-se no estado de coisas sem o qual não existiria a sociedade, assim como normatizada pelo sistema jurídico”. Nessa linha de raciocínio e em lição conclusiva, Carvalho (2015, p. 38) preleciona que “a ordem pública tem de facto uma função delimitadora negativa do espaço de autonomia privada, visando dessa forma proteger um núcleo de valores indisponíveis”.

Carvalho (2015, p. 42) afirma ainda que, nos negócios jurídicos, a ordem pública limita a disposição dos direitos da personalidade de duas formas: a disposição do direito deve sempre ser específica, como nos contratos de cessão de imagem em que o cedente estipula a finalidade específica do uso de sua imagem; também deve ser temporalmente limitada, não podendo um contrato deste tipo prescindir de cláusula que estabeleça duração do pacto. Neste âmbito, o autor afirma que “a concessão de poderes [...] para o aproveitamento económico da voz tem de ser delimitada rigorosamente, designadamente através de limites temporais e do fim para que a concessão foi feita”.

Outrossim, o Código Civil (BRASIL, 2002) refere-se expressamente aos bons costumes enquanto fatores de limitação, ao dispor no art. 13 que, “salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da

integridade física, ou contrariar os bons costumes”.

Tormentosa é a tarefa de conceituar bons costumes, principalmente porque tal definição leva em conta a constante e progressiva mutação da sociedade, fazendo-se com que o que seja um bom costume hoje, pode não ter sido no passado ou possa vir a não sê-lo justamente em razão das convenções sociais. Para efeitos didáticos, valemo-nos do escólio de Gomes (2007, p. 185), para quem os bons costumes são “o conjunto de princípios que, em determinado tempo e lugar, constituem as diretrizes do comportamento social no quadro das exigências mínimas da moralidade média”, ideia reforçada por Mota Pinto (2005, p. 435) quando afirma que bons costumes são “o conjunto de regras éticas aceites pelas pessoas honestas, de boa fé, num dado ambiente e num certo momento”.

Os bons costumes constituem um critério complexo para auferir a legitimidade dos atos de disposição, pois podem limitar a liberdade do sujeito diante de conceitos imprecisos e variáveis como “homem médio”: em uma sociedade extremamente plural, é difícil estabelecer um padrão de comportamento e moralidade. São portanto um critério inseguro, conforme obtempera Robert (2012, p. 15):

Utilizar o critério “bons costumes” como limite não traz segurança, pois é um termo muito amplo. Em realidade, trata-se de um limite que não demonstra qualquer referência de gradação entre lesão leve ou grave impingida ao próprio corpo. Não determina se esse limite pautado nos bons costumes diz respeito à disposição para um fim patrimonial ou existencial. Também nada diz se a disposição é para si ou para outrem. Além de outras indagações que não estariam evidenciadas como fim em si mesmo, dessa disposição, atrelando-a a dignidade do indivíduo como pessoa e não como mero expectador de direitos.

Não obstante sua relativa maleabilidade conceitual, os bons costumes também são limitadores da disposição de direitos da personalidade, na medida em que os atos de renúncia e limitação não podem ignorar o respeito a padrões gerais de conduta e moralidade social. Deste modo, certos atos que implicam lesão ao próprio corpo,

como tatuagens e cirurgia plástica, não são imorais diante dos padrões sociais, sendo portanto plenamente válidos. Lado outro, os negócios jurídicos que restringem sobremaneira os atributos da personalidade tendem a ferir os bons costumes, por exemplo, um contrato que estipule a venda de uma parte do corpo não regenerável.

Outrossim, considerando-se que muitas situações de renúncia denotam um conflito de direitos da personalidade em que se renuncia a um direito em prol de outro, Novais (2006, p. 279) aponta como fator de limitação o princípio da proporcionalidade, no sentido de que o ato de renúncia deve ser apto à prossecução do fim visado, deve ser exigível, e deve ser dotado de proporcionalidade em sentido estrito:

Logo, a restrição deverá ser apta à prossecução do fim visado (isto é, a medida restritiva em causa deve, no mínimo, permitir a realização parcial do fim visado); deve ser exigível (ou seja, de entre todas as possíveis medidas aptas a realizar, de forma igualmente eficaz, o fim pretendido, deve ser escolhida a menos agressiva para o titular do direito); deve, por último, ser proporcional em sentido estrito (a importância do fim, obrigatoriamente legítimo, prosseguido pela restrição e a medida da sua realização através do meio escolhido devem estar numa relação razoável, proporcional, adequada à medida e importância dos efeitos danosos produzidos na esfera do titular do direito), o que, em última análise, remete para um processo de ponderação de bens entre os valores em questão.

Com efeito e conforme já afirmado, a renúncia de um direito é sempre uma medida excepcional e, como tal, deve haver uma ponderação com o fito de determinar o direito mais relevante de ser preservado na situação concreta, sempre se tentando preservar ao máximo o direito sacrificado.

Por último, os atos de disposição são limitados pelo núcleo essencial do direito, consubstanciado na própria dignidade da pessoa humana. Cantali (2009, p. 146), em lição conclusiva, afirma:

O importante é que o ato de renúncia [...] será legítimo ou não dependendo das circunstâncias fáticas que envolvem o caso concreto, bem como através de juízo de ponderação envolvendo os valores

em causa, levando-se em consideração também o limite à restrição que está na proteção do núcleo essencial da dignidade humana. Essa necessária ponderação para avaliar o ato de disposição de direito de personalidade também se dá em função do conteúdo dialético desses direitos, ou seja, direitos que têm conteúdo variável, os quais terão sua extensão mensurada apenas diante do interesse colidente no caso concreto.

Ainda segundo Cantali (2009, p. 137), a dignidade humana é o limite dos limites, não podendo tal valor ser desconsiderado em qualquer hipótese de disposição dos direitos da personalidade:

É a própria dignidade da pessoa humana, princípio em que os direitos fundamentais encontram pressuposto e fundamento, que funciona como o limite dos direitos e limite dos limites, ou seja, a “barreira última contra a atividade restritiva dos direitos fundamentais”.

Importante ressaltar o fato de que a dignidade, assim como os bons costumes, possui um significado complexo na realidade. Tomando como base as crenças e convicções de cada indivíduo, a dignidade pode alcançar significados diversos, determinada pela própria alteridade do titular do direito.

Neste sentido, Novais (2006, p. 276) tece importante crítica sobre a dignidade enquanto fator delimitador da disponibilidade dos direitos da personalidade:

Portanto, a relevância da dignidade da pessoa humana na problemática da renúncia a direitos fundamentais não se traduz tanto em saber se o particular pode renunciar à pretensão de respeito e proteção da sua dignidade – o que seria inadmissível –, mas, sobretudo, na averiguação dos limites ao poder de o particular determinar por si próprio o sentido e conteúdo da sua dignidade.

O conteúdo essencial do direito, ou núcleo essencial, é outro fator de limitação. Embora não seja expressamente conceituado pela doutrina brasileira, pode-se afirmar que o núcleo é o cerne do direito que propicia o mínimo de dignidade para o respectivo titular, partindo-se do pressuposto de que o fundamento dos direitos da personalidade é a própria dignidade.

Deste modo, a renúncia que afete o núcleo do direito repercute decisivamente em sua dignidade, não podendo esta ser retomada. Ato contínuo, renunciar ao núcleo essencial de um direito fundamental implicaria em “materializá-lo”, eis que se estaria desconsiderando o aspecto existencial e o transformando em mero objeto de viés patrimonial.

Ascensão (2010, p. 77) bem obtempera a respeito:

Talvez isso nos permita, no que respeita a restrições a direitos de personalidade, distinguir três situações diferentes. Um núcleo duro, em que o direito não é suscetível de nenhuma limitação negocial. Uma orla, em que se podem estabelecer limitações, mas estas são revogáveis. É a matéria a que se aplica o artigo 81/2 Uma periferia, em que os direitos são limitáveis, sem incorrer na revogabilidade estatuída no art. 81/2 [...]. Essa periferia é assim livremente disponível, por não haver razões éticas que o excluam.

Outrossim, no que diz respeito à dignidade esta será sempre irrenunciável, pois compreende o próprio fundamento dos direitos da personalidade: representa seu conteúdo mínimo, razão pela qual não pode ser afastada em nenhuma situação. Nesse mister, o Estado não pode admitir uma disposição total do direito que simplesmente prejudique a dignidade do titular sem consagrar outro direito ou sua própria autonomia: admitir uma renúncia irresponsável do direito, além de violar limites como ordem pública e bons costumes, vai contra o próprio princípio mor da dignidade.

### **3.4. Pressupostos da renúncia**

A vontade do titular é derivação de direito da personalidade, mais precisamente o direito à liberdade. Tal fato mostra-se relevante para considerarem-se legítimos os atos de disposição, pelo que Cantali (2009, p. 152) bem afirma a respeito: “a vontade do titular em permitir certa limitação ao exercício de algum direito da personalidade está intimamente ligada ao direito de liberdade o qual também é um direito da personalidade”.

Nesse sentido, e enquanto ato volitivo que é, a renúncia tem

entre seus pressupostos a existência de uma declaração de vontade, a qual visará a desconstituir uma posição jurídica protegida por norma de direito fundamental. Acresça-se que, para ser válida, tal declaração deve ser dada não só pelo titular da posição jurídica como também deve haver a respectiva capacidade de disposição: no caso dos testemunhos de Jeová, por exemplo, a declaração de vontade feita por menor no sentido de renunciar ao direito à vida em proveito de sua liberdade de crença não pode ter plena eficácia, pois sua condição de incapaz compromete sua possibilidade de discernimento e disposição da posição jurídica.

Outro pressuposto para a renúncia é o caráter voluntário do ato: o renunciante deve ter plenas condições de analisar os valores em causa, ser consciente para avaliar sua decisão, e ter liberdade para fazer uma escolha sem ser comprometido por algum tipo de coação ou ameaça. O pressuposto da voluntariedade pode ser relacionado com a questão do mínimo existencial, na medida em que o sujeito que abandona um direito da personalidade para obter bens necessários à sua sobrevivência não pode estar agindo com plena voluntariedade, vez que sua liberdade de escolha está comprometida pela necessidade existencial.

Em contraponto, Novais (2006, p. 253) afirma que por si só a falta de voluntariedade não deslegitima o ato de renúncia:

[...] porque o facto de um cidadão se encontrar numa situação de pressão, desigualdade ou dependência de tal ordem que a renúncia não signifique a escolha de uma alternativa, não é, em nosso entender, motivo suficiente para a invalidar, por falta de caráter voluntário. [...] É que pode ser exactamente quando o cidadão se encontra numa situação dessas que a possibilidade de prosseguir autonomamente os seus fins pessoais só possa ser garantida se ele aceitar prescindir de uma posição de direitos fundamentais.

A seu turno, Schreiber (2013, p. 27) entende que o interesse do próprio renunciante é o que legitima o ato, sendo que qualquer limitação de um direito da personalidade é ilícita quando ignora o

interesse do titular do direito:

A autolimitação ao exercício dos direitos da personalidade deve ser admitida pela ordem jurídica quando atenta genuinamente ao propósito de realização da personalidade do seu titular. Deve, ao contrário, ser repelida sempre que guiada por interesses que não estão na própria pessoa ou imediatamente voltados à realização da dignidade daquela pessoa.

Fato é que, hodiernamente, quando se trata de relações existenciais é difícil encontrar uma situação na qual o sujeito de direito consiga exercer sua liberdade de maneira plena. O que outrora era opressão do poder estatal, hoje é o poder de grandes grupos econômicos ou da própria sistemática do mercado, na qual o indivíduo se vê compelido a renunciar a direitos para garantir uma situação minimamente digna: para garantir um bem jurídico que entende ser naquele momento mais importante e necessário, o ser humano renuncia a outros direitos para poder se contrapor a um desequilíbrio econômico-sócio-cultural.

Assim é que o mínimo existencial possui extrema importância quando se fala em renúncia dos direitos da personalidade, pois é ele que garante a liberdade do ato volitivo renunciador dado que uma pessoa limitada aos seus instintos de sobrevivência tem sua liberdade comprometida.

Resta destacar que a renúncia pode ser entendida em um duplo aspecto: pode representar o exercício de um direito, mas também pode representar o não exercício de um direito:

Essa renúncia nas relações entre particulares pode ser possível em certos limites, cabendo duas maneiras de visualização desse fenômeno. Uma como forma de exercer um direito ligado à liberdade e livre desenvolvimento da personalidade e outra como forma de restrição/limitação desse direito permitindo ao Estado a interferência no direito ou bem jurídico renunciado. Mais ainda, quando é possível perceber que a renúncia passa a se referir a direitos de uns em relação a outros. (ROBERT, 2012, p. 7)

Em um Estado Democrático de Direito onde um de seus

maiores fundamentos é a dignidade da pessoa humana, não se pode admitir que o indivíduo abandone seus direitos mais caros para garantir bens materiais básicos necessários à sua sobrevivência. Como ressaltado por Rocha (2016, p. 56), o Estado Democrático de Direito perde sua legitimidade quando abandona seu papel de consagrar a dignidade em qualquer situação:

Por isso é que todas as formas de excluir o homem do ambiente social de direitos fundamentais, de participação política livre, de atuação profissional respeitosa, de segurança pessoal e coletiva pacífica são inadmissíveis numa perspectiva, proposta ou garantia de Estado Democrático.

Importa destacar que a renúncia quase sempre decorre de uma ponderação de interesses: afasta-se um direito em detrimento da promoção de outro direito. Conforme já afirmado, a renúncia não pode ser um ato gratuito em que meramente se afasta um direito da personalidade: deve sê-lo em prol de um direito, seja o livre desenvolvimento da personalidade, seja a própria dignidade.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Denotou-se que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade se relaciona intrinsecamente com a autonomia privada, representando a faculdade do indivíduo de desenvolver sua personalidade de maneira ativa, e do modo mais digno, em uma concepção que a considera atributo humano em premente transformação.

Considerada a concepção positiva dos direitos da personalidade, os atos de disposição e renúncia do direito são mais realizáveis, pois buscam promover a própria autodeterminação do indivíduo em usufruir dos seus direitos da personalidade de maneira mais digna e plena. Nesse mister, conferidas as possibilidades de renúncia e se distinguindo as concepções doutrinárias sobre a renúncia de exercício e renúncia de titularidade, constatou-se a restrição da possibilidade de renúncia em relação ao exercício dos direitos da personalidade, eis que a norma de ordem pública, representada pelo

direito da personalidade, impede que o titular perca a tutela do bem jurídico. Mesmo que ocorra o ato de renúncia, o direito sempre será protegido contra violações futuras.

Não obstante, também se constatou excepcionalmente a renúncia aos direitos da personalidade em si considerados, o que seria admissível desde que de maneira limitada, não abarcando todo o direito ou não atingindo o núcleo essencial do direito, este último considerado pressuposto para a própria efetivação mínima do direito, eis que a garantia do mínimo existencial é pressuposto fundamental para a renúncia dos direitos da personalidade, e por isso a pessoa não pode ser compelida a dispor de um direito visando exclusivamente a garantir sua simples existência, situação na qual não haveria uma liberdade de escolha e determinação.

Outrossim, denotou-se e se ressaltou que os atos de renúncia devem se submeter a uma série de limitações, como a própria lei, a ordem pública e a moral, em face do que, sua aplicação deve ser ponderada, tendo-se em vista que podem obstar legítimos atos de autonomia e desenvolvimento da personalidade. Lado outro, constatou-se que o desenvolvimento da personalidade será muito mais eficaz e dinâmico se o Estado intervir o mínimo possível, restringindo-se à proteção contra possíveis violações de terceiros, e não contra atos praticados pelo particular no exercício de sua autodeterminação.

Também, no sentido de defender a renunciabilidade de exercício, observou-se ser cabível afirmar que o ato de revogação é sempre permitido: seja qual for a renúncia, o ato volitivo nunca produz uma vinculação permanente.

Por fim, concluiu-se que o poder de disposição e renúncia de direitos da personalidade é resultante dessa dimensão positiva desses direitos, no sentido de que o particular deve ter liberdade de autodeterminação para escolher a melhor maneira de desenvolver sua personalidade, mesmo que isto implique constrição de certos aspectos da sua personalidade.

## REFERÊNCIAS

- ADAMY, Pedro Augustin. *Renúncia a direito fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2012.
- ANDRIGHI, Fátima Nancy. A tutela jurídica do consumidor e o respeito à dignidade humana. In MIRANDA, Jorge (Coord.); SILVA, Marco Antônio Marques da (Coord.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 1.
- BOLESINA, Iuri; SCHROEDER, Helena Maria. “Limitação” voluntária dos direitos da personalidade no direito civil contemporâneo. 2016.17 p. UNISC, Santa Cruz do Sul, 2016. Disponível em: <<https://online.unisc.br/acadnet/anaais/index.php/snpp/article/view/14745/3580>>. Acesso em: 04 mai. 2018.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Jornadas de Direito Civil 2012*. Disponível em <[http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/Jornada%20de%20Direito%20Civil%201.pdf/at\\_download/file](http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/Jornada%20de%20Direito%20Civil%201.pdf/at_download/file)>. Acesso em 04 mai. 2018.
- BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm)>. Acesso em 10 jan. 2018.
- CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- CARVALHO, Francisco Pessanha Vilaça Bessa de. *Autolimitação de direitos de personalidade: em especial a não contrariedade à ordem pública*. 2015. 65 f. Dissertação (Mestrado Forense)—Faculdade de Direito – Escola de Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2015. Disponível em: <<http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/20168/1/Tese%20Francisco%20Bessa%20de%20Carvalho%20142713145.pdf>>. Acesso em 06 abr. 2018.
- CUNHA GONÇALVES, Luiz da. *Tratado de direito civil*. 2. ed. atual. e aum. São Paulo: Max Limonad, 1958, v. III, t. I.
- CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Trad. Afonso Celso Furtado Rezende. São Paulo: Quorum, 2008.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil: parte geral*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed., atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 3.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.
- LARA, Paula Maria Tecles; ZAMBONI, Sabrina Alves. Ghost writer: autonomia privada e a possibilidade jurídica de renúncia aos direitos morais de autor. *XXIV Encontro Nacional do Conpedi*, 2015, Aracaju. Disponível em <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/>>

c178h0tg/if08mdi9/Z9VTzcBmIAp1aA7N.pdf>. Acesso em 20 mai. 2018.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra—Portugal-Brasil* ano 2000. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

MOTA PINTO. *Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

NERY Junior, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil anotado e legislação extravagante*. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais: Trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Trad. de Maria Cristina De Cicco. 3ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Atual. por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000.

PORTUGAL. Decreto-Lei n 47.344, de 25 nov. 1966. *Código Civil português*. Disponível em: <<http://www.codigocivil.pt/>>. Acesso em: 06 mai. 2018.

ROBERT, Paulo Henrique Silveira. *Direitos da personalidade e lesão em face da autoexposição negociada*. 2012. 25 p. Monografia (Curso De Preparação à Magistratura)- EMAP—Escola Da Magistratura do Paraná, UNIBRASIL, Curitiba, 2012.

ROCHA, Carmem Lúcia. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A EXCLUSÃO SOCIAL. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, [S.l.], n. 2, p. 49-67, mai. 2016. Disponível em <<http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/29>>. Acesso em 28 mai. 2018.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

STANCIOLI, Brunello. *Renúncia ao exercício de direitos da personalidade: ou como alguém se torna o que quiser*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito de personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos da personalidade: aspectos essenciais*. São Paulo: Saraiva, 2011.

# A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

Ana Luiza Souza Reis<sup>1</sup>

Denise Fonseca Félix de Sousa<sup>2</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

O direito à vida é uma garantia fundamental prevista no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal Brasileira e, tratando-se de direito inviolável, sua discussão merece especial atenção, particularmente por ser alvo dos mais variados e intensos debates acerca dos seus institutos. Entre as mais atuais discussões cujo centro é o direito à vida, encontram-se as Diretivas Antecipadas de Vontade.

A sucessão testamentária no Brasil é um recurso que, mesmo previsto legalmente, ainda não é amplamente utilizado por aqueles que, tentando prevenir futuros litígios entre sucessores, ou ainda, querendo determinar a forma como se efetuará a distribuição de seu patrimônio para após a morte, se antecipam, determinando por escrito o que caberá a cada um dos herdeiros.

A morte é um estágio natural na evolução da vida humana, entretanto não é encarada de modo estritamente racional e, por esse motivo, ainda não há uma cultura testamentária consolidada. Dessa forma, e em razão da denominação indevidamente atribuída, o testamento vital sofre da mesma discriminação.

Entende-se que tal instrumento pode ser capaz de trazer um pouco mais de dignidade ao fim de uma vida marcada por doenças

1 Pós-graduanda em Direito Civil e Processo Civil.

2 Mestre em Direito pela Universidade Federal de Goiás–UFG. Professora de Direito Civil na UFG.

impeditivas da livre e consciente manifestação de vontade, assim, defende-se a criação de uma cultura testamentária no Brasil, incluindo-se a possibilidade de realizar as diretivas antecipadas de vontade (DAV).

A morte pode ser encarada como um rito natural de passagem, havendo possibilidade de ser analisada pelo prisma existencial, religioso ou filosófico. Contudo, independentemente da análise que se faça, ela virá acompanhada por uma valoração: seja o valor da morte em si, ou o valor do indivíduo que realiza tal “passagem”, seja a importância que ele tinha em sua instituição familiar, a falta que fará aos seus entes mais próximos, ou ainda, os valores deixados por ela, que passarão a ser componentes de um acervo patrimonial que agora jaz “sem dono”.

Historicamente já se superou essa última preocupação ligada à morte e aos bens deixados pelo *de cuius* por meio da criação, com grande influência do Direito Canônico, do princípio de Saisine. Entretanto, ainda que há muito já se discuta a sucessão dos bens pertencentes àqueles que já faleceram, a cultura da prevenção em matéria de morte ainda é cercada por tabus. Independentemente do motivo (talvez por medo do desconhecido, pela incerteza acerca da existência de vida após a morte, ou mesmo pela associação da morte à dor e ao sofrimento), fato é que muitos ainda postergam os atos ligados a esse momento, sendo o testamento, inegavelmente, um deles.

Na tentativa de se evitar tratamentos degradantes, prolongadores de vida por meios sofridos ou artificiais, fala-se hoje no testamento vital (ressalvando, todavia, o termo “testamento”), que nada mais é do que uma manifestação de vontade, idealmente realizada por quem esteja acometido por doença grave e terminal que, com o auxílio de advogados e médico de sua confiança, estabelece previamente os tratamentos aos quais deseja ser submetido ou não, quando já não puder fazê-lo livre e conscientemente.

O presente artigo pretende analisar a situação da cultura testamentária brasileira e os tabus que envolvem o momento da morte, bem como os institutos jurídicos ligados a esse momento, especialmente a aplicação das diretivas antecipadas de vontade na sociedade

contemporânea, sob o prisma da dignidade da pessoa humana, princípio repleto de valores que tornam, ou não, determinado instituto compatível com a Constituição.

Dentro desse contexto, pretende-se esclarecer, também, o que é o testamento vital, sua natureza jurídica, características e regulamentação.

Entende-se que a melhor maneira de analisar as diretivas antecipadas de vontade no Brasil seja por meio comparativo, demonstrando assim a maneira como o testamento vital é encarado, analisado e utilizado em outros países.

Portanto, por meio da metodologia comparativa, em especial em relação à Portugal, que recentemente legislou acerca das diretivas antecipadas de vontade, pretende-se demonstrar as razões que ainda levam à pouca utilização desse instrumento no território brasileiro.

Outrossim, pautar-se-á nos estudos realizados por autores como Luis Roberto Barroso e Rodrigo da Cunha Pereira, além de artigos publicados em razão de recente pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) e fontes que analisam a dignidade na hora da morte e as modalidades sucessórias previstas pela legislação pátria. A legislação relativa ao assunto também será fonte consultiva especial para formação do entendimento e apresentação dos resultados da pesquisa.

Diante do que se pretende elucidar, pergunta-se se a disseminação do conhecimento, o incremento das discussões sobre o tema e um debate com ampla participação social será capaz de alcançar uma cultura testamentária no país. E, ainda, se isso será suficiente para aumentar o número de testamentos aqui realizados, principalmente na forma de diretivas antecipadas de vontade.

## **2. DIGNIDADE COMO PREMISSA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DO DIREITO BRASILEIRO**

Conforme leciona Luís Roberto Barroso (2012), a dignidade humana, na forma em que é atualmente compreendida, se assenta

sobre o pressuposto de que cada ser humano possui um valor intrínseco, de modo que o desenvolvimento da compreensão de dignidade humana se iniciou com o pensamento clássico e tem como marcos a tradição judaico-cristã, o Iluminismo e o período imediatamente posterior ao fim da Segunda Guerra Mundial.

Sob uma perspectiva religiosa, o autor diz que a ideia central da dignidade humana pode ser encontrada na Bíblia Sagrada, cujos ensinamentos giram em torno da criação do ser humano por Deus à sua própria imagem e semelhança, sendo-lhes imposto o dever de amar seu próximo como a si mesmo (BARROSO, 2012).

Em relação ao viés filosófico da dignidade humana, o estadista romano Marco Túlio Cícero foi o primeiro autor a empregar a expressão “dignidade do homem”, associando-a com a razão e com a capacidade de tomar livremente decisões morais. Ainda segundo Barroso (2012):

Foi com o Iluminismo, contudo, que emergiu a ideia da centralidade do homem, ao lado do individualismo, do liberalismo, do desenvolvimento da ciência, da tolerância religiosa e do advento da cultura dos direitos individuais. Somente então a busca pela razão, pelo conhecimento e pela liberdade foi capaz de romper a muralha do autoritarismo, da superstição e da ignorância, que a manipulação da fé e da religião havia construído em torno das sociedades medievais. Um dos principais representantes do Iluminismo foi Immanuel Kant, que o definiu como a saída do ser humano da sua auto-imposta imaturidade.

Além das já citadas balizas, existe um marco histórico significativo, que foi decisivo para o delineamento da noção atual de dignidade humana: os horrores do nacional-socialismo e do fascismo, e a reação que eles provocaram após o fim da Segunda Guerra Mundial. Na reconstrução de um mundo moralmente devastado pelo totalitarismo e pelo genocídio, a dignidade humana foi incorporada ao discurso político dos vitoriosos como uma das bases para uma era longamente aguardada de paz, democracia e proteção dos direitos humanos. A dignidade humana foi então importada para o discurso jurídico devido a dois fatores principais. O primeiro deles foi a inclusão em diferentes tratados e documentos internacionais, bem como em

diversas constituições nacionais, de referências textuais à dignidade humana. O segundo fator corresponde a um fenômeno mais sutil, que se tornou mais visível com o passar do tempo: a ascensão de uma cultura jurídica pós-positivista, que reaproximou o direito da moral e da filosofia política, atenuando a separação radical imposta pelo positivismo pré-Segunda Guerra. (BARROSO, 2012, p. 134/135)

Conceitualmente, válido dizer que existem divergências quanto a este tema, especialmente por sua abstração. Na tentativa de definir este princípio, o professor e atual desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Ingo Wolfgang Sarlet:

Entende-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2002, p. 62).

O Ministro Luís Roberto Barroso assim a conceitua:

Não é fácil elaborar um conceito transnacional de dignidade humana, capaz de levar em conta da maneira adequada toda a variedade de circunstâncias religiosas, históricas e políticas que estão presentes nos diferentes países. Para levar a bom termo esse propósito, deve-se aceitar uma noção de dignidade humana aberta, plástica e plural. Grosso modo, esta é a minha concepção minimalista: a dignidade humana identifica (1) o valor intrínseco de todos os seres humanos, assim como (2) a autonomia de cada indivíduo, (3) limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário). Esses três elementos serão analisados (...), com base em uma perspectiva filosófica que é laica, neutra e universalista. A laicidade indica que Igreja e Estado devem ser separados, que a religião é uma questão privada de cada indivíduo e que, na política e nos assuntos públicos, uma visão racional e humanista deve prevalecer sobre concepções religiosas. A neutralidade é um ponto central do pensamento liberal contemporâneo e significa que o Estado não deve escolher lados quando diferentes concepções

razoáveis de vida boa estão em conflito. Essas noções de laicidade e neutralidade representam um esforço para libertar a dignidade humana de qualquer doutrina religiosa ou política abrangente, associando-a com a ideia de razão pública, desenvolvida com maestria por John Rawls. (BARROSO, 2012, p. 160/161)

A dignidade está disposta na atual Carta Magna como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III) e apresenta-se como um dos principais pontos da vigente Carta Magna, eis que permeia todos os demais pontos colocados pelo constituinte. Há que se deixar claro que a dignidade não é o único parâmetro para a interpretação dos demais valores insertos na Constituição, contudo, é o principal quando se põem em conflito disputas judiciais envolvendo colisões de direitos ou desacordos morais, como é o caso do aborto, da união homoafetiva, da dignidade no momento da morte e das diretivas antecipadas de vontade. Isso se dá, primordialmente, pela relevância que se atribui aos direitos e garantias fundamentais que, dispostos no Título II da Carta Política, constituem cláusulas pétreas, impossibilitando sua modificação durante a vigência da Constituição Federal.

Para Ana Carolina Brochado Teixeira (2013, p. 544): “quando a Constituição previu o catálogo aberto de direitos fundamentais, para que a pessoa encontre a melhor forma de se realizar, pode-se entender como implícita a liberdade de dispor do próprio corpo.” E prossegue, aduzindo que o se o corpo humano se constitui em “espaço de autonomia, a liberdade de dispor do próprio corpo deve ser a regra e suas limitações são exceções, pois os conceitos de saúde, liberdade e personalidade devem ter a mesma direção.”

Ao lado da dignidade da pessoa humana, no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, tem-se o direito inviolável e inalienável à vida, sendo este um dos pilares do Estado Democrático de Direito, sob o qual todos os demais direitos fundamentais devem ser pautados.

Com a atribuição de caráter constitucional do direito à vida e, sobretudo, dos princípios da dignidade da pessoa humana e da autonomia privada, surgem alguns questionamentos relacionando estes

dois pilares da ordem jurídica brasileira às Diretivas Antecipadas de Vontade na hora da morte, tais como: Como conciliar a ambiguidade do direito à vida face à dignidade da pessoa humana no momento de sua morte? As DAV vão de encontro ao artigo 5º da Magna Carta? Como garantir ao indivíduo seu direito de morrer com dignidade?

A partir de uma leitura atenta da Carta Republicana, em seu artigo 5º, inciso III, observa-se que há proibição de submissão do cidadão a tratamento degradante ou desumano, corroborado pelo artigo 15, do Código Civil, que dispõe sobre a liberdade do paciente ao próprio corpo.

Isso posto, podemos concluir, que o princípio da dignidade da pessoa humana sobressai-se face aos demais princípios e direitos, afastando-se a lesão ao direito à vida diante da adoção das DAV. Sá (2001, p. 59) esclarece este dilema ao afirmar:

A obstinação em prolongar o mais possível o funcionamento do organismo de pacientes terminais não deve mais encontrar guarida no Estado de direito, simplesmente, porque o preço dessa obstinação é uma gama indivisível de sofrimentos gratuitos, seja para o enfermo, seja para os familiares deste. O ser humano tem outras dimensões que não somente a biológica, de forma que aceitar o critério da qualidade de vida significa estar a serviço não só da vida, mas também da pessoa. O prolongamento da vida somente pode ser justificado se oferecer às pessoas algum benefício, ainda assim, se esse benefício não ferir a dignidade do viver e do morrer (SÁ, 2001, p. 59).

Com a evolução dos tratamentos médicos, o paciente adquire um papel ativo na tomada de decisões acerca das condutas que o médico deve ou não adotar. Segundo Cabral, “[...] deixando de ser paciente e passando à qualidade de agente, decide ele se deseja ou não se submeter à determinada intervenção cirúrgica ou mesmo técnica terapêutica indicada pelo profissional da Medicina” (CABRAL, 2011, p. 25).

Dessa forma, vê-se que a primazia da vida só terá real importância se conjugada com o conceito de dignidade da pessoa humana. Não parece razoável transformar o direito de viver em dever de viver.

Considerando esse paradigma, devemos abordar que a garantia de morte digna está intimamente relacionada com o princípio de vida digna.

Esse respeito à integridade do paciente está inserido no Código de Ética Médica em vigor, aprovado pelo Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução 1.931/09, que em seu Capítulo I contém a seguinte previsão: “XXII. Nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará sob sua atenção todos os cuidados apropriados”.

O artigo 41 da referida norma, por outro lado, veda ao médico “abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal”. Tal previsão está em consonância à legislação penal brasileira, que tipifica criminalmente a eutanásia.

No Brasil, a eutanásia configura crime de homicídio, com previsão no art. 121 do Código Penal. A pena poderá ser reduzida “se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral”.

Consoante lição de Norman Geisler e Peter Bocchino, “eutanásia” significa:

A palavra *eutanásia* vem da língua grega: *eu* significa “bom” e *thantos* significa “morte”. O significado da palavra evolui do conceito de “boa morte”. Agora se refere ao ato de dar fim à vida de outra pessoa, a pedido dessa pessoa, a fim de minimizar seu sofrimento. Apresenta-se em duas formas principais: 1) *eutanásia ativa*, causar a morte de uma pessoa por meio de ação direta, e 2) *eutanásia passiva*, acelerar a morte de uma pessoa removendo o equipamento (e.g., respirador artificial) que dá suporte à vida, parando com os procedimentos médicos, com os medicamentos, etc., ou parando de alimentar e permitindo que a pessoa se desidrate ou morra de inanição. (BOCCHINO; GEISLER, 2003, p. 412)

Apenas para uma melhor elucidação da matéria, importante diferenciar a eutanásia do suicídio assistido, no qual o próprio suicida, orientado ou auxiliado por terceiros, pratica o ato letal. Essa figura também está inserida no ordenamento penal, no art. 122 do CP.

A ortotanásia consiste “na ajuda pelo médico ao processo natural de morte” DINIZ (2009, p. 383), confundindo-se desta forma, com a eutanásia passiva, segundo a qual é suspensa toda medicação ou meios artificiais para prolongar a vida vegetativa do paciente.

A distanásia ou obstinação terapêutica, por sua vez, tem por objetivo evitar a todo custo a morte, através do prolongamento de tratamento, mesmo que isso venha a causar maiores sofrimentos ao paciente. Consoante GODINHO (2016, p. 73):

Trata-se de medida que se tornou mundialmente conhecida como encarniçamento terapêutico (também designada como obstinação, furor, ativismo ou intensivismo terapêutico, ou ainda determinismo biológico-médico), pois implica a obsessão pela adoção de medidas médicas excessivas, resultantes das inúmeras possibilidades abertas pela tecnociência e pautadas pelo solitário critério da “quantidade” da vida, mediante o investimento de todos os recursos cabíveis para prolongá-la ao máximo. A distanásia corresponde, portanto, à apreensão totalitária de um ser humano, num processo de infrutífera tentativa de refrear a morte, quando tal já não se revela possível e sequer convincente; no caso, parte-se do equivocado postulado de que “se algo pode ser feito, deve ser feito”. Nesta perspectiva, o conceito de saúde supervaloriza a “biologia”—a natureza física—e deixa à margem a “biografia”—a história, valores e opções de vida de uma pessoa.

O Conselho Federal de Medicina, através da Resolução n. 1805/2006 aprovou o procedimento da ortotanásia para pacientes considerados em estado terminal ou incurável, de modo a poupá-los de tratamentos inúteis ou dolorosos, que não proporcionem resultado real de cura ou melhora. Pretende somente administrar os tratamentos paliativos, ou seja, para evitar que o paciente sinta dor, angústia ou sofrimento, consagrando, dessa forma, a valorização do princípio da dignidade humana, inclusive na hora da morte (CFM, 2006).

A resolução referida atende a necessidade de regulação das condutas médicas permitidas para evitar o prolongamento indigno da vida do paciente com doença terminal, mas, infelizmente, não foi suficiente para trazer a segurança jurídica necessária às partes envolvidas.

No que tange à autodeterminação do paciente, submetido a tratamento médico em razão de doença terminal, é possível, pela Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1995/2012, o afastamento de tratamentos desproporcionais e que prolonguem o sofrimento do mesmo, sem lhe trazer benefícios, por meio das Diretivas Antecipadas de Vontade, preferencialmente feitas com auxílio de um advogado e um médico assistente. Esse documento definiria os desejos expressados pelo paciente sobre os cuidados ou tratamentos que quer ou não quer receber, inclusive podendo nomear um representante para os momentos em que não puder mais se manifestar de maneira livre e consciente. (CFM, 2012)

Da análise histórica das Diretivas Antecipadas de Vontade, observa-se que apesar de sua importância, só mais recentemente, vem recebendo a atenção devida dos legisladores, tribunais e da sociedade, que precisam conhecer e incorporar mais essa possibilidade ao rol das ações que podem ser tomadas para assegurar que a dignidade seja respeitada em todos os momentos da vida do ser humano.

### **3. BREVE HISTÓRICO DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE**

Como nos ensina Luciana Dadalto (2013) testamento vital tem origem nos Estados Unidos da América (EUA), há aproximadamente quarenta e nove anos, quando então, o advogado Luis Kutner propôs a adoção do *living will*, como uma opção aos conflitos existentes na relação entre médicos e pacientes, atinente às preferências por determinados tratamentos.

Em outras palavras, o testamento vital proposto por Kutner partia do pressuposto de que o paciente tem o direito de se recusar a ser submetido a tratamento médico que objetiva tão somente prolongar-lhe a vida, quando seu estado clínico for irreversível ou estiver em estado vegetativo sem possibilidade de recobrar suas faculdades, conhecido atualmente como estado vegetativo persistente (EVP) (DADALTO, 2013, p. 464).

Em 1991, o Congresso estadunidense aprovou a Patient Self-Determination Act (PSDA), a primeira lei federal a reconhecer a obrigação legal dos hospitais e instituições de cuidados médicos de informar o indivíduo que ingressa numa instituição de saúde sobre o seu direito à autodeterminação, na forma das diretivas antecipadas (DADALTO, 2013, p. 464).

O PSDA foi aprovado com base em um caso polêmico, conhecido como o “caso Cruzan”. No caso em questão, a paciente Nancy Cruzan foi vítima de um acidente automobilístico que a deixou em coma permanente e irreversível. Seus pais solicitaram a retirada dos aparelhos que a mantinham viva, alegando que a filha já havia manifestado em conversa com uma amiga que não gostaria de ser mantida viva quando tivesse menos da metade de suas capacidades normais. A Suprema Corte dos EUA, então, deferiu o pedido, ordenando ao hospital que cumprisse a vontade da família da paciente.

#### **4. AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE NO BRASIL**

No Brasil, as DAV adquiriram grande importância em 2012, com a edição da Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) n. 1.995/12 que conceitua as diretivas antecipadas de vontade, nos seguintes termos: (...) Conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade (CFM, 2012).

A resolução ainda preconiza que o registro da DAV pode ser feito inclusive pelo médico, tanto em seu registro médico quanto no prontuário do paciente, desde que por ele autorizado. Contudo, ressalta-se que a resolução determina que o médico jamais pode considerar conteúdos das Diretivas Antecipadas de Vontade que se mostrem contrários aos ditames do Código de Ética Médica.

Entretanto, mesmo com as resoluções do CFM, desprovidas

de força legal, não há norma infraconstitucional que tutele, especificamente, as diretivas antecipadas perante o ordenamento jurídico brasileiro. Pondera-se, dessa forma, a necessidade de legalização de tal instituto, eis que está intrinsecamente ligado a própria dignidade da pessoa humana, tendo em vista que as diretivas valorizam a autonomia da vontade do paciente, atribuindo-lhe o poder de decisão sobre querer ser submetido, ou não, a tratamentos médicos, em casos de invalidez ou quadros terminais.

Destaca-se, por outro lado, que a inexistência de norma jurídica brasileira específica sobre o assunto não inviabiliza que os pacientes terminais expressem, antecipadamente, suas vontades, pois respaldados pelo Direito Constitucional, poder-se-ia aplicar as DAV com base no princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal.

Além deste, os princípios da autonomia privada, da legalidade e a proibição de tratamento desumano, todos elencados no art. 5º e seus incisos, da Carta Maior, autorizam, por si só, a aplicação das DAV no Brasil, considerando que o fim deste instrumento jurídico é permitir ao paciente decidir sobre a sua submissão, ou não, a tratamentos médico-terapêuticos excepcionais e obsessivos.

No plano infraconstitucional, o artigo 15, do Código Civil, prevê que nenhum indivíduo pode ser constrangido a se submeter a tratamento médico ou intervenção cirúrgica, por disposição da auto-determinação do paciente.

Sobre esse dispositivo legal, Álvaro Villaça Azevedo e Gustavo Rene Nicolau analisam:

Todavia, o maior problema não foi enfrentado pelo artigo e correspondente justamente às pessoas que – por convicções pessoais e religiosas – não queiram se submeter a determinadas espécies de tratamento médico, ainda que tais tratamentos não as coloquem em risco. (...) Impingir-lhe a um tratamento forçado equivaleria a uma violência que – apesar de salvar sua vida – não lhe daria um futuro feliz e digno por conta da violação de sua intimidade e consciência. Como sempre o Direito Civil deve se submeter às normativas

e preceitos constitucionais, assegurando a dignidade do paciente. (AZEVEDO; NICOLAU, 2007, p. 60)

Ainda sobre as diretivas antecipadas de vontade, o Enunciado 528, da V Jornada de Direito Civil, estabelece:

Arts. 1.729, parágrafo único, e 1.857. É válida a declaração de vontade expressa em documento autêntico, também chamado testamento vital, em que a pessoa estabelece disposições sobre o tipo de tratamento de saúde, ou não tratamento, que deseja no caso de se encontrar sem condições de manifestar a sua vontade.

A disposição contida no Enunciado acima transcrito representa posicionamento doutrinário. O Brasil ainda padece de regulamentação acerca das diretivas antecipadas de vontade e tal situação deve ser revertida, pois o desejo expresso de não ser submetido a tratamentos que prolonguem indefinidamente a vida de um paciente, sem dúvida representa aspecto da proteção da dignidade humana, que deve acompanhar toda a vida da pessoa, não podendo ser olvidado, inclusive e principalmente, na hora da morte.

## **5. DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE EM PORTUGAL**

Em 16 de julho de 2012, foi promulgada a lei n. 25/2012, que regulamenta as DAV. A norma contempla tanto o regime do testamento vital, quanto da nomeação de procurador de cuidados de saúde, além de instituir o Registro Nacional do Testamento Vital (RENTEV), objetivando facilitar a manifestação de vontade do cidadão, ao possibilitar que esta se concretize por meio do preenchimento de um formulário preestabelecido. (DADALTO, 2016).

Como nos ensina Luciana Dadalto (2016, p. 451), a referida lei portuguesa é produto de um longo processo de amadurecimento social sobre a temática, tendo base no profícuo trabalho desenvolvido pelo Associação Portuguesa de Bioética (APB) que, após sua criação em 2002, redigiu importantes documentos sobre as DAV, tais como pareceres voltados à análise da possibilidade de uma pessoa

que professe a fé testemunha de Jeová recusar transfusão sanguínea em uma diretiva antecipada e normas de orientação sobre suspensão e abstenção de tratamento em doentes terminais.

Além disso, a Declaração de Lisboa sobre os direitos dos doentes em 1981 foi de suma importância para esse processo, pois prevê o direito do paciente à autodeterminação e tomada de decisões de forma livre. Posteriormente, em 1994 a Declaração sobre a Promoção dos Direitos dos Pacientes na Europa contribuiu para a valorização da escolha individual, a equidade e a qualidade do atendimento. Ainda, a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina, contribuíram para reforçar o direito à liberdade e à integridade humana no âmbito da saúde (CABRAL; ZAGANELLI, 2017).

Segundo Helena Pereira de Melo e Rui Nunes (*apud* Dadalto, 2016), a legalização das DAV é uma “conquista civilizacional”, porque “plasma no subconsciente dos portugueses o referencial ético nuclear das sociedades plurais que é a possibilidade de cada um de nós efectuar escolhas livres”.

O envelhecimento populacional também é outro fator de grande importância para a legalização das DAV, tendo em vista que grande parte dos pacientes em estado terminal e que pleiteiam a autonomia de vontade nas escolhas dos tratamentos são idosos. Hildeliza Gabriel Zanette Koehlert, Gustavo Brandão de Souza e Margareth Vetis Zaganelli ponderam:

De acordo com a base de dados Pordata (2016), em 2000 o número de idosos ultrapassou o número de jovens em Portugal, o que indica que os indivíduos vivem por mais tempo; o resultado ocasionado é o aumento gradativo e o índice de envelhecimento é sempre ascendente. Enquanto em 2006—época do primeiro projeto proposto pela associação bioética portuguesa—estava em 110%, em 2015 esteve em 143,9%. (KOEHLERT; BRANDÃO; ZAGANELLI, 2017).

Adriano Marteleto Godinho (2016), assim analisa a legislação portuguesa acerca das diretivas antecipadas de vontade:

Em um contexto geral, a Lei 25/2012 gera efeitos e perspectivas positivas no ordenamento português: reconhece tanto o testamento vital quanto a procuração de cuidados de saúde, estipula limites materiais à confecção das diretivas antecipadas de vontade, prevê os elementos formais e demais requisitos de validade destes instrumentos, afasta de seu raio de ação toda e qualquer instrução ou referência contrária à lei e à ordem pública—incluídos aí os pleitos de ajuda para morrer, pela própria mão (suicídio assistido) ou de terceiro (eutanásia)—e, acima de tudo, torna indubitável a aceitação destas diretivas. A lei em questão sintetiza apropriadamente as diretrizes há muito consagradas na legislação de outros países e, mais particularmente, nos frequentes apelos de significativa parte da doutrina, que ansiava pela regulamentação das referidas figuras. (GODINHO, 2016, p. 156)

Conclui-se, portanto, que a referência portuguesa pode e deve ser vista como um modelo para a legislação brasileira, pois trata-se de um diploma que goza do indiscutível mérito de dispor sobre os principais problemas que o tema suscita (GODINHO, 2016).

## **6. JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA SOBRE AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE**

A jurisprudência revela-se fundamental para a solução de questões que se convalidam em verdadeiros dilemas humanos e o princípio da dignidade da pessoa humana vem pautando as decisões nos casos que são postos sob apreciação do Poder Judiciário. Assim, tem sido entendimento nos tribunais de todo o país a admissão das diretivas antecipadas de vontade e a possibilidade de o paciente escolher a forma como deseja lidar com as doenças que lhes são impingidas.

Analisando as (poucas) decisões encontradas sobre o tema, vê-se que instituição de saúde promoveu a demanda judicial em todas as lides, almejando assegurar seus direitos, eis tinham em seus leitos pacientes que, cientificados de suas situações, decidiram pela recusa em submeterem-se a tratamentos, optando apenas por cuidados paliativos.

Tal situação acaba por deixar os profissionais de saúde inseguros

quanto às possíveis implicações jurídicas advindas da não aceitação de tratamento, até mesmo pela falta de legislação específica sobre esse assunto. Assim, a busca pela chancela do Estado, se deve à necessidade de se precaver ante eventual responsabilização criminal, administrativa e, por consequência, indenizatória.

Com a análise das decisões encontradas, pode-se constatar que as ações propostas versavam sobre as Diretivas Antecipadas de Vontade manifestadas na modalidade verbal, com o paciente no leito hospitalar, mas ainda em estado de lucidez. Veja-se:

CONSTITUCIONAL. MANTENÇA ARTIFICIAL DE VIDA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PACIENTE, ATUALMENTE, SEM CONDIÇÕES DE MANIFESTAR SUA VONTADE. RESPEITO AO DESEJO ANTES MANIFESTADO. Há de se dar valor ao enunciado constitucional da dignidade humana, que, aliás, sobrepõe-se, até, aos textos normativos, seja qual for sua hierarquia. O desejo de ter a “morte no seu tempo certo”, evitados sofrimentos inúteis, não pode ser ignorado, notadamente em face de meros interesses econômicos atrelados a eventual responsabilidade indenizatória. No caso dos autos, a vontade da paciente em não se submeter à hemodiálise, de resultados altamente duvidosos, afora o sofrimento que impõe, traduzida na declaração do filho, há de ser respeitada, notadamente quando a ela se contrapõe a já referida preocupação patrimonial da entidade hospitalar que, assim se colocando, não dispõe nem de legitimação, muito menos de interesse de agir. (Apelação Cível Nº 70042509562, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, Julgado em 01/06/2011).

Ainda:

APELAÇÃO CÍVEL. ASSISTÊNCIA À SAÚDE. BIODIREITO. ORTOTANÁSIA. TESTAMENTO VITAL. 1. Se o paciente, com o pé esquerdo necrosado, se nega à amputação, preferindo, conforme laudo psicológico, morrer para “aliviar o sofrimento”; e, conforme laudo psiquiátrico, se encontra em pleno gozo das faculdades mentais, o Estado não pode invadir seu corpo e realizar a cirurgia mutilatória contra a sua vontade, mesmo que seja pelo motivo nobre de salvar sua vida. 2. O caso se insere no denominado biodireito, na dimensão da ortotanásia, que vem a ser a morte

no seu devido tempo, sem prolongar a vida por meios artificiais, ou além do que seria o processo natural. 3. O direito à vida garantido no art. 5º, caput, deve ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa, previsto no art. 1º, III, ambos da CF, isto é, vida com dignidade ou razoável qualidade. A Constituição institui o direito à vida, não o dever à vida, razão pela qual não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a tratamento ou cirurgia, máxime quando mutilatória. Ademais, na esfera infraconstitucional, o fato de o art. 15 do CC proibir tratamento médico ou intervenção cirúrgica quando há risco de vida, não quer dizer que, não havendo risco, ou mesmo quando para salvar a vida, a pessoa pode ser constrangida a tal. 4. Nas circunstâncias, a fim de preservar o médico de eventual acusação de terceiros, tem-se que o paciente, pelo quanto consta nos autos, fez o denominado testamento vital, que figura na Resolução nº 1995/2012, do Conselho Federal de Medicina. 5. Apelação desprovida. (Apelação Cível Nº 70054988266, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Irineu Mariani, Julgado em 20/11/2013).

No mesmo sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. DIREITO À SAÚDE. AUTORIZAÇÃO PARA REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. NEGATIVA DO PACIENTE. NECESSIDADE DE SER RESPEITADA A VONTADE DO PACIENTE. 1. O direito à vida previsto no artigo 5º da Constituição Federal não é absoluto, razão por que ninguém pode ser obrigado a se submeter a tratamento médico ou intervenção cirúrgica contra a sua vontade, não cabendo ao Poder Judiciário intervir contra esta decisão, mesmo para assegurar direito garantido constitucionalmente. 2. Ademais, considerando que “não se justifica prolongar um sofrimento desnecessário, em detrimento à qualidade de vida do ser humano”, o Conselho Federal de Medicina (CFM), publicou a Resolução nº 1.995/2012, ao efeito de dispor sobre as diretivas antecipadas de vontade do paciente, devendo sempre ser considerada a sua autonomia no contexto da relação médico-paciente. 3. Hipótese em que o paciente está lúcido, orientado e consciente, e mesmo após lhe ser explicado os riscos da não realização do procedimento cirúrgico, este se nega a realizar o procedimento, tendo a madrastra do paciente, a seu pedido, assinado termo de recusa de realização do procedimento em questão,

embora sua esposa concorde com a indicação médica. 4. Por essas razões, deve ser respeitada a vontade consciente do paciente, assegurando-lhe o direito de modificar o seu posicionamento a qualquer tempo, sendo totalmente responsável pelas consequências que esta decisão pode lhe causar. NEGADO SEGUIMENTO AO RECURSO. (Agravo de Instrumento Nº 70065995078, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sergio Luiz Grassi Beck, Julgado em 03/09/2015).

Percebe-se, portanto, que apesar de ainda ser um tema escasso e de alta complexidade, cada vez mais os tribunais nacionais vêm demonstrando o cuidado com a primazia do direito à vida com dignidade, compreendendo, finalmente, que essa não é uma matéria que comporta a aplicação seca da lei, mas envolve questões sociais, psicológicas e humanas.

## **7. A NECESSIDADE DE UMA CULTURA TESTAMENTÁRIA**

Como revelado ao longo do texto, testamento vital talvez não seja a melhor denominação dada às Diretivas Antecipadas de Vontade, mas acabou consagrando-se pelo uso, como visto, nas mencionadas decisões e no Enunciado 528 das Jornadas de Direito Civil.

Diretivas antecipadas de vontade, em verdade não tem natureza jurídica de testamento, pois esse se refere às disposições cujos efeitos são sentidos apenas após a morte. E as DAV são elaboradas em vida e devem ser empregadas enquanto o manifestante luta para mantê-la, mas entende que esta não deva ser prolongada artificialmente e por intervenções desnecessárias, resguardando sua dignidade mesmo quando submetido à tratamento médico.

Tudo o que se relaciona com a morte ou com o período anterior à morte acaba representando um tabu, e a concepção sociológica do testamento não refuta esse medo coletivo de todo assunto que tenha por objeto o fim da vida.

Ana Paula Pignata (2015) nos revela que o baixo índice de testamentos no Brasil se deve a circunstâncias variadas, dentre elas:

A restrição na utilização da sucessão testamentária pode ser dividida e compreendida em diferentes aspectos de ordem cultural e legal. Os aspectos de ordem cultural decorrem do apego à vida e aos bens patrimoniais associados a ideias supersticiosas, de onde se abstrai que a elaboração de um testamento tende a “chamar” a morte, antecipando a morte do testador. Esse comportamento supersticioso, além de restringir a utilização da sucessão testamentária, faz com que as pessoas deixem a margem de seu conhecimento, pouco se interessando sobre suas vantagens e funcionalidade. Essa tendência cultural, no sentido de evitar a elaboração de testamento com vistas a “afastar a morte”, gera a falta de esclarecimento sobre a sucessão testamentária e impede a propagação e utilização desse tipo sucessório.

Seja desconhecendo ou temendo as variadas formas de testar, seja ainda, evitando ou ignorando a possibilidade de confecção do testamento vital, mais corretamente denominado Diretivas Antecipadas de Vontade, a sociedade deixa de aproveitar válidas oportunidades jurídicas de organizar a distribuição de patrimônio para depois da morte, de fazer outras disposições de caráter não patrimonial, evitando litígios futuros entre herdeiros, ou, ainda, deixa de antecipar a manifestação de vontade acerca da aceitação ou afastamento de tratamentos médicos e procedimentos hospitalares e cirúrgicos, quando a vontade do paciente terminal já não mais puder ser externada inequivocamente.

Morrer com dignidade, tendo a tranquilidade de que seus herdeiros serão atendidos conforme sua vontade expressa em um testamento, ou de saber que seus pensamentos e valores poderão contribuir para uma morte mais digna num momento em que não se puder mais exprimir a vontade, é o que se deseja com a disseminação de uma cultura testamentária. No dizer de Roxana Borges:

O respeito pela dignidade da vida exige o reconhecimento de que tratamentos inúteis ou fúteis apenas prolongam uma mera vida biológica sem nenhum outro resultado. Essa não intervenção, desejada pelo paciente, não é forma de eutanásia, com provocação da morte ou aceleração desta. É o reconhecimento da morte como elemento da vida humana e da condição de ser mortal. É humano deixar que a morte ocorra, sem o recurso a meios artificiais que prolonguem

inutilmente a agonia (BORGES, 2001).

Conhecimento e discussão sobre o tema são fundamentais para começar a vencer as barreiras culturais para aceitação da morte como um momento, como outro qualquer, na vida das pessoas. A partir de tal compreensão, evitar-se-á conflitos familiares sobre a partilha do patrimônio do *de cuius* e sobre os tratamentos a que o indivíduo deve ser submetido quando acometido por doença terminal. Como diz a própria sabedoria popular, começamos a morrer desde o dia em que nascemos.

Deve-se contribuir para o debate e esclarecimento acerca das formas de testar, em especial sobre a possibilidade de se realizar testamento vital ou diretivas antecipadas de vontade, contribuindo para a desmistificação de certos dogmas como o medo da morte.

## 8. CONCLUSÃO

O presente artigo buscou trazer a compreensão acerca das diretivas antecipadas de vontade, tema pouco conhecido entre a sociedade brasileira, mas que tem fundamental relevância, por permitir a humanização da relação médico-paciente, além de conferir dignidade desde a concepção do ser humano até o seu termo final.

Outro ponto importante é a dualidade existente entre o direito à vida *versus* o dever de viver, considerando que todos os indivíduos são seres humanos dotados de autonomia e, portanto, livres para decidir como pretendem ser tratados ao fim da vida. Ressalva-se, contudo, que tais escolhas devem ser feitas respeitando-se o ordenamento legal e seus princípios, devendo-se, também, observar a capacidade de decisão do paciente quando este ainda se encontra consciente e livre para tomar suas próprias decisões.

Assim, defende-se a necessidade de regulamentação jurídica acerca das DAV, para que o ordenamento pátrio, a exemplo de Portugal, ajuste-se às novas abordagens bioéticas e permita a autoterminação do paciente e o direito à morte digna, expoente máximo

da dignidade da pessoa humana.

Outrossim, a criação de uma cultura testamentária é uma medida a ser cada vez mais discutida e implantada na sociedade como um todo, tanto para que a vontade do de cujus seja respeitada, quanto para que se evitem problemas de ordem patrimonial e pessoal, que existam ao fim da vida e remanesçam mesmo após a morte.

## FONTES BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça; NICOLAU, Gustavo Rene. *Código Civil Comentado*, vol. I. São Paulo: Atlas, 2007.

BRASIL. IBDfam. Instituto Brasileiro de Direito de Família. *Testamentos no Brasil: saiba quais são os tipos e como fazê-los*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6277/Testamentos+no+Brasil%3A+saiba+quais+são+os+tipos+e+como+fazê-los>>. Acesso em: 13 abr. 2018

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimo, e critérios de aplicação*. Disponível em: <[http://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Dignidade\\_texto-base\\_11dez2010.pdf](http://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf)>. Acesso em: 12 abr. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *“Aqui, lá e em todo lugar”: A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 127-196.

BORGES, Roxana. Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado. In: *Biodireito: ciência da vida novos desafios*. Org. Maria Celeste Cordeiro Leite Santos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BRASIL. Resolução n. 1.805, de 28 de novembro de 2006. Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal. Órgão emissor: CFM – Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <[http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805\\_2006.htm](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm)>. Acesso em: 15 de abril de 2018.

BRASIL. Resolução n. 1.931, de 13 de outubro de 2009. Aprova o Código de Ética Médica. Órgão emissor: CFM – Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <[http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2009/1931\\_2009.htm](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2009/1931_2009.htm)>. Acesso em: 12 de abril de 2018.

BRASIL. Resolução n. 1.995, de 31 de agosto de 2012. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Órgão emissor: CFM – Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <[http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2012/1995\\_2012.pdf](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2012/1995_2012.pdf)>. Acesso em: 10 de abril de 2018.

CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat. *Consentimento informado no exercício da*

*medicina e tutela dos direitos existenciais: uma visão interdisciplinar*. Itaperuna: Hoffmann, 2011.

CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat; ZAGANELLI, Margareth Vetis (Org.). *Mistanásia: a "morte miserável"*. Campos dos Goytacazes: Brasil Multicultural, 2016.

DADALTO, Luciana; *A necessidade de um modelo de Diretivas Antecipadas de Vontade para o Brasil: estudo comparativo dos modelos português e franceses*. Disponível em: <[http://www.revistam-unirio.com.br/arquivos/2017/01/v01\\_n02\\_a09.pdf](http://www.revistam-unirio.com.br/arquivos/2017/01/v01_n02_a09.pdf)>. Acesso em: 08 abr. 2018.

DADALTO, Luciana. *Declaração prévia de vontade do paciente terminal*. *Revista Bioética*. Brasília, n. 21, p. 106-112, 2013.

DADALTO, Luciana; TUPINAMBÁS, Unai; GRECO, Dirceu Bartolomeu. *Diretiva antecipadas de vontade: um modelo brasileiro*. *Revista Bioética*. Brasília, n. 21, p. 463-476, 2013.

GODINHO, Adriano Marteleto. *Testamento vital e o ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Juruá, 2016.

PIGNATA, Ana Paula de Oliveira Toniello. *O uso restrito da sucessão testamentária no Brasil*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/32993>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SARLET, Wolfgang Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 26.

# RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA: PERDA DE UMA CHANCE E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA<sup>1</sup>

Marília Cardoso Yokozawa<sup>2</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

Este trabalho trata da possibilidade de aplicação da teoria da perda de uma chance no ordenamento jurídico brasileiro, mais especificamente na responsabilidade civil do médico em consonância com os princípios constitucionais.

Com origem em França, essa teoria constitui um novo paradigma para a responsabilidade civil, fazendo surgir uma nova categoria de dano indenizável. Ela representa um alargamento do conceito de dano e, ao lado da relativização da culpa, enquadra-se no rol das inovações feitas à clássica teoria da responsabilidade civil, notadamente a partir do século XX.

Conceitualmente, a teoria da perda de uma chance entende ser passível de reparação a perda de uma oportunidade, seja a de obter uma vantagem ou a de evitar um determinado prejuízo.

No ordenamento jurídico brasileiro, inexistente previsão expressa na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil acerca da responsabilidade civil baseada na perda de uma chance.

---

1 Artigo desenvolvido a partir de trabalho de conclusão de curso orientado pela Professora Mestre Carolina Chaves Soares, defendido na UFG em 2016. Vinculado a esse TCC já foi publicado o capítulo “A perda de uma chance na responsabilidade civil médica” (YOKOZAWA in: SOARES; ARBUÉS; BORGES; DINIZ; SILVA, 2017, p. 158-187).

2 Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Goiás e advogada.

Apesar de ser tema relativamente novo, já há sobre ele, por parte da doutrina e jurisprudência, grande discussão. Ademais, qualquer alteração no entendimento atual da responsabilidade civil médica tem implicações práticas para médicos e pacientes. Além disso, trata-se de matéria relacionada à salvaguarda dos direitos constitucionais, uma vez que os objetos da medicina, a saúde e o trabalho, são direitos fundamentais do homem e sua ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana é incontestável.

Pouco desenvolvida no Brasil, a teoria, mormente quando aplicada à seara médica, é alvo de grandes divergências doutrinárias e jurisprudenciais. Concentram-se, de um lado, os que defendem a sua aplicação, por entenderem que se trata de medida de justiça, com base no direito fundamental de proteção da vítima; de outro, os que entendem que a sua utilização, no âmbito médico, seria o início do fim da medicina.

Justamente por causa dessa divergência, há que se discutir mais a aplicação da teoria da perda de uma chance no âmbito médico, para que o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento maior do Estado Democrático de Direito, seja preservado em prol de ambos os envolvidos: pacientes e médicos.

A partir desse assunto controvertido, este trabalho visa a esclarecer a realidade jurídica da teoria da perda de uma chance, demonstrar a possibilidade de sua aplicação na seara médica e, concomitantemente, evidenciar não só a necessidade da imposição de firmes critérios de aplicação, mas também a observância às condições de trabalho em que o médico atua e às limitações inerentes à medicina presente em cada caso.

Através de um método dedutivo e de revisão bibliográfica, foi feito o levantamento das fontes existentes sobre o instituto. Dentre elas, merecem destaque os livros *Responsabilidade civil do médico*, de Miguel Kfoury Neto (2013) e *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*, de Rafael Peteffi da Silva (2013), que serão recuperados em locais apropriados deste artigo. Este trabalho contou também com

numerosas pesquisas jurisprudenciais, que permitiram compreender o tratamento que a matéria vem recebendo nos tribunais. Valeu-se ainda de uma entrevista realizada com o Presidente do Conselho Regional de Medicina do Estado de Goiás, Doutor Aldair Novato Silva.

## 2. A PERDA DE UMA CHANCE COMO UMA EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Ao longo do século XX, a responsabilidade civil passou por uma grande evolução. Asseveram muitos estudiosos que foi, sem dúvida, a área da ciência que sofreu as maiores mudanças. Louis Josserand (*apud* CAVAILERI FILHO, 2015, p. 2) chamou a essas mudanças de revolução, pois “tão rápido, tão fulminante foi o movimento que levou a teoria da responsabilidade civil a novos destinos”, de modo que “a verdade de ontem não é mais a de hoje, que deverá, por sua vez, ceder o lugar à de amanhã”.

Cavaleri Filho (2014, p. 3) aponta que dois fatores foram primordiais para que houvesse a revolução referida por Josserand: a revolução industrial e a busca da justiça social na construção de uma sociedade solidária. A Revolução Industrial levou ao infinito a capacidade produtiva do ser humano. Com isso, houve uma massificação da produção e da distribuição de produtos, ocasionando um consumo cada vez maior. Por conseguinte, originou-se aquilo que tem sido chamado de dano em série, em massa ou coletivo, cujo autor muitas vezes não é passível de ser identificado.

Nesse cenário, torna-se imperativa a busca da justiça social. Destarte, no início do século XX, o Estado passa a ter um papel mais diretivo na vida privada. Quebra-se, portanto, o paradigma liberal e individualista e surge o Estado Social, em que se restringe a vontade das partes e amplia-se a atividade legiferante do Estado.

Tem-se que, após a Revolução Industrial, houve uma verdadeira inversão do eixo da responsabilidade civil: tira-se o foco da conduta do agente (a culpa), passando-o para a reparação do dano

causado à vítima.

O sistema da culpa provada, corolário do ideário liberalista que predominava na responsabilidade civil desde a *lex aquilia* do Direito Romano, revelou-se insuficiente para preservar a justiça social e o bem-estar dos cidadãos, deixando de ser “a grande estrela da responsabilidade civil” (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 5). Isso porque a culpa passou a representar um obstáculo muito grande para as vítimas obterem a responsabilização dos ofensores.

Nesse contexto, abriu-se espaço para a responsabilidade objetiva, fundamentada na teoria do risco, responsabilidade que se coaduna com os princípios constitucionais expressos na Constituição Federal de 1988, principalmente o princípio da dignidade da pessoa humana. Por essa razão, o “sistema solidarista”, como denominado por José de Aguiar Dias (1997, p. 7), promove a reparação integral da vítima, abrangendo situações que até então não eram passíveis de reparação e adequando a justiça às constantes modificações sociais.

É inegável que o grande passo na revolução da responsabilidade civil foi dado pela Carta Magna, na medida em que pacificou a aplicação da indenização pelo dano moral (artigo 5º, incisos V e X) e estendeu, no § 6º do artigo 37, a responsabilidade objetiva, tal qual a do Estado, a todos os prestadores de serviços públicos.

No entanto, apesar de muitos manuais apresentarem a responsabilidade civil objetiva como o último grande avanço da matéria, acredita-se que o desenvolvimento contemporâneo da reparação civil vem provocando profundas modificações em outros requisitos tradicionais que não a culpa, a saber: o dano e o nexo de causalidade. Situações que também se fundamentam nos dispositivos constitucionais.

Como consequência da aplicação clássica dos conceitos de dano reparável e nexo de causalidade, prejuízos cujas causas não pudessem ser imputadas a um sujeito de direito eram suportados pela vítima. Por conseguinte, sempre que o magistrado não tivesse convicção do nexo

de causalidade entre a conduta do sujeito apontado como causador do dano e o prejuízo sofrido pela vítima, nenhuma reparação seria conferida a esta (SILVA, 2013, p. 10).

A reparação civil embasada somente na rígida comprovação da culpa ou do nexo de causalidade deixou de corresponder aos anseios sociais e ao desenvolvimento da sociedade. Com o enfoque na vítima e não mais no autor do ilícito, o dano tem sido colocado como o centro da responsabilidade civil. No entanto, quando se fala em dano, não se está se referindo simplesmente ao dano material ou moral, mas sim a novos tipos de dano (LOUREIRO; MARTINS; REIS, 2014, p. 31).

Nesse contexto, foi por meio da relativização e alargamento do conceito de dano, com vistas a conferir a reparação integral da vítima, que surgiu a perda de uma chance, uma nova categoria de dano indenizável, um novo paradigma e uma inovação à clássica teoria da responsabilidade civil. Nas palavras de Carlos Eduardo Vinaud Pignata (/s.d./ /s.p.):

A perda de uma chance surge em função de um redirecionamento dos requisitos formadores da responsabilidade civil e da chamada Erosão dos Filtros da Reparação. Esse deslocamento tira a culpa e o nexo de causalidade do centro das atenções e passa a conceber mecanismos reparatórios mais fluidos e voltados a tutela dos direitos da personalidade e da dignidade da pessoa humana.

Mas em que consiste a perda de uma chance? Sinteticamente, a teoria da perda de uma chance constitui o dever de reparar alguém em decorrência da perda da oportunidade de se obter certa vantagem ou de se evitar determinado prejuízo.

### **3. A PERDA DE UMA CHANCE NA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA**

A perda de uma chance tem sua origem em França, no século XIX, tendo, posteriormente, se espalhado por outros países do sistema romano-germânico, como a Itália, alcançando os países do *common law* e chegando, inclusive, ao Brasil (LOUREIRO; MARTINS; REIS,

2014, p. 31).

Em que pese seja alvo de divergências doutrinárias e jurisprudenciais, a perda de uma chance tem tido ampla aceitação no ordenamento jurídico brasileiro, não restando dúvidas de que a teoria francesa pode e deve ser aplicada ao instituto da reparação civil, inclusive no âmbito médico.

A responsabilidade civil do médico pode ser conceituada como a obrigação que tem o profissional da medicina de reparar um dano porventura causado a outrem no exercício de sua profissão.

Em outras palavras, caso o médico, no exercício da medicina, de modo culposo, cometa uma falha e, como consequência de sua conduta, seja causado um dano ao paciente, surge a sua responsabilidade civil, com o consequente dever de reparar.

Assim, uma vez estando presentes os requisitos ensejadores da responsabilidade civil médica, quais sejam, conduta humana, dano,nexo de causalidade e culpa do profissional, há o dever de reparar. Quando se trata da perda de uma chance, a disciplina não é diferente. Por óbvio, ao se constatar um erro médico associado à perda de uma oportunidade de cura ou de sobrevivência, configurado está o dever de reparar.

A teoria da perda de uma chance enuncia a possibilidade de se indenizar a chance perdida, seja a de obter uma vantagem ou de se evitar um prejuízo. Baseia-se em dois tipos de resultado: em um resultado favorável que alguém alcançaria em razão do desencadeamento normal de eventos, cujo processo de acontecimentos foi interrompido e a vantagem esperada não veio a ocorrer (perda da oportunidade de se obter uma vantagem); bem como em um resultado negativo, um prejuízo obtido em razão da atuação omissa do agente danoso (perda da oportunidade de se evitar um prejuízo).

No âmbito médico, a título exemplificativo, Rafael Peteffi da Silva (2013, p. 12) cita o caso Falcon *versus* Memorial Hospital, em que uma gestante adentrou o hospital para ter um bebê e, logo após

dar à luz, morreu de embolia pelo fluido amniótico. A família ajuizou ação indenizatória contra o médico e o hospital, alegando que, apesar de ser sabido que pacientes que sofrem esse tipo de embolia têm apenas trinta e sete por cento (37%) de chances de sobreviver, o médico havia sido negligente, retirando, assim, todas as chances de a paciente sobreviver à embolia. A Suprema Corte do Estado de Michigan concedeu a reparação.

Com efeito, é impossível precisar se a paciente sobreviveria caso o médico tivesse agido de modo diverso, já que as chances de sobrevivência para este caso são de trinta e sete por cento (37%). O fato é: nunca se saberá se foi o agente médico quem necessariamente causou a perda da aposta (o resultado final, consubstanciado na morte ou piora no quadro do clínico), mas existia uma chance de se obter uma vantagem ou de se evitar um prejuízo e esta foi retirada pela conduta humana.

O vocábulo chance, por definição, é a “possibilidade de algo acontecer” (HOUAISS, 2004, p. 151). Logo, aplicado à teoria em estudo, é a possibilidade de ocorrência de um evento futuro ou a possibilidade de se evitar um prejuízo.

Diferentemente das demais hipóteses de perdas e danos, na perda de uma chance não há umnexo causal entre a conduta humana e o dano final (o resultado indesejável que se obteve). Inexiste, portanto, um dos requisitos da responsabilidade civil clássica: onexo de causalidade, que, juntamente com os demais, são pressupostos inarredáveis para que haja o dever de reparar. É nesse ponto que residem críticas à adoção da teoria. A incerteza da ocorrência do resultado esperado seria óbice para a reparação, conquantom não se poderia indenizar a não ocorrência de algo, quando não é certo que o mesmo ocorreria, isto é, não haveria que se indenizar lesões baseadas na simples expectativa.

Entretanto, o que a teoria busca reparar não é o dano que poderia ter sido evitado e não o foi, ou a não ocorrência da vantagem esperada,

mas sim a chance perdida. Busca-se, na verdade, indenizar a perda da oportunidade de se evitar determinado prejuízo ou de se obter certa vantagem, o que é um dano autônomo e diferente do dano final.

Destarte, a teoria da perda de uma chance veio para impedir que os prejuízos cujas causas não pudessem ser imputadas a um sujeito de direito fossem suportadas pela vítima. Mas é preciso cautela, pois não é qualquer chance perdida que assegura a reparação civil.

O direito pátrio, junto ao qual a teoria vem encontrando ampla aceitação, enfatiza que a reparação da perda de uma chance repousa em uma probabilidade e em uma certeza. Probabilidade da chance se realizar e certeza de que a vantagem perdida resultaria em prejuízo (PEREIRA, 2002, p. 42). Portanto, a chance perdida não pode ser uma mera expectativa ou uma vaga possibilidade. É imprescindível que se trate de uma chance real, séria e objetiva, que proporcione ao lesado efetivas condições pessoais de concorrer à situação futura esperada.

Com o desenvolvimento dogmático chamado de “constitucionalização do direito civil”, a “constituição já não é apenas o documento maior do direito público, mas o centro de todo o sistema jurídico, irradiando seus valores e conferindo-lhe unidade” (BARROSO, 2015, p. 72).

Assim, por se tratar a Constituição de uma ordem jurídica fundamental, emanadora dos princípios diretivos formadores da unidade política, além de norma em constante mutação, ressaltados os princípios axiológicos de cada Estado (HESSE, 1991, p. 16), constata-se que a disciplina constitucional coaduna-se perfeitamente com a indenização pela chance perdida, inclusive quando relacionada à responsabilidade civil médica.

A Constituição Federal de 1988 elencou a dignidade da pessoa humana como um princípio fundamental, pilar do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal). Ao consagrar como objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, inciso I, da

Constituição Federal), transpôs para a disciplina constitucional o princípio da reparação integral dos danos (SAVI, 2012, p. 108).

Pode-se concluir, portanto, que a Constituição Federal, de modo implícito, determina a reparação integral a todo aquele que sofrer um dano injusto, abarcando, por conseguinte, também o dano da chance perdida. Sobre isso explica Savi (2012, p. 108):

Se a Constituição Federal estabelece que a reparação deve ser justa, eficaz e, portanto, plena, não há como se negar a necessidade de indenização dos casos em que alguém *perde uma chance ou oportunidade* em razão de ato de outrem. Negar a indenização nestes casos equivaleria à infringência dos postulados do póspositivismo, como a hermenêutica principiológica, a força normativa da Constituição Federal e a necessidade de releitura dos institutos tradicionais de Direito Civil à luz da tábua axiológica constitucional.

O Código Civil Brasileiro também recepciona a teoria da perda de uma chance, com fundamento na cláusula geral de responsabilidade, prevista no artigo 186, do Código Civil, segundo o qual “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Tratando das consequências da prática de um ato ilícito, disciplina o artigo 927, do mesmo diploma legal: “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” (BRASIL, 2002).

Dos artigos acima transcritos, depreende-se que o Código Civil utilizou um conceito amplo de dano, sem delimitar quais as espécies seriam por ele abarcadas. Por isso, conclui-se que, preenchidos os demais requisitos para o surgimento do dever de indenizar, o dano decorrente da perda de uma chance faz jus à reparação civil (SAVI, 2012, p. 106).

Dessa forma, tem-se que, no Brasil, apesar de inexistir previsão expressa na Constituição Federal e no Código Civil acerca da responsabilidade civil pela perda de uma chance, o instituto, além de ter fundamento na proteção integral da vítima, encaixa-se perfeitamente na cláusula geral de responsabilidade civil, razão

pela qual é vastamente aceito pelo ordenamento jurídico brasileiro, tendo, inclusive, ampla aceitação quando aplicado à responsabilidade civil médica.

No que concerne à jurisprudência, o instituto também tem tido boa aceitação. Por meio de rápida pesquisa nos sites eletrônicos dos principais Tribunais brasileiros, é possível perceber que a perda de uma chance, assim como a perda de uma chance de cura ou de sobrevivência, estão sendo aplicadas como *ratio decidendi* de inúmeros julgados. Contudo, ainda não se pode afirmar que ela já é amplamente empregada. De fato, ainda não há um número expressivo de julgados, alguns Tribunais não tiveram contato com a teoria e, na grande maioria das vezes em que há a sua aplicação, não se constata discussões aprofundadas sobre a sua natureza jurídica e seus critérios<sup>3</sup> – questões que são imprescindíveis para a correta compreensão e aplicação da matéria.

O Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de decidir sobre a aplicação da perda de uma chance na responsabilidade civil médica e, nesses casos<sup>4</sup>, não só admitiu a sua aplicação, como também traçou diretrizes sobre a nova disciplina, esclarecendo questões que, até então, só tinham sido exploradas pela doutrina. Dentre eles, o mais relevante é o Recurso Especial n. 1.254.141-PR, publicado em 20 de fevereiro de 2013, relatado pela ministra Nancy Andrighi. Ele representa o mais importante precedente acerca da aplicação da teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil médica.

No caso, alegou-se que o erro médico, aliado à própria doença, teria causado a morte da paciente. Ao procurar o médico, a paciente

3 Quando da aplicação, devem ser observados os seguintes critérios: as chances devem ser reais e sérias; há que se fazer prévia distinção entre o resultado perdido e a chance de logrã-lo, para que somente o último seja reparado; e há que se observarem as peculiaridades da quantificação desse dano, que deve ser inferior ao que corresponderia o dano final, significando uma porcentagem deste, calculada com base no quanto a atuação do agente fez com que a oportunidade fosse perdida.

4 A título exemplificativo, citam-se os Recursos Especiais: REsp 1104665/RS, DJe 04/08/2009; REsp 1254141/PR, DJe de 20/02/2013; REsp 1622538/MS, DJe 24/03/2017; REsp 1677083 / SP, DJe 20/11/2017.

foi diagnosticada com câncer. No entanto, o tratamento teria sido inadequado aos ditames da literatura médica, pois a perícia constatou que: a) foi realizada mastectomia parcial, quando o indicado para o tumor em questão seria a mastectomia radical; b) a recomendação de quimioterapia e radioterapia antes e depois da cirurgia não observou o protocolo mais adequado; c) houve negligência do médico no pós-operatório, uma vez que deveria ter solicitado exames complementares; d) a escolha de protocolos menos recomendados retirou da paciente “chances de sobreviver, de cura, ou ao menos de uma sobrevivida menos sofrida, mais digna” (BRASIL, Resp. n. 1.254.141-PR 2013). A partir desses dados, a relatora entendeu que o médico agiu com imperícia, tirando chances de cura da paciente e que, portanto, haveria a obrigação de indenizar, a título de dano moral, a perda de uma chance de cura ou de sobrevivência.

O Tribunal Cidadão já fixou o entendimento de que, para a aplicação da referida teoria nas situações em que é discutida a ocorrência de erro médico, é necessário observar a existência de alguns requisitos, a saber:

- (i) uma chance concreta, real, com alto grau de probabilidade de obter um benefício ou sofrer um prejuízo; (ii) uma ação ou omissão do defensor que tenha nexos causal com a perda da oportunidade de exercer a chance (sendo desnecessário que esse nexo se estabeleça diretamente com o objeto final); (iii) o fato de que o dano não é o benefício perdido, porque este é sempre hipotético. (BRASIL, Resp. n 1662338-SP, 2018)

Assim, constata-se, mais uma vez, que a teoria da perda de uma chance de cura ou de sobrevivência vem sendo acolhida no Brasil. Há, no entanto, muitas divergências no que tange à sua aplicação. Isso porque diverge-se sobre muitos aspectos: a própria possibilidade de sua aplicação no âmbito médico; a natureza jurídica da teoria e do dano “chance perdida”; e o título a que a reparação é concedida – se se trata de um dano moral, material ou ainda uma nova espécie de dano.

Essas divergências foram abordadas no artigo “A perda de uma chance na responsabilidade civil médica” (YOKOZAWA in:

SOARES; ARBUÉS; BORGES; DINIZ; SILVA, 2017, p. 158-187), o qual conclui pela possibilidade de aplicação da perda de uma chance na responsabilidade civil médica, valendo-se, no entanto, de muita cautela, uma vez que:

(...) não é qualquer chance perdida que enseja a reparação civil. Não pode ser uma mera expectativa ou uma vaga possibilidade. Deve ser uma chance real e séria, que efetivamente demonstre a probabilidade de concretização da expectativa futura que fora ilicitamente ceifada da vítima do evento danoso.

Deve haver inequívoca prova de que o erro praticado culposamente pelo médico diminuiu ou retirou as chances que o paciente tinha de se curar ou de sobreviver, uma vez que o responsável direto pelo dano final não é, definitivamente, o profissional da medicina, mas a própria enfermidade, o próprio estado de saúde do paciente.

Em razão disso, o montante indenizatório respectivo à perda da chance deve ser inferior à quantia efetivamente esperada caso o evento futuro ocorresse sem a intervenção ilícita de um terceiro e proporcional à probabilidade da chance efetiva. (YOKOZAWA in: SOARES; ARBUÉS; BORGES; DINIZ; SILVA, 2017, p. 158-187)

Devem estar comprovados ainda os requisitos clássicos da responsabilidade civil médica e, uma vez que se trata de responsabilidade subjetiva, é imprescindível a ocorrência de culpa, ou seja, negligência, imprudência ou imperícia por parte do profissional. Na hipótese de um médico, diante de grave doença, adotar os protocolos indicados pela literatura médica, atuando da melhor forma que se poderia esperar dele e, mesmo assim, o paciente vir a falecer em decorrência do procedimento utilizado, não há que se responsabilizá-lo. Até mesmo porque a medicina não é uma ciência exata, cada organismo tem suas particularidades e o médico é um ser humano, não dotado de onisciência.

E é justamente nas limitações e peculiaridades atinentes ao exercício da medicina que residem as divergências na doutrina pátria quanto à aplicação da teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil médica.

#### 4. A ATIVIDADE MÉDICA E AS CRÍTICAS À APLICAÇÃO DA PERDA DE UMA CHANCE

O entendimento majoritário em França, bem como o defendido por parte dos estudiosos da perda de uma chance, é o da impossibilidade de sua aplicação da teoria aos casos da seara médica.

Rafael Peteffi da Silva, grande defensor da aplicação da perda de uma chance de cura ou de sobrevivência (SILVA, 2013), assevera que muitos estudiosos franceses, incluindo René Savatier e Jean Penneau (*apud* SILVA, 2013, p. 246), demonstravam medo em relação ao “perigo sistémico” representado pelas chances perdidas após o desenrolar do processo aleatório. Isso porque:

Como a certeza absoluta em termos de nexo de causalidade é muito raramente encontrada, não mais seriam observadas condenações integrais dos danos sofridos pela vítima. O juiz deixaria de perquirir quem realmente causou o dano, para saber qual a percentagem de chances que o agente tirou da vítima.

De fato, a regra do tudo ou nada estaria sepultada, pois as sentenças de improcedência também ficariam cada vez mais raras, tendo em vista que a dúvida sobre o nexo de causalidade passaria a gerar uma reparação parcial do prejuízo, **‘medida pelo grau de incerteza que cerca o livre convencimento do juiz’**. É por esta razão que René Savatier declarava que **a teoria da perda de uma chance aplicada à seara médica seria o paraíso do juiz indeciso**. (SILVA, 2013, p. 246-247) (grifou-se)

No entanto, defende que a adoção da teoria aos casos médicos faz-se necessária pelo caráter pedagógico que deve desempenhar a responsabilidade civil, isto é, é necessário que exista o dever de indenizar para que o agente, bem como toda a sociedade, sejam desmotivados a cometer novamente o ato ilícito (SILVA, 2013, p. 248).

Todavia, Rafael Peteffi da Silva não deixa de enumerar as críticas mais prestigiadas nos Estados Unidos da América, onde, resalte-se, a perda de uma chance restou circunscrita aos casos médicos. Primeiro, tem-se o possível aumento que ocorreria nos custos dos convênios médicos e dos seguros-saúde, uma vez que situações até então

desprotegidas passariam a ser indenizadas. Em segundo lugar, aposta-se que haveria um incentivo à propositura de ações judiciais, o que causaria o inevitável aumento dos custos com serviços advocatícios, laudos periciais, dentre outros. E argumenta-se ainda que poderiam haver muitas imprecisões indenizatórias: em determinados casos um dano não indenizável receberia proteção, enquanto em outros, merecedores de melhor reparação, receberiam indenização menor do que a devida (SILVA, 2013, p. 249-250).

Miguel Kfourri Neto (2013, 77-79), a seu turno, também concorda que a teoria deva ser aplicada ao ordenamento jurídico brasileiro. Segundo ele, seria importante para superar a “dificuldade em se estabelecer a relação de causalidade entre o ato ou omissão médica e o agravamento da condição de saúde, invalidez ou morte do paciente, que podem ter origem tanto na atuação do profissional”, quanto nas condições patológicas do paciente. Assim, pode o juiz admitir que a culpa do médico comprometeu as chances de vida e a integridade do paciente, sendo irrelevante o convencimento total acerca do firme nexo de causalidade, porque a dúvida, por si só, basta. E completa dizendo que “os tribunais podem admitir a relação de causalidade entre a culpa e o dano, pois a culpa é precisamente não ter dado todas as oportunidades (‘chances’) ao doente”.

Kfourri (2013, p. 78) admite que a matéria seja controversa, principalmente no que tange à sua aplicação na seara médica, pois significa um agravamento do estatuto da culpa, com uma presunção de culpa contra o médico. Mas acredita ser a solução justa para “contrabalancear o caráter aleatório da prova – e a rigidez do ‘tudo ou nada’”. Até mesmo porque não se estaria objetivando a responsabilidade do médico, tampouco a transformando em uma obrigação de meio. De modo que não é qualquer erro que gera a obrigação de indenizar parcialmente. É preciso, antes de tudo, que esteja evidente não só o dano, como também a culpa.

No entanto, Kfourri deixa claro que é preciso máxima cautela ao se aplicar a perda de uma chance de cura ou de sobrevivência, uma vez

que a sua admissão pode provocar consequências nefastas para o exercício da medicina. A sua aplicação irrestrita, por exemplo, mudaria completamente a jurisprudência relacionada ao erro de diagnóstico. Isso porque, *a priori*, o diagnóstico falho não é considerado culposo, salvo erro grosseiro. Contudo, em se admitindo a teoria, automaticamente o erro de diagnóstico seria condenado, já que a ele, em regra, segue-se o erro de tratamento (KFOURI, 2002, p. 103)<sup>5</sup>.

Além disso, o exercício da arte médica envolve os médicos em frequentes riscos para combater as doenças. O resultado do tratamento não depende apenas de seus conhecimentos científicos e competência, mas, igualmente, das características pessoais do doente, da eficácia dos medicamentos e de toda sorte de fatores imprevisíveis inerentes à atividade curativa, de modo que o dano resultante do ato médico não é necessariamente decorrente de culpa do profissional (KFOURI, 2002, p. 102-103).

O desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná pondera que as condições muitas vezes precárias do sistema de saúde nacional ainda devem ser levadas em conta:

Não há de olvidar as condições de trabalho dos nossos médicos, mormente em hospitais públicos ou ligados à Previdência. A quase absoluta falta de recursos para exames complementares (que, nos Estados Unidos, consomem cerca de 15 bilhões de dólares ao ano) dificulta o diagnóstico. A própria desnutrição, mal tão comum aos brasileiros de todos os quadrantes, potencializa e agrava as demais moléstias – e compromete qualquer terapia.

Nada disso impede, por óbvio, a crassa imprudência, a omissão pura e simples ou o injustificado desvio de conduta, sempre passíveis de punição. (KFOURI, 2002, p. 110)

Outrossim, defende que exigir dos médicos, por um lado,

---

5 Sobre o erro de diagnóstico, Kfour (2002, p. 121) disserta ainda mais: “O médico enfrenta dúvidas científicas, com várias alternativas possíveis e variados indícios, por vezes equivocados, quanto aos sintomas do paciente. Não raro, as próprias queixas do paciente induzem o médico a imaginar a ocorrência de patologia inexistente. Há casos duvidosos, com alternativas idôneas, todas a merecer respaldo da ciência médica. Por isso, o erro de diagnóstico, em princípio, é escusável”.

audácia e aceitação dos riscos e, ao mesmo tempo, por outro lado, recusar o insucesso deles, significa “condenar o médico a exercer a sua profissão em clima de insegurança e aumentar seus riscos profissionais, que já não são pequenos” (KFOURI, 2002, p. 103).

Assim, conclui Kfourri (2002, p. 126-127) que a negação da teoria à seara médica permitiria aos médicos se furtar de suas responsabilidades, valendo-se da dúvida científica. Mas defende que somente quando o juiz conseguir visualizar a efetiva perda da chance de cura ou de sobrevivência, prejuízo intermediário e distinto do dano final – sem hesitação e incerteza quanto ao liame causal entre a conduta e o dano – é que se torna possível a aplicação da teoria. Observa que é preciso ter sempre em mente que o reconhecimento da chance perdida deve se apoiar em dados fáticos e científicos, comprovando que, caso o procedimento adotado fosse outro, o percentual de possibilidade de cura, indicado pela ciência, aumentaria.

João Monteiro de Castro (2005, p. 194-198), partindo da mesma linha de raciocínio de Kfourri, só que ainda mais rigoroso, defende que a aplicação da teoria deve se restringir aos casos em que é realmente apropriada, uma vez que, na medicina – assim como em outras áreas da vida –, sempre que se toma uma decisão, acaba-se descartando outras possibilidades, o que não significa que sejam chances de cura ou de sobrevivência. Castro ainda ressalta que o médico, não raras vezes, faz o possível. Assim, “a perícia há de ser extremamente criteriosa, se não obrigada a fazer avaliações subjetivas, o que é um perigo para a aplicação das normas jurídicas pertinentes à defesa das partes”, pois pode ser que seja necessário reproduzir as condições de tempo e lugar para avaliar a decisão tomada pelo profissional.

Edmilson de Almeida Barros Júnior (2007, p. 166-170), diferentemente dos outros autores mencionados, é veementemente contrário à aplicação da perda de uma chance na responsabilidade civil do médico, alegando que ela não condiz com o ordenamento jurídico pátrio, pois implica o dever de indenizar sem a existência do nexo de causalidade e, mais grave ainda, sem a certeza do dano.

Com efeito, defende que a teoria francesa, se aplicada ao Brasil, provocaria: a inobservância de praticamente todos os pilares da responsabilidade civil; a “canibalização terminal da relação médico-paciente”; o “extermínio da profissão” e, por conseguinte, um afastamento ainda maior da garantia social à saúde (BARROS JÚNIOR, 2007, p. 168).

Para ele, a teoria aplicada à seara médica só foi aceita na França por se tratar de um país europeu que se situa no primeiro lugar no *ranking* de qualidade de saúde da OMS. Logo, a realidade ética, jurídica e de infraestrutura é totalmente diversa da encontrada no Brasil. Aponta que a população daquele país é de 40 milhões de consumidores de saúde privada. O Brasil, por sua vez, na época de sua pesquisa, ocupava o 125º lugar no mesmo *ranking* e possuía 170 milhões de habitantes, sendo pouco mais de 20 milhões de consumidores de saúde privada, de modo que o restante da população recorre ao falido Sistema Único de Saúde (SUS). Esse sistema, não coerente com o princípio constitucional da universalização da saúde, promove, segundo o autor, o retraimento progressivo dos investimentos na área, o sucateamento dos equipamentos existentes, a queda da qualidade nos serviços e as crescentes filas.

Barros Júnior (2007, p. 167) argumenta que:

A Medicina [...] tem infinitos mistérios traduzidos em limitações, muitas vezes, absolutamente imprevisíveis e insuperáveis, não sendo razoável que as limitações sejam utilizadas como instrumento legitimador de presunção de existência denexo causal ou, pior, de substituição de um dano real, certo e efetivo. **Seria o início do fim da Medicina (e dos médicos) em que o esculápio passaria a ser punido quando não lograsse êxito nos seus procedimentos, independente das limitações científicas, e fosse responsabilizado por um dano virtual e incerto.**

Não é exagero se dizer que, em sendo adotada tal teoria, sem dúvida nenhuma, em pouco tempo, **uma série de procedimentos não mais seria realizada devido ao risco de lesões iatrogênicas e ainda haveria o abandono do exercício de várias áreas de especialidade pelo temor de perda econômica**, às vezes de *quantum* arrecadado em toda uma vida, em decisões judiciais. Tal fato já ocorre nos EUA, onde

determinadas especialidades estão sendo abandonadas. (grifou-se)

Para o autor, a teoria confronta os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da valorização do trabalho, do direito à saúde, do interesse público sobre o particular e, principalmente, da segurança jurídica. Além disso, a longo prazo, promoveria um aumento ainda maior no custo dos serviços médicos – como consequência dos gastos com as ações judiciais e indenizações – e obrigaria o abandono das especialidades ditas de risco (anestesia, neurocirurgia, obstetrícia, dentre outras), o que traria sérios problemas à sociedade e aos direitos garantidos constitucionalmente (BARROS JÚNIOR, 2007, p. 169).

Destaca também a falta de lógica em se responsabilizar um profissional por questões que, em razão de limitações próprias da medicina, escapam ao seu controle e afirma que “do ponto de vista factual, torna o médico um deus, infalível e absoluto, que cura sempre tudo e todos. Seus pacientes devem ser literalmente imortais, do contrário, em assim não ocorrendo, sujeitar-se-ia o esculápio a indenizar” (BARROS JÚNIOR, 2007, p. 168-170).

Percebe-se, assim, que, em que pese a perda de uma chance na responsabilidade civil médica ser aplicada no Brasil, mesmo dentre aqueles que defendem o instituto, ainda há sérias preocupações quanto às limitações inerentes à medicina e às condições de trabalho de muitos médicos brasileiros, questões que só podem ser analisadas caso a caso.

## **5. LIMITAÇÕES INERENTES À MEDICINA E CONDIÇÕES DE TRABALHO DOS MÉDICOS BRASILEIROS**

Destaca-se a preocupação acerca da aplicação da teoria da perda de uma chance de cura ou de sobrevivência quando confrontada com as limitações inerentes à atividade curativa e às condições de trabalho de muitos médicos brasileiros.

Com efeito, não é preciso ser usuário do Sistema Único de

Saúde ou atuar nele para saber da realidade enfrentada todos os dias por médicos e pacientes. Clássico estudo, *Os médicos no Brasil, um retrato da realidade* (MACHADO, 1997, /s.p./), mostrou as precárias condições de trabalho, com jornadas extenuantes e multiplicidade de atividades, observando que 50% (cinquenta por cento) dos profissionais tinham entre 3 (três) e 4 (quatro) trabalhos distintos, 50% (cinquenta por cento) eram plantonistas e 80% (oitenta por cento) dos entrevistados queixavam de desgaste profissional e redução de renda.

Por meio de rápida busca na Internet, é possível se deparar com reportagens e mais reportagens sobre as precárias condições que muitos médicos são obrigados a enfrentar no Brasil. Elas vão desde a falta de estrutura adequada, passando pela ausência de equipamentos imprescindíveis, até a falta de medicamentos, sejam eles simples analgésicos e anti-inflamatórios ou antibióticos pesados. Aliado a isso, tem-se a sobrecarga excessiva de trabalho, os atrasos no pagamento dos salários, as doenças físicas e mentais que a prática da medicina pode causar aos médicos e a pouca oferta desses profissionais para um grande número de pacientes.

Quanto à sobrecarga de trabalho, associada ao excessivo número de pacientes em relação ao montante de profissionais, é preciso observar que não se trata de simples “falta de médicos”. Apesar de um levantamento do governo federal apontar que, para o brasileiro, a falta de médicos é o principal problema do Sistema Único de Saúde, essa informação precisa ser melhor analisada.

Há hoje no Brasil 453.679 (quatrocentos e cinquenta e três mil, seiscentos e setenta e nove) médicos registrados<sup>6</sup>, dos quais 73,1% (331.633 – trezentos e trinta e um mil seiscentos e trinta e três) têm vínculo com o SUS, uma média de um para cada 629 (seiscentos e vinte e nove) habitantes<sup>7</sup> apenas no âmbito da saúde

6 Dado obtido em consulta ao site do Conselho Federal de Medicina. Disponível em <[http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com\\_estatistica](http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_estatistica)>. Acesso em 4 abr. 2018.

7 Verifica-se em consulta ao site o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística que a população brasileira é de 208.888.000 (duzentos e oito milhões, oitocentos e oitenta e oito mil) habitantes. Disponível em <<https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>>. Acesso em 16/04/2018.

pública. No global, verifica-se que há 2,17 médicos para cada 1.000 habitantes, dentro do parâmetro preconizado pela Organização Mundial de Saúde, que é de 1/1000 (um por mil). A taxa brasileira fica próxima da dos Estados Unidos (2,5), do Canadá (2,4) e do Japão (2,2) e é maior do que a do Chile (1,6), China (1,5) e Índia (0,7) (SCHEFFER, 2015, p. 79/80).

Assim sendo, na prática, a população tem dificuldades em conseguir consultas não em função do número insuficiente de médicos, mas em razão da má distribuição dos profissionais e concentração em grandes centros urbanos, acarretadas pela falta de uma carreira de Estado. Para se ter uma ideia da desigualdade demográfica na distribuição dos médicos, nas 39 (trinta e nove) cidades brasileiras com mais de 500 (quinhentos) mil habitantes, que juntas concentram 30% (trinta por cento) da população brasileira, estão 60% (sessenta por cento) dos médicos do País (SCHEFFER, 2015, p. 51).

Contudo, ainda nos grandes centros, visualiza-se uma deficiência de médicos no atendimento do SUS, o que pode ser explicado pela má remuneração, pelas condições precárias de trabalho e pela ausência de uma política pública de saúde eficiente.

No interior pauperizado e distante dos grandes centros, a carência notória de médicos não pode ser lida de modo simplista, como se os profissionais preferissem ficar nos grandes centros. Se isso não é de todo falso, é, entretanto, uma tendência de todas as categorias profissionais, que poderia ser equilibrada, no caso dos médicos, com programas que tornassem atrativas as condições de trabalho nesses lugares, com salários compensadores e condições minimamente adequadas. Certamente não falta trabalho aos médicos no interior, mas predomina a ausência de vínculos empregatícios com o mínimo de estabilidade, salários compensatórios e pontuais e infraestrutura adequada.

Por isso, há, tanto no interior quanto na capital, uma verdadeira expulsão de médicos do SUS. Este profissional, após 10 (dez) mil horas de formação, precisa se submeter a salários iniciais que não

condizem com as rotinas árduas de trabalho e sem garantias de ascender na carreira. Enquanto isso, os juízes, por exemplo, que contam com carreira de Estado, têm salários iniciais em torno de R\$ 20 (vinte) mil e perspectivas de conseguir, a médio prazo, atuar na cidade de sua preferência. Não é toa que não faltam juízes e promotores pelos mais longínquos lugares do país.

Por isso, é importante perceber que não é razoável se exigir que o médico – e só ele –, que, antes de tudo, é um profissional como qualquer outro, com família e laços afetivos, aceite sair do conforto de sua casa para se interiorizar. Não há incentivo suficiente para que este profissional abra mão de seu convívio familiar ou carregue consigo sua família para um local onde não haverá as mesmas oportunidades de trabalho e de vida para o seus entes.

A situação é adversa em todo o país. Mesmo no caso dos médicos disponíveis, contratados pelo poder público, o número de pacientes é tão grande, que não é possível se fazer um atendimento individualizado, com qualidade e dispensando-se a atenção que cada paciente necessita. Outras vezes, faltam medicamentos ou exames imprescindíveis ao diagnóstico de enfermidades.

A título ilustrativo, vale mencionar a situação do Hospital de Urgências de Goiânia (HUGO), em que um médico intensivista chegou a registrar boletim de ocorrência sobre a situação da Unidade de Tratamento Intensivo. O médico denunciou não só as péssimas condições de trabalho na maior unidade de saúde pública de Goiás, mas a falta de contratação de profissionais e de material. Ele decidiu fazer o registro para se precaver. O médico encontrava-se sozinho no plantão quando recebeu o 16º (décimo sexto) paciente em estado crítico. Segundo o intensivista, há uma norma do Ministério da Saúde que diz ser preciso no mínimo um médico para cada 10 pacientes na UTI. Logo, ele sozinho deixaria 50% (cinquenta por cento) dos pacientes sem o devido atendimento. Frisou que a falta de materiais impede a realização dos procedimentos mais variados. E ressaltou que, hoje, quem está carente é o profissional: “é como se ele tivesse sido

abandonado pela saúde pública”<sup>8</sup>.

Se no HUGO a situação é essa, no interior é ainda pior. As cidades muitas vezes não dispõem de recursos simples, de exames necessários a um diagnóstico correto e preciso. Essa precariedade não só pode levar a diagnósticos equivocados, como também é um dos principais responsáveis pelo encaminhamento de pacientes para as capitais, inchando os hospitais públicos de urgência, que não conseguem responder satisfatoriamente pela demanda.

Não bastassem as condições de trabalho, há ainda o estresse do profissional. Exige-se do médico do SUS, a todo o tempo, uma atuação impecável, mesmo faltando recursos materiais e pessoais. Soma-se a isso o cansaço de jornadas extensas e ininterruptas de trabalho, a tensão de lidar com grandes problemas a todo o tempo e o medo de errar.

Por outra perspectiva, há ainda as limitações inerentes à medicina. Como cada ser humano é único, cada organismo reage de uma forma diferente quando submetido ao mesmo procedimento ou medicamento. E isso, infelizmente, é imprevisível e insuperável. O médico não pode prever que uma determinada medicação vai causar reação alérgica ao indivíduo, quando não há um exame que permita concluir isso. E mesmo quando existe, pode ocorrer de ser uma situação de emergência, em que o profissional precisa decidir se ministra ou não a medicação, sabendo que ela pode ter efeitos graves, mas que é imprescindível para o quadro de saúde em que se encontra o enfermo.

Em entrevista realizada com o Presidente do Conselho Regional de Medicina do Estado de Goiás, Doutor Aldair Novato Silva, é possível visualizar com clareza as dificuldades do exercício da medicina<sup>9</sup>:

É necessário que existam as condições mínimas para o atendimento da população, porque senão compromete o resultado do médico.

8 <http://g1.globo.com/goias/noticia/2012/01/medico-registra-boletim-de-ocorrencia-contr-hospital-publico-em-goias.html>

9 Entrevista realizada no dia 7 de junho de 2016 para o desenvolvimento da monografia *A perda de uma chance na responsabilidade civil médica*.

É o que você vai falar? Vai condenar o médico por isso? Não pode condenar. Ele não tem o recurso mínimo para fazer o diagnóstico. Por exemplo, um médico ortopedista não pode deixar passar uma fratura desalinhada, porque isso só precisa dele ver, tocar e apalpar para perceber que tem uma fratura. Agora um traço de fratura, alinhada, que está gerando dor, mas que só o diagnóstico radiológico vai falar que existe, ele não pode ser responsabilizado por isso.[...]

A população, de uma forma geral, tem uma grande dificuldade de distinguir o que é uma complicação do que é um erro médico. A complicação ela é inerente aos procedimentos médicos. Você pode tratar uma amigdalite, dando um antibiótico para tratar o estreptococo que está ali alojado e vai dar, às vezes, um anti-inflamatório para aliviar a dor e esse anti-inflamatório provoca uma perfuração de uma úlcera gástrica. A culpa foi do médico? Ou foi do resultado inexorável daquele tratamento? Certamente foi isso. Só que muitas vezes é interpretado pelas pessoas como sendo um erro médico. ‘Como é que o ele pôde prescrever um anti-inflamatório e não chamou a atenção do paciente para a remota possibilidade de ocorrer uma perfuração?’ Então assim nós não vamos poder exercer a medicina. Se nós tivermos que a cada consulta, a cada receita, fazer um consentimento informado e esclarecido, que vai levar 10 páginas, nós não vamos dar conta de dar assistência para a população.

Agora, o médico não pode ser negligente. A negligência, a imprudência e a imperícia elas são analisadas sob o ponto de vista da culpa. E deixar de fazer aquilo que é absolutamente necessário em um atendimento, é ser negligente. Fazer errado aquilo que deveria ser feito certo, é uma imperícia. Ou fazer açodadamente alguma conduta que pode gerar um prejuízo para o paciente é ser imprudente. O médico precisa ter calma, tempo para o atendimento. E aí a gente faz até um paralelo com a situação dos serviços públicos. Hoje, quer que o médico atenda uma grande quantidade de pacientes. E isso pode levar a um comprometimento da qualidade desse atendimento. Mas ele tem que fazer cada atendimento com a atenção que merece, mesmo aqueles mais simples e tomar as condutas corretas [...]

Agora é claro que sempre tem que ver o lado do médico e das condições de trabalho dele. Muitas vezes ele não tem condições de fazer mais nada além daquilo que ele prestou. Então, os juristas, juízes, promotores, têm que olhar com muito carinho essa questão, porque, muitas vezes, aquele profissional não deu a assistência que o paciente

precisava ou merecida, por falta das condições mínimas de trabalho.

Conclui-se, assim, que a ciência médica não é uma ciência exata, pois nem sempre determinados fatores gerarão um mesmo resultado. Observa-se também que o perfeito exercício da profissão não depende unicamente dos profissionais, mas de inúmeros outros fatores, como as condições materiais (incluem-se, aqui, os instrumentos médicos, os medicamentos, a disponibilidade de exames etc.), as condições pessoais (auxiliares capacitados), o tempo adequado para o atendimento de cada paciente, o estado de exaustão em que se encontra o profissional, dentre outros.

Logo, acredita-se que, quando da análise da responsabilidade civil do médico, tais fatores também precisam ser analisados, sob pena de se responsabilizar o profissional por questões que fogem ao seu controle e, se isso ocorrer, seria tão injusto quanto deixar a vítima sem reparação.

Por fim, ressalte-se que não se pretende aqui eximir o médico de sua responsabilidade quando, por imprudência, negligência ou perícia, causar dano ao paciente. Pretende-se, em lugar disso, ponderar a necessidade de haver uma avaliação das reais condições de trabalho do profissional e do caso médico em análise.

## 6. CONCLUSÃO

A temática da aplicação da teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil médica relaciona-se ao direito universal à saúde e ao princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento maior do Estado Democrático de Direito, previstos expressamente na Constituição Federal de 1988, nossa Lei maior.

Como consectário lógico do postulado da supremacia constitucional (força normativa da Constituição — Konrad Hesse), nenhuma lei, nenhum ato normativo, nenhum ato jurídico é válido se for incompatível com a Constituição (MENDES, 2017, p. 94). Torna-se inevitável, pois, uma releitura dos institutos, notadamente os de

direito civil, sob a ótica constitucional.

Deve-se ter sempre em mente o princípio da dignidade da pessoa humana, valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, considerando possível a aplicação da teoria francesa no âmbito médico, desde que respeitados os seus rígidos critérios e levando-se em conta, antes de tudo, as limitações, muitas vezes imprevisíveis e insuperáveis, inerentes à profissão médica, como as complicações possíveis aos tratamentos, e às singularidades de cada organismo.

Assim sendo, o juiz deve, antes de verificar a ocorrência de um erro médico, perquirir se o profissional recorreu, ou não, a todos os meios de que dispunha, bem como se à doença, quando diagnosticada, foram aplicados os remédios e tratamentos indicados pela ciência<sup>10</sup>.

Há que se observar também as precárias condições de trabalho a que são submetidos muitos dos médicos brasileiros. Não se trata de justificar os crassos erros cometidos por profissionais da saúde, mas de resguardar profissionais sérios e competentes que atuam sem dispor de uma infraestrutura adequada.

Portanto, não parece justo responsabilizar este profissional por questões que fogem ao seu controle. Ora, um diagnóstico firme e preciso, cuja consequência é um tratamento correto, necessita, em primeiro lugar, de tempo, pois é preciso que o profissional possa fazer a anamnese do paciente. Depois, quando não é possível chegar a um diagnóstico clínico imediato, surge a necessidade de se realização de exames complementares. Após, conhecendo-se a doença, pode ser que haja a necessidade de remédios, outras vezes de realizar procedimentos cirúrgicos, dentre muitas outras, de que se vale a atividade curativa. Ou seja, um médico, sozinho e ainda sem tempo para poder dispensar a atenção que cada paciente merece, a depender da situação, tem seu

10 Em recente julgado, o Superior Tribunal de Justiça proveu o recurso de um médico, entendendo que era remota ou improvável a perda da chance de saúde da paciente que recebeu alta hospitalar, em vez da internação, não constituindo erro médico passível de compensação, “sobretudo quando constatado que a sua morte foi um evento raro e extraordinário ligado à ciência médica” (Resp. 1662338 / SP, BRASIL, 2013).

limite de atuação profissional comprometido.

Assim, sobre o confronto entre a realidade da saúde pública no Brasil e a responsabilização dos médicos que atuam nela, Miguel Kfoury (2013, p. 41) ressalta que, antes de tudo, é preciso se atentar para as precárias condições de trabalho:

Remuneram-se de modo ridículo os profissionais que atendem pelo Sistema Único de Saúde. Os recursos materiais inexistem. Exames complementares, que poderiam levar a um diagnóstico preciso, não são realizados: ou falta o aparelho, ou os materiais necessários, ou o operador da máquina. As condições de trabalho, enfim, são extremamente adversas. **Aos aplicadores da lei, em especial, incumbe considerar os justos queixumes dos médicos, quando tais fatores intervêm – e condicionam – a conduta médica.** (grifou-se)

Por um lado, quando uma ação ou omissão culposa do profissional da medicina causar ao paciente a perda de uma chance de cura ou de sobrevivência, há o dever de reparar com base na perda de uma chance, pois restam preenchidos todos os pressupostos ensejadores da responsabilidade civil médica, quais sejam, a conduta humana (ação ou omissão do médico), o dano (perda da chance), o nexo de causalidade entre eles e a culpa. Por outro, devem ser levadas em consideração, quando desta análise, as condições de trabalho de que dispunha o profissional, bem como o imponderável que norteia toda a atividade curativa.

Dessa forma, nem a vítima fica sem a devida reparação e nem o médico é obrigado a reparar dano ao qual não deu causa. E somente assim concretizada estará a Constituição Federal de 1988<sup>11</sup>, bem como a evolução que ela representa no âmbito da responsabilidade civil, com o amplo respeito aos direitos constitucionais da igualdade, da valorização do trabalho, da garantia à saúde, da segurança jurídica, da proteção integral da vítima e, principalmente, do fundamento maior do nosso Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana em prol de médicos e pacientes.

11 Para Konrad Hesse “a interpretação constitucional é concretização” da Carta Magna (apud MENDES, 2017, p. 86).

## REFERÊNCIAS

BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. *A responsabilidade civil do médico: uma abordagem constitucional*. São Paulo: Atlas, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 15 abr. 2018.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em 15 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1254141/PR. Recorrente: João Batista Neiva. Recorrido: Vilma de Lima Oliveira – Espólio e outros. Terceira Turma. Relator: Min. Nancy Andrighi. DJe: 20/02/2013. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1254141&&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1254141&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO)>. Acesso em 10 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1662338/SP. Recorrentes: Marcio Antônio Arantes. Recorridos: Geraldo Alves Ferreira Filho e Maria Silvia Waldemarin Ferreira. Terceira Turma. Relator: Min. Nancy Andrighi. DJe: 02/02/2018. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1662338&&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1662338&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true)>. Acesso em 10 abr. 2018.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

CASTRO, João Monteiro. *Responsabilidade civil do médico*. São Paulo: Método, 2005.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

HESSE, Konrad. *A força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Antonio Fabris Editor, 1991.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. *Mini Houaiss: dicionário da língua portuguesa*. 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004.

KFOURI, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

KFOURI. *Responsabilidade civil do médico*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

LOUREIRO, Cinthia Ayres Holanda; MARTINS, Cláudia Laise Reis; REIS, Maria Clara Simeão. A teoria da perda de uma chance e sua aplicação na seara médica. *Carderno de Estudos Ciência e Empresa*. Disponível em: <<http://docplayer.com.br/11532493-A-teoria-da-perda-de-uma-chance-de-cura-e-sua-aplicacao-na-serara-medica.html>>. Acesso em 2 abr. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MACHADO, Maria Helena (coord.). *Os médicos no Brasil: um retrato da realidade*. /s.l./ Fiocruz, 1997.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PIGNATA, Carlos Eduardo Vinaud. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/artigos/responsabilidade-civil-pela-perda-de-uma-chance/>>. Acesso em 3 abr. 2018.

SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SCHEFFER, M. et al. *Demografia Médica no Brasil 2015*. Departamento de Medicina Preventiva, Faculdade de Medicina da USP. Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo. Conselho Federal de Medicina. São Paulo: 2015.

SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

YOKOZAWA, Marília Cardoso. A perda de uma chance na responsabilidade civil médica. In: SOARES, Márcia Santana; ARBUÉS, Margareth Pereira; BORGES, Júlia Tavares; DINIZ, Ricardo Martins Spíndola; SILVA, Tiago Ducatti de Oliveira e. *Ensaio Jurídicos na Policontextualidade*. Goiânia: Kelps, 2017.

# BALIZAS À DESCONSTITUIÇÃO DA PATERNIDADE: UMA LEITURA DA AFETIVIDADE A PARTIR DOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS QUE PERMEIAM O DIREITO DE FAMÍLIA

Keila Pacheco Ferreira<sup>1</sup>

Naiara Guimarães Pamplona<sup>2</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

A principiologia axiológica de índole constitucional, pautada na dignidade humana, incentiva uma nova leitura do Direito de Família brasileiro, ao abandonar a ultrapassada noção patrimonial e hierarquizada para priorizar a liberdade e igualdade na conformação de diferentes entidades familiares, todas merecedoras de análoga proteção.

Com efeito, a Constituição Federal de 1988, ao permitir a intervenção do Estado nas relações de Direito Privado, propiciou o revigoramento dos tradicionais institutos do Direito Civil – propriedade, contrato, família, através da força normativa dos seus princípios. Ao intérprete do Direito de Família contemporâneo cabe, portanto, buscar o seu *substractum*, através do estudo imbricado com os princípios constitucionais, linhas mestras para a sua aplicação.

O Código Civil, por sua vez, em decorrência de suas matrizes

---

1 Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, Docente Permanente e Coordenadora do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito da mesma unidade.

2 Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Uberlândia.

metodológicas e filosóficas – a eticidade, a socialidade e a operabilidade, é identificado como um Código aberto, permeado por valores que não se coadunam com o puro liberalismo ou o individualismo exacerbado. Traduz o abandono do paradigma insular da codificação privada de outrora, ao adotar um perfil substancial que se encontra acima das normas positivadas.

Nesse ambiente dialógico de fontes normativas, há de se reconhecer na dimensão existencial do indivíduo o norte da construção do Direito Privado contemporâneo, com especial relevo nas relações familiares. Adotada como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil pelo artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal de 1988, a solidariedade social repercute nas relações familiares através do dever de cuidado recíprocos entre os integrantes do grupo familiar. Como decorrência, surge o princípio implícito da afetividade, cujo relevo atual assume a posição de protagonista na fundamentação da vinculação jurídica que une pais e filhos.

O reconhecimento das diferentes concepções de família resultou na superação da verdade biológica, abrindo o devido espaço para a identificação do afeto como verdadeiro vetor de constituição dos vínculos familiares.

Paradoxalmente, apesar da evolução progressiva no que tange à importância conferida à valoração do afeto nas relações familiares, em muitas situações o Judiciário têm negado reconhecimento à parentalidade socioafetiva e, até mesmo, desconstituindo paternidades, por não creditar à afetividade efeitos jurídicos que lhe são próprios.

Nesse cenário, o objetivo central desta pesquisa é analisar a viabilidade ou não de uma ação negatória de paternidade nas hipóteses em que o pai registrou o filho de outro por acreditar ser o verdadeiro pai biológico da criança.

## **2. A QUESTÃO DO AFETO**

A família eudemonista pautada no desenvolvimento de seus

membros é construção recente como local de abrigo e proteção da dignidade humana. A partir da pesquisa de dados históricos e antropológicos, constatou-se que inicialmente o ser humano se agrupava com o único objetivo de garantir proteção e a reprodução, mas nem de longe existia a noção social e cultural de família socioafetiva promovida nos dias de hoje (SAVELLE, 1990, p. 43-47).

Com a evolução para uma sociedade organizada em torno da pólis, a família galgou outro patamar, tornando-se núcleo patriarcal de concentração e transferência de poder, em que os laços matrimoniais representavam meros meios de consecução de alianças políticas, no qual a mulher tinha apenas o dever de obedecer ao marido e gerar filhos. Não existia afeto, mas contrato. As relações entre homens e mulheres eram determinadas mediante acordos de interesses e a paternidade era pautada na legitimidade apenas daqueles gerados na constância do casamento. Não existia igualdade entre os filhos, pois apenas o primogênito tinha garantido seu direito à herança, restando aos demais papéis secundários.

A instituição matrimonial de cunho religioso foi mantida por toda a Idade Média, quando finalmente, já na idade moderna, a revolução industrial surgiu como gatilho para uma verdadeira revolução de paradigmas na família. Com a migração das pessoas do campo para os grandes centros urbanos, a função da família como núcleo de produção desaparece, o trabalho passa a ser exercido no chão das fábricas mediante pagamento, os bens de primeira necessidade são adquiridos de terceiros, já não existe tempo nem meios de produzir para consumo próprio, o espaço nas residências é reduzido, a família passa a ser constituída por poucos membros, e a miséria resultante da concentração de riqueza e de duas guerras mundiais, obrigou as mulheres a deixar os afazeres domésticos para se tornarem parte da paisagem das fábricas (BAUMAN, 2003, p. 30-35).

Chegado o tempo de paz, os homens voltaram a ocupar as funções de provedor e chefe da casa, mas as mulheres já haviam tomado gosto pela independência experimentada em sua incursão pelo mercado

de trabalho. Surge então o método contraceptivo e com ele a possibilidade da mulher planejar o futuro e escrever sua própria história. A luta por igualdade entre os sexos revoluciona os papéis ocupados por homens e mulheres nas famílias. As mulheres já não aceitam ser objetos negociados em contratos de casamentos e eternamente submetidas à vontade dos homens. Finalmente, surge o amor “romântico”.

Paralelamente a tantas mudanças sociais, os horrores da primeira e segunda guerras abriram os olhos do Direito para a necessidade de revisão da norma jurídica como construção necessariamente isolada de valores (KELSEN, 1994, p. 89). A dignidade da pessoa humana foi elevada a fundamento máximo do ordenamento jurídico, tornando-se valor inspirador de todas as normas.

O enriquecimento do ordenamento jurídico com a nova carta principiológica instituída pela Constituição Federal de 1988, permitiu que o interprete finalmente encontrasse o arcabouço valorativo necessário para garantir a proteção jurídica que as novas entidades familiares há muito cobravam. Infelizmente, o texto final do Código Civil de 2002 que prometia estar à frente do seu tempo, já foi aprovado com normas retrógradas em óbvia dissonância com a realidade das famílias modernas, como pode ser observado nos artigos que regularam a união estável apenas entre homens e mulheres, em um tempo em que as uniões homoafetivas já buscavam reconhecimento judicial e exigiam o direito de adotar filhos.

O afeto surge como nota distintiva na fundamentação e identificação dos núcleos familiares não previstos de forma expressa no ordenamento jurídico. A família já não se limita à matrimonial formada pelo marido, esposa e filhos. Ela hoje é encontrada nas mais diversas conformações: família uniparental, convivencial, pluriparental ou mosaico, não admitindo limitações ou conformação a modelo pré-definido (DIAS, 2009, p. 49). O reconhecimento da família pelo Estado como entidade merecedora de especial proteção, decorre justamente da identificação do afeto, convivência e solidariedade entre seus membros, tornando-a responsável por constituir

base sólida de toda a sociedade.

A incapacidade do Direito de acompanhar a evolução social das famílias é o que torna imprescindível ao intérprete que atua nessa área, em especial, a observação dos fatos sociais que perfazem o dia-dia, pois são eles os pontos determinantes das relações de afeto. O Direito não existe para limitar a formação de núcleos de afeto, mas sim protegê-los.

Somente a partir de uma leitura civil-constitucional foi possível conferir um novo enfoque a dignidade da pessoa humana, a solidariedade e a importância do núcleo familiar como lugar de desenvolvimento pessoal. Essa ressignificação da função da família contemporânea possibilitou o acolhimento da afetividade como princípio jurídico e vetor dos relacionamentos familiares, representando verdadeira revolução paradigmática no Direito das Famílias.

## **2.1. A problemática no reconhecimento de eficácia jurídica à afetividade**

A família reconhecida como entidade socioafetiva é construção cultural e psicológica. Rodrigo da Cunha traz estudo em que desenvolve a evolução cultural da família observada por Lacan e fundamentada em edificação psíquica das funções de pai, mãe e filhos exercidas por cada um de seus membros, independentemente da existência de vínculo biológico entre eles (PEREIRA, 2015, p. 195).

Com a desvinculação do conceito de família do casamento, a doutrina logo encontrou no afeto a característica fundamental e distintiva para o reconhecimento de uma entidade familiar. Porém, a falta de previsão expressa na legislação acerca da afetividade, somada à sua natureza subjetiva, psicológica e social, levaram os aplicadores do direito, acostumados ao formalismo e neutralidade positivista do século passado, a negar-lhe efeitos jurídicos (KELSEN, 1994, p. 89).

O desencontro das codificações modernas com a realidade das famílias brasileiras contemporâneas, resultou em uma crise no direito de família, que deixou de proteger o indivíduo para se

tornar ferramenta pronta a subjugar-lo. Como reação à neutralidade e o atraso, surge o movimento civil-constitucional propugnando pela adoção de uma nova hermenêutica a partir da leitura do direito civil sob a ótica dos valores e princípios constitucionais, agora dotados de eficácia e aplicação imediata nas relações entre particulares (ALEXY, 2015, p. 540).

O direito brasileiro, definitivamente, não logrou sucesso expressivo em acompanhar a revolução paradigmática de valores da família socioafetiva das últimas décadas. Portanto, coube à doutrina, inicialmente, atribuir valor jurídico ao afeto familiar. João Baptista Vilella, em paradigmático e pioneiro artigo que remonta à 1979, bem distingue “procriação” e “paternidade” ao acentuar:

Tanto no registro histórico como no tendencial, a paternidade reside antes no serviço e no amor que na procriação. As transformações mais recentes por que passou a família, deixando de ser unidade de caráter econômico, social e religioso, para se afirmar fundamentalmente como grupo de afetividade e companheirismo, imprimiram considerável esforço ao esvaziamento biológico da paternidade (1979, p. 400).

Posteriormente, coube à jurisprudência responder aos anseios de uma sociedade cada vez mais complexa e fragmentada que batia às portas do Judiciário em busca de solução para situações sem absoluta previsão legal e que exigiam a declaração de efeitos jurídicos à afetividade:

Direito civil. Família. Criança e Adolescente. Recurso especial. Ação negatória de paternidade. Interesse maior da criança. Vício de consentimento. Ausência de alegação. Mera dúvida acerca do vínculo biológico. Exame de DNA não realizado. Cerceamento de defesa não caracterizado. (...). Uma mera dúvida, curiosidade vil, desconfiança que certamente vem em detrimento da criança, pode bater às portas do Judiciário? Em processos que lidam com o direito de filiação, as diretrizes devem ser fixadas com extremo zelo e cuidado, para que não haja possibilidade de uma criança ser prejudicada por um capricho de pessoa adulta que, consciente no momento do reconhecimento voluntário da paternidade, leva para o universo do infante os conflitos que devem permanecer hermeticamente

adstritos ao mundo adulto. Devem, pois, os laços afetivos entre pais e filhos permanecer incólumes, ainda que os outrora existentes entre os adultos envolvidos hajam soçobrado (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1.067.438, 3ª Turma, Relatora Ministra Nancy Andrigli, j. 20.05.2009).

A afetividade tem ganhando cada vez mais espaço no direito de família, mas sua valoração jurídica ainda encontra resistência sob a premissa da insegurança que pode vir a gerar em decorrência de sua subjetividade, incompatível com o Direito. Porém, o afeto aqui tratado não corresponde a amor ou paixão. Nas palavras certeiras de Paulo Netto Lôbo,

Não é o afeto, enquanto fato anímico ou social, que interessa ao direito. O que interessa, e é seu objeto próprio de conhecimento, são as relações sociais de natureza afetiva que engendram condutas suscetíveis de merecerem a incidência de normas jurídicas. Esse é o mundo da cultura, que é o mundo do direito (2015, p. 1746).

A afetividade pode ser encontrada de forma implícita na Constituição Federal, a partir do objetivo fundamental da solidariedade, art. 3º, I; também no art.226, §§ 3º e 4º (proteção conferida às entidades familiares, que são assim reconhecidas por sua fundamentação no afeto – paradigma aberto, inclusivo e pluralista); art.226, §7º (paternidade responsável); art.227, §6 (igualdade entre os filhos); e no Código Civil, art. 1.593 (“o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade *ou outra origem*” – grifo nosso) e art. 1.596 (igualdade entre todos os filhos – biológicos, adotivos, registrais e afetivos). A partir destas normas, é possível observar que a afetividade foi atribuída como valor norteador do Direito de Família pelo próprio constituinte originário e, posteriormente, pelo legislador, o que evidencia seu *status* de princípio fundamental. Nesse sentido, é a lição de Lorenzetti quando afirma que “na jurisprudência, o princípio é concebido como uma regra geral e abstrata, que se obtém indutivamente extraindo o essencial das normas particulares, ou como uma regra geral pré-existente” (2010, p. 122).

O princípio da afetividade não se confunde com a verificação

de afeto (amor), pois diz respeito, objetivamente, ao dever jurídico de cuidado, e todas as obrigações dele decorrentes. Portanto, a afetividade é dever imposto aos pais com relação aos seus filhos, ainda que não seja possível verificar demonstrações subjetivas de carinho na relação existente entre eles (LÔBO, 2015, p. 1749). Precisas as palavras de Belmiro Welter quando afirma que a família não se resume em amor, pois também permeia um mundo de desunião,

A família pode ser afetiva e, outras vezes, desafetiva, contendo afeto, desamor, violência doméstica e familiar, uma vez que, ao mesmo tempo, cega e ilumina os humanos, fazendo parte da existência, da linguagem e da condição humana, do modo de ser-no-mundo-afetivo-e-desafetivo. O afeto não é apenas um direito fundamental individual e social de afeiçoar-se ao outro ser humano (artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição do País), como também um direito à sua integridade humana tridimensional (2012, p. 132).

O princípio da afetividade reconhecido e efetivado através das decisões judiciais representou um passo à frente na proteção das relações de afeto, ao orientar condutas e conferir responsabilidades a quem se comprometeu afetivamente com alguém, configurando verdadeira consagração de uma “ética do afeto” (DIAS, 2017, p. 39).

A partir de uma leitura civil-constitucional foi possível conferir um novo enfoque a dignidade da pessoa humana e a importância do núcleo familiar como lugar de desenvolvimento pessoal. Essa ressignificação da função da família contemporânea possibilitou trilhar o caminho que resultou no acolhimento da afetividade como princípio jurídico e vetor dos relacionamentos familiares, representando verdadeira revolução paradigmática no direito das famílias.

## **2.2. As duas dimensões do princípio da afetividade no direito de família**

Como demonstrado, o que realmente interessa para o Direito é a afetividade jurídica, ou seja, aquela resultante da aplicação do princípio aos fatos sociais relacionais que se desenvolvem no mundo concreto. A partir desta distinção é possível perceber a existência

de duas dimensões no princípio da afetividade. A primeira é representada pelo dever jurídico de cuidado imposto por lei a todas as pessoas ligadas por vínculo de parentalidade (biológico e registral) ou conjugalidade (casamento e união estável). Já a segunda, diz respeito à capacidade criadora de vínculo familiar, entre aqueles que não possuem vínculo de parentesco reconhecido de forma expressa pelo ordenamento jurídico (CALDERÓN, 2017, p. 11).

A dupla dimensão da afetividade ganha destaque quando partimos para análise da paternidade socioafetiva. Isso porque, atualmente, as questões mais tormentosas acerca do afeto residem justamente na concessão à afetividade de status de norma jurídica com densidade suficiente para determinar o reconhecimento de vínculo familiar onde não existe parentesco biológico e/ou registral.

A aplicação objetiva da afetividade jurídica ao instituto da paternidade poderá ser realizada a partir da verificação de ambas as dimensões, que poderão ser encontradas em concomitância ou isoladamente, ou seja, vínculo parental com vínculo familiar, apenas vínculo familiar e apenas vínculo parental. Essas diversas formas de constituição e reconhecimento da paternidade podem ser divididas e classificadas para um melhor entendimento e é justamente aqui onde reside o ponto fulcral de nossa análise.

(a) A paternidade biológica se divide em: a.1) com vínculo parental; a.2) com vínculo parental e familiar. A primeira pode ser verificada nas hipóteses em que o pai registra o filho como seu pela constatação da existência de um vínculo biológico, mas, apesar disso, cumpre apenas com os deveres mínimos de cuidado impostos por lei, como pagamento de pensão e/ou encontros esporádicos (primeira dimensão do princípio da afetividade imposta pela existência de vínculo parental). Já na segunda espécie, é possível verificar a concomitância do vínculo familiar com o vínculo parental, ou seja, o pai reconhece o filho como seu pela constatação da existência de um vínculo biológico (vínculo parental) e, para além dos deveres de cuidado mínimos determinados por lei, participa ativamente da vida do infante, auxiliando

nas tarefas, buscando o filho na escola, comparecendo em festas e eventos, etc. (segunda dimensão do princípio da afetividade) – o pai exerce a paternidade em plenitude.

(b) A paternidade não biológica se divide em: b.1) com vínculo parental; b.2) com vínculo familiar. A primeira pode ser visualizada em dois casos diferentes: b.1.1) na adoção de uma criança, seja pelo rito processual determinado em lei ou através do registro voluntário de criança que não é sua (adoção à brasileira). Em ambos os casos, o pai não estreita os laços de convivência com o filho, cumprindo os deveres de cuidado mínimos impostos por lei (primeira dimensão do princípio da afetividade); b.1.2) na hipótese em que o pai registra a criança por acreditar ser seu filho biológico, cumprindo apenas com os deveres de cuidado mínimos determinados em lei, mas posteriormente, descobre e confirma por exame de DNA a incompatibilidade genética com o suposto filho. Neste caso, o vínculo parental deixa de existir e, como nunca existe vínculo familiar concomitante (ausência de ações representativas de cuidado, carinho, atenção que excedem o mínimo determinado por lei, ou seja, o papel de pai não foi exercido em sua plenitude) a paternidade poderá ser desconstituída.

Por fim, e a que mais interessa ao objetivo deste artigo, está a paternidade não biológica com vínculo familiar, comumente associada, a “paternidade socioafetiva” (b.2), que poderá ser visualizada em duas situações: b.2.1) figura conhecida como “filho de criação”, em que, apesar do pai não compartilhar o mesmo DNA com o filho e nem tê-lo registrado, exercem, cada qual, as respectivas funções de “pai” e de “filho” na entidade familiar, construída através do cuidado e solidariedade na convivência de longos anos. Aqui é verificada a posse de estado de filho, que a partir do princípio da afetividade (em sua segunda dimensão) torna possível o reconhecimento judicial da paternidade pela existência de vínculo familiar, garantindo todos os efeitos jurídicos decorrentes do vínculo parental; b.2.2) o pai registra a criança por acreditar ser seu filho biológico, mas após longos anos de convivência contínua, cuidado e participação intensa na vida

do filho (festas de aniversário, reuniões da escola, etc.), descobre e confirma por exame de DNA a incompatibilidade genética entre eles, interpondo na justiça ação negatória de paternidade. Neste caso especial, que não se confunde com a hipótese b.1.2 analisada anteriormente, trata-se de uma tentativa de desconstituir a paternidade fincada em inegável vínculo familiar que já não pode ser destruído, restando ao judiciário decidir no caso concreto o que deverá prevalecer, a filiação socioafetiva em consonância com o superior interesse do menor, ou a verdade biológica.

### 3. DESCONSTITUIÇÃO DA PATERNIDADE

A paternidade socioafetiva é resultado do reconhecimento do afeto e da igualdade entre os filhos determinada constitucionalmente. Nessa esteira, a presunção de paternidade caiu por terra e a existência de vínculo biológico deixou de ter relevância quando verificado vínculo afetivo preexistente.

Doutrina e jurisprudência, aqui representadas, respectivamente, por Paulo Netto Lôbo e Supremo Tribunal Federal (em decisão com repercussão geral reconhecida), defendem a prevalência da filiação socioafetiva sobre a biológica,

No que respeita à filiação, o direito brasileiro contempla três modalidades para além da origem biológica: a adoção a posse de estado de filho e a concepção mediante inseminação artificial heteróloga. Nestas hipóteses, o estado de filiação é inviolável, e não pode ser desfeito por decisão judicial, salvo na situação comum de perda do poder familiar (art.1.638 do Código Civil). A responsabilidade parental é idêntica à resultante da filiação biológica. Pai, com todas as dimensões sociais, afetivas e jurídicas que o envolvem, não se confunde com genitor biológico; é mais que este (2010, p. 23).

Manifestação de existência de repercussão geral. Plenário virtual. Recurso extraordinário com agravo. Civil. Ação de anulação de assento de nascimento. Investigação de paternidade. Imprescritibilidade. Retificação de registro. Paternidade biológica. Paternidade socioafetiva. Prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica. Art.226, caput, da Constituição Federal.

1. A prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica é relevante sob os pontos de vista econômico, jurídico e social, configurando, destarte, a existência do requisito da repercussão geral (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo de Instrumento em Recurso Extraordinário nº 692.186, RG/PB, Plenário, Relator Ministro Luiz Fux, j. 20.11.2012).

Contudo, apesar da existência de consenso no sentido de conferir efeitos jurídicos à afetividade para reconhecer a existência de uma entidade familiar, o mesmo entendimento não prevaleceu no que concerne à sua capacidade de restringir a desconstituição destes vínculos em sede judicial, existindo forte controvérsia na doutrina e jurisprudência, consoante se verifica, respectivamente:

A partir do momento em que o pai registral busca desconstituir judicialmente a paternidade então estabelecida, tais laços afetivos já estão comprometidos. Desse modo, a paternidade sócio-afetiva, na verdade, não tem como ser considerada nesses casos, pois os vínculos se romperam no momento em que se questionou a paternidade e, muitas vezes, a manutenção de tal paternidade, de modo impositivo, pode causar até uma animosidade prejudicial ao próprio desenvolvimento do filho (SILVA, 2009, p. 92).

Recurso Especial. Ação negatória de paternidade.1. Prefacial. Princípios da concentração da defesa na contestação e da adstrição. Violação. Não ocorrência. Emenda da inicial, aquiescida pela parte requerida, com reiteração das matérias de defesas desenvolvidas no curso do processo. 2. Mérito. Declarante, sob presunção *pater is est*, induzido a erro. Verificação. Relação de afeto estabelecida entre pai e filho registrais calcada no vício de consentimento originário. Rompimento definitivo. Filiação socioafetiva. Não configuração. 3. Recurso Especial provido. (...) 2.4. Sem proceder a qualquer consideração de ordem moral, não se pode obrigar o pai registral, induzido a erro substancial, a manter uma relação de afeto, igualmente calcada no vício de consentimento originário, impondo-lhe os deveres daí advindos, sem que, voluntária e conscientemente, o queira. Como assinalado, a filiação socioafetiva pressupõe a vontade e a voluntariedade do apontado pai de ser assim reconhecido juridicamente, circunstância, inequivocamente, ausente na hipótese dos autos. Registre-se, porque relevante: Encontrar-se-ia, inegavelmente, consolidada a filiação socioafetiva, se

o demandante, mesmo após ter obtido ciência da verdade dos fatos, ou seja, de que não é pai biológico do requerido, mantivesse com este, voluntariamente, o vínculo de afetividade, sem o vício que o inquinava (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1.330.404/ RS, 3ª Turma, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, j.05.02.2015) (grifo nosso).

A partir de uma breve leitura dos posicionamentos reproduzidos acima, é fácil constatar que ainda existe certa confusão quanto ao conteúdo normativo do princípio da afetividade, que, como visto, pode ser verificado e presumido até mesmo nas relações em que o afeto (sentimento subjetivo) não existe mais. Partindo da mesma análise objetiva, Dimas Messias de Carvalho e o próprio STJ (em decisão anterior à já citada), entendem que,

Evidentemente que ninguém é obrigado a afeiçoar, a ter amor por outra pessoa, tratando-se de questão inapreensível pelo direito, por sua subjetividade, e liberdade individual, consistindo em elemento psíquico, em fator metajurídico. Entretanto, afeiçoando e fazendo surgir uma relação afetiva, externada por elementos objetivos apreensíveis pelo direito, por comportamento que envolvem relações familiares comprovadas pela convivência e formando um núcleo familiar, a afetividade assume valor jurídico regulado pelo Direito. A espontaneidade, apresentada voluntariamente, ao evoluir em uma relação entre as pessoas, assume caráter de responsabilidade, surgindo o vínculo socioafetivo, obrigando e vinculando (2015, p.558).

Direito civil. Recurso especial. Família. Ação negatória de paternidade c/c anulatória de registro de nascimento. Ausência de vício de consentimento. Relação socioafetiva. Improcedência do pedido: artigos analisados: arts. 1.604 e 1.609 do Código Civil.1. Ação negatória de paternidade, ajuizada em fevereiro de 2006. Recurso especial concluso ao Gabinete em 26.11.2012. 2. Discussão relativa à nulidade do registro de nascimento em razão de vício de consentimento, diante da demonstração da ausência de vínculo genético entre as partes. 3. A regra inserta no caput do art. 1.609 do CC-02 tem por escopo a proteção da criança registrada, evitando que seu estado de filiação fique à mercê da volatilidade dos relacionamentos amorosos. Por tal razão, o art. 1.604 do mesmo diploma legal permite a alteração do assento de nascimento excepcionalmente nos

casos de comprovado erro ou falsidade do registro. 4. Para que fique caracterizado o erro, é necessária a prova do engano não intencional na manifestação da vontade de registrar. 5. Inexiste meio de desfazer um ato levado a efeito com perfeita demonstração da vontade daquele que, um dia declarou perante a sociedade, em ato solene e de reconhecimento público, ser pai da criança, valendo-se, para tanto, da verdade socialmente construída com base no afeto, demonstrando, dessa forma, a efetiva existência de vínculo familiar. 6. Permitir a desconstituição de reconhecimento de paternidade amparado em relação de afeto teria o condão de extirpar da criança preponderante fator de construção de sua identidade e de definição de sua personalidade. E a identidade dessa pessoa, resgatada pelo afeto, não pode ficar à deriva em face das incertezas, instabilidades ou até mesmo interesses meramente patrimoniais de terceiros submersos em conflitos familiares. 7. Recurso especial desprovido (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1.383.408 / RS, 3ª Turma, Relator Ministra Nancy Andrighi, j.15.05.2014).

A discussão sobre a possibilidade ou não de “obrigar” o pai a manter o vínculo socioafetivo com a criança, mesmo quando já demonstrou não mais existir afeto pela interposição da ação negatória de paternidade, é irrelevante quando constatada a existência de vínculo familiar sólido construído através de fortes laços de afetividade e solidariedade que perduraram por anos. A questão a ser analisada e único percalço remanescente na concessão de plenos efeitos jurídicos ao princípio da afetividade repousa no suposto vício de consentimento na manifestação de vontade do pai que registra filho alheio por acreditar ser seu. A alegação de vício de consentimento por erro é realmente suficiente para desconstituir a paternidade socioafetiva ou o superior interesse da criança deve prevalecer?

### **3.1. Da propositura de ação negatória de paternidade sob a alegação de erro ou falsidade**

Já não existem dúvidas sobre o prestígio alcançado pela paternidade socioafetiva, prevalecendo, inclusive, sobre a biológica e registral. Porém, esse não tem sido o posicionamento da justiça nas ações anulatórias de paternidade propostas por aqueles que registraram filho de

outro, acreditando se tratar de seu filho biológico.

Na contramão do reconhecimento da afetividade conquistada a duras penas, os Tribunais têm entendido se tratar de registro eivado por vício de consentimento, chegando, em alguns casos, a obrigar a mãe a pagar indenização por danos morais ao pai “enganado”.

EMENTA: Indenização – Assunção de paternidade pelo autor que posteriormente descobriu que o menor não era seu filho – Existência da dúvida a respeito da paternidade não noticiada pela genitora – Dever da ré de informar o suposto genitor – Boa-fé – Princípio geral do direito – Condenação ao pagamento de indenização por danos morais – Adequação – Indenização por danos materiais que não é devida. Irrepetibilidade dos alimentos. Recurso provido em parte (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Apelação nº 0057625-38.2012.8.26.0562, 12ª Vara Cível, Relator Luís Mário Galbetti, j.18.02.2016).

O art. 1.604 do Código Civil dispõe que “ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro” (grifo nosso). Partindo da redação da norma e do valor absoluto conferido ao registro, atualmente não merece prosperar alegação de erro quando existente meio de prova amplamente difundido e com pequena margem de falha, capaz de formar manifestação de vontade altamente esclarecida. Isso porque, as dificuldades outrora existentes na realização de exame de DNA se dissiparam com a evolução e domínio da técnica, barateando e agilizando resultados para aqueles que necessitam da confirmação de um vínculo genético para exercer a paternidade.

Propugnar por erro substancial decorrente da presunção legal de paternidade que não foi negada pela genitora também não faz sentido quando se observa que o art. 1.597 do Código Civil de 2002 apenas reproduziu regra retrógrada prevista pelo art. 338 de seu predecessor datado de 1916 (“Presumem-se concebidos na constância do casamento”). Como bem coloca Maria Berenice Dias, a presunção “pater is est” (o pai é sempre certo) é tão antiga, que sua própria expressão foi cunhada em latim (DIAS, 2017, p. 42).

A inexistência atual de real presunção e a possibilidade de realização de um exame de DNA em momento anterior ao registro já seriam bastantes para transformar qualquer alegação de erro em mera negligência. Caso, ainda se verifique a existência de vínculo familiar resultante de relacionamento afetivo desenvolvido entre pai e filho por anos, certamente a desconstituição não poderá prosperar.

O vínculo familiar não é verificado quando há mero cumprimento de deveres parentais mínimos impostos por lei, mas sim, quando há o reconhecimento da paternidade socioafetiva através da aplicação do princípio da afetividade às relações de fato vivenciadas por pai e filho, pautadas em convivência equilibrada, cuidado ostensivo e solidariedade, objetivamente aferidos no caso concreto.

Apesar de serem a exceção, recentemente têm sido proferidas decisões em maior consonância com a afetividade que deve permear a relações de família,

EMENTA: Apelação cível–Negatória de paternidade–Exame de DNA–exclusão da paternidade biológica–Ausente vínculo de afetividade. 1. O valor absoluto atribuído ao registro pode ser elidido quando houver prova de erro ou falsidade, não se admitindo a existência de vício de consentimento decorrente de mera negligência do registrante. 2. Excluída a paternidade biológica pelo exame de DNA e não existindo vínculo socioafetivo entre as partes, deve ser autorizada a retirada do nome do requerente do registro de nascimento do menor. V.v. Em virtude da presunção absoluta de veracidade e autenticidade do registro de nascimento, deve o erro hábil a caracterizar o vício do consentimento e ensejar a declaração de nulidade do registro ser escusável, não se admitindo para esse fim que o erro decorra de simples negligência de quem registrou. A anulação do registro civil exige a demonstração inequívoca do vício do consentimento e da inexistência do liame socioafetivo. Ausente prova insofismável do vício de consentimento e presentes elementos indicativos da existência de vínculo socioafetivo entre o “pai registral” e o filho, a improcedência do pedido é medida que se impõe (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Apelação Cível nº 1.0079.12.069884-4/001, Relator Desembargador Rogério Coutinho, j.21.05.2015).

A ementa da decisão estipula dois requisitos necessários e concomitantes para que a anulação do registro civil e, conseqüente desconstituição da paternidade fosse possível: 1) demonstração inequívoca do vício de consentimento (o que exclui a mera negligência); 2) existência do liame socioafetivo. Como já mencionado em oportunidade anterior, a alegação do pai de que foi induzido a erro para a realização do registro da criança em um momento que o exame de DNA já se tornou coisa banal, não configura vício de vontade, mas simples negligência daquele que decidiu por registrar sem investigar a existência real do vínculo biológico. Sendo assim, no caso concreto em análise, a decisão foi pela improcedência do pedido e a decretação da impossibilidade de desconstituição da paternidade socioafetiva.

Por fim, é importante destacar que em uma sociedade cada vez mais inconstante e fragmentada, cabe ao intérprete buscar respostas nos próprios fatos sociais, além dos princípios e valores constitucionais, doutrina e jurisprudência, a fim de garantir um sistema aberto, pautado em um verdadeiro diálogo das fontes e, capaz de proteger todas as famílias e seus integrantes. Nesse sentido, a análise dos efeitos jurídicos da afetividade deverá se pautar pelo caso concreto, pois não cabe a um Direito de Família em constante transformação ditar soluções herméticas com a pretensão de serem definitivas.

#### 4. CONCLUSÃO

É imperioso que o Direito evolua para atender às necessidades reais de famílias em constante transformação e que não se limitam a moldes estanques. Não existem critérios *a priori* ou imutáveis que possibilitem a identificação de vínculos familiares. A única nota distintiva, ou vetor capaz de fundamentar a construção destes laços é o afeto. A afetividade que deve ser verificada quando da análise judicial de relacionamentos que pretendem ser reconhecidos como família, não é o afeto subjetivo, romântico ou mero liame psicológico. Mas sim, dever jurídico de cuidado, e todas as obrigações dele decorrentes.

O princípio da afetividade jurídica incide diretamente sobre os fatos sociais relacionais que se desenvolvem no mundo concreto, quando só então é possível ao intérprete verificar objetivamente a construção de vínculos familiares ou a mera correlação parental.

Nas hipóteses em que o pai registra filho de outro por “acreditar” ser seu filho biológico, se verificada pelo douto magistrado a existência de vínculo familiar, ou seja, constatação de que, para além dos deveres de cuidado mínimos determinados por lei, o pai participou ativamente da vida do infante, auxiliando em tarefas e ostentando socialmente a função paterna, não caberá desconstituição da paternidade, pois estaríamos criando patente insegurança mediante a instalação de verdadeiras “paternidades temporárias”. O reconhecimento da paternidade socioafetiva não deveria ficar à mercê da conveniência daqueles que simplesmente decidem não mais assumir o ônus da paternidade, prejudicando materialmente e psicologicamente o menor.

## REFERÊNCIAS

- ALBERNAZ JÚNIOR, Victor Hugo; FERREIRA, Paulo Roberto Vaz. *Convenção sobre os direitos da criança*. Disponível em: < <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/direitos/tratado11.htm>>. Acesso em: 17 out. 2016.
- ALBUQUERQUE JUNIOR, Roberto Paulino de. *A filiação socioafetiva no direito brasileiro e a impossibilidade de sua desconstituição posterior*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10456/a-filiacao-socioafetiva-no-direito-brasileiro-e-aimpossibilidade-de-sua-desconstituicao-posterior>>. Acesso em: 13 jan. 2017.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROS, Guilherme Freire de Melo. *Estatuto da criança e do adolescente*. 8. ed. rev. ampl. atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2014.
- BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2004.
- BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 2003. p.30-35.
- CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Princípio da afetividade no direito de família*. Disponível

em: <[http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/principio\\_da\\_afetividade\\_no\\_direito\\_de\\_familia.pdf](http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/principio_da_afetividade_no_direito_de_familia.pdf)>. Acesso em: 03 jun. 2017.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2009.

CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito das famílias*. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

DIAS, Maria Berenice. *Alimentos aos bocados*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DIAS, Maria Berenice. *Filhos do afeto*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Priscila Aparecida Lamana. Responsabilidade civil por dano extrapatrimonial decorrente de abandono afetivo nas relações paterno-filiais: apontamentos sobre os limites e possibilidades à luz do ordenamento jurídico-brasileiro. In: CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane Araújo (Coord.). *Temas Contemporâneos de Direito das Famílias*. São Paulo: Editora Pillares, 2013. p.139-170.

DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito privado e constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1996.

FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida*. Porto Alegre: Editora Sergio Antônio Fabris, 1992.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *A aplicação do abuso do direito nas relações de família: o venire contra factum proprium e a supressio/surrectio*. Disponível em: <<http://www.linselins.com.br/wp-content/uploads/2015/11/artvenireBAIANA.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: Famílias*. 4. ed. rev. ampl. atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2012.

FERRAZ, Carolina Ananias Junqueira. O princípio jurídico da afetividade. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquado de Oliveira (Coord.). *Direito Civil: Atualidades III – princípios jurídicos no direito privado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 159-175.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005.

JAFET, Danilo Haddad. *Hipóteses de aplicação da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito de família*. Disponível em: <[http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2016/1/2016\\_01\\_0019\\_0054.pdf](http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2016/1/2016_01_0019_0054.pdf)>. Acesso em: 03 abr. 2017.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma

- distinção necessária. *Revista CEJ*. Brasília, n.27, p.47-56, 2004.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Famílias Contemporâneas e as Dimensões da Responsabilidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e responsabilidade: teoria e prática do direito de família*. 1. ed. Porto Alegre: Magister; IBDFAM, 2010. p. 11-27.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Socioafetividade: o estado da arte no direito de família brasileiro. *Revista Jurídica Luso-brasileira*. n.1, ano 1, p.1743-1759, 2015.
- LORENZETTI, Ricardo Luís. *Teoria da decisão judicial*. Trad. Bruno Miragem. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1994.
- MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 5. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- MARTINS, Fernando Rodrigues (Org.). *Direito em diálogo de fontes*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2014.
- MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Aspectos Jurídicos da Homoparentalidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e responsabilidade: teoria e prática do direito de família*. 1. ed. Porto Alegre: Magister; IBDFAM, 2010. p. 39-48.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Estatuto da criança e do adolescente comentado: em busca da Constituição Federal das crianças e dos adolescentes*. 3. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. União estável. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). *Tratado de direito das famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- PULIDO, Carlos Bernal. *O direito dos direitos: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais*. Trad. Thomas da Rosa de Bustamante. São Paulo: Editora Macial Pons, 2013.
- ROSA, Luiz Carlos Goiabeira; ROSA, Fernanda da Silva Vieira. Considerações jurídico-psicológicas sobre a relatividades dos modelos de guarda. In: CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane Araújo (Coord.). *Temas Contemporâneos de Direito das Famílias*. São Paulo: Editora Pillares, 2013. p.203-231.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- SAVELLE, Max. *As primeiras culturas humanas: história da civilização mundial*. Editora Villa Rica, 1990. p.43-47.
- SILVA, Sandra Maria da. Direito fundamental à filiação e a negatória de paternidade. *Revista Jurídica UNIJUS*. Uberaba, v. 12, n. 16, p.87-96, 2009.
- STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?. *Revista Eletrônica NEJ*. v.15, n.1, p.158-173, 2010. Disponível em: <[siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/2308/1623](http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/2308/1623)>. Acesso em: 01 jul. 2017.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 6. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina Civil-Constitucional das relações de família. In: BARRETO, Vicente (Org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 47-71.

TEPEDINO, Gustavo. *Dilemas do afeto*. Acessível em: <<https://jota.info/especiais/dilemas-do-afeto-31122015>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. Separata da *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, ano XXVII, nº 21, maio 1979. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1156/1089>>. Acesso em: 01 maio 2018.

WELTER, Belmiro Pedro Marx. Teoria tridimensional do direito de família. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, n. 71, p.127-147, 2012. Disponível em: <[http://www.amprs.org.br/arquivos/revista\\_artigo/arquivo\\_1342124687.pdf](http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1342124687.pdf)>. Acesso em: 04 abr. 2017.



# A APLICAÇÃO E O RECONHECIMENTO DO INSTITUTO DA MULTIPARENTALIDADE COMO UMA FORMA DE RESPEITO A DIVERSOS MODOS DE VIDA: UMA ANÁLISE SÓCIO-JURÍDICA À LUZ DE MICHEL FOUCAULT

Thiago Augusto Galeão de Azevedo<sup>1</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objeto de análise o instituto jurídico da Multiparentalidade. Trata-se de um estudo sócio-jurídico sobre a temática, buscando-se responder em que medida o reconhecimento e a aplicação do instituto da multiparentalidade representa uma forma de respeito à diversas formas de vida. Para tanto, utilizar-se-á como aporte teórico de análise a teoria do filósofo Michel Foucault.

Em um primeiro momento, realizar-se-á um estudo dos fundamentos jurídicos do instituto da Multiparentalidade, perpassando por temáticas como a Constitucionalização do Direito Civil, Princípio da Afetividade e da Pluralidade das Entidades Familiares, chegando-se à análise da Multiparentalidade e seus efeitos em relação aos laços biológicos e sócio-afetivos.

Seguidamente, realizar-se-á um estudo sobre as formas de poder na teoria de Michel Foucault, retratando-se o *Poder Soberano*, *Poder disciplinar*, *Biopolítica das Populações* e *Biopoder*. Posteriormente, relacionar-se-á estas formas de poder com o Direito, analisando o Direito como um possível vetor de poder, ao mesmo tempo em que

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito pela Universidade de Brasília. Professor Universitário no Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA).

é atravessado por este, também, à luz dos ensinamentos do filósofo brasileiro Márcio Alves da Fonseca.

Finalmente, realizar-se-á a análise sobre o reconhecimento e a aplicação do instituto da multiparentalidade, estudando-se a sua relação com a lógica de poder sustentada por Foucault. Procurar-se-á realizar uma análise jurídica e teórica sobre o instituto, analisando-o como um possível instrumento de subversão e de reconhecimento de modos de vida que não são enquadrados na lógica do padrão, da normalidade.

## **2. A MULTIPARENTALIDADE E SEUS FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

Na presente seção, apresentar-se-á uma breve análise conceitual sobre o instituto da Multiparentalidade, analisando-se os seus fundamentos jurídicos, à luz do fenômeno da Constitucionalização do Direito Civil. Tem-se como objetivo realizar uma análise introdutória para se criar as bases intelectuais para a compreensão da problemática proposta no presente artigo.

### **2.1. O fenômeno da constitucionalização do direito civil e a valorização do afeto: uma análise principiológica**

Compatível com o objetivo proposto para a presente seção, entende-se fundamental, inicialmente, analisar o fenômeno da *Constitucionalização do Direito Civil*, isto porque o Direito de Família, ramo do Direito Civil no qual o caso está majoritariamente situado, não está mais ligado à sua concepção tradicional.

Concepção tradicional esta nitidamente influenciada pelo Código de Napoleão, séc. XIX, que era pensado a partir da concepção de autonomia do Direito Civil, das relações privadas, que estariam isoladas da intervenção do Estado, do Poder Público. Sobre o Direito Civil Tradicional, destaca-se o sustentado por Cardoso (2016, p.3):

A formação do Direito Civil tradicional brasileiro foi influenciada pelo paradigma moderno e sua busca incessante por determinação.

Escondido atrás do método das ciências duras e com foco na segurança, fez da clareza, coerência e completude seu mapa de aplicação. Logo, ignorou uma série de questões referentes aos seres humanos envolvidos, em cumprimento das normas preestabelecidas e às vezes, pela opção ideológica que escolhia o discurso que entenderia qual norma seria considerada preestabelecida. De fato, a realidade social codificadora em 1916 esteve completamente afastada da concretude e fática que a suportaria.

Um Direito Civil autônomo que pode ser vislumbrado, claramente, no Código Civil de 1916, documento este essencialmente patriarcal, liberal e patrimonialista. Marcado pela absoluta autonomia da vontade dos indivíduos. Os institutos fundamentais do Direito Civil, como contrato, propriedade e família, estavam tutelados tão somente no referido código, que se dizia o responsável exclusivamente por sua tutela, devido à citada autonomia do Direito Civil, a sua autossuficiência (VENOSA, 2015).

Todavia, o Direito de Família não deve mais ser analisado à luz de tal concepção tradicional, uma vez que com a vigência da Constituição de 1988, muito bem definida pelo termo “Constituição Cidadã”, e do Código Civil de 2002, inúmeros princípios e normas marcadas por valores solidários passaram a permear o Direito Civil.

Trata-se de uma transição paradigmática valorativa, visto que no panorama do Direito Civil Tradicional se dava prevalência ao *ter*, por isso à propriedade e ao que estava consubstanciado em contrato; com a incidência dos citados princípios e normas, o *ser* passou a assumir um papel de protagonista, prevalecendo valores como dignidade da pessoa humana e solidariedade.

No que concerne ao princípio da dignidade da pessoa humana, pode-se relacioná-lo à proteção constitucional dada à família não constituída através do casamento (art. 226, §3 CF), assim como à família monoparental (artigo 226, §4º CF), à liberdade de escolha quanto a estrutura familiar, desde que à luz do princípio da paternidade responsável e à luz da proteção contra a violência doméstica no âmbito familiar, protegendo os seus integrantes (artigo 226, § 8º CF). Assim,

a dignidade da pessoa humana influencia em várias esferas da proteção do direitos próprios ao instituto da família (GONÇALVES, 2011).

A Constituição Federal de 1988, nitidamente, representa um marco para o Direito Civil, uma vez que aquela assume institutos que se diziam exclusivos das relações privadas, do Direito Civil, como propriedade, família e contratos. Assim, o Direito Civil passa a ser permeado por normas e princípios constitucionais. O texto constitucional passou a demarcar os limites da autonomia privada, da propriedade, do controle de bens, da proteção do núcleo familiar.

Há, portanto, a *constitucionalização do Direito Civil*, um Direito Civil Constitucional. A propriedade, até então elemento que tinha um papel fundamental no Código Civil de 1916, assume um papel secundário, cedendo espaço para a dignidade da pessoa humana (VENOSA, 2015).

Neste novo panorama, destacam-se dois princípios de suma importância na CF/88, trata-se do princípio da igualdade, este entendido em sua concepção substancial (art.5º CF) e o princípio da solidariedade social (previsto no art. 3º, I, da CF). Dois dos principais princípios que irradiam as relações privadas, inclusive, as relações familiares.

No âmbito do Direito de Família, a citada transição paradigmática se faz evidente quando analisado o art. 226 da CF/88, onde fica consubstanciado, principalmente, um valor: a inclusão. Família não é mais aquela advinda, exclusivamente, do casamento. Incluem-se neste conceito outras formações, como as formadas através do afeto. Neste sentido, destaca-se o que preleciona Cristiano Farias e Nelson Rosenvald (2016, p. 73, grifo do autor):

Em última análise, é possível afirmar: *todo e qualquer núcleo familiar merece especial proteção do Estado, a partir da cláusula geral de inclusão constitucional*. Equivale a dizer: todas as entidades formadas por pessoas humanas que estão vinculadas pelo laço afetivo, tendendo à permanência, estão tuteladas juridicamente pelo Direito das Famílias, independentemente de celebração de casamento. É o que vem

se denominando *família eudemonista*, isto é, tendente à felicidade individual de seus membros, a partir da convivência, permitindo que cada pessoa se realize, pessoal e profissionalmente, convertendo-se em seres socialmente úteis, não mais se confinando ao estreito espaço da sua própria família.

A partir do citado excerto, pode-se destacar que a valorização do afeto nas relações familiares está nitidamente relacionada ao fenômeno da *Constitucionalização do Direito Civil*. Ao ponto em que se deva promover a inclusão no âmbito familiar, reconhecendo-se formas de vida, laços de afeto, mesmo que estes não se encaixem no padrão do casamento.

O *princípio da afetividade*, este como um produto do fenômeno de constitucionalização aqui analisado, apesar de não possuir previsão expressa na Constituição Federal, possui fundamento constitucional, com base nas noções de dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/1988), de solidariedade social (art. 3º, I, CF/1988) e de igualdade entre os filhos (art. 5º, *caput*, e 227, §6º, da CF/1988), todos princípios constitucionais (TARTUCE, 2017).

Diante do contexto alcançado, permeado por noções como solidariedade, dignidade e igualdade, tornou-se insuficiente ignorar a qualidade das relações familiares em prol de um simples laço genético. Explica-se. Com a valorização da dignidade da pessoa humana, torna-se inadequado considerar as relações familiares apenas em seu caráter objetivo, biológico. As relações entre indivíduos em uma determinada sociedade, claramente, é mais complexa de que um simples resultado de exame de DNA, que atesta a paternidade, por exemplo.

Assim, passou-se a considerar a qualidade das relações sociais, entre elas as familiares, para fins de efeitos jurídicos, uma vez que é na qualidade da relação contraída entre sujeitos que valores como dignidade e solidariedade podem ser auferidos, como respeitados ou não.

A consideração do afeto nas relações familiares exerceu um grande impacto na formação familiar, uma vez que o conceito de família passou por substanciais transformações, influenciando

diretamente na criação de um segundo princípio, *o princípio da pluralidade das entidades familiares*.

Trata-se de uma transição paradigmática ocorrida no seio do Direito de Família, que estava assentado no matrimônio, ao ponto em que a família advinha do casamento, exclusivamente. Com o advento da CF/1988, expandiu-se o conceito de família para relações que não estivessem pautadas no matrimônio, à luz do art. 226 da CF/1988, passando a ter proteção não mais tão somente a família advinda do casamento, mas qualquer outro tipo de expressão afetiva, como a união estável e a família monoparental. (FARIAS, ROSENVALD, 2016).

A família é objeto de uma nítida transição, deixa de ser compreendida tão somente como um núcleo econômico e reprodutivo, e passa a ser encarada como uma manifestação de afeto e apoio mútuo. Surgem, de forma consequencial, novos arranjos familiares, à luz da sobreposição da dignidade da pessoa humana sobre o patrimônio, do afeto sobre o casamento.

Sobre a temática, vale analisar o que Lôbo (2010, p.64) preleciona:

A família recuperou a função que, por certo, esteve nas suas origens mais remotas: a de grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida. O princípio jurídico da afetividade faz despontar a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais, além do forte sentimento de solidariedade recíproca, que não pode ser perturbada pelo prevaecimento de interesses patrimoniais. É o salto, à frente, da pessoa humana nas relações familiares.

O autor destaca a relevância do princípio jurídico da afetividade, este como potencial garantidor dos direitos fundamentais dos indivíduos, através da eliminação de desigualdades pautadas em critérios ilegítimos, fulcrados em interesses patrimoniais. Seria através do princípio em análise, que o instituto da família consegue, finalmente, recuperar as suas origens, que estão baseadas na união por sentimentos, afetividade e não apenas por laços consanguíneos.

Ademais, é cediço que o princípio da afetividade é reconhecido também pela jurisprudência pátria como elemento legitimador de efeitos jurídicos às famílias estruturadas no afeto, sublimando conceitos conservadores sobre o instituto da família, como o de que esta é fundada no casamento com fins de procriação.

É neste novo panorama valorativo que ganha destaque e reconhecimento a *paternidade socioafetiva*, em outros termos, o vínculo de paternidade criado a partir do afeto, descartando-se a ideia de que este vínculo só poderia advir de laços consanguíneos.

Reconhecimento este consubstanciado em vários enunciados das Jornadas de Direito Civil, destacando-se o teor dos dois principais. Trata-se, inicialmente, do *enunciado nº 103 da I Jornada de Direito Civil*, que ressalta a figura do parentesco advindo da paternidade socioafetiva, fulcrada na posse do estado de filho, que possui três critérios para a sua configuração: tratamento (relacionamento entre pai e filho, por exemplo), fama (a relação entre os indivíduos possui um caráter público, externo) e nome (uso do sobrenome), o último com uma configuração mais complicada, tendo a necessidade de sua configuração relativizada por certos doutrinadores, como Nelson Ronsevald.

103 – Art. 1.593: o Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade sócio-afetiva, fundada na posse do estado de filho. (CJF, 2002).

Ademais, destaca-se um segundo enunciado, o de nº 519, da *V Jornada de Direito Civil*, que ressalta que o reconhecimento judicial do parentesco em decorrência da socioafetividade necessita ocorrer a partir do reconhecimento da posse do estado de filho, gerando efeitos pessoais e patrimoniais.

519–Art. 1.593: O reconhecimento judicial do vínculo de parentesco em virtude de socioafetividade deve ocorrer a partir da relação entre pai(s) e filho(s), com base na posse do estado de filho, para que

produza efeitos pessoais e patrimoniais. (CJF, 2012).

Neste sentido, é importante frisar que o citado enunciado atesta que há a produção de efeitos pessoais e patrimoniais decorrentes de uma paternidade sócio-afetiva, o que possui uma nítida relação com a problemática apresentada, uma vez que há uma série de institutos do Direito de Família a serem pensados a partir da relação entre a criança e cônjuge divorciado, como direito de visitas, pensão alimentícia, guarda, entre outros, que serão analisados e discutidos posteriormente, em momento oportuno.

A partir do discutido na presente seção, pode-se sustentar uma nítida relação do fenômeno da *Constitucionalização do Direito Civil* com a consideração e valorização da afetividade nas relações familiares, por meio do princípio da afetividade. Ademais, ainda como um produto do citado fenômeno, pôde-se ressaltar também o parentesco advindo do afeto, o seu reconhecimento no novo panorama do Direito Civil, a paternidade sócio-afetiva.

## **2.2. O instituto jurídico da multiparentalidade: uma análise sobre a sua relação com a igualdade entre os vínculos biológicos e sócio-afetivos**

O instituto da *multiparentalidade* ou *pluriparentalidade* consiste na possibilidade de um indivíduo possuir mais de um pai e/ou mais de uma mãe, de forma simultânea. Está pautada na ideia de que a filiação sócio-afetiva não pode eliminar a biológica, tendo em vista que possuem critérios diferentes para a sua configuração (ROSENVALD; FARIAS, 2016).

O presente instituto possui sua existência defendida por Belmiro Pedro Welter, criador da *Teoria Tridimensional do Direito de Família*, que sustenta a existência humana fulcrada em três mundos, o mundo genético, afetivo e ontológico. Os dois primeiros autoexplicativos, diante do que já foi analisado anteriormente. O mundo ontológico, por sua vez, consiste no modo que indivíduo se relaciona consigo mesmo.

Com base nos citados três mundos, o autor defende que o ser humano é biológico, afetivo e ontológico, simultaneamente, o que desencadearia a possibilidade de três vínculos paternos e/ou maternos. Defendendo-se, ainda, a igualdade entre as paternidades, não havendo a sobreposição de uma sobre a outra. (ROSENVALD; FARIAS, 2016). Teoria a qual esta pesquisa se filia.

Ana Carolina Harmatiuk Matos e Paula Aranha Hapner, ambas pesquisadoras da Universidade Federal do Paraná, em seu artigo intitulado *Multiparentalidade: uma abordagem a partir das decisões nacionais*, publicado no periódico *Civilística* (2016), destacam que o instituto da multiparentalidade atesta uma transição de perspectiva a favor do reconhecimento da possibilidade de filiações plurais.

Destacando essa transição, as autoras sustentam a existência de três momentos. O primeiro seria decisões judiciais que consideravam impossível juridicamente o pedido, quando se buscava o reconhecimento judicial da multiparentalidade. O segundo momento seria o de defender a sobreposição da filiação biológica em face da sócio-afetiva. E por fim, o terceiro momento seria o reconhecimento da igualdade de ambas as filiações, o que possui base constitucional diante do princípio da igualdade entre os filhos, exposto no art. 227, §6º da CF/1988.

Nelson Rosenvald e Cristiano Farias defendem a admissão do presente instituto no Direito de Família, mesmo que esta admissão represente um entendimento contra majoritário em relação ao entendimento jurisprudencial contemporâneo.

A posição majoritária em nossa jurisprudência é no sentido de negar cabimento à multiparentalidade como um direito indiscriminado, esclarecendo que a filiação será determinada através de um, ou de outro, critério, a depender do caso concreto. [...]

Contudo, em nossa visão, a pluriparentalidade pode ser admitida em casos nos quais se demonstre a convivência simultânea, ou sucessiva de alguém com duas outras pessoas que se apresentem, efetivamente, como pais ou mães. Seriam casos nos quais alguém

possui, efetivamente, sob o prisma da construção parental, dois pais e/ou duas mães.

Imagina-se a pessoa que convive com o pai biológico, de quem a mãe já se separou, mas que mantém convivência simultânea, ou sucessiva, com outro homem, que, igualmente, exerce o papel de pai, em concomitância. (Rosenvald; Farias, 2016, p. 619).

Destaca-se, nitidamente, que é possível se defender o reconhecimento e a aplicação da *multiparentalidade*, ressaltando-se a configuração deste instituto como um produto da *Constitucionalização do Direito Civil*, no sentido de que ele assume o papel de uma consubstanciação da valorização do afeto, da aceitação de múltiplas formas de vida, da prevalência da solidariedade, igualdade e dignidade da pessoa humana.

Apresentados os fundamentos jurídicos aptos a fundamentar a análise proposta pelo presente artigo, passar-se-á a realizar o estudo do problemática à luz dos institutos e fenômenos indicados e estudados ao longo do presente artigo, a fim de se buscar a análise mais adequada para a questão destacada.

### **3. AS RELAÇÕES DE PODER E O DIREITO: UMA ANÁLISE SOBRE PODER, EM MICHEL FOUCAULT**

Realizada a análise civilista sobre o instituto jurídico que é objeto de análise do presente artigo, com fins de concretizar a resposta a problemática sugerida no presente artigo, passar-se-á para a análise filosófica sobre a temática. Inicialmente, tratar-se-á das formas de poder em Michel Foucault, para que em um momento posterior se possa relacioná-las com a lógica subversiva do reconhecimento e aplicação do instituto da Multiparentalidade.

A teoria do citado filósofo é marcada por reflexões acerca de relações de poder, que incidem sobre inúmeros objetos. Em níveis de recorte metodológico e teórico, o presente artigo preocupar-se-á com a articulação do citado poder com as relações afetivas entre indivíduos,

principalmente à luz da sua obra *História da Sexualidade: vontade de saber* (2014a). No que concerne às relações de poder, quatro conceitos se destacam na teoria de Foucault, trata-se do *Poder Soberano*, *Poder Disciplinar* e *Biopolítica das Populações*, as duas últimas como elementos constituintes de uma nova era, a chamada *era do Biopoder*. Formas de poder desveladas por Foucault, condizentes à épocas diferentes, possuindo configurações próprias.

Brevemente, a primeira forma de poder, *Poder Soberano*, era exercida à luz de uma lógica de confisco, de extorsão, de riquezas, de bens e até mesmo de sangue. Um poder que apreende o tempo, os corpos e a vida dos súditos em prol do seu soberano. Eis um poder que tem em sua centralidade a morte. De acordo com Foucault, trata-se de um poder compatível com o Direito, exercido através da lei (FOUCAULT, 2014a).

Entretanto, a partir da época clássica, o Ocidente foi alvo de uma profunda transformação na lógica de exercício do poder. O poder que tinha a morte em sua centralidade perdeu espaço para um poder centrado na vida, não mais exercido pela repressão, sendo marcado pela disseminação, pelo empreendedorismo. Ressalva-se que não houve aqui uma substituição de uma forma de poder por outro, mas apenas uma alteração no grau de incidência, tanto que o poder soberano passa a assumir o papel de complemento do poder positivo, que tem em sua centralidade a vida.

Trata-se de novos procedimentos de poder que, de acordo com Foucault (2014a), não mais funcionam pelo direito, mas pela técnica, não mais pela lei, mas pela normalização. Ao invés do castigo, controle, gerenciamento de corpos e de vidas. Um novo mecanismo de poder, exercido de duas formas: *Poder disciplinar* e *Biopolítica das Populações*. O primeiro tem como seu objeto os corpos dos indivíduos, inserindo estes em escalas de produção. Uma lógica marcada pelo *panoptismo*, no sentido de um controle permanente sobre corpos.

Vigilância permanente sobre os indivíduos por alguém que exerce sobre eles um poder – mestre-escola, chefe de oficina, médico,

psiquiatra, diretor de prisão – e que, enquanto exerce esse poder, tem a possibilidade tanto de vigiar quanto de construir, sobre aqueles que vigia, a respeito deles, um saber. [...] Tem-se, portanto, em oposição ao grande saber de inquérito, organizado no meio da Idade Média através da confiscação estatal da justiça, que consistia em obter instrumentos de reatualização de fatos através de testemunho, um novo saber, de tipo totalmente diferente, um saber de vigilância, de exame, organizado em torno da norma pelo controle dos indivíduos ao longo de sua existência. Esta é a base do poder, a forma de saber-poder que vai dar lugar não às grandes ciências de observação como no caso do inquérito, mas ao que chamamos ciências humanas: Psiquiatria, Psicologia, Sociologia etc. (Foucault, 2013, p. 89).

Com a incidência do *Poder Disciplinar*, Foucault (2013) destaca a instauração de um *poder-saber*, fundado em altos níveis de vigilância, estruturado para efetuar um gerenciamento, um controle da existência humana. Trata-se da construção de um saber articulado com a normalidade, no sentido de ditar o que deve ser considerado como normal e anormal.

A segunda forma de poder incidente sobre a vida, *Biopolítica das Populações*, por sua vez, não se exerce sobre corpos individuais, como no *poder disciplinar*, mas sobre o coletivo. Este passa a ser controlado em níveis biológicos, gerenciando, por exemplo, as taxas de natalidade, mortalidade, além do direcionamento populacional.

Estas duas formas de poder, que possuem a vida em sua centralidade, constituem a chamada *era do Biopoder*, que representa, na teoria foucaultiana, o período em que a vida passou a ocupar o mesmo espaço da política, sendo objeto de um controle por um mecanismo complexo de poder.

Esclarecidos os principais conceitos relativos às relações de poder na teoria de Foucault, passar-se-á a refletir sobre o objeto central da presente seção, qual seja: o instrumento por meio do qual estas formas de poder são exercidas, mais especificamente, a discussão sobre o papel do Direito em relação à incidência do poder.

Conforme já ressaltado anteriormente, Foucault (2014a)

sustenta que o *poder soberano* seria tipicamente exercido pela lei. E mais, que o novo mecanismo de poder, que tem a vida em sua centralidade, não seria exercido pelo Direito, e sim pela técnica. Uma lógica de poder que não seria comportada pelo jurídico como instrumento de controle, conforme sustenta o filósofo Miroslav Milovic, em sua obra *Política e Metafísica* (2017).

Indaga-se: estaria o Direito alheio às relações de poder incidentes sobre a vida? A partir de uma interpretação literal da obra de Michel Foucault, poderia se chegar à resposta de que o Direito seria um instrumento de poder exclusivo do *Poder Soberano*, da morte, não tendo qualquer relação com as relações de poder positivas, incidentes sobre a vida. Entretanto, considerando o que se pretende refletir e analisar com o presente artigo, não parece esta ser a melhor interpretação. Explica-se.

Parte-se de uma concepção não essencialista do Direito, concepção esta sustentada por François Ewald (1986), filósofo francês, assistente de Foucault na década de 1970. À luz de sua concepção sobre o Direito, este não existe enquanto essência, estando marcado diretamente por sua relação com a historicidade, o que é compatível com a obra de Michel Foucault. É a partir desta concepção, que Márcio Alves da Fonseca, em sua obra *Michel Foucault e o Direito* (2002), trata do Direito à luz de imagens na teoria foucaultiana. O citado filósofo brasileiro sustenta três imagens do Direito na teoria de Foucault: o *Direito como Lei*, o *Direito normalizado-normalizador* e o *Direito novo*. Imagens estas que são construídas a partir da relação do Direito com a norma.

A primeira imagem identificada por Fonseca (2002), *Direito como Lei*, está relacionada à já discutida posição do Direito em relação ao *Poder Soberano*, quando se discutiu que este era exercido, essencialmente, por meio da Lei, do Direito. Trata-se de uma concepção do Direito em que este assume o valor de sinônimo da Lei. Todavia, destaca-se que o Direito, na obra de Foucault, não possui esta valoração única, podendo-se identificar um outro conceito de Direito,

no qual a norma não está em oposição, e sim em articulação com o mesmo. Trata-se do *Direito normalizado-normalizador*, no sentido de que este é objeto de uma normalização, e a partir do momento que é atravessado por esta, passa a normalizar, também.

O Direito, nesta segunda imagem destacada por Fonseca (2002), assume o papel de *vetor de normalização*. Eis um processo de transição, em que a lei gradativamente passa a funcionar como norma. Processo este que está associado ao novo mecanismo de poder destacado anteriormente, centrado na vida e não mais na morte. Nas palavras de Foucault (2014a, p. 156-157, grifo nosso):

[...] Não quero dizer que a lei se apague ou que as instituições de justiça tendem a desaparecer; mas que a lei funciona cada vez mais como norma, e que a instituição judiciária se integra cada vez mais num contínuo de aparelhos (médicos, administrativos etc.) cujas funções são sobretudo reguladoras. [...] Por referência às sociedades que conhecemos até o século XVIII, nós entramos em uma fase de regressão jurídica; as Constituições escritas no mundo inteiro a partir da Revolução Francesa, os códigos redigidos e reformados, toda uma atividade legislativa permanente e ruidosa não devem iludir-nos: são formas que tornam aceitável um poder essencialmente normalizador.

A partir de tais constatações, pode-se elucidar um comentário realizado em relação ao poder positivo ser exercido pela técnica e não mais pela lei. Propõe-se, a partir da teoria apresentada por Fonseca (2002), uma linha de interpretação. Não é que o Direito não esteja articulado com o novo mecanismo de poder incidente sobre a vida, não mais servindo como um de seus instrumentos; e sim que o Direito, na concepção de ser um sinônimo da lei, não mais comporta o citado poder, uma vez que este é complexo o bastante para ser exercido pela repressão legal. Pelo contrário, trata-se de um poder que funciona de forma positiva, empreendedora. Assim, deve-se ressaltar que não é o Direito que se apaga perante esse mecanismo de poder incidente sobre a vida, e sim a sua imagem que o conceitua como sinônimo da lei.

Trata-se de uma proposta de interpretação que permite articular o Direito, na obra de Foucault, como um objeto e um instrumento

desse novo mecanismo de poder, que tem a vida em sua centralidade. Uma concepção do Direito em que este assume a posição de implicação com a norma. Eis uma interpretação condizente com o que Foucault (2014a) sustenta acerca do saber, de que todo saber está atravessado por um poder, não existindo um saber alheio à normalização.

Frisa-se que é esta concepção do Direito, na obra de Foucault, que permite a reflexão proposta pelo presente artigo. Por isso se partiu desta, para que depois a análise se torne mais específica. É somente a partir da consideração da possibilidade do Direito ser irradiado e um instrumento irradiante de normalização, que se pode refletir sobre formas deste ser um instrumento de subversão, de emancipação em relação à mesma.

Em outras palavras, apenas a partir da análise da possibilidade do Direito estar articulado com o Poder, sendo objeto de normalização e instrumento desta, que se pode propor uma reflexão sobre o seu impacto no corpo, no âmbito do controle da liberdade dos indivíduos, especificamente a partir da utilização de categorias sexuais, de identidades; que se pode pensar em um *Direito Novo*, livre de normalização.

#### **4. PODER, CONTROLE E LEGITIMAÇÃO DE MODOS DE VIDA: O INSTITUTO DA MULTIPARENTALIDADE E O RECONHECIMENTO DE DIVERSAS FORMAS DE VIDA**

Partindo-se do que já foi discutido no presente artigo, tanto em relação ao instituto jurídico da *Multiparentalidade*, este como um fenômeno diretamente relacionado ao fenômeno da *Constitucionalização do Direito Civil*, assim como sobre as relações de poder em Michel Foucault; iniciar-se-á a análise final do presente artigo, que tem como objetivo responder a problematização proposta: Em que medida a aplicação e o reconhecimento do instituto da multiparentalidade representa uma forma de respeito a diversos modos de vida?

À luz da teoria de Michel Foucault, pode-se identificar que a sociedade contemporânea está imersa em um campo de poder. Um

poder que se transmuta, que se revigora diariamente. Um poder que se apresenta com faces diferentes cotidianamente. Uma lógica de poder empreendedora, que controla os nossos corpos, nossas vidas, nosso respirar, em aspectos coletivos e individuais. Trata-se do chamado *Biopoder*, já analisado na seção anterior.

Eis o poder que possui como centro a vida. É a vida dos indivíduos que deve ser preservada, mesmo que para tanto seja necessário instaurar uma lógica de controle, de gerenciamento de vidas. Vidas que devem estar pautadas em padrões de normalidade, condenando-se aqueles que não seguem a linha da normalidade, sendo considerados desviantes. Produz-se a linha do normal, quem não segue esta linha é dotado de anormalidade, não devendo ter prestígio ou mesmo reconhecimento de sua forma de vida em sociedade.

**À luz de Michel Foucault (2014a), o sexo se tornou público, objeto do discurso. Precisava-se saber tudo sobre o mesmo, as posições sexuais dos casais, os seus sonhos eróticos. Tudo precisaria ser contado para aquele que receberia a confissão, o médico. Trata-se de um controle social que filtra as relações sexuais dos casais, dos nubentes e de seus filhos (crianças e adolescentes), projetando-se um padrão de relação que seria considerada como normal e a única adequada – a relação entre um homem e uma mulher, sob o regime do casamento.**

Esta lógica de controle buscava, inclusive, mapear as anormalidades, as condutas sexuais, afetivas, que seriam desviantes, fora da linha de normalidade, sendo ilegítimas. Nisto, a medicina, mais especificamente, a psiquiatria teve um papel determinante, categorizando indivíduos, assinalando perigos, anormalidades; seguidos da proposta de cura, de tratamento (FOUCAULT, 2014a).

Pode-se relacionar esta lógica de poder, controladora e impositora de padrões, às relações que seriam legítimas a serem consideradas em sociedade. O afeto, neste contexto, não seria algo valorizado, até mesmo porque este é descartável em uma sociedade dominada por

uma lógica de mercado, *biopolítica econômica neoliberal*, na qual o indivíduo que consegue ascender é aquele que se adequa à lógica de empresário de si próprio, na qual o indivíduo não deve parar para refletir sobre a sua vida, ou mesmo, importa-se com o seu próximo e sim produzir, porque tempo é dinheiro e a lei é enriquecer.

Deve-se atentar, assim, que relações fora do casamento não seriam legítimas e mais, casamento entre homens e mulheres. O que fugisse desses padrões seria considerado ilegítimo, indigno de reconhecimento. Na curva desviante estão as relações homoafetivas e as relações pautadas tão somente no afeto, uma vez que o vínculo que tornaria alguém pai e filho seria tão somente o consanguíneo.

Esta lógica de poder excluir inúmeros modos de vida. Não se reconhece, por exemplo, as relações afetivas familiares de uma criança que possui um pai biológico e um pai socioafetivo, ao mesmo tempo (um exemplo de multiparentalidade). Trata-se de uma lógica de normalização que impõe como padrão a existência de apenas um vínculo entre pais e filhos, o consanguíneo, não havendo espaço, legitimidade, para a cumulação de vínculos, nem mesmo para que o vínculo socioafetivo seja forte o bastante para propiciar um *status* de *paternidade* ou *maternidade*.

Em um contexto de poder no qual o afeto não seria valorizado, a linha de raciocínio que se pode sustentar é que o normal, o vínculo detentor de prestígio por uma lógica de poder controladora, é o vínculo de sangue. O vínculo biológico seria o considerado normal, que merece ser considerado legítimo e reconhecido para fins de efeitos jurídicos.

Poder-se-ia questionar: sob qual fundamento teórico se pode sustentar que o vínculo biológico seria o valorizado, a partir de uma perspectiva foucaultiana? No presente artigo, parte-se da concepção de que a sociedade contemporânea vive sob a égide de um poder que tem como agente de controle o mercado, a chamada *biopolítica econômica neoliberal*. Compatível a esta lógica está a ideia de *mão-de-obra*, precisa-se desta para sustentar o próprio sistema capitalista, logo nada

mais razoável do que valorizar os vínculos biológicos entre indivíduos. Estes seriam considerados os normais, os padrões, dos quais os vínculos afetivos, assim como qualquer tipo de relação que não tenha a procriação como uma possibilidade seria considerada desvalorizada, não detentora de legitimidade em nossa sociedade.

A própria *Biopolítica* reproduz uma lógica de poder, de controle de corpos em níveis coletivos. Entre as esferas de controle, destacadas por Foucault (2014a), cita-se o controle de natalidade. Podendo-se atentar, assim, para uma lógica de instrumentalização dos laços consanguíneos, à luz da concepção de produção de *mão-de-obra* que seja compatível e controlável, refletindo as necessidades mercadológicas de cada sociedade.

Como se não bastasse a valorização do vínculo biológico em detrimento do vínculo socioafetivo, pode-se destacar a padronização de que cada indivíduo só pode ser atravessado por um vínculo, não se podendo ter dois pais e duas mães, por exemplo. O ideal de família compatível com o Biopoder é o formado por laços consanguíneos, marcados sobre a lógica de que somente estes laços devem ser considerados legítimos, em detrimento dos laços socioafetivos, que não seriam legítimos, e mais, não seria possível que um mesmo indivíduo acumulasse mais de um vínculo para fins de filiação.

É importante destacar, considerando o que foi apresentado no tópico anterior, que esta lógica de poder atravessa o Direito, por diversas vezes, uma vez que este é um exemplo de saber-poder na teoria de Michel Foucault. Trata-se de um objeto, e ao mesmo tempo, um vetor de poder, de normalização. Esse Direito normalizado-normalizador pode ser observado nas leis pátrias, principalmente, no âmbito do Direito de Família, que antes da Constituição de 1988 e do próprio fenômeno da *Constitucionalização do Direito Civil*, estava pautado na valorização única do vínculo biológico, não se reconhecendo relações pautadas na socioafetividade.

Neste sentido, considerando o que foi discutido ao longo da

presente pesquisa, pode-se sustentar que o reconhecimento e a aplicação do instituto da Multiparentalidade funciona como um elemento contra majoritário, de subversão a uma espécie de poder, que promove o reconhecimento de modos de vida que não são classificados como normais, como padrões.

São modos de vidas desviantes que passam a existir juridicamente, que passam a ter reconhecimento jurídico. Assim, defende-se que a aplicação e o reconhecimento do instituto da *Multiparentalidade* é um instrumento de inclusão, de sensibilização a formas de vida, a laços sociais que transbordam a *norma*, que transcendem à lógica de normalidade construída por um poder que domina os nossos corpos, as nossas vidas; mesmo que este reconhecimento ocorra, ainda, apenas em nível jurisprudencial.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme já foi ressaltado na introdução do presente artigo, propõe-se o estudo da Multiparentalidade a partir de uma perspectiva sócio-jurídica, à luz da teoria de Michel Foucault. Buscou-se analisar em que medida o reconhecimento e a aplicação do instituto da *Multiparentalidade* representa uma forma, um instrumento de reconhecimento de formas de vida, de modos de vida.

Para tanto, em um primeiro momento, iniciou-se a análise jurídica através do estudo do fenômeno da Constitucionalização do Direito Civil, que marcou uma transição paradigmática valorativa, em que o ser passa a ter prevalência sobre o ter, fazendo com que o Direito Civil passe a ser permeado, principalmente, pelos princípios da igualdade (art. 5º CF) e da solidariedade social (art. 3º, I, CF).

Tal fenômeno causa impactos diretos, também, ao Direito de Família, nitidamente, a partir da noção de inclusão materializada no art. 226 da Constituição Federal. Discutiui-se que a família não advém mais tão somente do casamento, considerando-se a relevância do afeto na formação de entidades familiares.

Ainda sobre afeto, tratou-se de dois princípios que possuem nítida relação com o fenômeno da Constitucionalização do Direito Civil, eis o princípio da afetividade e da pluralidade das entidades familiares, destacando-se o reconhecimento da filiação sócioafetiva.

Foi com base na citada análise teórica e jurídica que se passou a analisar o instituto da Multiparentalidade, e posteriormente a possibilidade de sua aplicação à problemática apresentada. A Pluriparentalidade, como também é chamado o instituto em questão, como um instrumento que visa resguardar as múltiplas formas de vida, colocando em paridade a filiação biológica e a sócio-afetiva, ao permitir a convivência dos dois vínculos em relação a uma pessoa.

Em um segundo momento, preocupou-se em marcar o atravessamento do Direito por estruturas de poder, propondo uma interpretação específica da obra de Foucault, em que o Direito não seria um instrumento próprio apenas do *Poder Soberano*, mas funcionaria também como instrumento do Poder incidente sobre a vida. Somente a partir da marcação do Direito como um vetor de poder, que se poderia propor uma reflexão sobre a possibilidade do mesmo ser um instrumento de libertação, de resistência, e por isso, um *Direito Novo*, livre de si próprio.

Destacou-se, também, uma estrutura complexa de poder incidente sobre a vida, que por meio dela teve acesso ao corpo. Uma lógica de gerenciamento de corpos, seja individualmente a nível do *Poder Disciplinar*, seja coletivamente a nível da *Biopolítica das Populações*. Expôs-se os conceitos de *Poder Soberano*, *Poder Disciplinar*, *Biopolítica das Populações* e *era do Biopoder*; articulando-se estes a uma concepção não essencialista do Direito, sustentada pelo filósofo François Ewald, o que permitiu a reflexão sobre um Direito atravessado por estruturas de poder, um *Direito Normalizado-Normalizador*, termo utilizado por Fonseca (2002).

Por fim, buscou-se relacionar, em uma análise final, o instituto da *multiparentalidade* com as relações de poder, em Michel Foucault.

Analisou-se que estamos imersos em uma lógica de poder que propaga o vínculo consanguíneo como o valorizado, compatível com o padrão de relação baseada no casamento, com vínculos de sangue entre pais e filhos. Aquilo que fugiria a esta lógica seria considerado desviante e indigno de ser reconhecido.

Assim, a sócioafetividade não seria reconhecida como vínculo que pudesse firmar relações de maternidade ou paternidade. Tampouco, não seriam reconhecidas, a partir dessa lógica de poder incidente sobre a vida, sobre os corpos; a cumulação de vínculos, sócioafetivo e consanguíneo, não se reconhecendo, assim, formas de vida pautadas na multiparentalidade.

Desta forma, conclui-se que o reconhecimento e a aplicação do instituto da multiparentalidade pode ser considerado um instrumento de subversão a uma lógica de poder, impositiva do normal, do padrão. Uma espécie de instrumento jurídico, construção jurisprudencial e doutrinária até então, que promove o reconhecimento de diferentes formas de vida. Promove-se o reconhecimento do afeto, da diversidade.

## REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- CARDOSO, Simone Tassinari. *Notas sobre parentalidade biológica e socioafetiva: do direito civil moderno ao contemporâneo*. *Civilística*. A. 5. N. 1. 2016
- CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciado n° 103*. I Jornada de Direito Civil, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Enunciado n° 519*. V Jornada de Direito Civil, 2012.
- EWALD, François. *L'état providence*. Paris: Grasset, 1986.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Famílias*. V.6. 8 ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- FONSECA, Márcio Alves da. *Michel Foucault e o Direito*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2013.
- \_\_\_\_\_. *História da sexualidade I: A vontade de saber*. Trad. Maria Thereza da Costa Al-

buquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 1ª ed. Rio de Janeiro/ São Paulo: Paz & Terra, 2014a.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk; HAPNER, Paula Aranha. *Multiparentalidade: uma abordagem a partir das decisões nacionais*. *Civilística*. A. 5. N. 2. 2016.

MILOVIC, Miroslav. *Política e Metafísica*. São Paulo: Max Limonad. 2017.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito de Família*. V.5. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Parte Geral*. V.1. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

# CONSTITUIÇÃO CIDADÃ, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E NOVOS HORIZONTES NO RECONHECIMENTO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DAS PESSOAS TRANSGÊNERO NO BRASIL

**Ginaldo Laranjeiras Júnior<sup>1</sup>**

**Ilzver de Matos Oliveira<sup>2</sup>**

**Diogo de Calasans Melo Andrade<sup>3</sup>**

## 1. INTRODUÇÃO

Nesse capítulo analisa-se o reconhecimento da personalidade das pessoas transgênero no ordenamento jurídico brasileiro. Tal temática, até o dia 1º de março de 2018<sup>4</sup>, ainda encontrava pouca ou insuficiente normatização no sistema jurídico pátrio, um contraponto à produção normativa encontrada nos tratados internacionais, frente ao direito comparado ou, ainda, perante os princípios dos direitos humanos fundamentais que regem o Estado democrático brasileiro, expostos na Constituição Federal.

Justifica-se essa proposta na necessidade de reconhecimento pleno da dignidade humana dos indivíduos transgênero, que se vê

---

1 Graduado em Direito pela Universidade Tiradentes – UNIT.

2 Pós-doutorando pela Universidade Federal da Bahia (UFBA), bolsista CAPES.

3 Doutor em Direito (Mackenzie), mestre em Direito (UFS), professor do Mestrado em Direitos Humanos da UNIT.

4 Nessa data o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4275, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República (PGR) pedindo interpretação conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica ao artigo 58 da Lei 6.015/1973, no sentido de ser possível a alteração de prenome e gênero no registro civil independentemente de cirurgia de transgenitalização ou de tratamentos hormonais ou patologizantes. (BRASIL, 2018, n.p.).

mitigada frente ao desrespeito aos seus direitos fundamentais de personalidade. O não reconhecimento desses direitos constitui a negativa à própria existência desses indivíduos como sujeitos de direitos, visto que, este reconhecimento é basilar à legitimação da pessoa perante quaisquer arbitrariedades, sejam elas do próprio Estado ou de outros sujeitos do meio social.

A metodologia desse trabalho orientou-se através de pesquisa bibliográfica sobre os conceitos de direitos da personalidade consolidados no ordenamento jurídico brasileiro, pondo tais conceitos em paralelo com as normas de direito interno e de direito internacional sobre os direitos da personalidade das pessoas transgênero. Através da pesquisa documental, sobretudo da jurisprudência pátria, buscou-se orientar e referenciar o reconhecimento desses direitos no Brasil, tendo em vista as estatísticas de violência contra esse grupo populacional no país.

No texto, os direitos da personalidade são considerados os direitos da pessoa sobre ela mesma. Esses direitos priorizam o indivíduo conforme a visão jus-humanista que estabelece a dignidade da pessoa humana como fundamental à manutenção da estrutura e legitimidade política no Estado Democrático de Direito.

Os direitos da personalidade são aqui tratados como direitos humanos de primeira dimensão. Deste modo, esses direitos são o mínimo de liberdade de que os indivíduos dispõem perante o Estado, oponíveis também *erga omnes*. Assim, manter esses direitos requer do poder público uma postura negativa que reconheça a individualidade da pessoa sem pretender determinar a identidade do indivíduo<sup>5</sup>.

Ao analisar as premissas dos direitos da personalidade, tem-se que reconhecer que toda pessoa tem direito de ver sua identidade reconhecida. Sendo assim, toda pessoa tem o direito de ver acreditada

---

5 Nesse sentido, a presidente do Supremo, ministra Cármen Lúcia, baseou seu voto no direito à honra, à imagem, à vida privada, nos princípios constitucionais da igualdade material, da liberdade, da dignidade e no direito de ser diferente, entre outros. Disse que “cada ser humano é único, mas os padrões se impõem” e que “o Estado há que registrar o que a pessoa é, e não o que acha que cada um de nós deveria ser, segundo a sua conveniência”. (STF, 2018, n.p.).

e ser tratada de acordo com a sua identidade de gênero.

Considera-se que a identidade de gênero corresponde ao aspecto psicossocial, ou seja, como o indivíduo se sente e se comporta frente aos padrões estabelecidos como femininos e masculinos a partir do substrato físico biológico. Em outras palavras, é um modo de organização de modelos que são transmitidos, tendo em vista as estruturas sociais e as relações que se estabelecem entre os sexos, não se confundindo com o sexo físico biológico, caracterizado pela presença de aparelho genital e outras características que diferenciam os seres humanos entre machos e fêmeas, além da presença do código genético que, igualmente, determina a constituição do sexo – cromossomos XX e XY. Trata-se de diferenciação, já reconhecida pelos Tribunais.<sup>6</sup>

O Estado democrático garante a diversidade das formas que o indivíduo escolhe para expressar sua identidade. Sendo assim, esta diversidade justifica o próprio ideal democrático. Não se pode, portanto, requerer que a identidade do indivíduo seja adequada a parâmetros preestabelecidos. Para tanto, é fundamental à manutenção desses direitos que as pessoas tenham a sua identidade de gênero respeitada pelos órgãos que a acreditam de acordo com a sua própria adoção.

Sendo livre o direito das pessoas de expressarem a sua identidade de gênero de acordo com a sua personalidade, pouco importa se para tanto adotam procedimentos cirúrgicos, farmacológicos ou qualquer outro método. Para a expressão da sua identidade basta a adoção de características reconhecidas como sendo do gênero com o qual se identifica ou a simples afirmação da sua identidade de gênero.

Assim, o Estado deve limitar-se a reconhecer as várias formas de que o indivíduo dispõe para expressar a sua identidade e, considerando que a Constituição Federal estabelece o compromisso de garantir a dignidade humana, os preceitos de liberdade do indivíduo não podem

---

6 Cita-se, por exemplo, a Apelação Cível nº 700661053880. Relatora Des. Sandra Brisolara Medeiros. Sétima Câmara Cível. Julgado em 24 de junho de 2015.

ser mitigados por arbitrariedades.

Dito isso, a pertinência do estudo está na incapacidade que o sistema jurídico teve, até o julgamento da ADI 4275<sup>7</sup>, de reconhecer os direitos fundamentais da personalidade das pessoas trans de maneira plena. A normatização no Brasil, sem considerar o valor axiológico da Constituição e dos tratados internacionais adstritos ao império da soberania nacional, limitava-se a decretos e portarias esparsas do Poder Executivo. Deste modo, verifica-se que as disposições sobre os direitos da personalidade que existiam na legislação civil não eram efetivas para as pessoas transgênero.

Enquanto isso, as pessoas trans tinham acesso negado à educação, ao trabalho e à saúde, para citar apenas alguns, por não terem sua identidade reconhecida, sujeitando-se ao preconceito e à violência.

Dados da ONG International Trangenner Europe apontam que o Brasil é o país onde mais ocorrem assassinatos de travestis e transexuais no mundo<sup>8</sup>. Sendo assim, é evidente a violação aos direitos humanos sofrida por esses grupos.

Ao apresentar o problema do não reconhecimento da identidade de gênero das pessoas trans, tem-se a necessidade de discorrer sobre os conceitos que envolvem a temática e justificar a proteção jurídica pertinente sob a ótica dos direitos fundamentais da personalidade. O estudo reafirma a necessidade de intensa discussão e atenção para as pessoas transgênero no Brasil, apontando soluções jurídicas viáveis à problemática abordada, qual seja, que as pessoas trans têm o direito de ver sua identidade de gênero reconhecida e de receber a proteção jurídica do Estado para o pleno desenvolvimento da sua dignidade humana.

7 Na sentença o STF reconheceu o direito de alteração de prenome e gênero no assento de registro civil mesmo sem a realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo e a maioria entendeu que, para a alteração, não é necessária autorização judicial. (BRASIL, 2018, n.p.).

8 Entre 01 de janeiro de 2008 e 31 de junho de 2016 foram 868 mortes, representando 40% dos assassinatos reportados no mundo.

## 2. O DIREITOS DA PERSONALIDADE E A CONSTITUIÇÃO: IDENTIDADE, GÊNERO E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Nosso ordenamento jurídico brasileiro foi omissivo em relação ao transgênero, ocasionando barreiras ao reconhecimento de sua identidade. Apesar disso, recentemente, o Supremo Tribunal Federal, através da ADI 4274/2008, abarcou as demandas dos indivíduos transgênero pela garantia dos direitos fundamentais na consolidação dos direitos humanos.

Sabe-se que os direitos da personalidade podem ser divididos em dois sentidos, o primeiro, sentido estrito, por visarem a proteção da pessoa em si mesma, como ser não-social, direito civil, por se ocuparem da pessoa livre de constrangimentos sociais, autônoma, direitos contra o Estado; por outro lado, o sentido lato, que compreende a atividade de inter-relacionamento da pessoa, a sua dimensão social, a pessoa-ser-social, caracterizando-os como direito público (RIBEIRO, 1991, p. 132).

Esses direitos da personalidade tiveram sua origem na Declaração Francesa de 1789, sendo que, primeiro, foram inseridos no direito público, para depois, serem reconhecidos no direito privado. Assim, os direitos da personalidade e os direitos fundamentais tem conteúdos similares que convergem para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. Sobre o conceito de dignidade humana assevera Scheiber:

A dignidade humana é o valor-síntese que reúne as esferas essenciais de desenvolvimento e realização da pessoa humana. Seu conteúdo não pode ser descrito de modo rígido; deve ser apreendido por cada sociedade em cada momento histórico, a partir de seu próprio substrato cultural (2014, p. 8).

Nesse sentido, a aproximação material da concepção de dignidade remete-nos aos cinco deveres básicos que devem informar todo compromisso com a ideia de dignidade humana que não tenha intenções colonialistas nem universalistas e que tenha sua atenção fixada

sempre na necessidade de abertura dos circuitos de reação cultural: o reconhecimento, o respeito, a reciprocidade, a responsabilidade e a distribuição (FLORES, 2009, p. 111). Com base nesses cinco deveres da dignidade humana, defende-se, aqui, o reconhecimento de todos os direitos da personalidade para o indivíduo transgênero.

Diferente não é o pensar daqueles que defendem que a dignidade não é um dado objetivo, mas um conceito que só pode ser apreendido a partir da pessoa concretamente considerada:

E, por ser fruto de determinado momento da história do direito, do Estado e da sociedade, o conceito da dignidade da pessoa humana não é absoluto, não é uma revelação que se impõe de forma igual a todas as pessoas e, também, não tem um significado compartilhado por todos os indivíduos, por mais semelhantes que estes sejam, mesmo que componham a mesma sociedade e vivam no mesmo momento histórico. Por isso, seu caráter subjetivo não pode ser afastado.

Por ser histórico, o princípio da dignidade da pessoa humana só pode ser apreendido perante o caso concreto, situando-se espacialmente, cronologicamente e subjetivamente em relação às pessoas envolvidas (BORGES, 2005, p. 20).

**É mister, reconhecer que os direitos da personalidade estão relacionados à própria concepção de dignidade da pessoa humana: “Nesse sentido, deve-se concordar quando se fala que os direitos da personalidade são uma cláusula aberta, no sentido de que todo o conjunto de valores inerentes à pessoa e necessários à dignidade são direitos da personalidade e merecedores de tutela, ainda que não estejam explicitamente tipificados”. (COSTA, 2014, p. 32)**

Por isso, pode-se defender, que mesmo a legislação brasileira sendo omissa quanto ao cidadão transgênero, os direitos da personalidade, por estarem relacionados ao princípio da dignidade da pessoa humana, devem ser tutelados por eles, mesmo que não estejam explicitamente tipificados em nosso ordenamento jurídico brasileiro.

Por outro lado, um mesmo direito, pode ser, ao mesmo tempo, personalíssimo, fundamental e humano, a depender de onde esteja

localizado, no código civil, na constituição ou em tratados internacionais. Por exemplo, a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem, são, ao mesmo tempo, direitos da personalidade e direito fundamentais, tendo, esses direitos subjetivos eficácia no âmbito privado. Com esse pensar:

Assim, a expressão direitos humanos é mais utilizada no plano internacional, independentemente, portanto, do modo como cada Estado nacional regula a matéria. Direitos fundamentais, por sua vez, é o termo normalmente empregado para designar direitos positivados numa constituição de um determinado Estado.... Já a expressão direitos da personalidade é empregada na alusão aos atributos humanos entre particulares, sem embargo de encontrarem também fundamento constitucional e proteção nos planos nacional e internacional.

Trata-se, como se vê, do mesmíssimo fenômeno encarado por facetas variadas. O valor tutelado é idêntico e unitário: a dignidade humana. (SCHREIBER, 2014, p. 13)

Nesse sentido, cumpre sublinhar que os direitos de personalidade são direitos subjetivos privados, destinada sua proteção, como é, a assegurar o desenvolvimento e a expansão da individualidade física e espiritual da pessoa humana:

Os direitos de dupla face, público e privado, apresentam-se na esfera do Direito Civil quando se concretizam numa relação jurídica entre particulares sob a forma de uma obrigação contraída por seu titular voluntariamente, ou imposta pela lei a quem os viola, cometendo ato ilícito. (GOMES, 1966, p. 43)

Assim, esses direitos personalíssimos, são autônomos e expressões dos direitos fundamentais em face dos particulares, ou seja, possuem dupla natureza, pública e privada; desta forma, os primeiros protegem os indivíduos da atuação do próprio Estado e, os segundos, tutelam interesses frente aos demais particulares.

De mais a mais, apesar do direito a identidade não possuir tipificação expressa no nosso ordenamento jurídico, não restam dúvidas que merece proteção por exprimir aspecto relevante da dignidade da

pessoa humana, assim como os direitos da personalidade são categorias abertas abarcam a identidade:

Em outras palavras: a identidade pessoal não pode ser vista simplesmente como fundamento de demandas indenizatórias. Deve ser tomada como diretriz de políticas públicas e iniciativas sociais, pois a plena realização da dignidade humana só alcança aquele que tem consciência da sua identidade. Não à toa, tem-se repetido que o indivíduo não tem identidade: ele é identidade, no sentido de que sua inserção no mundo social somente se realiza a partir da compreensão da sua própria singularidade. (SCHREIBER, 2014, p. 220)

Tanto o direito à autodeterminação sexual, como o direito à identidade sexual, pertencem ao acervo do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, onde se insere a liberdade, de um modo geral, a liberdade de agir, a liberdade de locomoção, a liberdade de desempenhar determinadas atividades e liberdade de autodeterminar-se. Além do princípio da dignidade da pessoa humana e do pleno exercício da cidadania, onde se vislumbra o reconhecimento e a proteção à autodeterminação sexual da pessoa e a identidade sexual vedando qualquer desigualdade em razão do sexo. (SZANIAWSKI, 2005, p. 169-170)

Por fim, os direitos da personalidade convergem para a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana que, por possuir caráter subjetivo, deve ser apreendido perante o caso concreto, abarcando direitos não explicitados pela lei como a identidade para o cidadão transgênero, podendo esse direito ser encarado de diversas formas, direito humano, fundamental e da personalidade, mas seu valor tutelado é único, qual seja, a dignidade humana. Assim, pode-se afirmar que a identidade deve sim ser protegida por ser um direito da personalidade de todos os indivíduos, inclusive do cidadão transgênero, uma vez que seu fundamento decorre do princípio dignidade da pessoal humana.

### **3. CONCEITUAÇÃO DA IDENTIDADE DE GÊNERO ANTE O SEXO BIOLÓGICO**

Por tratar-se de um estudo jurídico, esse trabalho não tem como fim imediato a determinação de conceitos de pessoa transgênero,

sendo o objetivo do trabalho o estudo das normas e princípios jurídicos que envolvem o tema, atendo-se principalmente à ótica dos direitos da personalidade alinhada à visão jus-humanista do direito.

Entretanto, faz-se necessário discorrer brevemente sobre conceitos-chave cuja elucidação torna-se elementar para a compreensão do estudo.

A despeito da precária produção legislativa, a jurisprudência dos Tribunais tem se atido à discussão de alguns aspectos importantes da identidade de gênero. Sob o crivo da inafastabilidade e impedidos de escusar-se alegando a insuficiência legislativa, o judiciário tem que atender às grandes demandas que lhe chegam pelas pessoas transgênero que têm desrespeitados os seus direitos primordiais. Por esta razão, a jurisprudência pátria tornou-se a principal fonte quando na busca por conceitos para fundamentar a pesquisa.

O primeiro viés que é preciso evidenciar e que tem se mantido tímido perante a ciência do direito é a diferenciação entre orientação de gênero e sexo biológico. Essa distinção é importante, porque como ocorre entre os indivíduos transgênero, pode não haver a correspondência entre o gênero do indivíduo com aquele que lhe foi designado pelos padrões sociais em razão do seu sexo biológico.

No julgamento da Apelação Cível nº 700661053880 (nº CNJ: 0297951-15.2014.8.21.7000) pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em 24 de junho de 2015, os desembargadores acordaram por maioria no sentido de que o sexo é físico-biológico e é caracterizado pela presença de aparelho genital e outras características que diferenciam os seres humanos entre machos e fêmeas, além da presença do código genético que, igualmente, determina a constituição do sexo, qual seja a presença dos cromossomos XX e XY. Por sua vez, segundo o mesmo Tribunal, gênero refere-se ao aspecto psicossocial, ou seja, como o indivíduo se sente e se comporta frente aos padrões estabelecidos como femininos e masculinos a partir do substrato físico-biológico. É um modo de organização de modelos que são transmitidos tendo em vista as estruturas sociais e as relações que se

estabelecem entre os sexos. (RIO GRANDE DO SUL, 2015).

Sendo assim, tem-se como sexo o aspecto físico-biológico do indivíduo e gênero como o seu aspecto psicossocial. Assim, pode-se concluir que o homem trans é aquele que nasceu com a designação sobre o seu sexo biológico feminino (cromossomos XX), mas, sente-se e organiza-se de acordo com os padrões sociais e psíquicos atribuídos ao sexo masculino, e, mulher trans é aquela que nasceu com o substrato físico-biológico designado ao sexo masculino (cromossomos XY), mas, sente-se e organiza-se de acordo com os padrões psicossociais atribuídos ao sexo feminino.

Não obstante, o presente estudo se ateve ao uso do termo transgênero para referir-se àqueles indivíduos, homens e mulheres trans<sup>9</sup> e às travestis<sup>10</sup>, cujo direito fundamental da personalidade é violado quando têm sua identidade de gênero desacreditada.

Sobre o prisma jurídico, o direito à identidade é o núcleo dos direitos a personalidade que por constituir o elo entre o indivíduo e a sociedade tem cunho moral. “Cumpre, aliás, duas funções essenciais: a de permitir a individualização da pessoa e a de evitar confusão com outra” (BITTAR, 2015, p. 195). Deste modo, tendo em vista que os indivíduos transgênero adotam as características psicossociais do gênero diferente do designado pelo seu sexo biológico, não lhes deve ser negada a identidade de gênero adotada.

Vale observar que no que se refere às pessoas transgênero, estas cumprem plenamente as duas funções essenciais do direito à identidade: permitir a individualização da pessoa, tendo em vista como os indivíduos se sentem e se reconhecem na identidade de gênero

9 Para os movimentos de luta pelos direitos sexuais e gênero, é inapropriado o uso da expressão “*transexual*” isoladamente, visto que, querendo referir a homens e mulheres trans tal termo, torna-se ofensivo quando não atender à identidade de gênero adota pelo indivíduo.

10 Em voto vencido, entretanto, o relator da ADI 4275, Ministro Marco Aurélio, sustentou que “a adequada solução da questão pressupõe a fixação de premissas corretas no tocante à terminologia própria, sob pena de confundir expressões e vocábulos. A transexualidade, versada nesta ação, não é o mesmo que a homossexualidade – na qual delimitada a orientação sexual –, tampouco alcança travestis – uma vez ausente a repulsa pela genitália do sexo biológico.” (STF, 2018, p. 6-7).

adotada; e, evitar a confusão com outra pessoa, quando na expressão da sua identidade de gênero o indivíduo adota características que pela construção social é atribuída ao gênero oposto do que lhe foi inicialmente designado.

Cumprе salientar que é irrelevante para o reconhecimento da identidade de gênero do indivíduo que tenha ou não adotado procedimentos cirúrgicos, farmacológicos ou qualquer outro método, bastando a expressão da sua identidade pela adoção de características reconhecidas como sendo do gênero com o qual se identifica, ou ainda, a simples afirmação da sua identidade de gênero.

Conceitua-se direito à identidade de gênero como o aspecto componente do direito à identidade, este contido nos direitos da personalidade, que garante ao indivíduo a livre convicção, expressão, desenvolvimento e reconhecimento do seu gênero de acordo com os padrões sociais e psíquicos do gênero adotado, independente do substrato físico biológico designado pelo sexo.

#### **4. A ABORDAGEM SOB A ÓTICA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE**

O ordenamento jurídico permaneceu silente à demanda dos transgêneros durante muito tempo, ao passo que, ainda é insuficiente a normatização legislativa sobre eles. Apesar de haver esforços no âmbito do direito internacional, a internalização desses direitos encontrou imensas barreiras para ingressar no direito interno.

A partir do julgamento do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (*European Court of Human Rights*) no caso *Goodwin vs. The United Kingdom*<sup>11</sup>, cuja sentença foi prolatada em 11 de julho de 2002, intensificaram-se na esfera do direito internacional as discussões a respeito do tema dos direitos dos indivíduos transgênero. No entanto, na seara do direito interno, a regulamentação legal que asseguraria

11 Tribunal Europeu de Direitos Humanos. *Goodwin vs. the United Kingdom*, julgamento n.º 28957/95. 11 de julho de 2002.

o exercício pleno dos direitos fundamentais das pessoas trans sempre encontrava embaraços para estabelecer normas de proteção efetiva.

No Brasil, a existência de portarias e decretos sobre o tema<sup>12</sup> dava uma falsa impressão de que esses direitos eram devidamente regulados. No entanto, além de escassos, esses atos não reconheciam plenamente os direitos fundamentais dos grupos abordados nesse trabalho, quando não contribuíam para aprofundar a sua invisibilidade social, vulnerabilidade e marginalização.

Levando em conta os princípios fundamentais, os direitos humanos e o valor axiológico expressos pela Constituição Cidadã, nos preceitos estabelecidos pelos princípios, direitos e garantias fundamentais, tem-se que a violação à dignidade humana desses indivíduos dá-se pela inobservância dos direitos basilares da personalidade da pessoa transgênero quando não vê reconhecida a sua identidade.

Optou-se em abordar a temática sobre a ótica dos direitos da personalidade porque dentre os direitos humanos, este está no cerne da problemática que envolve as pessoas trans, como ficou patente no julgamento da ADI 4275 no STF. Há, indubitavelmente, violações aos direitos humanos desses indivíduos englobando todas as dimensões desses direitos, pois as pessoas transgênero sofrem substancialmente por lhes ser negado o acesso a direitos básicos. As barreiras ao reconhecimento da sua identidade dificultam o acesso à educação, trabalho, saúde, previdência, assistência social e demais políticas públicas, o que amplifica a sua exclusão social.

Deste modo, entende-se que a problemática central da violação dos direitos humanos das pessoas transgênero decorre do não reconhecimento dos direitos fundamentais da personalidade desses indivíduos. A negativa do reconhecimento desses direitos representa uma total ignorância da existência plena desses indivíduos. Conquanto:

Constituem direitos cuja ausência torna a personalidade uma

---

12 Portaria MS nº 2.803, de 19 de novembro de 2013, que redefine e amplia o processo transexualizador no Sistema Único de Saúde (SUS). Resolução CFM nº 1.955/2010, Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo e revoga a Resolução CFM nº 1.652/02.

susceptibilidade completamente irrealizável, sem valor concreto: todos os outros direitos subjetivos perderiam o interesse para o indivíduo, e a pessoa não existiria como tal. São, pois, direitos “essenciais”, que formam a medula da personalidade. (BITTAR, 2015, p. 37).

Portanto, o não reconhecimento dos direitos fundamentais da personalidade torna o exercício de qualquer outro direito fundamental impraticável. Esses direitos posicionam a pessoa na perspectiva central da elaboração de normas jurídicas. São direitos que afirmam a própria titularidade de direitos, sendo indispensáveis à dignidade humana. Daí decorre a legitimidade do ideal democrático, pois, sem que seja garantido o mínimo de liberdade ao indivíduo – liberdade sobre a própria pessoa – o poder político não pode prevalecer.

Os direitos da personalidade, os quais desempenham papel primordial na estrutura do Estado Democrático de Direito, valendo-se inclusive como forma de legitimação deste, são normatizados pelo Código Civil brasileiro de 2002, o qual dedica todo um capítulo específico a estes, refletindo uma mudança paradigmática no direito civil que passa a se reconhecer como parte de um ordenamento cujo valor máximo é a proteção da dignidade da pessoa humana, esta constitucionalmente protegida. (OLIVEIRA e CAVALCANTI, 2017, p. 120).

A consolidação da dignidade humana através dos direitos humanos foi construída através de um processo evolutivo histórico, de tal modo que essas conquistas representam um ideal a ser perseguido por toda a humanidade. Deve-se reconhecer que à medida que as garantias evoluem em direção à diminuição das desigualdades toda humanidade avança e prol dos ideais de justiça e cidadania.

Deste modo, a dilatação dessa categoria de direitos para alcançar a seara dos direitos à identidade dos transgêneros, como fez o STF em sua recente decisão na ADI 4275, julgada em 1º de março de 2018, deve ser entendida como um novo passo na consecução dos objetivos de materialização dos direitos humanos, da efetivação da dignidade humana a todas as pessoas sem restrições, posto que, disto depende a manutenção do ideal democrático e a legitimidade política

dele decorrente, como prescreve a Constituição Federal de 1988.

## 5. CONTEXTO SOCIAL E JURÍDICO

Apesar das discussões recentes sobre o fenômeno jurídico das pessoas transgênero, este não é um fato atual, posto que, a expressão da identidade de gênero sempre esteve presente na ordem social. Ao analisar a temática temos que este fenômeno é tido como algo novo e os tímidos esforços de discussão são considerados como ideias vanguardistas, próprios de um ideal ficcional de sociedade, ao passo que, direitos humanos fundamentais da personalidade desses sujeitos são ignorados.

Neste aspecto reside a importância do presente estudo:

A pesar de la rapidez e importancia del proceso, ni desde el Derecho ni desde las Relaciones Internacionales se ha intentado teorizar este fenómeno en búsqueda de factores que lo expliquen y que permitan dilucidar qué puede esperarse del mismo. Generar estudios teóricos y empíricos sobre el tema es de vital importancia para entender las perspectivas y las posibilidades que existen en países donde aún no se han adoptado regulaciones al respecto<sup>13</sup>. (JURADO, 2015. p. 176).

Índices que demonstrem a realidade desta violência são de difícil constatação, visto que, a morte uma travesti ou de uma mulher trans ou homem trans, são registrados como um fato concernente ao sexo biológico do indivíduo diluindo essa estatística. Por essa razão, emerge dos próprios grupos sociais a iniciativa de mensurar o impacto da violência contra seus pares. Os números são alarmantes. Dados da ONG International Transgender Europe apontam que o Brasil é o país onde mais ocorrem assassinatos de travestis e transexuais no mundo. Entre 01 de janeiro de 2008 e 31 de junho de 2016, foram 868 mortes, representando 40% dos assassinatos reportados no mundo. (LAGATA; BALZER; BERREDO, 2016).

13 Apesar da velocidade e da importância do processo, nem na Lei nem nas Relações Internacionais tentaram teorizar este fenômeno em busca de fatores que o expliquem e que permitam elucidar o que se pode esperar dele. Gerar estudos teóricos e empíricos sobre o assunto é de vital importância para compreender as perspectivas e possibilidades que existem nos países onde os regulamentos ainda não foram adotados. (Tradução Livre)

Outro sintoma do prejuízo ao direito à identidade dos indivíduos transgênero é a patologização da sua condição a fim de adequar-se aos critérios estabelecidos pelo Poder Executivo para cirurgia de transgenitalismo. Apesar da importância a garantia do processo transexualizador no âmbito do Sistema Único de Saúde<sup>14</sup>, a autorização desse procedimento faz-se por critérios que reforçam a discriminação à míngua dos direitos fundamentais da personalidade desses indivíduos.

A resolução nº 1.955/2010 do Conselho Federal de Medicina, publicada em 02 de dezembro de 2002, que dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo considera “o paciente transexual portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação e/ou autoextermínio”. Exige para o procedimento permanência da situação por mais de dois anos. (BRASIL, 2002, n.p.).

No decorrer desse trabalho afiliamo-nos ao imperativo de que o as pessoas transgênero têm o direito de ter a sua identidade de gênero respeitada sob o crivo de que a não observância desse direito induz à ofensa ao direito da personalidade desses indivíduos. Deste modo, a tendência patologizante em considerar a condução dos indivíduos transgênero como distúrbio requer atenção por ofender as premissas dos direitos da personalidade.

Evidentemente, esse argumento por parte da regulamentação do CFM dá-se a fim de justificar a adoção de procedimentos cirúrgicos definitivos para redesignação sexual. No entanto, a crítica está na não aceitação da identidade dos indivíduos transgênero, visto que, para que ter acesso ao direito de adotar a sua identidade a pessoa precisa enquadrar sua condição a de portador de distúrbio posto à prova por um período extenso de dois anos.

O mesmo ocorre na prática quando o indivíduo transgênero precisa realizar a retificação de seu registro civil para adequação do

---

14 Portaria MS nº 2.803, de 19 de novembro de 2013.

seu nome e sexo. Além de exigir o procedimento judicial para tanto, é comum aos magistrados requererem laudo psicológico para atestar a sua condição, ainda que observada explicitamente a adoção das características psicossociais do sexo a que o requerente pretende fazer a retificação, o que contradiz as diretrizes expostas anteriormente.

No que se refere a necessidade de realização de cirurgia de redesignação sexual para a retificação de registro civil, não se faz mais necessário que o indivíduo se submeta a qualquer procedimento cirúrgico ou farmacológico para o assentamento em registro civil do seu nome e sexo conforme a identidade de gênero do indivíduo. Nesse sentido entendimento do Superior Tribunal de Justiça: “O direito dos transexuais à retificação do prenome e do sexo/gênero no registro civil não é condicionado à exigência de realização da cirurgia de transgenitalização.” (BRASIL, 2017, p. 9).

Isso porque, se a mudança do prenome configura alteração de gênero (masculino para feminino ou vice-versa), a manutenção do sexo constante no registro civil preservará a incongruência entre os dados assentados e a identidade de gênero da pessoa, a qual continuará suscetível a toda sorte de constrangimentos na vida civil, configurando-se flagrante atentado a direito existencial inerente à personalidade. (BRASIL, 2017a, p. 9.).

O julgamento recente de 01 de agosto de 2017 pelo STJ do Recurso Especial 1.626.739/RS, que orientou a elaboração do Informativo Jurisprudencial nº 0608, reconheceu o direito das pessoas transgênero de retificação do registro civil do prenome e do sexo, sem restringir os direitos daqueles que optaram ou não puderam realizar cirurgia de redesignação sexual.

Sob essa ótica, devem ser resguardados os direitos fundamentais das pessoas transexuais não operadas à identidade (tratamento social de acordo com sua identidade de gênero), à liberdade de desenvolvimento e de expressão da personalidade humana (sem indevida intromissão estatal), ao reconhecimento perante a lei (independentemente da realização de procedimentos médicos), à intimidade e à privacidade (proteção das escolhas de vida), à igualdade e à não discriminação (eliminação de desigualdades fáticas que venham

a colocá-los em situação de inferioridade), à saúde (garantia do bem-estar biopsicofísico) e à felicidade (bem-estar geral). (BRASIL, 2017b, p. 2.).

Percebe-se que a abrangência do reconhecimento do direito ao reconhecimento da identidade de gênero das pessoas transgênero vinha crescendo perante os tribunais e culminou na sua confirmação perante o STF que claramente afastou a “realização de tratamentos hormonais ou patologizantes” (BRASIL, 2018, n.p.). No entanto, a solução normativa pela elaboração de leis que assegurem os direitos da personalidade às pessoas transgênero ainda é deficiente.

Permanece a necessidade de elaboração de instrumento normativo infraconstitucional que assegure o pleno exercício dos direitos da personalidade das pessoas transgênero. O STF está no limite de ultrapassar a esfera da tripartição dos poderes, diante da morosidade legislativa.

A decisão do STF é acertada, pois, o judiciário ainda exerce a fiscalização dos serviços notariais, é uma postura razoável da Corte, mas, ainda é um paliativo, visto que, a lacuna legislativa no Brasil é suprida pela jurisprudência na interpretação dos princípios constitucionais e de direitos humanos, ou ainda, por decretos e portarias do Poder Executivo, aos quais não é atribuída a segurança jurídica da norma legal *stricto sensu*, posto que podem ser substituídos a critério deste ou daquele governo, desta ou daquela composição do tribunal, neste tema, mas, em outros não.

É urgente a consagração no Brasil de lei que defina e garanta os direitos fundamentais da personalidade aplicáveis às pessoas transgênero, com o viés de interromper as limitações à dignidade humana decorrentes da não observância desses mesmos direitos. No direito comparado, temos como exemplo a Lei de Identidade de Gênero da Argentina, de 23 de maio de 2012. Estabelece o diploma estrangeiro em seu artigo segundo:

Definição. Se entende por identidade de gênero a vivência interna e individual do gênero tal como cada pessoa a sente, a qual pode

corresponder ou não com o sexo atribuído no momento do nascimento, incluindo a vivência pessoal do corpo. Isto pode envolver a modificação da aparência ou função corporal através de meios farmacológicos, cirúrgicos ou de outra natureza sempre que isso seja livremente escolhido. Também incluem outras expressões de gênero, como as roupas, o modo de falar e comportamento<sup>15</sup>. (ARGENTINA, 2012, p. 1).

O diploma argentino ampara satisfatoriamente os direitos à identidade de gênero, posto que este é eficiente em reconhecer a identidade de gênero e estabelecer os direitos a ela inerentes. Segundo a lei toda pessoa tem direito:

- a) Ao reconhecimento de sua identidade de gênero;
- b) Ao livre desenvolvimento de sua pessoa conforme a sua identidade de gênero
- c) A ser tratada de acordo com a sua identidade de gênero e, em particular, de ser identificada deste modo nos instrumentos que acreditam a sua identidade com respeito da/dos prenome/s, imagem e sexo com os que ali estão registrados<sup>16</sup>. (ARGENTINA, 2012, p. 1).

Deve-se reconhecer o mérito do dispositivo em não dificultar o reconhecimento da identidade de gênero para as pessoas através da alteração do registro civil do prenome, sexo e imagem, bastando para as pessoas maiores a declaração de que se encontra amparada pela lei.

Quanto à retificação do registro civil a Lei de Identidade de Gênero argentina, determina que qualquer pessoa que declarar-se amparada pela lei pode comparecer ao que corresponde ao Registro Civil das Pessoas Naturais no Brasil, para assim requerer a retificação registral. Para as pessoas menores de idade a lei daquele país exige apenas a representação pelos responsáveis o livre consentimento da criança ou adolescente e a assistência de um advogado, com o procedimento considerando os princípios da capacidade progressiva e do melhor interesse da criança e adolescente.

De acordo com a norma de direito comparado em estudo, não

15 Tradução livre.

16 Tradução livre.

é necessário para autorizar a alteração do registro civil nenhum procedimento administrativo ou judicial. Também não é requisito prévia adoção de procedimento cirúrgico de redesignação sexual total ou parcial, nem a realização de terapias hormonais, ou ainda, qualquer outro tratamento psicológico ou médico.

Os trâmites para o procedimento de retificação de registro da lei estrangeira são gratuitos sem necessidade de intermediação de advogado. A retificação não altera a titularidade de direitos e obrigação da pessoa, nem as provenientes das relações de família, que se mantém intactas, inclusive para efeitos de adoção. Percebe-se que no caso argentino não há nenhum prejuízo para a pessoa ou para a sociedade quando se vê reconhecida a identidade de gênero do indivíduo.

Em comparação com o Brasil temos que são dois países em contextos sociais semelhantes, em que pese os problemas de violência que envolvem as pessoas transgênero serem mais acentuados no Brasil, pois, como já nos referimos o país é o que mais mata pessoas transexuais e travestis no mundo. As Américas Central e do Sul, onde os dois países estão situados respondem por 78,1% dos assassinatos contra pessoas transexuais e travestis no mundo (LAGATA; BALZER; BERREDO, 2016).

Todavia, temos que a Argentina, inspirada pelos princípios de Yogyakarta sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e à identidade de gênero conseguiu elaborar um diploma garantista que afirma e concede o direito ao reconhecimento da identidade de gênero no ordenamento jurídico interno. Enquanto o Brasil negligencia o reconhecimento legal desse direito enquanto encabeça a lista dos países que mais matam pessoas transgênero no mundo.

## 6. CONCLUSÃO

Para a análise da problemática do não reconhecimento do direito à identidade de gênero das pessoas transgênero no ordenamento

jurídico pátrio, precisou-se conceituar elementos importantes que compõem a temática. Seguidamente, elucidou-se o contexto social a que são submetidas para, a partir de então, justificar a proteção jurídica pertinente sob a ótica dos direitos fundamentais da personalidade.

A opção metodológica encontra a solução jurídica para a tônica a partir do reconhecimento dos direitos da personalidade das pessoas transgênero, alinhada à visão jus-humanista do direito para a consolidação da garantia dos direitos humanos fundamentais desses indivíduos. O estudo aprofunda-se em busca do reconhecimento pleno do direito à identidade, culminando em conceituar o direito à identidade de gênero.

Discorre-se sobre a abordagem dos direitos da personalidade dada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Observada a deficiente produção normativa legal, aponta-se que a regulamentação dada ao tema encontra embaraços por não reconhecer plenamente a identidade transgênero. Ao passo disto, esforços da jurisprudência pátria atuam para abarcar as demandas dos indivíduos transgênero pela garantia dos direitos fundamentais na consolidação dos direitos humanos, com destaque para o julgamento recente da ADI 4275 em 1º de março de 2018.

Apresenta-se como parâmetro de direito comparado a lei argentina de identidade de gênero a fim de justificar a tese, por ser este um exemplo de experiência positiva na concretização da teoria do reconhecimento dos direitos da personalidade trans no ordenamento jurídico de um país latino-americano.

Por fim, conclui-se, apesar dos avanços jurisprudenciais no STF, como necessária a atenção sobre o fenômeno jurídico que envolve os direitos da personalidade das pessoas transgênero no Brasil, apontando como solução para a temática a produção normativa de diploma legal que fundamente e garanta a estas pessoas o efetivo direito de ver sua identidade de gênero reconhecida e de receber a proteção jurídica do Estado para o pleno desenvolvimento da dignidade humana.

## REFERÊNCIAS

ARGENTINA. *Ley 26 743*. Establecése el derecho a la identidad de género de las personas, Promulgada em 23 de maio de 2012. Disponível em: <<http://www.defensorba.org.ar/pdfs/Ley-de-Identidad-de-Genero-y-Aspectos-Destacados.pdf>>. Acesso em 01/09/2017.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. 8. ed., rev., aum. e mod. por Eduardo C. B. Bittar. — São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. *Código Civil*. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em 05/08/2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado Federal: 2013. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em 01/11/2017.

BRASIL. *Informativo de Jurisprudência n° 0608*. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Publicação em 30/08/2017-a. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/docs\\_internet/informativos/PDF/Inf0608.pdf](http://www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/PDF/Inf0608.pdf)>. Acesso em 03/11/2017.

BRASIL. *Portaria MS n° 2.803*, de 19 de novembro de 2013. Disponível em: <[http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt2803\\_19\\_11\\_2013.html](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt2803_19_11_2013.html)>. Acesso em 01/10/2017

BRASIL, *Recurso Especial 1.626.739/RS*. Superior Tribunal de Justiça. Rel. Ministro Luiz Felipe Salomão. Quarta Turma. julgado em 09/05/2017-b, DJe 01/08/2017. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201602455869&dt\\_publicacao=01/08/2017](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201602455869&dt_publicacao=01/08/2017)>. Acesso em: 03/11/2017.

BRASIL. *Resolução CFM n° 1.955/2010*. Publicada em 02 de dezembro de 2002. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955\\_2010.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955_2010.htm)>. Acesso em 03/10/2017.

BRASIL, *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4275/DF*. Supremo Tribunal Federal. Rel. Ministro Marco Aurélio de Mello. julgado em 01/03/2010, DJe 09/03/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2691371>>. Acesso em: 13/03/2018.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada*. Saraiva: São Paulo, 2005

COSTA, Ana Paula Correia de Albuquerque. *Direitos Humanos na seara jusprivatista: a tutela da personalidade*. Humanização do Direito Civil Constitucional: Perspectivas e desafios – Organizadores: Adriano Marteleto Godinho; Ana Paula Correia de Albuquerque da Costa; Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa–Florianópolis: Conceito Editorial, 2014

FLORES, Joaquim Herrera. *A reinvenção dos direitos humanos*. Tradução de: Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. – Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009

GOMES, Orlando. *Direitos da personalidade*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 3, n. 11, p. 39-48, set. 1966.

LAGATA, Carla; BALZER, Carsten; BERREDO, Lukas. *Informe anual del TMM 2016*:

2.190 asesinatos son sólo la punta del iceberg – Una introducción al proyecto Observatorio de Personas Trans Asesinadas. Serie de Publicaciones TvT, vol. 15, 2016.

NETO, Carlos Gonçalves de Andrade; ALVES, Jaiza Sammara de Araújo Alves. *Direito ao Nome e a Identidade de Gênero no Brasil e na Argentina*. Iusgentium, v.12, n.6, dezembro de 2015.

OLIVEIRA, José Sebastião de; CAVALCANTI, Rodrigo de Camargo. *Direitos da personalidade: a proporcionalidade nas doutrinas de Robert Alexy e do jus-humanismo normativo no direito brasileiro*. Universitas Jus, Brasília, v. 27, n. 3, 2017 p. 119-127.

RANGEL JURADO, Daniel. *Extendiendo el derecho a todos los derechos: la difusión transnacional del reconocimiento legal de la identidad de género*. Colombia Internacional, no. 87, 2016.

PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. *Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero*. Disponível em: <[http://www.clam.org.br/pdf/principios\\_de\\_yogyakarta.pdf](http://www.clam.org.br/pdf/principios_de_yogyakarta.pdf)>. Acesso em: 20/09/2017.

RIBEIRO, Teixeira. *Lições de Direitos da Personalidade*. Universidade de Coimbra, 1991

RIO GRANDE DO SUL. *Apelação Cível n° 700661053880*. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Julgado em 24 de junho de 2015. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/download/exibe\\_documento.php?numero\\_processo=700661053880&ano=2015&codigo=1009124](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?numero_processo=700661053880&ano=2015&codigo=1009124)>. Acesso em: 03/11/2017.

SCHEREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. Rio de Janeiro: Atlas, 2014

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos da Personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

Tribunal Europeu de Direitos Humanos. *Caso Goodwin v. the United Kingdom*, julgamento, n°. 28957/95. Julgamento em 11 de julho de 2002. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60596>>. Acesso em 03/11/2017.

# MULTIPARENTALIDADE: A EXPERIÊNCIA JURÍDICA BRASILEIRA NO SENTIDO DE CONSAGRAÇÃO DOS VÍNCULOS BIOLÓGICOS E SOCIOAFETIVOS DE FORMA CONCOMITANTE

**Bárbara Fernandes Barbalho<sup>1</sup>**

## 1. INTRODUÇÃO

A família é a base de toda sociedade, uma vez que é o ponto de origem de todo ser humano, é o primeiro contato que todos têm com o mundo. Sendo, portanto, nela o local onde se desenvolve o processo de socialização do indivíduo, sendo a família indispensável à formação deste. Dessa forma, a família se faz extremamente importante, devendo sempre ser protegida e amparada por todas as maneiras possíveis.

A Constituição Federal de 1988 provocou uma importante alteração no Direito de Família através do princípio da igualdade da filiação, introduzindo no ordenamento jurídico uma mudança de valores nas relações familiares, que passaram não mais a se constituir com base no matrimônio, mas sim pautadas pelo afeto, amor e respeito entre seus membros.

Tal mudança influenciou sobremaneira na determinação de uma nova paternidade, fruto do afeto. Nesse contexto, passaram a emergir conflitos entre critérios de filiação, para reconhecimento de paternidade/maternidade, ficando a cargo de o magistrado analisar qual critério deverá prevalecer.

---

1 Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Goiás.

Diante deste impasse jurídico, surge a multiparentalidade como uma solução, uma vez que privilegia a prevalência da observância dos interesses da criança e adolescente, não sendo mais necessário que se faça a opção por uma única e singular paternidade. Ademais, a multiparentalidade também contempla a dignidade da pessoa humana de todos os envolvidos, bem como consagra outros princípios constitucionais e infralegais.

Apesar de a multiparentalidade ser comumente encontrada nas famílias brasileiras, por meio das famílias recompostas, as quais serão tratadas neste artigo, esse instituto ainda não é reconhecido pelo ordenamento jurídico pátrio.

Doutrina e jurisprudência reconhecem a multiparentalidade como novo instituto do Direito de Família, embora não seja um assunto totalmente pacificado, havendo divergências sobre sua aplicação ou não. Nessa esteira, em se tratado de tema de extrema relevância, por envolver importantes preceitos fundamentais, importante se faz estudo aprofundado acerca desse novel instituto jurídico para sua adequação e aplicação ao ordenamento jurídico pátrio, vez se tratar de uma realidade cada vez mais presente no mundo contemporâneo.

Reconhecer juridicamente a multiparentalidade é trazer para a tutela do Poder Judiciário uma situação frequente que se dá no mundo dos fatos.

Dessa forma, o presente artigo buscará, de forma simplificada, analisar a filiação no ordenamento jurídico brasileiro com o advento da Constituição Federal de 1988, especialmente no que tange à igualdade entre as paternidades biológica e sociafetiva. Ao final, buscará analisar a experiência jurídica da multiparentalidade nos casos em que esta for a realidade vivida pelo núcleo familiar em questão.

## 2. FAMÍLIA

O instituto familiar tem sofrido, ao longo dos anos, significativa evolução. Aquele modelo “ideal” de família, patriarcal, conservador e

pautado no matrimônio, instituído pelo Código Civil (CC) de 1916, deixou de ser o único tipo familiar aceito e, aquelas famílias que não se constituíam pelo casamento e que antes eram marginalizadas, deixaram de o ser com o advento da Constituição Federal de 1988, a qual trouxe a democratização da família brasileira.

A Constituição Federal revolucionou o conceito de família existente no direito brasileiro, ao estender o conceito de família, trazendo, além da família matrimonial, as pautadas na união estável e homoafetiva e, também aquelas formadas por apenas um dos pais e sua prole – família monoparental. Contudo, esse rol traduzido pela Carta Maior não é taxativo, mas sim exemplificativo. Tal afirmativa fundamenta-se no artigo 227, do referido diploma legal, ao preceituar que a família deve ser resguardada de toda e qualquer forma de discriminação.

Essa nova concepção de família também se apoia nos princípios constitucionais aplicáveis ao Direito de Família, dentre eles os princípios da Afetividade, da Igualdade, da Convivência Familiar, do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente e, principalmente o princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Por tais princípios, inaceitável se faz qualquer distinção entre os modelos familiares existentes, devendo a todos estes, amparo e proteção jurídica integrais.

Dessa forma, todo tipo de arranjo familiar é aceito pelo Direito de Família atual, afinal não há como se prevê todos os moldes pelos quais uma família se constituirá, dada a multiplicidade de laços e relações. São inúmeros os modelos familiares, como por exemplo, as famílias monoparentais, anaparentais, eudemonistas e as famílias reconstituídas, dentre tantas outras.

A família passou a ser o local de realização pessoal do ser humano (família eudemonista), onde há a busca pela felicidade de todos os seus membros, prevalecendo a solidariedade, o respeito e o amor. Assim, o conceito de família está atrelado ao afeto e não mais apenas aos aspectos biológico, genéticos. É pelo afeto que se demonstra a nítida, inquestionável e real relação parental, independente de vínculos naturais.

Assim, diante dessa evolução e dos avanços sociais ocorridos, o Direito de Família se constitucionalizou, a família deixou de ser aquele ente formal, hierarquizado, patrimonializado e patriarcal de outrora e passou a ser um instituto de realização mútua e pessoal, em busca da felicidade de seus membros, que juntos contribuem para tal.

É nesse contexto, nesse novo perfil da família contemporânea, que tem o afeto como centro da constituição familiar, que surge o instituto da multiparentalidade, admitindo-se a coexistência entre vínculos afetivos e biológicos. Por meio deste instituto, há o reconhecimento da existência simultânea de duplas paternidades e/ou maternidades para uma mesma pessoa.

A multiparentalidade, portanto, surge da parentalidade socioafetiva, na qual alguém passa a possuir filho de outrem como se seu fosse, tratando-o como filho perante a sociedade, amando, cuidando, educando como pai/mãe. Atribuindo para si direitos e deveres oriundos dessa filiação.

## **2.1. Entidades familiares**

Entidade familiar é, nas palavras de Roberto Senise Lisboa, “todo grupo de pessoas que constitui uma família” e, diante das modificações que a sociedade sofreu, a concepção de família hoje é outra (LISBOA, 2006, p. 44).

O texto constitucional de 1988, visando acompanhar os progressos da vida social, passou a reconhecer os diversos tipos familiares existentes, e não mais apenas as famílias constituídas pelo matrimônio, como alhures mencionado.

Apesar de a Carta Maior não abarcar todos os modelos familiares existentes, entende-se que a intenção não era estabelecer um rol taxativo de todas as entidades familiares, até porque há uma multiplicidade destas, sendo, portanto, apenas um rol exemplificativo.

Tal rol não é taxativo porquanto a Constituição não poderia prever todos os moldes pelos quais uma família poderia se constituir

com o passar dos anos, com as evoluções sociais e jurídicas do tempo.

A pluralidade familiar se dá, principalmente, pelo fato de a família atual formar-se pelo vínculo do afeto. Essa família moderna se desgarrou de elementos como o vínculo biológico para sua constituição, por exemplo, sendo norteadas por vínculos psicológicos do afeto, dando margem para o surgimento desses diversos modelos familiares, os quais serão abordados a partir de agora.

Dentro desses tipos familiares, tem-se a já conhecida *família matrimonial*, sendo aquela constituída pelo casamento. Mesmo não sendo mais a única forma de família aceita juridicamente no Brasil, a família matrimonial ainda é o modelo mais tradicional e solene de constituição familiar (LÔBO, 2011).

Há também, as chamadas *famílias informais*, que eram as famílias marginalizadas à época do antigo estatuto civil. A Carta Constitucional de 1988 trouxe dignidade ao concubinato, denominado-o união estável (MADALENO, 2011), conforme disposição do artigo 226, § 3º, da Constituição Federal.

Ainda segundo o referido artigo 226, da Constituição Federal, em seu § 4º, é reconhecida como entidade familiar a *família monoparental*, sendo esta formada por qualquer um dos pais e seus descendentes, biológicos ou adotivos.

Outro tipo familiar são as chamadas *famílias aparentais* ou *anaparentais*, as quais se caracterizam pela ausência de uma pessoa que ocupe a posição de ascendente, como na hipótese da convivência apenas entre irmãos (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010). Não é a diferença de gerações, não é a verticalidade dos vínculos parentais que formam uma família merecedora de proteção jurídica (DIAS, 2013). A convivência entre parentes ou não parentes, com um propósito familiar, enseja o reconhecimento dessa como entidade familiar, batizada de família aparental ou anaparental (BARROS, 2003).

Esse modelo familiar foi reconhecido quando, em 2012, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), relativizou a proibição contida no

artigo 42, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, ao permitir que pessoas que não eram casadas, nem viviam em união estável, adotassem conjuntamente uma criança. No caso destacado pelo Tribunal, dois irmãos que criavam uma criança já há alguns anos, desenvolvendo relações de afeto para com esse menor, tiveram o direito de adotá-lo. Nessa decisão, a Ministra (Min.) relatora Nancy Adrighi afirmou que, “conceito de núcleo familiar estável não pode ficar restrito às fórmulas clássicas de família, mas pode, e deve ser ampliado para abarcar a noção plena de família” (BRASIL, 2012).

A *família natural* vem conceituada no artigo 25, do ECA, ao afirmar que essa é a “comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes”, ligando-se portanto, à ideia de família biológica (DIAS, 2013, p. 57). Contudo, a Lei nº 12.010/2009 estendeu esse conceito, desatrelando a família da necessidade do vínculo biológico, ao introduzir a definição de *família extensa* ou *ampliada*, como sendo “aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade”, contido no parágrafo único do já citado artigo do Estatuto (BRASIL, 2009).

O ECA também faz menção à *família substituta*, que é aquela formada mediante adoção. Contudo, segundo o próprio ECA, as crianças e os adolescentes devem ser mantidos no seio da família natural ou, não sendo isso possível, na família extensa. Só esgotadas essas duas possibilidades, encaminha-se a criança a uma família substituta. Percebe-se, então, o caráter excepcional da família substituta, sendo essa a última opção de inclusão do menor em uma família (DIAS, 2013).

Em maio de 2015 foram julgadas a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277, sendo esse um momento histórico para Brasil e avanço gigantesco para o Direito das Famílias. Nesse julgamento a união entre pessoas do mesmo sexo, ou seja, a *união homoafetiva*, foi reconhecida como entidade familiar,

decorrendo todos os direitos e deveres que emanam da união estável entre casais heteroafetivos, consagrada no art. 226, § 3º, da Constituição Brasileira e no art. 1.723, do Código Civil.

Além desses modelos familiares, há de se falar nas *famílias eudemonistas*, sendo estas aquelas entidades familiares que buscam a felicidade individual e emancipação de seus membros (MADALENO, 2011). Segundo leciona Maria Berenice Dias, o eudemonismo é a doutrina que coloca como principal objetivo do ser humano a busca por sua felicidade individual (DIAS, 2013). Ainda nas palavras da desembargadora aposentada:

A ideia de família formal, decorrente do casamento, vem cedendo lugar à certeza de que são as relações afetivas o elemento constitutivo dos vínculos interpessoais. É o afeto que organiza e orienta o desenvolvimento da personalidade e assegura o pleno desenvolvimento do ser humano. A busca da felicidade, a supremacia do amor, a vitória da solidariedade ensejam o reconhecimento do afeto como único modo eficaz de definição da família e de preservação da vida. Esse, dos novos vértices sociais, é o mais inovador. (DIAS, 2013, p. 58).

Há ainda um tipo familiar novo, trazido por Jones Figueirêdo Alves em artigo publicado no Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), que são as *famílias mútuas*. Segundo ele, são aquelas decorrentes da troca errônea de bebês em maternidades. Nesses casos famílias assumem como seus, filhos de outros, estabelecendo vínculos de afeto com o bebê. Jones Figueirêdo registra que, na maioria desses casos, os pais decidem manter a filiação registral, civil e sociafativa, ao invés da biológica, em virtude da paternidade sociafativa já estabelecida.

Por fim, tem-se a *família recomposta, reconstituída, pluriparental* ou ainda *família mosaico*. Esse tipo familiar pode ser representado por aquela famosa frase “os meus, os seus e os nossos”.

Em face da dinamicidade dos relacionamentos interpessoais, não há que se falar mais em um modelo familiar único, tradicional. Famílias são feitas e desfeitas a todo momento sendo inquestionável a realidade multifacetada da atual família brasileira.

Diversas são as denominações dadas às famílias recompostas, tais como reconstruídas, pluriparentais, multiparentais, família mosaico, etc. Na Argentina, essas estruturas familiares são denominadas famílias *ensambladas*, em inglês são as *stepfamilies* e em francês *recomposée* (FARIAS; ROSENVALD, 2014). As famílias recompostas são aquelas entidades familiares constituídas por uma recomposição afetiva, formada por um par afetivo, onde um deles ou ambos têm filhos advindos de uma relação familiar anterior (MADALENO, 2011).

Nessas famílias há a coexistência de dois vínculos de parentalidade que se cruzam em relação aos filhos, o do pai ou mãe e o do padrasto ou madrasta. Então, nesses tipos familiares tem-se a criação de novos papéis no convívio familiar, em que o padrasto/madrasta desenvolve função no cuidado dos enteados, sem afastar a função da maternidade ou paternidade biológica ou socioafetiva anterior (FARIAS; ROSENVALD, 2014).

Apesar do crescente número de famílias reconstruídas, a manifestação jurídica sobre o tema ainda é incipiente, não havendo um devido tratamento legal a essas entidades familiares. O dispositivo mais antigo a tratar sobre o tema é o artigo 1.595, do Código Civil, que estipulou o parentesco por afetividade do cônjuge aos parentes do outro, não só aos descendentes, mas também aos ascendentes e irmãos. Entretanto, as relações estabelecidas entre esses parentes afins e as novas famílias, não estão tratadas em lei (TEIXEIRA; RODRIGUES, 2010).

A respeito do reconhecimento jurídico da família recomposta, tem-se a Lei nº 11.924/2009, que modificou o artigo 57, da Lei nº 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos), a qual passou a admitir que o enteado/enteada, possa requerer judicialmente que seja averbado no seu registro público o nome da família de seu padrasto/madrasta, sob motivo relevante, com a concordância de ambas as partes e sem prejuízo de seus apelidos de família (LÔBO, 2011).

Essa Lei de Registros Públicos representa um grande avanço no campo da filiação socioafetiva, especialmente quando essa adoção do sobrenome dos pais afetivos advém de um abandono material,

psicológico e afetivo por parte do genitor biológico e o enteado/enteada já está totalmente integrado ao novo arranjo familiar constituído (MADALENO, 2011).

Dessa forma, tem-se que a afetividade é uma espécie de vetor para a construção de uma nova composição ao Direito de Família. Os laços familiares e afetivos criados nos núcleos familiares passam a se tornar mais importantes do que o modelo pelo qual essa família se apresenta à sociedade (TEIXEIRA; RODRIGUES, 2010). Essa vem sendo uma nova tendência seguida pelo Direito de Família.

Fato é que a paternidade não mais se explica apenas na descendência genética, pelo vínculo biológico, pois, aquele que se faz presente cotidianamente, estabelecendo vínculo afetivo, tratando-o como filho perante a sociedade, além de lhe emprestar o nome, também pode (e deve) ser reconhecido como pai ou mãe (FACHIN, 2003).

Com aumento nos números de divórcios, há a conseqüente formação de novos modelos familiares, constituídos por várias espécies de filhos. É a multiparentalidade representando o que vem ocorrendo nas famílias atuais, modificando aqueles tradicionais conceitos de filiação (CAVALCANTI, 2007).

### **3. PRINCÍPIOS BASILARES DO DIREITO DE FAMÍLIA APLICÁVEIS AO TEMA**

Após apresentação do contexto histórico da família e das suas variadas espécies, bem como demonstração do estágio atual da família brasileira, faz-se oportuno e necessário o estudo dos princípios norteadores do Direito de Família pertinentes ao tema em estudo, uma vez que os princípios são norteadores do Direito na busca do ideal de justiça.

#### **3.1. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**

Segundo afirma Maria Berenice, o princípio da dignidade da pessoa humana é o mais universal de todos os princípios, pois dele

irradiam todos os demais, é um macroprincípio (DIAS, 2015).

É o princípio fundamental na Constituição da República de 1988, disposto no artigo 1º, III, da Carta Política.

Esse princípio também encontra-se elencado no capítulo da Constituição Federal que trata da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso, conforme artigo 226, §7º. A dignidade da pessoa humana também está presente no preâmbulo e no artigo 1º, da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948.

O direito de família é, de todos os ramos do Direito, o mais humano, portanto, essencial se faz pensar o Direito de Família contemporâneo sob a ótica do Direitos e da Dignidade da pessoa humana (GONÇALVES, 2009).

Aplicando-se esse princípio ao direito familiar, permite-se que cada pessoa possa viver plenamente conforme desejar, além de poder adotar qualquer molde familiar que lhe seja ideal, aquele modelo de família no qual cada um encontre sua paz e felicidade. A família ganha proteção jurídica independentemente qual seja sua origem ou sua forma. Assim, passa a preservar qualidades mais relevantes entre os entes familiares, como o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, o amor, etc. (DIAS, 2015).

Ou seja, a aplicação desse princípio ao Direito de Família dá igual dignidade à todos os modelos familiares já analisados, que surgiram com a evolução da família, como as famílias homoafetivas, as monoparentais, as multiparentais (VILAS-BÔAS; BRUNO, 2015).

Por fim, as palavras de Renata Malta e Susana de Moraes resumem de forma espetacular a relação do princípio da dignidade da pessoa humana com do direito familiar à multiparentalidade ao afirmarem:

[...] diante do princípio da dignidade da pessoa humana, é possível que a multiparentalidade seja considerada no âmbito jurídico brasileiro, pois quando se trata de criança ou adolescente, tudo o que for melhor para o seu interesse deve ser respeitado, principalmente a sua dignidade. (VILAS-BÔAS; BRUNO, 2015, p. 70)

Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana, considerado o princípio base de todo o ordenamento jurídico brasileiro, tem estreita relação com o Direito de Família, especialmente no que se refere à multiparentalidade, vez que, a possibilidade de aplicação deste instituto respeita o melhor interesse da criança e do adolescente, respeitando assim a dignidade destes. Não só da criança e do adolescente, mas dos adultos envolvidos nessa relação multiparental, que veem sua dignidade respeitada, ao ter direito de reconhecer como filhos, aqueles que assim consideram.

### **3.2. Princípio do Pluralismo das Entidades Familiares**

Ao longo dos anos a família sofreu diversas mudanças, apresentando-se atualmente sob novos contornos, com diversificados arranjos familiares. Contudo, até o advento da Constituição Federal de 1988, era só por meio do casamento que a família podia ser constituída, restando marginalizados qualquer outro modelo familiar (MADALENO, 2011).

Logo, foi com a Constituição da República que ampliou-se o conceito de família, a partir do momento que o casamento deixou de ser visto como o único meio de formação de uma família (DIAS, 2015). Esse princípio, nada mais é do que o reconhecimento pelo Estado da possibilidade de existirem diversificados arranjos familiares (ALBUQUERQUE FILHO, 2002).

Portanto, esse princípio possibilita uma liberdade na formação de entidades familiares, com a devida proteção jurídica cabível à família, promovendo assim a dignidade da pessoa humana de cada um de seus membros. Percebe-se que o único critério exigível para a constituição de um ente familiar é o afeto que vincula seus membros.

### **3.3. Princípio da Igualdade**

O princípio da igualdade nas relações familiares, segundo Maria Berenice Dias (*apud* VILAS-BÔAS; BRUNO, 2015) está ligado intimamente com o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez

que é indigno não tratar de forma igualitária os diferentes tipos de arranjos familiares.

A palavra de ordem de acordo com esse princípio é eliminar toda desigualdade entre as diversas formas de constituição familiar, na classificação dos filhos, na relação entre os cônjuges, entre outras coisas (MADALENO, 2009).

### **3.4. Princípio da Liberdade**

O homem necessita de liberdade para poder se desenvolver, fazendo ou deixando de fazer algo por sua própria vontade, quando não em virtude de lei, respeitando sempre o direito do próximo, evitando assim abusos, arbitrariedades e prepotência (MADALENO, 2011).

O princípio da liberdade diz respeito à liberdade de escolha e constituição do ente familiar, sob o arranjo desejado, livre de qualquer imposição ou restrição, seja da sociedade, do legislador; à livre decisão acerca do planejamento familiar (artigo 1.565, § 2º, CC); à liberdade de administração do patrimônio da família; à liberdade de educação dos ensinamentos religiosos e culturais passados aos filhos; à livre formação dos filhos, respeitando suas dignidades como ser humano; etc. (LÔBO, 2011).

Por esse princípio, é assegurado o direito de constituir ou dissolver uma relação conjugal, uma união estável hétero ou homoafetiva, assim como o direito de recompor novos núcleos familiares (DIAS, 2015, p. 46), conforme inteligência do artigo 1.513, do Código Civil.

### **3.5. Princípio da Solidariedade Familiar**

Esse princípio se origina por meio dos vínculos afetivos, possuindo forte conteúdo ético, pois compreende, em suas entranhas, as noções de fraternidade e reciprocidade, afinal, a pessoa só existe enquanto coexiste (DIAS, 2015).

A solidariedade familiar nada mais é que uma reciprocidade entre cônjuges/companheiros na assistência material e moral da

convivência cotidiana (LÔBO, 2011).

Portanto, foi pela superação dos direitos individuais em favor dos direitos sociais que se originou a solidariedade. O Direito da Família pertence aos direitos sociais, os quais são frutos da evolução dos direitos humanos (MACIEL, 2007). O princípio da solidariedade familiar deve ser analisado de forma abrangente, ao destacar tanto o seu aspecto material, no que diz respeito aos alimentos, como no seu aspecto fraternal, ao consagrar o respeito e cooperação mútuos.

### **3.6. Princípio da Convivência Familiar**

O princípio da convivência familiar está expressamente contemplado no artigo 227, *caput*, da Constituição de 1988.

Dessa forma, a convivência familiar se tornou um direito fundamental, o qual confere ao indivíduo o direito de viver cotidianamente com os membros de sua unidade familiar, valorizando assim o afeto nas relações familiares.

Consiste na comunhão de vida entre os membros de uma família, “na relação diuturna e duradoura entre os integrantes da família, seja por força de vínculos de parentesco, seja em razão de liames de conjugalidade” (GAMA, 2008, p. 85). O convívio em família é de extrema importância, pois é na família que a pessoa é construída, em seus valores morais, sociais, éticos, culturais, políticos, religiosos, etc. (VILAS-BÔAS; BRUNO, 2015).

Portanto, fica perceptível a importância do respeito a esse princípio constitucional, uma vez que é por meio do convívio no ambiente familiar que o afeto entre seus membros é construído, sendo esse o quesito essencial na constituição de uma família.

### **3.8. Princípio da Proteção Integral e do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente**

Esse princípio se fundamenta no artigo 227, da Constituição de 1988. De acordo com ele, crianças e adolescentes devem ter seus

direitos vistos como prioridade por todos, uma vez serem pessoas possuidoras de dignidade (LÔBO, 2011, p. 75). Visando assegurar os direitos e garantias da criança e do adolescente foi sancionada a Lei nº 8.069 de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), o qual obriga a legislação penal e civil, no que diz respeito às normas protetivas à criança e ao adolescente (VILAS-BÔAS, 2015).

Nota-se que o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente veio para salvaguardar todos os direitos e garantias inerentes a esses, assegurando-lhes o pleno desenvolvimento, livre de qualquer abuso que possa advir das partes mais fortes da relação (pais, Estado, sociedade, etc.).

### **3.9. Princípio da Afetividade**

Trata-se do princípio mais importante para o Direito de Família, já que a afetividade tornou-se o requisito essencial na composição de qualquer núcleo familiar. Em virtude da multiplicidade de arranjos familiares, a família passou a fixar seu vínculo por elos afetivos, em detrimento a qualquer outro elo, seja biológico ou patrimonial (VILAS-BÔAS; BRUNO, 2015).

Embora o princípio em pauta não esteja contido explicitamente na Carta Constitucional, é ele o fundamento de todas as relações familiares atualmente, pois seu caráter constitucional está implícito, por se originar de diversos outros princípios constitucionais explícitos (VILAS-BÔAS; BRUNO, 2015), em especial os princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar, servindo como um instrumento a garanti-los.

Assim, mesmo sem previsão legal expressa, é notório no meio jurídico que a sensibilidade dos juristas seja capaz de configurar a afetividade como um princípio no ordenamento jurídico brasileiro, já que os princípios jurídicos nada mais são do que abstrações feitas pelos intérpretes através das normas, costumes, doutrinas jurisprudências, etc. (TARTUCE, 2012).

Logo, pode-se concluir que o princípio da afetividade é

reconhecimento jurídico do vínculo afetivo que se estabelece nas relações familiares, relações essas baseadas no amor, carinho, zelo e proteção entre seus membros.

#### 4. MULTIPARENTALIDADE

Como já analisado previamente, por muito tempo o critério utilizado no Brasil para a definição da paternidade/maternidade era apenas o biológico, sendo o matrimônio o legitimador da filiação. Contudo, tal critério não era de todo suficiente, uma vez que antes da descoberta do exame de DNA não era possível atestar plenamente o vínculo biológico filial.

Todavia, diante da evolução pela qual passou o instituto da família, esse cenário tem se modificado. Com o advento da Constituição Federal de 1988 e, posteriormente, do Código Civil de 2002, a distinção entre filhos legítimos e ilegítimos foi, de uma vez por todas, extinta e, desvinculada a filiação do estado civil dos pais. É a igualdade passando a nortear as relações familiares, como assevera Almeida e Rodrigues:

O ponto culminante desse processo ocorre com a Constituição Federal de 1988 que, coerentemente à instauração jurídica voltada a dar importância a situações existenciais, fixa o os princípios da igualdade dos filhos e da desvinculação de sua qualidade ao estado civil dos pais. Dispõe taxativamente o art.227, §6º, que “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. Filho, a partir de então, representa termo unísono, não influenciando sequer a origem na sua conceituação e nos seus efeitos. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p.348).

Houve uma democratização da família, passando essa a ser um espaço de respeito mútuo, de solidariedade, de autoconhecimento, de busca pela felicidade de cada indivíduo sendo aceitável, portanto qualquer modelo familiar que venha a ser formado. O afeto passa a ser o requisito norteador à formação da instituição familiar, possibilitando a constituição de famílias sob qualquer molde.

Tendo em vista essas novas acepções do instituto familiar, pode-se considerar que a paternidade/maternidade pode ser definida por critérios biológicos, civis ou socioafetivos. Em casos de dúvidas ou de interesses conflitantes, qual desses critérios deveria prevalecer? Objetivando solucionar esse impasse que surge no ordenamento jurídico brasileiro a figura da multiparentalidade. Ela emerge como meio de resolução de conflitos judiciais, possibilitando a concomitância dos vínculos biológicos e afetivos.

O instituto da multiparentalidade surge então devido às mudanças ocorridas na família brasileira. A grande quantidade de separações, divórcios e dissoluções de união estável, enseja a formação de novos modelos familiares, novos rearranjos familiares, na verdade. Famílias são reconstituídas (VILAS-BÓAS; BRUNO, 2015). Família recomposta é aquela constituída pela união de um casal, na qual um dos cônjuges ou ambos tenham filhos oriundos de união anterior.

De acordo com Dias (2010, p. 49) a multiparentalidade “decorre da peculiar organização do núcleo, reconstruído por casais onde um ou ambos são egressos de casamentos ou uniões anteriores. Eles trazem para as novas famílias seus filhos e, muitas vezes, têm filhos em comum”.

A multiparentalidade é a possibilidade jurídica dada aos pais biológicos e/ou afetivos de manterem ou estabelecerem os vínculos parentais, com base no respeito aos princípios da dignidade da pessoa humana e da afetividade (PÓVOAS, 2012).

Diante dessas mudanças ocorridas no Direito de Família brasileiro, a multiparentalidade é um fenômeno muito comum nos dias de hoje, sendo perfeitamente viável a coexistência de vínculos biológicos e afetivos, fazendo-se mais que um direito, uma obrigação, a preservação dos direitos fundamentais de todos os envolvidos (ABREU, 2014).

Para Zamattaro, “a multiparentalidade deve ser entendida como a possibilidade de uma pessoa possuir mais de um pai e/ou mais de

uma mãe, simultaneamente, produzindo efeitos jurídicos em relação a todos eles, inclusive, ao que tange o eventual pedido de alimentos e até mesmo herança de ambos os pais” (ZAMATARO, 2013).

É inegável o clamor doutrinário e jurisprudencial acerca da prevalência do afeto em detrimento de vínculos genéticos, já que a verdade biológica nem sempre representa a verdade real, a verdadeira maternidade/paternidade. Contudo, não há nada definido sobre qual maternidade/paternidade de fato deve prevalecer, a biológica ou a socioafetiva, sendo possível, portanto a múltipla filiação.

Desse modo, a multiparentalidade vem como inovação jurídica ao propor a legitimação do pai e mãe socioafetivos, sem excluir, contudo a parentalidade genética, permitindo a coexistência dos laços afetivos e biológicos, fazendo assim que um filho tenha um pai e duas mães ou uma mãe e dois pais ou ainda dois pais e duas mães.

Para finalizar essa etapa de conceituação do instituto da multiparentalidade, a outrora Desembargadora Maria Berenice Dias, em entrevista concedida ao *Jornal Estadão* em 28 de maio de 2015, ao ser questionada sobre o que seria a multiparentalidade, deu seu entendimento acerca do tema, fornecendo o seguinte conceito, que vale a pena ser transcrito na íntegra:

Esse conceito de multiparentalidade deriva deste conceito de família. A família é afeto, e os vínculos de filiação também o são. A família se desatrelou do conceito de casamento, como o conceito de filiação se desatrelou da verdade biológica. Existia até em Jesus Cristo, um pai que era Deus e um pai sócio-afetivo que era José. Ele vivia bem e tinha dois pais. Já tínhamos uma multiparentalidade desde lá. Não tenho dúvida nenhuma disso. Quem é pai e quem é mãe? Quando é que se começou a haver prevalência do vínculo da afetividade sobre o biológico? Os primeiros embates que surgiram na Justiça foram de mães que entregaram os filhos (à adoção), por questão cultural, porque eram solteiras ou para o marido não saber. As pessoas que pegavam esses filhos criavam como filhos. As crianças identificavam esses pais como pais. Depois, as mulheres se arrependiam e queriam ir atrás dos filhos. Foi se consolidando priorizar o vínculo dessa filiação afetiva. Isso se cristalizou de tal maneira que para todas as outras

circunstâncias que começaram a surgir o resultado, a orientação continua sendo a mesma. Nas formas de reprodução assistida, quem é que se conhece como pai e mãe? Não há vínculo biológico. Pode ser barriga de aluguel, pode ser doação de óvulo e de espermatozóide. Quem é o pai e a mãe? Aquele que desejou o filho. As primeiras hipóteses de multiparentalidade começaram a ser reconhecidas pela Justiça eram de laços de convivência simultâneos. A maioria das vezes falecimento de mãe ou de pai e o companheiro criou. A adoção tira o pai biológico. Até que se chegou a possibilidade de se ter no registro o nome de mais de duas pessoas. (DIAS, 2015)

Muito se discute sobre a possibilidade do reconhecimento jurídico ou não da coexistência harmoniosa de duas parentalidades distintas.

Deveras, o reconhecimento simultâneo das paternidades biológicas e afetivas já vem ocorrendo há um tempo, já que o Direito busca acompanhar as mudanças ocorridas na sociedade.

Apesar disso, a multiparentalidade não está disciplinada no ordenamento jurídico brasileiro, sendo a Lei nº 11.924 de 17 de abril de 2009 (Lei Clodovil) a primeira a tratar do assunto de forma elementar. Esta lei possibilitou que o enteado/enteada adotasse o patronímico da família do padrasto/madrasta, tendo como escopo a total integração da pessoa na família, não concedendo, contudo a geração de todos os efeitos da paternidade, como sucessórios, alimentares, etc. (VILAS-BÔAS; BRUNO, 2015).

A lei em comento inseriu o § 8º ao art. 57, da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73), que assim subscreve:

Art. 57 (...)

§ 8º O enteado ou enteada, havendo motivo ponderável e na forma dos §§ 2º e 7º deste artigo, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o nome de família de seu padrasto ou madrasta, desde que haja expressa concordância destes, sem prejuízo de seus apelidos de família. (BRASIL, 1973/2009)

Mesmo não sendo prevista legalmente, a multiparentalidade é um fenômeno muito comum nos dias de hoje, principalmente pelo constante aumento das famílias recompostas, nas quais os padrastos/

madrastas acabam por exercer papel análogo aos dos pais biológicos e, em muitos casos, juntamente com estes, fazendo assim com que a pessoa tenha mais de dois pais.

Dessa forma, a múltipla filiação ocorre de fato no mundo ontológico, independentemente de previsão legislativa nesse sentido.

Diante de todo o exposto, é perceptível que não há, no ordenamento jurídico brasileiro, nenhum impedimento à aplicação da multiparentalidade quando necessário (BUCHMANN, 2013), sendo preciso, na verdade, que este se ajustasse de forma a regulamentar esse novo instituto do Direito de Família, fazendo assim com que sejam garantidos princípios fundamentais ao ser humano.

Como já afirmado, a coexistência de todos os tipos de filiação é perfeitamente cabível e corriqueiramente observada nas famílias recompostas. Nesse mesmo sentido corroboram Andrighi e Kruger:

Partindo-se do pressuposto de que as relações socioafetivas englobam os vínculos de sangue e aqueles nascidos puramente do afeto, há de se encontrar um ponto comum de equilíbrio entre o biológico e o afetivo, porque de sua coexistência é formada a maioria das relações familiares. (ANDRIGHI; KRUGER, 2008, p. 83)

Então, uma vez constatada a multiparentalidade, deve ser respeitada a dignidade da pessoa humana de que cada personagem dessa relação pluriparental, o que brilhantemente é confirmado pelas palavras de Dias (2011, p. 51), ao dizer “(...) mister reconhecer que todas as pessoas que compõem uma entidade familiar pluriparental possam desfrutar da condição de pai ou de mãe”.

Também se faz importante destacar que a existência de um vínculo não exclui a possibilidade de estabelecimento de outro vínculo (BUCHMANN, 2013), ou seja, só porque uma criança possui pais biológicos, com os quais se relaciona afetivamente, não impede que essa mesma criança possa estabelecer outros vínculos afetivos com outras pessoas, como padrastos/madrastas.

Uma vez reconhecida a multiparentalidade, necessário se

faz o reconhecimento jurídico que espelha tal situação, garantindo-se, assim, todos os efeitos jurídicos decorrentes da relação de paternidade/maternidade.

A multiparentalidade nada mais é do que a legitimação de uma segunda paternidade/maternidade, sendo esta afetiva e/ou biológica, sem desconsiderar os pais registrais, incluindo os nomes dos “novos” pais e, mantendo os nomes dos pais já constantes no registro civil. É o reconhecimento jurídico do que ocorre no mundo fático.

Nessa perspectiva que, em novembro de 2013, o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) aprovou o Enunciado nº 9, o qual ensina que “a multiparentalidade gera efeitos jurídicos” (CASSETARI, 2015, p. 171).

Não existe, portanto, nenhum impedimento ao reconhecimento da multiparentalidade, a qual, uma vez admitida deve assegurar ao filho todos os direitos oriundos da filiação constituída, como o direito ao nome, a extensão do parentesco aos demais parentes, alimento, guarda, visitas e direitos sucessórios e, todos os conflitos decorrentes dessa relação multiparental podem ser solucionados recorrendo ao juiz, assim como nas família biparentais (REIS, 2015).

Ademais, eventuais questionamentos sobre qual vínculo deve prevalecer em casos conflitantes, o biológico, o afetivo ou o registral, são solucionados pela instituição da multiparentalidade quando essa se fizer necessária e representar o melhor interesse de todos os envolvidos, em especial da criança e do adolescente.

O reconhecimento da pluralidade de filiações permite que coexistam todas as formas de filiação, com todos os direitos e obrigações que desta emanam, dirimindo muitos dos conflitos resultantes dessas parentalidades. Nesse sentido, lecionam Almeida e Rodrigues Júnior:

[...] permitindo-se a coexistência de relações filiais, seria possível garantir ao filho, além da relação eudemonista, não oferecida pelo (a) genitor (a), os exequíveis direitos oriundos da filiação biológica – como o de alimentos e os sucessórios. [...] De um lado, mantém intacta a responsabilidade dos genitores que, no exercício de sua

autonomia – é de presumir-se – fizeram nascer o filho. De outro, resguarda, de maneira ampla, este último, material e moralmente. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 357)

Por se tratarem de critérios distintos e independentes, a socioafetividade e a consanguinidade não se excluem. Não é preciso que uma deixe de existir para que a outra sobrevenha. Com esse mesmo enfoque Almeida e Rodrigues Júnior ensinam:

Parece permissível a duplicidade de vínculos materno e paterno-filiais, principalmente quando um deles for socioafetivo e surgir, ou em complementação ao elo biológico ou jurídico pré-estabelecido, ou antecipadamente ao reconhecimento de paternidade ou maternidade biológica. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR *apud* FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 677)

Sendo assim, tem-se que os elos biológicos e socioafetivos devem se complementar e não se excluir, já que a concomitância desses numa relação familiar pode ser a escolha mais sensata em busca das garantias constitucionais da dignidade humana de cada pessoa e do melhor interesse da criança e do adolescente. Numa sociedade que é fruto de grandes evoluções, é destoante a escolha de um critério sobre o outro, sem que se analise cada caso e que se apure o que é o melhor para a felicidade de todos os envolvidos.

Ademais, como já mencionado, os Tribunais têm uma tendência em dar preferência à parentalidade afetiva, prevalecendo a máxima de que a parentalidade socioafetiva prevalece sobre a biológica. Seguindo esse pensamento tem-se o seguinte julgado do STJ:

DIREITO DE FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE E MATERNIDADE AJUIZADA PELA FILHA. OCORRÊNCIA DA CHAMADA “ADOÇÃO À BRASILEIRA”. ROMPIMENTO DOS VÍNCULOS CIVIS DECORRENTES DA FILIAÇÃO BIOLÓGICA. NÃO OCORRÊNCIA. PATERNIDADE E MATERNIDADE RECONHECIDOS. 1. A tese segundo a qual a paternidade socioafetiva sempre prevalece sobre a biológica deve ser analisada com bastante ponderação, e depende sempre do exame do caso concreto. É que, em diversos precedentes desta Corte, a prevalência da

paternidade socioafetiva sobre a biológica foi proclamada em um contexto de ação negatória de paternidade ajuizada pelo pai registral (ou por terceiros), situação bem diversa da que ocorre quando o filho registral é quem busca sua paternidade biológica, sobretudo no cenário da chamada “adoção à brasileira”. 2. De fato, é de prevalecer a paternidade socioafetiva sobre a biológica para garantir direitos aos filhos, na esteira do princípio do melhor interesse da prole, sem que, necessariamente, a assertiva seja verdadeira quando é o filho que busca a paternidade biológica em detrimento da socioafetiva. No caso de ser o filho—o maior interessado na manutenção do vínculo civil resultante do liame socioafetivo—quem vindica estado contrário ao que consta no registro civil, socorre-lhe a existência de “erro ou falsidade” (art. 1.604 do CC/02) para os quais não contribuiu. Afastar a possibilidade de o filho pleitear o reconhecimento da paternidade biológica, no caso de “adoção à brasileira”, significa impor-lhe que se conforme com essa situação criada à sua revelia e à margem da lei. 3. A paternidade biológica gera, necessariamente, uma responsabilidade não evanescente e que não se desfaz com a prática ilícita da chamada “adoção à brasileira”, independentemente da nobreza dos desígnios que a motivaram. E, do mesmo modo, a filiação socioafetiva desenvolvida com os pais registrais não afasta os direitos da filha resultantes da filiação biológica, não podendo, no caso, haver equiparação entre a adoção regular e a chamada “adoção à brasileira”. 4. Recurso especial provido para julgar procedente o pedido deduzido pela autora relativamente ao reconhecimento da paternidade e maternidade, com todos os consectários legais, determinando-se também a anulação do registro de nascimento para que figurem os réus como pais da requerente. (BRASIL, 2012)

Assim, sob o argumento de que a parentalidade biológica nem sempre representa a verdadeira parentalidade, doutrina e jurisprudência vêm repetindo esse posicionamento, contudo, conforme já evidenciado, não há a necessidade de uma paternidade se sobrepor à outra, as paternidades biológicas e socioafetivas não são excludentes uma da outra, mas sim complementares, configurando, assim a multiparentalidade.

Neste diapasão, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul entendeu que não há hierarquia entre paternidade biológica e

socioafetiva, ao dar provimento à apelação que se segue:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PRESENÇA DA RELAÇÃO DE SOCIOAFETIVIDADE. DETERMINAÇÃO DO PAI BIOLÓGICO ATRAVÉS DO EXAME DE DNA. MANUTENÇÃO DO REGISTRO COM A DECLARAÇÃO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA. POSSIBILIDADE. TEORIA TRIDIMENSIONAL. Mesmo havendo pai registral, o filho tem o direito constitucional de buscar sua filiação biológica (CF, § 6º do art. 227), pelo princípio da dignidade da pessoa humana. O estado de filiação é a qualificação jurídica da relação de parentesco entre pai e filho que estabelece um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados. Constitui-se em decorrência da lei (artigos 1.593, 1.596 e 1.597 do Código Civil, e 227 da Constituição Federal), ou em razão da posse do estado de filho advinda da convivência familiar. Nem a paternidade socioafetiva e nem a paternidade biológica podem se sobrepor uma à outra. Ambas as paternidades são iguais, não havendo prevalência de nenhuma delas porque fazem parte da condição humana tridimensional, que é genética, afetiva e ontológica. Apelo provido. (BRASIL, 2009)

Portanto, é perfeitamente possível a ocorrência de múltiplas paternidades/maternidades na seara jurídica, pois já que não há sobreposição de uma paternidade à outra, elas podem e devem coexistir, em respeito ao melhor interesse da criança e do adolescente e também à dignidade da pessoa humana.

Uma evolução no campo da multiparentalidade foi trazida pelos enunciados aprovados pelo IBDFAM durante o IX Congresso Brasileiro de Direito de Famílias, em novembro de 2013, dentre os quais, o Enunciado nº 9 afirmou que “a multiparentalidade gera efeitos jurídicos”, ensejando muitas decisões favoráveis à aplicação da multiparentalidade.

Importante marco para o Direito de Família, foi o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal—STF, de Recurso Extraordinário reconhecendo a possibilidade de pluralidade de vínculos para uma mesma pessoa, reconhecendo como possível, portanto, o instituto da multiparentalidade. É a ementa:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. DIREITO CIVIL E CONSTITUCIONAL. **CONFLITO ENTRE PATERNIDADES SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA.** PARADIGMA DO CASAMENTO. **SUPERAÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988.** EIXO CENTRAL DO DIREITO DE FAMÍLIA: DESLOCAMENTO PARA O PLANO CONSTITUCIONAL. **SOBREPRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA** (ART. 1º, III, DA CRFB). SUPERAÇÃO DE ÓBICES LEGAIS AO PLENO DESENVOLVIMENTO DAS FAMÍLIAS. **DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE.** PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO. INDIVÍDUO COMO CENTRO DO ORDENAMENTO JURÍDICO-POLÍTICO. **IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DAS REALIDADES FAMILIARES A MODELOS PRÉ-CONCEBIDOS.** ATIPICIDADE CONSTITUCIONAL DO CONCEITO DE ENTIDADES FAMILIARES. UNIÃO ESTÁVEL (ART. 226, § 3º, CRFB) E FAMÍLIA MONOPARENTAL (ART. 226, § 4º, CRFB). **VEDAÇÃO À DISCRIMINAÇÃO E HIERARQUIZAÇÃO ENTRE ESPÉCIES DE FILIAÇÃO** (ART. 227, § 6º, CRFB). PARENTALIDADE PRESUNTIVA, BIOLÓGICA OU AFETIVA. NECESSIDADE DE TUTELA JURÍDICA AMPLA. **MULTIPLICIDADE DE VÍNCULOS PARENTAIS.** RECONHECIMENTO CONCOMITANTE. POSSIBILIDADE. **PLURIPARENTALIDADE.** PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL (ART. 226, § 7º, CRFB). RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO A CASOS SEMELHANTES. (BRASIL, 2016) (**Grifo nosso**)

Trata-se de Recurso Extraordinário proposto por um pai biológico, por meio do qual recorria contra a decisão de um acórdão que reconhecia sua paternidade, ensejando todos os efeitos provenientes desta, inclusive patrimoniais, mesmo havendo também uma paternidade socioafetiva sabida (CASSETARI, 2017).

Dentre os argumentos trazidos pelo Min. Relator Luiz Fux, há o de que a promulgação da Constituição Federal de 1988 pôs fim àquele modelo único de família, pautado apenas no matrimônio e democratizou a família, ao permitir que esta pudesse vir a se constituir sob qualquer molde, não podendo a família ser instituída por

modelos pré-concebidos.

Afirmou ainda, que a família é o local de realização pessoal do ser humano, no qual pode exercer seu direito em buscar a felicidade, respeitando-se, de tal maneira, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, o Min. Relator negou provimento ao presente Recurso Extraordinário, fixando ainda a seguinte tese para ser utilizada em casos semelhantes, abaixo transcrita:

A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com todas as suas consequências patrimoniais e extrapatrimoniais. (BRASIL, 2016)

Desse modo, a multiparentalidade ficou reconhecida perante o STF, admitindo-se, portanto, a perfeita possibilidade da co-existência simultânea de múltiplos vínculos paternos/maternos para uma mesma pessoa, o que representa um grande passo para a normatização e consequente pacificação do tema no ordenamento jurídico brasileiro.

## 5. CONCLUSÃO

A família é o primeiro agrupamento social a se formar, sendo, portanto a base de toda a sociedade. Ao longo dos anos, passou por significativas evoluções e modificações, acompanhando a evolução social. Conforme já demonstrado, a família passou de tradicional, patriarcal e pautada exclusivamente no matrimônio, para uma família constitucionalizada, podendo se constituir sob qualquer molde e, baseada no afeto, na igualdade, no respeito.

A promulgação da Constituição Federal de 1988 possibilitou a democratização do instituto familiar, ampliando o conceito de família, ao possibilitar que esta possa se edificar em todos os arranjos possíveis, conferindo legitimidade mesmo àqueles modelos que não se encontram expressamente no corpo constitucional, tendo-se em vista que o legislador constituinte jamais poderia prever todos os moldes pelos

quais famílias pudessem ser constituídas. A evolução social e jurídica é constante, principalmente no que diz respeito ao instituto familiar.

Assim, a multiparentalidade, se faz necessária ao ordenamento jurídico pátrio, embora ainda não tenha sido adotada e codificada por este. Contudo, a permissão da multiparentalidade concede ampla tutela jurídica à realidade que se faz comum em inúmeros lares brasileiros, concedendo todos os direitos e deveres oriundos da relação parental.

Não há hierarquia entre vínculos de filiação, um não é mais importante do que o outro e, a existência de um não anula a existência do outro, muito pelo contrário, ambos se complementam.

Desta feita, necessário se impõe que o Direito brasileiro reconheça e regule a multiparentalidade, pois, muito embora este instituto já tenha algumas previsões doutrinárias e jurisprudenciais, não é um assunto pacificado, carecendo, portanto de uma estipulação legislativa.

Uma evolução modesta nesse sentido foi trazida pela Lei nº 11.924/2009, que acrescentou o §8º, ao art. 57, da Lei nº 6.015/1973 (Lei de Registros), ao trazer a possibilidade ao enteado de acrescentar o sobrenome do padrasto/madrasta ao seu nome.

Contudo, não basta apenas isso para que se configure a multiparentalidade. É necessário reconhecimento no assento civil da pessoa, de todos os seus pais/mães, sejam biológicos ou socioafetivos, para que assim todos os direitos e deveres oriundos dessas filiações possam se concretizar. Tutelar a situação da multiparentalidade é garantir que todos os direitos e deveres originários dessa relação sejam efetivados, garantido, desta forma, a individualidade e dignidade da pessoa humana.

Pelo presente artigo, pôde-se aferir que o atual ordenamento jurídico brasileiro não faz nenhum óbice quanto à aplicação da múltipla parentalidade, pois uma lacuna legislativa não pode excluir o direito de várias famílias que vivenciam essa situação. Assim, a multiparentalidade deve continuar sendo aplicada, conforme já vem o sendo pelos

tribunais, fazendo-se necessário, apenas uma correta verificação, a fim de se constatar sua efetiva ocorrência, uma vez que sua aplicação é irrevogável e acarreta direito e obrigação para as partes envolvidas.

Enfim, havendo a possibilidade na lei do reconhecimento da multiparentalidade, há a garantia eficaz para pais e filhos de que seus direitos a filiação poderão ser de fato reconhecidos. Desse modo, fica evidente que a multiparentalidade é uma solução para resolução de impasses na seara do Direito de Família, ao possibilitar o reconhecimento de todos os vínculos filiatórios, baseando-se em princípios constitucionais e infralegais, especialmente os princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança e do adolescente, devendo, portanto, ser reconhecida pela legislação brasileira.

## REFERÊNCIAS

ABREU, Karina Azevedo Simões de. *Multiparentalidade: conceito e consequências jurídicas de seu reconhecimento*. In: Jus Brasil, 2014. Disponível em: <<https://karinasabreu.jusbrasil.com.br/artigos/151288139/multiparentalidade-conceito-e-consequencias-juridicas-de-seu-reconhecimento>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

ALMEIDA, Renata Barbosa de; JÚNIOR, Walsir Edson Rodrigues. *Direito Civil: famílias*. Rio de Janeiro: Lemen Juris, 2010.

ALMEIDA, Renata Barbosa de; JÚNIOR, Walsir Edson Rodrigues. *Direito Civil: famílias*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ANDRIGHI, Fátima Nancy; KRUGER, Cátia Denise Gress. *Coexistência entre a socioafetividade e a identidade biológica – uma reflexão*. In: **Família e Jurisdição II**. BASTOS, Eliane Pereira; LUZ, Antônio Fernandes da. (coords). Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos humanos da família: dos fundamentais aos operacionais*. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família e psicanálise: rumo a uma epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

BRASIL. *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941. Dispõe sobre a organização e proteção da família*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3200.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3200.htm)>. Acesso em: 20 jan. 2017.

BRASIL. *Lei nº 12.398, de 28 de março de 2011. Acrescenta parágrafo único ao art. 1.589 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002—Código Civil, e dá nova redação ao inciso VII do art. 888 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973—Código de Processo Civil, para estender aos avós o direito de visita aos netos*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12398.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12398.htm)>. Acesso em: 25 abr. 2017.

BRASIL. *Lei nº 11.924, de 17 de abril de 2009. Altera o art. 57 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, para autorizar o enteado ou enteada a adotar o nome da família do padrasto ou madrasta.* Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l11924.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11924.htm)>. Acesso em: 10 jan. 2017.

BRASIL. *Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada.* Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/l11698.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11698.htm)>. Acesso em: 13 fev. 2017.

BRASIL. *Lei nº 13.058, de 22 dezembro de 2014. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação.* Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2017.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 janeiro de 2002. Código Civil.* Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.* Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

BRASIL. *Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nºs 8.069, de 13 de julho de 1990–Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002–Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho–CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências.* Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2017.

BRASIL. *Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962. Estatuto da Mulher Casada.* Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente.* Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

BRASIL. *Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Lei de Divórcio.* Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6515.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm)>. Acesso em 13 fev. 2017.

BRASIL. *Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Lei de Registros Públicos.* Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6015compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm)>. Acesso em 20 mar. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0024.05.572571-7/001. Quinta Câmara Cível. Apelante(s): C. P. R. Apelado(a)(s): R. M. M. e sua mulher J. A. R. Relator: Exmo. Sr. Des. Nepomuceno Silva, 3 de setembro de 2009. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNPJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.05.5725717%2F001&pesquisaNumeroCNPJ=Pesquisar>>. Acesso em 17 maio 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 757.411/MG. Quarta Turma. Recorrente: V DE P F DE O F. Recorrido: A B F (menor). Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Minas Gerais, 29 de novembro de 2005. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil>>.

com.br/jurisprudencia/7169991/recurso-especial-resp-757411-mg-2005-0085464-3-stj/certidao-de-julgamento-12899599?ref=juris-tabs>. Acesso em: 26 jun 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.159.242/SP. Terceira Turma. Recorrente: Antonio Carlos Jamas dos Santos. Recorrido: Luciane Nunes de Oliveira Souza. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. São Paulo, 24 de abril de 2012. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/acordao-abandono-afetivo.pdf>>. Acesso em: 26 jun 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 945.283/RN. Quarta Turma. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte. Recorrido: E P DE A E OUTRO. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Rio Grande do Norte, 15 de setembro de 2009. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6032903/recurso-especial-resp-945283-rn-2007-0079129-4/inteiro-teor-12161630?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 26 jun 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.217.415/RS. Terceira Turma. Recorrente: União. Recorrido: L E G G. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Rio Grande do Sul, 19 de junho de 2012. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22271895/recurso-especial-resp-1217415-rs-2010-0184476-0-stj/inteiro-teor-22271896?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 26 jun. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.167.993/RS. Quarta Turma. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: C G S. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Rio Grande do sul, 18 de dezembro de 2012. Disponível em:<<http://civilemobiliario.web971.uni5.net/wpcontent/uploads/2013/07/ado%C3%A7%C3%A3o-%C3%A0-brasileira-STJ.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 898.060/SP`. Recorrente: A N. Recorrido: F G. Relator: Ministro Luiz Fux. São Paulo, 21 de setembro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>>. Acesso em 26 jun. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70029363918/RS. Oitava Câmara Cível. Apelante: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Apelado: N L C A. Relator: Desembargador Claudir Fidélis Faccenda. Disponível em: <[http://www.mp.ce.gov.br/orgaos/orgaosauxiliares/cao/caocc/dirFamila/jurisprudencia/10\\_acao.de.investigacao.de.paternidade.pdf](http://www.mp.ce.gov.br/orgaos/orgaosauxiliares/cao/caocc/dirFamila/jurisprudencia/10_acao.de.investigacao.de.paternidade.pdf)>. Acesso em: 26 jun. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70017530965. Oitava Câmara Cível. Apelante: J M S. Apelado: L S P A A M L M S. Relator: Desembargador José S. Trindade. Disponível em: <<http://www.oabcruzalta.org.br/noticias/vis/?v=139>>. Acesso em: 26 jun. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível nº 20130313921/SC. Quinta Câmara de Direito Civil. Apelante: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Apelados: C A B E OUTRO. Relator: Des. Henry Petry Junior. Santa Catarina, 14 de agosto de 2013. Disponível em: <<https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24061938/apelacao-civel-ac-20130313921-sc-2013031392-1-acordao-tjsc?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 26 jun 2017.

BUCHMANN, Adriana. *A paternidade socioafetiva e a possibilidade de multiparentalidade sob a ótica do ordenamento jurídico pátrio*. 2013. 79 f. Trabalho de Conclusão de Curso—Monografia (Bacharel em Direito)—Departamento de Direito, Centro de Ciências

Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis: 2013.

CASSETARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. 3. ed. rev., atual., e ampl.–São Paulo: Atlas, 2017.

CASSETARI, Christiano. *Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva*. São Paulo: Atlas S.A, 2015.

CAVALCANTI, André Cleófas Uchôa. *Família, Dignidade e Afeto: Possibilidades e limites jurídicos para o estabelecimento de múltiplos laços parentais*. 2007. 224 f. Tese (Doutorado)–Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp032626.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, Maria Berenice. *Proibição das famílias multiparentais só prejudica os filhos*. In: Consultor Jurídico, maio 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mai-01/processo-familiar-proibicao-multiparentalidade-prejudica-filhos>>. Acesso em: 10 maio 2017.

DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliene Ferreira; MORAES, Naime Marcio Martins (Coords.). *Afeto e Estruturas Familiares*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família*. 28. ed. v.5. São Paulo: Saraiva, 2013.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 26. ed. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2011.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família: Elementos críticos a luz do novo código civil brasileiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil Famílias*. 6ª ed. v. 6. Rio de Janeiro: Juspodivm, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios Constitucionais de Direito de Família: guarda compartilhada à luz da Lei 11.698/08, família, criança, adolescente e idoso*. 1º ed. São Paulo: Atlas. 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume 6: Direito de Família*. 9ª

ed. São Paulo: Saraiva, 2012

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito de família*. Vol. 6. 6ª edição. Editora Saraiva, 2009.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. Bahia: Jus Podivm, 2013.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil – vol. 5 – Direito de Família e das Sucessões*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo. *Parentalidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula 301-STJ*. Disponível em: <[http://www.ibdfam.org.br/\\_img/congressos/anais/37.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/37.pdf)>. Acesso em: 10 abr. 2017.

PÓVOAS, Maurício Cavallazzi. *Multiparentalidade: a possibilidade de múltipla filiação registral e seus efeitos*. 1ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

REIS, Vivian Samara Martins dos. *Multiparentalidade: para além da dicotomia entre filiação socioafetiva e biológica*. 2015. 82 f. Trabalho de Conclusão de Curso–Monografia (Bacharel em Direito)–Departamento de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis: 2015.

TARTUCE, Flávio. *Princípio da Afetividade no Direito de Família*. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia>>. Acesso em: 13 mar. 2017.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *O direito das famílias entre a norma e a realidade*. São Paulo: Atlas, 2010.

VILAS-BOAS, Renata Malta; BRUNO, Susana de Moraes Spencer. *Novas Tendências do Direito das Famílias*. v. 1. Brasília: Kiron, 2015.

ZAMATARO, Ynes. *O reconhecimento da multiparentalidade no Direito brasileiro*. In: Migalhas, agosto 2013. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,-MI185307,21048>> O+reconhecimento+da+multiparentalidade+no+Direito+brasileiro>. Acesso em: 15 de maio 2017.



# BEM DE FAMÍLIA E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À MORADIA: CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL PELO DIREITO PRIVADO E EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Rafael Ferreira Bizelli<sup>2</sup>

Samir Alves Daura<sup>3</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

O Direito pode ser compreendido como um sistema complexo de segunda ordem e relativamente autônomo (AZEVEDO, A. J., 2013)<sup>4</sup>. Como sistema de segunda ordem, o Direito está a serviço do sistema de primeira ordem, o social, a vida real. Significa isto, portanto, que o Direito é finalidade, é instrumento, e não um fim em si mesmo. O Direito não pode ser vislumbrado apenas como estrutura, mas também, e principalmente, como função (BOBBIO, 2007).

A partir dessa premissa, analisaremos a atual função do Direito Privado, contextualizado nos parâmetros da Constituição da

---

2 Mestre e Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia. Professor de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia.

3 Mestre em Direito pela Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia.

4 De acordo com o autor, “[...] o direito é um *sistema complexo*; é sistema, porque é um conjunto de vários elementos que se movimentam mantendo relações de alguma constância, e é complexo porque os elementos são heterogêneos e as relações entre eles variados. Os elementos que compõem o sistema são: normas, como a Constituição e as leis; instituições, como tribunais e assembleias legislativas; operadores do direito, como advogados, juízes e promotores; doutrina; jurisprudência. Na existência dinâmica do sistema, tanto as normas atuam sobre os outros elementos como esses, pela aplicação, atuam sobre aquelas. [...] Além de complexo, o sistema jurídico é um *sistema de 2ª ordem*, isto é, sua existência está em função do sistema maior, o social; apesar disso, tem ele identidade própria e, por força dessa identidade, é relativamente *autônomo* (tem autonomia operacional).”

República Federativa do Brasil de 1988, a “Constituição Cidadã”, na simbólica expressão de Ulysses Guimarães, presidente da Assembleia Nacional Constituinte (1987-1988). Veremos, no decorrer deste estudo, que o Direito Privado exerce, atualmente, função diversa da que exercera no passado. Essa mudança de paradigma (KUHN, 1978)<sup>5</sup> é fenômeno complexo, influenciado por diversos fatores, que tentaremos, em poucas linhas, elucidar.

Vivemos um momento conturbado, de polarização ideológica e social, o que para alguns reflete a chamada “transição paradigmática” (SANTOS, 2009, p. 257)<sup>6</sup> da modernidade para a pós-modernidade jurídica (BITTAR, 2014), circunstância que abala as bases do ordenamento jurídico, seus conceitos e institutos clássicos. O Direito Privado sofre com essa polarização. Nesse contexto, é de suma importância que se estabeleça, em bases sólidas, a função do Direito Privado à luz da Constituição Federal de 1988.

Nosso objetivo geral será traçar as linhas mestras da atual função constitucionalizada do Direito Privado, refletida no que já foi chamado de “despatrimonialização do direito civil” (PERLINGIERI, 2002, p. 33-34), na medida em que o Direito Civil abandona o viés estritamente patrimonialista das relações e renasce para ser “disciplina de ponta”, posto que volta a ter como objeto supremo a vida humana digna, dando sentido à própria Constituição e ao restante do ordenamento jurídico (AZEVEDO, A. J., 1999, p. 96-101).

Para tanto, alguns objetivos específicos serão necessários. Posto isto, analisaremos o neoconstitucionalismo, inserido no contexto pós-positivista, que elevou a Constituição ao posto de norma suprema do ordenamento, substituindo o Código Civil no papel de norma

5 A ideia de paradigma permite a compreensão do fato de que a ciência depende do momento histórico em que está inserida. Assim, mudam-se os tempos, mudam-se as ciências. As revoluções e transformações históricas provocam a passagem de um paradigma para outro, momento em que a comunidade científica reajusta as informações anteriormente paradigmáticas à nova realidade e novas necessidades.

6 “A transição paradigmática é, assim, um ambiente de incerteza, de complexidade e de caos que se repercute nas estruturas e nas práticas sociais, nas instituições e nas ideologias, nas representações sociais e nas inteligibilidades, na vida vivida e na personalidade.”

jurídica central, detalhando a análise no efeito da irradiação dos valores representados pelos direitos fundamentais por todo o ordenamento jurídico.

Neste ponto, pretendemos deixar clara a atual função do Direito Privado: proteção da pessoa humana, sua dignidade e interesses existenciais. Para tanto, mencionaremos, em linhas gerais, alguns institutos do Código Civil que foram repensados em prol da pessoa, numa paulatina desvinculação da antiga concepção patrimonialista.

Adiante, este artigo tomará um rumo diferente. Para conferir concretude ao que até então estaremos estudando, elegemos, dentre uma miríade de outros institutos relevantes, a figura do bem de família como instituto jurídico-privado concretizador do direito fundamental à moradia (CF/88, art. 6º), interesse existencial que deverá se sobrepor aos interesses meramente patrimoniais típicos das relações privadas. Nessa toada, analisaremos a evolução da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ quanto ao bem de família, seu conceito, limites e importância, verificando estar em sintonia ou não com a função constitucional do Direito Privado.

Como ponderou António Manuel Hespanha, o discurso jurídico brasileiro é caracterizado por uma concepção crítica e socialmente comprometida do direito, cuja origem está na “[...] ideia social e politicamente militante de que a dogmática jurídica e aqueles que a cultivam devem estar comprometidos com objetivos de política social [...]”, muito em razão da forte percepção das desigualdades sociais e de cidadania, que deixam “[...] claro que o livre jogo das forças sociais estabelecidas não conseguirá corresponder à demanda social de justiça [...]” (HESPANHA, 2013).

Nessa perspectiva, pretendemos oferecer ao leitor um panorama geral e crítico acerca da função do Direito Privado nesses 30 anos da “Constituição Cidadã”, tendo como argumento concretizador a análise do instituto jurídico do bem de família e seu tratamento pela jurisprudência do STJ.

## 2. DIREITO PRIVADO E CONSTITUCIONALISMO

O estudo do constitucionalismo pode ser dividido em três grandes fases, a partir das revoluções liberais do século XVIII: liberal, social e pós-social ou neoconstitucionalismo.<sup>7</sup> Os limites e objetivos deste artigo nos impedem de realizarmos uma análise pormenorizada de cada período. Posto isto, cientes do perigo de análises superficiais, mencionaremos, muito brevemente, as marcas do constitucionalismo liberal e do social, para, então, adentrarmos ao paradigma atual do neoconstitucionalismo, que efetivamente importa para os fins deste estudo.<sup>8</sup>

O Direito Privado “[...] é constituído tanto por elementos muito antigos quanto muito modernos.” (CAENEGEM, 1999, p. 1). No entanto, embora seja o ramo mais antigo do Direito, “[...] o auge do desenvolvimento teórico do direito civil conforme é concebido atualmente encontra-se nos séculos XVIII e XIX.” (MORAES, 2013, p. 03). Percebe-se, portanto, que é a partir do século XVIII que os desenvolvimentos teóricos tanto do constitucionalismo quanto do Direito Privado ganham impulso. Pela mesma razão acima explicitada, nossa análise limitar-se-á ao paradigma atual do Direito Privado.

### 2.1. O direito privado no neoconstitucionalismo

O constitucionalismo liberal caracterizou-se por constituições sintéticas, que instituíam um Estado mínimo, não interventor. O constitucionalismo social, por sua vez, foi marcado por constituições analíticas, dirigentes, que exigiam uma postura intervencionista do Estado. Em ambos, a Constituição não logrou êxito na busca por normatividade. No primeiro, o Direito Privado foi marcado pela neutralidade e pelo excessivo individualismo; no segundo, caracterizou-se por normas cogentes voltadas à igualdade material. Em ambos,

7 Temos ciência de que o constitucionalismo é fenômeno anterior às revoluções liberais. No entanto, para os fins do presente estudo, compreendemos que sua análise ganha importância somente a partir desse momento, em que ganhou formulação preponderante, principalmente com as declarações de direito das revoluções americana e francesa (DUQUE, 2014, p. 36).

8 Para um estudo completo sobre o tema constitucionalismo, entre outros, vide: (BONAVIDES, 2011; SOUZA NETO; SARMENTO, 2017).

contudo, mostrou-se forte o emblema da patrimonialidade.

A partir da metade do século XX, contudo, essa situação começa a se alterar. Segundo Barroso, um “novo” Direito Constitucional nasce, na Europa Continental, após a Segunda Guerra Mundial, especialmente na Alemanha, com a Lei Fundamental de Bonn de 1949, e na Itália, com a Constituição de 1947, posteriores aos respectivos regimes totalitários. No Brasil, esse “novo” constitucionalismo tem início com a Constituição Federal de 1988, que marcou nosso processo de redemocratização (BARROSO, 2007, p. 2).

Esse “novo” Direito Constitucional recebe o nome de neoconstitucionalismo e tem como marco filosófico o pós-positivismo, filosofia jurídica pós-Segunda Guerra Mundial, em que se percebeu que a Ciência Jurídica não poderia ficar restrita à lei e rigidamente separada da Filosofia, da Ética e de outras disciplinas. Busca-se reconciliar o Direito com a Ética, por meio da valorização dos princípios e do reconhecimento de sua força normativa (SARMENTO, 2010, p. 57). Trata-se da “virada kantiana” da Ciência Jurídica (BARROSO, 2009, p. 328).

O neoconstitucionalismo encontra seu marco teórico na obra de Konrad Hesse, “A Força Normativa da Constituição”, que elabora sua teoria entre o normativismo puro de Hans Kelsen e o sociologismo radical de Ferdinand Lassale. A Constituição, para Hesse, seria a “ponte” entre o mundo do ser e do dever-ser, refletindo e normatizando o mundo real, numa relação dialética, exigindo-se o que ele chamou de “vontade de Constituição” por parte dos membros da comunidade para que ela seja efetiva (HESSE, 1991). Hesse, e outros autores não menos importantes, teorizaram e consagraram a força normativa da Constituição, o que desencadeou diversas consequências jurídicas, como a construção do princípio da supremacia formal e material da Constituição, o desenvolvimento dos sistemas de controle de constitucionalidade e, principalmente, para os fins deste estudo, a “revolução copernicana” nos direitos fundamentais, que, encarados também como princípios e dotados de força normativa própria

(ALEXY, 2014, p. 87), passaram a atuar como limites ao exercício de posições jurídicas e a serem vistos como objetivos a serem buscados por todo o ordenamento jurídico, do público ao privado.

Vislumbrados como princípios, os direitos fundamentais, antes vistos apenas como direitos subjetivos, passam a ostentar também uma dimensão objetiva, representando os valores mais relevantes para o Estado e a Sociedade, bases da ordem constitucional (MENDES, BRANCO, 2012, p. 190). Essa constatação possui ao menos três importantes consequências: a) agregam-se novas funções aos direitos fundamentais<sup>9</sup>; b) eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas<sup>10</sup>; c) efeito irradiante dos direitos fundamentais para todo o ordenamento jurídico. Sem desprezar a relevância dos demais, importa-nos, nesse estudo, o terceiro efeito.

O efeito irradiante dos direitos fundamentais permite a construção de um modelo hermenêutico aplicável a todos os ramos do ordenamento jurídico. Enquanto representantes dos valores básicos do Estado e da Sociedade, os direitos fundamentais devem influir na interpretação e aplicação de todo e qualquer instituto jurídico. No mesmo sentido, uma vez elevado à categoria de fundamento da República, o princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, inc. III) deve pautar as escolhas e decisões dos poderes públicos e iluminar a Ciência Jurídica, que deve a ela se conformar (SARMENTO, 2010, p. 124-125). Esse efeito irradiante do Direito

- 
- 9 Ainda no constitucionalismo social, os direitos fundamentais deixam de ser somente direitos de defesa e passam a ser também direitos prestacionais. Em ambas as funções, contudo, são concebidos somente na dimensão subjetiva. Com a dimensão objetiva, agrega-se uma terceira função, a função de proteção. O Estado, além de abster-se de violar os direitos fundamentais, deve também os proteger e os promover ativamente. Esse dever de proteção alcança até mesmo as relações estritamente particulares. Para estudo completo, entre outros, vide: (SARMENTO, 2010, p. 129). Segundo Marcelo Duque, “É exatamente em sua dimensão jurídico-objetiva que os direitos fundamentais pedem do legislador uma ação positiva, que o obriga proteção, defesa e promoção desses direitos.” (2014, p. 123); (ALEXY, 2014, p. 432-519).
- 10 Não adentraremos na discussão acerca do modo de aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas e suas variadas teorias, como a da eficácia direta ou imediata, da eficácia indireta ou mediata ou a dos deveres de proteção. Importa, nesse momento, apenas constatar que os direitos fundamentais incidem sim nas relações privadas, seja direta ou indiretamente, seja pela decisão judicial ou pela via legislativa. Em outras oportunidades, manifestamos nossa posição pela teoria da eficácia direta mitigada dos direitos fundamentais nas relações privadas. Por todos, vide (SARMENTO, 2010; DUQUE, 2013).

Constitucional e dos direitos fundamentais contribui para a chamada “constitucionalização do direito” (SILVA, 2014, p. 41-42), que pode ser observada pelo aspecto formal, como a presença de normas tradicionalmente de direito infraconstitucional no texto constitucional, ou pelo aspecto material, na passagem da Constituição para o centro do ordenamento jurídico, substituindo o Código Civil e emanando critérios substantivos de validade a serem observados pelo restante do ordenamento. Os valores, fins e princípios constitucionais condicionarão a interpretação e aplicação das normas infraconstitucionais (BARROSO, 2015, p. 390 e ss.).

Enquanto isto, o Direito Privado, no fim do século XX e início do século XXI sofre um processo de recodificação, revertendo a lógica da descodificação do paradigma anterior (DELGADO, 2011, p. 260-264). Ao contrário dos códigos oitocentistas, os atuais códigos civis (e nosso Código Civil de 2002 aqui se insere) não almejam à completude, pelo contrário, pretendem atuar como lei geral, emanando princípios e regras gerais a serem observadas para a integração e interação do sistema jusprivatístico (DELGADO, 2011, p. 248-249). Essa pretensão do Código Civil de ser norma geral de integração e interação sistemática é instrumentalizada por cláusulas gerais, conferindo “mobilidade” ao Direito Privado (CANARIS, 2002, p. 103 e ss.), que podem ser entendidas como “[...] normas que não prescrevem uma certa conduta, mas, simplesmente, definem valores e parâmetros hermenêuticos [...]” a serem observados e concretizados nos casos concretos (TEPEDINO, 2002, p. XIX). São exemplos de cláusulas gerais no Código Civil de 2002 a interpretação dos negócios jurídicos conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração (art. 113), a previsão de ato ilícito (art. 186), a vedação ao abuso de direito (art. 187), a função social dos contratos (art. 421), a boa-fé e probidade contratual (art. 422), a responsabilidade civil objetiva (art. 927, parágrafo único), a função social da propriedade (art. 1.228), entre outras.

O Código Civil atual não pretende mais ser o centro de todo o ordenamento jurídico, como foram os códigos do constitucionalismo

liberal e nem se conforma em ser norma residual, como fora no constitucionalismo social. A atual codificação tem ciência de que o centro do ordenamento é ocupado pela Constituição, dotada de força normativa que irradia seus princípios ao restante das normas. O Código Civil, assim, passa a ser agente de concretização constitucional e de mediador entre a Constituição e as demais normas esparsas de Direito Privado, como o Código de Defesa do Consumidor, a Lei de Locações (Lei 8.245/1991) e, importante para este estudo, a Lei do Bem de Família (Lei 8.009/90), etc.

Nesse sentido, Pietro Perlingieri, expoente do chamado “direito civil constitucional”,<sup>11</sup> propõe uma “teoria da interpretação jurídica com fins aplicativos”, que pode ser compreendida como a necessidade de se interpretar o Código Civil e as demais leis de Direito Privado no paradigma neoconstitucional, com o objetivo de conferir eficácia aos princípios e valores constitucionais pelos institutos jusprivatísticos (PERLINGIERI, 2002, p. 5-6). O Direito Privado, como um todo, e seus institutos, como contrato, propriedade, família, responsabilidade civil, etc., devem voltar-se à concretização e promoção da dignidade humana e demais valores constitucionais fundamentais.

Ocorre uma funcionalização dos institutos de Direito Privado à proteção e promoção da dignidade humana, exigindo que o sistema jurídico passe a conferir primazia às situações existenciais frente às patrimoniais. Se é a dignidade que ilumina todo o ordenamento jurídico, então as questões que lhe dizem respeito mais intimamente devem ter prevalência. Se os direitos fundamentais são os valores que balizam o Direito, o Estado e a Sociedade, então devem sempre ser concretizados na maior medida possível, como “mandados de otimização” que são (ALEXY, 2014, p. 90-91). Valoriza-se o *ser* em relação ao *ter*, num verdadeiro giro metodológico do Direito Privado, tradicionalmente voltado à propriedade (MORAES, 2010, p. 31). Ocorre

11 O “direito civil constitucional” pode ser compreendido como uma metodologia de interpretação e aplicação da norma civil à luz da legalidade constitucional. Insere-se no tema da “constitucionalização do direito”. Por todos, vide (PERLINGIERI, 2008; TEPEDINO, 2008, p. 1 e ss.; MORAES, 2010).

a já mencionada “despatrimonialização do direito civil” (PERLINGIERI, 2002, 33-34). O Código Civil (e o Direito Privado), à luz da “Constituição Cidadã”, deixa de ser o “Direito da proteção da propriedade” para ser o “Direito da proteção da pessoa”. A propriedade se funcionaliza em prol da pessoa. Situações patrimoniais cedem espaço a interesses existenciais.

## 2. O DIREITO PRIVADO COMO PROTEÇÃO DA PESSOA E CONCRETIZADOR DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ao contrário do Direito do Estado, do público, da Administração, o Direito Civil é o Direito *do* civil, do particular, do privado (MARTINS-COSTA, 2004, p. 610). Sobre essa renovação metodológica, Perlingieri afirma que o Direito Civil se reaproxima de sua vocação originária de *jus civile*, cujo objetivo era a proteção de direitos civis (PERLINGIERI, 2002, p. 34). O Direito Civil (Privado) atual deixa de se preocupar somente com a propriedade ou com o proprietário, com o contrato ou com o contratante, com o testamento ou com o testador, para se preocupar, antes disso, com a própria pessoa, com o sujeito de direitos, não o indivíduo abstrato, racional e isolado de antes – o indivíduo “atomizado” (NEGREIROS, 2002, p. 4-5) -, mas sim a pessoa real, concreta, inserida num meio social determinado, dotada de dignidade, portadora de singularidades que as diferencia e as aproxima das demais. Adota-se o personalismo ético-jurídico, que considera, conjuntamente, o subjetivo/individual e o objetivo/social da pessoa (REALE, 1998, p. 63).

Símbolo dessa concepção é a própria estrutura do Código Civil de 2002, cujo Capítulo I do Título I do Livro I da Parte Geral já é intitulado “Das Pessoas Naturais”, prevendo, já no seu art. 1º, que “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil” e, no art. 2º, que “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.” Com efeito, trata-se do Código Civil dando sentido à própria Constituição Federal de 1988, agregando o conceito de pessoa e de

personalidade aos conceitos de dignidade e direitos fundamentais.

Adiante, e também dotado de forte simbolismo, o Capítulo II prevê e protege os direitos da personalidade. Em que pese parcela da doutrina criticar o tratamento dos direitos da personalidade conferido pelo Código Civil de 2002, em seus artigos 11 a 21, alegando “desatualização e insuficiência”, bem como as intermináveis controvérsias acerca do acerto ou não em tratar os direitos da personalidade em um rol taxativo ou exemplificativo, da necessidade ou não de se trazer uma previsão de um “direito geral de personalidade”, entre outras discussões, não se pode negar que, ao contrário do Código Civil de 1916, o atual apresentou grande avanço legislativo quanto à proteção da personalidade, acompanhando, em sua estrutura, a Constituição Federal, que tratou dos direitos fundamentais logo no início do seu texto. Ambos documentos, ao tratarem primeiro desses aspectos, simbolizam a predominância do valor da pessoa e de sua dignidade/personalidade frente ao Estado e à propriedade privada. Em outras palavras, o restante do texto constitucional e do texto civilístico deve ser lido, interpretado e aplicado à luz da dignidade/direitos fundamentais e dos direitos da personalidade. O modo como os direitos da personalidade são contemplados pelo Código Civil deve ser compreendido à luz dos direitos fundamentais e dos direitos humanos (PIOVESAN, RUSSO JÚNIOR, 2004, p. 11). Alguns direitos personalíssimos como o direito à integridade física e moral, à imagem, entre outros, são expressamente previstos como direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988 e também contemplados em convenções e tratados internacionais sobre direitos humanos.

Muitos institutos do Código Civil sofreram essa releitura personalista, inserida no contexto da despatrimonialização do Direito Privado. Exemplo marcante ocorre na teoria geral dos contratos. No paradigma liberal, os contratos foram pensados sob o influxo das ideias individualistas e patrimonialistas, incidindo princípios como consensualismo, força obrigatória e relatividade dos efeitos contratuais, todos pautados na autonomia da vontade, fundamento

e limite do contrato (BESSONE, 1960; NORONHA, 1994; ROPPO, 1988), em que se pensava e se protegia somente o direito fundamental de liberdade individual e à propriedade privada. No paradigma social, afloram princípios solidaristas como a função social do contrato, justiça contratual e boa-fé objetiva (MARTINS, 2011; NORONHA, 1994; TIMM, 2008), culminando na evolução conceitual da autonomia da vontade para autonomia privada (FERRI, 2001; PRATA, 1982), buscando-se equilíbrio e responsabilização contratual, preservando-se, assim, o direito fundamental à liberdade contratual das partes fracas (vulneráveis), além de, indiretamente, pela limitação do conteúdo contratual, salvaguardar outros direitos fundamentais, como moradia, alimentação, meio ambiente ecologicamente equilibrado, entre outros.

No momento atual, em que o contrato recebe os influxos do neoconstitucionalismo, o instituto evolui para além dos princípios solidaristas. Inserido no contexto da funcionalização do Direito Privado em prol da pessoa, o contrato hoje, apesar de conservar sua importante função de instrumento de circulação de riquezas (ROPPO, 1988), exerce outra de fundamental importância, qual seja, a de meio para se ter acesso a bens e direitos fundamentais. A essas duas funções correspondem, respectivamente, os contratos de lucro e os contratos existenciais, segundo dicotomia proposta por Antonio Junqueira de Azevedo e trabalhada por outros autores (AZEVEDO, A. J., 2009; BIZELLI, 2018). O contrato, nesse sentido, opera como “ponto de encontro de direitos fundamentais” (MARQUES, 2014).

A responsabilidade civil também se modifica. Antes individualista e patrimonialista, tinha na culpa seu principal elemento. O instituto era concebido para se proteger o patrimônio do pretense causador do dano. Depois, ganha relevo o nexos causal, com a relativização da culpa como critério de imputação e conseqüente objetivação da responsabilidade, no contexto das relações massificadas. Preocupou-se com justiça social. Por fim, surge como elemento central o dano (SCHREIBER, 2011). A nova tábua axiológica do Direito

Privado, pautada na dignidade da pessoa humana, bem como a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, provoca uma “[...] crescente preocupação com a proteção da vítima de danos dos quais se reclamam reparação.” (MIRAGEM, 2015, p. 26- 28). Ganham relevo os danos extrapatrimoniais, dissociados de conteúdo ou origem patrimonial, mas sim fundamentados na violação de interesses extrapatrimoniais da pessoa natural, como o dano moral (MORAES, 2003), o dano estético (LOPEZ, 2004), o dano existencial (FERREIRA, BIZELLI, 2015), entre outros. Preocupa-se com a reparação das violações sofridas pela pessoa em seus atributos extrapatrimoniais: dignidade, direitos fundamentais, direitos da personalidade e demais interesses existenciais. É a despatrimonialização da responsabilidade civil, instituto tipicamente privado, para a concretização do direito fundamental à indenização por danos extrapatrimoniais (à moral, à imagem, à honra, à intimidade, à vida privada, etc.), conforme previsto nos incisos V e X do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

Alterou-se, também, o instituto da família, superando-se a concepção de *família-instituição*, que merecia ser protegida por si mesma, para a *família-instrumento* de desenvolvimento da pessoa humana, de sorte que não se mostra legítima nenhuma limitação a dignidade de algum de seus membros sob a justificativa do “melhor interesse da família”. É a família que se curva à pessoa integrante, não o contrário. Essa mudança de compreensão provoca consequências importantes, como o reconhecimento da família plural, democrática, hetero ou homoparental, biológica ou socioafetiva. É a *família eudemonista*, “[...] caracterizada pela busca da felicidade pessoal e solidária de cada um de seus membros.” (FARIAS, ROSENVALD, 2013, p. 45-49).

Por fim, talvez os institutos do Código Civil que mais tenham recebido as influências da “Constituição Cidadã” tenham sido a posse e a propriedade privada. Inicialmente, cumpre lembrar que a nossa Constituição prevê, em duas passagens, a função social da propriedade, ora como característica inerente à própria propriedade privada, ora como princípio da ordem econômica (CF, art. 5º, inc. XXIII, e

art. 170, inc. III). A Constituição ainda prevê mecanismos incentivadores para que a propriedade privada urbana efetivamente cumpra sua função social, como a progressividade do IPTU, a edificação compulsória e até mesmo a desapropriação (CF, art. 182, §4º). Expressa, ainda, a possibilidade de desapropriação para fins de reforma agrária, por interesse social (CF, art. 184). Reconhecendo a importante função social da propriedade produtiva e da pequena e média propriedade rural, a Constituição reconhece a impossibilidade de sua desapropriação para fins de reforma agrária, desde que seu proprietário não possua outra (CF, art. 185). Ainda, o próprio texto constitucional elenca quatro requisitos simultâneos para que a propriedade rural atenda sua função social (CF, art. 186). A Constituição reconhece e protege o direito fundamental à propriedade privada, mas impõe a ele deveres e condicionantes.

Numa ponderação de direitos fundamentais, a própria Constituição confere prevalência ao direito fundamental à moradia (CF, art. 6º), quando prevê a usucapião especial urbana, pela moradia própria ou da família, (CF, art. 183) e a usucapião especial rural (CF, art. 191), pela moradia própria ou da família e pela posse-trabalho. Nesse sentido, o Código Civil de 2002 prevê várias modalidades de usucapião, com prazos reduzidos em relação ao Código Civil de 1916, o que revela o reconhecimento da função social da posse e a ponderação em favor do direito à moradia, interesse existencial que se sobrepõe, nesses casos, ao interesse meramente patrimonial do proprietário relapso. Algumas modalidades de usucapião não exigem a moradia, mas exigem a posse-trabalho, reconhecendo os valores sociais do trabalho (CF, art. 1º, inc. IV), como a usucapião extraordinária com prazo reduzido para 10 anos (CC, art. 1238, parágrafo único) e a usucapião tabular (CC, art. 1242, parágrafo único). Há, ainda, a usucapião familiar, com o prazo enxuto de 02 anos (CC, art. 1240-A) e a usucapião urbana coletiva, prevista no art. 10 do Estatuto das Cidades, ambas revelando grande preocupação com a proteção do direito à moradia. Há que se destacar, ainda, a recente

regulamentação do chamado “direito real de laje”, com a introdução dos art. 1.510-A a 1.510-E no Código Civil pela Lei 13.465/2017, o que novamente revela a preocupação do legislador com a proteção da moradia e com a função social da propriedade.

Poderíamos ainda tratar da releitura constitucional de outros institutos tipicamente privados. Todavia, pensamos ser importante uma mudança de abordagem, a fim de conferir concretude ao que estamos tratando até agora. Nessa perspectiva, escolhemos analisar o instituto do bem de família, legal e voluntário, como instituto de Direito Privado voltado à concretização do direito fundamental à moradia digna. Em seguida, analisaremos a evolução da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ, verificando se a teoria se encontra ou não com a prática forense.

### **3. A PROTEÇÃO DO BEM DE FAMÍLIA NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA E A EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA NO ÂMBITO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ)**

A Constituição Federal de 1988 modificou decididamente a estrutura do direito privado brasileiro, até então centrado quase que exclusivamente na figura do Código Civil, conforme já observado. No Brasil, o surgimento de microssistemas legais protetivos, de estatutos direcionados à proteção de sujeitos vulneráveis e de leis nitidamente inspiradas na nova ordem constitucional, consubstanciaram uma resposta positiva aos dilemas socioeconômicos que se faziam e ainda se fazem presentes, em um país que até pouco tempo vivia um regime não democrático, despreocupado com as questões existenciais.

Nesse sentido, a garantia do bem de família ganha grande repercussão nessa nova fase do direito privado brasileiro, marcada pela prevalência dos valores e dos princípios constitucionais, vistos como centro do ordenamento jurídico. Contudo, cumpre registrar que o tema ora analisado já vem sendo objeto de estudo desde a entrada em vigor do Código Civil de 1916, sendo também observado no

Decreto-Lei nº 3.200/1941 e na Lei nº 6.015/1973. Já sob a vigência da Constituição Federal de 1988, o bem de família passou a ser retratado pela Lei nº 8.009/1990, bem como pelo Código Civil de 2002, sendo justamente nesse momento que as novas leis e principalmente a jurisprudência passaram a possibilitar interpretações renovadas ao instituto, garantindo a valorização de direitos fundamentais, como o direito à moradia, bem como um entendimento mais atualizado sobre institutos tradicionais, como o da “entidade familiar”.

Sobre o surgimento do bem de família, sabe-se que o instituto teve a sua origem na então República do Texas, apresentando nítida inspiração no denominado “Homestead Expedition Act”, de 1938, que visou, em síntese, proteger a pequena propriedade agrícola familiar em face das crises econômicas, além de incentivar a fixação das pessoas no meio rural (CORDEIRO, 2011, p. 106-107).

No Brasil, o instituto do bem de família pode ser compreendido como uma forma de se garantir um mínimo de proteção patrimonial e existencial à família—inclusive à pessoa solteira, como será visto adiante -, por meio da impossibilidade de tornar o imóvel residencial penhorável por dívidas contraídas pelos cônjuges (AZEVEDO, A. V., 1999). Veja-se, portanto, que o instituto tem direta relação com o direito fundamental à moradia, disposto no art. 6º da Constituição Federal, inserindo-se no já mencionado movimento de valorização das questões extrapatrimoniais no âmbito do Direito Civil.

O Código Civil de 2002 dispõe sobre o denominado “bem de família voluntário” nos artigos 1.711 a 1.722. Diferentemente do Código de 1916, que tratava sobre o instituto na parte reservada aos “Bens”, atualmente, o benefício encontra-se na parte que disciplina o “Direito de Família”, demonstrando uma alteração de postura quanto à proteção que se almeja conferir: da propriedade para a entidade familiar, materializando a “despatrimonialização do direito civil”, inspirada no objetivo fundamental de promoção da pessoa humana.

Com orientação semelhante e fruto do aspecto social que marca

a Constituição Federal de 1988, em 1990, entrou em vigor a lei nº 8.009, determinando a proteção do denominado “bem de família legal”, de forma cogente e como ordem do Estado, tendo como finalidade primordial a promoção imediata da família, vista como célula fundamental da sociedade, rechaçando qualquer diferenciação discriminatória entre os cônjuges ou membros da entidade familiar.

De acordo com o art. 1º da supracitada lei:

Art. 1º—O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.

Veja-se que a lei determinou a proteção do imóvel residencial do “casal” ou da “entidade familiar”, o que certamente tem relação com a nova orientação constitucional brasileira, que por oportuno, entrou em vigor dois anos antes da lei ora analisada. De fato, a Constituição Federal de 1988 dedicou vários dispositivos à proteção da família, reconhecendo-a como base da sociedade no art. 226 e, por conseguinte, merecedora de especial proteção do Estado. Ainda, registre-se a maior amplitude que foi dada ao termo “entidade familiar”, expressamente reconhecido como a união formada pelo casamento, pela união estável, assim como a comunidade formada por qualquer um dos pais e seus descendentes.

A mudança que a despatrimonialização do direito privado gerou na legislação e na doutrina também foi sentida na jurisprudência. Tratando sobre o assunto, Luiz Henrique Machado Cordeiro destaca três temas específicos e controvertidos a respeito do bem de família que tiveram uma maior repercussão no âmbito dos Tribunais Superiores, especialmente no STJ. O primeiro foi a discussão a respeito da “impenhorabilidade do imóvel destinado à moradia dos novos tipos de entidades familiares e de pessoas que vivam sozinhas”. O segundo tema enfrentado pela jurisprudência foi a possibilidade de o devedor oferecer o próprio imóvel utilizado para fins de moradia para

a penhora. O terceiro tema corresponde à possibilidade do fiador ter o seu bem de família penhorado (2011, p. 127-136).

A respeito do primeiro assunto informado acima, vale ressaltar que desde 1996 o Superior STJ vem adotando entendimento que valoriza e amplia o conceito de “entidade familiar”<sup>12</sup>, possibilitando que a esposa e os filhos manejem embargos de terceiros para desconstituir a penhora realizada sobre o bem de família (STJ, REsp 64.021/SP, 1996). Registre-se, ainda, julgados no sentido de considerar impenhorável o imóvel da viúva que resida, com os filhos ou não (STJ, REsp 276.004/SP, 2000), do ex-cônjuge separado judicialmente (STJ, REsp 218.377/ES, 2000), bem como de irmãos solteiros que vivam no imóvel conjuntamente (REsp 159.851/SP, 1998). Com a mesma orientação, cite-se julgado de 2014, que decidiu pela irrelevância do devedor-proprietário residir no seu único imóvel, caso o tenha cedido a familiares, de sorte é impenhorável o único imóvel residencial do devedor em que resida seu familiar, ainda que o proprietário nele não habite (STJ, EREsp 1.216.187/SC, 2014). Por oportuno, tal situação não tem o condão de descaracterizar a qualidade de bem de família do imóvel cedido, pois, conforme será visto, o que está em jogo são bens jurídicos que transcendem às questões eminentemente patrimoniais.

Em 1999, o STJ passou a conferir uma interpretação ainda mais ampliativa para a Lei nº 8.009/1990, estendendo a sua incidência protetiva para além da entidade familiar. No julgamento do Recurso Especial nº 182.223/SP, o Ministro Relator Luiz Vicente Cernicchiaro chamou a atenção para a necessidade de observação do teor social da “lei do bem de família”, que também deveria ser aplicado em benefício da pessoa solteira, posto a necessidade de garantir o “direito de morar”. Vale ressaltar que o intuito não foi o de equiparar

---

12 Mais recentemente, valendo-se do entendimento ampliativo do conceito de entidade familiar, o STJ julgou possível a proteção de dois imóveis do executado, sendo um deles o local em que reside com a esposa e o outro a moradia de suas filhas, nascidas em decorrência de uma relação extraconjugal. No caso, o relator do acórdão destacou que a finalidade da lei nº 8.009/1990 não era a de proteger o devedor em face de suas dívidas, mas sim de compreender a entidade familiar no âmbito do princípio da dignidade da pessoa humana (STJ, REsp 1.126.173-RS, 2013).

a pessoa solteira à família, mas sim o de ressaltar que a intenção primordial da lei foi a de promover o direito à moradia como um dos principais direitos fundamentais da pessoa humana (STJ, EREsp 182.223/SP, 2003). Juntamente com outros precedentes, o julgado ora analisado foi utilizado para a formulação da Súmula nº 364 da jurisprudência do STJ, apresentando o seguinte teor: “O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas”. A correlação entre a proteção do bem de família e a garantia constitucional do direito à moradia foi e continua sendo adotada em diversos outros julgados no âmbito do STJ, ressaltando-se a influência da Constituição para a Lei nº 8.009/1990, que nitidamente possui vocação para a proteção dos direitos sociais.

Nesse sentido, Zeno Veloso, desde 1990, já indicava a importância e utilidade do bem de família, um benefício de ordem preventiva, capaz de proteger o lar da família em face das contingências da vida, não deixando ruir, “[...] sob o peso de uma execução, aquele patrimônio que não raramente, é o último abrigo, o extremo asilo, o derradeiro teto do casal e dos filhos menores” (VELOSO, 1990, p. 206). Percebemos, portanto, uma nova função do instituto, qual seja, a de proteção de uma espécie de patrimônio mínimo (FACHIN, 2006), observado como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana.

Ressalte-se que a proteção conferida ao bem de família não é exclusiva ao imóvel residencial. De acordo com o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 8.009/1990, a impenhorabilidade também abarca o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, assim como aqueles de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados. Veja-se que a ampliação legal da proteção está em sintonia com o direito à moradia digna, havendo diversos julgados que já consideraram impenhoráveis, por exemplo, móveis como aparelho televisor e geladeira (STJ, REsp 201.232/SP, 2000), dentre outros.

Quanto à possibilidade de o devedor oferecer o bem de família à penhora, há julgados no STJ que admitem a possibilidade sob a justificativa de que o mencionado benefício corresponde a um direito que pode ser objeto de renúncia válida (STJ, REsp 554.622/RS, 2005). Por outro lado, tal entendimento recebe críticas da doutrina, sobretudo por confrontar diretamente com o direito fundamental à moradia, norma de natureza cogente, que não pode ser objeto de renúncia (CORDEIRO, 2011, p. 132). Nesse sentido, outros julgados do STJ rechaçam a possibilidade de renúncia ao bem de família<sup>13</sup>, tratando o benefício justamente como norma cogente, que contém princípio de ordem pública, o que certamente encontra melhor correspondência com a lógica da despatrimonialização do direito privado, inaugurada pela entrada em vigor da Constituição Federal de 1988.

Em relação à possibilidade de o fiador ter o seu bem família penhorado por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação, em que pese as críticas da doutrina (CORDEIRO, 2011, p. 134), registre-se que o tema foi objeto de discussão no Recurso Extraordinário nº 407.688/SP, oportunidade em que o Supremo Tribunal Federal (STF) acolheu a constitucionalidade da exceção à impenhorabilidade prevista no art. 3º, inciso VII, da lei 8.009/1990.<sup>14</sup>

A temática do bem de família continua sendo desenvolvida no âmbito da jurisprudência do STJ, adequando os valores e princípios constitucionais à nova realidade que vivenciamos hodiernamente. Cite-se o julgamento do AgRg no REsp nº 512.011/SP, que afirmou a desnecessidade de escritura definitiva do imóvel no(s) nome(s) dos moradore(s) para a incidência da proteção legal, bastando o compromisso de compra e venda. Sob a relatoria da Ministra Eliana Calmon, no julgamento do REsp 855.543/DF, o Tribunal decidiu que a Lei nº 8.009/1990 não impossibilita o aluguel do único bem imóvel a fim de que os recursos auferidos auxiliem na manutenção da família

13 Veja-se os seguintes julgados no STJ: (AgRg no REsp 813.546/DF, 2007; REsp/TO 684.587, 2004; REsp 242.175/PR, 2000; REsp 205.040/SP, 1999).

14 Os incisos do art. 3º da lei nº 8.009/1990 são exceções à impenhorabilidade do bem de família.

(STJ, REsp 855.543/DF, 2006). Diante da existência de vários precedentes nesse mesmo sentido, o Tribunal formulou a Súmula nº 486, nos seguintes termos: “É impenhorável o único imóvel residencial do devedor que esteja locado a terceiros, desde que a renda obtida com a locação seja revertida para a subsistência ou a moradia da sua família”. Com base nessa orientação e ampliando o entendimento sobre o tema, recentemente, o STJ decidiu pela impenhorabilidade do único imóvel comercial do devedor que esteja alugado, caso a renda obtida seja utilizada unicamente para o pagamento de contrato de locação residencial por sua entidade familiar (STJ, REsp 1.616.475/PE, 2016). Em outra oportunidade, também prevaleceu a proteção do direito à moradia, evidenciada no julgamento dos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial 511.486/SC (STJ, 2016), que decidiu ser impenhorável o imóvel pertencente à sociedade empresária, mas que, na prática, serve como residência para o sócio devedor.

Em relação à pequena propriedade rural, vale ressaltar que o STJ já decidiu pela sua impenhorabilidade completa (STJ, REsp 1.591.298-RJ, 2017), considerando equivocada a interpretação de que o art. 4º, §2º da Lei nº 8.009/1990 restringe a declaração de impenhorabilidade do imóvel rural à sede da moradia. No caso, considerando o disposto no art. 5º, inciso XXVI, da Constituição Federal, a restrição à penhora abarca a pequena propriedade rural como um todo, o que pode ser inferido pela simples leitura do dispositivo.

Por todo o exposto, o instituto do bem de família, disposto na Lei nº 8.009/1990 e no Código Civil de 2002, pode ser considerado um instrumento apto a materializar importantes valores e princípios da Constituição Federal de 1988, destacando-se, certamente, a valorização e proteção da entidade familiar (CF, art. 226) e, especialmente, o direito fundamental à moradia digna (CF, art. 6º), dois pilares básicos para a promoção da pessoa humana, que continuam sendo desenvolvidos no âmbito dos tribunais. Ainda, ao carregarem os valores sociais construídos a partir da evolução do constitucionalismo, tanto o direito à moradia como a proteção da família inserem-se no movimento de

despatrimonialização do direito privado, preponderando os aspectos existenciais em detrimento das questões meramente patrimoniais, fazendo com que o Direito Civil volte-se para a realidade que cerca a vida das pessoas, notadamente no Brasil, um país que tem convivido com crises político-econômicas, geradoras, dentre vários problemas, do endividamento excessivo de relevante parcela da população. Nesse sentido, a impenhorabilidade do bem de família cumpre o papel de resguardar a moradia, observada como uma espécie de patrimônio mínimo, sem o qual não há falar em vida com dignidade.

Mencione-se, também, o importante papel que a jurisprudência vem desempenhando em relação à temática do bem de família, sobretudo para conferir concretude ao texto constitucional, adequando-o à realidade vivenciada hodiernamente. Em que pese a existência de decisões que recebem críticas por parte da doutrina, como o entendimento que pacificou a possibilidade de o fiador ter o seu bem de família penhorado por obrigação decorrente da fiança, cumpre mais uma vez destacar os diversos julgados mencionados no presente estudo que, de certa forma, limitaram a autonomia privada em prol da consagração de direitos fundamentais, comprovando que a evolução jurisprudencial sobre a temática caminha para uma contínua adaptação do Direito Civil à promoção da dignidade da pessoa humana, ou seja, da prevalência das questões existenciais sobre aquelas baseadas exclusivamente em preocupações de ordem patrimonial.

#### 4. CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988, influenciada pelo movimento do neoconstitucionalismo, incorporou em sua estrutura diversos direitos fundamentais, todos eles corolários do princípio da dignidade da pessoa humana. Com efeito, ao enquadrar esses direitos como normas jurídicas portadoras de uma dupla perspectiva, qual seja, subjetiva e objetiva, a constatação inexorável é a de que todo o ordenamento passa a sentir e refletir os efeitos dos direitos fundamentais.

Com o Direito Civil, o efeito irradiante dos direitos fundamentais

não passou despercebido. Se, antes do paradigma neoconstitucional, o Código Civil portava-se como o centro do ordenamento jurídico, agora, é a Constituição que exerce tal função, passando o Código Civil a ser um instrumento de concretização dos valores e dos princípios fundantes da ordem constitucional. Em outras palavras, o Direito Civil e todos os seus já tradicionais institutos deverão passar por uma necessária renovação, a fim de realmente concretizarem os objetivos fundamentais da nação.

Ao incorporar a função de promoção da ordem constitucional, o Direito Civil passa por um processo denominado pela doutrina de “despatrimonialização”, ou seja, o seu foco, que outrora estava na proteção da propriedade, passa a estar na proteção da pessoa. Com efeito, é justamente esse o estágio atual do Direito Civil brasileiro, especialmente em relação à temática do bem de família, eleita pelo presente trabalho como objeto de estudo específico.

No Brasil, o bem de família é retratado tanto na Lei nº 8.009/1990 (bem de família legal) quanto no Código Civil de 2002 (bem de família convencional), expressando, em síntese, um obstáculo à penhora do imóvel residencial da entidade familiar (ou até mesmo da pessoa solteira), sendo, portanto, uma nítida forma de concretização dos valores constitucionais de ordem social. Sobre o assunto, importante é a constatação de que a jurisprudência, especialmente do STJ, tem interpretado o instituto à luz da realidade social, relacionando-o com o direito fundamental à moradia. Ciente da atual função do Direito Privado – proteção e promoção da pessoa humana, sua dignidade, direitos fundamentais, direitos da personalidade e demais interesses existenciais -, o STJ evolui sua jurisprudência, distancian-do-se da visão patrimonialista do Direito Privado de outrora.

Desta maneira, conclui-se que as leis que retratam o bem de família e, especialmente, a evolução da jurisprudência sobre o tema estão em sintonia com a função constitucional do Direito Privado, marcada hodiernamente pela prevalência da promoção da pessoa humana. Trata-se, portanto, de um importante diálogo estabelecido

pela jurisprudência entre os princípios e valores constitucionais, o Código Civil e demais leis componentes do ordenamento jurídico, nesses 30 anos da entrada em vigor de nossa “Constituição Cidadã”. O Direito Privado, funcionalizado em prol da pessoa humana, tem no instituto do bem de família um importante meio de concretização do direito fundamental à moradia digna.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. Bem de família: com comentários a lei 8.009/90. 4ª ed. rev. e ampl. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito como sistema complexo e de 2ª ordem; sua autonomia. Ato nulo e ato ilícito. Diferença de espírito entre responsabilidade civil e penal. Necessidade de prejuízo para haver direito de indenização na responsabilidade civil. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, jul.-set./2013. Disponível em <<http://civilistica.com/o-direito-como-sistema-complexo-e-de-segunda-ordem/>>. Data de acesso: 17/05/2016.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito pós-moderno. *Revista USP*. São Paulo, n. 42, p. 96-101, jun.-ago./1999. Disponível em <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp>>. Data de acesso: 17/05/2016.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 5ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. Nº9, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>>. Acesso em 25/05/2016.
- BESSONE, Darcy. *Do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.
- BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade*. 3ª ed. modificada e atual. São Paulo: Atlas, 2014.
- BIZELLI, Rafael Ferreira. *Contrato existencial: evolução dos modelos contratuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Trad. de

- Daniela Beccaccia Versiani. Rev. técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri: Manole, 2007.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011
- CAENEGEM, R. C. van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. 2ª ed. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 3ª ed. Introd. e Trad. de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulberkian, 2002.
- CORDEIRO, Luiz Henrique Machado. O bem de família como proteção mínima à moradia. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 29, p. 105-141, 2011.
- DELGADO, Mário Luiz. *Codificação, descodificação e recodificação do direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- DUQUE, Marcelo Schenk. *Curso de direitos fundamentais: teoria e prática*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito privado e constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo: à luz do novo Código Civil brasileiro e da Constituição Federal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Direito das Famílias*. 5ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.
- FERREIRA, Keila Pacheco; BIZELLI, Rafael Ferreira. A cláusula geral de tutela da pessoa humana: enfoque específico no dano existencial, sob a perspectiva civil-constitucional. In: STOCO, Rui (org.). *Coleção doutrinas essenciais: dano moral*. v.1, p. 1005-1036. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Trad. de Luis Sancho Mendizábal. Granada: Editorial Comares, S.L., 2001.
- HESPANHA, António Manuel. As culturas jurídicas dos mundos emergentes: o caso brasileiro. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 4, out.-dez./2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/as-culturas-juridicas-dos-mundos-emergentes-o-caso-brasileiro/>>. Data de acesso 24/05/2016.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.
- KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1978.
- LOPEZ, Teresa Ancona. *Dano estético*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MARTINS, Fernando Rodrigues. *Princípio da justiça contratual*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. O Novo Código Civil Brasileiro: em Busca da “Ética da Situação”. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS*. Porto Alegre, v. 2, n.4, 2004. Disponível em <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/49214/30844>>. Data de acesso: 21/06/2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *Direito civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Do juiz boca-da-lei à lei segundo a boca-do-juiz: notas sobre a aplicação-interpretação do direito no início do século XXI. *Revista de Direito Privado*. vol. 56, p. 11-30, out.-dez./2013. Disponível em <[www.revistadostribunais.com.br](http://www.revistadostribunais.com.br)>. Data de acesso: 24/05/2016.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NORONHA, Fernando. *O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIOVESAN, Flavia; RUSSO JÚNIOR, Rômulo. Direitos humanos, dignidade humana e direitos da personalidade. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (coord.). *O Código Civil e sua interdisciplinaridade: os reflexos do Código Civil nos demais ramos do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Livraria Almedina, 1982.

REALE, Miguel. *Nova fase do direito moderno*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Livraria Almedina, 1988.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. vol.1 7ª ed. São Paulo: Cortez, 2009.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª ed. 3ª tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros de reparação à diluição dos danos*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo. *A parte geral do novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In. *Temas de direito civil*. 4ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TIMM, Luciano Benetti. *O Novo Direito Contratual Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

VELOSO, Zeno. Bem de família. *Revista de Informação Legislativa*, v. 27, n. 107, p. 203-214, jul./set. 1990.

# O BEM DE FAMÍLIA LEGAL: DISCUTÍVEIS CAMINHOS À IMPENHORABILIDADE EM FACE DO ROL DE EXCEÇÕES DA LEI N. 8.009/1990 E DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

Luiz Carlos Falconi<sup>1</sup>

Zarifi Helou Ferreira Balieiro<sup>2</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

Este artigo traz como tema a impenhorabilidade do bem de família legal, objeto da Lei nº 8.009/1990, com os possíveis questionamentos que se podem fazer ao instituto, em razão das inúmeras contradições geradas pela aplicação desta norma, associadas à existência de notórias omissões legislativas e consideráveis confrontos com basilares de nosso ordenamento jurídico, mormente no que tange aos princípios da dignidade humana e do mínimo existencial, em concomitância à proteção constitucional da família e do direito à moradia.

Sob a perspectiva histórica, o arquétipo de bem de família abraçado pelo Brasil alentou-se no modelo norte-americano, o *homestead*, desenvolvendo-se sua primitiva blindagem, semelhante ao que conhecemos hoje, em meio a crises econômicas suportadas por seus moradores, em especial os do Estado do Texas (AZEVEDO, 1999, p. 27). Situação não muito diferente pela qual passou o Estado brasileiro no final do século XX, funcionando a Lei nº 8.009/1990 (Da Impenhorabilidade do Bem de Família) como uma resposta aos abalos

---

1 Professor Adjunto da Escola de Direito e Relações Internacionais da Pontifícia Universidade Católica de Goiás e Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás.

2 Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Goiás.

financeiros que acometeram os brasileiros nesse período.

Em suma, o bem de família pode ser designado como aquele bem imóvel destinado ao uso da entidade familiar, assim como seus móveis guarneceados, equipamentos profissionais, plantações ou qualquer tipo de benfeitoria. Diz-se que é um meio de garantia de asilo à família, tornando-se o seu imóvel domiciliar, em regra, impenhorável e inalienável, com o coerente alcance aos variados tipos de entidades familiares constituídas em meio à evolução da sociedade. No direito pátrio, há regramento quanto ao instituto, com fulcro na Lei da Impenhorabilidade do Bem de Família, no atual Código Civil (artigos 1.711 a 1.722) e na Constituição Federal, quando se estabelece a proteção à entidade familiar (artigo 226), e demais garantias pertinentes à moradia e ao patrimônio, como se extrai, *v.g.* de seu art. 7º.

Deveras, toda família possui o direito constitucional de ter o seu lar, seu domicílio inviolável, seu refúgio preservado. O presente artigo objetiva debater sobre as situações que ensejam tal proteção e quais as zonas limítrofes em que a sociedade se depara desde a promulgação da Lei nº 8.009/1990, com a construção de controvérsias e indagações em face do rol que faz excetuar a aplicação do efeito da impenhorabilidade sobre o bem de família legal. Afinal, da mesma forma que há a máxima da proteção constitucional, é também inegável que todo aquele que contrai dívidas, com ou sem limites, deva arcar com as consequências das responsabilidades sabidas e assumidas.

O que se tem por incontroverso é o fato de que já houve questionamentos acerca da aplicação prática da Lei, principalmente em face das suas taxativas ressalvas e da sua blindagem genericamente promovida, fazendo-se pensar sobre uma possível reformulação da norma, de modo a não afetar a dignidade da pessoa humana ou família, mas também não eximir de forma sorrateira e questionável a obrigação contraída (a ser cumprida), sendo este debate um dos principais focos deste artigo. Ora, é muito frequente o julgador deparar-se com situações extremamente delicadas por causa de tantas e peculiares demandas acerca da temática, e, o mais problemático, é não haver um

entendimento uniforme a respeito de muitas questões pontuais que a própria Lei deveria abarcar; há, pois, uma forte motivação para o estudo esmerado do assunto, como aqui se procurou fazer.

Na área das Ciências Sociais Aplicadas, com foco em Direito Civil, Processual Civil e Constitucional, o método principal utilizado no presente estudo é o dialético. Este, teorizado por Hegel (1770-1831) e utilizado por Marx (1818-1883), tem como base a contradição, a investigação da realidade pelo estudo de sua ação recíproca. Assim, a partir da observação de que a realidade não é como algo dado e estabilizado e que os fatos não podem ser considerados fora de um contexto social, as contradições transcendem-se originando novas controvérsias, as quais requerem soluções. Com análises mais detidas, torna-se possível chegar a uma síntese de como se vem aplicando o instituto na realidade social. Deve haver, neste método, o estabelecimento da arguição de teses questionadoras do instituto como o é hoje e daquelas contrárias, funcionando como antítese em sua essência. Jurisprudências, julgados, projetos de lei e proposições doutrinárias darão o devido embasamento, mediante uma interpretação sistêmica voltada à construção do pensamento sintético, a ser elaborado no fim da pesquisa e encaixado no macrouniverso, ou que pelo menos seja tentado o seu ajustamento ao contexto fático.

Embase-se o plano do referencial teórico, precipuamente, nas lições de Álvaro Villaça Azevedo, em razão de ser o jurista que possui estudos mais completos, quando se trata de temas vinculados ao bem de família. E, também, estrutura-se pela essência da teoria do direito como instituição, conforme legado do jurista Santi Romano (1875-1947). Parte-se da sapiência de que, mesmo com o dito caráter absoluto de determinado instituto jurídico – no caso, a impenhorabilidade do bem de família  $\neg$ , a sociedade está em plena mutação, sendo a *instituição* formada com e para ela. Essa é a fonte essencial de todas as normas e por ela ser uma instituição, o direito o é também, sendo fruto de suas adaptações socioeconômicas desde os primórdios – vale dizer, a necessidade social é a sua principal fonte. A sociedade, com

seu poder emanado para a construção das normas, é trabalhada dentre as mais variadas manifestações e diversidades, funcionando a partir das suas próprias conclusões, distinções, necessidades e valorações. O direito não deve ser levado em conta como um exclusivo produto do Estado, mas perfeitamente como um evidente fenômeno pertencente à sociedade como um todo.

Dessarte, após ser esclarecido o conceito do instituto, sua finalidade e a contextualização constitucional, serão colocadas em evidência polêmicas, críticas e indagações sobre a prática da Lei Especial (nº 8.009/1990), englobando questionamentos à sua constitucionalidade, ao seu rol de exceções e à sua ausência de limites pecuniários. Identificado o problema de acordo com o método fixado (dialético), averiguar-se-ão alguns caminhos a, possivelmente, serem seguidos na elaboração de uma base hermenêutica sobre o assunto, apropriando-se do ideal de construção de uma possível sociedade mais justa e igualitária, no que for essencial.

## **2. O BEM DE FAMÍLIA E A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA FAMÍLIA E DA MORADIA**

“Bens” são valores materiais ou imateriais, corpóreos ou não, mas passíveis de satisfação às nossas exigências e desejos, servíveis como objeto a uma relação jurídica; que por serem úteis e raros, são passíveis de apropriação e contêm valor econômico (MACHADO, 1956, p. 70 *apud* RODRIGUES, 2007, p. 116). Desta forma, num restrito sentido, ministra-se pela economia o conceito de “coisa” ligado a “bem”, quando se fala que este seja aquilo que proporciona compensação apreciável em dinheiro, idôneo à apreciação pecuniária para que seja devidamente abarcado pelo raio do direito. Em redonda consonância a Gonçalves (2014, p. 277), “bens, portanto, são coisas materiais, concretas, úteis aos homens e de expressão econômica, suscetíveis de apropriação, bem como as de existência imaterial economicamente apreciáveis”.

Família, por sua vez, é deveras difícil de ser delimitada em um conceito propriamente dito. Aproximando-se do senso comum,

corresponde a pessoas aparentadas que vivem, geralmente, na mesma casa, particularmente o pai, a mãe e os filhos, geralmente do mesmo sangue; é a linhagem, origem, ascendência (FERREIRA, 2004, p. 396).

Em complemento, extrai-se também que seja o conjunto de ascendentes, descendentes, colaterais e afins de uma linhagem; pessoas do mesmo sangue, que vivem ou não em comum; instituição social básica que compreende um ou mais homens, vivendo maritalmente, com uma ou mais mulheres, os descendentes vivos e, às vezes, outros parentes e agregados; na Biologia, grupo sistemático, divisão principal de uma ordem, constituído de um ou mais gêneros vegetais ou animais e em que todos os organismos, que a ele pertencem, se ligam por caracteres comuns (ENCYCLOPAEDIA BRITANNICA, 1994, p. 783-784).

Já numa holística da área do Direito Brasileiro, a nossa Carta Magna constitui a base mais sólida para se apoiar o conceito de Família. Com um capítulo próprio na Constituição da República Federativa de 1988, dentre os artigos 226 a 230, entende-se que seja a base da sociedade, com proteção especial do Estado, sendo constituída pelo: a) casamento civil (art. 226, §§1º e 2º), b) pela união estável entre homem e mulher (art. 226, §3º), ou, c) pela monoparentalidade (art. 226, §4º).

Convém ressaltar que o amparo à família apareceu primeiramente na Constituição de 1934, em seu artigo 144<sup>3</sup>, descrita em poucas palavras, com o ressaltado de seu caráter indissolúvel e da importante proteção do Estado. Repetindo-se essas características na Carta de 1937 (art.124), de 1946 (art. 163) e 1967 (art. 167), tendo esta destrinchado um pouco mais as garantias que a instituição teria<sup>4</sup>.

3 Constituição de 1934: “Art 144–A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Parágrafo único–A lei civil determinará os casos de desquite e de anulação de casamento, havendo sempre recurso ex officio, com efeito suspensivo.”

4 Constituição de 1967: “Art 167–A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos. § 1º–O casamento é indissolúvel. § 2º–O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e as prescrições da lei, assim o requerer o celebrante ou qualquer interessado, contanto que seja o ato inscrito no Registro Público. § 3º–O casamento religioso celebrado sem as formalidades deste artigo terá efeitos civis se, a requerimento do casal,

Além, desses diplomas, o Decreto-Lei n. 3.200/1941, em seus 43 artigos, trouxe disposições mais completas sobre a organização e proteção da família.

Hodiernamente, na esteira das observações de Tartuce (2016, p. 1203-1204), prevalece na doutrina e na jurisprudência a ideia de que o rol constitucional familiar, ali ressaltado no atual artigo 226 e seus parágrafos, é exemplificativo, seguindo a moderna concepção de inúmeros tipos de família que podem ser reconhecidos, dotadas dos mesmos direitos e obrigações impelidas àquelas ditas “tradicionais” pelo senso comum.

O autor traz à baila mais três tipos de núcleos familiares, a serem abarcados também no conceito ora abordado.

Conforme preleciona Barros (2010, p. ú., *apud* TARTUCE, 2016, p. 1204), também se admite:

d) Família anaparental, expressão criada por Sérgio Resende de Barros, que quer dizer *família sem pais*. Ilustrando a aplicação do conceito, o STJ entendeu que o imóvel em que residem duas irmãs solteiras constitui bem de família, pelo fato delas formarem uma família (STJ, REsp 57.606/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Fontes de Alencar, j. 11.04.1995, DJ 15.05.1995, p. 13.410).

Dias (2009, p. 47, *apud* TARTUCE, 2016, p.1204) acrescenta outro tipo, na esteira de precedentes do Supremo Tribunal Federal:

e) Família homoafetiva, constituída por pessoas do mesmo sexo, tendo sido a expressão *união homoafetiva* criada e difundida por Maria Berenice Dias. Como é notório, decisão histórica do Supremo Tribunal Federal, do dia 5 de maio de 2011, reconheceu por unanimidade a união homoafetiva como entidade familiar, o que representou uma grande revolução no sistema jurídico nacional (ver publicação no *Informativo* n. 625, julgamento da ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF). A decisão compara a união afetiva à união estável, para todos os fins jurídicos, tendo efeito vinculante e *erga omnes*. (...)

Finaliza Tartuce (2016, p. 1204) com mais um modelo familiar:

---

*for inscrito no Registro Público mediante prévia habilitação perante a autoridade competente. § 4º-A lei instituirá a assistência à maternidade, à infância e à adolescência.”*

f) Família mosaico ou pluriparental, aquela decorrente de vários casamentos, uniões estáveis ou mesmo simples relacionamentos afetivos de seus membros. Utiliza-se o símbolo do *mosaico*, diante de suas várias cores, que representam as várias origens. Ilustrando, *A* já foi casado por três vezes, tendo um filho do primeiro casamento, dois do segundo e um do terceiro. *A*, dissolvida a última união, passa a viver em união estável com *B*, que tem cinco filhos: dois do primeiro casamento, um do segundo, um do terceiro e um de união estável também já dissolvida.

Perceptível que, além daquelas outrora já consolidadas, as novas categorias legais enaltecem o afeto, a interação, a ligação entre as pessoas, com notória prevalência de uma *affectio* entre os componentes dotados de intenção deliberada pela constituição familiar. A família contemporânea, assim, pode ser delimitada pelo grupo de pessoas que se unem no fito de consolidar esse desígnio, independente do gênero daqueles que a compõem, servindo todas essas construções legais como complementaridade de outras leis que não a Constituição. Seja a Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006), a Lei de Alimentos (Lei n. 5.478/1968), a Lei de Adoção (Lei n. 12.010/2009), ou, finalmente, a Lei da Impenhorabilidade do Bem de Família (Lei n. 8.009/1990).

Há de se entender, pois, que um bem de família é a coisa, útil e agregada de valor, que é de pertença a uma união de pessoas com afinidade e intuito de constituir entidade familiar, independentemente da posição “hierárquica” de cada um desses integrantes.

Timidamente mencionado no Código Civil de 1916, no Livro dos Bens (artigos 70 a 73), delimitou-se que o bem de família seria prédio destinado pelos chefes de família para domicílio desta, com isenção de execução por dívidas (salvo aquelas oriundas de impostos relativos ao próprio imóvel) enquanto viverem os cônjuges e até que os filhos completassem sua maioridade (artigo 70, e respectivo parágrafo único, do CC/1916).

O diploma civilista vigente, ao tratar do instituto de forma mais explanada, especificamente nos artigos 1.711 a 1.722, transpondo o tema ao Livro do Direito de Família e superando a lacuna que antes de certa forma havia, dispõe que:

Art. 1.712. O bem de família consistirá em prédio residencial urbano ou rural, com suas pertenças e acessórios, destinando-se em ambos os casos a domicílio familiar, e poderá abranger valores mobiliários, cuja renda será aplicada na conservação do imóvel e no sustento da família.

A Lei n. 8.009/1990, em seu artigo 1º, não traz conceito explícito sobre o que seja esse bem, considerando a finalidade principal da norma em lhe vincular à impenhorabilidade, todavia vem em derradeiro afirmar que é impenhorável o imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, não respondendo este por qualquer tipo de dívida contraída pelos cônjuges, pais ou filhos que sejam proprietários ou ali residam, salvo as exceções previstas adiante na Lei em comento.

Ainda, é de grande valia trazer a este estudo o Decreto-Lei n. 3.200/1941, amplamente esquecido pela doutrina, que em seu artigo 19 estabelece que “não há limite de valor para o bem de família desde que o imóvel seja residência dos interessados por mais de dois anos”, dando caráter amplo ao instituto no sentido pecuniário, mas estabelecendo a fronteira temporal de um biênio para a instituição do bem.

Na doutrina, há de se apropriar validamente de conceitos já formados sobre o bem de família, com base no mesmo material e apoio legislativo supratranscrito. Chaves (1982, p. 1.107) conceitua-o como:

um patrimônio separado, constituído por bem imóvel isento de execução, por dívida posterior à sua situação pelos cônjuges, por um deles ou por terceiros, vedada a sua alienação ou alteração de seu destino, que é o de garantir, obedecidos os requisitos, limites e formalidades da lei, a estabilidade e o centro do lar, durante a vida de cada um daqueles e dos seus filhos, enquanto menores.

Diniz (2012, p. 220) conceitua o bem estritamente como havia sido delimitado pelo CC/1916. E, segundo Pereira (2010, p. 603), o bem de família pode ser entendido como “uma forma da afetação de bens a um destino especial que é ser a residência da família, e, enquanto for, é impenhorável por dívidas posteriores à sua constituição, salvo as provenientes de impostos devidos pelo próprio prédio”.

É incontroverso que a principal finalidade do bem de família é assegurar um lar à família e resguardar meios para seu sustento, à medida que, basicamente, livra-a de penhoras por dívidas. Ora, se um conjunto familiar já se encontra em situação econômica deficitária, tirar-lhe a moradia ou verbas que lhe são essenciais para o adimplemento de eventuais débitos poderia gerar outros problemas ainda maiores, inclusive para o Estado, que se vê obrigado a cuidar dos necessitados desprovidos de qualquer tipo de amparo.

Azevedo (1999, p. 213-214), sustenta sólidas reflexões sobre o assunto:

Todo ser vivente, desde os animais, necessita de um mínimo necessário para viver. (...) A violação do lar é a quebra da última proteção humana; o aniquilamento de uma família é a incineração do próprio amor, amor da casa, amor da rua, amor de um semelhante por outro; em uma palavra: amor. A maior missão do Estado é a de preservar o organismo familiar sobre que repousam suas bases. Cada família que se desprotege, cada família que se vê despojada, a ponto de insegurar-se quanto à sua própria preservação, causa, ou pelo menos deve causar ao Estado, um sentimento de responsabilidade, fazendo-o despertar a uma realidade que clama por uma recuperação. O dever de proteção geral aos indivíduos cabe ao mesmo Estado que deve intervir, sempre, para coibir os excessos, para impedir a colisão de interesses, acentuando a salvaguarda dos coletivos mais do que dos particulares, para limitar uma liberdade de ação para que ela não fira a alheia, ainda mais quando for letal esse ferimento de quebra de uma estrutura de que dependem todos.

Rememora-se, assim, a imposição constitucional que traz a família como a base da sociedade, carecedora de especial proteção do Estado (artigo 226, Constituição Federal), assim como a garantia de moradia expressamente cuidada na mesma Lei Magna (artigo 6º)<sup>5</sup>. Logo, o bem de família também apresenta o caráter protetivo do bojo familiar, independente de sua composição, garantindo-lhe um teto em meio a situações infelizes (ou felizes) pelas quais os cidadãos

5 Art. 6º. 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.

podem passar, como uma forma de justiça social.

Assim, por harmonia doutrinária, os fins maiores do instituto do bem de família encontram cristalino respaldo na área do direito civil-constitucionalista, no resguardo da proteção da família e de seu lar a par dos princípios da dignidade humana e do mínimo existencial; é algo que lhe diferencia dos outros tipos de bens. Visto que, é promovida a proteção do ser humano em sua digna individualidade, assim como a tutela de cada integrante da família, na busca do projeto da garantia de sua habitação ao fim último da felicidade<sup>6</sup>, colocando cada um dos componentes familiares em posição valorizada sobre o crédito de outrem, na ótica de que todos têm direito à propriedade, seja ela a mínima para a sobrevivência humana.

Desta forma, a partir do estudo terminológico e das definições na normativa brasileira, a par das subdivisões existentes<sup>7</sup>, capta-se que o bem de família é o imóvel residencial, amplamente protegido, destinado ao domicílio da família, em qualquer de suas manifestações de entidade familiar, dotado de caráter impenhorável conforme as exceções estabelecidas, com o notório fim último de se concretizar a proteção do Estado à instituição familiar, esta constitucionalmente considerada como a base da sociedade, bem como assentar o direito constitucional à moradia que a todo cidadão é garantido.

### **3. DISSONÂNCIAS QUANTO À EFETIVIDADE DA LEI N. 8.009/1990**

A origem da Lei nº 8.009/1990 por meio de uma Medida Provisória expedida pelo senhor Presidente da República traz a lume

- 
- 6 Aqui faço remissão às ideias do filósofo inglês e liberalista John Locke, que, basicamente, defendia que o ser humano era digno de lhe ser concedido a liberdade, a igualdade, a felicidade e a propriedade privada.
  - 7 Coexistem, no Direito Brasileiro, duas categorias distintas do bem de família, o voluntário e o involuntário, além do rural, raramente distinguido pela doutrina. Diz-se, ainda, de casos especiais de bem de família, aqueles previstos em diplomas legais peculiares, v.g., Decreto-Lei n. 1.351/1939 (art. 13), que dispõe sobre o bem de família nas colônias militares de fronteira; Lei n. 2.378/1954 (art. 7º) e Lei n. 4.340/1964 (art. 6º, alínea “a”), relativo ao bem de família dos expedicionários da FEB; Decreto-Lei n. 3.200/1941 (art. 8º e ss.), quando trata de bem de família oriundo de mútuo para casamento.

a ideia de que não se fez muito debate legislativo a respeito de sua criação, os fundamentos que lhe rodeiam e a respectiva legitimidade em meio ao Estado brasileiro.

Em vista dos contundentes efeitos que trouxe ao direito, é imprescindível a identificação de controvérsias quanto à sua manutenção na normativa pátria. Não obstante a sua finalidade tão tenra em proteger a instituição da família e resguardar-lhe quanto ao direito de moradia e de ter um patrimônio mínimo, não se devem deixar ermos questionamentos que a envolvem, até mesmo no sentido de cobrar por uma maior efetividade normativa em sua aplicação prática e trazer à tona debates sobre justiça e equilíbrio.

Um dos pontos controversos dentro da temática é o fato de haver decisões consagradas nos Tribunais Superiores, inclusive no Superior Tribunal de Justiça (STJ), sobre as mais variadas possibilidades de questionamento quanto à aplicação das exceções à impenhorabilidade do bem de família. Já existiram, também, severos debates sobre a constitucionalidade da Lei nº 8.009/1990, modificações consideráveis nos incisos do seu art. 3º como, também, já se propôs a inclusão do seu § 3º no artigo 649 do Código de Processo Civil de 1973, o qual limitava a impenhorabilidade em até 100 salários-mínimos; colocando-se em xeque, portanto, a discussão sobre dois objetos jurídicos: a sujeição do patrimônio do devedor e a família.

E, em meio ao abundante arsenal de conflitos doutrinários, jurisprudenciais, legislativos e ideológicos, postos neste artigo, torna-se possível acarear algumas questões pontuais que podem abalar, até mesmo, a própria existência da Lei.

#### **4. O CONTROVERTIDO ROL DE EXCEÇÕES PARA O BEM DE FAMÍLIA LEGAL**

Conquanto existente o objetivo solene e pacífico da Lei nº 8.009/1990 para o resguardo da dignidade humana, proteção à família e preservação do patrimônio mínimo, cerceamentos são estabelecidos

para o caráter absoluto do instituto do bem de família involuntário, no rol estabelecido pelo artigo 3º da norma, entendido, via de regra, como *numerus clausus*. Existem, por certo, no intuito de preservar a ordem pública e resguardar a segurança jurídica do direito brasileiro, quanto às execuções judiciais por dívida, apesar das já existentes restrições para a instituição do bem de família voluntário. São resultado de sopesamentos entre princípios adotados pelo Legislador a fim de não sacrificar outros valores concomitantemente protegidos constitucionalmente, considerando que cada hipótese pressupõe a observância de uma fundamentação valorativa.

Há muito que se questionar sobre a possível afronta desse rol ao real objetivo da lei, fundamentando-se sobre falhas e defasagens existentes na referida legislação, fazendo ser o bem de família legal um curioso caso de impenhorabilidade relativa para quando se precisam resguardar determinados bens e valores. Já se debateu sobre a provável motivação disso, em face da recentíssima promulgação de nossa Constituição à época da elaboração da Lei, todavia já se passaram décadas desde então e poucas alterações foram feitas – aliás, apesar da exclusão de um inciso, incluiu-se outro que é extremamente alvo de polêmicas.

#### 4.1. O trabalhador doméstico

O primeiro inciso, antes de ser revogado pela Lei Complementar n. 150 de 2015 (Lei do Trabalhador Doméstico), dizia que a suposta impenhorabilidade não seria oponível às execuções que fossem movidas em razão de crédito de trabalhadores domésticos<sup>8</sup> e das respectivas contribuições previdenciárias. A lógica do dispositivo instaurava-se na ideia de que, como os trabalhadores prestam serviço na casa onde reside a família, de forma contínua e sem a aferição de lucros por atividade econômica, para esta a vantagem do trabalho é diretamente revertida; logo, tais verbas são créditos indiscutivelmente

8 Conforme o STF (REsp n. 644.733/SC), entende-se aqui trabalhadores domésticos *strictu sensu* (motorista particular, empregada doméstica, jardineiro etc.), caracterizados rigorosamente pela habitualidade, não incluindo aqueles eventuais trabalhadores civis contratados para a construção, reforma, reparos do imóvel.

de natureza alimentar<sup>9</sup>, funcionando a hipótese como um direito social em essência. Para Delgado (2008, p. 708):

O caráter alimentar do salário deriva do papel socioeconômico que a parcela cumpre, sob a ótica do trabalhador. O salário atende, regra geral, a um universo de necessidades pessoais e essenciais do indivíduo e de sua família. A ordem jurídica não distingue entre níveis de valor salarial para caracterizar a verba como de natureza alimentícia. A configuração hoje deferida à figura é unitária, não importando, assim, o fato de ser (ou não), na prática, efetivamente dirigida, em sua totalidade ou fração mais relevante, às necessidades estritamente pessoais do trabalhador e sua família. A natureza alimentar do salário é que responde por um razoável conjunto de garantias especiais que a ordem jurídica defere à parcela (...).

Polemiza-se tal exclusão em face da finalidade da Lei Complementar nº 150/2015, que seria a consolidação de benesses, antes omissas, aos trabalhadores domésticos, ao regular os contratos que lhe vinculam. Debateram-se sobre a possível equiparação desses tipos de empregados àqueles comuns, assim como o equilíbrio perante o empregador, mas a supressão da referida possibilidade pode funcionar apenas como mais um atravanco aos empregados domésticos para o recebimento de suas verbas, dada a sua natural condição de hipossuficiente como trabalhador. O legislador, assim, deu prevalência ao

9 Já se tramitou na Câmara dos Deputados o PL nº 2671/1996 (autoria do Dep. Tuga Angerami, PSDB/SP), que visava excluir do *caput* do artigo 3º os termos “trabalhista” e “previdenciário”, constando que em ações dessa natureza não se devesse incidir a impenhorabilidade automática do bem de família do devedor. Em sua justificativa: *Ao procurar garantir o bem de família, a mencionada Lei promove, entretanto, enorme injustiça. Não parece justo que se garanta os bens do empregador e sonegador em detrimento dos direitos do trabalhador que por longos anos se dedicou em proporcionar, com seu trabalho, sua dedicação, seu esforço e seu desgaste físico e emocional o aumento do capital e do patrimônio do empresário. Créditos trabalhistas têm caráter alimentar e não podem ser relegados por ocasião de suas exigências. Se alguém tem que ser garantido, deve ser o empregado que não colaborou para a insolvência do empregador. Da mesma forma, deve ser dada atenção especial aos créditos previdenciários, pois eles revertem em favor dos trabalhadores e seus dependentes e, também, do próprio Poder Público. Não é justo que a Lei proteja o mau administrador e o sonegador de contribuições previdenciárias, muitas vezes descontadas dos salários dos empregados. Esta distorção da Lei deve ser corrigida. Em parecer contrário (de autoria da Dep. Nair Xavier Lobo-PMDB/GO), que deliberou ao arquivamento, fundamentou-se: *Quanto à proposta de que seja admitida a penhora e excussão do bem de família por dívidas trabalhistas e previdenciárias, entendemos que a natureza dessas dívidas e o baixo valor que as caracteriza, quando devedor uma pessoa física, não justificam a quebra da regra da impenhorabilidade. Ocorre aí, em nosso entendimento, uma clara desproporção entre a importância da residência para a entidade familiar e o pequeno valor das dívidas de natureza previdenciária e trabalhista no caso de pessoas físicas.**

direito à moradia do empregador em face do direito à tutela jurisdicional ativa à satisfação de créditos alimentares do trabalhador, sendo este credor uma pessoa física. O Senador Romero Jucá (PMDB/RR), no Projeto de Lei nº 302/2013, apresentou em sua justificação:

Ainda, atentando à ocorrência de possível iniquidade na execução trabalhista, retiramos a possibilidade de que a penhora dos valores referentes à execução de Reclamação Trabalhista de autoria de empregado doméstico venha a recair sobre bem de família, hipótese que sempre consideramos injusta e cuja retirada contribuirá para a pacificação das relações sociais.

Reputa-se que a expressão utilizada pelo político “pacificação das relações sociais” seja um tanto vago para que haja consequência tão palpável. Houve certa ponderação de interesses com a proposição de tal regulamentação, em vista da abertura dada ao trabalhador, mas com a desoneração econômica dada ao empregador com relação ao bem de família. Apesar da equiparação ao empregado comum, quando há procedimentos falimentares de empresas, suas verbas são aquelas privilegiadas, as que primeiro e especialmente devem ser adimplidas; noutro giro, o doméstico, de certa forma, fora desprivilegiado quanto a esse quesito – o seu patrão não está sujeito à Lei 11.101/2005 (Lei de Falências e Recuperação Judicial/Extrajudicial), por serem serviços prestados em prol da residência familiar, daí que surge a controvérsia. Simão (2015, p. única) defende:

Não há razão, em tese, para tal alteração. Se a decisão não tem razão jurídica de ser, fica a decisão puramente política do legislador. Dos debates e notícias que se têm, em nenhum momento se discutiu a razão para a revogação em questão. O motivo “pacificação das relações sociais” indicado pelo Senado é tão relevante para a mudança da Lei 8.009/90 quanto para a criação do Dia do Macarrão (Lei 13.050 de 2014).

Na mesma esteira, Borges Neto (2015, p. única) argumenta:

Neste cenário, fragiliza-se o efeito prático a execução trabalhista. Surge, assim, o conflito entre o princípio da máxima utilidade da execução e o do menor sacrifício do executado. Mesmo possuindo indiscutível natureza alimentar, o crédito de empregado doméstico,

em caso de concorrência com outros créditos iguais em execução individual – e excluindo-se as hipóteses clausuladas na Lei 11.101/2005, no Código Tributário Nacional e na Constituição Federal de 1988 -, não goza, a bem da verdade, de substancial benefício nas situações em que o patrimônio do devedor é reduzido ou foi mitigado, por qualquer motivo. Agora, com a subtração do bem imóvel familiar à execução trabalhista, os empregados domésticos terão ainda maiores dificuldades para cobrar seus créditos. (...) parece que o legislador, grosso modo, ponderou os interesses e os direitos dos envolvidos, empregado e empregador domésticos, para expandir para àqueles nova proteção e conferir direitos que, até então, não lhes eram (injustificadamente) assegurados (ao contrário do que a Constituição Federal já conferia a outros trabalhadores, art. 7º), e, por outro lado, provavelmente em razão da oneração econômica para esses e visando a manter os empregos formais, terminou por contemplá-los com uma contrapartida (...).

Na esteira da ponderação de princípios, Silva (2015, p. única) defende pela inconstitucionalidade do art. 46, da LC 150/2015, que revogou tal direito. Verbera que constitui notória afronta ao princípio da vedação do retrocesso social<sup>10</sup> e ao da igualdade material, uma vez que suprime direito social já garantido em forma de Lei e que a norma garantia aos empregados domésticos equiparação aos seus patrões em face da dada eminente hipossuficiência trabalhista que lhes assolam. Assim defende:

Tratava-se de um direito de caráter social, pois protegia os créditos trabalhistas e previdenciários dos empregados domésticos. (...) Não se sabe ainda qual é o mistério sobre o motivo que levou o Legislador a inserir norma tão estranha, justamente em uma lei de caráter protetivo, pois apesar da importância social do inciso I do art. 3º da

10 O princípio da vedação do retrocesso social é norma – extraída dos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), da máxima efetividade (art. 5º, § 1º, da CF) e do estado democrático e social de direito – pela qual se veda aos Estados que diminuam ou abriem proteção já conferida ao cidadão, a eles só se permite a evolução dos direitos sociais, estes considerados cláusulas pétreas e direitos humanos de segunda geração, e qualquer forma de mitigarem-nos configura retrocesso. Reconhece-se que seja princípio implícito adotado pela Constituição Federal, por o Brasil ser signatário do *Protocolo de San Salvador* (Decreto n. 3.321/99) e do *Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais* (Decreto 591/92), dotados de caráter supralegal, que submetem as normas pátrias à “cláusula de progressividade”, pela qual se deve sempre evoluir e realizar mais direitos sociais e garantir esse progresso alcançado.

Lei 8.009/90, ele foi extirpado do ordenamento jurídico, de modo que a sociedade não pode saber e nem deduzir qual foi o interesse público subjacente a tal medida, se é que ele existiu. (...) se reconhece e se louva o avanço que trouxe a LC 150/2015, no entanto, não pode ela suprimir direitos que já tinham sido conquistados anteriormente. O novel diploma não pode pretender estabelecer uma barganha, como se fosse uma troca dos velhos pelos novos direitos, mas sim, deve ser uma soma, um *plus*. (...) Obviamente que a relação entre o empregador doméstico e o empregado doméstico é desigual, portanto, a promoção da igualdade material autorizaria, neste caso, a edição de normas com discriminações positivas, ou seja, normas que melhorem as condições do empregado doméstico, que é o desfavorecido da relação; ao mesmo tempo em que, por outro lado, proíbe normas que trazem vantagens desproporcionais para o empregador doméstico. A revogação da possibilidade de penhora do bem de família do empregador doméstico ignora a necessidade de busca pela igualdade material e, inclusive, a situação é tão extrema que viola até mesmo a igualdade formal, considerando que o próprio art. 3º da Lei 8.009/90 favorece outros tipos de credores que estão em posição social muito melhor do que a empregada doméstica, dando tratamento desigual perante a lei. (...) é certo que o Legislador tem que se preocupar com as consequências práticas de suas normas, especialmente qual grupo social exatamente será mais atingido.

Ainda, sendo mais contundente, continua o jurista, versando sobre o conflito de interesses entre empregado e empregador que a Lei buscou pacificar (SILVA, 2015, p. única):

Reconhece-se, por óbvio, o caráter fundamental do direito à moradia do empregador doméstico, e que pode se argumentar que se ele está prestes a perder o único imóvel para satisfazer o crédito de seus empregados domésticos, possivelmente ele estará em condições financeiras não muito melhores do que a daqueles. Contudo, este direito deve ceder diante do peso maior que têm o direito dos empregados domésticos, tendo em vista que, conforme demonstrado, tal classe é vítima de séculos de segregação, (...) além do fato de ser moralmente justificável o sacrifício daquele que explorou o trabalho alheio sem pagar, se locupletando ilícitamente dos serviços de um humilde trabalhador de boa-fé. (...) por isso se recorreu a argumentos de isonomia e de progressividade de direitos sociais, para que

ficasse demonstrado com forte carga argumentativa o porquê da necessidade de afastar a regra que limitou um direito fundamental dos empregados domésticos. (...) Tal norma se revela como um verdadeiro retrocesso social, o que viola várias normas da Constituição de 1988, e de tratados internacionais de direitos humanos, além de se revelar como discriminatória, por dar tratamento pior aos créditos dos trabalhadores domésticos – vítimas de uma histórica discriminação (...) –, do que os créditos bancários decorrentes do financiamento da construção do imóvel, portanto, viola a isonomia.

Dessa forma, restam demonstradas, fundamentadamente, as inúmeras controvérsias geradas apenas por um único inciso do rol do art. 3º. Apesar disso, a norma está em pleno vigor e, por certo, o jurisdicionado não deixará de aplicá-la em face de polêmicas instauradas por sua manutenção no ordenamento jurídico. Caberá à evolução natural do direito amansar o assunto em face das reações da sociedade quanto ao seu conteúdo valorativo.

#### **4.2. Crédito por fiança dada em contrato de locação**

Quando confeccionada a Lei da Impenhorabilidade do Bem de Família, não havia qualquer ressalva quanto ao referido bem pertencente ao fiador, isto é, era protegido contra qualquer constrição judicial. Todavia, pouco tempo depois fora editada a Lei do Inquilinato (Lei n. 8.245/1991), adicionando-se, pelo seu artigo 82, o inciso VII ao artigo 3º da Lei nº 8.009/1990 no sentido de possibilitar a penhora do imóvel residencial deste sujeito de direitos obrigado fidejussoriamente por contrato de locação de bens imóveis<sup>11</sup>.

Pelo que se extrai da norma aditada, se o credor cobrar dívida do devedor principal e este apenas possuir um único bem considerado de família, haverá a aplicação das benesses da Lei. Se, assim então, recorrer ao eventual fiador para realizar a cobrança e este possuir bem que se poderia caracterizar como tal, este não pode levantar a afetação de bem de família como sua defesa. Basicamente, a norma dá

11 Bens imóveis, porquanto a Lei nº 8.245/1991 se trata tão somente de bens de tal natureza, apesar de a Lei não ser clara quanto a isso (TAPR, AI n. 96.893-6, Rel. Fernando Vidal de Oliveira, Julgamento em 27/11/1996).

tratamentos diferentes aos dois sujeitos envolvidos na relação jurídica.

Tal ressalva constitui alvo de severas críticas pelos juristas, arguindo-se até mesmo sua inconstitucionalidade ao se ferir o princípio da isonomia por existir essa discriminação legal (CZAJKOWSKI, 1999, p. 189). Se o fiador que pactuou o contrato de fiança, de natureza acessória, comprometeu-se a honrar a garantia prestada por dívida alheia, o devedor principal também teve esse compromisso ao se pactuar o contrato de locação com seu credor.

Nesse sentido, Czajkowski (1999, p. 189-192) opina:

De todas as exceções do art. 3º esta parece ser a redigida de forma mais inadequada, por colocar o fiador em situação de inferioridade frente ao próprio afiançado. A Lei 8.009/90 garante a impenhorabilidade até dos móveis quitados que guarnecem a residência alugada ao locatário e que sejam de sua propriedade (Art. 2º, parágrafo único), mas não protege o imóvel residencial do fiador e sua família e, portanto, também não os móveis que guarnecem esta moradia. A discriminação é ainda mais flagrante se analisado o exercício de direito regressivo por parte do fiador contra o locatário afiançado em que este, em princípio, goza de proteção legal sobre o bem de família de sua propriedade, que eventualmente tiver, enquanto que o fiador, quando precisou honrar a garantia prestada, teve o mesmo benefício expressamente excluído pela lei. (...) A penhorabilidade dos bens de família destacada neste inc. VII, não leva em conta a natureza do crédito, mas sim a qualidade do fiador. (...) embora represente uma segurança importante ao locador, (...) tem o aspecto negativo de proteger excessivamente o locatário inadimplente em detrimento do fiador, normalmente de boa-fé, que poderá ter grandes transtornos e prejuízos.

Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 323-324) coadunam entendimento pela não validade da norma insculpida, trazendo à baila ideais de justiça e igualdade:

Partindo da premissa de que as obrigações do locatário e do fiador têm a mesma base jurídica  $\neg$  o contrato de locação  $\neg$ , 'não é justo que o garantidor responda com o seu bem de família, quando a mesma exigência não é feita para o locatário'. Isto é, se o inquilino, fugindo de suas obrigações, viajar para o interior da Bahia, e 'comprar um

único imóvel residencial', este seu bem será 'impenhorável', ao passo que o fiador continuará respondendo com o seu próprio 'bem de família' perante o locador que não foi pago.

À luz do Direito Civil Constitucional (...), parece-me forçoso concluir que este dispositivo de lei 'viola o princípio da isonomia' insculpido no art. 5º da CF, uma vez que 'trata de forma desigual locatário e fiador', embora as obrigações de ambos tenham a mesma causa jurídica: o contrato de locação.

O Ministro Carlos Velloso, a respeito da inconstitucionalidade do inciso VII, do artigo 3º, já proferiu decisão monocrática arguindo neste sentido (RE 352.940-4/SP, repetido pelo RE 449.657), dada a afronta ao direito social de segunda geração correspondente à moradia e inserido na Carta Magna pela EC 26/2000, ou seja, após a inclusão do inciso na Lei nº 8.009/1990. Em fragmentos de sua decisão monocrática:

Não há dúvida que a ressalva trazida pela Lei 8.245, de 1991—inciso VII do art. 3º—feriu de morte o princípio isonômico, tratando desigualmente situações iguais, esquecendo-se do velho brocardo latino: **ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio**, ou em vernáculo: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito. Isto quer dizer que, (...) o citado dispositivo (...) não foi recebido pela EC 26, de 2000.

Essa não recepção mais se acentua diante do fato de a EC 26, de 2000 ter estampado, expressamente, no art. 6º, C.F., o direito à moradia como direito fundamental de 2ª geração, direito social. Ora, o bem de família — Lei 8.009/90, art. 1º—encontra justificativa, foi dito linha atrás, no constituir o direito à moradia um direito fundamental que deve ser protegido e por isso mesmo encontra garantia na Constituição.

Apesar disso, houve acórdão posterior a este voto que manteve o entendimento pela constitucionalidade da norma, referente ao RE n. 407.688/SP<sup>12</sup>, com o Relator Min. Cezar Peluso, consolidado

12 Ementa: FIADOR. Locação. Ação de despejo. Sentença de procedência. Execução. Responsabilidade solidária pelos débitos do afiançado. Penhora de seu imóvel residencial. Bem de família. Admissibilidade. Inexistência de afronta ao direito de moradia, previsto no art. 6º da CF. Constitucionalidade do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009/90, com a redação da Lei nº 8.245/91. Recurso extraordinário desprovido. Votos vencidos. A penhorabilidade do bem

o precedente pela repetição da matéria julgada pelos, *v.g.*, RE n. 612.360/SP e RE n. 605.709/SP. Fundamentou-se na ideia de que não há ferimento ao princípio da isonomia, por ter o fiador tido a liberalidade de ingressar ou não à fiança; tampouco do direito social à moradia, por constituir norma programática aplicada ampla e obrigatoriamente, numa ponderação de relevantes interesses, concedendo o privilégio ao locatário que sequer possui moradia própria e, por dedução, seja de condição financeira relativamente menos abastada (o direito de moradia deste não se confundiria com o direito de propriedade do fiador). Também, verberou no sentido de que, sem tal mecanismo, a pactuação dos contratos de locação seria de veras morosa por gerar insegurança ao locador, à medida que, quanto maior a garantia ao locador, melhor e mais cômodo a se consolidar o negócio jurídico, portanto, a exceção seria benéfica à lógica de mercado.

Acompanharam o voto do Relator os Ministros Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence, Nelson Jobim e Joaquim Barbosa, este que ainda verberou:

Como todos sabemos, os direitos fundamentais não têm caráter absoluto. Em determinadas situações, nada impede que um direito fundamental ceda o passo em prol da afirmação de outro, também em jogo numa relação jurídica concreta. (...) A decisão de prestar fiança, como já disse, é expressão da liberdade, do direito à livre contratação. Ao fazer uso dessa franquia constitucional, o cidadão, por livre e espontânea vontade, põe em risco a incolumidade de um direito fundamental social que lhe é assegurado na Constituição. E o faz, repito, por vontade própria.

Apesar de o acórdão ter-se firmado nesse sentido, divergiram os Ministros Celso de Mello, Eros Grau e Carlos Ayres Britto. Por seu trilha, este segundo criticou a preponderância mercadológica sobre a ordem constitucional, assim como ressaltou que o legislador deve ser guiado estritamente pela CF, à luz da recente e premente corrente da constitucionalização do direito civil, não havendo, assim, a recepção

---

*de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, (...), não ofende o art. 6º da Constituição da República. (STF, Tribunal Pleno, RE n. 407.688/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, Julgamento em 08/02/2006, DJ em 06/10/2006).*

do inciso pela Lei Maior:

A impenhorabilidade do imóvel residencial instrumenta a proteção do indivíduo e sua família quanto a necessidades materiais, de sorte a prover à sua subsistência. Aí, enquanto instrumento a garantir a subsistência individual e familiar—a dignidade da pessoa humana, pois—a propriedade consiste em um direito individual e cumpre função individual. Como tal é garantida pela generalidade das Constituições de nosso tempo. A essa propriedade, aliás, não é imputável função social; apenas os abusos cometidos no seu exercício encontram limitação, adequada, nas disposições que implementam o chamado poder de polícia estatal.

Se o benefício da impenhorabilidade viesse a ser ressaltado quanto ao fiador em uma relação de locação, poderíamos chegar a uma situação absurda: o locatário que não cumprisse a obrigação de pagar aluguéis, com o fito de poupar para pagar prestações devidas em razão de aquisição de casa própria, gozaria da proteção da impenhorabilidade. Gozaria dela, mesmo em caso de execução procedida pelo fiador cujo imóvel resultou penhorado por conta do inadimplemento das suas obrigações, dele, locatário. Quer dizer, sou fiador; aquele a quem prestei fiança não paga o aluguel, porque está poupar para pagar a prestação da casa própria, e tem o benefício da impenhorabilidade; eu não tenho o benefício da impenhorabilidade. A afronta à isonomia parece-me evidente.

(...) Por fim, no que concerne ao argumento enunciado no sentido de afirmar que a impenhorabilidade do bem de família causará forte impacto no mercado das locações imobiliárias, não me parece possa ser esgrimido para o efeito de afastar a incidência de preceitos constitucionais, o do artigo 6º e a isonomia. Não hão de faltar políticas públicas, adequadas à fluência desse mercado, sem comprometimento do direito social e da garantia constitucional.

Creio que a nós não cabe senão aplicar a Constituição. E o Poder Público que desenvolva políticas públicas sempre adequadas aos preceitos constitucionais. (...) Entendo, e Vossa Excelência perdoe-me, que não podemos fazer a leitura da Constituição para atender à lógica do mercado.

Na mesma esteira, em voto proferido pelo Ministro Carlos Ayres Britto:

(...) a Constituição usa o substantivo “moradia” em três oportunidades: a primeira, no artigo 6º, para dizer que a moradia é direito social; a segunda, no inciso IV do artigo 7º, para dizer, em alto e bom som, que a moradia se inclui entre as “necessidades vitais básicas” do trabalhador e da sua família; e, na terceira vez, a Constituição usa o termo “moradia” como política pública, inserindo-a no rol de competências materiais concomitantes do Estado, da União, do Distrito Federal e dos Municípios (artigo 23, inciso IX).

A partir dessas qualificações constitucionais, sobretudo aquela que faz da moradia uma necessidade essencial, vital básica do trabalhador e de sua família, entendo que esse direito à moradia se torna indisponível, é não-potestativo, não pode sofrer penhora por efeito de um contrato de fiança. Ele não pode, mediante um contrato de fiança, decair.

Não obstante, já houve proposição do PL nº 1.622/1996<sup>13</sup>, de autoria do Deputado Federal Salvador Zimbaldi (à época, do PSDB/SP), que objetivava excluir o inciso VII, na defesa calorosa de que este não coaduna com a real finalidade do bem de família, por dar tratamento prejudicialmente desigual aos integrantes do contrato de fiança. Em sua justificativa, expõe:

Parece-nos demasiadamente rigorosa a disposição que pretendemos revogar. De um lado, ela onera excessivamente aquele que presta um favor para o locatário. De outro, e como consequência, a disposição acaba por dificultar ao locador encontrar um fiador (o que vai de encontro ao espírito da lei locatícia). Ademais, a lei de locação prevê outras modalidades de garantia, como a caução e o seguro de fiança locatícia.

Nesta toada, o Deputado Federal Nelson Marchezan (PSDB/

13 Arquivou-se o respectivo projeto, em vista do parecer desfavorável emitido pela Deputada Federal Nair Xavier Lobo (PMDB/GO), em 09/12/1997. Em sua justificativa, apresenta sintético argumento: (...) *a impossibilidade de penhora da moradia do fiador é desfavorável aos interesses dos locatários, já que restringiria muito o universo de pessoas aceitas como fiador, ou aumentaria o custo de locação, caso utilizada a opção do seguro-fiança. Através de consulta a entidades que atuam no setor, constatamos que a fiança ainda é a forma mais utilizada de prestação de garantia nos contratos de aluguel, o que torna inquestionável a preferência dos locatários por essa modalidade de garantia. Parece-nos temerário colocarmos-nos contra tal evidência, modificando novamente um sistema que tem funcionado adequadamente, e que se caracteriza pela renúncia espontânea e consciente do fiador aos benefícios da Lei nº 8.009/90.*

RS) emitiu, em 24/09/2001, parecer favorável ao Projeto de Lei em comento, argumentando na mesma linha:

Não é justo, porém, que a obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação acarrete para o fiador a perda da garantia da impenhorabilidade do bem que se destina à sua residência e à de sua família. Trata-se de um ônus inaceitável, porquanto deixa ao desabrigo da lei aquele que, por um ato seu de pura liberalidade, consente em garantir dívida que não é sua. Em outras palavras, para poder garantir a moradia do locatário, acaba o fiador pondo em risco seu próprio bem de família.

Salta aos olhos, pois, a incoerência do dispositivo legal em questão, que protege com incrível benevolência os interesses do locador, submetendo o fiador ao desamparo legal. Sem dúvida, a revogação do dispositivo servirá melhor aos interesses do mercado de locações de imóveis, como um todo, pois os potenciais fiadores que hoje temem garantir um contrato sentir-se-ão mais seguros para fazê-lo. A par disso, e mais importante, estar-se-á revigorando a coerência da lei que dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família, livrando-a de dispositivo casuístico e assistemático.

Esgotando-se a matéria, houve ainda outro Projeto de Lei visando à supressão do art. 82 da Lei de Locações e a consequente extinção do inciso (PL n. 2368/1996, de autoria do Deputado Federal Eduardo Jorge – PT/SP), sob a fundamentação de haver injustiça perante o fiador de boa fé que sequer usufrui do objeto do contrato locatício, apenas fornece a confiança às partes sobre a garantia prestada, não devendo ser o único excluído da cobertura do direito fundamental à moradia. Ilustre-se:

O artigo 82 da Lei nº 8.2451/91 é casuístico e foi votado sob o argumento de eliminar perturbações no mercado de locação, improvadas à época e completamente desmentidas pela realidade atual desse mercado. Tal dispositivo contraria frontalmente o princípio constitucional da isonomia e da necessária igualdade de tratamento a todos os cidadãos na elaboração e na aplicação das leis.

A Lei nº 8.009/90 foi elaborada no justo intuito de defender a instituição da família, desde a medida provisória que lhe deu origem, assegurando a impenhorabilidade do bem de família para dívidas

de qualquer natureza. As exceções na lei original são as de caráter universal (dívidas previdenciárias, pensão de alimentos, etc.).

E mesmo ao inquilino, ao locatário, àquele que usufrui do bem locado, e que originou a dívida e a execução, é, pela justiça de preservação da família, assegurada a impenhorabilidade do seu imóvel residencial. Ora, com muito mais razão, ao fiador e a sua família esse direito deve ser assegurado, já que não usufrui do bem locado, não originou a dívida e, apenas em gesto de confiança e de solidariedade, após sua assinatura, permitindo a celebração do contrato. Trata-se *de* paradoxo que, mesmo os poucos defensores do casuístico dispositivo reconhecem: o fiador que, na prevalência dessa legislação, tiver seu imóvel residencial penhorado não poderá ressarcir-se junto ao afiançado.

(...) são descabidas e infundadas as alegadas dificuldades do mercado locatício, que vive uma profunda crise, porém, diversa, na natureza, da que originou o casuístico dispositivo. Estas são de natureza econômica, ligadas à atual ordem econômica, às dificuldades do mercado de locação.

Conquanto haja toda essa argumentação, toma outro rumo o jurista Azevedo (1999, p. 188-189) que, apesar de primeiramente mencionar possível incongruência, porquanto se executa o contrato acessório de fiança sem a possibilidade de executar-se o principal de locação, verbera sobre a natureza jurídica especial da fiança locatícia, por esta versar sobre direito real, considerando que ao se exigir de praxe a caução, o fiador tem essa faculdade de averbar registralmente o bem – que pode vir a ser de família. Uma vez feito isso, em cartório, como se exige da Lei do Inquilinato<sup>14</sup>, terá efeito *erga omnes*<sup>15</sup>, não havendo discutir a sua desconstituição por qualquer motivo. Complementa-se (AZEVEDO, 1999, p. 188-189):

(...) a fiança locatícia apresenta natureza jurídica diversa, pois estabelece a vinculação de um bem específico, oferecido em garantia. Esse bem fica gravado, por um contrato real de penhor ou de verdadeira

14 Art. 38, §1º, da Lei n. 8.245/1991: “A caução em bens móveis deverá ser registrada em Cartório de Títulos e Documentos; a em bens imóveis deverá ser averbada à margem da respectiva matrícula”.

15 Mesma ideia para quando a família oferece o bem à hipoteca, discutido neste artigo em tópico específico.

hipoteca (...). Com todas essas providências registraís, como visto, não se cuida de mera garantia fidejussória, que vincula, mais, a pessoa do garantidor. Trata-se de direito real sobre coisa alheia. O locador tem direito de executar o bem específico dado em penhor. (...) Também seria procedimento de alta má-fé que o proprietário de um bem o conferisse em garantia de uma relação jurídica, para não cumprir o avençado ou sabendo da impossibilidade de fazê-lo. O direito não pode suportar procedimento de má-fé, ou de quem alegue nulidade a que tenha dado causa.

Tentando achar uma solução pacífica à lide, enfim, Czajkowski (1998, p.192-193) propõe ao locador a renúncia ao eventual bem de família do fiador, conquanto reconheça a dificuldade de isso acontecer. Alternativamente, sugere ao fiador que se utilize do civilista bem de família voluntário, considerando que a Lei nº 8.009/1990 permite a coexistência das duas modalidades do instituto, não havendo explícitos óbices legais a fazê-lo. Assim assevera:

Nada impede, por outro lado, que o locador – intermediado ou não por empresas do ramo – para facilitar ou incentivar a prestação da fiança, renuncie expressamente ao direito de penhorar o bem de família do fiador. (...) Na prática, como se vê, isso dificilmente acontece.

Sob a ótica do fiador, para garantir pelo menos o imóvel onde reside com sua família, (...) resta o caminho da instituição voluntária do bem de família, nos termos dos arts. 70 a 73 do Código Civil, complementados pelos arts. 19 a 22 do Dec-lei 3.200/41. Recomendável que tal instituição se faça antes da inadimplência do locatário, por força do art. 71, parágrafo único do Código Civil, e mesmo antes de celebrar a fiança, para descaracterizar, desde logo, qualquer alegação de má-fé.

(...) Em primeiro lugar porque a própria Lei 8.009/90, no art. 5º, parágrafo único, expressamente manteve a eficácia e os efeitos da impenhorabilidade voluntária, quando o devedor é titular de diversos bens imóveis residenciais. Se ela é possível nesse caso, também o é para o fiador. Com tal medida, o fiador não frustra os efeitos da fiança, mas apenas coloca a salvo de constrições judiciais um bem residencial de sua família, fundado, aliás, nas mesmíssimas razões morais que inspiraram o legislador na confecção da Lei 8.009/90.

Em segundo lugar porque quando este diploma, no *caput* do art. 3º, dispõe que “a impenhorabilidade é oponível em qualquer processo (...), salvo se movido: (...)”, obviamente se refere à impenhorabilidade legal que é seu objeto, e não à impenhorabilidade voluntária, cuja coexistência no art. 5º expressamente admitiu.

Assim, embora existam em abundância argumentos sólidos a favor a inconstitucionalidade do inciso VII do art. 3º, da Lei n. 8.009/1990, confrontando-se principalmente com o direito social à moradia assegurado pelo art. 6º, da CF/88, observa-se que os precedentes brasileiros são em maioria tendentes e remansosos a considerar, por ora, como constitucional a constrição judicial do bem de família do fiador quando dado em garantia na fiança locatícia, mesmo sendo único. Polêmicas sempre serão construídas, mas caberá ao direito – e aos próprios legisladores – aferir o momento certo de alterá-lo sem causar maiores prejuízos a nada ou ninguém.

### **4.3. Crédito hipotecário sobre o imóvel**

Considerado por Credie (2010, p. 90) como mais um equívoco legislativo, por afirmar ser contra os fins sociais da Lei nº 8.009/1990, o inciso V do artigo 3º diz que é permitida a penhora do imóvel residencial familiar para execução de hipoteca sobre o próprio, quando oferecido como garantia real pela entidade familiar ao credor.

Tem-se que a hipoteca é direito real de garantia que não impede a constrição do bem (STJ, RE n. 103.245-4/SP). Assim, o banco executa a hipoteca e penhora o imóvel, porquanto o próprio dono do eventual bem de família assim deve tê-lo inscrito no Registro Imobiliário competente como garantia de dívida em prol da própria família. Constitui uma verdadeira reafirmação de que tais bens, mesmo de família, continuam disponíveis e alienáveis pelo titular, por este ter a expressa faculdade de gravar esse ônus (CZAJKOWSKI, 1998, p. 176).

Para Credie (2010, p. 90), não se trata de um crédito especial, destinado ao eventual financiador, construtor, incorporador, vendedor do imóvel, mas refere-se a um valor creditício de um empréstimo qualquer, desprovido de proteção. Ora, é de se observar que a dívida

hipotecária relativa ao imóvel residencial da entidade familiar já poderia se amoldar ao inciso II deste artigo, que diz que a impenhorabilidade não será oponível em face do “titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato”.

O jurista defende a ideia de que, se em qualquer outro título de crédito não pode ser levantada a penhorabilidade do bem de família, não faz sentido a sua hipoteca, também vista aqui como um título de crédito, por um empréstimo qualquer em face da garantia oferecida, não sendo justificativa plausível o fato de existir a faculdade de alienação pelo titular do bem – pois aqui se trata de espécie de alienação forçada, coercitiva, na execução por dívidas, e não voluntária, espontânea. “O contrato de hipoteca permite, tanto quanto qualquer outro título de crédito, o mau uso do capital contra a segurança econômica da família e da sociedade, justamente o que se pretendeu evitar com a Lei nº 8.009”.

Sustenta, ainda, que a norma constrói um paradoxo, posto que no bem de família voluntário seja vedado ao casal ou entidade familiar onerar o imóvel residencial com hipoteca, sendo obrigação do oficial de Registro de Imóveis negar-lhe a inscrição como garantia real neste caso, por ser incompatível com a forma. No bem de família legal, coerentemente, assim também deveria ocorrer, pois tal ato importa em explícita oneração do imóvel residencial familiar, com plena e total possibilidade de apreensão judicial, à mercê da proteção conferida pela Lei.

Já Azevedo (1999, p. 181) entende como correta a manutenção da referida norma dentro do artigo 3º, uma vez que, se a situação de bem de família não retira a capacidade de o imóvel ser alienado pelo titular (por ser apenas impenhorável, mas não inalienável), não há óbices para o seu oferecimento como uma garantia hipotecária. Aliás, salienta que não seria justo privar-lhe deste direito, tampouco privar o credor na satisfação de seu crédito sobre o bem ofertado em garantia, por ser algo que favoreça este mesmo titular. “Seja essa hipoteca constituída antes ou depois de transformar-se o imóvel em

moradia permanente do devedor hipotecário, não importa; pois, por ela, existirá sempre um direito real, oponível *erga omnes*”.

Czajkowski (1998, p. 177-178), que se mostra bastante neutro à norma, menciona situação possível de acontecer nesses casos, quando o devedor oferece em hipoteca o seu bem de menor valor, solucionada pela própria interpretação da Lei:

Quando o devedor, sendo proprietário de mais de um imóvel residencial, hipoteca o de menor valor, surge a interessante questão de saber se (...) a impenhorabilidade legal passa a incidir sobre o outro, de maior valor. A lógica indica que não. O devedor, ao voluntariamente instituir a hipoteca sobre o imóvel de menor valor, sabia ou deveria saber que colocava em risco o único imóvel de seu patrimônio alcançado pelo benefício legal. Este seu ato unilateral não tem força para desviar o favor da lei para outro bem residencial de maior valor, frustrando até as expectativas de outros credores (...). Seria, além disso, uma forma elementar de burlar o texto expresso do art. 5º, parágrafo único, que prevê sempre a impenhorabilidade recaindo sobre o imóvel residencial de menor valor, salvo uma única exceção: o de outro ter sido registrado nos termos do art. 70 do Código Civil.

É importante salientar que o devedor, ao hipotecar dentre diversos imóveis residenciais o de menor valor, não renuncia ao benefício da impenhorabilidade do bem na execução de outros créditos que não o hipotecário. (...) Outros credores, que não se enquadram em nenhuma das situações do art. 3º, não poderão, ao promover a execução, pretender a penhora daquele bem. Se após a expropriação judicial deste bem houver saldo remanescente, este deverá ser devolvido ao devedor.

Saliente-se que a maior crítica ao inciso é construída com base na alegação de violação do essencial sentido social da norma. O Judiciário vem aplicando-o sem maiores intempéries.

#### **4.4. Créditos para construção, aquisição e manutenção fiscal da residência familiar**

O artigo 3º da Lei nº 8.009/1990 traz duas ressalvas quanto aos créditos relacionados ao próprio imóvel residencial da família, seja para permitir a penhorabilidade “pelo titular do crédito decorrente do

financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos<sup>16</sup> constituídos em função do respectivo contrato” (inciso II), seja “para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar” (inciso IV).

Sobre o inciso II, capta-se considerável consenso entre os doutrinadores sobre sua aplicação. Relaciona-se com a hipótese de quando o titular do bem utilizou algum tipo de empréstimo por meio de financiamento destinado à construção ou aquisição do imóvel<sup>17</sup>, seja com instituição financeira ou qualquer outra pessoa que se demonstre credor, pois aqui se leva em conta a destinação do crédito, não a qualidade do credor. Argumenta Azevedo (1999, p. 177) que não seria justo se não fosse o indivíduo executado pelo não pagamento desse débito que possibilitou a acessão à própria residência, porquanto configuraria enriquecimento sem causa, o mesmo que permitir a aquisição de uma coisa sem o seu pagamento.

Credie (2010, p. 97-98) também salienta que “não se premiará a má-fé do insolvente que adquira financiadamente imóvel maior para não adimpli-lo, em se desfazendo ou não do de menor valor (art. 4º)”.

Não obstante, o jurista, sutilmente, critica a exceção (CREDIE, 2010, p. 98-99):

É inarredável que o inadimplemento deste contrato, pelo devedor, permite o *pacto comissório*<sup>18</sup>, taxativamente vedado em nossa sistemática. Trata-se, como afirmam os comentaristas dessa lei, de preceito de extrema violência contra o devedor; ademais, “a lei foi feita no interesse das instituições financeiras, com o correspondente descaso

16 Por aqui se entende os juros moratórios, correção monetária, multas contratuais, comissão de permanência e outros eventuais encargos contratuais.

17 Credie (2010, p. 98) evidencia que por serem as excludentes dos incisos um direito estrito, não se pode fazer analogia para aumentar sua abrangência e, portanto, não se aplica em casos de empréstimos para reforma da residência.

18 O pacto comissório (*pactum de comissium*) consistia em cláusula automática inserida em contrato pela qual as partes concordavam pelo desfazimento da venda em face ao descumprimento obrigacional pelo devedor no prazo determinado; uma espécie de condição resolutiva, sem a necessidade de interpelar para constituição em mora, podendo o vendedor optar pela volta do bem ao seu patrimônio, com as devidas restituições, como também por pedir o preço. Era instituto previsto pelo CC/16, mas que não fora acolhido pela atual norma civilista, porquanto exista o instituto da compra e venda com reserva de domínio, o qual se mostra mais moderno e abrangente.

aos direitos do devedor, em homenagem ao avassalador mercado financeiro, dono de tudo, aqui e lá fora” (LOUREIRO, 2001, p. 86-95, *apud* CREDIE, 2010, p. 98-99).

Quanto ao inciso IV, também com notório consenso entre os juristas sobre sua vigência, tem-se por garantida a penhorabilidade do bem de família em relação a débitos fiscais que lhe acompanham; trata-se de uma segurança da Administração Pública em receber sua receita, em blindagem à exigibilidade dos tributos, arrecadação estritamente necessária para a concretização de seus objetivos sociais. Constituem obrigações, com ônus real, do tipo *propter rem*, que acompanham a coisa, inspirado no artigo 70 do CC/1916 – pelo qual se ressalvava a impenhorabilidade quanto a impostos relativos ao mesmo prédio – só que com uma maior abrangência. Diz Azevedo (1999, p. 178-179) sobre quais débitos incide:

(...) ao imposto sobre propriedade territorial urbana e rural (IPTU e ITR); ao imposto sobre serviço (ISS), em caso de construção civil, em que o proprietário do imóvel, na maioria das vezes, é responsável, solidariamente, por seu pagamento; à contribuição previdenciária, para o Instituto Nacional da Seguridade Social (INSS), na mesma situação anterior; e às taxas decorrentes do poder de polícia (conforme dispõe o art. 77 do Código Tributário Nacional, incidentes sobre o imóvel). (...) não se incluem, nessas exceções, os demais tributos devidos pelo titular do bem de família, como o imposto sobre a renda, o imposto sobre serviços, em razão do exercício de sua profissão etc. (...).

Ficando claro o seu alcance, eis que veio o Código Civil de 2002 e incluiu ao artigo 1.715, sobre o bem de família voluntário, a ressalva quanto a despesas de condomínio, por serem estas também do tipo *propter rem*. Com a exigibilidade respaldada pela Lei n. 4.591/1964<sup>19</sup> e pelo art. 1.336, do CC<sup>20</sup>, referem-se a custos rateados

19 Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. *Art. 12. Cada condômino concorrerá nas despesas do condomínio, recolhendo, nos prazos previstos na Convenção, a quota-parte que lhe couber em rateio. § 1º Salvo disposição em contrário na Convenção, a fixação da quota no rateio corresponderá à fração ideal de terreno de cada unidade. § 2º Cabe ao síndico arrecadar as contribuições competindo-lhe promover, por via executiva, a cobrança judicial das quotas atrasadas. (...) § 5º A renúncia de qualquer condômino aos seus direitos, em caso algum valerá como escusa para exonerá-lo de seus encargos.*

20 Art. 1.336. São deveres do condômino: I – contribuir para as despesas do condomínio na proporção das suas frações ideais, salvo disposição em contrário na convenção; (...)

entre os condôminos, da forma convencionada ou conforme a fração ideal individual, destinados à manutenção, conservação e preservação da coisa em comum domínio. Questionou-se muito quanto à aplicabilidade dessa possibilidade para a modalidade *ex lege*, assim positivamente opinando autores mesmo antes da vigência do CC/2002, pois já havia ações judiciais que objetivavam trazer essa abrangência; traz-se à baila posicionamentos doutrinários:

Por isso, bem acentua Alexandre Mars Carneiro (1999, p. 79) que essas obrigações, sendo de natureza *propter rem*, impedem o absurdo de os condôminos adimplentes verem-se obrigados a suportar essa desigualdade de conduta, pagando débitos de condôminos relapsos. Haveria, nesse caso, “um enriquecimento sem justa causa e em prejuízo dos demais condôminos”. (...) o proprietário que se utiliza da coisa deve fazer todos os pagamentos de sua conservação, utilização e, até, de seu embelezamento. Os gastos condominiais são benfeitorias necessárias, indispensáveis à conservação do objeto em condomínio, e devem ser arcadas por todos (...). (AZEVEDO, 1999, p. 179-181)

Nem é justo que o apartamento proporcione ao beneficiário apenas vantagens, transferindo-se aos demais condôminos os encargos para com a Caixa Condominial, nem enriquecimento ilícito que nenhuma lei pode admitir. (...) a quota parte daqueles que pagam regularmente suas contribuições seriam consideravelmente majorados, até que um conjunto cada vez menor de condôminos arcaria com as despesas gerais, num ciclo que acabaria por tornar o condomínio inviável (LIPPMANN, 1992, p. 33-35)

Se a lei garantisse a impenhorabilidade do imóvel e dos móveis que o garantem, mesmo em face da cobrança de despesas condominiais, por certo adicionaria mais um grave problema aos muitos que existem no universo dos chamados condomínios em edificações. Ficariam muito reduzidas as possibilidades de o condomínio exigir, até judicialmente, a contribuição de qualquer um dos condôminos para a manutenção da coisa comum e os desonestos certamente iriam tirar proveito indevido da lei, locupletando-se indefinidamente com o uso das instalações sem a necessária contribuição. A médio prazo inviabilizar-se-ia a própria continuidade destas entidades condominiais. Em razão de tais créditos, portanto, as unidades autônomas são penhoráveis, ainda que destinadas à moradia da família. (CZAJKOWSKI, 1998, p. 171-172).

Em sentido contrário, Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 322-323) argumentam no sentido de a norma não alcançar as despesas condominiais, por se incluir em exceções, sendo que a estas não se deve aplicar interpretação extensiva. Na defesa de que se contrariaria o sentido social da norma, citam ainda famosos julgados que evidenciam a divergência pelo Superior Tribunal de Justiça, como se observa do excerto extraído da obra dos juristas:

Respeitável plêiade de juristas, todavia, entende que a cobrança de taxa de condomínio, enquadrável na categoria de 'obrigação *propter rem*' alinha-se junto às hipóteses de exceção a proteção legal do bem de família (...). Apesar disso, tenho as minhas dúvidas a respeito do alcance da norma. Da forma como vem redigida, a norma legal (permitindo a penhora para a cobrança de *impostos, taxas e contribuições devidas em razão do imóvel*), quase que transcrevendo os termos do Código Tributário Nacional, parece-me que a 'taxa' referida na regra legal é espécie de tributo, de natureza estatal, donde se conclui não se tratar de taxa de condomínio. Tenho absoluta certeza de que o legislador quis se referir à *cobrança de tributos*, para elencar esta exceção à regra da impenhorabilidade legal do bem de família. Aliás, por se tratar de exceção, inadmissível a interpretação extensiva para se aplicar a norma a situação não prevista em lei. Mas a situação não é pacífica, uma vez que, no próprio Superior Tribunal de Justiça, as duas correntes de pensamento suprarreferidas se digladiam: 'ó *inc. IV do art. 3º, da Lei n. 8.009/90 não compreende as despesas ordinárias de condomínio*'—por sua 4ª Turma, Rel. Min. Fontes de Alencar (1994—RSTJ 67/488); 'é passível de penhora o imóvel residencial da família quando a execução se referir a contribuições condominiais sobre ele incidentes—também por sua 4ª Turma, Rel. Min. Barros Monteiro (1997—REsp 150.379-MG). Se o sujeito está à beira da insolvência, sem outros bens que garantam a sua dívida, a penhora do seu único imóvel—onde residem ele e seus sete filhos, mulher e sogra—entraria em rota de colisão com a finalidade social e habitacional da lei. A prevalecer entendimento contrário, não se estaria desrespeitando, ainda que por via oblíqua, o sagrado e constitucional *direito à moradia*, recentemente inserido no art. 6º da Carta Constitucional, por força da EC n. 26, de 14.02.2001? Quem sabe, por caridade, o síndico, após desalojar o devedor, tenha a bondade de contratá-lo como zelador, se é que ele não tentou suicídio...

Credie (2010, p. 103), no mesmo sentido, critica a possível abrangência:

É oportuno repetir que as excludentes do art. 3º da Lei n. 8.009 são de direito estrito. (...) Abrangendo exceções estritamente tributárias à regra da não-executividade, este inciso IV do art. 3º, convém aqui reafirmar, excluiria da sua abrangência qualquer despesa condominial, por não contida no seu texto, não fosse a jurisprudência dominante de nossos tribunais estaduais e federais, o que o art. 1.715 do Código Civil pacificou (...).

O jurista também diz do descuido do legislador em não ter incluído o termo “despesas condominiais”, tratando a situação como falha omissiva (CREDIE, 2010, p. 79):

Neste ponto, os tribunais estaduais vinham sendo firmes em excluir a imunidade, encartada forçadamente pela grande maioria dos julgados nas excludentes tributárias do inciso IV (...). Chegam a afirmar que o vocábulo “contribuições” não exprime apenas a contribuição de melhoria, um tributo, senão também aquela mensalidade correspondida ao próprio rateio condominial mensal, que na realidade não tem a menor conotação fiscal. Mesmo que tal interpretação se aproximasse mais do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, que remete o magistrado aos fins sociais e exigências do bem comum a que a norma faltante atenderia, pois se situaria aí uma lacuna da lei, não é ela alcançada pelo art. 4º da mesma Lei de Introdução, pois os costumes, a analogia e os princípios gerais de direito ficam sem aplicação ante a necessidade de norma jurídica expressa a contemplar esta situação de direito estrito, sempre decorrendo da lei que as despesas de condomínio fossem excluídas da regra geral de imunidade à apreensão judicial.

Como mencionado por Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo PAMPLONA FILHO e Ricardo Credie, o STJ mantinha um posicionamento tendente a não admitir as despesas condominiais no inciso<sup>21</sup>, mas na toada de inúmeros julgados contrários oriundos de tribunais estaduais<sup>22</sup>, acabou por mudar, expressamente, o entendimento, sendo

21 STJ, REsp 52.156/SP, 4º Turma, Rel. Min. Fontes de Alencar, julgamento em 23/08/1994.

22 TASP, Agl 665.857, 12 Câmara, Rel. Matheus Fontes, julgamento em 21/03/1996; TAMG, AC 220.266-8, 4º Câmara, Rel. Célio César Paduani, julgamento em 28/08/1996.

de grande valia aqui transcrever algumas ementas:

Ementa: “PROCESSO CIVIL – Execução de sentença – Cobrança de despesas condominiais – Penhorabilidade do bem – Art. 3º, IV, da Lei n. 8.009/90 – Mudança de orientação da Turma. A Quarta Turma alterou seu posicionamento anterior para passar a admitir a penhora de imóvel residencial na execução promovida pelo condômino para a cobrança de cotas condominiais sobre ele incidentes, inserindo a hipótese nas exceções contempladas pelo inciso IV do art. 3º, da Lei n. 8.009/90.” (STJ, REsp 203.629/SP, 4º Turma, Rel. Min. Asfor Rocha, julgamento em 18/05/1999).

Ementa: “PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. BEM DE FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE. LEI Nº 8.009/90. (...). 1. A impenhorabilidade do bem de família, prevista na Lei 8.009/80, visa a preservar o devedor do constrangimento do despejo que o relegue ao desabrigo. 2. Deveras, a lei deve ser aplicada tendo em vista os fins sociais a que ela se destina, por isso que é impenhorável o imóvel residencial caracterizado como bem de família, bem como os móveis que guarnecem a casa, nos termos do artigo 1º e parágrafo único da Lei nº 8.009, de 25 de março de 1990. (...) 3. As exceções à impenhorabilidade do bem de família, previstos no art. 3º da Lei nº 8.009/1990, devem ser interpretadas restritivamente, considerando a sistemática estabelecida pela lei, sendo certo que a ressalva da lei decorre de dívida do imóvel por contribuição de cota condominial e não contribuição de melhoria. 4. É que “o vocábulo contribuições a que alude o inciso IV, art. 3º, da Lei n. 8.009/90 não se reveste de qualquer conotação fiscal, mas representa, in casu, a cota-parte de cada condômino no rateio das despesas condominiais. Nesta circunstância, a obrigação devida em decorrência da má conservação do imóvel da recorrente há de ser incluída na ressalva do mencionado dispositivo.” (RSTJ 140/344). 5. A penhorabilidade por despesas condominiais tem assento exatamente no referido dispositivo, como se colhe nos seguintes precedentes: no STF, RE 439.003/SP, Rel. Min. EROS GRAU, 06.02.2007; no STJ, REsp. 160.928/SP, Rel. Min. ARI PARGENDLER, DJU 25.06.01 e REsp. 203.629/SP, Rel. Min. CESAR ROCHA, DJU 21.06.1999. 6. (...) 7. Recurso especial a que se nega provimento.” (STJ, REsp 873.224/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 16/10/2008, DJe 03/11/2008).

Atualmente, está pacificada pelo STJ, assim como também referendado pelo STF<sup>23</sup>, a amplitude do inciso IV quanto aos débitos de condomínio, todavia isto não impede ao legislador algum tipo de proposição legiferante tendente a eliminar todas as dúvidas atinentes a esta norma, com a simples inclusão do termo em discussão e a consequente paridade ao bem de família voluntário em seu artigo 1.715, CC.

Importante ressaltar a recente inclusão feita pelo Código de Processo Civil de 2015 quanto aos títulos executivos extrajudiciais, fazendo-os serem, além do “crédito, documentalmente comprovado, decorrente de aluguel de imóvel, bem como de encargos acessórios, tais como taxas e despesas de condomínio” (art. 784, VIII), também “o crédito referente às contribuições ordinárias ou extraordinárias de condomínio edilício, previstas na respectiva convenção ou aprovadas em assembleia geral, desde que documentalmente comprovadas” (art. 784, X); situação pela qual tornou muito mais fácil a exigibilidade pelo condomínio quanto às dívidas de seus condôminos, desburocratizando, de certa forma, o procedimento, considerando a desnecessidade (na espécie) do ajuizamento de uma ação de conhecimento para discutir o débito e conseguir o intento. Talvez daí assentasse de forma contundente a necessidade de se incluir estritamente na norma o termo “débitos condominiais”, por ter sido facilitada a forma procedimental para tal pretensão, e essa omissão, de alguma maneira, poderia atravancar a eficácia da prestação da tutela jurisdicional.

#### **4.5. Créditos de pensão alimentícia**

Do que fora exposto até o momento, elogiável é o inciso III do art. 3º, quanto à penhorabilidade do bem de família com relação aos créditos oriundos de pensão alimentícia. De natureza eminentemente alimentar, consoante ao premente objetivo da Lei de proteger

---

23 STF, RE 439.003/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 06/02/2007, DJ em 02/03/2007.

a manutenção da família, os meios para assim resguardá-la não lhe podem ser privados. Não pode ser negada a proteção existencial do próprio integrante da célula familiar, pois primeiro deve sobreviver o membro da família e, com isso, vem o fortalecimento da sociedade e do próprio Estado, por aquela ser a base destes (AZEVEDO, 1999, p. 178).

Disto se extrai que a necessidade alimentar é mais urgente do que a de moradia. Capta-se, também, que o inciso não especifica sobre a origem desta pensão alimentícia; e, apesar da regra para se entender tais exceções restritivamente, a tendência entre a doutrina e a jurisprudência é em aceitar que a ressalva se amplie tanto para prestação alimentícia oriunda da relação de parentesco, regida pelo Direito de Família, quanto para aquelas originadas em razão de ato ilícito, orientadas pelo Direito das Obrigações e pela responsabilização civil (CREDIE, 2010, p. 100; CZAJKOWSKI, 1998, p. 166).

Czajkowski (1998, p. 166-167) discorre acerca do tema, esclarecendo, ainda, sobre a diferença entre os parâmetros para fixação dos dois tipos de prestação alimentícia; uma, leva em conta os recursos da pessoa obrigada, conforme a condição econômica do devedor em face da necessidade do credor, aplicável à dívida de alimentos por relação de parentesco; a outra, considera o quanto a pessoa lesada auferiria se não ocorrido o ato ilícito, não indo a obrigação prestacional além do que este percebia como remuneração:

(...) a alegação de impenhorabilidade quando a dívida cobrada é resultante de ato ilícito, pode, conforme as circunstâncias, levar a resultados manifestamente injustos e contrários ao espírito que norteou a confecção da lei, se acolhida. O raciocínio é ainda mais válido no caso de pensão indenizatória por morte. Estes credores de pensões, própria ou impropriamente ditas alimentícias, muitas vezes dependem de tais prestações para sua própria subsistência (...). Suponha-se que alguém de abonada situação financeira e alto padrão de vida, atropela e mata um pai de família, sendo condenado, com base no art. 1.537 do Código Civil, a pagar alimentos à família da vítima. Não disposto a cumprir a determinação o devedor poderia “entricheirar-se” em sua luxuosa residência por trás

do manto da impenhorabilidade? É evidente que não! O exemplo, em certos aspectos fantasioso, revela bem a intenção do legislador no confronto entre dois interesses jurídicos: a subsistência dos credores alimentados prevalecendo sobre a proteção à moradia da família do devedor. (...) o dispositivo leva muito mais em conta alimentos naturais, destinados a garantir a sobrevivência, do que os chamados alimentos civis, que visam atender à manutenção de uma determinada situação social. Mas seria equivocado aplicar a regra da penhorabilidade somente no tocante aos alimentos naturais. Em primeiro lugar porque a lei não faz tal discriminação e, depois, porque, na prática, a convenção ou condenação de prestar alimentos já leva em conta a situação econômica do devedor e as condições e necessidades (não somente naturais) do(s) credores. Na pensão decorrente de ato ilícito os parâmetros de fixação são um pouco diferentes.

Em consonância, decidiu o STJ, com base em outros inúmeros precedentes:

Ementa: “AGRAVO INTERNO – Direito Processual Civil – Bem de família – Impenhorabilidade – Obrigação alimentícia – Ato ilícito – Exceção. A exceção ao regime de impenhorabilidade do bem de família prevista no artigo 3º, III, da Lei n. 8.009/90 em favor do credor de pensão alimentícia compreende o crédito originário de indenização por ato ilícito. Precedentes. Agravo improvido.” (STJ, AgRg no Ag 772.614/MS, 3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgamento em 13/05/2008).

Apesar de toda essa amplitude da norma, certamente é que a solução vai depender da situação do caso concreto, na correta ponderação do bom senso. Porquanto, contrariar-se-ia o objetivo da Lei se a família do alimentando morasse no único imóvel que fosse de propriedade do devedor, penhorando-se ele, visto que a habitação da família é aquilo que essencialmente a lei visa proteger. E, se eventual prestação alimentícia, especialmente oriunda de ato ilícito, for tão imperativa que o decréscimo do patrimônio do devedor seja tão grave a ponto de privar-lhe a subsistência, deixando-lhe em situação de maior necessidade que os próprios credores, haverá de o aplicador do direito pesar na efetividade das medidas executivas. “O mesmo

princípio moral que inspirou a confecção da Lei 8.009/90, aplica-se também aqui, (...) depende de criterioso exame das circunstâncias de cada caso concreto, já que se baseia numa exegese teleológica e não literal da lei”. (CZAJKOWSKI, 1999, p. 168-169).

Não menos importante mencionar é a nova redação dada pela Lei n. 13.144, de 6 de julho de 2015, ao inciso III, que apesar de não ter sanado tal dúvida relativa a qual tipo de pensão alimentícia se refere, acrescentou que, quanto à penhorabilidade do bem de família em execução movida pelo credor da pensão alimentícia, serão “resguardados os direitos, sobre o bem, do seu coproprietário que, com o devedor, integre união estável ou conjugal, observadas as hipóteses em que ambos responderão pela dívida”. É que não seria justo com a família do devedor a privação dos bens necessários à sua manutenção por dívida estranha contraída por este. Poderá o magistrado, determinar a penhora, se for o seu único bem, mas em vista da indivisibilidade do bem, deverá reservar, na eventual alienação judicial, a quota-parte que pertence aos familiares estranhos à lide, em respeito ao artigo 843, *caput*, do CPC<sup>24</sup>. Czajkowski (1998, p. 169) bem exemplifica, antes mesmo de tal alteração legislativa:

Havendo imóvel próprio destinado pelo devedor à moradia da nova família constituída, a penhora do mesmo em execução por dívida alimentar preexistente, deverá possibilitar, conforme o regime de bens, a salvaguarda da meação da nova esposa, via embargos de terceiros, porque em benefício desta subsiste a impenhorabilidade do imóvel, o mesmo aplicando-se quanto aos móveis. Ressalve-se também, evidentemente, o eventual patrimônio pertencente aos filhos do novo casamento.

#### **4.6. Aquisição por meio de crime ou para execução de sentença penal condenatória**

Como última ressalva a ser aqui debatida, tem-se que é permitida a penhora do bem de família por ter sido este “adquirido com

24 Art. 843. Tratando-se de penhora de bem indivisível, o equivalente à quota-parte do coproprietário ou do cônjuge alheio à execução recairá sobre o produto da alienação do bem.

produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens” (inciso VI). Ora, neste caso, a coisa não pertence àquele que se intitula proprietário; e, se a lei assim o reconhecesse, certamente estaria blindando as atividades criminosas que enriqueceram indevidamente o sujeito. “A ninguém é dado beneficiar-se da própria torpeza” (CREDIE, 2010, p. 103).

Czajkowski (1999, p. 179-181) atesta que seja a única exceção da lei que leva em conta a origem do bem no lugar da qualidade do credor ou do crédito, lembrando sua abrangência aos móveis que guarnecem esta residência, quando produtos de delitos. Claramente, o inciso subdivide-se em duas partes, tendo a primeira delas aplicação apenas quando os meios para a aquisição do bem tenham, de fato, um viés subvertido:

(...) a aquisição do imóvel residencial com produto de crime, não significa que a norma só se refira a delitos em que a vantagem imediata ao criminoso se traduza numa expressão pecuniária, como é o caso do estelionato, extorsão ou tráfico de entorpecentes. O furto de bens para ulterior revenda, a receptação de produtos furtados ou roubados, a manutenção de casa de prostituição cujos lucros sejam investidos na aquisição ou construção da moradia, também se enquadram na exceção aqui tratada. Há crimes cujo resultado, ao contrário, não assume via de regra nenhuma conotação econômica, nenhuma vantagem pecuniária ao agente, como é o caso de estupro ou crimes contra a honra. Não se pode falar, aí, que o criminoso tenha adquirido ou construído bem imóvel residencial para sua família com o produto do crime praticado, subsistindo, pois, a moradia como impenhorável. Há necessidade, por outro lado, de condenação criminal transitada em julgado (...). Não atinge, é claro, imóvel residencial da família do devedor criminoso, existente em seu patrimônio antes do crime, nem aqueles que, comprovadamente, foram adquiridos com recursos outros (por exemplo, herança) que não com o produto do crime, ainda que após o seu cometimento.

A segunda situação, prevista na parte final, origina-se da consequência que eventual título executivo judicial tenha dado pelo

cometimento de algum ato, que implique condenação ao ressarcimento, indenização ou perdimento de bens. Nesse caso, é indiferente que o bem dotado de características a preservar a família do devedor, ora condenado penalmente, tenha sido adquirido com recursos de origem lícita ou não, muito se assemelhando com a situação abarcada pelo inciso III do artigo 3º da norma<sup>25</sup>. E, ao contrário da primeira parte da norma, não se necessita que os crimes tenham conteúdo patrimonial imediato, podendo-se aplicar à execução de crimes contra a honra, alguns contra a dignidade sexual e tantos outros que se abarcam a possibilidade de danos morais (CZAJKOWSKI, 1998, p. 184).

Um exemplo bastante recorrente na doutrina é situação que envolva o crime relacionado ao artigo 243, *caput*, da Constituição Federal<sup>26</sup>, tangente ao perdimento de propriedade rural ou urbana em que se cultivam plantas psicotrópicas. Azevedo (1999, p. 185) traz à baila: “(...) sentimos presente o mesmo princípio, segundo o qual o instrumento de realização criminosa deve ser expropriado do proprietário que atuou culposamente para esse *mister* ilícito”. Ora, quando se perde um bem para a União, não ocorre a penhora propriamente dita, não havendo razão para arguição analógica do instituto da impenhorabilidade.

Anote-se, ainda com base em Czajkowski, dois pensamentos. Primeiramente, partindo-se da hipótese de que o criminoso vincule ao seu imóvel residencial aquele instituto do bem de família voluntário, regido pelo Código Civil, cogita-se que não haveria efeitos para tal vontade prevalecer. Simplesmente pela valoração ética que levou o legislador a assim redigir a Lei nº 8.009/1990, levando em conta

25 Mera semelhança, não devendo haver confusão ou conflito entre as normas, pois um se trata de pensão por ato ilícito, outro se trata de monta indenizatória.

26 Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º. Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei.

puramente o fato objetivo do crime:

Seria de todo inadmissível que a lei consagrasse a intangibilidade do patrimônio do devedor, construído e formado à custa de crimes. Mais do que tutelar atividade criminosa seria favorecer a impunidade, o que é uma arrematada absurdez jurídica! O mesmo princípio ético permite concluir que a instituição voluntária de impenhorabilidade do bem de família, conforme o art. 70 do Código Civil, em situação semelhante, também é ineficaz. Não é dado à lei, de qualquer forma, proteger o enriquecimento ilícito, e este é essencialmente o fundamento jurídico que impede o devedor de colocar o produto de seus crimes a salvo de qualquer persecução judicial. A constatação salta aos olhos, ainda mais, se o credor é a própria vítima do crime. (CZAJKOWSKI, 1998, p. 181)

A segunda – e última – observação que lhe é extraída, refere-se a uma sutil crítica que merece ser destacada, porquanto seja este o principal objetivo deste estudo. Diz-se que o inciso pugna por uma redação mais adequada, a fim de fugir de possível lacuna legislativa na aplicação da lei; tendo em vista que a exegese literal da norma permite concluir que apenas bens oriundos de produtos de crime sejam penhoráveis, mas não aqueles adquiridos por meio de atividade contravencional ou ilícito civil. Dada a interpretação de forma estrita, que é a regra, “melhor teria feito a lei, por isso, se se referisse a produto de ato ilícito. Criada a lacuna, como está, há dificuldades lógicas quase intransponíveis para alargar a este ponto o campo de incidência do dispositivo, nesta parte” (CZAJKOWSKI, 1998, p. 181-182).

## 5. CONCLUSÃO

A incorporação da Lei da Impenhorabilidade do Bem de Família em nosso sistema legislativo invocou operante progresso social para a inserção da família no ordenamento jurídico brasileiro como uma entidade realmente protegida, assim como garante a nossa Constituição. E, ainda, também veio como uma forma de assegurar o direito constitucional à moradia (art. 6º, *caput*, CF) arraigado ao

áureo princípio da dignidade da pessoa humana.

Por sua vez, antes da promulgação da Lei nº 8.009/1990, a instituição do bem de família dependia exclusivamente de conduta positiva dos chefes de família, o que poderia configurar riscos a todos os integrantes familiares, em face da dificuldade em se garantir tal proteção. A sociedade de consumo é voraz, feroz, oferecedora de um leque infinito de opções de expensas, dinâmica e extremamente baseada na acumulação de riquezas para uns perante os gastos de outros. Sendo a aquisição de bens o esteio para a satisfação das necessidades humanas, o que impende ressaltar é que nem todos possuem capacidade de gerir seu patrimônio de uma forma saudável; uma vez contraída a dívida, cabe ao credor cobrar seu crédito e ao devedor adimplir seu débito. E, àquele pouco importará sobre a condição do inadimplente, apenas manterá a premência de ter aquilo que lhe é de direito.

Assim, a referida Lei Especial em estudo trouxe a instituição automática do bem de família, advinda de conduta do Estado, como instituição perene, produtora e garantidora de normas. Supondo o que seria essencial à existência humana, tal como a moradia e o patrimônio mínimo existencial, trouxe à Lei nº 8.009/1990 o que supõe ser indispensável a uma razoável vida digna, no resguardo do domicílio familiar e, por consequência, de valores extrapatrimoniais vinculados à dignidade. Posto que, é estrito dever estatal, ao vincular expressamente a família como base da sociedade, não permitir que a deixe, de qualquer forma, desamparada.

Apesar de suas notáveis congratulações, deve-se ter em mente que o direito contém um dinamismo peculiar que envolve questionamentos, ponderações principiológicas e axiomáticas, interpretações confrontantes e demasiadas críticas – mecanismos naturais e extremamente importantes para a obtenção de um ordenamento mais justo e equânime a todos os cidadãos. Ora, onde há conflito, há crescimento, e a norma não jaz na letra morta da lei. Logo, o presente estudo procurou trazer esse raciocínio à tona,

especificamente ligado à Lei n. 8.009/1990, fazendo evidenciar, ao lado dos enaltecimentos, críticas deveras construtivas a fim de integrar o caminho dinâmico da hermenêutica em que sempre há o que melhorar, devendo o desenvolvimento partir da própria sociedade, esta destacadamente pensante e operante, que funciona como uma mola propulsora oferecedora do substrato das normas.

Como foi exposto, há numerosos debates acerca da norma em questão, mormente quanto a possíveis conflitos principiológicos emergidos das exceções à aplicação da benesse legal. De uma forma radical, a partir das discussões, pode-se concluir que se trata de uma Lei de certa forma e em certa medida vazia, que não atende ao seu fim essencial, porquanto muito das ressalvas permite sustentar a argumentação de que há um caminho oposto ao resguardo dos necessitados ou cerceamentos relativamente injustos ao que se esperaria de uma norma tão protetiva, atribuído à falta de objetividade da letra legislativa; ou, além do mais, em sentido contraditório a este, faz também sustentar que a Lei seja um meio facilitador de fraudes e consideravelmente imoral pelos seus privilégios, alvo de injustiças sociais, em vista de que aqueles que têm recursos para o cumprimento das suas obrigações não admitem ser considerados necessitados, mas, às vezes, os que realmente necessitam podem estar arcando com imposições superiores ao que poderiam de fato suportar.

A despeito disso, dado o método escolhido, o objetivo deste exame não foi especificamente atribuir à Lei nº 8.009/1990 características como tal; mas, sim, despertar àquele que compartilha deste estudo a ótica de que sempre há algo a melhorar, posto que a norma, por si só, não é imutável. Ora, as adaptações em harmonia com a versatilidade social são essenciais para uma convivência cidadã justa e democrática – por ilustração, em tempos atrás, não muito remotos, o conceito de família era diverso do que se tem hoje. Vivemos, atualmente, a modernidade de um ordenamento jurídico que cada vez mais valoriza os precedentes, os julgados, as jurisprudências e a interpretação de quem aplica a lei; isso quer

dizer que, progressivamente, o corpo legiferante é algo que sofre transformações conforme a sociedade evolui e a ótica de cada contexto, devendo apenas – e sempre – a boa-fé e o respeito à dignidade humana serem tópicos em comum à exegese da aplicação de uma norma.

Desse modo, considerando todos os aspectos, arremata-se pela relevância do tema e sobre o quão enriquecedor foi fazer seu esmerado estudo. **É válido salientar que se deve atribuir à jurisprudência a correção das exorbitâncias encontradas na Lei nº 8.009/1990, pela adequada e ponderada aplicação de suas regras, segundo os métodos e caminhos da hermenêutica à disposição; mas, a par da prática vivida pelos julgadores, defensores e executores da lei, deve o legislador apropriar-se disso e cumprir seu papel de forma dialógica, adaptando a norma à realidade social vivida e suprimindo lacunas, a exemplo das levantadas neste trabalho, as quais, infelizmente, ainda existem e dão margem a balbúrdias e loterias judiciais.**

A Lei da Impenhorabilidade do Bem de Família legal possui seus acertos e, pormenorizados, lapsos. Mas, há uma máxima, extremamente perceptível, que é independente de críticas: o direito é um organismo vivo; é construído pela realidade social e pelos fatos concretos, é aprendido estudando e deve ser exercido pensando. Espera-se, portanto que esta pesquisa possa contribuir para que tal se concretize com o oportuno aprimoramento e aperfeiçoamento da aludida norma legal.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de Família: com comentários à Lei 8.009/90*. 4 ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BORGES NETO, Arnaldo de Lima. *Lei Complementar 150/2015 revoga o inciso I, do art. 3º da Lei 8.009/90 (bem de família legal)*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/40480>>. Acesso em: 11 set. 2017.
- CHAVES, Antonio. *Tratado de Direito Civil, Parte Geral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, v. I.

CREDIE, Ricardo Arcoverde. *Bem de família: Teoria e Prática*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CZAJKOWSKI, Rainer. *A impenhorabilidade do bem de família: comentários à Lei 8.009/90*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 1998.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 5.

ENCYCLOPAEDIA BRITANNICA DO BRASIL. *Dicionário brasileiro da língua portuguesa*. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1994, v.1.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio: o minidicionário da língua portuguesa*. 6. ed. rev. atual. Curitiba: Positivo, 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral*. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 1.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, Volume 1: Parte Geral – De acordo com a Lei n. 12.874/2013*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 1

HORA NETO, João. *O bem de família, a fiança locatícia e o direito à moradia*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10149>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

LIPPMANN, Ernesto. Da Penhorabilidade do Apartamento Residencial, para o Pagamento das Despesas de Condomínio, face à Lei 8.009/90. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 679, p. 30-35, mai. 1992.

MIGALHAS. *Romero Jucá finaliza projeto que regulamenta trabalho doméstico*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI179924,101048-Romero+Juca+finaliza+projeto+que+regulamenta+trabalho+domestico>>. Acesso em 11 set. 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil – Volume único*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

PAULA, Fábio Gomes. *Da impenhorabilidade do bem de família nas reclamações trabalhistas dos empregados domésticos*. Disponível em: <<https://fabiodepaula.jusbrasil.com.br/artigos/227603824/da-impenhorabilidade-do-bem-de-familia-na-reclamacoes-trabalhistas-dos-empregados-domesticos>>. Acesso em: 11 set. 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 5.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Parte Geral*. 34. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1.

SILVA, Rafael Ioriattida. *A inconstitucionalidade ou inconveniência parcial do art. 46 da Lei Complementar 150 de 1º de junho de 2015*. Disponível em: <[http://ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=16184](http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16184)>. Acesso em 11 set 2017.

SIMÃO, José Fernandes. *Dois importantes alterações a respeito do bem de família legal*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/duas-importantes-alteracoes-a-respeito-do-bem-de-familia-legal/15641>>. Acesso em: 11 set. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ministro considera inconstitucional penhora de imóvel familiar para o pagamento de fiança*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=64647>>. Acesso em: 14 set. 2017.

TARTUCE, Flávio. *A inconstitucionalidade da previsão do art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/90*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7591>>. Acesso em: 26 ago. 2017.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016.

# **ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SEÇÃO DE GOIÁS – GESTÃO 2016-2018**

## **Diretoria da OAB/GO**

Lúcio Flávio Siqueira de Paiva - Presidente  
Thales José Jayme - Vice-Presidente  
Jacó Carlos Silva Coelho - Secretário-Geral  
Delzira Santos Menezes - Secretária-Geral Adjunta  
Roberto Serra da Silva Maia – Tesoureiro

## **Diretoria da Escola Superior de Advocacia da OAB/GO**

Rafael Lara Martins - Diretor-Geral  
Giovanny Heverson de Mello Bueno - Diretor-Adjunto  
Luciana Lara Sena Lima - Diretora-Adjunta  
Rildo Mourão Ferreira - Diretor-Adjunto

## **Conselho Federal da OAB/GO**

Dalmo Jacob do Amaral Júnior  
Fernando de Paula Gomes Ferreira  
Leon Deniz Bueno da Cruz  
Marcello Terto e Silva  
Marisvaldo Cortez Amado  
Valentina Jungmann Cintra

## **Diretoria da CASAG**

Rodolfo Otávio Pereira da Mota Oliveira – Presidente  
Marcelo Di Rezende Bernardes - Vice-Presidente  
Ana Lúcia Amorim Boaventura - Secretária-Geral  
Estênio Primo de Souza - Secretário-Geral Adjunto  
Carlos Eduardo Ramos Jubé - Direto Tesoureiro  
Cácia Rosa de Paiva - Diretora-Adjunta  
Helvécio Costa de Oliveira - Diretor-Adjunto  
Osório Evandro de Oliveira Silva - Diretor-Adjunto  
Tênio do Prado - Diretor-Adjunto  
Thiago Mathias Cruvinel - Diretor-Adjunto

## Conselho Seccional da OAB/GO

Aibes Alberto da Silva  
Allinne Rizzie Coelho Oliveira Garcia  
Ana Carollina Ribeiro Barbosa  
Ana Paula Félix de Souza Carmo Gualberto  
André Luis Cortes de Souza  
Arcênio Pires da Silveira  
Ariana Garcia do Nascimento Teles  
Bárbara de Oliveira Cruvinel  
Bartira Macedo de Miranda Santos  
Carla Franco Zannini  
Carlos André Pereira Nunes  
Caroline Regina dos Santos  
Colemar José de Moura Filho  
Daniella Grangeiro Ferreira  
Danilo Di Rezende Bernardes  
Danúbio Cardoso Remy  
David Soares da Costa Junior  
Diego Martins Silva do Amaral  
Dirce Socorro Guizzo  
Eduardo Alves Cardoso Júnior  
Eliane Ferreira Pedroza de Araújo Rocha  
Eliane Simonini Baltazar Velasco  
Erlon Fernandes Cândido de Oliveira  
Fabrício Antônio Almeida de Brito  
Fabrício Cândido Gomes de Souza  
Fabricio Rocha Abrão  
Flávia Silva Mendanha Crisóstomo  
Flávio de Oliveira Rodovalho  
Flávio Henrique Silva Partata  
Henrique Alves Luiz Pereira  
Idécio Ramos Magalhães Filho  
Iraci Teófilo Rosa  
Janine Almeida Sousa de Oliveira  
Janúncio Januário Dantas  
Jean Pierre Ferreira Borges  
Jônatas Moreira  
José Carlos Ribeiro Issy  
José Humberto Abrão Meireles  
José Mendonça Carvalho Neto  
Juscimar Pinto Ribeiro  
Leandro de Oliveira Bastos  
Leandro Martins Pereira  
Leandro Melo do Amaral  
Lilian Pereira de Moura  
Luciano de Paula Cardoso Queiroz  
Luis Gustavo Nicoli  
Marcos Cesar Gonçalves de Oliveira  
Marlene Moreira Farinha Lemes  
Maura Campos Domiciana  
Maurício Alves de Lima  
Milena Maurício Moura  
Nadim Neme Neto  
Osmar de Freitas Junior  
Paulo Gonçalves Paiva  
Philippe Dall'Agnol  
Rafael Lara Martins  
Raphael Rodrigues de Ávila Pinheiro Sales  
Renata Abalém  
Renata Medina Felici  
Ricardo Gonçalves  
Ricardo Silva Naves  
Rildo Mourão Ferreira  
Rodnei Vieira Lasmar  
Rodrigo Lustosa Victor  
Romildo Cassemiro de Souza  
Rubens Fernando Mendes de Campos  
Sara Mendes  
Scheilla de Almeida Mortoza  
Sérgio Murilo Inocente Messias  
Simon Riemann Costa e Silva  
Sirlene Moreira Fidélis  
Telmo de Alencastro Veiga Filho  
Valdir José de Medeiros Filho  
Valéria Alves dos Reis Menezes  
Vandelino Cardoso Filho  
Vasco Rezende Silva  
Vitor Hugo Albino Pelles  
Viviany Souza Fernandes  
Waldemir Malaquias da Silva  
Weliton Soares Teles