UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
DE RIBEIRÃO PRETO



DIREITO PRIVADO NOS TRIBUNAIS:

ANÁLISE DE CASOS E JURISPRUDÊNCIA

ORGANIZAÇÃO:
IARA P. RIBEIRO
NUNO M. M. S. COELHO

Organização

Iara Pereira Ribeiro
Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho

DIREITO PRIVADO NOS TRIBUNAIS:
Análise de Casos e Jurisprudência

FDRP – USP
Ribeirão Preto
2021

DIREITO PRIVADO NOS TRIBUNAIS: Análise de Casos e Jurisprudência

Organização

Iara Pereira Ribeiro
Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho

Autores:

Alexandre Paschoalin Maurin
Aline Nogueira Xavier Buosi
Amana Giacomelli
Ariane Cristine dos Santos
Bárbara Medeiros Gomes da Silva
Bárbara Prates de Abreu
Cintya Karoline Nogueira Santos
Estela de Andrade Provazzi
Fernanda Alves Pereira
Fernanda Rocha de Lucena
Francine Larissa Faustino Ito
Gabriela de Carvalho A. Lopes
Gustavo Costa Silva
Iara L Calazans de Almeida
Jéssica Mapeli dos Anjos
Julia Schroeder de Negreiros Ribeiro
Karinne Stahlke Carneiro
Layni Batista Longo
Letícia Isabor da Silva
Marcelo Terra e Eurípides
Marcos Antonio Ruy Buarque Junior
Mariana Galvani de Souza
Matheus Andrade Barchi
Natália Katayama Mansano
Natália Matias Augusto
Paulo Gustavo de Andrade Provazzo
Rafael Talamoni
Samuel Baeta Pópoli
Samyra Domingues de Freitas
Wesler Augusto de Lima Pereira
Willian Darcoletto Ennes
Yasmin Commar Curia

Capa:

Uesley Cesar Santos de Oliveira
uesley@usp.br

Formatação e edição:

Uesley Cesar Santos de Oliveira
uesley@usp.br

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Direito privado nos tribunais: análise de caso e jurisprudência / Iara Pereira Ribeiro; Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho (Orgs). Ribeirão Preto (SP): FDRP-USP, 2021.

664 p., 30 cm

Livro decorrente do Seminário "Direito Privado nos Tribunais: análise de casos e jurisprudência", realizado pela Especialização em Direito Civil da FADEP em parceria com a USP, composto por vinte e cinco ensaios sobre decisões judiciais de variadas instâncias, selecionadas a critérios dos autores a partir de interesses acadêmicos ou profissionais.

ISBN: 978-65-86465-20-4

1. Direito privado - Coletânea. 2. Decisão judicial. 3. Jurisprudência. 4. Pesquisa jurisprudencial. I. Ribeiro, Iara P. II. Coelho, Nuno M. M. S. III. Título.

CDD 346

Bibliotecária responsável Tamie Aline Lança - CRB 005/201

APRESENTAÇÃO

Em março de 2021, realizou-se na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto o Seminário "Direito Privado nos Tribunais: análise de casos e jurisprudência" coordenado pelos professores Iara Pereira Ribeiro e Nuno Manuel Morgadinho Coelho dos Santos.

O evento contou com a palestra de abertura do professor *Guilherme Forma Klafke*, docente da Fundação Getúlio Vargas, sobre análise de caso e de jurisprudência no intuito de esclarecer os objetivos e os limites da pesquisa jurisprudencial.

Em seguida, por dois dias, foram apresentados trabalhos de análise e discussão de decisões judiciais no âmbito do direito privado. Os temas dos julgados versaram sobre questões relativas a direitos da personalidade, direito de família, direito contratual, direitos das coisas, direito do consumidor, direito falimentar e direitos especiais.

Os pós-graduandos do curso de especialização em Direito Civil: Novos Paradigmas Hermenêuticos em Direito Privado analisaram decisões judiciais sobre mudança do prenome, exclusão do sobrenome paterno, abandono afetivo, prestação de contas de pensão alimentícia, paternidade socioafetiva, anulação

de paternidade, união homo afetiva, antecipação terapêutica do parto, prescrição intercorrente, teoria da imprevisão, perda de uma chance, dever de informar, responsabilidade civil na internet, Lei Geral de Proteção de Dados, alienação fiduciária, bem de família, reabilitação do falido, autonomia universitária, entre outros temas.

Sendo a pós-graduação lato sensu direcionada a profissionais que buscam se atualizar ou aprofundar em determinada área realçou-se o aspecto prático dos trabalhos apresentados e tendo em vista a qualidade houve o interesse em publicá-los, considerando-se que apesar da importância da jurisprudência no dia a dia do profissional do Direito é pouco comum obras dedicadas ao estudo de julgados em si. Usualmente as decisões judiciais aparecem nos livros jurídicos na forma de citação como exemplo, ilustração ou argumento de autoridade.

Por essa perspectiva esta obra é original, sendo composta por 25 (vinte e cinco) ensaios sobre decisões judiciais (sentenças ou acórdãos) de variadas instâncias judiciais, selecionadas a critérios dos autores a partir de interesses acadêmicos ou profissionais.

Iara Pereira Ribeiro

Sumário

ANÁLISE DE CASOS E JURISPRUDÊNCIA..... 10

A ALTERAÇÃO DE PRENOME NO REGISTRO CIVIL DOS TRANGÊNEROS.....36

A FACE PRAGMÁTICA DA "EVOLUÇÃO" DO ESTADO DE CÓDIGOS PARA O DIREITO DOS JUÍZES EM UMA SENTENÇA DE PRIMEIRA INSTÂNCIA.....50

A RESPONSABILIDADE CIVIL PELO ABANDONO AFETIVO: CONTEXTUALIZAÇÃO E ANÁLISE DO RESP 1.159.242/SP.....61

A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....96

AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS: GENITORA (O) DEVE PRESTAR ESCLARECIMENTOS SOBRE O USO DA PENSÃO ALIMENTÍCIA?..128

ADOÇÃO E AFETO: BREVE ENSAIO SOBRE A FLEXIBILIZAÇÃO DO ARTIGO 42, §3º DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E O PRINCÍPIO DA SOCIOAFETIVIDADE DIANTE DA ANÁLISE DO RECURSO ESPECIAL N° 1.785.754 – RS..... 152

ANULAÇÃO DE PATERNIDADE À LUZ DOS TRIBUNAIS.....182

APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E DA CONVENÇÃO INTERNACIONAL DE VARSÓVIA E DE MONTREAL EM AÇÕES ENVOLVENDO TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL: ANÁLISE DO JULGADO DO STF.....203

APLICAÇÃO DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS ANTERIOR À SUA VIGÊNCIA.....227

COMENTÁRIOS AO ACÓRDÃO NÚMERO 2011/0211890-7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE CONSOLIDOU INTERPRETAÇÃO JURISDICIONAL DA DISTINÇÃO DOS PRAZOS

PRESCRICIONAIS NA RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRACONTRATUAL.....263

DA EXCEÇÃO DE IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA NOS CASOS QUE SE ENQUADRAM COMO PRODUTO DE CRIME ANTES OU APÓS SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO.....301

DA REABILITAÇÃO DO FALIDO APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 14.112/2020.....322

DIREITO DO CONSUMIDOR: A CLÁUSULA DE PAGAMENTO NOS CONTRATOS DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS IMÓVEIS E O DEVER DE INFORMAR.....359

EXCEÇÃO À RESPONSABILIDADE CIVIL POR ROUBO EM ESTACIONAMENTOS PARA CLIENTES – NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 130 DO STJ.....376

EXCLUSÃO DO SOBRENOME PATERNO POR ABANDONO AFETIVO E MATERIAL. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL.....405

INQUIRIÇÃO SOBRE A VENDA CASADA DE ALIMENTOS EM ESTABELECIMENTOS CINEMATOGRÁFICOS: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.....431

O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....451

O DIREITO DA GESTANTE NA INTERRUPÇÃO DE GRAVIDEZ DE FETO ANENCÉFALO: UMA ANÁLISE DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 54.....481

O RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: NUANCES TEÓRICAS E CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS.....499

OS DIVERGENTES POSICIONAMENTOS NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO EM AÇÕES REVISIONAIS DE CONTRATOS BANCÁRIOS COM INCIDÊNCIA DE JUROS REMUNERATÓRIOS CONSIDERADOS ABUSIVOS.....527

PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE: DAS TESES FIXADAS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA (IAC) NO RECURSO ESPECIAL (RESP Nº1.604.412/SC) E A PREJUDICIALIDADE DA SUA APLICAÇÃO RETROATIVA.....560

PRINCÍPIO, OBJETIVOS E FUNDAMENTOS DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS - LGPD, EM CONSONÂNCIA COM OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICADOS ÀS RELAÇÕES DE CONSUMO.....598

RESPONSABILIDADE CIVIL POR IMAGENS ÍNTIMAS PUBLICADAS NA INTERNET.....628

UMA REFLEXÃO SOBRE OS LIMITES DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA NO MERCADO EDUCACIONAL.....643

PREFÁCIO

ANÁLISE DE CASOS E JURISPRUDÊNCIA

Guilherme Forma Klafke[1]

Imagine o dia a dia da Carla, advogada júnior. Ela recebe um caso que depende de fazer uma pesquisa de jurisprudência. Nesta pesquisa busca ementa de julgados no site de tribunais e indica na petição ou na peça processual alguns desses julgados. A Carla também pode ser uma pós-graduanda que também fará pesquisa de jurisprudência, coletando as ementas de julgados e inserindo-as no trabalho, dissertação ou tese. Muitos acadêmicos diriam que ela está errado, já que não podemos apenas selecionar ementas e usar como se fossem julgados, já que julgado é muito mais que a ementa, mas será que é isso mesmo?

O objetivo deste estudo é discutir esses questionamentos. Pretendo abordar 3 pontos: 1. O que é "jurisprudência" na análise

[1] Líder de projetos e pesquisador do Centro de Ensino e Pesquisa em Inovação da FGV DIREITO SP. Doutor (2019) e Mestre (2012-2015) em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo. Professor do programa de pós-graduação lato sensu da FGV DIREITO SP. É colaborador da Sociedade Brasileira de Direito Público desde 2011, onde coordenou a Escola de Formação Pública (2017). Foi professor de Filosofia do Direito da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (2017-2018).

de jurisprudência; 2. A pesquisa de jurisprudência responde ao quê? 3. A diferença entre análise dinâmica e análise estática de julgados.

2 A "JURISPRUDÊNCIA" NA PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA

Quando uma advogada ou pós-graduanda recebe a tarefa de fazer uma pesquisa de jurisprudência deve se perguntar "mas o que é jurisprudência?" Três ideias podem nortear nosso debate:

- Jurisprudência é um conjunto qualquer de decisões num órgão (não precisa nem ser um órgão judicial) - ex: Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), do Tribunal de Contas da União (TCU), do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), dentre outros;
- Em um segundo sentido, mais específico, jurisprudência é o conjunto de decisões sobre determinado tema, com referência a uma questão. Ex: jurisprudência do STF sobre prisão em 2ª instância ou sobre liberdade de expressão.

- Um terceiro sentido, mais restrito ainda, é o conjunto de decisões que seguem determinada tendência, fundamentando determinada posição. Ex: jurisprudência do STF a favor da prisão em 2ª instância.

Para exemplificar, pesquisas como o projeto Supremo em Números da FGV Direito RIO trabalha o conjunto total de julgados do STF, às vezes sem delimitação temática. Esse conjunto de julgados é jurisprudência no primeiro sentido e diferencia esse estudo de outros sobre, por exemplo, o conjunto de julgados dos Tribunais de Justiça. No segundo sentido, é possível indicar a publicação das jurisprudências temáticas do STF. Nelas é possível ver tudo que o STF decidiu sobre determinado tema. No terceiro sentido, ainda mais restrito, veja-se o trabalho de Adriana Vojvodic sobre os precedentes do STF sobre direito à vida e como eles se relacionam (VOJVODIC, 2012).

3 A PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA RESPONDE AO QUÊ?

Assentados os possíveis sentido de jurisprudência, e dependendo do sentido e da abordagem adotada, o trabalho de

pesquisa jurisprudencial conduzirá a caminhos diferentes. Esta segunda seção discute a pergunta: “a pesquisa de jurisprudência responde ao quê?”

Para responder a essa pergunta, vale mencionar a distinção de pontos de vista sobre o Direito: o olhar interno, externo e interno externo. Essa noção deriva da construção filosófica de H.L.A. Hart e é mencionada por José Roberto Xavier e Paul Chynoweth para a pesquisa jurídica (XAVIER, 2015).

Vamos explorar o que são esses olhares a partir de um exemplo comum: sala de aula. O professor estabelece uma regra: Não pode colar na prova. Imaginem-se 4 estudantes, e o professor vigia esses 4 estudantes. Ao longo do exame, o professor não vê nenhum deles colando. A pergunta é: todos os estudantes seguiram a regra de que não pode colar na prova? É comum que respondam que eles seguiram com base nesse olhar externo da situação.

Mas e se a gente buscar entender as razões que levaram cada um a não colar? A estudante 1, que está na primeira fileira, não colou por causa do risco de ser punida, o estudante 2 não colou porque sabia tudo e não precisava colar. O estudante 3 não colou simplesmente porque não quis. E a estudante 4 não colou porque há uma regra, e ela acha importante e aceita respeitar a

regra de não colar. Apresentando as justificativas para não colar, será que a avaliação inicial mudaria? Será que os quatro estudantes estão seguindo a regra da mesma forma, ainda que somente a última tenha aplicado regra como uma razão para agir, e os outros não?

Diferentes pontos de vista podem conduzir a diferentes conclusões. O olhar externo é o olhar para regularidades: os alunos não colam na prova. É um olhar que procura relacionar fenômenos, entender correlações entre eles e, por vezes, estabelecer causalidade entre fatores. Ele é diferente do olhar externo-interno, por meio do qual se busca o sentido e a interpretação que aqueles agentes dão para essa prática. Como eles aceitam, incorporam e interpretam a regra sobre não colar na prova? Busca-se entender as razões que oferecem para não colar, e as regras podem ser uma das várias – e, no Direito, pretendem ser as principais. E o olhar interno é o próprio olhar de quem está na pele do estudante que está fazendo a prova e tem que decidir se vai colar ou não. Por isso é interno, é o olhar de quem está submetido à regra.

E como isso se reflete na pesquisa de jurisprudência? Um olhar absolutamente externo se propõe a observar, por exemplo, como os juízes se comportam, o que decidem, a que resultado

chegam, quanto tempo demoram para decidir, etc. Um olhar externo-interno procura entender as razões pelas quais os agentes agem na prática, a interpretação que esses julgadores têm, os argumentos e fundamentos que empregam e como utilizam. E a pesquisa de jurisprudência com olhar interno tenta extrair uma razão de agir desse conjunto de julgados, uma tese para colocar numa petição inicial para tentar persuadir julgadores.

A observação externa é própria da ciência política, das ciências sociais, da antropologia, em suma, de atores que tentam olhar o direito fora da prática jurídica. O olhar externo-interno também pode ser empregado por essas áreas, mas é principalmente aproveitado pela ciência do direito. O olhar interno, por fim, é próprio da prática jurídica, do direito enquanto prática mesmo.

3.1 Quais tipos de perguntas surgem numa análise de julgados?

Dependendo da premissa epistemológica e metodológica de quem busca a jurisprudência, as perguntas também serão diferentes. Algumas perguntas comuns no olhar externo são:

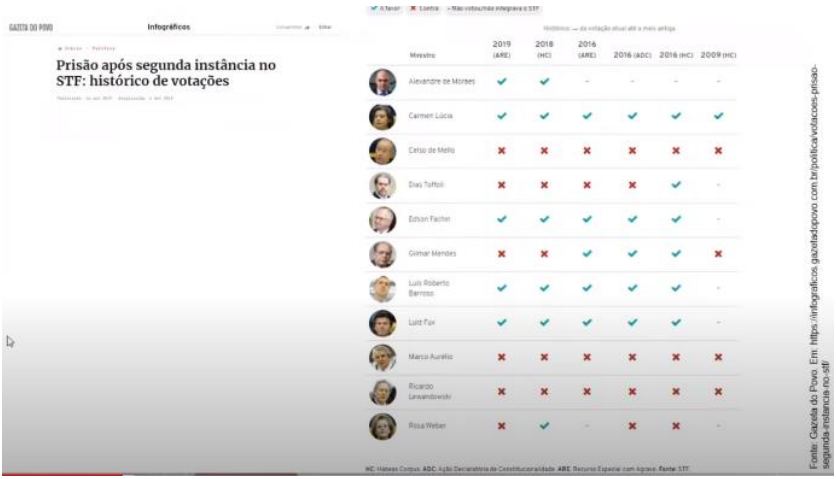
- Quais são os resultados dos processos em determinada questão? Olha-se para a quantidade de decisões. Por

exemplo: 50 decisões do STF seguem a linha da soltura de pessoas antes do trânsito em julgado, mas uma decisão não. Externamente, a maioria das decisões é favorável à soltura e eu poderia dizer que a Corte decide neste sentido. Será que essa única decisão é aquela decisão no caso mais político e emblemático de todos? Talvez com isso eu possa dizer que o STF é sensível a pressões externas.

- Quanto tempo um processo leva a chegar a uma conclusão?
- Quais motivos levam juízes a julgarem de determinada forma? Uma pesquisa clássica sobre isso procura relacionar decisões de liberdade condicional com o momento do dia em que as decisões são tomadas. Juízes liberam as pessoas de manhã e, conforme o dia avança, param de liberar. Picos de soltura acontecem imediatamente depois das pausas para almoço e lanche, de onde surge a piada de que "juízes com fome prendem mais". Mas não é isso. O que esse olhar externo tenta mostrar é que juízes cansados tendem a fazer julgamento rotineiro (que é prender), em razão de vieses cognitivos decorrentes do cansaço.

- Como o colegiado se comporta durante o julgamento? Veja-se, por exemplo, tabela publicada por veículo de comunicação durante os julgamentos do STF sobre prisão em 2ª instância (Figura 1).

Figura 1 - Publicação de posicionamento dos ministros do STF em matéria de prisão em 2ª Instância.



Fonte: Gazeta do Povo. Prisão após segunda instância no STF: histórico de votações. ***Gazeta do Povo****, 16 out. 2019. Disponível em: https://infograficos.gazetadopovo.com.br/politica/votacoes-prisao-segunda-instancia-no-stf/. Acesso em: 14 ago. 2021.*

Quando vemos que o Gilmar Mendes muda de voto, perguntamos por quê. Isso precisamos descobrir. Podemos descobrir com olhar externo, posso calcular variáveis, ver se era um caso sensível, se ele tinha uma preferência política por um

resultado... Mas nós do direito acreditamos no direito, então vamos fazer isso internamente.

No olhar externo-interno, vamos tentar entender como o Gilmar Mendes interpretou ou justificou as decisões que ele deu em um caso ou em outro. Tentar entender como ele enxerga precedentes, e porque não seguiu os próprios precedentes, tentar entender como ele enxerga a consequência da decisão dele. Vamos tentar entender como ele interpreta e maneja o direito.

E se estou num olhar interno, pensa na advogada e advogado, para que ele ou ela vai querer pesquisar jurisprudência? Para saber como deve se comportar, qual regra e entendimento judicial tem que aplicar nesse caso. Basicamente, como devo me comportar na minha vida.

Para deixar ainda mais claro, temos o Mushu, agente dentro do direito, o advogado, ou julgador, a pessoa manejando as normas jurídicas. E aí tem o cientista social olhando o que o Mushu faz, olhando de fora. Mas temos também o pesquisador do direito tentando entender na cabeça dele o que está por trás das interpretações do Mushu, por que o Mushu decide de uma forma ou de outra, quais as razões o levam a decidir.

Esta apresentação enfoca o ponto de vista externo-interno. Não vou falar para vocês como analisar a jurisprudência para

advogar, nem ensinar a análise econômica da jurisprudência ou análise social da jurisprudência sob um ponto de vista externo. Vou falar como usar a jurisprudência de um ponto de vista externo-interno, tentando compreender e interpretar o que os tribunais decidem.

4 ANÁLISES DINÂMICAS E ESTÁTICAS

Um conceito que retiro de Diego Lopez Medina, no livro *Derecho de los Jueces*, é a distinção entre análise dinâmica e estática da jurisprudência. A análise dinâmica procura responder "como a jurisprudência se desenvolve?", e aqui estou usando o sentido de jurisprudência como jurisprudência em determinado tema, o segundo sentido. Assim, posso ter possíveis análises:

- Evolução Histórica de uma posição
- Tendências jurisprudenciais
- *Leading Cases*
- Coerência entre posicionamentos

Trazendo o livro do Medina, ele faz uma proposta de método para analisar linhas jurisprudenciais. Essa proposta de método dele se baseia na fixação de uma questão jurídica e na análise de campos de interpretação das decisões judiciais dentro

dessa questão jurídica. Por exemplo: na prisão em 2ª instância, qual seria uma questão jurídica? "É possível prender alguém antes do trânsito em julgado?" Essa é a pergunta. Aí colocam-se dois parâmetros balizadores da interpretação nos extremos. O extremo da esquerda vai falar "não pode". O extremo oposto é "pode prender automaticamente após a condenação em segunda instância". E existem posições intermediárias, por exemplo (são duas posições que apareceram):

- Somente depois da decisão do STJ você pode perder alguém antes do trânsito em julgado. Foi uma posição sustentada pelos ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes naqueles momentos de instabilidade da jurisprudência sobre a prisão antes do trânsito em julgado;
- Ou pode, mas depende do caso, não é automático. O juiz tem que dar a autorização de prisão da pessoa.

Digamos que a primeira linha dessa decisão judicial diga "pode prender, automaticamente". Vem uma segunda decisão e diz "o que a gente diz não é que pode prender automaticamente, mas que o tribunal tem que avaliar as circunstâncias para saber se pode prender ou não". No método do Diego Lopez Medina, você tem que construir uma ideia de campo de interpretação, ou seja,

essa interpretação no segundo caso está dentro ou fora do campo de desdobramentos possíveis a partir do primeiro caso?

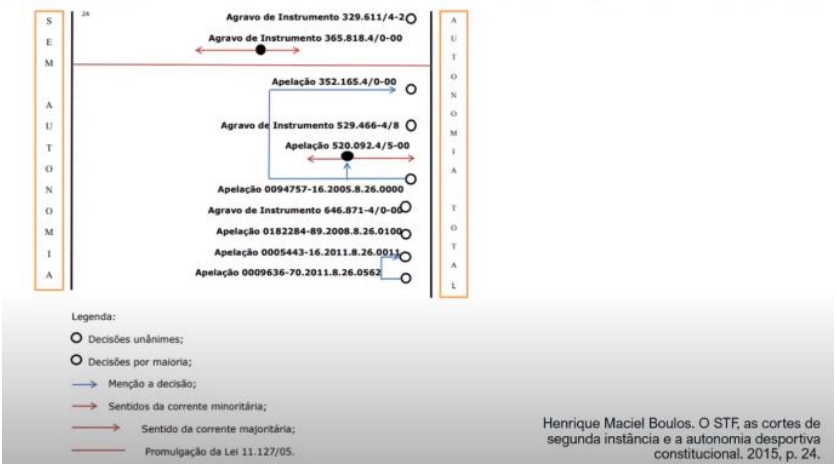
A primeira decisão diz que pode em qualquer caso, a segunda diz que pode desde que você analise o caso. Parece-me que essa segunda está dentro de um campo de interpretações possíveis do primeiro caso, que é o campo no qual o tribunal afirmará que pode prender em segunda instância. Digamos que, um ano depois, venha uma terceira decisão que declare que “não pode prender em nenhuma hipótese". Essa terceira está fora do campo de interpretação da segunda decisão. Para Diego Lopez Medina esse é um exemplo de mudança radical da jurisprudência, quando você sai do campo de interpretações anteriores.

Duas questões emergem desse método: uma é como construo esse campo, outra é como afirmo que uma decisão está fora desse campo para poder analisar a coerência dessas decisões.

Um exemplo é trabalho de curso que orientei na Sociedade Brasileira de Direito Público, de Henrique Maciel Boulos, sobre o STF, as cortes de segunda instância e a autonomia desportiva constitucional. Ele queria analisar como os tribunais entendiam a autonomia dos clubes de futebol para se auto-organizarem. A linha jurisprudencial do Estado de São Paulo pode ser vista na Figura 2. Ele constatou que todas as apelações

seguem numa mesma linha, que é a autonomia total dos clubes em seus estatutos. Entretanto, duas decisões, uma apelação e um agravo de instrumento, não defenderam a autonomia total dos clubes e se desviaram um pouco dessa posição. As decisões que estão em branco são decisões unânimes, enquanto as que estão em preto são por maioria. As setas nas pretas indicam para onde decidiu a maioria e a minoria. Esse é um estilo de análise que vê a fundamentação, o que o tribunal decidiu, qual resposta o tribunal deu para uma questão, e tenta enquadrar isso numa linha jurisprudencial.

Figura 2 - Linha jurisprudencial do Tribunal de Justiça de Sâo Paulo sobre autonomia desportiva

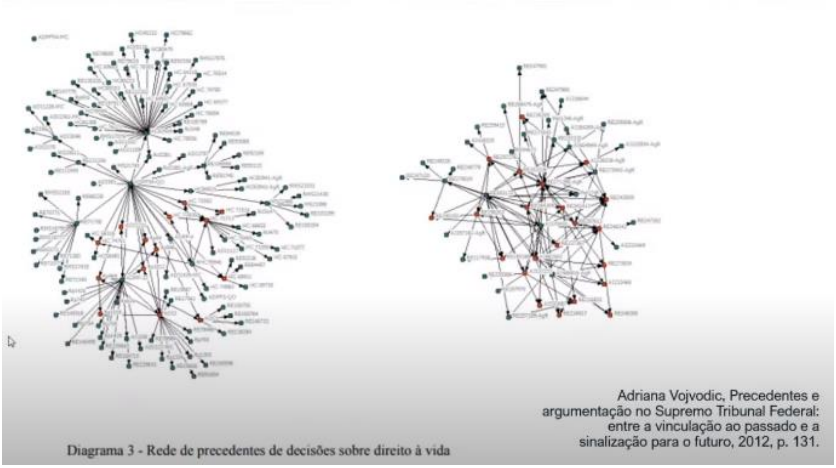


Fonte: Boulos, Henrique Maciel. O STF, as cortes de segunda instância e a autonomia desportiva constitucional. Monografia de final de curso, Sociedade Brasileira de Direito Público, 2015, p. 24.

Outro tipo de análise é uma análise de citação, que se aproxima de métodos bibliométricos, ou de análises de redes, que procuram entender como um precedente se conecta com outro por meio das citações que são feitas. Ou seja, um ministro cita um precedente para confirmar, refutar, explorar, avançar nesses precedentes, e a questão é como a pessoa cita esse precedente e com qual finalidade. É como se o pesquisador desatasse esse novelo. Eu tenho uma primeira decisão que é citada por outras 6 decisões, que são citadas por outras decisões, e aí vou criando uma rede de citações de decisões.

Quem faz isso, por exemplo, é a Adriana Vojvodic na tese dela "Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal: entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro" (Figura 3).

Figura 3 - Exemplo de rede de precedentes de decisões



Fonte: Vojvodic, Adriana. Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal: entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro. Tese (Doutorado, Faculdade de Direito), Universidade de São Paulo, 2012, p. 131.

O diagrama mostra as redes de citação dos precedentes sobre direito à vida no STF. Na esquerda há um quadrado no centro a partir do qual irradiam várias citações. Esse quadrado é a questão de ordem na ADPF 54, que é de aborto de feto de anencéfalo. O que ela constatou é que o julgado passa a ser citado em várias outras decisões, mandados de segurança, habeas corpus etc. O que é curioso é que há uma decisão que é um ponto isolado, sem conexão com outras decisões. Esse ponto é a medida cautelar na ADPF. Por que a questão de ordem foi citada em outros precedentes, mas a medida cautelar não? Ela é isolada e não é citada em nenhuma decisão sobre direito à vida.

Por que o método é interessante? Porque por meio de rede de precedentes eu consigo analisar - e esse foi um estudo que a gente fez na Sociedade Brasileira de Direito Público - juízes que citam muitos precedentes, mas são precedentes da relatoria deles mesmos. No STF o que a gente identificou é que o Ministro Celso de Mello citava muitos precedentes, mas na maioria deles ele era o relator, então você começa a perceber redes de precedentes que se fecham. Outro exemplo de importância dessa análise é a citação de decisões monocráticas como precedentes do tribunal? Decisões monocráticas são precedentes do tribunal? Então por que os juízes estão citando isso? Ou então: citar medida cautelar em um outro caso para decidir o mérito. É complicado citar uma medida cautelar para o mérito, porque ela tem outros requisitos. Aí começamos a identificar essas relações, e tentar entender por que elas são construídas dessa maneira, o que está acontecendo, e como elas são justificadas.

Outro resultado interessante é a quantidade de citações para concordar. Elas mostram que se citam precedentes para concordar, não pra discordar, o que levou a gente a construir, no nosso estudo, a ideia de decisões judiciais advocatícias, que procuram sustentar um ponto sem dialogar com sentidos contrários. Nessa hipótese, o juiz, desembargador ou ministro,

constrói a decisão e só cita aquilo que sustenta o seu raciocínio, que é algo típico de advogado. Ele não dialoga com precedentes contrários, não justifica sua decisão frente a desafios de precedentes contrários, não desafia sua própria decisão em relação a eles. Essa é a análise dinâmica, a análise que procura ver como os julgados se relaciona ao longo do tempo.

A análise estática é diferente. Ela se volta para o julgado em si, não para a jurisprudência que se desenvolve. Nela, o pesquisador vê como o julgado é fundamentado, e aqui tenho análises possíveis:

- Colegialidade da decisão
- Interpretação da decisão
- Qualidade deliberativa
- Coerência e coesão entre fundamentos

Três problemas que podem ser respondidos em uma análise estática de julgados são: o problema da demarcação da decisão coletiva, o problema da identificação dos argumentos e o problema da identificação das razões determinantes de um julgado.

4.1 Problema da demarcação da decisão coletiva

O que significa dizer que uma decisão é uma decisão do tribunal, do colegiado, da turma? Isso é importante, principalmente no STF, onde falamos de 11 votos, das 11 ilhas. Como demarcar uma decisão colegiada numa decisão composta por 11 votos? São os fundamentos adotados pela maioria ou pelo relator?

Quando discutimos análise de ementa, no STF a ementa é o resumo do voto do relator, e se afirmo que a ementa é a decisão do tribunal, estou afirmando que a decisão do STF é a decisão do relator. Um caso clássico envolvendo redação da ementa é o julgamento sobre a aplicação do CDC aos bancos. Na ementa o relator, Min. Eros Graus, colocou 7 pontos, e o tribunal só tinha concordado com 4. É claro que a parte entrou com embargos de declaração, e nos embargos o tribunal reduziu a ementa para os 4 pontos acordados. Isso não seria um problema se o intérprete entendesse que a decisão colegiada é a decisão do relator. De alguma forma, surge essa necessidade de demarcar qual é a decisão do tribunal, da qual deriva o risco de problemas lógicos quando uma decisão é sustentada por diferentes fundamentos, alguns adotados alguns ministros e outros por outros ministros.

Surgem problemas quando os votos não dialogam sobre qual questão eles estão analisando. Alguns juízes ou desembargadores podem lidar com algumas questões nos votos, enquanto outros lidam com outras questões. É o caso quando algum magistrado decide já votar sobre a modulação de efeitos, e no fim das contas, só ele vota pela modulação de efeitos, ninguém mais explorou a modulação de efeitos. E aí? Esse caso é fácil, mas e se 4 magistrados explorarem a modulação de efeitos? E quando a decisão é formada por 6 a 5, e 4 da corrente vencedora falam da modulação de efeitos? Posso começar a complexificar esses julgados, questionar qual valor esse julgado tem enquanto precedente, enquanto decisão que orienta condutas. Se não consigo extrair uma fundamentação clara disso, como isso vai explorar, elucidar e apresentar condutas?

4.2 Problema da identificação de argumentos

O problema da identificação de argumentos é operacional. Como eu, enquanto intérprete, aproximo-me do documento e afirmo que "isso é um argumento", circulando o texto, por exemplo? Aqui tem uma questão que é a lógica informal dos argumentos. Como faço para identificar um argumento que não está feito nos moldes da dedução (premissa maior + premissa

menor = conclusão)? Trago aqui um exemplo da Ação Penal 470 ("Mensalão"), um trecho no qual o Min. Gilmar Mendes debate com outros ministros:

> Este processo não anda para frente, ele anda em círculo. Tivemos enormes dificuldades de iniciar o julgamento, começado em 2007. Dois Colegas saíram do julgamento, meio ao julgamento, porque o julgamento se alongou demais e, agora, vêm com o argumento de cabimento de embargos infringentes porque o Tribunal estava incompleto. Que tamanha ousadia! Que tamanha ousadia!
> Dizer, agora, podemos decidir uma matéria penal com seis votos. Mas, aí, por quê? Por que faltaram. Não estavam colegas presentes. Ah, mas, então, o *quorum* está incompleto. Desse jeito não dá quatro votos. Veja a que ponto nós estamos chegando! (STF. Décima Primeira Questão de Ordem na Ação Penal 470/MG. Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 13 nov. 2013, p. 125).

Esse é um trecho do acórdão, um trecho do debate no acórdão. Existe argumento aqui? Como identifico o argumento aqui? Eu poderia dizer que "tamanha ousadia" é um argumento e aí eu posso discutir argumento *ad hominem*, um argumento que procura desqualificar o interlocutor, dizendo que ele está cometendo uma ousadia. Poderia questionar por que ministros estão usando argumentos *ad hominem* em uma decisão. Ou, então, poderia afirmar que o trecho "mas, então, o *quorum* está incompleto. Desse jeito não dá quatro votos. Veja a que ponto nós

estamos chegando!" é um argumento. Esse recurso retórico de falar que algo extrapola o que é possível. Será que isso é um argumento? Se eu estivesse lendo a decisão eu circularia isso como um argumento? Ou o trecho todo é um argumento? O trecho *inteiro* expõe o entendimento de que ministros não podem "brincar" com o *quorum* do tribunal para decidir se cabem ou não embargos infringentes. Parece-me um argumento muito razoável. E como esse argumento se transforma num fundamento da decisão? Aqui posso discutir técnicas para identificar argumentos, para identificar em um texto quando estou diante de um argumento.

4.3 Fundamentação da decisão: Como identificar as razões determinantes?

Finalmente, chegamos ao problema da identificação das razões determinantes. Geralmente quando tratamos de análise de julgado só mencionamos a questão da identificação da *ratio decidendi* e das *obiter dicta*, mas estou mostrando que existem coisas além disso.

No tema da *ratio decidendi* e das *obiter dicta*, das razões determinantes de um julgado, eu tenho basicamente duas posições - isso aqui quem traz mais é o Thomas Bustamante no

livro Teoria do Precedente Judicial. A primeira é pensar a *ratio* enquanto norma/regra que o tribunal fixou naquele julgado, quando o juiz afirma construir uma regra que se aplica a outros casos. É essa regra que vou chamar de *ratio decidendi*. Por exemplo: "é inconstitucional a prisão antes do trânsito em julgado". Isso é a *ratio decidendi*, ou, a *ratio decidendi* enquanto fundamentos que são necessários para fundamentar a decisão. Então, "é inconstitucional a prisão antes do trânsito em julgado", qual o argumento necessário para sustentar essa decisão? Pode ser o artigo 5º, inciso XXX, da CF, que proíbe a declaração de culpa antes do trânsito em julgado. Mas isso não é o argumento necessário e suficiente. Eu preciso ter um outro argumento. A Constituição declara que não se pode formar culpa antes do trânsito em julgado, mas ela não diz nada sobre prender. Aí preciso de um argumento sobre prisão significar constituir uma culpa. Quando junto o argumento de que a CF proíbe a culpa antes do trânsito em julgado com o argumento de que a prisão é uma declaração de culpa, eu posso fazer um silogismo básico: se a CF proíbe a declaração de culpa antes do trânsito em julgado, e se a prisão é uma declaração de culpa, então não pode haver prisão antes do trânsito em julgado. Essa seria minha *ratio decidendi*. Eu, se fosse ministro poderia fazer uma decisão de duas páginas.

No primeiro parágrafo, afirmaria que “a Constituição, no artigo 5º, proíbe a declaração de culpa antes do trânsito em julgado”. No segundo parágrafo, que “a prisão é uma comunicação de culpa pra sociedade”. No terceiro parágrafo, que não se pode prender antes do trânsito em julgado, porque isso é uma comunicação de culpa, ou uma consideração de culpa.

É claro que eu posso refinar essa fundamentação. É claro que talvez tenha outras premissas que eu tenha que colocar nesse argumento para ele fazer sentido. Eu tenho que ter, por exemplo, premissas que sustentam a ideia de que prisão é culpa. Provavelmente eu tenha que falar: olha a sociedade enxerga uma pessoa na cadeia como não inocente. Aí provavelmente responderiam "não, mas tem inocente na cadeia, preso”. Eu teria que responder: “bom, será que estar na prisão é culpa para a sociedade? Talvez não, talvez a sociedade entenda que existem inocentes na prisão”. Estou mostrando isso para afirmar que a análise da *ratio decidendi* de um voto envolve você identificar aquelas premissas que levaram à conclusão, premissas necessárias, premissas necessárias e suficientes.

A questão de identificar a *ratio decidendi* da decisão do tribunal é mais complexa, porque aí não estou lidando com a *ratio decidendi* de um voto, estou lidando com a *ratio decidendi* da

soma dos votos, por exemplo os 11 ministros do STF. É engraçado que o Diego Lopez Medina não traz isso no livro dele, porque na Colômbia o tribunal decide com uma só voz, o tribunal não soma votos, os juízes sentam e escrevem uma decisão única, que vai ser a decisão que traz o entendimento do tribunal. Nesse caso eu não tenho a discussão de analisar a *ratio decidendi* pela soma de votos, porque o tribunal já apresenta a *ratio decidendi* do tribunal. Aqui é muito interessante porque vem a comunicação, por exemplo, entre o meu doutorado, que diz sobre como os acórdãos são elaborados nas cortes e a discussão de análise de jurisprudência. Não tem como fazer análise de jurisprudência sem entender como esses julgados são construídos.

Finalmente, as *obiter dicta* significam tudo aquilo que os ministros afirmam, mas que não sustenta a decisão final, ou não se relaciona com a conclusão. Então, se um ministro chega e declara, num julgamento de aborto de anencéfalo, "eu acho que deveríamos também julgar aborto em geral", a questão se amplia no voto dele. Se o tribunal não julgou aborto em geral, isso é *obter dicta*, porque não é algo que vai levar ao entendimento de quais fundamentos sustentam a decisão.

5 CONCLUSÃO

Para sintetizar as questões que eu trouxe aqui e a discussão sobre análise de julgados e jurisprudência, eu tenho duas análises: a Análise Dinâmica de Jurisprudência e a Análise Estática de Jurisprudência. A análise dinâmica pode ser feita, por exemplo, pelo método da linha jurisprudencial, ou pelo método da rede de citações. A análise estática de jurisprudência envolve a análise do julgado, e aí tenho outros problemas, como, por exemplo, o problema da demarcação coletiva, quando o julgado é de um órgão colegiado, o problema da identificação de argumentos, que vai ser um problema que tenho em qualquer âmbito, como prática jurídica ou como acadêmico do direito, e o problema de identificar a *ratio decidendi*, sobre o que é fundamento que sustenta a conclusão daquele voto, ou se você entender que precedente é norma, qual é a norma que se extrai daquele julgado. Nos Estados Unidos, a norma que se extrai do julgado é chamada de *holding*, e vem logo no início da decisão, então você tem o *holding* da decisão, aquela regra que se aplica enquanto precedente para as próximas. Essa regra vem de uma *ratio decidendi*, vem do que é a norma que se constrói naquela decisão.

Esse, em suma, é um conjunto de ferramentas à disposição do pesquisador que deseja entender a jurisprudência dos tribunais por meio de uma perspectiva externa-interna, compreendendo o que os juízes usam de razões para justificar suas decisões.

6 REFERÊNCIAS

VOJVODIC, Adriana de Moraes. **Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal**: entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro. 2012. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. doi:10.11606/T.2.2012.tde-27092012-094000. Acesso em: 2021-05-12.

XAVIER, José, Algumas Notas Teóricas Sobre a Pesquisa Empírica EM Direito (Some Theoretical Notes on Empirical Legal Research) (June 25, 2015). FGV Direito SP Research Paper Series n. 122; XAVIER, José Roberto Franco. **A pesquisa empírica e o direito**. Rio de Janeiro: Autografia, 2018, p. 39-41; CHYNOWETH, Paul. Legal Research. In: KNIGHT, Andrew; RUDDOCK, Les (Ed.). **Advanced research methods in the built environment**. John Wiley & Sons, 2009.

A ALTERAÇÃO DE PRENOME NO REGISTRO CIVIL DOS TRANGÊNEROS

Amanda Giacomelli[2]

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho consiste em uma análise sobre a ementa proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do Recurso Extraordinário 670.422, sendo o órgão de origem da Ação o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

> Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 761 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário. Vencidos parcialmente os Ministros Marco Aurélio e Alexandre de Moraes. Nessa assentada, o Ministro Dias Toffoli (Relator), reajustou seu voto para adequá-lo ao que o Plenário decidiu na ADI 4.275. Em seguida, o Tribunal fixou a seguinte tese:
> **"i) O transgênero tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, não se exigindo, para tanto, nada além da manifestação de vontade do indivíduo, o qual poderá exercer tal faculdade tanto pela via judicial como diretamente pela via administrativa;**

[2]Bacharela em direito. Aluna do Curso de Especialização em Direito Civil da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo.

ii) Essa alteração deve ser averbada à margem do assento de nascimento, vedada a inclusão do termo 'transgênero';
iii) Nas certidões do registro não constará nenhuma observação sobre a origem do ato, vedada a expedição de certidão de inteiro teor, salvo a requerimento do próprio interessado ou por determinação judicial;
iv) Efetuando-se o procedimento pela via judicial, caberá ao magistrado determinar de ofício ou a requerimento do interessado a expedição de mandados específicos para a alteração dos demais registros nos órgãos públicos ou privados pertinentes, os quais deverão preservar o sigilo sobre a origem dos atos". (grifo nosso)
Vencido o Ministro Marco Aurélio na fixação da tese. Ausentes, neste julgamento, o Ministro Gilmar Mendes, e, justificadamente, a Ministra Cármen Lúcia (Presidente). Presidiu o julgamento o Ministro Dias Toffoli (Vice-Presidente). Plenário, 15.8.2018.
STF. Plenário. RE 670422/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 15/8/2018 (repercussão geral) (Info 911). (grifo nosso)

2 BREVE RELATO SOBRE O ASSUNTO EM TELA

Antes de adentrarmos na análise da respeitável decisão, faz-se necessário uma abordagem geral sobre o assunto em tela.

De início, cabe pontuarmos que a partir da autorização pelo Sistema Único de Saúde (SUS) de realização de cirurgia de transgenitalização, o Judiciário passou a enfrentar ações

requerendo a alteração de gênero e de prenome no registro civil, embasadas no princípio da dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana relaciona-se diretamente com os direitos e deveres de cada ser humano no convívio em sociedade, tendo em vista que decorrem de atos imprescindíveis para usufruir de uma vida digna, estando ligado também a valores morais, de forma a garantir que todos sejam respeitados.

Nesse sentido, e sobre o assunto em questão, Lorea (2011, p.38-39) disserta:

> [...] é inconstitucional a postura estatal que negue reconhecimento jurídico ou discrimine negativamente determinadas pessoas que possuam uma consciência homoafetiva ou transexual e que, consequentemente, vivam suas vidas e tomem decisões coerentes com tal consciência não heterossexual.

O Recurso Extraordinário em questão discutia, à luz dos artigos 1º, IV; 3º; 5º, X, e 6º da Constituição Federal, a possibilidade de alteração do gênero feminino para o masculino no assento de registro civil de pessoa transexual, mesmo sem a realização da cirurgia de transgenitalização para redesignação de sexo.

Vale esclarecer que pessoa transexual é aquela que não se reconhece de forma correspondente ao seu sexo biológico, sendo o homem transexual aquele que nasceu com a genitália feminina, mas não se identifica com ela; já, a mulher transexual, aquela que nasceu com a genitália masculina, mas, igualmente, não se identifica com esta.

Em contrapartida, tem-se que o nome é o que individualiza cada pessoa física em sociedade, sendo considerado um direito da personalidade. Tal entendimento está previsto no nosso Código Civil/2002, Capítulo II, Dos Direitos da Personalidade, Art. 16, o qual reza que toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.

No registro civil, consta o nome e o gênero do indivíduo, os quais são determinados pelo sexo biológico. Sendo assim, no caso do transexual, seu nome e gênero não estão adequados à forma com a qual se identifica, ou seja, como reconhece a si mesmo; assim sendo, faz-se necessária uma adequação do registro civil à realidade vivida pelo transexual.

Sob essa perspectiva, Gonçalves (2012), assevera que:

> No âmbito de proteção dos direitos humanos, o fato das pessoas transexuais serem a minoria na população, não justifica o descaso com o tema, haja vista que qualquer ato de violação contra os direitos humanos atinge a humanidade inteira,

> mesmo que tal ato tenha sido direcionado a uma pequena parcela de pessoas. Pois, os direitos humanos são indivisíveis e universais.

Ainda, com base em no exposto acima, Moraes (2002, p.128), em sua obra, leciona o seguinte:

> A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Antigamente, a transexualidade era considerada uma doença mental e, mesmo o Superior Tribunal de Justiça entendia a possibilidade de alteração de sexo e do nome do registro civil apenas em casos que fossem realizadas as cirurgias de mudança de órgãos genitais.

De acordo com o novo Código Internacional de Doenças (CID), elaborado pela Organização Mundial da Saúde (OMS), em 2018, a transexualidade passou a ser classificada como uma incongruência de gênero. Diante da nova classificação que retira a transexualidade do status de doença mental e a concebe como

uma incongruência de gênero, é possível vislumbrarmos perspectivas para diminuir o estigma e a discriminação em relação à essa população, bem como para garantir-lhes o acesso à saúde.

Sob essa percepção, se faz necessário desconsiderar a transexualidade como uma patologia, a fim de que se faça valer o princípio da dignidade humana àqueles que se identificam como transexuais.

3 O HISTÓRICO DO CASO EM PAUTA

Cabe relembrarmos que consoante ao nosso Código Civil/2002, em seu artigo 2º, a personalidade começa a partir do nascimento com vida, sendo uma qualidade intrínseca da pessoa, não podendo ser renunciada ou transferível, ou seja, é vitalícia.

Por ser característico à natureza humana, a partir dos direitos da personalidade advêm outros direitos, onde o direito ao nome é um deles. (PEREIRA, 2016, p. 241).

Nesse mesmo sentido, Vieira (2008, p. 59) pontua que:

> O nome é atributo da personalidade, ao mesmo título que a fisionomia, a saúde, a honra, e todas as particularidades físicas e morais necessárias à existência do indivíduo no meio onde ele se encontra. O direito ao nome é, portanto o primeiro dos direitos da personalidade.

Na legislação brasileira, há dois diplomas que tratam do Registro Civil: o Código Civil que discute o direito ao nome tratando-o como sendo enquadrado no direito da personalidade e a Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73), a qual esclarece sobre o nome e gênero sexual, os quais devem constar no registro de nascimento. (RODRIGUES e ALVARENGA, 2015, p. 85).

Diante do exposto, a questão jurídica enfrentada, portanto, é a seguinte: é possível que o transgênero altere seu nome e o gênero no assento de Registro Civil mesmo que não faça a cirurgia de transgenitalização?

Dando início à resolução da lacuna em questão, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em 2017, decidiu o seguinte:

> ***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.*** *STJ. 4ª Turma. REsp 1.626.739-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 9/5/2017 (Info 608).* (grifo nosso)

Nesse passo, o STJ baseou-se no fato de que subordinar a alteração do prenome à cirurgia de transgenitalização fere diretamente a personalidade e o direito de autodeterminação, a qual é inerente a toda pessoa, independentemente de seu gênero ou orientação sexual.

A cirurgia de transgenitalização não deve ser e não foi considerada um requisito para a retificação do nome no registro civil com base em seu caráter secundário. Esta, possui caráter complementar, visando à conformação das características e anatomia ao sexo psicológico do indivíduo.

Em seguida, temos o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI n. 4275/DF -, no qual o Supremo Tribunal Federal (STF) avançou de forma necessária sobre o tema que, de forma mais ampla, utilizou a expressão transgênero, afirmando e o seguinte:

> **Os transgêneros, que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, possuem o direito à alteração do prenome e do gênero (sexo) diretamente no registro civil.** STF. Plenário. ADI 4275/DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Edson Fachin, julgado em 28/2 e 1º/3/2018 (Info 892). (grifo nosso)

A mencionada Ação Direta de Inconstitucionalidade, proposta pela Procuradoria Geral da República, dispunha a respeito das violações de direitos humanos que atingem diretamente as pessoas em virtude de sua identidade de gênero e orientação sexual, tendo em vista que para valer o princípio da

dignidade da pessoa humana é necessário que haja o livre desenvolvimento de sua personalidade.

Em suma, tal ADI objetivava a alteração do prenome e do gênero no registro civil, por meio da averbação em registro original, todavia, sem a necessidade de qualquer realização de meios cirúrgicos.

Dessa forma, podemos afirmar que a ADI n. 4275/DF marcou um progresso para a comunidade transgênero, assim como para a legislação brasileira, decorrendo dela o Provimento nº 73 de junho de 2018, do Conselho Nacional de Justiça, transcrito abaixo:

> CONSIDERANDO a decisão do Supremo Tribunal Federal que conferiu ao art. 58 da Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973, interpretação conforme a Constituição Federal **reconhecendo o direito da pessoa *transgênero* que desejar, independentemente de cirurgia de redesignação ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, à substituição de prenome e gênero diretamente no ofício do RCPN (ADI n. 4.275/DF).** (grifo nosso)

Logo após, o Supremo Tribunal Federal (STF) proferiu a decisão a qual é objeto do presente trabalho, conforme exposta às fls. 2 do presente, julgando o mérito do tema com repercussão

geral e contribuindo ainda mais para o avanço da temática e proteção dos direitos e dignidade dos transgêneros/transexuais.

Abaixo, temos parte do pronunciamento do ministro Dias Toffoli, no recurso ora estudado:

> [...] Assim, as questões postas apresentam nítida densidade constitucional e extrapolam os interesses subjetivos das partes, pois, além de alcançarem todo o universo das pessoas que buscam adequar sua identidade de sexo à sua identidade de gênero, também repercutem no seio de toda a sociedade, revelando-se de inegável relevância jurídica e social. Destarte, manifesto- me pela existência de repercussão geral da matéria.

O mérito do Recurso Extraordinário mencionado foi julgado com repercussão geral com base nos princípios constitucionais da personalidade e da dignidade da pessoa humana, sendo dever do Estado a defesa destes.

A problemática em questão não diz respeito apenas às partes envolvidas no processo que originou a decisão do Recurso Extraordinário, mas sim a todos os transgêneros que desejam a alteração de seu nome no registro civil, sem a necessidade de intervenção cirúrgica, fato que representa um ganho para a sociedade brasileira, devido ao seu enorme valor social e jurídico.

Assim sendo, notamos que a decisão do presente Recurso Extraordinário, objeto deste estudo, teve por base o Provimento do CNJ supracitado, assim como a ADI 4275/DF.

4 CONCLUSÃO

Por não se identificar com seu sexo biológico/anatômico e, sim, com o gênero de sexo oposto, o transexual enfrenta diversas questões de caráter social e personalíssimas relacionadas ao seu registro de nascimento, visto que seu nome e sexo documentados não condizem com a sua pessoalidade. Assim, a identidade de gênero não decorre unicamente do determinismo biológico e, por isso, pode ou não corresponder a ele, haja vista que o gênero é uma experiência individual.

De acordo com o presente estudo, é possível observar e concluir que a alteração de prenome e de gênero no registro civil dos transexuais, os quais não se submetem à cirurgia de redesignação sexual, é causa que desde sempre necessitou de visibilidade pela sociedade civil e pelo Poder Judiciário. Desse modo, é um avanço perceber que a jurisprudência nacional caminha, atualmente, com avanços para viabilizá-la.

Todos nós, cidadãos, devemos ter em mente que o indivíduo transexual deve ser amparado para que seus direitos de

personalidade possam ser efetivados por meio do direito à identidade de acordo com o seu gênero psicológico, devendo ser considerado não apenas pelo ordenamento jurídico, mas também, efetivado no em sociedade civil.

Concluímos, portanto, que a decisão em tela é extremamente necessária e correta, tendo em vista que não há como o judiciário exigir a realização de cirurgia para que tão somente o indivíduo transexual possa buscar a alteração de sua identidade em seu registro civil. Se assim continuasse ocorrendo, haveria a supressão dos direitos à dignidade da pessoa humana, à saúde e à intimidade.

Por fim, ressaltamos que é dever do Estado o amparo por parte do poder público sobre os direitos da personalidade e ao nome em registro civil, devendo este buscar a realização da correta representação social dos transexuais, qual seja, a identificação do indivíduo por meio de sua realidade concreta e psíquica, sendo essa a linha de raciocínio para a ementa proferida pelo Sr. Ministro Dias Toffoli, a qual aqui é o objeto de estudo.

Ainda há um longo caminho para ser percorrido a fim de que seja instaurada a equidade entre os indivíduos, quaisquer que sejam suas escolhas de identidade social; todavia, tais decisões já demonstram o avanço da jurisprudência nacional, no amparo à

tutela dos direitos da personalidade por meio do direito à identidade de acordo com o seu gênero psicológico.

Ao decorrer da presente análise, chegamos à conclusão de que o procedimento cirúrgico de transgenitalização não pode ser considerado como requisito para alteração do gênero e do prenome no registro civil do indivíduo, tendo em vista que se trata de violação de direitos com base na orientação sexual da pessoa, a qual não pode ser admitida em virtude de ferir diretamente o princípio da dignidade da pessoa humana, cujo dever de sua proteção cabe ao Estado.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

Provimento n.73, de 28 de junho de 2018. Dispõe sobre a averbação da alteração do prenome e do gênero nos assentos de nascimento e casamento de pessoa *transgênero* no Registro Civil das Pessoas Naturais (RCPN). Disponível: http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3503 Acesso: 08 ma. 2021.

Supremo Tribunal Federal. **Ação direita de inconstitucionalidade nº 4275/DF** – Distrito Federal. 2018. Relator: Marco Aurélio. Disponível: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/. Acesso: 08 mar. 2021.

Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 670422**. Relator Ministro Dias Toffoli, Brasília, 2012.

http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/. Acesso: 08 mar. 2021.

GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. **A TRANSEXUALIDADE SOB A ÓTICA DOS DIREITOS HUMANOS: UMA PERSPECTIVA DE INCLUSÃO.** 2012. 262 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-04032013-105438/pt-br.php. Acesso em: 09 mar. 2021.

LOREA, Roberto Arrida. **Intolerância religiosa e casamento gay, Diversidade sexual e direito homoafetivo**, São Paulo: RT, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.** São Paulo: Atlas, 2002.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil** Vol.1: Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral de Direito Civil. 29ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

RODRIGUES, Edwirges Elaine; ALVARENGA, Maria Amália de Figueiredo Pereira. **TRANSEXUALIDADE E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da Ufsm, Santa Maria**, v. 10, n. 1, p.72-93, 2015. Disponível: https://periodicos.ufsm.br/index.php/revistadireito/article/view/18583. Acesso em: 09 mar. 2021.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. Mudanças de sexo: aspectos médicos, psicológicos e jurídicos. **Ciências Humanas da Unipar**, Paraná, v. 6, n. 21, p.03-08, jan. 1998.

A FACE PRAGMÁTICA DA "EVOLUÇÃO" DO ESTADO DE CÓDIGOS PARA O DIREITO DOS JUÍZES EM UMA SENTENÇA DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

Wesler Augusto de Lima Pereira[3].

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho é uma breve análise de uma Sentença proferida em um certo Douto Juízo de piso, o qual evidencia pragmaticamente que a ótica da Dogmática Jurídica oriunda da sistemática aferida no século XIX, embasada, em apertada síntese, na estrutura de identificação do direito (conceitos de validade/vigência/revogação), atribuição de significado (vontade da lei/vontade do legislador) e aplicação (subsunção do fato do mundo fenomênico à norma), evoluiu, ou pelo menos é permeada frente aos ditos fenômenos correntes em nossos dias que impuseram incisiva transformação da perspectiva como identificamos, significamos e aplicamos o direito, tais como ativismo judicial (transição do estado de direito dos códigos para o direito dos juízes), novo retorno do direito natural (ressurgido em contradita aos movimentos totalitaristas

[3] Bacharel em direito. Aluno do Curso de Especialização em Direito Civil da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo.

causadores da Segunda Guerra Mundial; direito natural como argumento) e por fim a alteração do foco dos movimentos sociais de protestos outrora voltados os olhos para o Estado, agora para a economia, trabalho, previdência e outros, resultando em insegurança jurídica na extinção insatisfatória de conflitos.

2 DA DOGMÁTICA

No Século XXI, temos a presença de um certo descompasso entre os ensinamentos e doutrinas clássicas, pensamentos e ideologias, que permearam o século XIX e início do século XX, principalmente o estudo jurídico tradicional, ministrado ainda como literais dogmas, frente a dinâmica evolucional do direito, a qual permeia e retrata a própria evolução social, que nem sequer um próprio povo, em um dado território se apercebe, face a ausência de informação e preparo.

Como podemos notar, nas cátedras da maioria esmagadora das Universidades, Centros Universitários e Faculdades de Direito, é ministrado com rigor e disciplina, a Teoria da Dogmática Jurídica, em suas espécies *analítica, hermenêutica e da decisão,* visando em apertada síntese a *identificação, significado e aplicação* da Norma, visão Kelseniana típica do século XIX.

Veja que não se trata de categorizar tal Teoria *estrutural* do direito, nas sábias palavras de Norberto Bobbio a um status de anacronia, mas sim de mostrar um primeiro descompasso no próprio ensino jurídico, primando pelo ensino de teorias clássicas e somente tais, em detrimento da adoção de um ensino e grade curricular de vanguarda que possibilite um maior preparo dos agentes do direito, resultando, ao final, em um inconformismo e incompreensão exacerbados das decisões oriundas daqueles agentes que lotam cargos de poder, em detrimento daqueles que militam na busca do prover jurisdicional em favor daqueles que estão sob seu patronato.

A Dogmática, como acima citado, possui três grandes espécies, sendo a primeira, Dogmática *Analítica*, onde se situa o estudo das diversas espécies de normas jurídicas inseridas em um dado sistema, tais como Direito Objetivo e Direito Subjetivo, Público e Privado, e assim sucessivamente. A Dogmática *Hermenêutica*, que perquiri o estudo e compreensão de como o direito identificado será efetivamente entendido, decodificado, seja por regras *sintáticas, semânticas e pragmáticas*. Por fim, a derradeira Dogmática da *Decisão*, em simples definição, expressa o estudo teórico da aplicação da Norma ao caso concreto, da subsunção do fato à incidência hipótese legal, com a finalidade

de se colocar um fim ao conflito, ainda que não impedindo sua continuação.

De forma a apimentar tal quadro, temos que em países, como o Brasil em que vivemos, se exterioriza também no ensino superior a desigualdade e descompasso social e econômico experimentado em nossa sociedade, o qual infelizmente resulta em conflitos de "castas ideológicas", pois, assim como na dinâmica social atual, os ensinamentos de vanguarda, seguem restritos a poucos, estando estes poucos, lotando cargos de poder, tais como no Judiciário Nacional, e forçosamente impondo aos jurisdicionados uma realidade que estes não possuem instrumentos para lhe tangenciar e compreender.

2.1 Dos fenômenos precursores da "evolução" e relativização da teoria dogmática

Mencionado acima, temos que a Dogmática se consubstancia no ensinamento clássico e estático do direito, e como o próprio termo já expressa, do grego *dokéin*, significando ensinar, doutrinar, partindo de um ponto fundamental e indiscutível para informar e prover conhecimento.

Ocorre que tais dogmas jurídicos, assim como o próprio Direito enquanto ciência, jamais teve característica, outrora

pensada, de abstratamente ou pragmaticamente ser estático, pois assim como a própria sociedade ou interação social propriamente dita, é manifestamente dinâmica, cabendo então ao direito, possivelmente de forma vagarosa, já que a regulamentação é precedida de uma transformação ou nova realidade social, acompanhar tal evolução a duras penas.

Vemos que no século XXI é detectado com maior intensidade o surgimento de fenômenos que alteraram significativamente a dimensão do universo jurídico, quais sejam, o ressurgimento do direito natural (perquiri fundamentar o direito nos ditames da equidade, bom senso, racionalidade, justiça e igualdade) enquanto argumento, a ampliação do enfoque dos movimentos sociais de protesto do Estado para o setor privado latu senso, a elevação a status constitucional de matérias voltadas à economia, trabalho, previdência, e por fim, não menos importante mas o enfoque de nosso trabalho, conjugado com a análise concreta de um Decisum da lavra de um Juiz de Piso, o famigerado ativismo judicial.

O ativismo judicial aqui tratado é consubstanciado na atuação jurisdicional além da competência, lei e constituição, onde o Juiz verte e ignora até mesmo a relação de compatibilidade vertical das normas a serem aplicadas, ante sua íntima convicção,

detectada em sua fundamentação patética constante no ato decisório terminativo de mérito.

3 DA ANÁLISE DA SENTENÇA DE PISO.

A Sentença sob análise fora proferida nos autos n.º 0048901-03.2012.8.26.0576, o qual, muito embora esgotada a jurisdição do Douto Juízo de piso, qual seja, o Douto Juízo da 4.ª Vara Cível do Foro de São José do Rio Preto, Estado de São Paulo, proferindo Sentença em 14/01/2019 e publicada em 21/01/2019, somente fora determinado a remessa de tal Sentença, após a juntada dos Recursos de Apelação, em 16 de novembro de 2020, somente sendo publicada a decisão determinando a remessa de tais autos à Colenda 14.ª Câmara preventa do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em tal data.

A breve análise efetuada à referida Sentença se dá sob a ótica Aristotélica, no que tange a classificação da teoria da argumentação que Aristóteles nos presenteia, tripartida, em argumentos, éticos, técnicos e patéticos.

Pois bem, tal Sentença vem predominantemente eivada de argumentos manifestamente patéticos, ainda em confronto aos argumentos técnicos, haja vista que como se pode apurar mais precisamente do terceiro parágrafo em folhas cinco de tal

Decisum, vemos claramente que muito embora a prova técnica, ou seja, os argumentos técnicos apresentados nos autos, conclusivos e gritantes, no sentido de reconhecer a atuação torpe e leviana de preposto do banco, em gerir a conta bancária do então correntista, autor da demanda, como se sua fosse, e ainda se locupletando ilicitamente sobre tal, por 03 anos seguidos, o Douto Juízo de piso preferira preterir também aspectos éticos descumpridos por tal preposto, inerente a sua função de gerente da banco, em detrimento de um suposto dever moral do autor daquela demanda, sem qualquer previsão legal, constitucional, em quaisquer esferas legais, que o mesmo não deveria abrir contas bancárias "longe de seus olhos", afastando até mesmo, a responsabilidade objetiva do banco por mais de 10 anos em ações de cobrança, execuções, penhoras, bloqueios, todos manifestamente indevidos, senão vejamos:

> O autor, nas dezenas de feitos que promove, se apresenta como pecuarista, em Minas Gerais e Mato Grosso. Não comparece nas audiências porque aqui não reside. Diz que abriu uma conta corrente nesta cidade porque teria facilidade de acesso a crédito rural com juros subsidiados. **Abril a conta corrente e nunca a controlou**. É fato que o **gerente do banco praticou ilícitos**, todavia faltou fiscalização do autor na sua conta corrente. Foi muita movimentação, e alta, sem que

> se desse conta. **Não pode reclamar indenização de vulto, porque agiu culposamente**. Foi imprudente (**abrir conta corrente longe de seus olhos**) e negligente (**não fiscalizar sua conta corrente**). E sendo grande pecuarista como se apresenta, também foi imperito. É profissional da área, deveria ser mais competente. Improcede sua pretensão de danos materiais e morais. (Sentença; autos nº 0048901-03.2012.8.26.0576, fls. 5) (grifo nosso)

Tal fundamento acima citado, o qual é oriundo de mera impressão pessoal e emocional do Douto Juízo de piso, são jurígenas de episódio que ocorrera em autos conexos à demanda declaratória/indenizatória supracitada, dos embargos de execução n.º 1009307-86.2017.8.26.0576, no qual fora determinada a realização de audiência de conciliação para meados de 28/05/2018, que precede a prolação da Sentença em análise, para a qual, quando da decisão interlocutória de designação de tal audiência, fora justificado a ausência do então embargante, a qual não fora apreciada pelo Douto Magistrado, oportuno tempore, resultando na tentativa do referido Magistrado em aplicar, num primeiro momento, multa pelo não comparecimento em audiência, às partes, devidamente reformada pela Colenda 14.ª Câmara preventa do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em sede de Agravo de Instrumento, onde em outra

movimentação nos autos supracitados, quando fora oposto embargos de declaração, o Douto Juízo citado agora perquiriu atribuir multa, considerando os referidos embargos de declaração meramente protelatórios, agora não somente às partes, mas também ao patrono, a qual fora devidamente reformada pelo mesmo órgão de segunda instância de nosso Egrégio Tribunal de Justiça.

Enfim, tal episódio levou o Douto Magistrado, exteriorizando manifestamente que decide não condenar o banco em danos morais, por argumentos meramente patéticos, nos autos n.º 0048901-03.2012.8.26.0576, onde consta a Sentença em análise, inobstante os episódios gravíssimos, ilícitos inclusive penais, perpetrados pelo gerente, preposto do banco, sob o argumento manifestamente frágil de que o então autor, pelo fato de abrir uma conta "longe de seus olhos" evidenciaria uma certa conduta culposa do mesmo, resultando em sua posição de vítima do preposto gerente do banco, como se assim o quisesse, se olvidando que não fora somente os ilícitos aferidos de mera movimentação bancária, mas sim em falsificação de documentos, não apresentação de documentos originais para fins de análise e produção de prova técnica/grafotécnica, incidindo o que preceitua o art. 400 do Código de Processo Civil, como ainda apropriação

de valores pelo preposto do banco, os quais fogem a simplória análise de um leigo em ciências contábeis de extratos bancários altamente editáveis e inclusive manipulados pelo preposto gerente do banco *in casu.*

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Douto Juízo a quo, em um sistema jurisdicional predominantemente envolto da axiologia jurídica própria da "CIVIL LAW", age de forma a afastar argumentos técnicos, embasados em prova pericial inconteste, quanto mais morais, estimulando que o banco não aperfeiçoe seus sistemas de vigilância e controle de seus prepostos, como ainda a depreciação final da própria mão de obra que contrata, desprovida de valores éticos e técnicos para o desempenho de suas atividades laborais, prestando o Juiz, com a devida vênia, um desserviço à pacificação, solução ou fim do conflito.

Pelo que se depreende, o resultado prático jurídico da exteriorização do pensamento do Douto Juízo no caso em tela é oriundo de um macro movimento de relativização do Poder de Império nos moldes do constitucionalismo conhecido no século XX, o qual se exprime em um arrefecimento, em *ultima ratio*, da

conexão do conceito de soberania frente a um território, exteriorizando ai sua face externa, como o movimento centrífugo gradativo da privatização ou desestatização das funções públicas, diretas ou indiretas, ainda que contrário ao ordenamento jurídico pátrio e seus ditames, o que cause estranheza, insegurança jurídica e descrédito nas instituições embasadas nos Poderes Constituídos, materializando a face perversa do ativismo judicial, transmutando o "Estado de Códigos" para o "Direito dos Juízes", manifestamente contrário ao Ordenamento e Sistema Jurídico vigente, e para tanto manifestamente ilegal.

5 REFERÊNCIAS

FERRRAZ JR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. Ed n.º 11.ª. editora Atlas Ltda, Ano 2019, São Paulo/SP.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito civil.* Rio de Janeiro: Forense, 1983. **Autos n.º 0048901-03.2012.8.26.0576, 4.ª Vara Cível do Foro de São José do Rio Preto, Estado de São Paulo; Sentença.**

A RESPONSABILIDADE CIVIL PELO ABANDONO AFETIVO: CONTEXTUALIZAÇÃO E ANÁLISE DO REsp 1.159.242/SP

Gabriela de Carvalho Almança Lopes[4]

1 INTRODUÇÃO

A família, em suas inúmeras formas, é o primeiro núcleo de socialização dos indivíduos, acompanhando suas transformações individuais e como grupo. O que se entende por família sofreu diversas modificações ao longo do tempo, de acordo com o contexto social em que ela se encontra.

Esta compreensão está, desde o princípio, diretamente relacionada com as principais funções que desempenha numa sociedade, entre as quais estão as funções psicológica, política, econômica e patrimonial.

Dentro das relações familiares foram se desenvolvendo direitos e deveres, todos amparados nessas funções sociais. Eles foram estabelecidos através de princípios e regras, em sua maioria, dotados de certo grau de subjetividade, uma vez que a

[4] Pós-graduanda em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP). Graduada em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia em 2019. Advogada. Estagiária de pós-graduação na 3 Vara de Família e Sucessões da Comarca de Uberlândia - Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

matéria está estreitamente relacionada com o âmago e os aspectos intrínsecos do ser humano.

Alguns desses princípios e regras foram ganhando maior objetividade à medida que estudados e aplicados, a fim de atribuir a segurança jurídica necessária e garantir que o papel social da instituição acompanhasse aquilo que se entende por relevante em cada momento histórico, de modo que as pessoas possuíssem consciência das consequências jurídicas de sua violação ou inobservância. Esse é o caso do dever de alimentos, do poder familiar, da solidariedade familiar, entre outros.

Contudo, nem tudo aquilo que se aplica ao Direito de Família tem os contornos bem delimitados, como é o caso do princípio da afetividade.

O posicionamento da afetividade como princípio jurídico-constitucional não é pacífico na doutrina e jurisprudência brasileiras, em que pese muito se discuta sobre o tema sob a ótica a partir do novo paradigma hermenêutico e metodológico da constitucionalização do direito privado, ou seja, desde a promulgação da Constituição de 1988, que trouxe para as discussões do direito de família temas afetos à personalidade e dignidade humana.

A determinação da natureza jurídica do afeto e das suas repercussões jurídicas é imprescindível à segurança jurídica necessária nas relações familiares, tipicamente dotas de alto grau de subjetividade e que se transformam rapidamente. Isso se demonstra quando, uma de suas repercussões ainda polêmicas encontra-se na responsabilidade civil, a fim de se determinar se o seu descumprimento gera danos morais indenizáveis.

Em abril de 2012 o tema foi levado ao Superior Tribunal de Justiça através do Resp 1.159.242/SP, o qual se passará à análise.

A metodologia adotada neste trabalho é a análise de julgado, partindo dos postulados da Teoria da Argumentação para uma confrontação retórica da razão de decidir no caso concreto, ou seja, dos argumentos levados a debate pelos julgadores. Além disso, realizou-se uma pesquisa bibliográfica, confrontando a evolução do Direito de Família brasileiro na doutrina e jurisprudência e o arcabouço legal orientador do fenômeno, com ênfase na interpretação dos princípios constitucionais. Conclui-se a importância dessa interpretação constitucional para orientação de decisões judiciais cada vez mais protetivas do afeto e da felicidade como direitos da personalidade.

Dentro da metodologia de análise retórica do julgado, é possível dar enfoque à perspectiva analítica, a hermenêutica ou a empírica. De modo geral, trata-se, respectivamente, de priorizar uma sistematização de regras para a obtenção de decisões; construir um sistema de sentido para a decidibilidade, ressaltando a atividade interpretativa do comportamento humano; e, enfim, buscar as possibilidades de uma decisão considerando a interpretação como uma das funções do indivíduo. (FREITAS, 2016, p. 121)

Serão discutidos os elementos lógicos da decisão judicial, por meio da análise da estrutura da norma jurídica; na dimensão ética será estudada como a autoridade influi quem analisa um caso concreto no contexto processual e na patética enquanto estratégia do locutor de mobilização dos sentimentos dos ouvintes com objetivo de alcançar os efeitos desejados em sua atuação processual.[5] (FREITAS, 2016, p. 123)

[5] Freitas também destaca corretamente que "é interessante a observação de Tércio Sampaio Ferraz Jr (2015, 219), para quem 'tudo o que existe, portanto, quando a interpretação d outrinária apresenta como verdadeira porque descobre o sentido, unívoco do conteúdo normativo, é, no máximo, uma proposta política que se esconde sob a capa de uma pretensa cientificidade'. Discernir que se trata de uma estratégica hermenêutica e não "o verdadeiro sentido normativo" ficará ao encargo do jogo argumentativo de aplicação das possibilidades hermenêuticas em concreto". (FREITAS, 2016, p. 125)

2 ACÓRDÃO PARADIGMA

O trabalho tem por escopo a análise do Recurso Especial REsp 1.159.242/SP[6], a saber:

L. N. O. S. ajuizou ação de indenização por danos materiais e compensação por danos morais em desfavor de seu

[6] Ementa oficial: EMENTA CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido. (STJ - REsp 1.159.242 - 3ª Turma - j. 24/4/2012 - m.v. - julgado por Nancy Andrighi - DJe 10/5/2012 - Área do Direito: Civil)

pai biológico, A. C. J. S., por ter sofrido abandono material e afetivo durante sua infância e juventude.

Em primeiro grau, o juiz julgou improcedente o pedido ao fundamento de que o distanciamento entre pai e filha se deu, essencialmente, em razão do comportamento agressivo de sua mãe em relação ao genitor requerido, nas situações em que houve contato entre as partes.

Inconformados com a decisão, as partes interpuseram recurso de apelação para o Tribunal de Justiça de São Paulo. O Tribunal paulista, por sua vez, reconheceu o abandono afetivo por parte do pai, fixando a compensação por danos morais em R$415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais), nos termos da seguinte ementa: “Ação de indenização. Danos morais e materiais. Filha havida de relação amorosa anterior. Abandono moral e material. Paternidade reconhecida judicialmente. Pagamento da pensão arbitrada em dois salários-mínimos até a maioridade. Alimentante abastado e próspero. Improcedência. Apelação. Recurso parcialmente provido”.

Em virtude da alteração da decisão de primeira instancia em seu desfavor, o pai biológico interpôs recurso especial alegando, em resumo:

a) violação dos arts. 186 do CC/2002 e 944 e 1.638 do CC/2002, uma vez que não abandonou a filha, conforme foi afirmado pelo Tribunal de origem e, ainda que assim tivesse procedido, esse fato não se reveste de ilicitude, sendo a única punição legal prevista para o descumprimento das obrigações relativas ao poder familiar – notadamente o abandono – a perda do respectivo poder familiar –, conforme o art. 1.638 do CC/2002;

b) divergência jurisprudencial, dado que o posicionamento adotado pelo TJSP diverge do entendimento do STJ para a matéria, consolidado pelo julgamento do REsp 757411/MG, que afasta a possibilidade de compensação por abandono moral ou afetivo;

c) Em pedido sucessivo, pugna pela redução do valor fixado a título de compensação por danos morais.

Em contrarrazões de recurso especial a recorrida reitera os argumentos relativos à existência de abandono material, moral, psicológico e humano de que teria sido vítima desde seu nascimento, fatos que por si só sustentariam a decisão do Tribunal de origem quanto ao reconhecimento do abandono e a fixação de valor a título de compensação por dano moral.

A relatora fixou a questão controversa em determinar se o abandono afetivo da recorrida, levado a efeito pelo seu pai, ao

se omitir da prática de fração dos deveres inerentes à paternidade, constitui elemento suficiente para caracterizar dano moral compensável.

Quanto à existência do dano moral nas relações familiares, a relatora argumentou que não existem restrições legais à aplicação das regras da responsabilidade civil no direito de família, embora parte da doutrina negue tal possibilidade focando nos sentimentos e emoções que permeiam tais relações.

Observa que o Código Civil regula a matéria da responsabilidade e do dever de indenizar de forma ampla e irrestrita, devendo ser aplicada uma "interpretação técnica e sistemática", indicando que a interpretação contrária nada contribui para uma "correta aplicação da disciplina relativa ao dano moral".

Quanto à alegação de que a perda do poder familiar seria a única punição possível aos pais que não negam exercício ao múnus de criação e educação dos filhos, a relatora negou que tal punição afastasse a possibilidade de aplicação de penalidade legal fundamentada na responsabilidade civil, uma vez que seu objetivo primário é resguardar a integridade do menor, ofertando-lhe, por outros meios, a criação e educação negada pelos

genitores, e nunca compensar os prejuízos advindos do malcuidado recebido pelos filhos.

Feitas tais considerações, passou à análise dos elementos que compõe o dano moral por responsabilidade civil subjetiva, quais sejam: a ilicitude da conduta, a culpa, o dano e o nexo causal, conforme preconizam os arts. 186 e 927 do Código Civil.[7]

Nas relações familiares, dotadas de alto grau de subjetividade, os contornos da responsabilidade civil se tornam ainda mais difíceis de identificar. Isso porque as a constituição e a lei preconizam obrigações mínimas, que surgem de um vínculo biológico ou autoimposto, como no caso da adoção. A controvérsia paira, em verdade, na viabilidade técnica de se responsabilizar civilmente aqueles que descumprem os deveres inerentes ao poder familiar, cuja mensuração e identificação do liame entre atendimento e não atendimento é difícil de objetivar, uma vez que tangenciam obrigações/deveres imateriais.

---

[7] Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. (...) Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: L10406compilada (planalto.gov.br). Acesso em 30 jan. 2021.

Entre os deveres imateriais inerentes ao poder familiar que se busca mensurar, destacam-se o dever de convívio, de cuidado, de criação e educação dos filhos, vetores que, por óbvio, envolvem a necessária transmissão de atenção e o acompanhamento do desenvolvimento sociopsicológico da criança.

Para a relatora, a mensuração está ligada à ideia de ação ou omissão juridicamente relevantes.

Além disso, destaca a mudança de paradigma em relação ao afeto/cuidado. Estabelece que, atualmente, o cuidado é um valor jurídico decorrente do texto constitucional e o afeto tornou-se, igualmente, um princípio jurídico. (art. 227 da CF). Estabelece, de pronto, a diferença entre o cuidado em sua faceta sentimental e sua faceta de dever jurídico. “Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever”

Diante disso, caracterizada a existência do dever jurídico, também viável, portanto, a responsabilização em eventual omissão violadora. Para a relatora, a relação entre os genitores não deve causar dano a ninguém, porquanto a conjugalidade e a parentalidade são e devem ser tratadas como relações distintas, afastando-se assim, a alegação do genitor de

que sua relação com a filha teria ficado prejudicada por reflexo da sua dificuldade de se relacionar com a mãe da mesma.

Quanto à identificação do dano e do nexo causal, a alegação predominante para estes casos é a dificuldade de se desincumbir do ônus da prova, especialmente em relação ao nexo causal, já que um mesmo resultado pode derivar de diferentes elementos da vida de um indivíduo.

Neste caso concreto, a relatora exemplifica que seria simples verificar a ocorrência desses elementos pela existência de laudo por especialista, apontando patologia psicológica que a vincule ao descuidado por parte de um ou dos dois pais. Além disso, destaca o fato do reconhecimento de paternidade ter sido forçado, como forma de corroborar seu entendimento.

Por fim, embora tenha entendido pela existência de dano moral no caso em análise, reduziu o valor fixado para indenização, fixado pelo Tribunal de origem em R$415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais), para R$200.000,00 (duzentos mil reais).

Acordaram os Ministros da 3.ª T. do STJ, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, prosseguindo no julgamento, pela retificação de voto da Sra. Min. Nancy Andrighi e a ratificação de voto-vencido do Sr.

Min. Massami Uyeda para, por maioria, dar parcial provimento ao recurso especial nos termos do voto da relatora. Votou vencido o Min. Massami Uyeda. Os Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a relatora.

3 FUNDAMENTOS TEÓRICOS

3. 1 A família vista por sua função social

No Brasil, a primeira codificação civil de 1916 adotou um regime patriarcal, com destaque para a centralidade da figura masculina. Naquela legislação, o pater, apesar de não ser visto como dono da mulher e dos filhos como na Antiguidade, e ter deixado de ser autoridade religiosa, manteve a superioridade hierárquica da família, bem como o poder econômico-financeiro.

A família era formada a partir do casamento e se fazia distinção de direitos entre os filhos nascidos do casamento ou aqueles nascidos de relações adúlteras, por exemplo. O chamado "Código de Beviláqua" "se caracterizava por contemplar o liberalismo, a propriedade, bem como a família heterossexual, hierarquizada e matrimonializada, onde tudo se centralizava na figura paterna como autoridade máxima daquela célula social"

(GESSE, 2018), inexistindo qualquer reconhecimento jurídico à pluralidade de modelo familiar.

No âmbito do Direito de Família, objeto de estudo deste trabalho, leis esparsas e a Constituição da República de 1988, vieram para aparar as arestas da diferença. A sociedade tinha medo e resistência à pluralidade e novas formas de família. Pensava-se que seria o fim dos bons costumes, da família e dos valores morais.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 rompeu com a concepção matrimonializada de família do sistema patrimonialista, frente a um novo paradigma existencialista, cujo objetivo principal consiste na tutela da dignidade humana. Vê-se uma nova concepção da entidade familiar, agora pautada nas relações afetivas e no bem-estar de seus integrantes, não apenas no vínculo criado pelo casamento. A Família tornou-se o espaço de realização pessoal e felicidade.

É nesse contexto e pensando na proteção da dignidade humana e de direitos da personalidade, que se tornou necessária a inclusão das novas formas de família no ordenamento jurídico brasileiro, consolidando, no campo jurídico, o que já ocorria de fato na sociedade.

O art. 226 da Constituição Federal ao dispor que "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado" eleva a dignidade da pessoa humana, a importância da família e do afeto a um patamar de proteção constitucional, dando início à tutela das diversas concepções de família e do espaço para livre desenvolvimento e relacionamento dos indivíduos.

Rodrigo da Cunha Pereira afirma acertadamente que a Constituição de 1988 acabou por gerar uma crise nas categorias jurídicas pré-constitucionais, fazendo com que fossem revistos regras e institutos do Direito Civil, refletindo na despatrimonialização e maior ênfase na pessoa humana, o que se apresentou fortemente nas relações familiares. Nestas relações os integrantes passaram a ditar com maior liberdade o regramento da própria convivência, tornando-se primordial que o Estado consiga reconhecer não só a entidade, como unidade, mas seus membros individualizadamente. Nas palavras do autor,

> A família à margem do casamento é uma formação social merecedora de tutela constitucional porque apresenta as condições de sentimento da personalidade de seus membros e a execução da tarefa de educação dos filhos. As formas de vida familiar à margem dos quadros legais revelam não ser essencial o nexo família-matrimônio: a família não se funda necessariamente no casamento, o que significa

> que casamento e família são para a Constituição realidades distintas. A Constituição apreende a família por seu aspecto social (família sociológica). E do ponto de vista sociológico inexiste um conceito unitário de família. (PEREIRA, 2004, p. 8)

Vale destacar ainda que a Carta Magna não consagrou apenas o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III), mas valorizou a solidariedade (art. 3º, inciso I) e a função social da família (artigo 226). Juntos, tais princípios preconizam a construção de uma sociedade livre, justa e igualitária, afirmando formalmente que o dever da família é promover a realização social e pessoal de todos seus integrantes, sendo este o seu objetivo primordial, respeitando as diferenças culturais, religiosas, regionais, econômicas, sociais e educacionais de cada uma delas.

Neste contexto, com a valoração do afeto, a compreensão do parentesco se expande e este instituto deixa de ser visto apenas como decorrência dos vínculos biológico e matrimonial.

> O afeto é uma relação social que importa para o Direito na medida em que certas relações vivenciadas por duas ou mais pessoas, fundadas na afetividade, são geradoras de eficácia jurídica. (...) Sendo assim, não é de (des) amor que se trata o afeto como fato jurídico. Mas de uma relação que, quando moldada por comportamentos típicos de uma legítima convivência familiar, é capaz de

> gerar eficácia jurídica. Exemplo disso, a posse de estado de filho, geradora do parentesco socioafetivo entre pais e filhos. (TEIXEIRA, 2010, p.177)

O entendimento de Giselda Hironaka (2000, p. 22) nos ensina que as relações de afeto parecem caminhar à frente dos nossos projetos familiares e, por isso, conduzem à assunção da responsabilidade pela constituição das famílias. E é neste ponto que fica evidente que a afetividade está intrinsecamente ligado à ideia de parentesco. (CASSETTARI, 2014, p.12)

Doutrina e jurisprudência passaram a enfrentar as repercussões jurídicas da valorização da função social da família e do seu reconhecimento como âmbito de livre desenvolvimento e socialização dos indivíduos.

Considerando o acórdão paradigma deste trabalho, surgiram as seguintes questões: Se a família e seu reconhecimento como tais no mundo jurídico estão diretamente relacionados à identificação da afetividade, qual o real valor jurídico do afeto? Ele é capaz de criar vínculo jurídico? Quais são os contornos deste vínculo jurídico?

Assim como é possível se utilizar do princípio da afetividade para reconhecer e valorizar direitos da personalidade tais como o direito de ter reconhecida a multiparentalidade, o

direito ao reconhecimento às diversas formas de manifestar afeto, reconhecimento das uniões homoafetivas, entre outros, ela também é capaz de trazer os impactos referentes à ausência desta afetividade quando ela deveria existir minimamente.

3. 2 O valor jurídico do afeto e a possibilidade de criação de vínculo jurídico

No dicionário, sentir é definido como o ato de "perceber por meio dos sentidos, receber impressão, experimentar sensações físicas no corpo ou na mente"[8]. Se o sentir ocorre por meio dos sentidos, o sentimento é qualidade intrínseca do ser humano, diretamente relacionada com a sua intersubjetividade, e sofre influência direta de sua singularidade e experiências. Os sentimentos podem ser mutáveis e muito plurais.

Ayres Britto (2012) já dizia que os sentimentos são a linha de partida da dignidade da pessoa humana. Nevita Maria Luna c (2016, p. 248) coloca o direito como prolongamento das paixões humanas.

[8] SENTIR, In: Michaelis, Dicionário Online de Língua Portuguesa. Disponível em: https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/sentir/. Acesso em: Março de 2021.

São as emoções e os sentimentos que guiam, muitas vezes, as atitudes e escolhas dos indivíduos. Logo, eles são determinantes para a vida em sociedade e para as relações, sejam elas jurígenas ou não. Além do mais, é exatamente a esfera subjetiva, relacionada aos sentimentos, que fundamentam as modalidades de dano moral e existencial, por exemplo.

Ao estudar o lugar que os sentimentos ocupam no Direito, Martins (2018) conclui que

> Sentimentos humanos são elementos da vida com pertencialidade à centralidade axiológica do sujeito real de direito. Compõem a subjetividade da pessoa e concedem efetividade à fonte constitucional da dignidade humana. Não são meras elucubrações emotivas e nem desprezíveis exortações, senão comportam decisões e autonomias das pessoas na construção do projeto de vida, desde que mantida a unidade e coerência do sistema jurídico. O direito lhes confere promoção e tutela, conquanto não lhes dota de normatividade independente, sob pena de criar hipóteses sem limites e decisões lastreadas em juízos morais. (MARTINS, 2018)

Se os sentimentos são tidos como um direito da personalidade, como eles podem ser tutelados no ordenamento jurídico, uma vez que dotados de grande carga subjetiva?

Os sentimentos podem ser reconhecidos, de forma mais concreta pelo Direito, por meio da sua valoração na forma de afeto.

Para a psicanálise, o afeto não é sinônimo de amor, porque, se assim o fosse, não existiria a sua expressão negativa (aversão, ódio, raiva). Mas no mundo jurídico muitas vezes o conceito de afeto é tratado como sinônimo de amor, o que representa um esvaziamento axiológico e um perigo conceitual. Em verdade, afeto decorre da noção de afetar, conviver e criar laços, sendo, portanto, sentir algo em relação a alguém ou uma coisa, caracterizando-se como antônimo de indiferença (SIMÃO, 2014, p. 4).

O sentimento de afeto e a afetividade como princípio jurídico são dois elementos que não se confundem e, apesar de equiparados para atribuir a objetividade necessária ao tratamento jurídico, merecem destaque.

Paulo Lôbo (2004) nos ensina que a afetividade, corresponde ao "estado psíquico global com que a pessoa se apresenta e vive em relação às outras pessoas e aos objetos", tratando-se, portanto, de uma emoção, de impossível imposição por norma jurídica.

O princípio da afetividade, por sua vez, é um dever jurídico que pode ser oponível nas relações familiares. A ausência de afeto ou sentimento entre familiares não é suficiente para presumir a ausência de afetividade jurídica. O dever de afetividade entre

parentes é visto juridicamente como algo permanente, se extinguindo em situações excepcionais, como nos casos de perda do poder familiar (LÔBO, 2004)

Nessa lógica, afeto – ou a falta dele - que preocupa o Direito é aquele em relação ao outro, que cria e transforma a relação humana (namoro, amizade, casamento).

Por sua vez, a afetividade é o vínculo que cria direitos e coloca a relação existencial à frente do patrimônio. É a própria afetividade que afasta a análise da culpa nas relações conjugais, por exemplo.

Por fim, destaca-se a doutrina de Lôbo (2004), segundo o qual o princípio da afetividade encontra-se assentado em um tripé normativo constitucional, sendo irrefutável seu reconhecimento como norma jurídica vinculante. Compõe o tripé: a) o reconhecimento da igual entre os filhos, independentemente de sua origem (art. 227, § 6.º, da CF/1988), b) a adoção como escolha afetiva (art. 227, §§ 5.º e 6.º, da CF/1988) e c) todos os pais tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4.º, da CF/1988).

Como visto, se o afeto que importa ao Direito é o que transforma a relação humana, pode-se dizer, que, é a afetividade o objeto da ciência jurídica. Quando constatada a existência de

afetividade nas relações familiares, e esta é capaz de promover modificação na esfera jurídica dos indivíduos, pode-se dizer que, é neste momento e/ou situação que o afeto tem efeitos jurídicos.

Por exemplo, o afeto negativo pode levar à dissolução dos vínculos entre os cônjuges, mas a sobrevivência do afeto positivo pode fazer com que a relação entre enteado e padrasto se mantenha, e, a possibilidade de combinações de vínculos afetivos (afetividades) distintas é que faz com que o afeto (na forma da afetividade) possa ter diferentes efeitos jurídicos.

E é exatamente essa diversidade de combinações de afetos e afetividades que se busca reconhecer e proteger. O problema surge quando alguma combinação ou forma de sentimento das pessoas não são amparadas pelo Estado, porque é aí que elas não estarão sendo amparadas na sua essencialidade.

A busca pelo Poder Judiciário para solucionar conflitos envolvendo a esfera sentimental e existencial da pessoa criou o desafio de traçar contornos para identificação dos sentimentos e das relações afetivas que sejam objetivos e ao mesmo tempo que não sejam reducionistas. Para tanto, a legislação, de forma mais gradativa e lenta, e a doutrina e a jurisprudência, com mais liberdade e diligência, têm atribuído uma objetividade mínima necessária a atuação do judiciário, equiparando os sentimentos ao

princípio-dever da afetividade para constatar vínculos de parentalidade e enfrentar os desafios jurídicos da valoração jurídica do afeto.

3. 3 Responsabilidade civil extrapatrimonial

No ordenamento jurídico brasileiro, o instituto da responsabilidade civil foi inserido na legislação em um sistema bipartido: em geral, assegura-se o direito à indenização por danos materiais ou morais, nos termos do artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal.

A modalidade de danos materiais visa proteger a esfera patrimonial e eventuais interesses econômico-financeiros dos indivíduos. Por sua ver, a modalidade de danos morais refere-se à esfera extrapatrimonial. Num contexto de Constitucionalização do Direito privado, a esfera extrapatrimonial tem sua proteção priorizada, dado que o direito da vida é o valor central e a justificativa da existência de um sistema jurídico.

É cediço que o objetivo da responsabilidade civil é a reparação do dano. Em um primeiro momento objetiva-se restituir ao estado em que se encontrava o indivíduo antes de sofrer o dano, elidindo a lesão e suas consequências e a

indenização pecuniária busca equivalência a extensão do dano suportado.

A função indenizatória é facilmente aplicada ao dano material. No entanto, esta noção se mostra limitada quando aplicada ao dano moral. A responsabilização e consequente reparação pecuniária estabelecida em razão de um dano extrapatrimonial possui, na verdade, natureza compensatória. O quantum indenizatório a ser pago não é para a compra de bens e satisfações materiais hábeis a eliminar o sofrimento decorrido do dano. As repercussões não se apagam pela responsabilização, apenas oferecem uma satisfação compensatória que visa minimizar os efeitos da conduta danosa (SCHREIBER, 2005, p. 51). Afinal, a ideia da penalização jurídica não se limita a uma mera condenação, mas consiste no reconhecimento na ideia de que o Estado vê e reconhece a dor daquele indivíduo, em uma espécie de acolhimento do sentimento. (SERRANO, 2012)

A partir da impossibilidade de apagar completamente o dano existencial vivenciado, a doutrina busca modernizar o instituto da Responsabilidade Civil adotando uma finalidade preventiva. A prevenção ao dano é a proposta contemporânea da doutrina civilista e se apresenta como a mais efetiva função da

Responsabilidade Civil, pois interfere no ordenamento jurídico antes mesmo da concretização do dano. (FARIAS, 2017)

Ao contrário do que ensina César Rosalino (2012), no ensaio “A gente não quer só dinheiro” este estudo visa construir a ideia da patrimonialização do sentimento não se mostra contraditória a primazia do afeto dentro do Direito de Família uma vez que não se busca substituir o vínculo familiar pela pecúnia, mas sim maximizar a proteção jurídica aos sentimentos a partir da noção de que a ausência de uma norma jurídica que positive a obrigação legal de amor ou afeto não exonera os deveres da família de cuidado e solidariedade estabelecidos no código civil.

No centro deste debate se encontra a possibilidade de desmonetarização do dano moral. Para Schreiber (2005, p. 51), a busca por formas não patrimoniais de compensação é mais eficiente para suportar as angústias da vítima, no entanto, as duas medidas, em conjunto, tornariam mais efetivo o processo de reparação ao dano experimentado, reconhecendo-se ainda o valor da pecúnia nestes casos. Também acompanham este entendimento autores como Amaral, segundo a qual

> Monetarizar não é impor preço ao relacionamento, ao afeto. Não é fazer do amor

> uma mercadoria e, sim, uma maneira de ensinar, mesmo que de forma a princípio assustadora, que as relações afetivas e familiares geram direitos e deveres para as pessoas nelas envolvidas e que essas relações têm que ser alvos de intensos cuidados. (AMARAL, 2008)

4 ANÁLISE DO DISCURSO E CONFRONTAÇÃO ENTRE TEORIA E PRÁTICA

Como mencionado anteriormente, a decisão no REsp 1.159.242/SP pela Terceira Turma do STJ, inovou ao admitir a possibilidade de compensação por danos morais em caso de abandono afetivo. A matéria já havia sido objeto de julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça, em sua Quarta Turma, no REsp 514.350/SP e REsp 757.411/MG, nos quais o entendimento exarado foi de que o dano decorrente do abandono afetivo parental não é ressarcível/compensável.

Em razão da controvérsia entre as turmas do STJ, foram opostos embargos de divergência (EREsp 1.159.242/SP). No entanto, ao julgar os embargos, não houve a resolução da controvérsia em relação à matéria, vez que os julgadores consideraram que a decisão adotada pela 3ª Turma foi ditada por peculiaridades excepcionais do caso concreto, o que

descaracterizaria o dissídio por ausência de similitude fática e os referidos embargos não foram conhecidos.

Sob o ponto de vista jurídico, a tese a ser decidida envolve determinar a relação entre afetividade, enquanto norma, e o instituto da responsabilidade civil. Por meio da retórica, a relatora e o divergente, buscam delimitar os contornos dessa relação.

A Min. Relatora utiliza o argumento de autoridade (ética), trazendo à decisão a citação de um psicanalista, em relação à formação da criança. Uma vez que é a família a instituição responsável pela socialização do indivíduo, e sendo o lugar em que ele se desenvolve (personalidade, educação, valores), há um diálogo direto entre a psicologia e o direito. Veja-se:

> Colhe-se tanto da manifestação da autora quanto do próprio senso comum que o desvelo e atenção à prole não podem mais ser tratadas como acessórios no processo de criação, porque, há muito, deixou de ser intuitivo que o cuidado, vislumbrado em suas diversas manifestações psicológicas, não é apenas uma fator importante, mas essencial à criação e formação de um adulto que tenha integridade física e psicológica e seja capaz de conviver, em sociedade, respeitando seus limites, buscando seus direitos, exercendo plenamente sua cidadania. Nesse sentido, cita-se, o estudo do piscanalista Winnicott, relativo à formação da criança: "(…) do lado psicológico, um bebê privado de algumas coisas correntes, mas necessárias, como um contato afetivo, está voltado, até certo ponto, a perturbações no seu

> desenvolvimento emocional que se revelarão através de dificuldades pessoais, à medida que crescer. Por outras palavras: a medida que a criança cresce e transita de fase para fase do complexo de desenvolvimento interno, até seguir finalmente uma capacidade de relacionação, os pais poderão verificar que a sua boa assistência constitui um ingrediente essencial (WINNICOTT, D. W. A criança e o seu mundo. 6. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2008).” (STJ - REsp 1.159.242 - 3ª Turma - j. 24/4/2012 - m.v. - julgado por Nancy Andrighi - DJe 10/5/2012 - Área do Direito: Civil, p. 4)

Em outro momento, a Ministra lança mão do método sistemático de interpretação, atribuindo supremacia axiológica ao princípio da afetividade, ampliando a discussão para trazer novos significados às normas constitucionais. Destaca-se:

> Vê-se hoje nas normas constitucionais a máxima amplitude possível e, em paralelo, a cristalização do entendimento, no âmbito científico, do que já era empiricamente percebido: o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente; ganha o debate contornos mais técnicos, pois não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar.
>
> Negar ao cuidado o status de obrigação legal importa na vulneração da membrana constitucional de proteção ao menor e adolescente, cristalizada, na parte final do dispositivo citado: “(…) além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência (…)”. (STJ

> - REsp 1.159.242 - 3ª Turma - j. 24/4/2012 - m.v. - julgado por Nancy Andrighi - DJe 10/5/2012 - Área do Direito: Civil, p. 4)

Ressalte-se a filiação teoria de Alexy, ao abordar os princípios como imperativos de maximização.

Presentes, ainda, argumentos patéticos, tanto no voto da relatora quanto no voto vogal. No voto da relatora:

> Entretanto, mesmo assim, não se pode negar que tenha havido sofrimento, mágoa e tristeza, e que esses sentimentos ainda persistam, por ser considerada filha de segunda classe.
> Esse sentimento íntimo que a recorrida levará, ad perpetuam, é perfeitamente apreensível e exsurge, inexoravelmente, das omissões do recorrente no exercício de seu dever de cuidado em relação à recorrida e também de suas ações, que privilegiaram parte de sua prole em detrimento dela, caracterizando o dano in re ipsa e traduzindo-se, assim, em causa eficiente à compensação. (STJ - REsp 1.159.242 - 3ª Turma - j. 24/4/2012 - m.v. - julgado por Nancy Andrighi - DJe 10/5/2012 - Área do Direito: Civil, p. 17)

No voto vogal:

> (...) o universo de sentimentos que implica em uma família é algo difícil de mensurar. Isso pode "cheirar" – aqui me parece – a uma pessoa que lamenta a infância perdida, a juventude perdida. Parece aquela música do Taiguara: a juventude perdida, a infância perdida.
> Então, essa moça, hoje, adulta, lamenta que foi abandonada à própria sorte, cujo pai nem sequer

> queria reconhecê-la e foi obrigado a reconhecê-la. Ora, se atentarmos para a realidade dos fatos, qualquer filho, qualquer filha, enfim, qualquer pessoa poderá dizer assim: mas estou sendo preterido em relação aos meus irmãos e qualquer dado subjetivo poderia motivar um pedido de indenização por dano moral. Ora, isso faria com que quantificássemos ou potencializássemos as mágoas íntimas – muitas legítimas, algumas supostamente legítimas – de filhos, de irmãos, de pais, de marido e mulher também, porque o dever dos cônjuges está entre prestar assistência, amar e tal. E os estudos indicam que esse amor é uma coisa da convivência.
> O que pode acontecer nesse nível de família? Quando a situação se torna de tal maneira insustentável, separação de fato, separação judicial, divórcio. E alguém dizer que, além disso, quer o dano moral porque não foi tratado condignamente como esposa, como marido, ou, então, neste caso, como filha.
>
> E esse pai Sabemos que a formação das pessoas, e V. Exa. cita, aqui, estudos de psicologia muito bem calcados, os estudos são, eminentemente, programáticos no sentido de que o ideal da convivência das pessoas é que todos tivéssemos uma vida em família harmoniosa, com o pai e a mãe expedindo esse amor, esse carinho, mas manifestação de amor e carinho é meio complexo. Não posso exigir que os meus padrões psicológicos se coloquem na normalidade. (STJ - REsp 1.159.242 - 3ª Turma - j. 24/4/2012 - m.v. - julgado por Nancy Andrighi - DJe 10/5/2012 - Área do Direito: Civil, p. 7)

O apelo à emoção fica ainda mais evidente quando, em analogia, o julgador trás para si a condição do requerido na ação:

> Agora, o que é a negligência no sentido do dever, do pátrio dever? Não sei. Nós mesmos, como pais, avós, temos inúmeras falhas. As crianças, os filhos, hoje, já são adultos e podem até reclamar, e até com muita razão.
>
> Então, abrir essa porta aqui, reconhecer isso como um direito não podemos, com todo o respeito. Existe uma lesão à estima. Todos nós… A nossa vida é feita de perdas e ganhos, talvez até mais de perdas do que de ganhos. (STJ - REsp 1.159.242 - 3ª Turma - j. 24/4/2012 - m.v. - julgado por Nancy Andrighi - DJe 10/5/2012 - Área do Direito: Civil, p. 8).

Nota-se que o voto-vogal apresenta poucos argumentos lógico-jurídicos ou baseados em autoridade que pudessem corroborar o entendimento. Em verdade, ele até mesmo ataca o argumento baseado em autoridade através de argumento patético, apelando à empatia pelo requerido. Não analisa se existem ou não provas, se existe ou não nexo causal, contesta somente a tese por meio de frases de efeito e generalização.

Embora ainda discutíveis os contornos do valor jurídico do afeto, tema que não se pretende esgotar neste trabalho, no caso concreto, o posicionamento majoritário encontra-se mais bem fundamentado, identificando-se diversos recursos da retórica, lógica e tópica.

5 CONCLUSÃO

A previsibilidade dos direitos e obrigações que decorrem das relações jurídicas é imprescindível para a segurança jurídica dos indivíduos, para que saibam as consequências de seus atos e ainda, no caso das famílias, para o adequado planejamento familiar. Entretanto, é exatamente neste âmbito que se depara com uma maior dificuldade, que se impõe não apenas ao direito brasileiro: o direito como mecanismo de regulação e pacificação social não consegue se transformar na mesma velocidade que os fatos em uma sociedade plural, globalizada, em constantes transformações e com tantos modelos possíveis de estabelecimento de vínculos afetivos com caráter familiar/parental.

É neste prisma que a interpretação dos princípios constitucionais se revela ainda mais relevante, pois estes são ressignificados de acordo com o contexto e o avanço social sem perder a sua característica de proteção ao ser humano e ao seu livre desenvolvimento.

Diante disso, o tratamento jurídico ao sentimento passou a ser uma preocupação do ordenamento uma vez que o afeto é o elemento essencial da família. Para garantir a proteção da esfera

sentimental do indivíduo, o afeto foi elevado a condição de princípio constitucional.

Neste contexto, os sentimentos se apresentam como figura essencial para a formação da personalidade no âmbito intelectual e psíquico a partir da observância do princípio da dignidade da pessoa humana. Em decorrência disso, a figura da afetividade ganha destaque, pois neste cenário o afeto ganhou status de dever jurídico que deve ser observado dentro das relações parentais.

É certo que, na decisão de casos difíceis, os julgadores devem recorrer à uma análise das demandas sociais, à interdisciplinaridade das ciências e à dogmática jurídica. Contudo, o que se espera, é que consigam fazer uma análise técnica e o mais imparcial possível. O que se observa da análise do julgado é que ainda existe uma dificuldade de afastar os paradigmas morais que impactam o direito de família ao longo dos anos, atendo-se à uma análise mais técnica.

Este estudo, perfaz, portanto, apenas o início de uma pesquisa sistemática da jurisprudência, com o fim de traçar os argumentos mais utilizados no direito familiarista e contribuir com a compreensão e a determinação da valoração jurídica do afeto.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Sylvia Maria Mendonça. **Os sentimentos têm preço.** Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-53/os-sentimentos-tem-preco/. Acesso: 16 nov. 2019.

CASSETTARI, Christiano**. Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva:** efeitos jurídicos. São Paulo: Atlas, 2014.

BRASIL. **Constituição (1988).** Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Lei n. 10.406,** 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

BRITTO, Ayres. **Pensamento, sentimento e consciência como categorias constitucionais.** (palestra) Diálogos com o Supremo. Fundação Getúlio Vargas e EMERJ, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. Peixoto Braga Netto- 4. ed Salvador: JusPodivm, 2017.

FREITAS, Elias Canal. **Uma Leitura Retórica Da Decisão Judicial: Lógica, Ética E Patética Do Procedimento Decisório Na Dogmática Jurídica Brasileira**. 2016. 121f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória. Disponível em: https://repositorio.ufes.br/bitstream/10/8864/1/tese_9995_FREITAS_ELIAS%20CANAL_2016.pdf. Acesso em: 10 mar. 2021.

GESSE, Eduardo. **Os reflexos da multiparentalidade na adoção e na sucessão legítima em linha reta ascendente e seus aspectos legais, doutrinários e jurisprudenciais.** Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) – UNICESUMAR – Centro Universitário de Maringá. Maringá: 2018

HIRONAKA, Giselda. **Direito Civil: estudos**. Belo horizonte: Del Rey, 2000.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do numerus clausus.** 2004. Disponível em: IBDFAM: Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. Acesso em: jan. 2021.

LUNA, Nevita Maria. Uma erótica jurídica: o lugar do sentimento na juridicidade e o nascimento do poeta-juiz. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito.** 2016, p. 248.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Discurso de ódio e tutela jurídica dos sentimentos no direito privado.** Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-dez-10/direito-civil-atual-discurso-odio-tutela-juridica-sentimentos-direito-privado#sdfootnote17sym. Acesso em: dez. 2020.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. 2004. 157 f. Tese (Doutorado): Universidade Federal do Paraná, Programa de pós-graduação em Direito, Curitiba, 2004.

ROSALINO, Augusto Cesar. **A gente não quer só dinheiro: a gente quer dinheiro e felicidade.** Disponível em:

http://jus.com.br/revista/texto/22080/a-gente-nao-quer-so-dinheiro-a-gente-quer-dinheiro-e-felicidade.

SCHREIBER, Anderson. **Novas tendências da responsabilidade civil brasileira**. RTDC, v. 22, p. 51, abr./jun. 2005.

SERRANO, Estevam Pedro. **Abandono afetivo e convívio familiar: questão de Estado.** Disponível em: http://www.cartacapital.com.br/sociedade/abandono-afetivo-e-convivio-familiar-questao-de-estado/ Acesso em 13 out. 2021.

SIMÃO, José Fernando. **Afetividade e responsabilidade**. Direito UNIFACS – Debate Virtual. n. 168, p. 4, 2014. Disponível em: www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/3148/2268. Acesso em: 02.06.2016).

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. **O direito das famílias entre a norma e a realidade.** São Paulo: Atlas, 2010.

A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Fernanda Alves Pereira[9]

1 INTRODUÇÃO

A teoria da perda de uma chance possui origem na França e foi bastante difundida na Itália, sendo hoje reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência brasileira. Baseia-se na perda da oportunidade séria e real de se alcançar uma vantagem ou de se evitar um prejuízo decorrente de uma ação ou omissão causada por outrem.

A responsabilidade civil pela perda de chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida poderá apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial.

Nesse contexto, o presente estudo tem por escopo tecer considerações acerca da aplicação da teoria da perda de uma

[9] Procuradora do Município de Ribeirão Preto/SP. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Franca (2016). Pós-graduanda em Direito Civil: "Novos Paradigmas Hermenêuticos na Relações Privadas" pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDRP/USP).

chance enquanto fundamento para a imputação de responsabilidade civil do Estado. A análise tem como pilar o julgamento do Recurso Especial n° 1.308.719/MG, o qual dispôs sobre a controvérsia à luz da Constituição Federal e dos delineamentos específicos que tangenciam a responsabilidade civil dos entes de direito público.

Pretende-se, ainda, analisar a aplicação da teoria às Fazenda Públicas no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no último ano. O objetivo principal é identificar se, de fato, a teoria vem sendo reconhecida nas relações jurídicas de direito público, como é realizado tal reconhecimento e em quais temas possui maior incidência.

A proposição é importante na medida em que trata de uma evolução no instituto da responsabilidade civil, que passou a prever novo critério de mensuração do dano. Ademais, a construção teórica possui delineamentos práticos, tal como o reflexo no montante da indenização a ser custeada à vítima.

Tratando-se de um tema relativamente novo no ordenamento jurídico brasileiro, mister se faz uma análise dos aspectos e natureza jurídica do instituto, a fim de que, partindo-se de uma compreensão geral, possa-se contribuir com os

aplicadores do direito e com a sociedade para um maior entendimento sobre a participação do judiciário na temática e, nomeadamente, na evolução das relações sociais.

2 ACÓRDÃO PARADIGMA

Conforme delineado, o presente estudo tem por escopo inicial a análise do Recurso Especial n° 1.308.719/MG, o qual dispôs acerca da teoria da perda de uma chance enquanto fundamento para a imputação de responsabilidade civil do Estado.

Trata-se, na origem, de ação indenizatória com pedido de danos materiais e morais movida em face do Estado de Minas Gerais, em que os autores imputaram ao ente estatal a prática de ato ilícito, consistente no ato administrativo que os compeliu a optar por um dos dois cargos públicos que exerciam, em razão da impossibilidade de acumulação.

Afirmam que, como servidores concursados, estavam investidos em dois cargos públicos de profissionais de saúde, com compatibilidade de horários, e em razão de ato do Poder Público, tiveram que optar por apenas um. Aduzem que, após exercerem a opção e realizarem o pedido de exoneração, foi conferido, em

sede de recurso Extraordinário, o direito de acumulação aos referidos cargos públicos nos autos da ação ordinária n° 0024.89.634016-3, interposta por vários servidores públicos integrantes dos quadros de Oficiais de Saúde da Polícia Militar de Minas Gerais.

A sentença julgou parcialmente procedentes os pedidos, com base na teoria da perda de uma chance, em razão da perda da oportunidade de continuarem exercendo um cargo público. Assim, condenou o réu ao pagamento de indenização no valor de R$ 100.000,00 (cem mil) para cada um dos autores, a título de danos materiais, acrescido de juros de mora e correção monetária, de acordo com o art. 1°-F da Lei 9.494/97.

Irresignados, apelaram os autores e o réu. Os autores pretendiam, em síntese, o afastamento da teoria da perda de uma chance, haja vista que para sua aplicação, haveria de ser o benefício incerto e aleatório, mas com chance de vir a se concretizar. Afirmam que, no caso, não se trata da incerteza de concretização de uma chance, pois a situação já estava concretizada, já que os apelantes, devidamente concursados, estavam investidos em dois cargos públicos com compatibilidade de horários, recebendo remuneração e gozando de todos os benefícios inerentes às suas funções. Aduzem que o ato ilícito

praticado pelo Poder Público os privou de auferir a remuneração a que tinham direito, além da aposentadoria no segundo cargo que cumulavam legalmente.

Em acórdão julgado em 03 de agosto de 2010, dentre outras questões processuais enfrentadas, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais confirmou a sentença em seus termos. Ressaltou que restou comprovada a ocorrência do dano e sua relação de causalidade com a atividade desenvolvida pela pessoa jurídica de direito público, motivo pelo qual há a obrigação de indenizar, por aplicação da responsabilidade objetiva (art. 37, § 6°, da Constituição Federal[10]).

Porém, no caso concreto e específico dos autos, entendeu pela aplicação da teoria da perda de uma chance, diante da privação da oportunidade de continuarem exercendo e acumulando os cargos públicos. Explicou que a perda de uma chance se verifica quando se dá a frustração de uma oportunidade em que seria obtido um benefício sério e real, em virtude da ocorrência de um ato de terceiro.

---

[10] Art. 37. § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Ademais, destacou que na perda de uma chance, o autor do dano é responsabilizado, não por ter causado um prejuízo direto e imediato à vítima, mas, sim, por tê-la privado da obtenção da oportunidade de chance de uma vantagem/resultado útil ou de evitar um prejuízo. Assim, deve-se examinar a probabilidade de que o evento ocorresse, caso não houvesse a intervenção do agente, de modo que a chance seja considerável, e não meramente eventual.

Finalmente, frisou que na perda de uma chance, o dano não coincide com a vantagem que era esperada, pois esta não passa de mera expectativa, que não é passível de demonstração quanto à sua realização, em virtude de ter tido seu curso interrompido por conduta antijurídica de terceiro. Logo, a perda de uma chance jamais poderá ser indenizada como se tratasse de lucros cessantes.

Dessa forma, não há de se falar em pagamento das remunerações que os autores deixaram de receber, tal como pretendiam, uma vez que não se sabe se os autores, caso não tivessem tido que optar por um dos cargos, neles permaneceriam até o momento de se aposentarem; trata-se de dano provável, mas não certo.

Contra o aludido acórdão, os autores inicialmente opuseram recurso de embargos de declaração, os quais foram rejeitados. Após, interpuseram recurso especial, o qual foi inadmitido pelo tribunal de origem, sob alegação de que a eventual análise das razões do recurso atrairia a incidência da Súmula 283[11] do Supremo Tribunal Federal.

Enfim, interposto agravo em recurso especial, foi dado provimento ao recurso, a fim de determinar a conversão dos autos em recurso especial, nos termos do art. 34, inciso XVI, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.[12]

Nas razões do recurso especial, a parte recorrente aduziu a ocorrência de violação dos artigos 927[13], *caput*, e parágrafo único, e 944[14], ambos do Código Civil, sob o argumento de que não se aplicaria ao caso em concreto a teoria da perda de uma chance, mas sim a teoria da responsabilidade objetiva, uma vez

---

[11] É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.

[12] Art. 34. São atribuições do relator: [...] XVI - determinar a autuação do agravo como recurso especial;

[13] Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

[14] Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

que, em virtude de conduta ilícita do agente estatal consistente na exoneração ilegítima do cargo público que ocupava, suportou danos que devem ser reparados pelo Estado de Minas Gerais. Alegou, outrossim, que fazia jus à indenização por danos morais decorrentes do fato de ter sido obrigada a pedir exoneração de um dos cargos que exercia, apesar da possibilidade de acumulação deles.

Antes de adentrar no mérito, o Ministro Relator Mauro Campbell Marques teceu importantes considerações acerca da teoria da perda de uma chance enquanto fundamento para a imputação de responsabilidade civil do Estado.

Para tanto, destacou que a teoria da perda de uma chance tem sido admitida no ordenamento jurídico brasileiro como sendo uma das modalidades possíveis de mensuração do dano em sede de responsabilidade civil. Esta modalidade de reparação do dano tem como fundamento a probabilidade e uma certeza, que a chance seria realizada e que a vantagem perdida resulta em prejuízo. Nesse sentido, destacou a seguinte jurisprudência:

> DIREITO CIVIL. CÂNCER. TRATAMENTO INADEQUADO. REDUÇÃO DAS POSSIBILIDADES DE CURA. ÓBITO. IMPUTAÇÃO DE CULPA AO MÉDICO. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA

DE UMA CHANCE. REDUÇÃO PROPORCIONAL DA INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. 1. O STJ vem enfrentando diversas hipóteses de responsabilidade civil pela perda de uma chance em sua versão tradicional, na qual o agente frustra à vítima uma oportunidade de ganho. Nessas situações, há certeza quanto ao causador do dano e incerteza quanto à respectiva extensão, o que torna aplicável o critério de ponderação característico da referida teoria para a fixação do montante da indenização a ser fixada. Precedentes. 2. Nas hipóteses em que se discute erro médico, a incerteza não está no dano experimentado, notadamente nas situações em que a vítima vem a óbito. A incerteza está na participação do médico nesse resultado, à medida que, em princípio, o dano é causado por força da doença, e não pela falha de tratamento. 3. Conquanto seja viva a controvérsia, sobretudo no direito francês, acerca da aplicabilidade da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance nas situações de erro médico, é forçoso reconhecer sua aplicabilidade. Basta, nesse sentido, notar que a chance, em si, pode ser considerado um bem autônomo, cuja violação pode dar lugar à indenização de seu equivalente econômico, a exemplo do que se defende no direito americano. Prescinde-se, assim, da difícil sustentação da teoria da causalidade proporcional. 4. Admitida a indenização pela chance perdida, o valor do bem deve ser calculado em uma proporção sobre o prejuízo final experimentado pela vítima. A chance, contudo, jamais pode alcançar o valor do bem perdido. É necessária uma redução proporcional. 5. Recurso especial conhecido e provido em parte, para o fim de reduzir a indenização fixada. (REsp 1254141/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe 20/02/2013).

Explicou que, essencialmente, esta construção teórica implica num novo critério de mensuração do dano causado. Isso porque o objeto da reparação é a perda da possibilidade de obter um ganho como provável, sendo que há que se fazer a distinção entre o resultado perdido e a possibilidade de consegui-lo. A chance de vitória terá sempre valor menor que a vitória futura, o que reflitirá no montante da indenização.

Constatou que esta construção teórica tem sido admitida não só no âmbito das relações privadas *stricto sensu*, mas também em sede de responsabilidade civil do Estado. Isso porque, embora haja delineamentos específicos no que tange à interpretação do art. 37, §6°, da Constituição Federal[15], é certo que o ente público também está obrigado à reparação quando, por sua conduta ou omissão, provoca a perda de uma chance do cidadão de gozar de determinado benefício.

Assim, em casos tais, necessário se faz então indagar se há uma probabilidade de se obter um resultado provável, chance essa que foi perdida por uma ação/omissão do Estado.

---

[15] Art. 37. § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Especificamente no caso em tela, em que pese reconhecida a possibilidade de aplicação da teoria da perda de uma chance nas relações jurídicas de direito público, o Ministro Relator entendeu que o dano de ordem material sofrido pela parte recorrente não advinha da perda de uma chance. Isso porque, no caso dos autos, os recorrentes já exerciam ambos os cargos de profissionais de saúde de forma regular, sendo este um evento certo sobre o qual não restam dúvidas.

Concluiu que não se trata de perda de uma chance de exercício de ambos os cargos públicos porque isso já ocorria, sendo que o ato ilícito imputado ao ente estatal implicou efetivamente em prejuízo de ordem certa e determinada. Assim, a questão deveria continuar sendo analisada sob a perspectiva da responsabilidade objetiva do Estado, devendo, portanto, ser redimensionado o dano causado, e, por conseguinte, a extensão da sua reparação.

Assim, afastado o fundamento adotado pelo Tribunal *a quo* para servir de base à conclusão alcançada, e, considerando que a mensuração da extensão do dano é matéria que demanda eminentemente a análise do conjunto fático e probatório constante nos autos, foi determinado o retorno dos autos ao

tribunal de origem, a fim de que pudesse ser arbitrado o valor da indenização nos termos do art. 944 do Código Civil.[16]

Após o voto, os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conheceram em parte do recurso e, nessa parte, deram-lhe provimento, nos termos do voto do Ministro Relator, sem destaque.

Os Ministros Castro Meira, Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com o Ministro Relator, encontrando-se ausente a Ministra Eliana Calmon.

Por fim, foram opostos embargos de declaração e embargos de declaração nos embargos de declaração, os quais foram rejeitados.

3 FUNDAMENTOS TEÓRICOS

O acórdão em estudo centrou-se na aplicação ou não da teoria da perda de uma chance no caso concreto, em que se discutia a responsabilidade civil do Estado pela prática de ato ilícito, consistente na imposição de que os autores realizassem a opção por um dos cargos públicos que ocupavam, quando era

[16] Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

possível a sua acumulação, nos termos do Texto Constitucional de 1988.

Verifica-se, pois, que a responsabilidade civil é o tema foco do acórdão sob análise, sob o qual gravita os demais fundamentos. A ideia central do instituto consiste no dever de reparação de danos ocasionados à terceiros.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho ressaltam que a responsabilidade civil "deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor *in natura* o estado anterior de coisas" (GAGLIANO; FILHO; 2009, p. 09).

O Código Civil Brasileiro adota como regra a responsabilidade subjetiva, a qual se baseia na culpa ou no dolo do agente, porém o art. 927, parágrafo único, prevê a responsabilidade objetiva decorrente do risco, hipótese em que prescinde a comprovação da culpa para a ocorrência do dano indenizável.

O instituto ainda encontra fundamento nos artigos 186, 187 e 188 do referido diploma legal, havendo, ainda, em seu título IX, os capítulos *"Da obrigação de indenizar"* e outro *"Da indenização"*, sob o título "*Da Responsabilidade Civil"*.

A maioria da doutrina traz como pressupostos para a configuração da responsabilidade civil, os seguintes: a) conduta; b) dano ou prejuízo; e c) nexo de causalidade.

No acórdão sob análise, o Ministro Relator relembrou a existência de delineamentos específicos no que tange à responsabilidade civil do Estado, decorrente da interpretação dos artigos 37, §6°, da Constituição Federal, e artigo 43 do Código Civil de 2002, *in verbis*:

> Art. 37. § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.
> Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado o direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

Com efeito, o tema responsabilidade do Estado investiga o dever estatal de ressarcir particulares por prejuízos civis e extracontratuais experimentados em decorrência de ações ou omissões de agentes públicos no exercício da função administrativa, de modo que os danos podem ser materiais, morais ou estéticos.

Como denota-se pelos artigos supracitados, a teoria atualmente aplicada como regra geral aos casos de responsabilidade do Estado é a teoria objetiva, a qual afasta a necessidade de comprovação de culpa ou dolo do agente público e fundamenta o dever de indenizar na noção de risco. Nessa linha, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald relembram que "o Estado somente poderá ser exonerado da responsabilidade imputada se provar a ocorrência de conduta exclusiva da vítima, fato de terceiro ou, ainda, caso fortuito ou força maior" (FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 465).

Relacionada a um dos pressupostos da responsabilidade civil (o dano), a teoria da perda de uma chance, instituto objeto do acórdão sob análise, possui origem na França e foi bastante difundida na Itália, sendo hoje reconhecida pela doutrina e jurisprudência brasileira. Cuida-se, conforme destacado no acórdão paradigma, de nova vertente afeta à responsabilidade civil, tratando-se de um novo critério de mensuração do dano.

O instituto, que não encontra menção no Código Civil, é elucidado por Sérgio Cavalieri Filho, conforme citado nos acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais e pelo Superior Tribunal de Justiça, nos seguintes termos:

> A doutrina francesa, aplicada com freqüência pelos nossos Tribunais, fala da perda de uma chance (perte d'une chance) nos casos em que o ato ilícito tira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor, como progredir na carreira artística ou no trabalho, arrumar um novo emprego, deixar de ganhar uma causa pela falha do advogado etc. É preciso, todavia, que se trate de uma chance real e séria, que proporcione ao lesado efetivas condições pessoais de concorrer à situação futura esperada. O mestre Caio Mário, citando Yves Chatier, enfatiza que 'a reparação da perda de uma chance repousa em uma probabilidade e uma certeza; que a chance seria realizada e que a vantagem perdida resultaria em prejuízo'. (FILHO, 2008, p. 90/91)

Ademais, na *V Jornada de Direito Civil*, realizada em novembro de 2011, foi aprovado o seguinte enunciado doutrinário, reconhecendo a sua ampla reparação, como dano material ou imaterial:

> Enunciado 444: A responsabilidade civil pela perda de chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos.

O Ministro Ruy Rosado aduz que a perda de uma chance se aplica para a reparação civil do dano, no âmbito da responsabilidade civil, “quando a ação de alguém (responsável pela ação ou omissão, objetiva ou subjetivamente) elimina a

oportunidade de outrem, que se encontrava na situação de, provavelmente, obter uma vantagem ou evitar um prejuízo" (JÚNIOR, 2018, p. 469). Ademais, Sérgio Savi pontua que "a perda da chance estará caracterizada quando a probabilidade da oportunidade for superior a 50%" (SAVI, 2006, p. 33).

No mesmo sentido, dispõe Sérgio Cavalieri Filho:

> A perda de uma chance, de acordo com a melhor doutrina, só será indenizável se houver a probabilidade de sucesso superior a cinqüenta por cento, de onde se conclui que nem todos os casos de perda de uma chance serão indenizáveis (FILHO, 2008, p. 75).

Como exemplos clássicos de aplicação da teoria, a doutrina cita a perda de prazos processuais pelo advogado desidioso, o erro médico que reduz as possibilidades concretas e reais de cura do paciente e o concursando que deixa de prestar a prova porque o curso preparatório que se comprometeu a fazer a inscrição não o fez.

Importante ressalvar que, como expõe a doutrina e jurisprudências citadas, a chance deve ser séria e real, requisitos sem os quais não há que se falar em dever de reparação.

Ademais, conforme ressaltado pelo Ministro Relator Mauro Campbell Marques, há que se fazer a distinção entre o resultado perdido e a possibilidade de consegui-lo. Nesse passo,

a chance de vitória terá sempre valor menor que a vitória futura, o que reflitirá no montante da indenização.

Sobre essa temática, Ênio Zuliani assevera que "o único parâmetro confiável para o arbitramento da indenização, por perda de uma chance, continua sendo a prudência do juiz" (ZULIANI, 2002).

Relativamente à natureza jurídica da responsabilidade jurídica por perda de uma chance, paira controvérsias, tanto doutrinárias, quanto jurisprudenciais. Os principais estudos acerca do tema consideram a existência de três correntes distintas a justificar a natureza do instituto, quais sejam, lucros cessantes, dano moral e categoria autônoma. Sobre o tema, explica Silvia Renata Segatto Santos Nascimento:

> Sendo assim, se a perda de uma chance for considerada como lucro cessante, será necessária a comprovação de forma inequívoca que o resultado esperado teria sido obtido se não houvesse a interferência por parte do agente. Sob este prisma, torna-se difícil a prova do já mencionado dano, pois este é embasado numa situação hipotética, baseado em probabilidades. [...] Noutro giro, se for equiparada ao dano moral, estará tratando teoria da perda de uma chance como um instituto desnecessário, apesar de sua importância. Mister se faz a distinção entre os institutos, pois, enquanto o dano moral deriva da violação de um bem que está ligado à personalidade, na perda da chance, o dano decorre

> da frustração de um interesse do indivíduo, seja de cunho patrimonial ou extrapatrimonial. Caso a teoria seja vista como uma espécie de dano autônomo, serão utilizados critérios específicos para a sua aplicação, diferentemente dos institutos já existentes, onde caberá ao magistrado a análise da teoria de acordo com cada situação (NASCIMENTO, 2013)

De outra via, no que tange à aplicação do instituto na seara das relações de direito público, o acórdão em análise, proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, inovou ao expressamente ressaltar que "a construção teórica da perda de uma chance tem sido admitida não só no âmbito das relações privadas *stricto sensu*, mas também em sede de responsabilidade civil do Estado".

Isso porque, embora haja delineamentos específicos no que tange à interpretação do art. 37, §6°, da Constituição Federal, é certo de que o ente público também está obrigado à reparação quando, por sua conduta ou omissão, provoca a perda de uma chance do cidadão de gozar de determinado benefício. Assim, em casos tais, necessário se faz então indagar se há uma probabilidade de se obter um resultado provável, chance essa que foi perdida por uma ação/omissão do Estado.

Além do caso concreto envolvido no acórdão objeto deste estudo, o Superior Tribunal de Justiça também possui precedentes

envolvendo a responsabilidade civil do Estado e a perda de uma chance de cura ou prolongamento da vida de pacientes, nas tutelas envolvendo a judicialização da saúde.

Com efeito, nas hipóteses de negativa de prestação de um tratamento/medicamento pelo Poder Judiciário, ou mesmo a demora do Estado na concessão desses, pode ocasionar um agravamento no estado de saúde do paciente, a ensejar a aplicação de indenização pela perda de uma chance de se obter um benefício, interrompendo-se uma chance de cura, de um tratamento com mais dignidade, de melhores condições de vida e de sobrevida.

Nota-se, porém, que o Superior Tribunal de Justiça tem aplicado a teoria da perda de uma chance sempre com parcimônia, razoabilidade, cautela e ampla fundamentação.

No caso específico do acórdão paradigma deste trabalho, o Colendo Tribunal afastou a aplicação da teoria da perda de uma chance. Para tanto, constatou que essa pressupõe uma probabilidade de obtenção de um ganho (salário e aposentadoria), o qual poderia ou não ocorrer caso o evento principal (ocupação de dois os cargos públicos) não fosse interrompido pela conduta do Estado.

Ocorre que na situação em análise, os recorrentes já exerciam ambos os cargos de profissionais de saúde de forma regular, recebiam salário e gozavam de todos os benefícios inerentes à atuação, sendo este um evento certo sobre o qual não restam dúvidas. Não se trata, portanto, de uma probabilidade, isto é, de perda de uma chance de exercício de ambos os cargos públicos, notadamente porque isso já ocorria, razão pela qual o ato ilícito imputado ao ente estatal implicou efetivamente em prejuízo de ordem certa e determinada.

Assim, a questão deveria mesmo continuar sendo analisada sob a perspectiva da responsabilidade objetiva do Estado, conclusão exarada pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, com unanimidade.

4 PESQUISA EMPÍRICA

O acórdão objeto deste estudo inovou ao fazer menção expressa e específica à aplicação da teoria da perda de uma chance nas relações jurídicas de direito público. Ademais, outras decisões envolvendo a aludida teoria e a responsabilidade civil do Estado foram proferidas no âmbito do Superior Tribunal de

Justiça, algumas utilizando-se desta decisão paradigma como fundamento.

O acórdão sob análise também possibilitou a realização de pesquisa de jurisprudências envolvendo a aplicação da teoria da perda de uma chance às Fazenda Públicas no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, este último como sendo um dos maiores do país.

O objetivo principal é identificar se, de fato, a teoria vem sendo reconhecida nas relações jurídicas de direito público, como é realizado tal reconhecimento e em quais temas possui maior incidência.

Partindo-se da premissa de que o reconhecimento da aplicação da teoria da perda de uma chance em detrimento da aplicação da teoria da responsabilidade objetiva pode ocasionar a diminuição do *quantum* a ser ressarcido pelos entes públicos a título de indenização, tem-se que o reconhecimento e a aplicação da aludida teoria pode, em alguns casos, beneficiar a Fazenda Pública, na medida em que resultaria na redução do valor a ser suportado pelos cofres públicos.

Sob outra perspectiva, acredita-se que, em outros casos, o reconhecimento e a aplicação da aludida teoria poderiam ser prejudiciais, reconhecendo-se uma nova mensuração de dano e

hipótese de responsabilização em circunstâncias em que a irresponsabilidade do ente público seria regra, diante da ausência de certeza de que a ação/omissão do Estado teria sido crucial para a concretização do dano.

Inicialmente, pois, em análise dos julgados proferidos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, foram identificados cinco principais acórdãos dispondo sobre a teoria da perda de uma chance e a responsabilidade civil do Estado, quais sejam, Recurso Especial n° 1708.293/RS, Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n° 893.996/MG, Agravo Interno no Recurso Especial n° 1577.177/AC, Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n° 173.148/RJ e Recurso Especial n° 1549.528/PR.

Foram considerados na pesquisa apenas os acórdãos envolvendo a Administração Pública Direta, na qual estão inseridos todos os entes federativos, quais sejam, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Em um dos acórdãos apontados (REsp 1549.528), a aplicação da teoria da perda de uma chance não foi analisada, haja

vista que o Tribunal *a quo* não adentrou em tal questão, o que atraiu a incidência da Súmula 211 do STJ.[17]

Quanto aos demais, dois acórdãos (REsp 1708.293 e AgInt no AREsp 893.996) tratam de ação de indenização por prejuízos decorrentes da perda de prazo processual pela Defensoria Pública. Resguardadas as peculiaridades de cada caso, os recorrentes pleiteavam a aplicação da teoria da perda de uma chance, haja vista que a ausência de manifestação no prazo legal lhes teria ocasionado a perda da oportunidade de verem seus direitos analisados pelo órgão jurisdicional competente.

Em ambos os casos, os tribunais de origem consideraram inexistentes os requisitos necessários para a configuração do dever de indenizar, uma vez que não haveria comprovação de que, mesmo com a atuação da Defensoria Pública no prazo legal, o provimento judicial lhes seria favorável.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, não analisou novamente a questão posta em nenhum dos dois casos, não conhecendo dos respectivos recursos, considerando que a mensuração da extensão do dano é matéria que demanda

[17] Súmula 211 STJ. Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*.

eminentemente a análise do conjunto fático e probatório dos autos, o que encontra óbice na Súmula 7[18] do Colendo Tribunal.

Finalmente, os outros dois acórdãos em análise (AgInt no REsp 1577.177 e AgRg no AREsp 173.148) possuem como tema central o fornecimento de medicamentos pela Fazenda Pública. Em ambos, o tribunal de origem entendeu pela responsabilidade do Estado pela aplicação da teoria da perda de uma chance, tendo em vista que a não disponibilização de medicamentos ou atraso no fornecimento desses teria ocasionado a perda da oportunidade de prolongamento da vida dos pacientes.

Contudo, novamente o Superior Tribunal de Justiça entendeu que nova análise das questões envolveria reexame do conjunto fático e probatório dos autos, o que acabaria por atrair a incidência da Súmula 7 do Tribunal. Assim, os recursos não foram conhecidos.

Verifica-se, portanto, através das decisões sobreditas, que em nenhum dos casos sob análise o Superior Tribunal de Justiça reexaminou as decisões proferidas pelos tribunais *a quo*, notadamente em virtude da aplicação da Súmula 7. Assim, conclui-se que a ponderação acerca da aplicação ou não da teoria

[18] A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

da perda de uma chance e a responsabilidade civil do Estado tem permanecido, eminentemente, a cargo dos tribunais de segundo grau.

No âmbito, pois, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, foi realizada pesquisa de jurisprudência relativamente ao tema em discussão, considerando o último ano e utilizando-se conjuntamente das expressões “perda de uma chance” e “direito público”.

Foram encontradas e analisadas 40 principais ementas de julgados – em que pese existente outras –, dentre as quais duas restaram descartadas em virtude da ausência de exame do mérito da demanda.

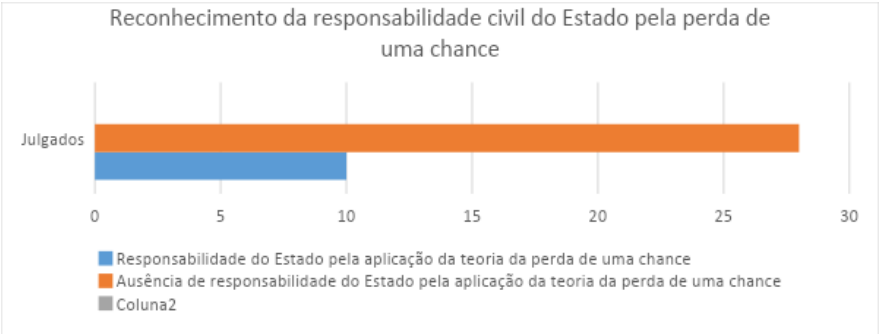
Conforme depreende-se do gráfico abaixo, o tema que predomina nas ações de responsabilidade civil do Estado e a perda de uma chance é a área da saúde, decorrente de falha no



atendimento médico ou demora na concessão de medicamentos. Vejamos:

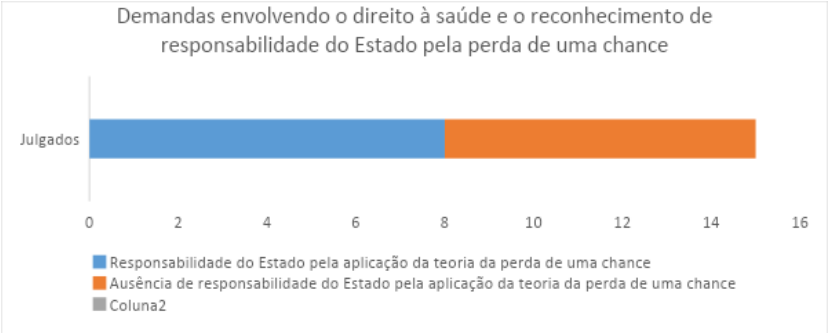
Importante observar que em nenhum dos julgados analisados concluiu-se pela impossibilidade de aplicação da teoria da perda de uma chance nas relações jurídicas de direito público, de modo que a sua aplicação nesses casos é, portanto, amplamente aceita.

Ademais, dentre as jurisprudências encontradas, houve a análise do reconhecimento ou não da aplicação da referida teoria como fundamento para a imputação de responsabilidade civil do Estado nas hipóteses em específico, observando-se que em 73,68% dos casos foi reconhecido que ela não se aplicava:



Saliente-se que na maioria dos casos reconheceu-se não ser o caso de aplicação da teoria pela ausência de ato ilícito ou nexo

de causalidade entre a ação/omissão do Estado e o dano experimentado.



Por sua vez, nas demandas envolvendo o direito à saúde, tema de maior incidência, observa-se que ainda não há entendimento pacificado, haja vista a existência de um equilíbrio entre os acórdãos divergentes (8 favoráveis e 7 contrários à aplicação da teoria como fundamento para a imputação de responsabilidade ao Estado):

Verificou-se, ademais, que em muitas demandas o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tratou a perda de uma chance como dano moral, havendo a confusão dos institutos.

5 CONCLUSÃO

A partir do exposto, pode-se aferir que, resguardadas as observações envolvendo o direito à saúde, tem prevalecido no

âmbito do TJSP entendimento favorável à Fazenda Pública no que tange à indenização pela perda de uma chance, de modo que na maioria dos casos reconheceu-se não ser o caso de aplicação da teoria pela ausência de ato ilícito ou nexo de causalidade entre a ação/omissão do Estado e o dano experimentado.

Assim, tem prevalecido o entendimento segundo o qual inexiste direito à indenização em relação a condutas em que não se pode afirmar com certeza se a ação/omissão do ente público foi realmente imprescindível e unicamente responsável pela não configuração do resultado esperado.

Especialmente nas demandas envolvendo o direito à saúde, pode-se afirmar que ora as decisões podem ser favoráveis e ora contrárias ao interesse do Estado, uma vez que, em que pese o reconhecimento da aplicação da teoria da perda de uma chance em detrimento da aplicação da teoria da responsabilidade objetiva pode ocasionar a diminuição do *quantum* a ser ressarcido pelos entes públicos a título de indenização, em outros casos é possível reconhecer a existência de dever de indenizar em casos em que não se cogitaria. Destaca-se que a perícia tem se mostrado imprescindível nesse tipo de demanda, a fim de atestar se o prejuízo foi efetivamente provocado diretamente pela ação/omissão do ente público.

Insta consignar, porém, que a alegação da teoria de forma subsidiária nas peças de defesa da Fazenda Pública pode ser válida como argumento, mormente nas demandas envolvendo o direito à saúde (como erro médico ou falha no atendimento), para as hipóteses de afastamento, pelo órgão julgador, do pedido principal de irresponsabilidade do Estado.

Por fim, convém salientar que o fato do Tribunal de Justiça de São Paulo, em muitos casos, confundir o instituto da perda de uma chance com o instituto do dano moral, termina por tornar a aplicação da teoria desnecessária no deslinde do caso concreto.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil – Teoria Geral**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil**. 7° ed.. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2009.

JÚNIOR, Rui Rosado de Aguiar. **Novos danos na responsabilidade civil. A perda de uma chance.** São Paulo: Atlas, 2018.

NASCIMENTO, Silvia Renata Segatto Santos. **Teoria da perda de uma chance.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3515, 14 fev. 2013. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/23709. Acesso em: 23 jan. 2021.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance.** São Paulo: Atlas, 2006.

ZULIANI, Ênio Santarelli. **Responsabilidade civil dos advogados.** Seleções Jurídicas, Rio de Janeiro, COAD, out./nov. 2002.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988

_____. Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1308719/MG**. Rel. Min Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. em 25/06/2013, DJe 01/07/2013. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201102405322&dt_publicacao=01/07/2013. Acesso em 24 jan. 2021.

Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1708293/RS**. Rel. Mn. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 05/04/2018, DJe 25/05/2018. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201702362946&dt_publicacao=25/05/2018. Acesso em 24 jan. 2021.

Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AREsp 893.996/MG.** Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 04/10/2016, DJe 14/10/2016. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201600825318&dt_publicacao=14/10/2016. Acesso em 24 jan. 2021.

Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no REsp 1577177/AC.** Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 20/06/2017, DJe 28/06/2017). Disponível em: https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1615596&tipo=0&nreg=201600049415&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20170628&formato=PDF&salvar=false. Acesso em 24 jan. 2021.

Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp 173.148/RJ.** Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 03/12/2015, DJe 15/12/2015. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201200893456&dt_publicacao=15/12/2015. Acesso em 24 jan. 2021.

Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1549528/PR.** Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 13/09/2016, DJe 07/10/2016. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201401712695&dt_publicacao=07/10/2016. Acesso em 24 jan. 2021.

AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS: GENITORA (O) DEVE PRESTAR ESCLARECIMENTOS SOBRE O USO DA PENSÃO ALIMENTÍCIA?

Fernanda Rocha de Lucena[19]

1 INTRODUÇÃO

Tudo que envolve o tema prestação de pensão alimentícia, acaba sendo inserido a um ambiente de muito debate e questionamento, principalmente por teoria e prática mostrarem-se cada vez mais distantes da realidade.

Se a sociedade não é estática, tão pouco será a formação e o desfazimento de núcleos familiares, que em sua esmagadora maioria acabam por se desfazer com menores a proteger.

A maior forma de proteção ao menor no desfazimento da conjugalidade é a definição de guarda e a prestação de alimentos por seus genitores.

A prestação de alimentos tem como parâmetro o trinômio necessidade, possibilidade e oportunidade para fixação ou revisão dos pedidos.

---

[19] Bacharel em Direito. Pós-graduanda no curso de especialização em Direito Civil: Novos Paradigmas Hermenêuticos em Direito Privado na FDRP. Advogada.

Mas, e quando essas possibilidades jurídicas não são o suficiente para o amplo exercício do poder familiar?

Poder familiar que, dentre outros direitos e obrigações compreende zelar pela integridade física, moral e bem estar da criança e do adolescente, fiscalizando, exigindo e prestando contas dos alimentos recebidos.

A ação de exigir contas, de prestar contas está presente em inúmeros livros de doutrina de direito civil, justificando sua aplicabilidade para exigir e fiscalizar contas, mas as decisões judiciais sobre o tema quando relacionadas ao direito de família, não concordam com os fundamentos teóricos, dando como improcedência processos peticionados no sentido de fiscalizar a prestação alimentícia, mesmo constando a possibilidade jurídica através do Art. 1583, §5º, sob o viés de que falta legitimidade processual, pois processos dessa natureza tem por finalidade apurar crédito e débitos em uma relação jurídica estritamente patrimonial.

Com a constitucionalização do direito civil, pode o direito de família, amplamente compreendido pela CF, apresentar alterações em sua forma de julgar pedidos nesse sentido para proteger a dignidade da pessoa humana, de crianças e adolescentes recebedores de alimentos?

2 ACÓRDÃO PARADIGMA

"PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RECURSO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO NCPC. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. PENSÃO ALIMENTÍCIA. ART. 1.583, § 5º, DO CC/02. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA. VIABILIDADE JURÍDICA DA AÇÃO DE EXIGIR CONTAS. INTERESSE JURÍDICO E ADEQUAÇÃO DO MEIO PROCESSUAL PRESENTES. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE. PROVIDO. 1. Aplica-se o NCPC a este recurso ante os termos do Enunciado Administrativo nº 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC. 2. Não há falar em omissão ou negativa de prestação jurisdicional, na medida em que o Tribunal gaúcho dirimiu, de forma motivada, as questões devolvidas em grau de apelação, pondo fim à controvérsia dos autos. 3. O cerne da controvérsia gira em torno da viabilidade jurídica da ação de prestar (exigir) contas ajuizada pelo alimentante contra a guardiã do menor/alimentado para obtenção de informações acerca da destinação da pensão paga mensalmente. 4. O ingresso no ordenamento jurídico da Lei nº 13.058/2014 incluiu a polêmica norma contida no § 5º do Art. 1.583 do CC/02, versando sobre a legitimidade do genitor não guardião para exigir informações e/ou prestação de contas contra a guardiã unilateral, devendo a questão ser analisada, com especial ênfase, à luz dos princípios da proteção integral da criança e do adolescente, da isonomia e, principalmente, da dignidade da pessoa humana, que são consagrados pela ordem constitucional

vigente. 5. Na perspectiva do princípio da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente e do legítimo exercício da autoridade parental, em determinadas hipóteses, é juridicamente viável a ação de exigir contas ajuizada por genitor (a) alimentante contra a (o) guardiã(o) e representante legal de alimentado incapaz, na medida em que tal pretensão, no mínimo, indiretamente, está relacionada com a saúde física e também psicológica do menor, lembrando que a lei não traz palavras inúteis. 6. Como os alimentos prestados são imprescindíveis para própria sobrevivência do alimentado, que no caso tem seríssimos problemas de saúde, eles devem ao menos assegurar uma existência digna a quem os recebe. Assim, a função supervisora, por quaisquer dos detentores do poder familiar, em relação ao modo pelo qual a verba alimentar fornecida é empregada, além de ser um dever imposto pelo legislador, é um mecanismo que dá concretude ao princípio do melhor interesse e da proteção integral da criança ou do adolescente. 7. O poder familiar que detêm os genitores em relação aos filhos menores, a teor do Art. 1.632 do CC/02, não se desfaz com o término do vínculo matrimonial ou da união estável deles, permanecendo intacto o poder-dever do não-guardião de defender os interesses superiores do menor incapaz, ressaltando que a base que o legitima é o princípio já destacado. 8. Em determinadas situações, não se pode negar ao alimentante não-guardião o direito de averiguar se os valores que paga a título de pensão alimentícia estão sendo realmente dirigidos ao beneficiário e voltados ao pagamento de suas despesas e ao atendimento dos seus interesses básicos fundamentais, sob pena de se impedir o exercício pleno do poder familiar. 9. Não há apenas interesse jurídico, mas também o dever legal, por força do § 5º do Art. 1.538 do CC/02, do genitor alimentante de

> *acompanhar os gastos com o filho alimentado que não se encontra sob a sua guarda, fiscalizando o atendimento integral de suas necessidades materiais e imateriais essenciais ao seu desenvolvimento físico e também psicológico, aferindo o real destino do emprego da verba alimentar que paga mensalmente, pois ela é voltada para esse fim. 9.1. O que justifica o legítimo interesse processual em ação dessa natureza é só e exclusivamente a finalidade protetiva da criança ou do adolescente beneficiário dos alimentos, diante da sua possível malversação, e não o eventual acertamento de contas, perseguições ou picuinhas com a (o) guardiã(ao), devendo ela ser dosada, ficando vedada a possibilidade de apuração de créditos ou preparação de revisional, pois os alimentos são irrepetíveis. 10. Recurso especial parcialmente provido."* (STJ - REsp: 1814639 RS 2018/0136893-1, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Julgamento: 26/05/2020, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/06/2020 RSDF vol. 121, p. 99).

Trata-se de pedido para ação de prestação de contas em razão de pagamento de pensão alimentícia no valor de R$ 15.000,00 (quinze mil reais) para a genitora em favor de menor, e pagamento do plano de saúde.

A criança recebedora de alimentos é pessoa portadora de necessidades especiais: Síndrome de Down, deficiência intelectual moderada, transtorno de desenvolvimento, deficiência visual grave e espectro autista.

O processo fora peticionado em 2015, sob a égide do NCPC, tendo como fundamento o artigo 1.583, §5º, que fora

inserido no ordenamento jurídico em razão da lei 13.058 de 2014, que redesignou a guarda compartilhada, modificando o Código Civil de 2002.

> *Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.*
> *5º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos.*

O parágrafo §5º em si, trouxe a oportunidade para aquele que presta alimentos e não for o guardião da criança, solicitar esclarecimentos àquele que a detém e é o responsável por empregar da melhor maneira estes recursos.

Há de se saber, que a característica da ação de prestação de contas, não se relaciona com alimentos.

A ação de prestação de contas tem por objetivo estabelecer a existência de um crédito, de uma dívida ou reconhecer a sua quitação, e o/a alimentante não tem relação jurídica de direito material com a/o e guardiã (o) de seu filho, mas com o filho alimentado, que é o titular dos alimentos. Ou seja, a finalidade da

ação de prestação de contas é puramente patrimonial em um negócio jurídico.

A pensão alimentícia passa a integrar definitivamente o patrimônio do alimentado e possui caráter irrepetível, não estando sujeitas à devolução.

Por isso, o alimentante não poderia utilizar a ação de prestação de contas como meio para fiscalizar os recursos transmitidos, já que não há possibilidade de apuração de crédito em seu favor. Desta forma o pedido em primeiro grau fora recusado.

Em segundo grau, o Ministério Público Federal não deu provimento ao pedido, no entanto, houve um ponto de provocação que obrigou a jurisdição de segundo grau posicionar-se.

A referida norma está contida no Capítulo que trata da Proteção da Pessoa dos Filhos no Casamento (XI, do Livro IV, Título 1, Subtítulo I), portanto, deve ser afastado a questão patrimonial inerente ao direito civil, e ser analisada à luz dos princípios da proteção integral da criança e do adolescente, da isonomia e, principalmente, da dignidade da pessoa humana, que são consagrados pela ordem constitucional vigente.

Nesse sentido fora entendido que a ação de prestação de contas alimentícia pode ser aceita por corresponder a saúde física, e também psicológica da criança.

A pessoa humana e sua dignidade passaram a ser o centro da tutela jurídica nas relações familiares, como fundamento do Estado Democrático de Direito (Art. 1º, III, da CF/88), os princípios constitucionais que regem o Direito de Família, presentes nos artigos 206 e 207, devem servir de norte para a resposta à provocação.

Diante a ausência de comprovação, em instâncias inferiores, por parte da detentora da guarda unilateral, de como a verba alimentar era empregada, restou reconhecido através de (REsp nº 1.637.378/DF, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, DJe de 6/3/2019) que o alimentante com a propositura de ação de prestação de contas, não tinha a intenção de apurar crédito decorrentes da verba alimentar e sim sua correta aplicação por indícios levantados, inclusive do fato do menor não cursar escola particular que proporcionasse a inclusão, estando em escola pública, o que era incompatível com a vida que a detentora da guarda apresentava e a verba alimentar que recebia.

Em defesa, a guardiã do alimentado argumenta que, o alimentante nunca teve contato com o filho; devido a falta de

freqüência na escola optou por matriculá-lo em escola púbica para otimizar os recursos com saúde já que o plano de saúde não cobre todas as necessidades da criança, mas não apresentou nenhum tipo de comprovação documental.

Dessa forma, não fora argumentado de forma suficiente em nenhuma que pudesse conceder ao Julgador a possibilidade de julgar de forma diferente que foi.

Algumas doutrinas recentes e apresentadas no acórdão direcionam no sentido de ser possível a propositura de ação de prestação de contas por alimentos mesmo sem fortes indícios de má administração de a verba alimentar, bastando apenas comprovar que o alimentado possa estar passando situação que prejudique sua dignidade humana e seu desenvolvimento físico – psicológico e moral, mas que antes sempre deverá ser tentada a prestação amigável.

O julgado é encerrado de forma a determinar que neste caso em concreto, o juízo da causa defina os critérios que deverão ser observados para a aceitação da ação de prestação de contas, observados as peculiaridades do caso e por envolver reais interesses de menor de idade com necessidades especiais. Ressalta que, a ação de prestação de contas patrimoniais tem alguns requisitos para sua caracterização, “receitas, a aplicação

das despesas e os investimentos, se houver, bem como o respectivo saldo" no NCPC Art 550, §2º. – o que no caso da prestação de contas alimentar deverá ser prestada de forma clara sem tantas formalidades contábeis, mas com um mínimo de rigor técnico para facilitar o seu exame.

Não se pode dizer ainda que haja preponderância quanto à aceitação do pedido de Ação de Prestação de Contas por Pensão Alimentícia, mas há de se notar a mudança dos critérios de análise a estes pedidos pela égide do direito constitucional, pela proteção da dignidade da pessoa humana e proteção integral dos interesses da criança e do adolescente, pois, o respectivo acórdão fora decidido por meio de desempate da Sra. Ministra Nancy Andrighi, mesma ministra que, no ano de 2008, através do REsp: 985061, não reconheceu o recurso feito com este pleito fundamentando-o de forma estritamente processualista.

3 PESQUISA JURISPRUDENCIAL

> *"Direito civil e processual civil. Família. Recurso especial. Ação de prestação de contas. Alimentos. Ausência de interesse de agir. - No procedimento especial de jurisdição contenciosa, previsto nos Arts.. 914 a 919 do CPC, de ação de prestação de contas, se entende por legitimamente interessado aquele que não tenha como aferir, por ele mesmo, em quanto importa seu crédito ou débito, oriundo de*

vínculo legal ou negocial, nascido em razão da administração de bens ou interesses alheios, realizada por uma das partes em favor da outra. - O objetivo da ação de prestação de contas é o de fixar, com exatidão, no tocante ao aspecto econômico de relacionamento jurídico havido entre as partes, a existência ou não de um saldo, para estabelecer, desde logo, o seu valor, com a respectiva condenação judicial da parte considerada devedora. - Aquele que presta alimentos não detém interesse processual para ajuizar ação de prestação de contas em face da mãe da alimentada, porquanto ausente a utilidade do provimento jurisdicional invocado, notadamente porque quaisquer valores que sejam porventura apurados em favor do alimentante, estarão cobertos pelo manto do princípio da irrepetibilidade dos alimentos já pagos. - A situação jurídica posta em discussão pelo alimentante por meio de ação de prestação de contas não permite que o Poder Judiciário oferte qualquer tutela à sua pretensão, porquanto da alegação de que a pensão por ele paga não está sendo utilizada pela mãe em verdadeiro proveito à alimentada, não subjaz qualquer vantagem para o pleiteante, porque: (i) a já referenciada irrepetibilidade dos alimentos não permite o surgimento, em favor do alimentante, de eventual crédito; (ii) não há como eximir-se, o alimentante, do pagamento dos alimentos assim como definidos em provimento jurisdicional, que somente pode ser modificado mediante outros meios processuais, próprios para tal finalidade. Recurso especial não conhecido."
(STJ - REsp: 985061 DF 2007/0212442-0, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 20/05/2008, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: -- DJe 16/06/2008).

Importante apontar que em 2008, não existia a Emenda Constitucional nº 65, de 2010 que inseriu na CF a família como algo a ser protegida pelo Estado e nos artigos 226 e 227 toda a proteção a pessoa da criança e do adolescente e foi somente em 2014 que houve a modificação no Código Civil com a inserção do Art 1583 que insere no ordenamento jurídico brasileiro a guarda compartilhada apresenta no § 5º a possibilidade de guarda unilateral àquele que o não guardião além de fiscalizar (o que já era vigente) a utilização da verba alimentar solicitando informações, possa também prestar contas.

Em pesquisa realizada, mesmo em acórdãos de anos mais próximos do acórdão paradigma, as decisões fundamentaram-se da mesma forma, de forma processualista, repetindo as decisões de primeiro grau.

3.1 Características

Características do Acórdão paradigma:

O alimentado apresenta dupla vulnerabilidade: menor e pessoa portadora de necessidades especiais; Síndrome de Down, deficiência intelectual moderada, transtorno de desenvolvimento, deficiência visual grave e espectro autista.

O alimentante não ser o guardião do alimentado – inserido através do Art. 1583, §5º.

Omissão em instâncias inferiores de informações sobre a empregabilidade dos alimentos providos ao alimentante não guardião.

Invocado o caráter constitucional de um dispositivo privado em razão da dignidade da pessoa humana.

Novos entendimentos sobre a aplicabilidade da ação de prestação de contas.

Características da pesquisa empírica:

Decisão do recurso fundamentado na legalidade do apresentado, estritamente processualista, considerando não haver relação jurídica entre o alimentante e a genitora detentora da guarda unilateral.

3.1.1 **Fundamentos teóricos**

Princípios gerais e constitucionais dos direitos de famílias:

Os princípios constitucionais estão inseridos em todo o ordenamento jurídico. (DIAS, 2016).

Segundo o olhar de Daniel Sarmento para o tema, “se o direito não contivesse princípios, mas apenas regras jurídicas seria possível a substituição dos juízes por máquinas."

O princípio da dignidade humana não representa apenas um limite à atuação do Estado, mas constitui também um norte para a sua ação positiva.

Para Ana Carolina B. Teixeira e Maria de Fátima F. de Sá, em Fundamentos principiológicos:

> Na medida em que a ordem constitucional elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento da ordem jurídica, houve uma opção expressa pela pessoa, ligando todos os institutos à realização de sua personalidade. Tal fenômeno provocou a despatrimonialização e a personalização dos institutos jurídicos, e modo a colocar a pessoa humana no centro protetor do direito. (apud DIAS, 2016).

Da proteção integral da criança e do adolescente

Antes da emenda constitucional de A Emenda Constitucional nº 65, de 2010 a legislação brasileira, em geral, se concentrava apenas em crianças e adolescentes no âmbito de vulnerabilidades sociais, com forte viés punitivista.

Através da emenda, ao compreender no capítulo VII a família, a criança, o jovem e o idoso como passiveis de proteção

constitucional, o olhar as questões destes que a compõem devem receber a o prisma da proteção da dignidade da pessoa humana.

Em tratados de Direito das Famílias, Paulo Lôbo, enfatiza a dignidade da pessoa humana como sendo “o princípio maior, o mais universal de todos os princípios. É um macroprincípio do qual se irradiam todos os demais: liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade” (apud DIAS, 2016).

Família na Justiça

A formalidade jurídica muitas vezes é um entrave às famílias levarem questões ao judiciários, por não se sentirem abrangidas e compreendidas no ordenamento jurídico

Para haver tratamento adequado às demandas familiares multidisciplinares e plurais quais se apresentam é necessário o legislador começar a pensar nas especializações para compreensão e eficaz atendimento dessas demandas.

Os números comprovam que uma sentença não têm sido suficiente para resolver uma questão de família no âmbito do poder judiciário. (DIAS, 2016)

Questões probatórias

O magistrado, tendo o princípio da inércia, devendo ter a provocação para o julgamento do caso, tem por advento do CPC

em seus artigos 370 a possibilidade para julgamento de mérito solicitar a provas necessárias, inclusive inverter o ônus da prova, Art. 373, § 1º, CPC.

Há também que se considerar o desenvolvimento tecnológico vivido em sociedade no setor das telecomunicações possibilitando que muitas vezes provas tidas como ilícitas ou que não passaram por crivos formais como o de atas notariais, integrem o processo, devendo o magistrado considerar em sua aceitação ou não, direitos da criança e do jovem.

Em direito de família e as provas ilícitas, José Carlos Teixeira Giorgis explica que a prova merece tratamento especial, dosando os rigores da formalidade e o direito indisponível que está sendo discutido. (apud DIAS, 2016).

O poder familiar

A Constituição Federal (5.º I) concedeu tratamento isonômico ao homem e à mulher. Ao assegurar-lhes iguais direitos e deveres referentes à sociedade conjugal (CF 226 § 5.º), outorgou a ambos o desempenho do poder familiar com relação aos filhos comuns.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, acompanhando a evolução das relações familiares, mudou substancialmente o

instituto. Deixou de ter um sentido de dominação para se tornar sinônimo de proteção, com mais características de deveres e obrigações dos pais para com os filhos do que de direitos em relação a eles.

> O princípio da proteção integral emprestou nova configuração ao poder familiar, tanto que o inadimplemento dos deveres a ele inerentes configura infração susceptível à pena de multa (ECA 249). (DIAS, 2016)

O instituto da guarda

O fim do relacionamento dos genitores não livra qualquer deles dos encargos decorrentes do poder familiar. Não se alteram as relações entre pais e filhos (CC 1.632). Somente o impedimento de um deles, transfere ao outro o exercício com exclusividade do poder familiar (CC 1.631).

O distanciamento físico do filho com um dos pais, não configura impedimento que impeça o pai dos deveres que lhe são inerentes. Novo relacionamento amoroso, nascimento de outro filho,não devem ser obstáculos para o exercício do poder familiar (CC 1.636). (DIAS, 2016)

Na guarda unilateral, o ideal é que ela seja exercida por aquele que tem mais aptidão para proporcionar aos filhos as necessidades cotidianas.

No entanto, o outro progenitor não se exime de responsabilidade de acompanhamento e cuidados.

> Os filhos menores e incapazes são naturalmente frágeis, indefesos e vulneráveis, carecendo, portanto, de uma especial proteção que passa pela presença física, psicológica e afetiva dos pais, sendo esses os principais pressupostos da responsabilidade parental. A guarda tão apenas identifica quem tem o filho em sua companhia [...] (MADALENO, 2019, p.173).

Alimentos e suas características

Talvez se possa dizer que o primeiro direito fundamental do ser humano é o direito a Alimentos.

Para compreendermos melhor a importância do tema no recorte de Direito de Família, Alimentos compreendem inúmeras outras necessidades daquele que pede aquele que está em condição vulnerável de subsistência.

É garantir o mínimo existencial de alguém, garantir sua dignidade humana com alimento, saúde, educação, saneamento básico, moradia, etc para o amplo exercício de cidadania.

Pelo constitucionalismo, esse é o maior compromisso do Estado: garantir a vida.

Surge desse modo, o direito a alimentos como princípio da preservação da dignidade humana (CF 1.º III). Por isso os alimentos têm a natureza de direito de personalidade, pois

asseguram a inviolabilidade do direito à vida, à integridade física . Inclusive estão reconhecidos entre os direitos sociais (CF 6.º). (DIAS, 2016).

Outros itens completam a necessidade humana, que não alimentam somente o corpo, mas também a alma.

Da ação de prestação de contas.

A ação de prestação de contas divide-se em ação de exigir contas e ação de dar contas, diferindo-se quanto a quem toma a iniciativa de entrar com a ação.

Quando o credor de alimentos é menor, o responsável em prestar informações e esclarecimentos sobre a pensão alimentícia é o genitor guardião.

Surgindo a suspeita de que a verba alimentícia não está sendo utilizado de forma devida, o genitor que paga alimentos têm dispositivo em lei que possibilite ação específica para tal.

O direito de obter informações e esclarecimentos é inerente ao poder familiar, com a finalidade de zelar pelo bem-estar da criança, fiscalizando sua manutenção e educação. Art. 1589 CC. (FABRÍCIO, 2003).

A lei que regulamenta o exercício da guarda compartilhada, inserindo ao CC o Art.583, §5º, delimitou a fiscalização e a

prestação de contas somente ao genitor não guardião, ou seja, nos casos de guarda unilateral. (Lei 13.058, de 28/12/2014.)

Mas não parece razoável, em razão do poder familiar, limitar a apreciação da jurisdição o exercício desse direito somente aos casos de guarda unilateral.

Para Arnaldo Rizzardo, de forma inquestionável é possível a prestação de contas de pensão alimentícia através do Art. 550 CPC, pela Ação de Exigir Conta, sendo que alimentante figura como parte legítima para exigir a prestação de contas. (RIZARDO, 2019).

Constitucionalismo do Direito Civil

A hermenêutica constitucional para o Direito Civil permite que o Direito de Família avance para a contemporaneidade da necessidade de compreender e julgar situações de direito que jamais foram estáticas.

Desconsiderar essa interpretação é levar o tema para retrocesso social e meramente legalista. Ampliam-se as possibilidades e oportunidades de julgamento adequado aos temas trazidos pelas famílias.

Um novo modo de ver o direito emergiu da Constituição Federal, verdadeira carta de princípios, que impôs eficácia a todas

as suas normas definidoras de direitos e de garantias fundamentais (CF 5.º §1.º).

Segundo Paulo Bonavides, muitas das transformações levadas a efeito são frutos da identificação dos direitos humanos, o que ensejou o alargamento da esfera de direitos merecedores de tutela. (BONAVIDES, 2019).

4 CONCLUSÃO

Até o presente momento, ação de exigir contas - ação de prestação de contas, tem pouca aplicabilidade no ordenamento jurídico em razão de trazer em sua descrição o cabimento para relações jurídicas e cunho patrimonial, adjetivos estes não relacionáveis a prestação de alimentos.

As doutrinas contemporâneas não apresentam número expressivo de estudos relacionados a possibilidade da prestação de contas em razão de pagamento de alimentos.

Doutrinas que abordam a possibilidade não aprofundam a sua aplicabilidade além de relacioná-la ao Art. 1.5833 §5º do CC que limita ao genitor alimentante não guardião como e o genitor alimentante detentor da guarda compartilhada não tivesse o direito de fiscalizar os alimentos pagos à criança.

A jurisprudência sinaliza de forma contida a possibilidade de sua aplicação quando alcançado pelos julgadores o olhar constitucionalista na questão, entendendo como ameaças ao exercício do poder familiar e ao princípio da proteção integral da criança e do adolescente a sua não aceitação.

Quando direitos indisponíveis como o da dignidade da pessoa humana são colocados como prisma de análise de qualquer direito, inclusive o patrimonialista, o emprego de conceitos doutrinários tanto cíveis quanto constitucionais se encontram tornando possível o atendimento do pleito de fato, proporcionando ampla cobertura de proteção aos direitos das crianças e dos adolescentes.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Emenda Constitucional de nº 65,** de 13 de Julho de 2010. Altera a denominação do Capítulo VII do Título VIII da Constituição Federal e modifica o seu art. 227, para cuidar dos interesses da juventude. Diário oficial da União. Brasília, DF, 14 jul. 2010.

BRASIL. **Lei 13.058,** de 22 de 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. Diário oficial da União. Brasília, DF, 23 dez. 214.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1814639 / Recurso Especial 2018/0136893-1 – Distrito Federal. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 26 de maio 202. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201801368931&dt_publicacao=09/06/2020 . Aceso em: 14/03/2021.

BRASIL. Superior Tribuna de Justiça. REsp: 985061 DF 2007/0212442-0 – Distrito Federal. Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdão 20 maio 2008. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/ GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200702124420&dt_publicacao=16/06/2008. Acesso em: 14 mar. 2021.

BONAVIDES, Paulo, **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo, Malheiros, 2019

Código Civil, de 10 de janeiro de 2002.

Código de Processo Civil, de 16 de março de 2015.

Constituição da República Federativa do Brasil, de 5.10.1988

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Ensaios de direito processual**.Rio de Janeiro, Forense, 2003.

MADALENO, Rolf. **Manual de Direito de Família**. Rio de Janeiro, Forense, 2019.

RIZARDO, Arnaldo, **Direito de Família**, Rio de Janeiro, Forense 2019.

SANTOS, SOUZA, Marina Alice. Alimentos e Prestação de Contas: Uma análise da possibilidade do pedido das contas pelo alimentante ao guardião do alimentado. **Revista de direito** [recurso eletrônico]. / Universidade Federal de Viçosa, v.7, n, 2, p. 255-292, jul./dez. 2015.

STOLZE Gagliano, Pablo e PAMPLONA Filho, Rodolfo**, Novo curso de direito civil**, **volume 6 : direito de família**, São Paulo, Saraiva Educação, 2019).

ADOÇÃO E AFETO: BREVE ENSAIO SOBRE A FLEXIBILIZAÇÃO DO ARTIGO 42, §3º DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E O PRINCÍPIO DA SOCIOAFETIVIDADE DIANTE DA ANÁLISE DO RECURSO ESPECIAL N° 1.785.754 - RS

Bárbara Prates de Abreu[20]
Natália Matias Augusto[21]

1 INTRODUÇÃO

O presente ensaio discorre sobre a importância da adoção, abordando desde a definição, origem histórica até sua aplicação de maneira concreta na sociedade civil, bem como as dificuldades e os estigmas que esse instituto carrega. Além disso, trata principalmente da flexibilização de regra objetiva presente no ECA que diz respeito a diferença mínima de idade entre adotante e adotado face ao princípio da socioafetividade.

As problematizações em casos concretos em que já existem os laços afetivos são complexas e a oficialização pretendida através da adoção, ainda esbarra em regras específicas observadas

[20] Pós-graduanda em Direito Civil "Novos Paradigmas Hermenêuticos nas Relações Privadas" pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – Universidade de São Paulo. Advogada.
[21] Pós-graduanda em Direito Civil "Novos Paradigmas Hermenêuticos nas Relações Privadas" pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – Universidade de São Paulo. Advogada.

isoladamente. É a partir de tal ponto que faz necessária abordagem do assunto.

O tema é incontestavelmente de extrema relevância em face da contemporaneidade e diante das diversas formas familiares existentes na sociedade brasileira. O assunto e a quantidade de acontecimentos reais que surgem com certa frequência, o expõem em discussão revelando a urgência da profundidade do debate, não só tratando de questões superficiais ou burocráticas, mas buscando outros aspectos e a forma como tais informações atingem o público.

Logo, convida-se a refletir sobre a flexibilização das normas do direito de família, defendendo que se deve haver uma análise sistêmica do ordenamento jurídico para adequação a cada caso concreto. Discorrer e desenvolver um ensaio baseado em tal assunto se faz extremamente importante para compreender os avanços sobre esse instituto e como ele afeta a vida da população, além de avaliar de que maneira os operados do Direito devem se portar diante dessa discussão.

2 ACÓRDÃO PARADIGMA

O presente trabalho tem por objetivo a análise do REsp n° 1.785.754 - RS[22], julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 2019. Em verdade, trata-se originalmente de ação de adoção de pessoa maior ajuizada por J.P.C, visando adotar S.F.N, com base nos artigos 1.619 e 1.635, III do Código Civil.

Em breve síntese, os pais biológicos da adotanda, nascida em 1977, se separaram quando ela possuía apenas quatro anos de idade. A genitora da adotanda, então, constituiu nova família juntamente com o requerente, ora adotante, sendo que vivem há mais de três décadas juntos e em união estável oficializada desde 2007.

Assim, em exordial, o pedido principal do autor foi para a alteração do registro civil para a exclusão do nome do pai biológico da adotanda com a finalidade de substituir pelo seu, sob o argumento de que ao longo dos anos de convívio, constituiu vínculo afetivo filial com a mesma, acentuado pelo fato de que o pai biológico da Sra. S.F.N já é falecido.

O juízo de primeiro grau da cidade e comarca de Gravataí-RS extinguiu o feito sem resolução de mérito sob a incidência do art. 42, §3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, o

[22] STJ, Resp 1.785.754 – RS, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cuevas, 3ª Turma, 11.10.2019.

qual preceitua que o adotante deverá ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho que o adotando.

Inconformado com a sentença, o autor apresentou recurso de apelação, no qual sustentou que deveria ser reconhecido o afeto existente entre ele e a adotanda, consolidado nos 35 (trinta e cinco) anos de convivência. Outrossim, na data do ajuizamento da ação, o adotante contava com 56 (cinquenta e seis) anos, tendo nascido em 01/09/1961 e a adotanda, nascida em 19/06/1977, contava com 40 (quarenta) anos. Logo, a diferença de idade existida entre as partes e alegada pelo Magistrado para extinção do processo, se resumia em poucos meses.

O Tribunal local manteve a decisão do juiz *a quo* sob a justificativa de não cumprimento do critério objetivo, qual seja a idade mínima exata de 16 (dezesseis) anos de diferença e além disso, utilizou-se da afirmativa de que o vínculo afetivo entre o padrasto e a enteada por si só, não autorizava o acolhimento do pedido de adoção.

O Autor então alegou em sede de Recurso Especial além de divergência jurisprudencial, violação do supracitado art. 42, §3º do ECA, tendo em vista a robusta comprovação da relação socioafetiva existente entre ele e a enteada, capaz de formalizar a

adoção, argumentando a flexibilização do rigor formal da norma face a finalidade protetiva do Estatuto.

Desta feita, o Recurso Especial foi admitido na origem e acatado pela Terceira Turma, sob a justificativa do Ministro relator Ricardo Villas Bôas Cueva de que a relação paterno-filial existia há mais de 30 (trinta) anos, portanto, inegável a afetividade existente entre as partes e que fora devidamente comprovada nos autos durante instrução processual por meio das robustas provas.

Ao decorrer do acórdão, é possível verificar a exposição de jurisprudências favoráveis a possibilidade de ação de pessoa maior quando resta caracterizado a relação socioafetiva e a flexibilização dos requisitos legais.

Ademais, o Ministro Relator argumentou também que o magistrado deve estudar as particularidades de cada caso concreto, levando em conta os critérios objetivos como forma de proteção ao adotando, porém, sendo permitido de igual modo, interpretações face o princípio da socioafetividade.

Com isso, restou entendido a flexibilização da norma em caráter excepcional devido à circunstância fática ser favorável à adoção e a diferença etária próxima ao mínimo legal de 16 anos.

Ao fim, a Terceira Turma decidiu por unanimidade dar provimento ao recurso especial. Os Ministros Marco Aurélio Bellize, Moura Ribeiro, Nancy Andrighi e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Ministro Relator.

3 FUNDAMENTOS TEÓRICOS

3.1 Adoção: Conceito, Natureza e Aspectos Teóricos

Na concepção de Paulo Lôbo (2018, p. 277) a adoção "é ato jurídico em sentido estrito, de natureza complexa, pois depende de decisão judicial para produzir seus efeitos". Para Maria Helena Diniz (2017, p.585):

> A adoção vem a ser o ato judicial pelo qual, observados os requisitos legais, se estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para a sua família, na condição de filho, pessoa que geralmente, lhe é estranha.

Incomodado em relação ao conceito de vínculo fictício, Artur Marques (2019, p. 906) defende que "não se pode concordar com a ideia de que a adoção é criação fictícia de um vínculo", pois isso limita o conceito de família ampliada pela Constituição de 1988.

Por fim, Dimas Messias de Carvalho (2020) esclarece que atualmente a relação de adoção é um ato jurídico bilateral, construído no afeto e na convivência, afirmando que:

> Não se trata a adoção de um ato de caridade, mas o estabelecimento de uma relação de filiação sem vínculos biológicos, que se dá no campo do afetivo e do amor, independentemente da genética, construída na convivência, no afeto recíproco. A adoção significa atualmente a busca de uma família para uma criança e uma criança para uma família, é sempre via de mão dupla, em que os filhos e os pais se adotam e não apenas os pais adotam o filho, razão de tratar-se de ato jurídico bilateral. A relação de troca e afeto vai se dando também de forma mais ampla na órbita familiar, com os irmãos, avós, tios, primos e até nas relações afetivas com os amigos, ampliando e multiplicando as adoções recíprocas (CARVALHO, D., 2020, p. 715).

Em relação aos registros históricos da adoção verificou-se, conforme abordado na obra A Cidade Antiga (FOUSTEL DE COULANGES, 2011), que a adoção surgiu remotamente com a finalidade de impedir a extinção de crenças relativas aos antepassados. Com o propósito de assegurar a perpetuação do culto doméstico, havia uma necessidade de descendência, pois acreditava-se que, após a morte de um familiar, as cerimônias do culto fúnebre não podiam ser presididas por alguém que não fosse seu descendente ou parente próximo. Respeitar essa regra

permitia proteção em vida a todos que descendiam daquele tronco familiar, pois o que une a família antiga é a religião doméstica, como indica Coulanges:

> Havia troca perpétua de bons serviços entre vivos e mortos de cada família. O antepassado recebia dos descendentes o conjunto de refeições fúnebres, ou seja, os únicos prazeres usufruídos por ele na segunda vida. O descendente recebia do antepassado o auxílio e força de que necessitava nesta vida. O vivo não podia passar sem o morto, nem o morto sem aquele. Daí, o poderoso laço que se estabelecia entre todas as gerações de uma mesma família, fazendo dela um corpo eternamente inseparável. (FOUSTEL DE COULANGES, 2011, posição 588-591).

Logo, para que houvesse a perpetuação das famílias, aqueles que não podiam ter filhos adotavam e, consequentemente, podiam dar continuidade aos seus rituais e honra a seus antepassados, conforme ensina Domingos Abreu (2002, p. 19).

Embora a origem do instituto da adoção tenha sido essencialmente religiosa, Artur Marques (2019) explica que no decorrer da história, a adoção também assumiu finalidade econômica e até mesmo política, citando exemplos que ocorriam no Direito Romano. Tal constatação também fora observada em outros momentos históricos, associada à caridade e a mão de obra barata (SENADO FEDERAL, 2013).

Além disso, Antônio Chaves (1966) esclarece que o Código de Hamurabi[23] também dedicou de regulamentar parte de sua doutrina no tocante à adoção, que era minuciosamente prevista em alguns artigos e dispunha de certas sanções a quem descumprisse as ordens da família adotiva.

Importante instituto também poderá ser observado nos textos bíblicos, como o exemplo que se encontra no Livro Êxodo (Ex 2, 1-10), em passagem que narra a história de Moisés, que fora adotado pela filha do faraó no antigo Egito.

Com o decorrer do tempo, a adoção perdeu força na Idade Média, caindo em desuso tendo em vista a supremacia da Igreja Católica e a idealização da família cristã que nascia do matrimônio. Somente em 1804 voltou à tona com o Código de Napoleão e, aí sim, foi difundida para quase todas as legislações contemporâneas. Com isso:

> A adoção se insere no movimento geral de proteção à infância, sobretudo abandonada, denotando preocupação social. O caráter da adoção se altera profundamente, pois passa a ser efetiva no interesse do adotado. Com tal sentido, universalizou-se, haja vista as convenções internacionais sobre a adoção. Mas não se pode negar, também, um certo sentido de atender as pessoas que procuram na paternidade, pela via

[23] Capítulo XI – ADOÇÃO, OFENSAS AOS PAIS, SUBSTITUIÇÃO DE CRIANÇA, dos artigos 185 a 195.

> adocional, uma maior e plena realização como ser humano, preenchendo o vazio de não terem filhos biológicos. É um meio de conquistar, através do direito, aquilo que lhes foi negado pela natureza (ARTUR MARQUES DA S. F., 2019, posição 729-733).

No Brasil, o Código Civil de 1916 já disciplinava a adoção. Dentre as regras, só estava permitida a adoção por pessoas maiores de cinquenta anos e sem descendentes, com uma diferença de idade de dezoito anos perante o adotado. E mais, a adoção só era possível se os adotantes fossem casados e era feita por escritura pública.

Diante de vários entraves causados pelo caráter rígido do Código Civil de 1916 no que respeita o tema em análise, eis que surge em 1957, a Lei nº 3.133, com o propósito de atualizar a redação de alguns artigos do mencionado código, flexibilizando a idade do adotante a partir dos trinta anos de idade, bem como a diferença de idade para 16 anos entre o adotante e adotado. Mas, ainda assim, mesmo com o avanço que o instituto demonstrava, havia certa distinção entre os filhos biológicos ou legitimados e os filhos adotivos. Estes, por exemplo, não eram envolvidos nas sucessões hereditárias.

Antônio Chaves (1966) observou que mesmo com tais alterações, ainda sobrevivia a “condição de estranho” do filho

adotivo. Afirmou: “por mais generosa que seja sua finalidade, ainda não satisfaz completamente às exigências do nosso tempo, principalmente pelas hesitações do legislador no que diz respeito à solução de vários problemas” (CHAVES, 1966, p. 339).

Visando solucionar os anseios sobre o instituto, em 1965, a Lei nº 4.655 estabeleceu a legitimação adotiva. Esse marco permitiu uma ampliação no processo de adoção de crianças abandonas. Além desse exemplo, permitiu a perfilhação ao legitimado adotiva, reconhecendo sua condição de filho para todos os efeitos legais, salvo no caso de sucessão, quando concorresse com o filho legítimo gerado posterior ao processo de adoção.

Mais adiante, ainda que não se pretenda aprofundar os motivos de seu surgimento, o chamado Código de Menores – Lei nº 6.697/1979 – além de acolher alguns princípios da legitimação adotiva, incorpora outras duas espécies de adoção: a simples e a plena. Nesta espécie, rompia-se toda e qualquer ligação do adotado em relação a sua família biológica, era irrevogável, destinada aos menores de até sete anos de idade e, dentre as regras, um dos cônjuges adotantes deveria ter mais de trinta anos de idade e pelo menos cinco anos de casamento. Já a simples,

necessitava de autorização judicial e apenas realizava uma alteração na certidão de nascimento do menor.

Somente com a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, §6º é que essa distinção entre os filhos fora cessada, assegurando que os filhos adotados terão os mesmos direitos e qualificações e ficando expressamente proibido qualquer tipo de diferença e discriminação no que tange respeito à filiação. Com isso, a Constituição assume, nos dizeres de Tercio Sampaio Jr. (2019, p. 61): "a entidade familiar como uma instituição sujeita a transformações em sua estrutura e em suas funções".

O Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 41 dispõe acerca do assunto, atribuindo a condição de filho ao adotado, além de desligá-lo de qualquer vínculo com a sua família de origem, salvo disposição em contrário. Com o mesmo texto constitucional, o Código Civil de 2002 reafirma a posição em seu artigo 1.596. Por fim, a então conhecida Lei Nacional da Adoção (Lei 12.010 de 2009) revoga e altera vários artigos do Código Civil sobre o tema, consolidando a matéria no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Nesse contexto, comentando toda evolução do instituto da adoção, Sílvio Rodrigues (RODRIGUES, 2006, *apud* TARTUCE, 2021, p. 490) observa que dentro do direito de

família, a adoção talvez seja o instituto que mais tenha sofrido alterações no decorrer do tempo, o que acabou gerando, segundo o autor "uma *colcha de retalhos legislativa*", ocasionando, portanto, uma instabilidade legislativa que durou por anos.

Embora o vínculo parental dependa da apreciação jurisdicional, a consolidação da matéria alterou o cenário do instituto da adoção no Brasil, que passou a ter uma finalidade protetiva e afetiva. Assim, recolhendo aqui a lição de Rolf Madaleno (2019, p. 677) "adoção é sem qualquer dúvida o exemplo mais pungente da filiação socioafetiva, psicológica e espiritual, porque sustentada, eminentemente, nos vínculos estreitos e únicos de um profundo sentimento de afeição".

3.2 O afeto como elemento constitutivo das relações familiares e bem juridicamente tutelado

As diversas modalidades de família existentes, são por via reflexa, resultado de alterações sociais que acompanham o desenvolvimento de uma determinada sociedade. E não há dúvidas de que o direito brasileiro já assumiu uma postura na qual reconhece que a constituição familiar se fundamenta no afeto.

A respeito da importância do afeto nas relações familiares, cuida-se, como bem enfatizou Giselda Hironaka (2006) em palestra proferida no V Congresso Brasileiro do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) que:

> O **afeto**, reafirme-se, **está** na base de constituição da relação familiar, seja ela uma relação de conjugalidade, seja de parentalidade. O afeto está também, certamente, na origem e na causa dos descaminhos desses relacionamentos. Bem por isso, o afeto deve permanecer presente, no trato dos conflitos, dos desenlaces, dos desamores, justamente porque ele perpassa e transpassa a serenidade e o conflito, os laços e os desenlaces; perpassa e transpassa, também, o amor e os desamores. Porque o afeto tem um quê de respeito ancestral, tem um quê de pacificador temporal, tem um quê de dignidade essencial. Este é o afeto de que se fala. O afeto-ternura; o afeto-dignidade. Positivo ou negativo... O imorredouro afeto. […] O direito de família, enquanto é concebido como campo do direito civil responsável pela solução de conflitos entre membros de um *conjunto de pessoas vinculadas por parentesco consanguíneos, quer na linha reta, quer na linha colateral*, é um direito incompleto: enquanto não se permitir ser concebido como *campo do direito responsável pela regulação das relações de afeto*, a *família* presente na sua designação certamente continuará sendo uma instituição jurídica, mas ainda não conseguirá ser, de forma alguma, uma *instituição humana* (HIRONAKA, 2006, p. 10/11).

É o que se confirma pelo julgado em análise. Uma família pluriparental, em que o grau de afeto entre um padrasto e sua

enteada é tão intenso que atinge o seu ápice quando surge o desejo pela adoção.

Não obstante, pontua-se que na sociedade contemporânea ainda existe uma grande devoção aos laços sanguíneos. A ligação hereditária é um pressuposto indiscutível que dita as normas de continuidade familiar, por isso são comuns questionamentos sobre a conveniência de incluir ou não uma pessoa estranha na condição de filho. Porém, por mais que o instituto aqui em questão ainda esbarre em diversos tipos de preconceitos e tabus, aos poucos o brasileiro caminha no sentido de questionar e entender cada vez mais a adoção, reforçando que as relações familiares e afetivas não são necessariamente garantidas pelos laços biológicos.

Já que a finalidade da adoção é efetuar uma substituição completa da família biológica pela adotiva, é mais que necessário uma construção de laços afetivos entre os pretendentes e o adotado, tendo em vista que o adotar envolve a importância do núcleo familiar no desenvolvimento do indivíduo, porque é junto à família que as questões sociais e afetivo- emocionais se estabilizam, criando-se os vínculos que asseguram a sua formação.

Insta mencionar que, após as alterações trazidas pela Lei 12.010 de 2009, o critério da afetividade passou a constar expressamente como critério na apreciação do pedido de adoção (art. 25, parágrafo único[24] e art. 28, §3º[25], ambos do ECA). Com isso, a inclusão da afetividade no processo decisório ganha relevância normativa (CALDERÓN, 2017).

No caso em testilha, restou evidentemente comprovado a construção de tal relação devido ao tempo de convivência entre as partes, de aproximadamente 30 (trinta anos) em que o padrasto assumiu a figura de genitor na vida de sua enteada. Aqui, se traduz a escolha da paternidade baseada no desejo do afeto e que não se baseia em uma condição biológica, mas tem a sua natureza na relação e construção social.

Aliás, observa-se claramente no acórdão que o Ministro Relator destaca a afetividade entre as partes como um dos motivos para a reversão da decisão do caso, inserindo, inclusive,

[24] Art. 25. Parágrafo único. Entende-se por família extensa ou ampliada 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.

[25] Art. 28. § 3 o Na apreciação do pedido levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida.

doutrinas que abordam a respeito do assunto dando destaque no texto de seu voto.

O afeto é um elemento essencial das relações familiares e de próprios interesses de pessoas envolvidas na situação, independentemente da intervenção de outrem. Logo, a afetividade deixa de ser interesse exclusivamente privado e entra no âmbito jurídico, confirmando assim sua importância como um relevante valor sociológico.

3.3 Da flexibilização do artigo 42, §3º do Estatuto da Criança e do Adolescente

De acordo com o artigo 42, §3º do ECA deve haver uma diferença mínima de 16 (dezesseis) anos de idade entre adotante e adotado. O objetivo original dessa norma era o de estabelecer a filiação por adoção em condições similares à filiação biológica. Há quem defenda também que essa diferença é necessária para dificultar a utilização do instituto para motivos escusos como por exemplo, o interesse sexual por menor de idade (ROMANO, 2020).

Embora haja uma preocupação do legislador em evitar uma discricionariedade com a aplicação das soluções desprovidas de qualquer limite estabelecido pelo ECA, tal atuação não pode se

distanciar da realidade. A adoção ou qualquer outra forma de colocação em família substitua deve refletir a realidade já estabelecida

Ainda há uma resistência por parte do Judiciário acerca das adoções que não obedecem aos critérios objetivos descritos em lei, tanto é que no julgamento do caso o acolhimento do pedido foi negado em primeira e segunda instância.

Enio Gentil Vieira Júnior (2012, p. 71-90) menciona que:

> [...]“adoções peculiares”, quais sejam, as que não se enquadram, numa referência a Hans Kelsen, na “moldura estatutária da adoção”, que tem como principais limites objetivos, a impossibilidade de adoção formulada pelos avós e irmãos dos adotantes, a adoção unilateral formulada permitida apenas ao cônjuge ou companheiro do genitor da criança, a diferença de idade entre adotante e adotando, fixada no mínimo em dezesseis anos, e a impossibilidade de adoção por um casal separado quando o estágio de convivência não tenha se iniciado durante o período de convivência do casal.

Mais uma vez voltando-se ao caso em discussão, o próprio Ministro concluiu que o limite mínimo de idade entre as partes envolvidas no processo de adoção é uma referência a ser observada, mas que não impede interpretações diante a socioafetividade. Especialmente quando essa diferença é mínima, resumindo-se a meses.

Quando se fala na flexibilização de uma norma, deve-se entender que uma lei não é composta apenas de um único artigo e, ainda que se reconheça a literalidade do artigo que veda a espécie de adoção que se pretende, nada mais adequado do que uma interpretação sistêmica e principalmente, social do Estatuto.

De fato, embora seja coerente o estabelecimento de diferença de idade mínima entre os pretendentes a adoção e o adotado e que se origina da idade núbil presente no artigo 1.517 do Código Civil, é preciso levar em conta a finalidade protetiva do ECA. As normas que o compõe, devem ser interpretadas em favor do menor, visando o seu melhor interesse. No mesmo sentido, a adoção de pessoa maior recebe a mesma proteção do estatuto conforme artigo 1.619 também do Código Civil.[26]

A finalidade do artigo em estudo é de se evitar que o adotado pudesse ter idade muito próxima à do adotante, levando-se em conta a maturidade e todas as questões psicológicas e educacionais, na qual, em regra, a diferença de idade

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

proporcionaria maior capacidade do adotante para desempenhar o seu papel.

Todavia, a flexibilização dessa regra em cada caso concreto, se faz necessária diante do cenário atual em que se encontra a sociedade brasileira e das novas percepções de família. Inúmeros são os casos de a figura paterna ser representada pelo padrasto (como no caso em apreço) e o desejo de formalizar tal enquadramento.

Quando há a prevalência do afeto, uma relação sólida, um vínculo socioafetivo já criado entre as partes, ainda mais importante tornar menos rígida a norma. O objetivo principal dessa regra face à adoção, é proporcionar melhores condições ao adotado e respeitando, acima de tudo, o seu bem-estar.

Segundo Dimas Messias de Carvalho (2020):

> A diferença de idade, entretanto, não vem sendo interpretada de forma absoluta, já existindo decisões que permitem, excepcionalmente, reduzir a diferença de 16 anos quando já existe uma situação de fato consolidada pela convivência afetiva, evidenciando a relação paterno-filial entre o adotando e os adotantes. A possibilidade, reitera-se, é excepcional, somente admitida no caso concreto em que a filiação socioafetiva já se desenvolveu e solidificou, configurando-se a prevalência do melhor interesse do menor em regularizar juridicamente uma situação de fato, nos casos em que o

> adotando já está inserido como filho na família dos adotantes (CARVALHO, D., 2020, p. 754).

Aliás, esse tem sido o entendimento dos Tribunais. Como exemplo, segue abaixo precedente de 2002, ou seja, há 19 (dezenove) anos, no qual já podíamos observar a tendência em flexibilizar a norma, no seguinte sentido:

> CIVIL E PROCESSO CIVIL. ADOÇÃO. ECA. DIFERENÇA DE IDADE ENTRE O ADOTANTE E O ADOTADO. MÍNIMO LEGAL.MITIGAÇÃO DOS RIGORES DA LEI EM BENEFÍCIO DO MENOR.1. Quando o estatuto exige a diferença mínima de idade entre o adotante e o adotado de 16 (dezesseis) anos, fá-lo somente para assegurar o papel paterno assumido, o que já restou claro, quando se fala dos fortes laços afetivos que os unem, e quando a inicial diz que o menor o respeita como a um pai e inclusive assim o chama.2. Assevero que, neste caso, em que a diferença de idade perfaz 15 anos e 3 meses, portanto o adotante quase atinge a idade mínima, considero ser conveniente aos interesses do menor, ante a possibilidade de fornecer ao adotando ambiente familiar saudável, propício a seu desenvolvimento completo. (Acórdão 166192, APE 20000130017887 DF, Relator: SILVÂNIO BARBOSA DOS SANTOS, Data de Julgamento: 21/10/2002, 2ª Turma Cível, Data de Publicação: DJU 12/02/2003, Pág.: 37).

O Estatuto da Adoção do IBDFAM lançou proposta que originou o PSL 394/2017[27], projeto que prevê a inserção na legislação da possibilidade de flexibilização da diferença mínima de idade. Atualmente, o projeto aguarda designação do relator para prosseguir com a redistribuição da matéria.

A ideia é uma alteração no Estatuto da Criança e do Adolescente, especificamente no capítulo referente à adoção, no qual estabeleceria da seguinte forma a redação do artigo:

> Art. 72. Podem adotar os maiores de dezoito anos, independentemente do estado civil.
> § 1º Os adotantes devem ser, pelo menos, dezesseis anos mais velhos do que o adotando, **podendo o juiz, a depender do tempo de convivência, flexibilizar esta diferença de idade**. (grifo nosso)

Segundo Paulo Lépore (2017) em entrevista ao Instituto Brasileiro de Direito de Família sobre a flexibilização etária para adotar "[...] as amarras que impedem as adoções devem ser afrouxadas, pois o sistema jurídico não pode ser mais um entrave para a busca da felicidade em família para nossos infantes".

[27] BRASIL. Congresso. Senado. Projeto de Lei nº 394, de 18 de outubro de 2017. Brasília, Disponível em: https://https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/131275. Acesso em: 31.01.2021.

Em suma, se faz extremamente importante a flexibilização da norma nesse sentido, obviamente, obedecendo o caso específico de cada um. Por exemplo, de fato, não se mostraria razoável a adoção de um menor de 15 (quinze) anos, por um adotante de 18 (dezoito) anos, justamente pela proximidade de idade, características biológicas, maturidade, etc.

Contudo, quando essa diferença é mínima, se há uma relação socioafetiva formada há muito tempo, em um vínculo paterno-filial sólido, não há porquê indeferir o pedido da adoção.

Em verdade, tudo deve se encaminhar para uma parentalidade responsável.

Os sentimentos também são de grande primazia ao abordar tal questão, pois é através do afeto que se consolida a relação parental, a ligação de amor e carinho são a base de onde se origina a matéria prima para o ideal exercício da parentalidade. Não basta, contudo, as afeições em sentido literal, estas devem estar conectadas intimamente à responsabilidade.

As observações a seguir, expostas por Maria Berenice (2009, p. 388) são de grande valia, senão veja-se:

> Nesse extenso rol não consta o que talvez seja o mais importante dever dos pais com relação aos filhos: o dever de lhes dar amor, afeto e carinho. A missão constitucional dos pais, pautada nos deveres de assistir, criar e educar os filhos

> menores, não se limita a encargos de natureza patrimonial. A essência existencial do poder familiar é a mais importante, que coloca em relevo a afetividade responsável que liga pais a filhos, propiciada pelo encontro, pelo desvelo, enfim, pela convivência familiar.

A parentalidade no contexto da adoção é vivenciada de diversas formas. Trata-se de uma atitude, de uma obrigação, que passeia pelos desejos em ter uma descendência, pela ansiedade durante a espera pelo processo adotivo, a qual, após se concretizar no núcleo familiar, culmina em sentimentos mais nobre que um ser humano possa ter, quais sejam, de amor e carinho.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho buscou abordar questões relativas à adoção, analisando de maneira singular a flexibilização da norma que estipula uma diferença mínima de 16 (dezesseis) anos entre os envolvidos no processo de adoção. A análise desenvolveu-se especialmente baseada nas legislações tradicionais como a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente, até as mais recentes leis e suas alterações, incluindo projeto ainda em análise para aprovação.

Com o intuito de tecer um raciocínio lógico, o uso do ensaio como metodologia para o desenvolvimento da atividade se fez necessário para discutir o tema com base teórica em doutrinas, artigos, textos de lei, expondo as ideias e pontos de vista das autoras sobre o tema.

O afeto se mostrou como um elemento indispensável já que é importante em qualquer relação humana, ainda mais aquelas que envolvem questões pertinentes no caso da adoção. Daí a importância de abordá-lo de maneira sensível, mas ao mesmo tempo em que revele a sua indispensabilidade para a construção de relações que terão um impacto jurídico e sociológico.

A análise tem como intuito defender a flexibilização da regra contida no artigo 42, §3º do ECA sob a luz da análise de cada caso concreto, deferindo a adoção quando a relação entre as partes se mostrar pautada na socioafetividade e no vínculo já criado entre adotante e adotado. De forma a concluir o trabalho, é extremamente importante o exercício da parentalidade responsável, unindo o caráter psicológico-afetivo ao jurídico-social a que a adoção aspira, com o intuito de valorar o núcleo familiar constituído pela adoção, preservando-o e protegendo-o como um todo.

5 REFERÊNCIAS

ABREU, Domingos. **No bico da cegonha: histórias de adoção e da adoção internacional no Brasil**. Rio de Janeiro: Redume Dumará, 2002. ISBN 8573162791 (COLEÇÃO ANTROPOLOGIA DA POLÍTICA). Disponível em: http://nuap.etc.br/wp-content/uploads/2020/05/no_bico_da_cegonha.pdf. Acesso em: 09 de março de 2021.

BRASIL. Congresso. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 394, de 18 de outubro de 2017**. Dispõe sobre o Estatuto de Criança ou Adolescente. Autoria: Senador Randolfe Rodrigues Brasília, DF: Senado Federal, 2017. Disponível em: https://https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/131275. Acesso em: 31.01.2021.

BRASIL. [Constituição (1998)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 2016. 496 p. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 11 de janeiro de 2002.

BRASIL. **Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009**. Dispõe sobre adoção [..] Brasília, 4 de ago. de 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm. Acesso em: 31.01.2021.

BRASIL. **Lei nº 13.509, de 22 de novembro de 2017**. Dispõe sobre adoção […]. Brasília, 23 de nov. de 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13509.htm. Acesso em: 31.01.2021.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Institui o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, RJ: Presidente dos Estados Unidos do Brasil. 05 de janeiro de 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm. Acesso em: 29.01.2021.

BRASIL. **Lei nº 3.133, de 08 de maio de 1957**. Atualiza o instituto da adoção prescrita no Código Civil. Rio de Janeiro, 9 maio 1957. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L3133.htm. Acesso em: 30.01.2021.

BRASIL. **Lei nº 4.655, de 02 de junho de 1965**. Dispõe sobre a legitimidade adotiva. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4655.htm. Acesso em: 14 dez. 2018.

BRASIL. **Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979**. Institui o Código de Menores. Brasília, 10 de out. 1979. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1970-1979/L6697.htm. Acesso em: 30.01.2021.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial: seção 1, Brasília, DF, n. 135, 16 de julho de 1990.

BRASIL. Senado Federal. Secretaria Especial de Comunicação Social. Adoção: mudar um destino. **Em discussão!: revista de audiências públicas do Senado Federal.** Brasília, v. 15, n. 4, p.1-40, maio 2013.

CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530977153/. Acesso: 04 mar. 2021.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555591798/. Acesso em: 04 de março de 2021.

CHAVES, Antônio. **A legitimação adotiva, forma mais avançada de integração de crianças abandonadas ou expostas, em lares substitutos [...]** *In:* Aula inaugural do ano letivo da Faculdade de Direito de Santos proferida em 4 de março de 1966. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66528/69138. Acesso em: 7 mar. 2021.

COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma**. Tradução: J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. 2. ed. rev. da tradução. São Paulo: Thomson Reuters Brasil (Revista dos Tribunais – textos fundamentais), 2011. ISBN 9788553215249. Versão Kindle.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 5. ed. Ver., ampl e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, v.5:** direito de família. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão dominação**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Sobre peixes e afetos – um devaneio acerca da ética no direito. *In:* CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5., 2005, Belo Horizonte. **Anais** […]. Belo Horizonte: Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2005. Disponível em: https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/18.pdf. Acesso em: 04 de março de 2021.

LÉPORE, Paulo. A flexibilização da idade mínima para realizar uma adoção. Entrevista cedida a Assessoria de Comunicação do IBDFAM. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**, [*S.l.*] 01 nov. 2017. Disponível em: https://ibdfam.org.br/noticias/6484/A+flexibilização+da+idade+mínima+para+realizar+uma+adoção. Acesso em: 31 jan. 2021.

LIVRO ÊXODO. *In:* BÍBLIA. Português. **Bíblia Sagrada**. Tradução dos textos originais, com notas, dirigido pela Sociedade Bíblica Católica Internacional. São Paulo: Paulus, 1998. p. 68-115.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: volume 5: famílias**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547229108/. Acesso em: 09 Mar 2021.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família.** 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530987961. Acesso em: 02 de março de 2021.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil. Direito de família**. 28. ed. atual. por Francisco Cahali. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 336-339, *apud* TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito de família**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Disponível em: https://integrada.minha biblioteca.com.br/#/books/9788530993818/. Acesso em: 8 de março de 2021.

ROMANO, Rogério Tadeu. A adoção e a diferença mínima de idade entre adotante e adotado. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 25, n. 6088, 2 mar. 2020. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/79633. Acesso em: 30 jan. 2021.

SILVA FILHO, Artur Marques da. **Adoção: regime jurídico, requisito, efeitos, inexistência, anulação**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. ISBN 9786550650469. Versão Kindle.

VIEIRA JÚNIOR, Enio Gentil. A possibilidade de flexibilização das regras impeditivas da adoção para atender a casos peculiares: adoção por avós e tios. **Revista da Esmesc**, Santa Catarina, v. 19, n. 25, p. 71-90, set. 2012.

ANULAÇÃO DE PATERNIDADE À LUZ DOS TRIBUNAIS

Euripedes Alves Ferreira Junior[28]
Marcelo de Oliveira Terra Filho[29]

1 INTRODUÇÃO

O tema paternidade vem sofrendo notável evolução nos últimos anos, seja em razão dos avanços científicos, ou em razão do próprio progresso de nossa sociedade que superou diversos tabus. Em razão disso, o direito vem buscando adaptar-se a essa nova realidade, passando a tutelar relações que até então eram ignoradas.

Com uma metodologia de estudo baseada em alguns estudos bibliográficos e decisões jurisprudenciais, foi revelado que a relevância do estado de filiação é de tal magnitude no mundo jurídico que não pode resultar de ilações, deduções ou probabilidades, mas sim, devendo-se mostrar, desde logo, evidente, inequívoco e incontestável.

---

[28] Pós-graduando em Direito Civil "Novos Paradigmas Hermenêuticos nas Relações Privadas" pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – Universidade de São Paulo. Advogado.

[29] Pós-graduando em Direito Civil "Novos Paradigmas Hermenêuticos nas Relações Privadas" pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – Universidade de São Paulo. Advogado.

Logo, a paternidade é o fato de maior importância para todo indivíduo, não podendo ser declarada ou desconstituída sem justa causa, isto é, sem uma razão relevante.

A importância do tema, bem como o fato de ser algo muito frequente no mundo jurídico, despertou o interesse na produção deste trabalho que busca apresentar de forma simples e objetiva as diversas situações envolvidas na análise e no julgamento da matéria.

Será demonstrado neste estudo, que existem alguns fatores que apesar de parecerem ser "peça chave" para análise da questão, na verdade não fazem muita diferença.

Isso acontece porque com o passar dos anos e com o aumento das demandas judiciais, foi gerado um entendimento acerca da matéria em que a ausência do vínculo biológico por si só não é suficiente para anular a paternidade, e que a afetividade como valor jurídico e expressivo, acaba pesando mais na hora de decidir a lide.

Este é o posicionamento maior defendido pelos Tribunais, o qual será abordado no presente artigo.

2 METODOLOGIA APLICADA

A pesquisa se caracterizou como exploratória, de abordagem qualitativa, essencialmente interpretativa e de natureza aplicada, com procedimento técnico de um estudo de caso no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

O processo de interpretação foi dividido em duas etapas: a primeira inclui a análise de assunto, e a segunda a tradução ou transposição dos conceitos identificados na primeira etapa para uma linguagem de indexação.

Trata-se de uma interpretação pessoal, haja vista que é um processo de redução semântica da informação original, permeado pela necessidade de normalização terminológica, e também, por um contexto de ação social, cultural e sócio-político.

A etapa de análise do assunto, além de complexa é essencialmente subjetiva, pois, foi marcada por diversos fatores como experiência, conhecimentos e valores, a qualidade dos instrumentos terminológicos e por variações que podem ocorrer quando um mesmo indexador, ou indexadores diferentes, atribuem conceitos diversos para um mesmo documento em momentos distintos. (GONÇALVES, 2004. p.86)

Assim, foram necessários procedimentos sistematizados para a redução dessa subjetividade na análise de assunto, pois quanto maior compreensão o indexador tem do processo e da

subjetividade nele envolvido, melhores as condições de se resolver, metodologicamente, os problemas.

Na primeira fase foram feitas buscas bibliográficas do Direito, sobre temáticas afins à indexação da jurisprudência e de acórdãos – os quais constituem subconjuntos de documentos jurisprudenciais – sem delimitação de recorte temporal. As buscas bibliográficas foram feitas nas bases de dados do Tribunal de Justiça de São Paulo e do Superior Tribunal de Justiça. Como estratégia de busca, ainda na primeira fase, utilizaram-se as seguintes expressões: reconhecimento de paternidade; sócioafetividade; erro substancial.

Já na segunda fase, foram realizadas a seleção e análise dos trabalhos recuperados na primeira fase, como artigos e trabalhos relacionados ao tema da indexação manual/intelectual de acórdãos, além de jurisprudências a partir das ementas, selecionadas a partir dos critérios de busca referentes à organização temática da informação jurídica; nesse último caso, é preciso considerar que a ementa é um tipo de resumo jurisprudencial e compõe a estrutura temática do acórdão. Ademais, há uma aproximação conceitual e metodológica entre a indexação e a elaboração de resumos, o que justifica a inclusão

das ementas como objeto de estudo na pesquisa realizada. (GUIMARÃES; SANTOS, 2016. p. 32-43)

Por fim, após a identificação do acordão paradigma, e uma leitura sistematizada, a próxima etapa é a apresentação dos resultados, análises e discussões sobre a decisão.

3 ACÓRDÃO PARADIGMA

O presente trabalho tem por escopo a análise do Recurso Especial nº 1.741.849, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 26/10/2020. Trata-se da Ação Negatória de Paternidade cumulada com pedido de exoneração de alimentos motivada pela ausência de vínculo biológico descoberto no exame de DNA.

O estudo do tema se mostrou muito interessante em razão das peculiaridades do caso, conforme será exposto a seguir.

O recorrente ingressou com a presente demanda distribuída em 2013 alegando que contraiu matrimônio com “I S” em 1999, vindo o casal a se separar de fato em 2005 e efetivamente dissolver o vínculo conjugal em 2010 através do divórcio. Durante a constância do casamento advieram as filhas “Ester” (nascida em 2002) e “Danielle” (nascida em 2005).

Alegou ainda que registrou ambas as recorridas como filhas, sem ao menos cogitar a possibilidade de ambas não

possuírem vínculo genético com o mesmo, e que, somente veio a desconfiar posteriormente, por intermédio de supostos alertas de pessoas próximas.

Foi realizado exame de DNA em 2014, o qual restou conclusivo no sentido de excluir a paternidade biológica do recorrente sobre ambas as filhas. Em sede de instrução probatória, foi realizada perícia com a finalidade de constatar eventual configuração de relação paterno-filial de natureza socioafetiva.

Após manifestação das partes acerca do laudo, foi prolatada sentença julgando a ação parcialmente procedente, no sentido de desconstituir a paternidade do recorrente e exonerá-lo do pagamento da pensão alimentícia à filha "Ester", ao fundamento de que muito embora o exame de DNA tenha excluído a paternidade biológica, ficou configurada a existência de paternidade socioafetiva apenas em relação à filha "Danielle".

Houve interposição de Recurso de Apelação pela recorrida "Ester" pugnando pelo reconhecimento da paternidade de ambas filhas diante do resultado da perícia. O genitor também recorreu da decisão *"a quo"* postulando pela procedência da ação no sentido de desconstituir a paternidade sobre ambas as filhas, bem como, exonerá-lo do pagamento das pensões.

Os recursos foram conhecidos, no entanto, foi dado provimento ao primeiro apelo no sentido de reconhecer a existência de paternidade socioafetiva em relação a ambas as filhas, negando, por conseguinte, provimento ao recurso de apelação do recorrente.

O fundamento para tal decisão levou em consideração o fato de que as recorridas sempre ostentaram o estado de filhas, sendo que o resultado da perícia sobre a relação socioafetiva estabelecida ao longo de dez anos não poderia ser ignorado apenas pelo fator genético.

Irresignado, o recorrente interpôs Recurso Especial perante o STJ alegando violação ao artigo 1.604 do Código Civil de 2002, e que a relação paterno-filial, embora existente em tempos passados, não existe mais desde a revelação da inexistência do vínculo genético.

Ao analisar a questão a Relatora, Ministra NANCY ANDRIGHI, ponderou que o propósito recursal era definir se ao tempo do registro de sua prole, o genitor estava ou não induzido em erro, e que a despeito da relação paterno-filial socioafetiva, mesmo que por longos anos, seria admissível o desfazimento do vínculo registral na hipótese de ruptura superveniente dos vínculos afetivos.

Destacou que seria admissível a presunção de que os filhos concebidos durante a constância de um casamento estável fossem registrados pelo genitor com plena convicção acerca do vínculo genético, especialmente, quando não há dúvidas acerca da relação biológica ao tempo do registro.

Ressaltou ainda, que mesmo quando configurado o erro substancial no registro civil, é importante analisar a existência de vínculos socioafetivos entre o genitor e sua prole, e que por vezes, a existência de tal vínculo faria que o vínculo de natureza biológica deixasse de ser tão importante.

Segundo entendimento da Relatora, a constante instabilidade das relações conjugais na sociedade contemporânea não deve impactar nas relações filiais construídas ao longo do tempo, independentemente do vínculo biológico. Também citou como paradigma outro julgado daquela Corte, na qual foi pronunciado:

> O assentamento no registro civil a expressar o vínculo de filiação em sociedade nunca foi colocado tão à prova como no momento atual, em que, por meio de um preciso e implacável exame de laboratório, pode-se destruir verdades construídas e conquistadas com afeto". (REsp 1.003.628/DF, 3a Turma, DJe 10/12/2008).

Nesta esteira, frisou que muito embora tivesse havido entre as partes um longo período de convivência e de relação filial, não poderia deixar de ser levado em consideração que após a realização do exame de DNA, ocorrido em 2014, todos os laços mantidos entre o pai e as filhas foram abrupta e definitivamente rompidos, e que tal situação se mantém por mais de 06 anos.

E que diante desse cenário, a manutenção da paternidade registral seria um ato unicamente ficcional, sendo correto afirmar que a realidade jurídica deve ser aderente à realidade humana e social.

Sob esses argumentos, o voto foi pelo provimento do recurso especial, a fim de julgar procedentes os pedidos formulados na exordial, sendo esse entendimento acolhido pela maioria do plenário. Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino (Presidente), Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

4 FUNDAMENTOS TEÓRICOS

As questões envolvendo o direito de filiação e/ou a paternidade têm-se mostrado de suma importância ao Direito de

Família, pois, no mundo contemporâneo temos vistos casos cada vez mais inusitados, sendo necessário que os Tribunais abordem o assunto e formem entendimento sobre a matéria de modo a dirimir questões futuras.

Após o estudo do tema infere-se que existe a possibilidade de cancelamento registral da paternidade, mas para isso, é necessário que ocorra uma cumulação de fatores distintos, tais como, o vício de consentimento no ato do registro, também definido no acórdão estudado como o erro substancial e a relação socioafetiva que ocorreu antes e após o descobrimento do resultado do exame de DNA.

Estes temas serão abordados a seguir de modo a trazer ao leitor maior entendimento acerca do julgado.

4.1 Erro Substancial

Em primeiro lugar, precisamos definir o que é erro substancial e como comprovar o vício de consentimento no ato do registro. O erro substancial é definido na doutrina como a noção inexata sobre um objeto, que influência a formação da vontade do declarante, que a emitirá de maneira diversa da que a manifestaria se dele tivesse conhecimento exato. (SILVA, 2008)

Uma vez que o erro for escusável e real ele se torna capaz de viciar o negócio jurídico, ou seja, neste caso o registro de paternidade. Portanto, para que ocorra sua comprovação é necessário que além de causar um prejuízo real a parte, ainda precisa ser algo não presumível.

Segundo Clóvis Beviláqua (1975, p. 409), para anular o negócio jurídico, o erro deve ser relevante, escusável, real e referir-se ao próprio negócio e não a motivos não essenciais.

Importante destacar que seria plenamente admissível a presunção de que os filhos concebidos durante a constância de um casamento estável fossem registrados com plena convicção acerca do vínculo genético, especialmente, quando não há dúvidas acerca da relação biológica ao tempo do registro.

A análise do julgado mostrou que o recorrente quando do registro das filhas não tinha qualquer dúvida acerca do vínculo biológico, pois até aquele momento, seu casamento estava indo bem e não haviam motivos para qualquer desconfiança e que somente veio a desconfiar anos após o fim do relacionamento.

Contudo, é necessário ressaltar que a simples alegação de falta de identidade biológica não seria suficiente para anulação dos assentos registrais, uma vez que os vínculos biológicos já estariam estabelecidos.

Além disso, embora conste no registro de nascimento o nome de determinado indivíduo como pai, existe entendimento nos tribunais aceca da oportunidade de questionar a paternidade assumida. Para que isso ocorra, é necessário que haja uma cumulação de fatores, tais como, a comprovação da ausência de vínculo biológico, o vício de consentimento no ato do registro, e principalmente que não mais exista convívio entre o pai registral e o filho.

Isto ocorre porque no Direito de Família é necessário levar em consideração a verdade material em detrimento da verdade formal.

Perante o ordenamento jurídico, o reconhecimento voluntário é uma ação livre, pessoal, irrevogável e de eficácia erga omnes que certifica o estado de filiação, sendo este indisponível, e, portanto, o interesse protegido é o do filho, razão pela qual não seria inadmissível o arrependimento posterior.

Assim, o único que poderia impugnar a filiação é o próprio perfilhado (artigo 1.614 do CC), contudo, a doutrina e a jurisprudência têm se mostrado flexível nesse sentido, admitido a promoção da invalidação do registro de nascimento, quando é possível comprovar erro ou falsidade no ato de registro.

Deste modo, para que seja possível a anulação e cancelamento da paternidade, o pai registral deve ter sido induzido a erro, vindo a pensar que de fato se tratava de seu filho biológico. Para tanto, o pai que reconheceu deve ingressar com ação negatória de paternidade ou de cancelamento do registro de nascimento, a qual é personalíssima.

É necessário observar que mesmo que o pai registral tenha sido induzido em erro, em geral, os tribunais superiores permitem a anulação e o cancelamento da paternidade apenas em casos em que não houve convívio entre as partes.

O Superior Tribunal de Justiça já havia se pronunciado anteriormente acerca do tema no Recurso Especial 1433470 / RS (3ª turma, julgado em 15.05.2014) o qual foi desprovido, pois no entendimento do Tribunal, para que haja efetiva possibilidade de anulação do registro de nascimento, é necessária prova robusta no sentido de que o pai foi de fato induzido a erro, ou ainda, que tenha sido coagido a tanto.

Não obstante esse viés fático, a jurisprudência vem aceitando a desconstituição dos registros cadastrais de nascimento da criança quando é possível inferir que o genitor ao realizar o reconhecimento do suposto filho o fez por erro e que logo em seguida ter ocorrido a ruptura dos laços entre as partes.

Em relação a figura do erro, o Código Civil assim disciplina sua sistemática:

> Art. 139. O erro é substancial quando:
> I - Interessa à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração, ou a alguma das qualidades a ele essenciais; II - concerne à identidade ou à qualidade essencial da pessoa a quem se refira a declaração de vontade, desde que tenha influído nesta de modo relevante; III - sendo de direito e não implicando recusa à aplicação da lei, for o motivo único ou principal do negócio jurídico.

Nesses termos, restaria configurado o erro, quando o genitor registra a criança em decorrência de sua aparente paternidade, em outras palavras, quando levado pelas circunstâncias acredita cegamente estar registrando seu filho biológico, posto que, se tivesse qualquer dúvida, não procederia da mesma maneira, dessa forma, sendo o reconhecimento do filho um ato jurídico "stricto sensu", e tendo ele sido praticado em função de erro substancial, está ele sujeito à desconstituição por vício de consentimento.

Ademais, em casos semelhantes, consta uma decisão do STJ, veiculado no informativo nº. 533, no qual consta o seguinte teor:

> Em ação negatória de paternidade, não é possível ao juiz declarar a nulidade do registro de nascimento com base, exclusivamente, na

> alegação de dúvida acerca do vínculo biológico do pai com o registrado, sem provas robustas da ocorrência de erro escusável quando do reconhecimento voluntário da paternidade. O art. 1.604 do CC dispõe que "ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro." Desse modo, o registro de nascimento tem valor absoluto, independentemente de a filiação ter se verificado no âmbito do casamento ou fora dele, não se permitindo negar a paternidade, salvo se consistentes as provas do erro ou falsidade. Devido ao valor absoluto do registro, o erro apto a caracterizar o vício de consentimento deve ser escusável, não se admitindo, para esse fim, que o erro decorra de simples negligência de quem registrou. Assim, em processos relacionados ao direito de filiação, é necessário que o julgador aprecie as controvérsias com prudência para que o Poder Judiciário não venha a prejudicar a criança pelo mero capricho de um adulto que, livremente, a tenha reconhecido como filho em ato público e, posteriormente, por motivo vil, pretenda "livrar-se do peso da paternidade". Portanto, o mero arrependimento não pode aniquilar o vínculo de filiação estabelecido, e a presunção de veracidade e autenticidade do registro de nascimento não pode ceder diante da falta de provas insofismáveis do vício de consentimento para a desconstituição do reconhecimento voluntário da paternidade. REsp 1.272.691-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 5/11/2013.

Diante dessa decisão, extraímos que não basta simplesmente alegar que não existe qualquer vínculo biológico

entre o genitor e a criança, é necessário demonstrar o induzimento em erro substancial ocorrido no momento do registro. Sem esquecer que a parte deve demonstrar outras circunstâncias fáticas que envolveram a matéria em especial o rompimento do vínculo afetivo logo após a descoberta da verdade.

Conforme exposto, conclui-se que o muito embora o Tribunal tenha reconhecido a possibilidade de vício de consentimento no ato registral, a jurisprudência tem se mostrado mais rígida nas questões envolvendo o direito de família, exigindo uma análise mais criteriosa, principalmente levando em consideração o vínculo socioafetivo, o qual será abordado a seguir.

4.2 Relação Paterno-Filial Sociafetiva

A princípio convém destacar **o**o que se entende por sócioafetividade. Sócioafetividade nada mais é que é uma expressão criada pelo Direito brasileiro para representar a relação exercida entre duas ou mais pessoas caracterizadas pelo forte vínculo afetivo e pelo exercício de funções e lugares definidos de pai, filho ou irmãos. (REVISTA IBDFAM, 2014)

No presente acordão, temos uma importante discussão acerca da sócioafetividade paterno-filial, eis que após a

descoberta da negativada paternidade biológica através de exame de DNA, restou necessária uma análise sob o ponto de vista, social e afetivo sobre a paternidade. (OLIVEIRA JR, 2013)

Como podemos observar, a questão central para o reconhecimento da paternidade se deu em razão da sócioafetividade e não sobre o aspecto genético.

A relatora da decisão salientou que atualmente no ordenamento jurídico brasileiro leva-se muito mais em consideração os vínculos familiares construídos do que simplesmente um exame laboratorial, argumenta tal assertiva ilustrando referido acordão com julgados do próprio Superior Tribunal de Justiça.

Feitas as devidas considerações sobre a sócioafetividade, a Ministra relatora passa a adentrar nas minucias do caso concreto.

Pois bem, conforme já narrado, o recorrente manteve vínculo matrimonial com a mãe das recorridas durante um período de seis anos, durante este período ambas nasceram, as quais foram registradas pelo recorrente.

A recorrida mais velha conviveu com o recorrente por um período de doze anos e a mais nova por nove anos, acreditando ser ele o seu pai, ocorre que, após a descoberta pelo recorrente de

que ambas as recorridas não eram suas filhas genéticas, este rompeu abruptamente as relações sociais e afetivas.

Diante disso, o acordão analisado sopesou alguns aspectos para justificar a decisão, quais são: o tempo de convívio; o tempo de rompimento das relações e a idade das recorridas.

O tempo de convívio, como já citado foi de doze anos para com a mais velha e nove com a mais nova, já o tempo de rompimento das relações até a data do presente acordão já era mais de seis anos e consequentemente a idade das recorrentes eram de dezoito e quinze anos.

Ao sopesar todos estes aspectos que envolviam o caso concreto decidiu a relatora que, a sócioafetividade se fez presente por apenas um período, não existindo mais qualquer vínculo ou relação no tempo da decisão, portanto manter a paternidade seria apenas uma ficção, impondo ao recorrente um ônus meramente formal além de obstar, de certa forma, as recorridas de procurarem saber a verdade sobre sua paternidade.

Veja, portanto que a relatora, apesar de respeitar e entender que a sócioafetividade é o critério mais relevante para o reconhecimento da paternidade, entendeu que, tal critério deve-se ser analisado sob uma ótica temporal e respeitado as nuances e características do caso concreto.

Conclui a relatora dando provimento ao recurso, modificando o que decidido em sede de apelação.

5 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, conclui-se que os tribunais superiores vêm admitindo a anulação dos assentamentos dos registros civis apenas em casos excepcionais, sendo a paternidade socioafetiva prevalente.

Contudo, admite-se em certos casos a anulação, em especial quando o genitor não faz mais parte do seio familiar, aliado ao rompimento dos vínculos afetivos com os descendentes.

Portanto, ao analisar o presente julgado, bem como as mais diversas jurisprudências do Estado de São Paulo e no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, juntamente com a analise de artigos e livros, se faz presente e relevante para a atual sociedade a formação de laços de afetividade, a proteção da criança e o seu desenvolvimento, daí o porquê de que somente em casos excepcionais, tendo em vista o rompimento total do vinculo afetivo, é que se tutela o direito de se ver anulado o registro de paternidade.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Rio e Francisco Alves, 1975.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 20 jan. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1741849/SP**, Terceira Turma, Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 20 out. 2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=117039392&num_registro=201801157476&data=20201026&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 15 jan. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1433470/RS**, Terceira Turma, Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 15 mai. 2014. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=35433725&num_registro=201301882424&data=20140522&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 15 jan. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1272691/RS**, Terceira Turma, Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 05 nov. 2013. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=30769621&num_registro=201101213196&data=20131108&tipo=5&formato=PDF Acesso em 27 jan 2021.

GUIMARÃES, José Augusto Chaves; SANTOS, João Carlos Gardini . **A ementa jurisprudencial como resumo informativo em um domínio especializado: aspectos estruturais** // Brazilian

Journal of Information Studies: Research Trends. 10:3 (2016) p. 32-43.

GONÇALVES, Hortência de Abreu. **Manual de Artigos Científicos**. São Paulo: Editora Avercamp, 2004. p. 86.

OLIVEIRA JÚNIOR, Eudes Quintino de; OLIVEIRA, Pedro Bellentani Quintino de. **Paternidade socioafetiva x biológica**, MIGALHAS 2013. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/181920/paternidade-socioafetiva-x-biologica. Acesso em 15/02/2021.

REVISTA IBDFAM, **Família e Sucessões**, V.5. Belo Horizonte, IBDFAM 2014. Disponível em: https://revistaibdfam.com.br/edicoes/pdf/05. Acesso em 15/02/2021.

SILVA, De Plácido e. **Dicionário Jurídico Conciso**. 1. ed. Rio de janeiro: Editora Forense, 2008. 749p.

APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E DA CONVENÇÃO INTERNACIONAL DE VARSÓVIA E DE MONTREAL EM AÇÕES ENVOLVENDO TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL: ANÁLISE DO JULGADO DO STF.

Natália Katayama Mansano[30]

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto a análise do acórdão proferido no **Recurso Extraordinário nº 636.331** do Rio de Janeiro, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, em sede repercussão geral, Tema 210.

O RE em questão foi julgado em conjunto com o Recurso Extraordinário com **Agravo (ARE) nº 766.618** de São Paulo, que não será sujeito deste estudo.

No acórdão em questão, foram analisados os conflitos que envolvem extravios de bagagem ligados à relação de consumo em transporte aéreo internacional de passageiros, no tocante à limitação da responsabilidade civil de companhia aérea.

[30] Pós-graduanda em Direito Civil pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo.

A questão jurídica da controvérsia tratou de determinar se os tratados internacionais subscritos pelo Brasil, notadamente a Convenção de Varsóvia e alterações posteriores, devem ou não prevalecer sobre o Código de Defesa do Consumidor para fins de limitação da responsabilidade das empresas de transporte aéreo internacional sob a perspectiva dos danos materiais.

A escolha por este acórdão partiu da constatação empírica de que a discussão travada no STF é bastante recorrente no âmbito do Poder Judiciário, sobretudo nas Varas do Juizados Especiais Cíveis. Daí a importância de se compreender bem o julgado, cujo precedente é de observância obrigatória na atual sistemática processual.

Assim, a pretensão principal da investigação do entendimento firmado tem por intuito contribuir para o aperfeiçoamento da formulação da pretensão que se discutirá em juízo, evitando-se contendas jurídicas desnecessárias ou equivocadas, criando-se, assim, um ambiente processual propício a uma prestação jurisdicional mais célere.

A metodologia utilizada para subsidiar o presente artigo foi a análise jurídica de acórdão, na observância de sua estrutura textual, cujos fundamentos perpassaram por referenciais teóricos, especialmente do campo das antinomias.

Assim, na seção 2, são expostas as nuances do caso concreto posto à apreciação judicial; na seção 3, abordam-se os temas centrais e os fundamentos teóricos da decisão, tais como a incorporação dos tratados internacionais no plano interno, passando pela Convenção de Varsóvia/ Montreal; trata também da antinomia que se estabeleceu entre a norma internacional e o Código de Defesa do Consumidor, quais os limites da reparação, baseada nos chamados Direitos Especiais de Saque, bem como a maneira que foram entendidos os danos morais no caso. Por fim, a seção 4 apresenta as considerações finais.

2 ACÓRDÃO PARADIGMA

No caso em pauta, uma consumidora ajuizou ação de indenização por danos materiais e morais em face de empresa aérea perante a Quarta Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro, postulando reparação em virtude de extravio de bagagem ocorrido durante transporte aéreo internacional. Em suma, narra a inicial que, no dia 03 de outubro de 2005, quando se dirigia a Madrid, com conexão em Paris, a requerente teve sua bagagem extraviada, o que lhe causou graves prejuízos.

Em primeira instância, o julgamento foi pela procedência parcial, tendo a empresa aérea sido condenada ao pagamento de indenização por danos materiais, no valor equivalente em reais, ao total de DES (direitos especiais de saque), correspondente ao peso da mala extraviada, conforme estabelece a Convenção de Varsóvia, bem como ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 6.000,00.

Para importante registro, a sentença adotou os parâmetros da Convenção de Varsóvia para a fixação dos danos materiais, limitando-os ao patamar estabelecido na legislação internacional (art. 22 da Convenção de Varsória).

As partes – autora e ré – interpuseram apelação. A Décima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro negou provimento ao recurso da empresa ré e deu parcial provimento à apelação da requerente para majorar o valor fixado a título de danos morais para o patamar de R$ 10.000,00 e também para elevar a indenização pelos danos materiais, determinando a incidência do Código de Defesa do Consumidor e afastando a Convenção internacional. O acórdão entendeu que, nos casos de extraio de bagagem ocorrido durante o transporte aéreo, por estar caracterizada a relação de consumo entre a

companhia aérea e o passageiro, a reparação deve ser integral, e não mais limitada.

A requerida Société Air France interpôs recurso extraordinário ao STF.

Então, o Supremo Tribunal Federal, por maioria e nos termos do voto do Relator Gilmar Mendes, em 25/05/2017, deu provimento ao recurso extraordinário, para reduzir o valor da condenação por danos materiais, limitando-o ao patamar estabelecido no art. 22 da Convenção de Varsóvia, com as modificações efetuadas pelos acordos internacionais posteriores.

O mencionado acórdão restou assim ementado:

> Recurso extraordinário com repercussão geral. 2. Extravio de bagagem. Dano material. Limitação. Antinomia. Convenção de Varsóvia. Código de Defesa do Consumidor. 3. Julgamento de mérito. É aplicável o limite indenizatório estabelecido na Convenção de Varsóvia e demais acordos internacionais subscritos pelo Brasil, em relação às condenações por dano material decorrente de extravio de bagagem, em voos internacionais. 5. Repercussão geral. Tema 210. Fixação da tese: **'Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor'.** 6. Caso concreto. Acórdão que aplicou o Código

> de Defesa do consumidor. Indenização superior ao limite previsto no art. 22 da Convenção de Varsóvia, com as modificações efetuadas pelos acordos internacionais posteriores. Decisão recorrida reformada, para reduzir o valor da condenação por danos materiais, limitando-o ao patamar estabelecido na legislação internacional. 7. Recurso a que se dá provimento." (RE 636.331/ RJ - RECURSO EXTRAORDINÁRIO - Relator(a): Min. GILMAR MENDES - Julgamento: 25/05/2017 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno) – **grifei**

A discussão que interessa ao presente artigo, pois, é a parte do julgado que trata da prevalência das Convenções de Varsóvia e de Montreal nas ações envolvendo transporte aéreo internacional em relação ao Código de Defesa do Consumidor, bem como a aplicabilidade da tese firmada nos precedentes em demandas que buscam indenização, quer por danos materiais, quer por danos morais.

O Plenário do C. Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, decidiu que os conflitos que envolvem reparação por danos materiais em transporte aéreo internacional de passageiros devem ser resolvidos pelas regras estabelecidas pelas convenções internacionais sobre a matéria, ratificadas pelo Brasil.

3 FUNDAMENTOS TEÓRICOS

O centro da controvérsia jurídica veiculada no recurso extraordinário está em estabelecer se os tratados internacionais assinados pelo Brasil (*in casu*, a Convenção de Varsóvia e alterações posteriores) devem prevalecer sobre o Código de Defesa do Consumidor para o fim de limitar a responsabilidade das empresas de transporte aéreo internacional por extravio de bagagem.

Concretamente, a polarização das normas deu-se entre o art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, que impõe ao fornecedor do serviço o dever de reparar os danos causados, e o disposto no art. 22 da Convenção de Varsóvia, que estabelece um teto com o fim de limitar, a título de reparação, a responsabilidade das empresas de transporte aéreo internacional por extravio de bagagem.

O disposto no Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, não prevê limite algum para o valor indenizatório.

Nos casos de antinomia entre as Convenções internacionais que regulam o transporte aéreo internacional de passageiros e o Código de Defesa do Consumidor, o STF entendeu que devem prevalecer os tratados internacionais, especialmente a Convenção de Varsóvia.

O que legitimou a admissão do RE nº 636.331 foi o art. 178 da Constituição, que prevê expressamente que, na ordenação do transporte internacional, serão observados os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade.

Assim, segundo o voto do Ministro Luís Roberto Barroso, a Constituição brasileira, no seu art. 178, previu um critério para a solução dessa antinomia, porque ela voltou ao interesse de se uniformizarem as regras no transporte aéreo internacional – o que, em última análise, traz não só isonomia entre todos os consumidores desse serviço, como também impõe ao Brasil o respeito aos compromissos internacionais que tenha assumido.

3.1 Tratado e convenção: incorporação no plano interno

Os tratados e as convenções são acordos entre Estados. Assim, em linhas gerais, para que uma convenção ou um tratado entre em vigor, impõe-se a aprovação de seu texto pelo Congresso Nacional, por meio de decreto legislativo e posterior promulgação do texto aprovado, por parte do Presidente da República, por intermédio de decreto presidencial.

Nessa esteira, o ex-Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, em voto proferido no REsp. 157.561, afirmou que os tratados internacionais, para sua celebração e para entrar em vigor

internacional e no Brasil, passam por diversas fases que, de um modo geral, podem ser enumeradas assim: negociação, assinatura, ratificação, promulgação, registro e publicação. Em seguida, obtemperou que a aprovação do Congresso Nacional, no caso, por meio de decreto legislativo, é apenas uma fase de todo o processo que se encerrará com a promulgação pelo Presidente da República mediante decreto publicado no Diário Oficial da União.

Rui Stoco não concorda com mencionado posicionamento. Segundo o autor, tal posição não encontra ressonância na Constituição Federal.

Stoco argumenta que a Carta Magna dispõe, no art. 49, inciso I, ser da competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

O art. 84, inciso VIII, por sua vez, estabelece competir privativamente ao Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional.

Dessa forma, para o ilustre jurista, emerge claro que, após a fase de reuniões e de negociação de chanceleres ou de chefes do

poder dos países interessados, é discutido e firmado um conjunto de regras que se pretende converter em tratado, em convenção ou em protocolo adicional, que servirá, momentaneamente, como um documento de intenções.

Os países reunidos, após ratificarem o estatuído, colocam-no à disposição dos demais países para adesão, em número mínimo nele próprio estipulado. Alcançado esse número, entrará m vigor no plano internacional.

Para valer internamente, dependerá de apreciação do Congresso Nacional, que editará decreto legislativo. Quanto a isso, a Constituição Federal não exigiu qualquer ato posterior de promulgação por parte do Presidente da República.

> Ora, se, inicialmente, compete ao Chefe da Nação celebrar o tratado, convenção ou qualquer ato internacional, e se, após fazê-lo, o Congresso Nacional, por força de previsão expressa, o aprova e edita o decreto legislativo, cada qual terá participado do ato exatamente como estabelecido na Carta Magna, de modo que nova intervenção do Presidente da República, quando ele mesmo já havia firmado o tratado, não parece razoável, nem se insere na previsão constitucional. (Stoco, p. 439).

A Emenda Constitucional 45 introduziu o parágrafo 3º no artigo 5º, que fixou regras específicas para os tratados de direitos humanos, os quais poderão galgar status de emenda

constitucional caso sejam aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional e em dois turnos de votação, por três quintos dos votos dos respectivos membros.

3.2. Convenção de Varsóvia e de Montreal

A Convenção de Varsóvia foi introduzida no direito interno por meio do Decreto nº 20.704, de 24 de dezembro de 1931. Posteriormente, após sucessivas alterações, a Convenção de Montreal finalmente substituiu a Convenção de Varsóvia, bem como todos os estatutos multinacionais disciplinadores do transporte aéreo, e foi internalizada no sistema jurídico brasileiro pelo Decreto nº 5.910/2006, de 28 de setembro de 2006.

A nova Convenção traduz uma verdadeira consolidação do Sistema de Varsóvia em um único instrumento jurídico, abrigando todas as convenções, tratados e protocolos acerca do transporte aéreo internacional (cf. Guttemberg Rodrigues Pereira. Conferência de Direito Aeronáutico, cit., p.6, *in* Rui Stoco. p. 367).

A Convenção de Montreal disciplina, em síntese, os seguintes aspectos: a) âmbito de aplicação; b) documentação e obrigações das partes, relativas ao transporte de passageiros,

bagagem e carga; c) responsabilidade do transportador e medidas de indenização do dano; d) obrigações do transportador aéreo internacional, do viajante e do expedidor de bagagens/cargas; e) jurisdição responsável por dirimir eventuais litígios e prazo prescricional aplicável.

3.3 Antinomia: Prevalência ou não dos tratados e das convenções internacionais sobre a legislação infraconstitucional interna e a inaplicabilidade do CDC ao transporte aéreo internacional.

Nos casos de antinomia entre as Convenções internacionais que regulam o transporte aéreo internacional de passageiros e o Código de Defesa do Consumidor, o STF entendeu que devem prevalecer os tratados internacionais, especialmente a Convenção de Varsóvia.

Para chegar a essa conclusão, o plenário ponderou três aspectos, tradicionais de solução de antinomias do Direito brasileiro: o da hierarquia, o cronológico e o da especialização.

Para ver se se aplicaria o hierárquico, foi preciso perquirir a natureza desse tratado. Segundo o relator, esse tratado tem *status* de lei ordinária, pois não versa sobre direitos humanos. Se fosse um tratado de direitos humanos, ele teria um *status*

supralegal e a matéria se colocaria em termos de hierarquia. Sendo assim, a antinomia foi solucionada pela aplicação dos critérios ordinários, que determinam a prevalência da lei especial em relação à lei geral (especialização) e da lei posterior em relação à lei anterior (cronológico).

No aspecto cronológico, destacou-se que os acordos internacionais em comento são mais recentes do que Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, o que justificaria a prevalência das normas internacionais.

O conflito submetido ao STF, porém, foi solucionado para além do critério cronológico. No caso, prevalecem as Convenções internacionais não apenas porque são mais recentes, mas porque são especiais em relação ao Código de Defesa do Consumidor (aspecto da especialização).

À luz disso, ponderou-se que a Convenção de Varsóvia e os regramentos internacionais que a modificam são normas especiais em face do CDC, que, para as relações de consumo, é norma geral. A lei consumerista disciplina a generalidade das relações de consumo, ao passo que as referidas Convenções disciplinam uma modalidade especial de contrato: o de transporte aéreo internacional de passageiros (consumo específico).

De acordo com o art. 2º, §2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, o ministro ponderou que o CDC não revogou nem foi revogado pela Convenção de Varsóvia ou pelos demais acordos internacionais da questão. Ambos os regramentos convivem no ordenamento jurídico brasileiro, afastando-se o Código, no ato de aplicação, sempre que a relação de consumo decorrer de contrato de transporte aéreo internacional.

O artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição, de fato, prevê que o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor. Esse dispositivo está no capítulo dos direitos fundamentais. Há, portanto, um núcleo mínimo de direito fundamental na proteção ao consumidor. E a Constituição, no artigo 178, prevê expressamente a prevalência das convenções internacionais nessa matéria.

Não se trata de nulificar a proteção do consumidor, mas também de realizar isso na "complexa tessitura da cooperação internacional" (p. 4).

O país subscritor de um tratado ou de uma convenção internacional compromete-se e empenha-se com outras nações às quais adere em unidade de intenções, prometendo tal e qual comportamento.

Os tratados e as convenções de caráter normativo, uma vez regularmente incorporadas ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, inclusive para efeito de controle difuso de constitucionalidade e também do controle concentrado

Segundo argumentou o Ministro Barroso, a Constituição impôs ao legislador o respeito às convenções internacionais, a menos que não tenha sido atendido o princípio da reciprocidade, ou a menos que se declare a inconstitucionalidade da norma da Convenção.

A Convenção de Varsóvia não deixa o consumidor inteiramente desguarnecido. Ponderou-se que, em se tratando de transporte aéreo internacional, não se está a lidar com consumidor hipossuficiente, que demande proteção exacerbada do Estado.

O transportador aéreo internacional, no intuito de calcular os riscos a que está exposto e embutir o custo da correspondente cobertura securitária no preço cobrado pelas passagens ou pela expedição de bagagens ou mercadorias, tem de se valer de parâmetros estipulados legal ou contratualmente.

Outrossim, os limites indenizatórios previstos no art. 22 da Convenção de Varsóvia são, ao menos em parte dos casos de

danos materiais resultantes de perda, avaria ou atraso de bagagens, bastantes para propiciar reparação integral. Ademais, o referido pacto prevê a faculdade de o consumidor, mediante pagamento de eventual taxa suplementar, fazer declaração especial de conteúdo, com a finalidade de assegurar indenização em valor correspondente ao declarado, no caso de extravio de sua bagagem.

O STF também considerou que, desde que fixados em patamares razoáveis, como pareceu ser os veiculados na Convenção de Varsóvia, para os casos de perda, de destruição, de avaria ou de atraso de bagagem, não há motivo para acoimar tais parâmetros de inconstitucionais, medida que, aliás, seria prejudicial ao mercado de transporte aéreo internacional e teria o condão de gerar insegurança jurídica e indesejável elevação dos preços de passagens e/ou de expedição de bagagens, em detrimento, ao final, dos próprios consumidores dos aludidos serviços.

Enfim, o CDC não é lei específica sobre transporte, mas apenas e tão somente lei genérica sobre relações gerais de consumo e de serviços. Não disciplina o transporte propriamente dito em todas as suas peculiaridades, nem estabelece valores ou o *quantum* da reparação.

Ademais, um tratado só pode ser revogado por lei interna e denúncia formal perante os demais países convenentes, sem se esquecer que alguns desses ajustes não permitem denúncia ou reservas, salvo mediante algumas condições.

3.4 Limites da reparação (Danos Materiais)

No tocante às bagagens, a Convenção de Montreal estabeleceu limite indenizatório por danos materiais no valor de 1.000 Direitos Especiais de Saque por passageiro, admitida superação desse montante nos mesmos casos previstos na Convenção de Varsóvia, vale dizer, quer no de declaração especial de valor de entrega no lugar de destino, quer no de demonstração do dolo ou culpa grave do transportador aéreo internacional ou de seus prepostos.

A indenização é, pois, tarifada. Direitos especiais do saque

3.4.1 Direitos especiais do saque

Os Direitos Especiais de Saque (*Special Drawing Rights* - SDR) são um ativo de reserva internacional, criado pelo Fundo Monetário Internacional em 1969 para complementar as reservas oficiais de seus países membros. O valor do DES é baseado em

uma cesta de cinco moedas - o dólar americano, o euro, o renminbi chinês, o iene japonês e a libra esterlina britânica.

O colapso do sistema de Bretton Woods em 1973 e a mudança das principais moedas para regimes de taxa de câmbio flutuante diminuíram a dependência do DES como um ativo de reserva global. No entanto, as alocações de DES podem desempenhar um papel no fornecimento de liquidez e suplementação das reservas oficiais dos países membros, como foi o caso em meio à crise financeira global.

O DES serve como unidade de conta do FMI e de algumas outras organizações internacionais. Não é uma moeda nem um direito ao FMI. Em vez disso, é uma reivindicação potencial sobre as moedas livremente utilizáveis dos membros do FMI. Os DESs podem ser trocados por essas moedas.

A cesta de DES é revisada a cada cinco anos, ou antes, se necessário, para garantir que a cesta reflita a importância relativa das moedas nos sistemas comerciais e financeiros mundiais.

3.5 Dos danos morais

A Convenção de Varsóvia não cuidou dos danos morais, não cabendo, nessa perspectiva, estender a estes a aplicação dos

limites indenizatórios estabelecidos no pacto internacional de Montreal.

Para a reparação por danos morais não há limite estabelecido, porquanto a proteção da personalidade encontra sustentação na Constituição Federal.

Embora a Convenção se referida apenas a “dano” sem especificar a natureza, a limitação tarifada prevista na Convenção de Montreal diz respeito ao dano material, uma vez que, quanto ao dano moral, o próprio Supremo Tribunal Federal já reconheceu que a indenização não pode ser tarifada.

É o que se extrai do voto do Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do RE 636.331:

> O segundo aspecto a destacar é que a limitação imposta pelos acordos internacionais alcança tão somente a indenização por dano material, e não a reparação por dano moral. A exclusão justifica-se, porque a disposição do art.22 não faz qualquer referência à reparação por dano moral, e também porque a imposição de limites quantitativos preestabelecidos não parece condizente com a própria natureza do bem jurídico tutelado, nos casos de reparação por dano moral. Corrobora a interpretação da inaplicabilidade do limite do quantum indenizatório às hipóteses de dano moral a previsão do art. 22, que permite o passageiro realizar 'declaração especial' do valor da bagagem, como forma de elidir a aplicação do limite legal. Afinal, se pode o passageiro afastar o valor limite presumido pela Convenção mediante

> informação do valor real dos pertences que compõem a bagagem, então não há dúvidas de que o limite imposto pela Convenção diz respeito unicamente à importância desses mesmos pertences e não a qualquer outro interesse ou bem, mormente os de natureza intangível. (p. 11/12) - grifos acrescidos

Por força do deliberado no julgado acima, entendeu-se que, nos casos de reparação por dano moral, a fixação de limites indenizatórios não é condizente com a natureza do bem jurídico tutelado.

Dessa forma, nas ações cujo objeto seja contrato de transporte aéreo internacional, são aplicáveis as Convenções de Varsóvia e/ou Montreal, que regulam regras de unificação de transporte aéreo internacional e têm prevalência em relação ao Código de Defesa de Consumidor. Os limites indenizatórios, porém, abarcam apenas a reparação por danos materiais, e não os danos morais.

A ideia de dano extrapatrimonial liga-se aos direitos da personalidade.

4 CONCLUSÃO

Especificamente em relação ao acórdão ora analisado, pelas mesmas razões expostas pelos ministros, entendemos que, de

fato, deve prevalecer a norma de direito internacional (Convenção de Montreal) sobre o Código de Defesa do Consumidor.

Do ponto de vista das regras de solução de antinomias, está-se diante de dois brocardos jurídicos.

O primeiro deles é o *lex posterior derogat priori* consagrado pelo artigo 2º, § 1º, da Lei de Introdução do Código Civil. Sua incidência se justifica porque, embora a Convenção de Varsóvia seja anterior à legislação nacional de que tratamos, as modificações nela introduzidas são mais recentes, razão pela qual o critério cronológico justifica a incidência do regramento internacional.

O segundo é o *lex specialis derogat generali*, pois as convenções internacionais são especiais em relação ao regramento genérico do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor. Este último, vale ressaltar, é lei especial aplicável às relações de consumo no amplo espectro das relações civis, mas é considerado lei geral em relação a outros diplomas mais específicos, como o caso das convenções internacionais relativas à responsabilização civil no âmbito do transporte aéreo internacional.

Outros argumentos, porém, foram decisivos para prevalecer o regramento das convenções internacionais.

É bem de ver que a observância do disposto nessas convenções não vulnera o direito dos consumidores do serviço de transporte aéreo internacional.

Pelo contrário, resguardam seus direitos de forma adequada, pois os valores previstos para as indenizações são razoáveis e permitem que o juiz valore o caso concreto e utilize os parâmetros adequados para fixar o valor dos danos que devem ser reparados. Tais parâmetros, aliás, conferem mais previsibilidade tanto às empresas quanto aos consumidores, no que tange à estimativa de indenização pelos danos sofridos por estes.

A Convenção de Varsóvia tampouco deixa o consumidor inteiramente desguarnecido. Afinal, em se tratando de transporte aéreo internacional, não se está a lidar com consumidor hipossuficiente, que demande proteção exacerbada do Estado.

Para os casos de perda, de destruição, de avaria ou de atraso de bagagem, não há motivo para acoimar os parâmetros internacionais de inconstitucionais, medida que, aliás, seria prejudicial ao mercado de transporte aéreo internacional e teria o condão de gerar insegurança jurídica e indesejável elevação dos preços de passagens e/ou de expedição de bagagens, em

detrimento, ao final, dos próprios consumidores dos aludidos serviços.

Sob esse aspecto, os limites indenizatórios previstos no art. 22 da Convenção de Varsóvia são bastantes para propiciar reparação integral. Caso o consumidor não concorde com essas limitações, o referido pacto prevê a faculdade de o passageiro, mediante pagamento de eventual taxa suplementar, fazer declaração especial de conteúdo, com a finalidade de assegurar indenização em valor correspondente ao declarado, no caso de extravio de sua bagagem.

Impõe-se, ainda, que o Brasil respeite os compromissos que tenha assumido na ordem internacional, honrando-se a confiança depositada pelos demais signatários, por meio da qual se busca a uniformização das regras no transporte aéreo internacional, trazendo verdadeira isonomia entre todos os consumidores desse serviço.

No que tange os danos morais, não cabe estender a estes a aplicação dos limites indenizatórios estabelecidos no pacto internacional de Montreal, pois a convenção não tratou do assunto.

Para a reparação por danos morais não há limite estabelecido, porquanto a proteção da personalidade encontra sustentação na Constituição Federal.

Portanto, ao analisar o acórdão em comento, concordamos com as razões tecidas no julgado.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*. 7 ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015.

https://www.imf.org/en/About/Factsheets/Sheets/2016/08/01/14/51/Special-Drawing-Right-SDR

APLICAÇÃO DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS ANTERIOR À SUA VIGÊNCIA

Estela de Andrade Provazzi[31]
Paulo Gustavo de Andrade Provazzi[32]

.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho se propõe à análise da sentença proferida no processo número 1080233-94.2019.8.26.0100 proferida pela 13ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo-Capital e do acórdão proferido pela 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Em que pese as decisões analisadas não tenham transitado em julgado, foram escolhidas em razão de sua repercussão, já que foi uma das primeiras decisões a aplicar a Lei Geral de Proteção de Dados, logo após sua entrada em vigor.

[31] Pós Graduanda em Direito Civil pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto –USP no Curso Novos Paradigmas Hermenêuticos nas Relações Privadas. Pós-graduada em Direito Empresarial pela Universidade Paulista. Advogada.
[32] Pós Graduando em Direito Civil pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto –USP no Curso Novos Paradigmas Hermenêuticos nas Relações Privadas. Advogado.

Discute-se nos autos indenização por danos morais, pugnando a parte Autora pela aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados.

Além da análise das decisões propriamente ditas, analisaremos neste trabalho a vigência e aplicação da mencionada lei no caso concreto.

2 LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LGPD)

2.1 Considerações gerais

Em razão do processo e das decisões analisadas tratarem especificamente da forma de utilização dos dados pessoais do Autor/Comprador da ação, passaremos a discorrer quanto à Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).

A Lei Geral de Proteção de Dados foi inspirada na General *Data Protection Regulation* (GDPR) - Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia. A Lei foi aprovada em 2016, após também longos anos de tramitação no Parlamento Europeu e entrou em vigor em 25 de maio de 2018.

Basicamente, a GDPR também possui diretrizes para proteção de dados pessoais que são armazenados pelas empresas, que precisam atender a regras rigorosas ao manusear as

informações dos usuários. Assim, as empresas não podem armazenar nenhuma informação (como cookies, informações pessoais, e-mail, endereço IP, dados de comportamento de navegação, registros médicos, dados biométricos) que possa identificar o usuário sem que tenha o expresso consentimento deste.

A aprovação da LGPD no Brasil, coloca-o em posição de igualdade com muitos outros países que já possuem legislações bem específicas sobre o tema, como os países pertencentes à União Europeia.

A Lei Geral de Proteção de Dados foi sancionada em 14 de agosto de 2018 após mais de 8 anos de debates.

Em seu artigo 1º, conseguimos ter uma visão geral, mas não detalhada do objetivo da norma que é proteger os direitos fundamentais de liberdade e privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural no tocante ao tratamento dos dados pessoais, nos seguintes termos:

> Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

> Parágrafo único. As normas gerais contidas nesta Lei são de interesse nacional e devem ser observadas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

A LGPD se aplica a qualquer pessoa, natural ou jurídica, de direito público ou privado que realize tratamento de dados pessoais, independente do meio.

Em outras palavras, a Lei se aplica a empresas que têm estabelecimento no Brasil ou oferecem serviços ao mercado consumidor brasileiro ou coletam e tratam dados de pessoas localizadas no país, independente do meio utilizado para tratamento de dados, do país sede da empresa, da localização dos dados e da nacionalidade dos titulares de dados.

Por dados pessoais, entende-se que é a "informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável" (Artigo 5º, I da Lei Geral de Proteção de Dados).

Por tratamento, entende-se "toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração" (Artigo 5º, inciso X, da LGPD).

O ponto provavelmente mais importante da Lei se refere à autorização para proteção dos dados pessoais (dados que possibilitem a individualização do indivíduo) que poderá ser realizada nas seguintes hipóteses (Artigo 5º, inciso X, da Lei Geral de Proteção de Dados): consentimento pelo titular, para cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador, pela administração pública (em situações específicas), para realização de estudos por órgãos de pesquisa, quando necessário à execução de contratou ou procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, para exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral (este de acordo com a Lei 9.307/1996 – Lei de Arbitragem), para proteção da vida ou incolumidade física do titular ou terceiro, para tutela da saúde (exclusivamente em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária) e para a proteção do crédito.

Há disposição na Lei também quanto aos dados pessoais sensíveis (Artigo 11, da LGPD), que são dados referentes informações complementares da vida pessoal do titular como a filiação a organização de caráter religioso, origem racial ou étnica, filiação a sindicato, opinião política, dados referentes à

saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, convicção religiosa, entre outros.

Em relação aos dados sensíveis, é possível o tratamento basicamente quanto houver consentimento do titular ou seu responsável, devendo ser de forma específica e destacada e para finalidades específicas. Ainda, é possível o tratamento destes dados sensíveis, mesmo sem o consentimento do titular, em situações que seja obrigação legal ou necessários à administração pública ou realização de estudos por órgãos de pesquisa, entre outras hipóteses.

Ainda, convém destacar os princípios da proteção de dados a serem observados pelas atividades de tratamento de dados pessoais, além da boa-fé, a finalidade, adequação, necessidade, livre acesso, qualidade dos dados, transparência, segurança, prevenção, não discriminação e responsabilização e prestação de contas.

Quanto aos "titulares dos dados", os artigos 17 a 22 da LGPD, como o nome já diz são os "donos" dos dados e têm direito a obter informações de tratamento de dados, acesso aos dados, requerer correção e até a exclusão dos dados, entre outros.

O controlador é a "pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as **decisões** referentes ao

tratamento de dados pessoais" (Artigo 5, VI, da LGPD). Por operador, temos que é "pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que **realiza o tratamento de dados pessoais** em nome do controlador" (Artigo 5, VII, da LGPD). Já o encarregado é a "pessoa indicada pelo controlador e operador para atuar como **canal de comunicação** entre o controlador, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD)" (Artigo 5, VII, da LGPD).

Quanto ao controlador e ao operador, respondem por danos patrimoniais, morais, individuais ou coletivos em caso de violação à lei. O controlador ainda responde solidariamente pelos danos causados pelo operador, caso esteja diretamente envolvido no tratamento que resultar o dano, enquanto o operador responde solidariamente se descumprir a legislação e podendo ser equiparado ao controlador se não houver seguido a orientação deste.

O controlador deverá indicar o "Encarregado pelo Tratamento de Dados Pessoais" (DPO), que será divulgado publicamente (identidade e contato), de forma clara e objetiva, preferencialmente no sítio eletrônico do controlador. O DPO será responsável por receber as reclamações dos titulares de dados, prestar esclarecimentos e adotar providências, receber

comunicações da autoridade nacional e, também, adotar providências, orientar funcionários e contratados da entidade a respeito das práticas que devem ser adotadas para proteção de dados e executar as atribuições determinadas pelo controlador ou eventualmente estabelecidas em normas complementares (até o momento inexistentes).

Por fim, destaca-se que podem ser aplicadas sanções administrativas (Artigo 52 da LGPD) aos agentes de tratamento de dados, em razão de infrações cometidas às normas previstas na lei, pela autoridade nacional, podendo variar de advertência, multa (de até 2% do faturamento da pessoa jurídica de direito privado, grupo ou conglomerado no Brasil – último exercício – tendo como limite o valor de cinquenta milhões de reais, por infração), multa diária (observado o mesmo limite da multa), publicização da infração após apurada e confirmada a ocorrência, bloqueio dos dados pessoais até a regularização, eliminação de dados pessoais, suspensão parcial do funcionamento do banco de dados, suspensão parcial ou total do tratamento de dados e proibição total ou parcial do exercício de atividades relacionadas a tratamento de dados.

2.2 Vigência

A vigência da Lei 13.709 de 14 de agosto de 2018 sofreu alterações desde sua promulgação, sendo que a lei entrou/entrará em vigor nos seguintes momentos (artigo 65, LGPD):

> Art. 65. Esta Lei entra em vigor:
> I – Dia 28 de dezembro de 2018, quanto aos artigos 55-A, 55-B, 55-C, 55-D, 55-E, 55-F, 55-G, 55-H, 55-I, 55-J, 55-K, 55-L, 58-A e 58-B;
> I-A – Dia 1º de agosto de 2021, quanto aos artigos 52, 53 e 54;
> II – 24 (vinte e quatro) meses após a data de sua publicação, quanto aos demais artigos.

Os artigos 55-A a 55-B, criam a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), de natureza jurídica transitória, sendo um órgão da administração pública federal, integrante da Presidência da República, e detalham autonomia, composição, estrutura, finalidade, receitas etc. Estes artigos entraram em vigor em 28 de dezembro de 2018.

Já os artigos 52, 53 e 54 preveem as sanções administrativas aplicáveis aos agentes de tratamentos de dados em ocorrendo infrações às normas previstas na lei, a serem aplicadas pela autoridade nacional, sanções estas que podem ser advertência, multa, publicização da infração, bloqueio de dados pessoais, eliminação de dados pessoais, entre outras. Estes artigos que se

referem às sanções entrarão em vigor em 1º de agosto de 2021, caso não sejam alterados por legislação posterior ao momento deste artigo.

Assim, excetuados os artigos citados nos incisos I e II do artigo 65 da Lei, os demais artigos entraram em vigor 24 (vinte e quatro) meses após a data de publicação dela (14 de agosto de 2018 + 24 meses), qual seja, 14 de agosto de 2020.

Em outras palavras, temos que, exceto criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados e as sanções administrativas, as demais disposições entraram em vigor em 14 de agosto de 2020.

Sendo assim, no caso concreto, não foi aplicado o artigo 1º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro que prevê que a lei começa a vigorar 45 (quarenta e cinco) dias depois de oficialmente publicada, por ter constado a disposição contrária, de modo que entrou/entrará em vigor nos termos mencionados acima.

Com a vigência da Lei, aplica-se o artigo 3ª da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, que prevê: *"Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece."*

Quanto à aplicação das Leis no tempo, temos que, em regra, as Leis são elaboradas para serem aplicadas no futuro.

Não será abordado nesta oportunidade os detalhes quanto à aplicação da Lei nova em caso de existência de Lei anterior acerca do mesmo assunto, no entanto, abordaremos um dos dois critérios utilizados para solucionar a questão, que de certa forma será aplicado no caso concreto analisado.

O primeiro critério seria o ato de disposições transitórias, constante na lei, em que o legislador estabelece detalhadamente como será a transição entre a lei antiga e a lei nova. Este critério não será detalhado, em razão da inexistência de Lei anterior quanto à proteção de dados.

O segundo critério é o da irretroatividade das normas. Em que pese não há Lei anterior, já que a Lei Geral de Proteção de Dado foi uma inovação no ordenamento jurídico, aos acontecimentos anteriores à sua vigência, também não deve ocorrer a retroatividade.

Quanto à irretroatividade, temos que a Lei nova não deve ser aplicada a situações constituídas anteriormente.

Para Carlos Roberto Gonçalves, o objetivo deste princípio é "*assegurar a certeza, a segurança e a estabilidade do ordenamento jurídico-positivo, preservando as situações consolidadas em que o interesse individual prevalece.*" (GONÇALVES, 2009).

Nos termos do artigo 6ª da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, temos que os efeitos da lei não serão imediatos e gerais se houver ato jurídico perfeito, direito adquirido ou coisa julgada.

Quanto a estes pontos, temos as seguintes definições (GONÇALVES, 2009):

> *Ato jurídico perfeito* é o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou (LICC, art. 6º, §1º), produzindo seus efeitos jurídicos, uma vez que o direito gerado foi exercido. *Direito adquirido* é o que já se incorporou definitivamente ao patrimônio e à personalidade de seu titular, não podendo lei nem fato posterior alterar tal situação jurídica. *Coisa julgada* é a imutabilidade dos efeitos da sentença, não mais sujeita a recursos.

Também podemos verificar as definições nos parágrafos do artigo 6º da Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro:

> § 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.
> § 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.
> § 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.

Em não havendo legislação anterior sobre o assunto, passa-se a vigorar a Lei apenas quando transcorrida a vacância, não se aplicando a casos anteriores.

A Lei Geral de Proteção de Dados não menciona expressamente que deveria ser aplicada a situações anteriores à sua vigência. Conforme já mencionado acima, a vigência da Lei, em sua grande parte (exceto quanto à criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados e as sanções administrativas) se deu em 14 de agosto de 2020.

Diante da ausência de previsão específica e aplicando-se analogicamente o §1º do artigo 6º da LINDB, também podemos definir como ato jurídico perfeito aquele ocorrido antes da vigência da Lei em caso de inexistência de Lei anterior sobre o mesmo assunto.

Assim, não se pode admitir que esta seja aplicada a fatos ocorridos anteriormente à sua vigência já que, como dito, não havia aplicabilidade.

3 SÍNTESE DOS AUTOS EM QUE FOI PROFERIDO O JULGADO ANALISADO

O julgado escolhido para análise nesta oportunidade trata-se de sentença proferida nos autos do processo nº 1080233-

94.2019.8.26.0100, que tramitou na 13ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo.

O Autor/Consumidor alega que adquiriu um imóvel no Empreendimento “Cyrela Ibirapuera By Yoo” em 10/11/2018 e que, quando da transação, repassou à Incorporadora informações referentes a dados pessoais, dados financeiros, dados bancários e dados sensíveis, pelo Consumidor denominados àqueles referentes a menores sob sua dependência, entre outros.

À oportunidade, a Incorporadora também forneceu dados relativos ao Empreendimento em si, prazos etc.

Alega o Autor/Consumidor que em nenhum momento foi questionado pela Incorporadora, seja por qualquer meio, se autorizaria a transmissão, dispersão e/ou divulgação dos dados fornecidos para aquisição do imóvel para outras empresas estranhas à relação contratual.

Destaca o Autor que no contrato há cláusula específica em que o Comprador se compromete a manter os dados pessoais sempre atualizados (cláusula 2.18.1) e quanto ao tratamento dos dados, há cláusula autorizando apenas a realização do cadastro positivo, com finalidade de compartilhamento com outras instituições que tenham acesso ao banco de dados para subsidiar decisões de crédito e de negócios.

O Autor alega que após a aquisição da unidade recebeu inúmeros contatos de empresas financeiras e relacionadas à reforma/projeto de imóveis que tinham conhecimento da aquisição do imóvel, contatos estes realizados por meio telefônico, mensagens WhatsApp e por e-mail.

Sustenta o Autor que as abordagens tomavam demasiadamente o seu tempo, tendo em vista que é advogado e, quanto às ligações, não poderia deixar de atendê-las, sob pena de prejudicar ainda mais o desenvolvimento de sua atividade profissional.

Em razão de se sentir altamente prejudicado, fez reclamações na Empresa/Ré com objetivo de informar o que estava ocorrendo e requerer que cessassem os inúmeros contatos o que, conforme alegado, não surtiu efeitos.

Invocou expressamente o Autor/Consumidor a aplicação do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), Lei nº 12.414/2011 (“Cadastro Positivo”), Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) e Lei 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados) e requereu liminarmente, a concessão de tutela de urgência antecipada para que a Ré se abstenha de repassar, vazar, vender, alugar, entregar, doar os dados financeiros e/ou sensíveis

do Autor a terceiros, sob pena de multa diária, por cada contato realizado indevidamente.

Quanto ao mérito, requereu:

i. A confirmação da tutela de urgência, determinando o bloqueio de seus dados pessoais, financeiros e bancários para que não sejam utilizados por terceiros;
ii. Eliminação dos dados utilizados para fins não previstos no contrato;
iii. Diligência em face de terceiros, para que deixem de utilizar os dados do Autor;
iv. Encaminhamento de relatório ao Autor sobre as diligências realizadas e eliminação dos dados;
v. Indenização por danos morais de R$ 60.000,00 (sessenta mil reais).

Pugnou pela inversão do ônus da prova e condenação da Ré ao pagamento de honorários de sucumbência e destacou o desinteresse na realização de audiência de conciliação. Deu à causa o valor de R$ 60.000,00 (sessenta mil reais).

Em despacho inicial foi deferida a tutela de urgência, da forma como requerida pelo Autor, sob pena de multa diária de R$ 300,00 (trezentos reais), até o limite de cem mil reais.

Citada, a Ré interpôs Agravo de Instrumento (2205702-45.2019.8.26.0000) em face da antecipação de tutela de urgência concedida e apresentou contestação nos autos principais.

Em sua defesa, a Ré alega preliminarmente:

i. Ilegitimidade de parte, em razão do contrato em discussão ter sido formalizado com a Empresa CBR 01 Empreendimentos Imobiliários LTDA e a ação ter sido ajuizada em face da Empresa Cyrela Brasil Realty S/A Empreendimentos e Participações;

ii. Ausência de documentos essenciais, tendo em vista que o Autor omitiu informação quanto à assinatura de contrato de corretagem, no qual formalizou com a Imobiliária e outros sete corretores, imputando a estes profissionais e a à Imobiliária em repassar as informações pessoais do Autor aos “parceiros”;

iii. Uso deliberado de afirmações inverídicas para tornar a narrativa de gravidade inexistente, já que algumas informações mencionadas como violados sequer foram fornecidas;

iv. Má-fé do Autor em imputar à Ré a responsabilidade por ato de terceiro e da inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, em razão da inexistência de qualquer

vício ou defeito no imóvel adquirido, que à época da defesa, ainda estava em construção;

v. Má-fé do Autor em razão da falta de lealdade processual, tendo em vista que, segundo a defesa, houve sonegação de documentos e utilização deliberada de informações inverídicas;

Ainda, em sua defesa, a Incorporadora destacou que desde 2016 vem empenhando esforços para cumprir todas as exigências e necessidades que a nova realidade da era dos dados impõe a todas as empresas, tendo inclusive contratado consultoria altamente qualificada para promover a adequação da empresa à Lei Geral de Proteção de Dados. Confrontou ainda a afirmação do Autor de que não teria havido retorno da Ré quanto às reclamações realizadas no site da empresa Ré, destacando que foi solicitado do Autor a relação das empresas que estariam o importunando, não tendo havido retorno neste sentido.

vi. Ausência de nexo causal, em razão do Autor não ter comprovado que as informações teriam sido compartilhadas pela Ré.

Em relação ao mérito, sustentou a inexistência de danos morais *in re ipsa* e que para que haja reparação é necessária a

comprovação da prática de ato ilícito, requisito que, de acordo com a defesa, não foi preenchido.

Pugnou a Ré a realização de prova pericial no celular do Autor a fim de verificar a veracidade das alegações prestadas pela parte Autora em sua inicial.

Sustentou a Ré, ainda, a inaplicabilidade da Lei Geral de Proteção de Dados, tendo em vista que, à época do ocorrido, a lei ainda não havia entrado em vigor e, também, porque não houve o preenchimento dos requisitos necessários para que fosse aplicada.

Apresentou a Ré Reconvenção alegando indevida exposição do seu nome em veículos de imprensa e consequentemente danos quanto à prejudicialidade do nome da Ré após o ajuizamento da ação, impacto da marca no mercado e possível redução de negócios em razão das alegações dos autos. Atribuiu à Reconvenção o valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Por fim, a Ré denunciou à lide a Imobiliária e os corretores que intermediaram a venda do imóvel em questão, pugnando pela inclusão no polo passivo da lide e posterior citação e requereu afastamento da tutela antecipada de urgência, assim como a extinção ou improcedência da ação.

Em despacho saneador, foi afastada a preliminar de ilegitimidade de parte e o pedido do Autor à pena de litigante de

má-fé, por entender a juíza não estar configurado no caso concreto. Ainda, determinou a juíza a produção de prova testemunhal, designando data para realização do ato.

Após requerimento de ajustes na decisão saneadora e apresentação de Embargos de Declaração foram fixados os pontos controvertidos e deferida a produção de prova testemunhal e documental, além do depoimento pessoal das partes, designando-se audiência de instrução e julgamento.

O Agravo de Instrumento foi provido determinando que fosse proferida nova decisão nos termos da legislação vigente, decisão esta cumprida em 1ª instância, tendo sido proferida nova decisão, pormenorizando a tutela de urgência e mantendo-se a multa em caso de descumprimento, agora sob pena de multa de R$ 300,00 (trezentos reais) por contato indevido.

Proferida sentença nos autos julgando improcedente o pedido reconvencional e procedentes os pedidos formulados pela parte Autora, o sentido de confirmar a tutela de urgência e condenar a parte Ré/Incorporadora ao pagamento de indenização por danos morais de R$ 10.000,00 (dez mil reais), sentença esta que será analisada em tópico abaixo.

Inconformada, a parte Ré interpôs Recurso de Apelação, oportunidade que alegou a ilegitimidade quanto ao vazamento das

informações e a inaplicabilidade da Lei Geral de Proteção de Dados ao caso concreto, já que ocorrido antes da vigência da lei. Pugnou pelo provimento do recurso e improcedência da ação.

Utilizando-se da permissão contida no artigo 997, § 1º do Código de Processo Civil, no prazo de apresentação de contrarrazões ao Recurso de Apelação, o Autor também apresentou Recurso Adesivo, do qual a parte Ré apresentou contrarrazões.

Os autos foram remetidos à 2ª instância para julgamento dos recursos interpostos.

Distribuídos os autos à 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ao Relator Desembargador Donegá Morandini, mas em razão da prevenção da Desembargadora Maria do Carmo Honório, houve a redistribuição.

As partes manifestaram oposição ao julgamento virtual, requerendo a designação de sessão de julgamento, possibilitando a realização de sustentação oral.

Recursos incluídos em pauta para dia 29/06/2021 e retirados de pauta após sustentação oral dos advogados de ambas as partes.

A nova inclusão em pauta se deu em 24/08/2021.

Em 02/09/2021 foi disponibilizado acórdão, dando parcial provimento ao recurso da Ré/Apelante e negando provimento ao recurso do Autor/Apelante, julgando-se improcedente a ação, com a condenação do Autor ao pagamento de honorários de sucumbência no valor correspondente a 10% sobre o valor dado à causa.

4 FUNDAMENTOS DA SENTENÇA

A sentença proferida nos autos 1080233-94.2019.8.26.0100 pela dra. Tonia Yuka Koroku, juíza de direito titular da 13ª Vara Cível da Comarca de São Paulo (Foro Central Cível), julgou procedente os pedidos da parte Autora, confirmando a tutela de urgência e condenando a parte Ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), por entender que houve violação dos dados pessoais e sensíveis do Autor.

Analisaremos agora os fundamentos da r. sentença proferida.

Após o detalhamento dos atos do processo, conforme pontos já destacados em tópico acima, passou-se a fundamentação do julgado.

Entendeu-se que é fato incontroverso a assinatura do contrato de compra e venda da unidade pelo Autor, oportunidade que forneceu seus dados pessoais. Destacou-se a cláusula 2.21.8 em que o Comprador autorizou expressamente a inclusão de seus dados no cadastro positivo, entendendo a juíza que em relação ao tratamento dos dados do Autor, havia apenas a referida cláusula.

Reafirmada a relação consumerista entre as partes, de forma que já havia sido reconhecida em decisão interlocutória, que afastou o pedido formulado em defesa de denunciação à lide da Empresa que formalizou o contrato de compra e venda (CBR 051 EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.) e aplicou a teoria da aparência e o princípio da facilitação da defesa dos direitos do Consumidor previstos no artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor.

Quanto ao tratamento de dados, consignou a juíza que a Lei Geral de Proteção de Dados prescreve em seu artigo 2º que são fundamentos da proteção de dados, entre outros, a defesa do consumidor e os direitos humanos.

Destacou a juíza que as normas do Código de Defesa do Consumidor e da Lei Geral de Proteção de Dados estão de acordo com os princípios fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, especialmente a dignidade da pessoa humana (artigo 1º,

III da Constituição Federal) e a proteção do direito do consumidor (artigo 5º, XXXII da Constituição Federal) e destacou que os valores previstos na norma maior sequer são passíveis de serem reduzidos ou eliminados.

Por outro lado, destacou a possibilidade de ampliação destes princípios darem origem a outros direitos, como o que ocorreu com os dados, que passaram a ser tutelados pela ordem jurídica.

Analisando o caso concreto, destacou que o Autor, após formalizar contrato de compra e venda para aquisição de imóvel da Ré passou a ser demandado por "parceiros" da Ré que ofereceram financiamento, consórcio, instalação de móveis planejados etc.

Afirma que houve violação dos fundamentos da proteção dos dados da parte Autora, tendo em vista a utilização destes para finalidade diversa da constante no contrato, sem que o Autor tivesse informação adequada.

Entendeu que a responsabilidade da Empresa Ré neste caso é objetiva (de acordo com o artigo 14, *caput*, CDC e o artigo 45, LGPD) e que, havendo violação dos direitos da personalidade do Autor ao permitir ou promover o acesso indevido a dados do Autor, configura ato ilícito, sendo irrelevante a informação de que

a Empresa Ré possui mecanismos eficazes para proteção de dados ou se outras pessoas participaram da ilicitude – corretores/Imobiliária (responsabilidade solidária, nos termos do artigo 7º, parágrafo único e artigo 25, ambos do CDC) e configurado o nexo causal entre a contratação da compra do imóvel e os contatos de empresas terceiras.

Fixou-se a título de indenização por danos morais o valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), considerando as circunstâncias do caso concreto, a gravidade, a natureza do dano, as condições econômico-financeiras das partes e as peculiaridades do caso concreto, fundamentado no artigo 944 do Código Civil.

Quanto ao pedido reconvencional, julgou improcedente, em razão da parte Reconvinte ter dado causa à demanda e porque não foi comprovado ato ilícito que impactasse efetivamente a Reconvinte no exercício de sua atividade.

Fixou-se os honorários de sucumbência, quanto à demanda principal, em 10% sobre o valor da condenação e quanto à lide reconvencional, em 10% sobre o valor dado à reconvenção.

5 ANÁLISE DA SENTENÇA

5.1 Argumentos jurídicos legais

Conforme já destacado acima, a decisão proferida, utilizou argumentos jurídicos para julgamento do feito, entre eles:

- Constituição Federal, quanto aos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e a proteção dos direitos do Consumidor;
- Código de Defesa do Consumidor, quanto à proteção geral do consumidor e da responsabilidade objetiva e solidária da Ré, assim como para reconhecer a legitimidade da Ré para figurar do polo passivo;
- Lei Geral de Proteção de Dados: para identificação de que houve violação dos dados e justificar a tutela antecipada de urgência, confirmada em acórdão e, também, o pagamento da indenização por danos morais;
- Código Civil para destacar a proteção dos direitos da personalidade e a fixação dos danos morais.

5.2 Argumento jurídico jurisprudencial

Para fundamentar a improcedência do pedido reconvencional, destacou que a proteção dos direitos à imagem e à honra objetiva das pessoas jurídicas, se relacionadas a sua atividade fim, apenas são protegidas se o ato ilícito efetivamente

impactar negativamente a imagem, o nome, a marca da pessoa jurídica a ponto que sofra abalo em sua esfera patrimonial.

Destacou quanto a este ponto, o que restou decidido no AGARESP 201200363720, de relatoria da Ministra Maria Isabel Gallotti (STJ - Quarta Turma, DJE; Julgado em:14/02/2014).

6 FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO

O acórdão proferido nos autos, inicialmente, afastou as preliminares alegadas pelas partes.

Destacaram a inexistência de negativação de prestação jurisdicional em razão de, na primeira instância, a magistrada ter suficientemente demonstrado as razões de seu convencimento.

Afastaram também a preliminar de cerceamento de defesa, em razão dos documentos dos autos serem suficientes ao deslinde do feito.

Já em relação à preliminar de ilegitimidade, também foi afastada, em razão da relação entre as partes ser de consumo, sujeitando-se ao Código de Defesa do Consumidor e aplicando-se a teoria da aparência, em razão de constar dos documentos a marca da Ré (“Cyrela Ibirapuera By Yoo”).

Quanto ao mérito, entendeu pela inaplicabilidade da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais fundamentando-se no marco

temporal já que, à época da contratação e do suposto vazamento de dados, a Lei ainda não estava em vigor.

Além da inaplicabilidade da Lei, constou do acórdão que não houve comprovação inequívoca, por parte do Autor, de que o vazamento de informações ocorreu por parte da Ré, não tendo sido comprovada, consequentemente, o nexo de causalidade a justificar a condenação da Ré conforme requerido na Petição inicial.

Constou do acórdão, ainda, que não houve comprovação pelo Autor de que os fatos alegados efetivamente lhe causaram danos extrapatrimoniais, não tendo ultrapassado o mero aborrecimento.

Destacamos um trecho do acórdão proferido:

> O consumidor, no caso, independentemente da autoria das mensagens, não sofreu nenhum ônus excepcional, a não ser aquele que todo ser humano tem que aprender a suportar por viver numa sociedade tecnológica, frenética e massificada, sob pena da convivência social ficar insuportável. Trata-se, pois, de episódio do qual não resultou nenhuma interferência excepcional no comportamento do autor e que não rompeu o seu equilíbrio psicológico.

Por fim, entenderam pela ausência dos pressupostos da responsabilidade civil (conduta ilícita, nexo de causalidade e dano), julgando-se improcedente da ação.

Quanto ao pedido reconvencional apresentado pela Ré, também foi afastado, entendendo o ocorrido como “risco do negócio” por ela realizado.

7 ANÁLISE DO ACÓRDÃO

Neste ponto, considerando que o presente artigo se destina à defesa da inaplicabilidade da Lei Geral de Proteção de Dados no caso concreto, passará a discorrer apenas em relação aos pontos que fundamentaram este ponto da decisão.

7.1 Argumentos jurídicos legais

Como fundamentos jurídicos legais, utilizaram inicialmente a própria Lei de Proteção de Dados e a sua vigência já que, à época dos fatos, não estava vigente, nem mesmo a primeira parcela da Lei que entrou em vigor (apenas em relação à criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD) mais de um mês após a assinatura do contrato de compra e venda.

No caso, o trecho da Lei que o Autor pretende aplicação no caso concreto apenas entrou em vigor em 14 de agosto de 2020, inclusive após o ajuizamento da presente ação.

Aplicaram ao caso concreto, ainda, o artigo 5º, XXXVI da Constituição Federal, que prevê que a Lei não poderá prejudicar

o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (*"XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;"*). Destacaram quanto à irretroatividade da norma.

7.2 Argumento jurídico jurisprudencial

Já em relação ao argumento jurisprudencial, utilizou-se o que restou decidido no julgamento do Recurso Especial 1694405/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 29/06/2018 como representativo do entendimento do Superior Tribunal de Justiça: *"A regra a ser utilizada para a resolução de uma dada controvérsia deve levar em consideração o momento de ocorrência do ato ou, em outras palavras, quando foram publicados os conteúdos infringentes"*.

8 CONCLUSÃO

Inicialmente, convém destacar algumas datas relevantes à análise que será realizada a seguir. Assim, temos que a ação foi ajuizada em 16/08/2019 e a sentença proferida em 29 de setembro de 2020 e publicada em 02 de outubro de 2020.

Analisando a sentença proferida, verificamos que houve aplicação, além de outros institutos já presentes no direito brasileiro, da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).

Verificando-se a data de ajuizamento da ação nº 1080233-94.2019.8.26.0100, cuja decisão foi analisada nesta oportunidade, temos que a distribuição da ação foi anterior à vigência da lei, no tocante aos artigos supostamente violados, assim como a sentença proferida.

Mesmo que o ajuizamento tenha se dado em momento anterior à vigência da lei, podemos verificar que houve aplicação dos artigos 2º, 6º, I e II, 45 e as diretrizes gerais da lei, quanto à que ficou estabelecido em relação à proteção de dados.

> Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:
> I - o respeito à privacidade;
> II - a autodeterminação informativa;
> III - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião;
> IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem;
> V - o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação;
> VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e
> VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

> Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:
> I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;
> II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;
> [...]
> Art. 45. As hipóteses de violação do direito do titular no âmbito das relações de consumo permanecem sujeitas às regras de responsabilidade previstas na legislação pertinente.

Assim, ainda que à época da ocorrência dos fatos a Lei não tivesse efetivamente entrado em vigor, houve aplicação no caso concreto.

O período de vacância de uma lei se justifica justamente para que haja tempo suficiente para assimilação do conteúdo da nova lei.

No caso da LGPD, foi necessário o conhecimento de inúmeras novas nomenclaturas e adaptação pelas empresas para que se adaptassem à nova realidade quanto à proteção dos dados pessoais.

Em que pese o tema esteja em discussão há muitos anos, à época dos acontecimentos e do ajuizamento da ação, não havia

vigência da LGPD, sendo que não deveria ter sido aplicada no caso concreto.

Antes da promulgação e vigência da LGPD, era possível a obtenção de prestação jurisdicional em caso de violação de dados pessoais fundamentando-se nos princípios fundamentais e na proteção dos direitos do consumidor, que poderiam ter sido utilizados de fundamento da decisão proferida.

Conforme já demonstrado acima, a aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados no caso concreto, em sentença, não foi assertiva, razão pela qual o acórdão deu parcial provimento ao Recurso interposto pela Ré para afastar a aplicabilidade da Lei, corretamente.

Em que pese a LGPD não tenha previsto expressamente quanto a situações ocorrida anteriormente à vigência da Lei, não havia Lei anterior a respeito do mesmo assunto sendo que, conforme já destacado anteriormente, foi uma inovação no ordenamento jurídico.

Assim, diante da ausência de previsão específica, além dos argumentos já elencados no acórdão proferido, sugere-se também a aplicação por analogia do §1º do artigo 6º da LINDB, também podendo definir como ato jurídico perfeito aquele ocorrido antes

da vigência da Lei em caso de inexistência de Lei anterior sobre o mesmo assunto.

No caso dos autos, todas as situações narradas pela parte Autora ocorreram antes da vigência da Lei, assim como o próprio ajuizamento da ação.

Apenas com a vigência da Lei podemos considerar que houve a efetiva determinação do legislador de como devem ser a coleta e tratamento de dados pessoais. Em relação a fatos anteriores, não há violação da legislação, já que sequer esta efetivamente havia entrado em vigor.

No caso concreto, embora a Lei tenha nascido com a promulgação, apenas com o início da vigência tornou-se obrigatória. Em relação a fatos ocorridos anteriores à vigência da Lei, não havia obrigatoriedade.

Em outras palavras, não se pode admitir que esta seja aplicada a fatos ocorridos anteriormente à sua vigência já que, como dito, não havia aplicabilidade.

Assertivo o acórdão proferido no tocante à inaplicabilidade da Lei Geral de Proteção de Dados ao caso concreto.

9 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 30/01/2021.
BRASIL. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 30/01/2021.

BRASIL. Lei 13.709 de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm Acesso em 30/01/2021.

BRASIL. Lei 4.657 de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm Acesso em 15/03/2021.

BRASIL. Material: Sancionada a Lei de Proteção de Dados. Opice Blum, Bruno e Vainzof Advogados Associados.

BRASIL. Vacatio Legis. Senado notícias. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/vacatio-legis Acesso em 30/01/2021.

BRASIL. Juízes de Primeira Instância. Lista de Antiguidade dos Excelentíssimos Senhores Juízes de 1ª Instância do Estado. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em https://www.tjsp.jus.br/Download/Magistrados/ListaAntiguidadePrimeiroGrau.pdf?d=1612046660774 Acesso em 30/01/2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Consulta de autos nº 1080233-94.2019.8.26.0100. (1ª e 2ª instância).

Disponível em https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/ show.do?processo.codigo=2S0013T8I0000&processo.foro=100&processo.numero=108023394.2019.8.26.0100&uuidCaptcha=sajcaptcha_9c988e08a2d249acbffaa00a1674e241 Acesso em 30/01/2021.

BRASIL. Controlador, operador e encarregado: Quem é quem na LGPD. Disponível em https://www.infranewstelecom.com.br/controlador-operador-encarregado-quem-e-quem-na-lgpd/ Acesso em 30/01/2021.

BRASIL. O que é GDPR e o que muda para as empresas e os brasileiros? Disponível em https://www.hscbrasil.com.br/gdpr/ Acesso em 30/01.2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto, 1938- Direito civil brasileiro, volume I: parte geral/Carlos Roberto Gonçalves. – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2009.

COMENTÁRIOS AO ACÓRDÃO NÚMERO 2011/0211890-7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE CONSOLIDOU INTERPRETAÇÃO JURISDICIONAL DA DISTINÇÃO DOS PRAZOS PRESCRICIONAIS NA RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRACONTRATUAL.

Alexandre Paschoalin Maurin[33]
Samyra Domingues de Freitas[34]

1 INTRODUÇÃO

Como meio de avaliação do Módulo I do "Curso de Especialização em Direito Civil – Novos paradigmas nas relações privadas" na Universidade de São Paulo, o presente trabalho busca a análise do julgado número 2011/0211890-7, proferido pela Corte Especial do STJ em 15 de maio de 2019 nos Embargos de Divergência em RESP nº 1.281.594-SP, e relatado pelo Ministro Benedito Gonçalves e, em voto divergente e vencedor, pelo Ministro Felix Fischer. Utilizou-se o método Análise de Julgado na elaboração do presente artigo. O julgado escolhido é peculiar pois, apreciado pela corte especial, se serve da técnica de

[33] Advogado, pós graduando em Direito Civil pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo.
[34] Advogada, Especialista em Direito Contratual pela Escola Paulista de Direito, pós graduanda em Direito Civil pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo.

fixação de jurisprudência dominante em sede de embargos de divergência, perante tribunal Superior, com possibilidade de análise de voto vencido e vencedor, e que mostra um equilíbrio no julgamento também encontrado na doutrina mas, principalmente, a produção do efeito de orientar os órgãos a ele vinculados no sentido de se diferenciar o prazo prescricional decenal para a reparação civil de dano contratual e trienal para reparação de dano extracontratual.

2 DA PRESCRIÇÃO, DA RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL E EXTRACONTRATUAL

Em que pese a presente pesquisa ter por específico objetivo a análise de julgado, entendemos primordial identificar correlação dos institutos apreciados pelo Superior Tribunal de Justiça[35] para melhor direcionar a importância de seus efeitos.

2.1. Da prescrição:

A prescrição é instituto que decorre da projeção dos efeitos jurídicos pelo decurso do tempo. Enquadra-se na categoria dos

[35] Posto que o principalmente objetivo do trabalho é trazer luz ao julgado, não há pretensão desses autores em exaurir o estudo destes institutos.

fatos jurídicos (em sentido estrito) ordinários posto que provoca, em virtude do decurso do tempo, a consolidação[36] ou extinção de situações jurídicas.

Principalmente no último aspecto, ela fulmina a pretensão de propugnar a reparação de um direito subjetivo patrimonial violado no todo ou em parte.

E se um titular de direito violado pode recorrer à tutela jurisdicional através de uma ação, com propósito de obter proteção, o contrário também pode ocorrer, ou seja, o titular desse direito pode ser acionado judicialmente por outrem que se afirma seu verdadeiro titular. Surge aí a exceção substancial, que se sujeita aos mesmos prazos prescricionais.[37]

Em verdade, a prescrição é instituto historicamente confundido como algo contrário à ideia de justiça, e conforme alertam NERY E NERY JR (2019, p. 374) esse conteúdo teria sido absorvido pela doutrina brasileira, "sem que tivesse havido a imprescindível meditação e ponderação sobre o significado e conteúdo ontológico do instituto da prescrição" e, pela "má

[36] Por prescrição aquisitiva temos por único exemplo em nosso sistema a Usucapião.

[37] Exemplo citado por FARIAS E ROSENVALD é o da compensação, e para ilustrarem, arrematam: "junto com o ataque prescreve a defesa"(2019).

redação das Ordenações Manuelinas" que falavam em "punição por negligência".

E se outrora era tido como um instituto menor que servia para apenamento da desídia, modernamente esse conceito tem sido rechaçado pela doutrina que é firme no sentido de que (i) é um direito de ***proteção ao devedor***, que não pode ficar eternamente vinculado e (ii) é um ***interesse social*** que há na estabilização das relações jurídicas, servindo à paz social, à harmonia, à ordem pública.

Como bem pontua BIANCHI e PINHEIRO no que toca:

> à passagem do tempo, o Direito tem a função de estabilizar o passado e conferir previsibilidade ao futuro, por meio de diversos institutos (prescrição, decadência, perdão, anistia, irretroatividade da lei, respeito ao direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada). (BIANCHI e PINHEIRO, p. 296)

Mas além de fenômeno objetivo e fato jurídico stricto sensu (transcurso do tempo) é necessária a conjugação com elemento subjetivo, qual seja, a conduta omissiva do direito em perecimento.

Sendo assim, prossegue BIANCHI (2020), esclarecendo que a prescrição é meio de fornecer certeza às relações jurídicas, ofertando assim, segurança e estabilidade.

Neste sentido assim define TARTUCE: “Na prescrição, nota-se que ocorre a extinção da pretensão; todavia, o direito em si permanece incólume, só que sem proteção jurídica para solucioná-lo.” (TARTUCE, 2019, p. 272).

O direito subjetivo, portanto, se mantém e, apesar da questionável redação do artigo 189 do Código Civil, não há necessariamente a extinção de uma pretensão (posto não destruída), mas sim, uma paralisia da eficácia da pretensão que a guarnece. Tanto que se o devedor, voluntariamente quiser, pode pagar de forma válida e eficaz a dívida.

Em síntese e termos práticos, partindo de uma análise estrutural da prescrição é importante que se considere os elementos propostos por FARIAS e ROSENVALD (2019):

> (i) a existência de uma pretensão, que guarnece um direito subjetivo patrimonial e que possa ser alegada pelo titular; (ii) a inércia do titular dessa pretensão; (iii) a manutenção dessa inércia durante um determinado lapso de tempo, previsto antecipadamente, no próprio sistema jurídico; (iv) a ausência de algum fato ou ato a que a lei atribua eficácia impeditiva, suspensiva ou interruptiva do curso prescricional.

2.1.1. Prescrição e decadência: Distinção. Pretensão.

Bem explica NERY E NERY JR que sempre existiu confusão entre os institutos e que o CC/16 sequer fazia menção

da decadência, tratando os dois institutos como se fossem mesma realidade. Em virtude deste tratamento, era amplamente discutido na doutrina se a prescrição atingiria o direito de ação ou o próprio direito flagrante que essa confusão permanecia posto que adotada a teoria concretista da ação.

Ocorre que o moderno conceito de ação é vê-la como direito subjetivo abstrato, totalmente autônomo do direito material. E desse direito também se difere a pretensão, que pode ser definida como exigência de subordinação de um interesse alheio ao próprio. E a pretensão resistida enseja a lide.

Logo, a pretensão sempre antecede a ação, porquanto pode-se fazer valer mesmo extrajudicialmente.

Nesse caminhar, mostrasse correto o ensinamento de AMORIM FILHO de que o marco inicial do prazo prescricional é o nascimento da pretensão, não o da ação.

Do mesmo modo, enfatiza NERY E NERY JR, "a prescrição nada tem a ver com o direito, pois o direito pode sobreviver à prescrição." Como exemplo, citam os autores a hipótese de pagamento de dívida prescrita.

E nesse particular nota-se o maior ponto de diferença com a decadência (ou caducidade) eis que a mesma atinge o próprio

direito que, somente por via reflexa, faz desaparecer a ação que deveria assegura-lo.[38]

Na lição de AMORIM FILHO, somente estão submetidos aos prazos prescricionais os direitos subjetivos patrimoniais, ou seja, aqueles sujeitos à uma prestação.

Com isso, ficam excluídos de perecimento de pretensão por decurso de prazo os direitos tidos por potestativos (direitos insuscetíveis de violação e sem prestação) e, dentre os direitos subjetivos, aqueles de natureza extrapatrimonial.[39]

Os direitos potestativos exercem-se mediante ações de natureza constitutiva e estão sujeitos aos prazos decadenciais.

---

[38] Ao contrário dos direitos subjetivos, nos direitos potestativos, a lei confere a determinadas pessoas o poder de influírem, com uma declaração de vontade sobre a situação jurídica de outras, sem o concurso da vontade delas. Como exemplos de direitos potestativos podem ser citados: o poder que tem o mandante e o doador de revogarem o mandato e a doação; o poder que tem o cônjuge de promover o divórcio; o poder que tem o herdeiro de aceitar ou renunciar a herança; etc. Em princípio, essa categoria de direitos se exercita mediante simples declaração de vontade do seu titular. Mas, excepcionalmente, este titular se vê forçado à modificação de uma situação jurídica mediante a socorro de prestação jurisdiciona -, em ações de natureza constitutiva - e não pleiteia do réu qualquer prestação mas a modificação de uma situação jurídica independentemente da vontade daquele que deve à ela se sujeitar. Assim, o réu não sofre uma prestação, mas uma sujeição.

[39] Sustentam FARIAS e ROSENVALD (ob. cit. p. 837-839), que apesar de sua natureza condenatória, a Ação Civil Pública e a pretensão de ressarcimento de danos causados ao Erário por ato de improbidade administrativa estariam excluídas das hipóteses de prescrição. Os próprios autores sustentam tratar-se de tema polêmico.

No que se refere aos direitos extrapatrimoniais, convém ponderar que não há prazo para a cessação de uma violação à, por exemplo, privacidade de alguém, mas há prazo para que se pretenda uma reparação pecuniária pelo dano sofrido.[40]

Aduz TARTUCE, que o Código Civil de 2002 adotou quanto à prescrição a tese de Agnelo Amorim Filho que associa a prescrição e seus prazos às ações condenatórias:

> De fato, os prazos especiais apresentados no art. 206 dizem respeito a ações condenatórias, particularmente àquelas relativas à cobrança de valores ou à reparação de danos, mantendo uma relação com os direitos subjetivos. (TARTUCE, 2019, p. 272).

Ainda no que concerne à prescrição segundo o Código Civil de 2002, TARTUCE prossegue:

> Para as ações dessa natureza, em que não houver previsão de prazo específico, aplica-se a regra geral de dez anos, conforme o art. 205 do Código Civil. O prazo de dez anos incide para qualquer pretensão subjetiva, não havendo mais distinção quanto às ações reais e pessoais como constava do art. 177 do Código Civil de 1916 (20 anos para ações pessoais, 15 anos para ações reais entre ausentes, 10 anos para ações reais entre

[40] Há exceção, porém, no que se refere à reparação de danos causados por prisão ou tortura, durante o regime militar ditatorial de exceção (STJ, Resp 959.904/PR, j 23.4.09) e, com mesma *ratio*, a doutrina discute aplicação da exceção para as hipóteses dos descendentes de quilombolas e dos negros comercializados como escravos na época do Brasil-Império.

> presentes). Isso também para a facilitação do Direito Privado, a simplicidade. (TARTUCE, 2019, p. 272).

Prossegue ainda o Professor Flávio Tartuce apontando que no tange à contagem de prazo prescricional há o disposto no Enunciado n. 14 do CJF/STJ que foi aprovado na I Jornada de Direito Civil, que adota a tese da e versa o seguinte:

> Art. 189: 1) o início do prazo prescricional ocorre com o surgimento da pretensão, que decorre da exigibilidade do direito subjetivo; 2) o art. 189 diz respeito a casos em que a pretensão nasce imediatamente após a violação do direito absoluto ou da obrigação de não fazer. (TARTUCE, 2019, p. 272).

Frisa ainda TARTUCE que a doutrina majoritária é favorável ao disposto no enunciado, contudo, as regras acerca da contagem do início de contagem do prazo prescricional têm sido amplamente contestadas judicialmente, posto que tem ganhado força no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que o prazo deve ter início quando do conhecimento da violação ao direito subjetivo.

As origens históricas da expressão actio nata indicam por significado “ação nascida”, tendo por requisito para a prescrição seja possível apresentar a demanda em juízo. Adotada tal

premissa parece que a perspectiva subjetiva se mostra mais razoável para certas hipóteses em prestígio à boa-fé.

A adoção da súmula 278 do STJ é demonstração clara da aplicação da teoria em seu aspecto subjetivo: “O termo inicial do prazo prescricional, na ação de indenização, é a data em que o segurado teve ciência inequívoca da incapacidade labora”.

E não se pode perder de vista que o artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor reconhece que o início do prazo prescricional da ação de reparação de danos causado por acidente de consumo se inicia com o conhecimento do dano e sua autoria.

Quanto aos diversos prazos prescricionais, pode-se afirmar que o Código Civil de 2002 adotou em seu artigo 205 uma verdadeira cláusula geral de prescrição e no artigo 206 prazos específicos, cuidando das hipóteses ali contempladas e os demais prazos mencionados no Código, de ordinário, terão natureza decadencial.

Saliente-se que a prescrição ordinária opera-se em dez anos para qualquer tipo de pretensão, enquanto os prazos especiais variam, segundo a técnica do legislador, de um a cinco anos.

A correta tipificação responsabilidade civil extracontratual é a questão principal do julgamento ora analisado.

2.2. Conceito de responsabilidade civil e sua distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual.

Responsabilidade civil é instituto jurídico originário do dever de reparar o dano decorrente da violação de um dever jurídico, legal ou contratual, sujeitando o infrator ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor *in natura* o estado anterior de coisas.

E desde o Direito Romano, em que pese a expressão tenha se originado em obrigações assumidas em contratos verbais, foi adotado modelo dualista ou binário quanto à sua origem, em contratual (ou negocial) e extracontratual (ou aquiliana), influenciando a elaboração das codificações privadas modernas.

Em nosso atual Código Civil o Título IX do Livro das obrigações foi definido como "Da responsabilidade civil, tratando, a princípio, da responsabilidade extracontratual (arts. 927 a 954), enquanto de outro giro, a responsabilidade contratual decorrente do inadimplemento das obrigações consta nos artigos 389 e 420 do CC.

Bem sintetiza CAVALIERI FILHO que:

> [...] tanto na responsabilidade extracontratual como na contratual há violação de um dever jurídico preexistente. A distinção está na sede

> desse dever. Haverá responsabilidade contratual quando o dever jurídico violado (inadimplemento ou ilícito contratual) estiver previsto no contrato. [...]. Haverá, por seu turno, responsabilidade extracontratual se o dever jurídico violado não estiver previsto no contrato, mas sim na lei ou na ordem jurídica (CAVALIERI FILHO, 2019, p. 38).

A doutrina se divide no entendimento de se os conceitos de ato ilícito (art. 186) e abuso de direito (art. 187) servem apenas para a responsabilidade extracontratual ou se do mesmo modo podem ser utilizados na responsabilidade contratual (ou negocial).

Sem prejuízo da crítica pela falta de aprofundamento, pode-se listar ao menos oito outras diferenças entre tais espécies:

	Responsabilidade civil	**Responsabilidade negocial**
Graduação de culpa	O ilícito do agente, em regra, não será sancionado de maneira mais ou menos intensa eis que a reparação será medida pela extensão do dano (944, CC)	A graduação de culpa será em alguns casos fator prévio e abstrato da obrigação de indenizar
Extensão da reparação	O montante da reparação será balizado, em regra, pela extensão do dano.	É possível a inserção de cláusulas limitativas da responsabilidade (salvo no CDC)
Exercício de autonomia da vontade		Maior amplitude com a possibilidade de inserção de cláusula pena, para prefixar uma pena como sanção para o

		inadimplemento, ou para estabelecer uma prévia liquidação de perdas e danos evitando a discussão judicial sobre o montante dos prejuízos.
Exigência de capacidade dos agentes	O incapaz, dentre de certos requisitos pode ser obrigado a indenizar (928 CC)	Requer a capacidade de fato das partes ou o suprimento por institutos, sob pena de nulidade ou anulabilidade
Regime de mora	A mora é presumida a contar da data da ocorrência do evento	A mora incidirá automaticamente com a fluência do termo ajustado, ou mediante interpelação, ou a partir da citação
Matéria de prova	Cabe à vítima o ônus probatório dos pressupostos da obrigação de indenizar	A obrigação de indenizar decorrer da simples constatação do inadimplemento.
Foro competente	Local do fato. Em reparação de danos decorrente de acidente de veículo poderá ser o local do fato ou domicílio da vítima	Domicilio do réu, salvo foro de eleição

A oitava diferença encontra profunda divergência na doutrina e na jurisprudência: ***Se há ou não prazo distinto de prescrição***.

Tal divergência, decorre da divisão clássica já demonstrada e em se saber se, ao dispor de forma especial sobre o prazo prescricional da pretensão de reparação civil (art. 206, §3º, V CC) em três anos, o legislador buscou dispor somente da

responsabilidade civil prevista no Título IX (ou seja, em sua modalidade extracontratual) ou acolheu a tese da unificação de tratamento de ambas as classificações em mesmo prazo.

Fato é que desde a entrada em vigor do Código Civil de 2002, esse mesmo assunto tem sido, por inúmeras vezes, motivo de discussão perante o Superior Tribunal de Justiça: “Desde a entrada em vigor do Código Civil de 2002, essa mesma controvérsia foi analisada, diversas vezes, pelo STJ, a fim de ser conferida interpretação uniforme aos art. 205 e 206, §3º, V, do Código Civil de 2002.”.

Em 2006, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, aplicou o prazo de 03 (três) anos em caso que versava sobre contrato de mandato, vejamos a ementa:

> I - RECURSO ESPECIAL. CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. SUBSCRIÇÃO DE AÇÕES. PRETENSÃO PRINCIPAL. PRESCRIÇÃO DECLARADA NA CAUTELAR. POSSIBILIDADE. 1. É lícito ao juiz, na cautelar preparatória, desde que provocado para tanto, declarar a prescrição ou a decadência da pretensão principal (Art. 810 do CPC). II - ART. 287, II, 'G', DA LEI 6.404/76 NÃO APLICÁVEL. 1. O amplíssimo Art. 267, II, 'g', da Lei 6.404/76, só tem aplicação quando o acionista demanda contra a companhia buscando a satisfação de direito ou a exoneração de um dever que contraiu por sua condição de acionista. Nessa situação específica - em que a condição das partes é determinante para a

persecução do direito reclamado - o prazo de prescrição será trienal, independentemente do fundamento da demanda. III - PRETENSÃO DE REPARAÇÃO DE DANO, DECORRENTE DE ATO ILÍCITO. DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. PRAZO PRESCRICIONAL VINTENÁRIO (ART. 177 DO CÓDIGO BEVILÁCQUA). REGRA DE TRANSIÇÃO. ART. 2.028 DO NOVO CÓDIGO CIVIL. PRAZO PRESCRICIONAL TRIENAL (ART. 206, § 3º, V, DO NOVO CÓDIGO CIVIL). 1. A pretensão de reparação civil, decorrente de descumprimento contratual - como é a de subscrição correta de ações - tem seu prazo prescricional regulado pelo Art. 177 do Código Bevilácqua. 2. Pela regra de transição estabelecida no Art. 2.028 do novo Código Civil, "serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada". 3. É da entrada em vigor da lei nova que começa a fluir o prazo prescricional mais curto nela previsto. IV - PRESCRIÇÃO. INTERRUPÇÃO PELO DESPACHO QUE DETERMINOU A CITAÇÃO NA CAUTELAR. 1. A prescrição ocorre quando o titular do direito não exerce, no prazo legal, ação tendente a proteger tal direito. A inércia é o requisito essencial da prescrição. 2. O despacho do juiz que determina a citação na ação cautelar preparatória tem o condão de interromper o prazo prescricional referente à pretensão principal a ser futuramente exercida (Art. 202, I, do novo Código Civil). (STJ - REsp: 822914 RS 2006/0043781-8, Relator: Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Data de Julgamento: 01/06/2006, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: -- DJ 19/06/2006 p. 139RT vol. 852 p. 200).

Posteriormente em 2008, em Segunda Seção, o STJ aplicou o prazo de 10 (dez) anos, conforme ementa a seguir:

> COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL. TELECOM. CRT. CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA. COMPLEMENTAÇÃO DE AÇÕES. DIFERENÇA. PRESCRIÇÃO. DIREITO PESSOAL. DIVIDENDOS. ARTS. 177 DO CC/1916, 205 E 2.028 DO CC/2002. VALOR PATRIMONIAL DA AÇÃO. APURAÇÃO. CRITÉRIO. BALANCETE DO MÊS DA INTEGRALIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. LEI N. 11.672/2008. RESOLUÇÃO/STJ N. 8, DE 07.08.2008. APLICAÇÃO. I. Nas demandas em que se discute o direito à complementação de ações em face do descumprimento de contrato de participação financeira firmado com sociedade anônima, a pretensão é de natureza pessoal e prescreve nos prazos previstos no artigo 177 do Código Civil revogado e artigos 205 e 2.028 do Novo Código Civil. II. A complementação buscada pelos adquirentes de linha telefônica mediante contrato de participação financeira, deve tomar como referência o valor patrimonial da ação apurado com base no balancete do mês da respectiva integralização (REsp n. 975.834/RS, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, unânime, DJU de 26.11.2007). III. Julgamento afetado à 2ª Seção com base no procedimento da Lei n. 11.672/2008 e Resolução n. 8/2008 (Lei de Recursos Repetitivos). IV. Recurso especial conhecido em parte e provido. (STJ - REsp: 1033241 RS 2008/0039831-6, Relator: Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Data de Julgamento: 22/10/2008, S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: -- DJe 05/11/2008).

Convém acrescentar que nos casos de descumprimento do contrato a regra é a execução específica da obrigação, uma vez que ao credor é permitido exigir do devedor o exato cumprimento daquilo que foi avençado. Se houver mora, o credor pode ainda pleitear eventuais perdas e danos. E, em havendo inadimplemento definitivo, escolher entre a execução pelo equivalente ou a resolução da relação contratual, ambas com perdas e danos.

Logo, existindo três potenciais pretensões, não se mostra razoável que ao intérprete a conclusão de que o credor tem um prazo para exigir o cumprimento da obrigação e outro para reclamar perdas e danos e, nesse caminhar, não se mostra aceitável a aplicação do prazo de três anos de prescrição com olhos voltados somente para o ressarcimento de danos. Por questões de coerência, é necessário que o credor esteja sujeito ao mesmo prazo para exercer as três pretensões que a lei põe à sua disposição como possíveis reações ao inadimplemento (TARTUCE, 2018, p. 1563).

3 EMENTA SOB ANÁLISE

Transcreve-se parte da ementa:

"3. A pretensão indenizatória decorrente do inadimplemento contratual sujeita-se ao prazo prescricional decenal (artigo 205 do Código Civil), se não houver previsão legal de prazo diferenciado"[41]

---

[41] Inteiro teor da Emenda: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PRESCRIÇÃO. PRETENSÃO FUNDADA EM RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL. PRAZO TRIENAL. UNIFICAÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL PARA A REPARAÇÃO CIVIL ADVINDA DE RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRACONTRATUAL. 1. Hipótese em que, na origem, existente prévia relação contratual entre as partes, a autora formula pretensão de reparação de supostos danos sofridos com inadimplementos contratuais pela ré, por supostamente (i) não haver a ré respeitado direito de exclusividade, (ii) haver a ré exigido que a autora voltasse a cumprir o contrato e (iii) haver a ré rescindido unilateralmente o contrato. 2. Discute-se, nestes Embargos de Divergência, se o prazo prescricional para o exercício de tais pretensões é de 3 (art. 206, § 3º, V, do CC/2002) ou de 10 anos (art. 205 do CC/2002). 3. O prazo decenal, por expressa previsão legal (art. 205 do CC/2002), só se aplica nas hipóteses em que não haja previsão legal de prazo inferior. 4. O fato de o art. 206, § 3º, V, do CC/2002 usar o termo "reparação civil", que o CC/2002 subsequentemente usa para tratar da responsabilidade extracontratual (arts. 932, 942 e 943 do CC/2002), mas não da contratual, não autoriza que se conclua pela exclusão do dano contratual no preceito que trata da prescrição da pretensão reparatória. 5. Há outros elementos, além do estritamente literal, para a interpretação do preceito constante do art. 206, § 3º, V, do CC/2002. 6. O instituto da prescrição guarda relação com a segurança jurídica. A diminuição dos prazos prescricionais com o Código Civil de 2002 atende ao interesse coletivo, para além do interesse individual, pois com ela chega-se à pacificação social em virtude do decurso do tempo, atendendo-se ao princípio da socialidade. 7. Os princípios da eticidade e da operabilidade orientam o intérprete a ler os preceitos do Código Civil sob a consideração de que o legislador procurou redigi-lo de modo simples e de sorte a evitar dúvidas e, especialmente, de forma a acentuar o mandamento segundo o qual nas situações em que a norma não distingue, não é lícito ao intérprete distinguir. 8. O art. 206, § 3º, V, do Código Civil, ao estabelecer que prescreve em 3 anos "a pretensão de reparação civil", não

distinguiu entre a reparação de dano de origem contratual e de dano de origem extracontratual. 9. O Código Civil de 2002 estabeleceu diferentes prazos prescricionais para diferentes pretensões, não importando que um dos fundamentos destas pretensões (a anterior celebração de um contrato entre as partes) seja o mesmo. Assim: para exigir o cumprimento de prestação contratual ilíquida, o prazo é de 10 anos (art. 205); para exigir o cumprimento de prestação contratual líquida, o prazo é de 5 anos (art. 206, § 5º, I); para exigir a reparação de dano, o prazo é de 3 anos (art. 206, § 3º, V); para exigir juros o prazo é também de 3 anos (art. 206, § 3º, III). 10. Não há como ser acolhido, contra as previsões legais que se vem de mencionar, o argumento de que uma suposta necessidade de coerência demandaria que devessem ser regidas pelo mesmo prazo prescricional todas as pretensões Documento: 1766975 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 23/05/2019 Página 11 de 9 Superior Tribunal de Justiça decorrentes de inadimplemento contratual. 11. O exercício da pretensão principal e o exercício da pretensão acessória podem sujeitar-se a prazos prescricionais diversos. Art. 206, § 3º, III, do CC/2002. 12. Também não convence o argumento de que haveria razões axiológicas segundo as quais, sendo o dano contratual mais ou menos grave que o extracontratual, então o prazo prescricional para o exercício de um deveria ser maior que o do outro. O legislador estabeleceu em 3 anos o prazo prescricional para que sejam formuladas em juízo as pretensões de "reparação civil" (art. 206, § 3º, V), não distinguindo entre a reparação fundada em contrato e aquela fundada em fatos independentes da existência de relação contratual. Não há fundamento para que se possa concluir que a opção adotada pelo legislador não deva ser aplicada. 13. É trienal o prazo prescricional para o exercício da pretensão de reparação civil (art. 206, § 3º, V, do CC/2002), seja ela decorrente de relação jurídica contratual ou extracontratual, excetuados os regimes especiais como, por exemplo, o do Código de Defesa do Consumidor. 14. Hipótese diversa daquela que foi decidida pela Corte Especial nos EAREsp 758.676 e 672.536 e EREsp 1.515.546, julgados em 2016, e nos Embargos de Divergência cujo julgamento foi finalizado na assentada de 20.02.2019 (EREsp 1.523.744 e EAREsp 750.497, 738.991 e 622.503), que tratavam de pleito de repetição de quantias indevidamente cobradas por companhias prestadoras de serviço de telefonia, ao passo que os presentes autos veiculam pretensão de reparação de danos alegadamente sofridos em decorrência de descumprimento de obrigações contratuais. 15. Os precedentes mencionados no item acima têm por razão de decidir o fundamento de que o prazo especial previsto no art. 206, parágrafo 3º, inciso IV, do CC/2002 (para a pretensão de

3.1. Perfil do relator da tese vencedora:

Relata a tese vencedora o Ministro Felix Fischer, tendo por biografia, ser nomeado ao Superior Tribunal de Justiça em 1996, após indicação por seus pares no Ministério Público em lista tríplice. Bacharel em ciências econômicas pela Universidade do Rio de janeiro (1971) e em direito pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (1971).

Foi presidente da corte no período de 2012 a 2014. É membro da 5ª Turma da Seção de Direito Penal. É diretor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (EFAM) e Presidente da Comissão de Jurisprudência do STJ.

Trata-se de magistrado com formação multicultural, como história, filosofia, teologia e música e que se notabilizou ao público por sua atuação na relatoria de recursos derivados da conhecida Operação Lava Jato e tem por preocupação "aplicar o

---

ressarcimento de enriquecimento sem causa) não se aplica à hipótese de repetição de quantia indevidamente cobrada por prestadora de serviço de telefonia. 16. Conquanto nos casos mencionados no item 14 se possa sustentar que o prazo prescricional é regido pela disposição subsidiária do Código Civil (art. 205), no caso dos presentes autos o prazo prescricional é regido pela disposição específica segundo a qual prescreve em 3 anos a pretensão de reparação civil (art. 206, parágrafo 3º, inciso V, do CC/2002). 17. Embargos de divergência não providos.

ordenamento jurídico, as regras pertinentes, mas nunca esquecer o lado humano das coisas”[42]

3.2. Resumo do conflito e contexto histórico:

Buschalla Veículos Ltda interpôs recurso especial com fundamento no artigo 105 III “a” e “c” da CF contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo assim ementado:

> Ação de reparação de danos. Lucros cessantes e danos emergentes. Resilição unilateral de contrato. Prescrição reconhecida pela sentença. Artigo 206, par. 3º, V, do CC/2002. Hipóteses taxativas no Código Civil de 2002 que só admitem exceção em situações específicas previstas em normas especiais. Dispositivo que tem incidência tanto na responsabilidade civil contratual como extracontratual. Pedido que é único, não se podendo considerar como subsidiária a pretensão relativa a anos atingidos pela prescrição. Correção da sentença. Apelo improvido.

No caso, a recorrente ajuizou ação de reparação de danos por lucros cessantes e danos emergentes contra a recorrida, cujo pedido foi julgado improcedente pela ocorrência da prescrição.

[42]Disponível em: http://www.editoramagister.com/noticia_23680423_PRIVILEGIO_A_SEGURANCA_JURIDICA_MARCA_CARREIRA_DE_FELIX_FISCHER.aspx, Acesso em 28 de janeiro de 2021.

A recorrente postulou indenizações por lucros cessantes decorrentes do descumprimento do Plano de Ação do Distribuidor (no período de 1988 a 1994) e em razão da rescisão contratual. No mérito, aduz ser aplicável prescrição decenal ao caso de responsabilidade civil contratual.

Em decisão monocrática de 12 de agosto de 2015, o Ministro Mauro Aurélio Bellizze, relatou o acordão dando provimento ao recurso especial para afastar a prescrição trienal e devolver os autos à instância de origem para julgamento do feito.

Contra tal decisão foi interposto agravo interno, sendo que, na sessão de 19 de setembro de 2016, a 3ª Turma, dando provimento ao referido agravo, determinou inclusão em pauta.

Em julgado de 22 de novembro de 2016, tendo por relator o Ministro Mauro Aurélio Belizze, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça acolheu a tese de unificar os prazos de prescrição nos termos do Enunciado 419 do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça, realizada em novembro de 2011, onde "o prazo prescricional de três anos para a pretensão de reparação civil aplica-se tanto à responsabilidade contratual quanto à responsabilidade extracontratual".

Dessa forma, foi negado provimento ao recurso especial.

Apresentados embargos de divergência pelo decorrente onde se reconhece a divergência interna:

- Acórdão paradigma (E. **Segunda Turma):** "a pretensão indenizatória da parte autora, nascida do inadimplemento contratual, obedece ao prazo prescricional decenal por ter natureza contratual"
- Acórdão embargado (E. **Terceira Turma**): "às ações fundadas em responsabilidade civil contratual não é aplicável o prazo prescricional geral decenal previsto no artigo 205, mas o trienal do artigo 206, § 3º, V, ambos do Código Civil de 2002."
- Acórdão paradigma (E. **Primeira Turma**): "o presente caso trata de ação de responsabilidade por inadimplemento contratual. Para esses casos, esta Corte Superior firmou entendimento no sentido de que "Aplica-se o prazo de prescrição decenal (art. 205 do CC/2002) quando o pedido de reparação civil tem por fundamento contrato celebrado entre as partes"
- Acórdão embargado (E. **Terceira Turma**): "às ações fundadas em responsabilidade civil contratual não é aplicável o prazo prescricional geral decenal previsto no

artigo 205, mas o trienal do artigo 206, § 3º, V, ambos do Código Civil de 2002."[43]

Posto competente, a matéria foi encaminhada para julgamento de sua Corte Especial, opinando o Ministério Público pelo entendimento de que o prazo prescricional trienal previsto no artigo 206 § 3º V do CC se aplica apenas à responsabilidade civil extracontratual (ou aquiliana), não à pretensão reparatória deduzida nos autos pela embargante, que tem como causa de pedir danos decorrentes de rescisão unilateral de contrato.

Nesta lida, conclui-se que a discussão dos Embargos de Divergência é acerca do prazo prescricional aplicável, se de 03 (três) anos, consoante disposto no art. 206, § 3º, V, do Código Civil 2002, ou de 10 (dez) anos à luz da inteligência do art. 205 do Código Civil de 2002.

3.3 Análise dos votos dos relatores

3.3.1. Relatório da tese vencida: Ministro Benedito Gonçalves

[43] Divergência reconhecida pelo Ministro Benedito Gonçalves, nos mesmos autos, ao admitir o recurso em 20 de abril de 2017.

O julgador parte a premissa de que o Código Civil de 2002 adotou como regra geral a opção de, em geral diminuir os prazos para o exercício dos direitos. Reconhece ser insuficiente para dirimir a questão, mas adota tal premissa como diretriz adotada pelo legislador, o que, no entender do mesmo, permitiria uma interpretação coerente, teleológica e sistemática.

Anotamos louvável critica ao ponto de vista do relator uma vez que a lei não pode ser abstraída de suas condições histórico-sociais que a engendraram, como se a sua condição-de-lei fosse uma propriedade "natural". Concepção inversa serviria a um discurso dogmático dominante que ocultam as condições de produção e conduzem ao que STRECK (2014, p. 18) denomina de "fetichização do discurso jurídico".

Parte-se o Ministro então para uma interpretação gramatical da palavra "reparação" que o legislador teria se utilizado para fixar o prazo prescricional de três anos. Reconhece que o termo é usado pelo Código Civil ao tratar da obrigação de indenizar pelo dano extracontratual e que a mesma palavra não foi escolhida pelo Código para tratar do dever de indenização pelo inadimplemento de obrigações em geral."

Contudo, pondera que: "que a "responsabilidade" civil é termo que se utiliza tanto para a responsabilidade contratual

quanto para a extracontratual. E não se pode afirmar que a "reparação" não diga respeito à reparação tanto pelo dano de origem contratual quanto pelo de origem extracontratual".

Utiliza-se da persuasão mediante método indutivo de Aristóteles, na comparação com exemplos onde o Código teria se referido à reparação de forma genérica, e que a interpretação de outros dispositivos conduziria ao mesmo entendimento, como o direito de exigir reparação transmitido na herança (943, CC) e reparação civil em caso de ruína de construção (1510-E).

Invoca ainda o interesse do legislador de utilizar termos para dar operabilidade do direito civil, afastando-se de tecnicismos.

Convém esclarecermos o uso do termo operabilidade do direito civil: O objetivo atual do ordenamento jurídico é alcançar a pessoa como destinatária direta da norma. E para atingi-la, o legislador renuncia ao preciosismo gramatical do Código Beviláqua. As novas normas perdem em estética, mas ganham em efetividade, em praticidade. O código se desliga de conceituações estéreis que não refletem efetividade, busca-se assim a concretude. E, em outro nível, mas com objetivo semelhante atua a operabilidade que é a adoção de formas rápidas de solucionar pretensões, com meios que evitam a eternização de incertezas e

conflitos. Se outrora vivemos a “era dos direitos”, pretende-se a “era da efetividade dos direitos”, pois eles existem para ser exercitados. Mas ainda que o tratamento legal da prescrição sofra com intensidade esta nova abordagem, não se pode concluir que o legislador, com intuito de praticar a operabilidade, tenha simplificado a redação do dispositivo que trata de prazo especial para nele incluir a indenização pelo inadimplemento de obrigação contratual. Sobretudo que, em se tratando de regra exceptua o prazo geral, a técnica legislativa é ser mais clara para reduzir o campo de discricionariedade do julgador.

De qualquer, forma, prossegue o relator reconhecendo que o instituto da prescrição guarda relação com a segurança jurídica e que atende ao interesse coletivo, pois com ela chega-se à pacificação social em virtude do decurso do tempo, atendendo-se ao princípio da socialidade.

Registramos que, em que pese comum tal pensamento, é equivocada a compreensão que a socialidade seria o predomínio do social sobre o individual. Esta construção seria própria de sistemas totalitários.

Em verdade, somente será possível entender corretamente o termo socialidade se for apresentada a definição do bem comum. A realização do bem comum requer uma comunhão entre

a plenitude da pessoa e da coletividade. O Estado está a serviço da pessoa, ele existe para possibilitar as nossas relações através da construção de princípio jurídicos éticos. Em contrapartida, cada um de nós deverá atuar em solidariedade e cooperação com os semelhantes. E em se tratando de uma relação de cooperação, busca-se da mesma a consecução do fim comum da relação jurídica. Exemplos de socialidade podem ser percebidos na "função social do contrato", "função social da propriedade". Mas com o devido respeito ao julgador, se por um lado a prescrição tem por objetivo um bem comum de pacificação, não se pode dizer que a redução de seu prazo mediante interpretação do juízo conduza à uma comunhão da plenitude da pessoa com o tal bem comum.

Invoca ainda o juízo, os princípios da eticidade e da operabilidade para justificar que ao intérprete não é dado fazer distinção que a norma não faz, ou seja, que o termo "reparação de dano" não haveria diferença entre dano de origem contratual ou extracontratual.

Invoca ainda o juízo, os princípios da eticidade e da operabilidade para justificar que ao intérprete não é dado fazer distinção que a norma não faz, ou seja, que o termo "reparação de

dano" não haveria diferença entre dano de origem contratual ou extracontratual.

Demonstra que o Código possuiu outros prazos gerais, mas que segue norma interpretativa de que "a norma geral cede lugar à norma especial". E coloca em termos que o prazo prescricional de três anos, por ser especial, prevalece sobre os demais.

Acrescenta argumento de que ao respeitar norma "especial/específica" o intérprete prestigia a separação dos Poderes.[44] Afasta argumento axiológico do recorrente de que o dano contratual seria mais grave que o extracontratual, razão pela qual o prazo prescricional deveria ser maior.

Finaliza lembrando aos pares que a Corte Especial julgou em 20 de fevereiro de 2019 embargos de divergência com mesma razão ao se pronunciar sobre prazos para exercício de pretensão de repetição pela cobrança de valores indevidos por parte de empresas prestadoras do serviço de telefonia.

Enfim, conclui por negar provimento aos Embargos de Divergência.

---

[44] Como esclarecido, o princípio da eticidade determina que o magistrado revisite a norma, sob pena de incorrer o que chama STRECK de "fetchização do discurso jurídico". Interpretar a norma com fundamento em novos valores não implica necessariamente em nega-la e, muito menos, ofender um poder manifestado em sua criação.

3.3.2. Relatório da tese vencedora: Ministro Felix Fischer

Relata brevemente o histórico processual, afirmando tratar-se de Embargos de Divergência interposto por Buchalla Veículos Ltda. contra acórdão proferido pela 3ª Turma com relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze.

Prossegue afirmando que o relator do Recurso Especial proferiu decisão monocrática, dando-lhe provimento, determinando que ao caso aplicar-se-ia o disposto no art. 205 do CC, ou seja, o prazo geral decenal e não o prazo trienal (art. 206, §3º, V, CC).

Contra esta decisão a Ford Motor Company Brasil Ltda. interpôs Agravo Interno, tendo a 3ª Turma incluído em pauta do Recurso Especial.

Inclui a ementa do Recurso Especial que foi julgado improvido, onde destaca que a "reparação civil" de que dispõe o art. 206, § 3º, V, CC, tem que ser interpretado no sentido amplo, sendo que deve abranger responsabilidade contratual e extracontratual, ainda que esta advenha de dano exclusivamente moral, e abuso de direito.

Desta maneira, estas prescrições, consoante ideia do Código Civil de 2002, devem submeter-se ao prazo de três anos.

Explicando por fim, que ficam ressalvadas aqueles casos em que lei especial estabeleça de maneira diferente.

Com o julgamento do Recurso Especial como improvido, mantendo a aplicabilidade do prazo prescricional de 03 (três) anos, houve a interposição dos Embargos de Divergência.

Após um relato de todo o ocorrido, o Ministro reconhece que o dissídio vem de longa data na doutrina, sendo também travado no âmbito do STJ, onde existem substanciosos julgados em ambos os sentidos, ressaltando a incerteza que tem predominado quando dos julgamentos acerca da fixação do prazo de prescrição no que tange à responsabilidade civil contratual, vacilando entre optar pela prescrição decenal em alguns momentos e em outros a prescrição trienal. Prossegue destacando que é imperioso que a Corte Especial fixe um posicionamento para garantir um mínimo de previsibilidade jurídica das relações.

Afirma que os Embargos de Divergência além de trazer segurança jurídica, permitem a diminuição de recursos por consolidar jurisprudência.

Explica que:

> A prescrição, enquanto corolário da segurança jurídica, existe para que fatos sejam consolidados pelo decurso do tempo, conferindo certeza e estabilidade às relações jurídicas. Constitui

> fenômeno extintivo da pretensão de direito material, porquanto não seria possível suportar perpétua situação de insegurança.

Tese esta que não diverge de seu predecessor.

Também reconhece profunda alteração do instituto da prescrição pelo legislador de 2002 em busca do escopo de reduzir os prazos, antecipando a estabilização das relações, conforme se verifica da leitura do art. 206, § 3º, V, CC

Bem identifica que para dar correta amplitude de incidência do dispositivo (206, § 3º, V CC), se faz imperiosa a definição da extensão do termo "reparação civil" empregado, "de modo a compatibilizar o código como um sistema coerente e congruente".

Discorda do em. relator, afirmando interpretar que a expressão "reparação civil", utilizada pelo art. 206, § 3º, V, CC, restringe-se àqueles danos que decorrem de ato ilícito não contratual.

Prossegue elucidando que através da sistematização do Código Civil infere-se que o termo "reparação civil", se refere apenas à responsabilidade extracontratual, sendo que resta restrita assim a abrangência do art. 206, §3º, V deste dispositivo.

Diz ainda que esta sistemática decorre da doutrina majoritária que com base no direito romano, utiliza do termo

“reparação civil” para se descrever a responsabilidade por ato ilícito em sentido estrito.

Assevera ainda que a prescrição é uma regra que restringe direitos, sendo que assim não pode ser interpretada de maneira ampla.

Defende ainda que o contrato, bem como o cumprimento do contrato formam o objeto principal, sendo que o dever de indenizar decorrente destes é acessório, posto que se origina do descumprimento dos primeiros.

Prossegue afirmando que segundo este:

> [...] raciocínio, enquanto não prescrita a pretensão central alusiva à execução específica da obrigação, sujeita ao prazo de 10 anos (caso não exista outro prazo específico), não pode estar fulminado pela prescrição o provimento acessório relativo às perdas e danos advindos do descumprimento de tal obrigação pactuada, sob pena de manifesta incongruência, reforçando assim a inaplicabilidade ao caso de responsabilidade contratual o art. 206, § 3º, V, do Código Civil.

Finaliza seu voto, divergindo do voto do e. relator, dando provimento ao recurso e, assim, afastando a incidência da prescrição de 03 (três) anos, por se tratar de caso sobre responsabilidade civil decorrente de contrato de compra e venda e prestação de serviços, sendo que estas se sujeitam, consoante

seu entendimento, à prescrição decenal disposta no art. 205 do CC.

Reforça o argumento, mediante a citação de exemplos diversos o relator que por si só isso não repercutiria.

4 CONCLUSÃO

Em fechamento, pode-se afirmar que a decisão foi proferida em sede de embargos de divergência e tem por finalidade análoga à do recurso de revista do direito anterior[45]: propiciar a uniformização da jurisprudência interna do tribunal quanto à interpretação do direito em tese.

Ao se considerar, inclusive, o teor do artigo 927, V do CPC, e de se considerar o efeito de obrigatoriedade (vinculação fraca[46]), a ser seguido não só pelos Ministros do próprio STJ, mas

---

[45] CPC, 1939: "Art. 853. Conceder-se-á recurso de revista para as Câmaras Cíveis reunidas, nos casos em que divergirem, em suas decisões finais, duas ou mais Câmaras, ou Turmas, entre si, quando do modo de interpretar o direito em tese. Nos mesmos casos, será o recurso extensivo à decisão final de qualquer das Câmaras, ou Turmas, que contrariar outro julgado, também final, das Câmaras reunidas".

[46] Há tendência de utilização indiscriminada de força vinculante, eficácia vinculante e vinculação para aludir-se a situações distintas entre si quanto à intensidade do fenômeno. Seguimos classificação, onde: 1 Vinculação fraca, designar a força persuasiva de um determinado precedente jurisprudencial. Trata-se da eficácia tradicional da jurisprudência nos sistemas da civil law.

pelos julgadores e turmas recursais no âmbito das instâncias inferiores.

Eventual alteração de entendimento da jurisprudência pacificada há de ser densamente fundamentada, e isto envolve a necessidade de que sejam expressamente rechaçados os argumentos embasados da tese que pretende abandonar, bem como os fundamentos da tese que será adotada. Deve-se assim, quando se pretender abandonar a tese jurídica fixada, levar em conta o valor da segurança jurídica, e os princípios da proteção da segurança, da isonomia e da confiança.

É certo que os prazos de prescrição receberam a classificação de: a) prazo ordinário ou comum – quando não

---

Mas não se deve subestimar essa dimensão do precedente; 2) Vinculação média, alude-se à "eficácia vinculante" em referência a hipóteses em que, tendo em vista a existência de precedentes ou de uma orientação jurisprudencial consolidada, a lei autoriza os órgãos judiciais ou da Administração Pública a adotar providências de simplificação do procedimento e consequente abreviação da duração do processo; 3) vinculação forte (em sentido estrito), É a própria imposição da adoção do pronunciamento que se reveste de tal força, pelos demais órgãos aplicadores do direito (órgão judiciais de grau de jurisdição inferior e, eventualmente, órgãos administrativos), na generalidade dos casos em que a mesma questão jurídica se puser - sob pena de afronta à autoridade do tribunal emissor daquela decisão. Tal afronta autoriza, inclusive, a formulação de reclamação perante o tribunal prolator da decisão revestida da força vinculante, para a preservação de sua autoridade. Portanto, é dessa acepção (ou grau) da força vinculante que se tratará no tópico seguinte.

houver previsão de prazo especial, tem-se o citado prazo prescricional de 10 anos; e b) prazos especiais – prazos mais exíguos para possibilitar o exercício de certos direitos subjetivos, em situações especiais previstas nos parágrafos do artigo 206 do CC.

O E. Tribunal, ao dispor do prazo decenal para a responsabilidade civil contratual, fez a devida distinção apenas em relação à previsão da responsabilidade extracontratual, em oposição à conclusão da V Jornada de Direito Civil que unificava os prazos.

Tal distinção apontada na doutrina é de acontecimento corriqueiro e, possivelmente, o tribunal pode ser provocado para esclarecê-la sem que, com isso se torne incoerente com a tese jurídica ora fixada, de forma a perseguir o objetivo de dar confiança ao cidadão e garantir a continuidade da jurisprudência.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Teresa Arruda Alvim, et al. ***Primeiros Comentários ao Código de Processo Civil.*** Editora Revista dos Tribunais, 3ª ed. 2020

BIANCHI, José Flávio. ***Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações***

imprescritíveis. RT. V 711, São Paulo: Revista dos Tribunais, out. 1997.

BIANCHI, José Flávio; PINHEIRO, Rodrigo Gomes de Mendonça. ***Jurisdição e direito privado: estudo em homenagem aos 20 anos da Ministra Nancy Andrighi no STJ.*** 1ª edição. Thomson Reuters, São Paulo, 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência no RESP nº 1.281.594-SP. Embargante: Buchalla veículos ltda. Embargado: Ford Motor Company. Relator Benedito Gonçalves. Relator para Acórdão Min Felix Fischer. Acesso em 19 de janeiro de 2021 www.stj.jus.br.

CAVALIERI FILHO, Sergio. ***Programa de Responsabilidade Civil***, Editora Malheiros, 6ª ed., 2005.

FARIAS, Cristiano Chaves de, e ROSENVALD, Nelson. ***Curso de Direito Civil***. Vol. I, 17ª ed. Editora Juspodivun, 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de, ***et al***, ***Curso de Direito Civil***. Vol. III, 6ª ed. Editora Juspodivun, 2019

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. ***Manual de Direito Civil: Volume Único.*** Editora Saraiva, 1ª ed., 2017.

MARTINS-COSTA, Judith; ZANETTI, Cristiano de Souza. ***Responsabilidade contratual: prazo prescricional de 10 anos.*** Revista dos Tribunais, São Paulo. Disponível em 01 de fevereiro de 2021 https://www.conjur.com.br/2017-mai-29/direito-civil-atual-prazo-prescricional-responsabilidade-contratual-parte.

NERY, Rosa Maria de Andrade e NERY JR, Nelson. ***Instituições de Direito Civil***. Vol. 1 e 2, Editora Revista dos Tribunais, 2ª ed, 2019.

STRECK, Lênio. ***Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito***. Editora Livraria do Advogado, 11ª edição. 2014

TARTUCE, Flávio***. Manual de Responsabilidade Civil: volume único.*** 1ª edição. Ed Método, São Paulo, 2018.

_____ . ***Manual do Direito Civil: volume único***. 9ª edição. MÉTODO, São Paulo, 2019.

DA EXCEÇÃO DE IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA NOS CASOS QUE SE ENQUADRAM COMO PRODUTO DE CRIME ANTES OU APÓS SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO.

Gustavo Costa Silva[47].

1 INTRODUÇÃO

A ideia da dignidade da pessoa humana, abraçada pela Constituição Federal, é um farol que hoje paira sobre qualquer relação jurídica. Na criação, na interpretação e na aplicação da norma, há sempre o olhar voltado para a luz desse princípio em busca da melhor orientação para se fazer o bom direito.

Nesse sentido, é coerente que haja um mínimo existencial assegurado ao indivíduo para que ele tenha condições ainda que ínfimas, de exercer seus atos da vida civil. Por isso, o código civil brasileiro, juntamente com lei especial própria, regula o chamado "bem de família", um patrimônio impenhorável, livre do assédio do credor nos casos de inadimplência, garantindo ao núcleo familiar, como base da sociedade, a certeza de sua subsistência.

[47] Advogado. Pós-graduando em Direito Civil pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto

Apesar disso, a Lei 8.009/90 no seu artigo 3º estabelece algumas hipóteses que afastam a proteção desses bens, como por exemplo, em caso de pensão alimentícia movida pelo credor, cobranças de impostos devidas em função do imóvel familiar ou por ter sido adquirido com produto de crime, entre outros. Isso porque a proteção desses bens não pode ser um trunfo ilimitado para que o devedor possa agir de má-fé.

Mas o que se nota, é que os incisos do artigo 3º por vezes podem gerar mais dúvidas do que certezas, questionamentos sobre até onde pode e deve ser o campo de atuação do profissional do direito na interpretação da lei. Dessa forma, o caso que chegou em vias de recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça, traz a discussão doutrinária e jurisprudencial sobre se a sentença penal, que consta do inciso VI desse artigo, deve ou não ter transitado em julgado, já que o artigo em sua literalidade nada menciona.

Logo, o objetivo deste trabalho é analisar a recente jurisprudência do STJ, o caso em concreto, além de algumas repercussões sobre a decisão de que para a incidência da exceção à impenhorabilidade do bem de família, prevista no art. 3º, VI, da Lei n. 8.009/1990, é imprescindível a sentença penal condenatória transitada em julgado.

2 ACORDÃO PARADIGMA

Trata-se de uma ação indenizatória em face de João B. H. que foi sentenciado inicialmente a pagar por volta de R$ 30.000,00 pela venda irregular de um carro que era patrimônio de uma sociedade esportiva e recreativa sem fins lucrativos, bem como outros prejuízos causados.

Acontece que o requerido foi eleito Presidente da sociedade e a dirigiu por dois mandatos seguidos quando então, pediu demissão. Com uma nova direção, a sociedade em seu relatório fiscal apurou essas irregularidades cometidas pelo ex-presidente dando ensejo à ação de ordinária de indenização.

No cerne do processo, o réu foi executado e a pretensão judicial era a de penhorar sua casa por ser o único bem disponível em seu patrimônio para adimplir a dívida, entretanto, por se enquadrar como bem de família gerou basicamente dois pontos importantes de discussão no processo sobre a questão da sua impenhorabilidade à luz da Lei 8.009/1990:

Primeiramente, sobre a possibilidade de penhora do imóvel que era objeto de financiamento e alienação fiduciária, o que implica não estar consolidado em poder do devedor e portanto,

não possuir a sua propriedade e sim um agente financiador. Dessa forma prevê o artigo primeiro da Lei 8.009/1990:

> 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.

No Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em sede de embargos de declaração, o voto do relator Min. Theodureto Camargo foi convergente:

> O I. Magistrado ponderou que, 'De fato, o conjunto probatório aponta que o imóvel em questão é utilizado como residência do executado. No entanto, verifica-se que o aludido bem foi dado em alienação fiduciária, consoante se extrai da certidão de matrícula nº 7732 do Cartório de Registro de Imóveis de Peruíbe. É, assim, de propriedade do credor fiduciário, razão pela qual não há que se falar em impenhorabilidade de bem de família, ainda que utilizado para residência do devedor fiduciante. Ademais, cabe memorar que a penhora não recaiu sobre o bem, mas sobre os direitos decorrentes do contrato de alienação fiduciária do aludido imóvel. [...] nesses termos, tratando-se de idênticos ilícitos tratados nas esferas cível e criminal, sendo que na última operou-se tão-somente a prescrição da pretensão punitiva, permanecendo hígidos os elementos do crime, não há que se falar em impenhorabilidade do imóvel discutido nos autos.

Segundo, sobre a aplicação da impenhorabilidade do bem de família quando produto de crime, aí o principal ponto de debate dos autos processuais, matéria que se fez chegar às vistas do Superior Tribunal de Justiça. Conforme alegado pela parte autora:

> "O réu foi condenado civil e criminalmente, em decorrência do exercício do cargo de presidente da autora, ao ressarcimento civil, e bem ainda, criminalmente. Pelos mesmos fatos ilícitos".
> Dispõe o artigo 3º, VI, da Lei 8009/90:
> "A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:
> VI – por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens;"

Dessa premissa implica-se vários outros questionamentos que foram alegados pela executada nos autos processuais, como a necessidade de relação entre o imóvel e o crime cometido e principalmente, a existência de sentença penal transitada em julgado para afastar a impenhorabilidade, já que no caso houve o reconhecimento de extinção da punibilidade em decorrência da prescrição, conforme alegado pela parte contrária.

Daí, decorreu sua tramitação ao STJ, por meio do recurso especial nº 1.823.159-SP cujo relator foi a Min. Nancy Andrighi, com o argumento de violação da lei federal e sob a discussão de

necessidade ou não de trânsito em julgado da sentença penal condenatória, embora não conste na lei de forma literal.

Por fim, o STJ decidiu, por unanimidade, que para a incidência da exceção de impenhorabilidade de bem de família, é imprescindível a sentença penal condenatória transitada em julgado.

Dessa forma, segue o acórdão do STJ:

> CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. EMPRÉSTIMO. PENHORA DO IMÓVEL. BEM DE FAMÍLIA. EXCEÇÃO À REGRA DA IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA. SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. AUSÊNCIA. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. PRESUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Agravo de instrumento interposto em 03/08/2018, recurso especial interposto em 16/04/2019 e atribuído a este gabinete em 24/09/2019. 2. O propósito recursal consiste em determinar pela legalidade da aplicação na hipótese da exceção à impenhorabilidade do bem de família, prevista no art. 3º, VI, da Lei n. 8.009/1990, considerando a ausência de condenação penal em definitivo. 3. A lei estabelece, de forma expressa, as hipóteses de exceção à regra da impenhorabilidade do bem de família. 4. O art. 3º, VI, da Lei n. 8.009/1990 expressamente afastou a impenhorabilidade quando o bem imóvel é adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens. 5. Na hipótese, não há sentença penal condenatória e, mesmo que seja em função da prescrição, é impossível presumir sua existência para fins de aplicação da exceção

> contida no art. 3º, VI, da Lei 8.009/90. 6. Recurso especial provido. (REsp 1.823.159-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, por unanimidade, julgado em 13/10/2020, DJe 19/10/2020).

Portanto, para a incidência da exceção da impenhorabilidade, faz-se estritamente necessário o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sem a qual não se faz possível presumir a culpabilidade do executado, podendo acarretar em danos irreversíveis caso este venha a ser decretado inocente posteriormente e não configurando então, uma interpretação extensiva do art. 3º, VI, da Lei 8.009/90.

3 FUNDAMENTOS TEÓRICOS

O bem de família, ao contrário das outras classificações de bens, é tratado pelo Código Civil Brasileiro no livro IV, do direito de família, entre os artigos 1.711 a 1.722 e também de legislação especial, a lei 8.009/1990 que dispõe no seu artigo 1º:

> Art. 1. 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 residem, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.

Constitui-se como uma parcela dos bens de uma entidade familiar que a lei resguarda com as características da

inalienabilidade e impenhorabilidade, em benefício da constituição e permanência de uma moradia para o corpo familiar (VENOZA, 2017).

Nesse sentido, estabelece Carlos Roberto Gonçalves:

> Não sofre a coisa, como objeto de relação jurídica, alteração essencial na sua natureza, pois continua sendo de propriedade do instituidor ou beneficiário, mas afetada a uma finalidade e condição: ser utilizada como domicílio dos membros da família. O bem de família é, em verdade, um direito, não se confundindo com o imóvel residencial sobre o qual incide. (Gonçalves, 2017, p. 758).

De acordo com Álvaro Villaça Azevedo (AZEVEDO, 1999), o bem de família como um tratamento jurídico específico, surgiu no Texas em 1839 por meio da *homestead act*, de significado "local do lar", que despontava no direito americano como uma pequena propriedade agrícola e residencial que demandava certa proteção. Tais medidas equitativas do governo visavam o desenvolvimento de determinadas regiões, garantindo moradias para famílias com a impenhorabilidade desses terrenos.

> Originou-se, nos EUA, do *homestead.* O governo da então República do Texas, com o objetivo de fixar famílias em suas vastas regiões, promulgou o *Homestead Exemption Act*, de 1839, garantindo a cada cidadão determinada área de terras, isentas de penhora. O êxito foi grande, tanto que o instituto foi adotado por outros Estados da nação

> norte-americana, tendo ultrapassado suas fronteiras; hoje é concebido na grande maioria das legislações, com modificações que procuram adaptá-lo às necessidades de cada país (VENOZA, 2017, p. 416).

Sobre a impenhorabilidade, de forma complementar, o parágrafo único do art. 2º da Lei 8.009/90 também protege os bens móveis quitados que guarneçam a residência e que sejam de propriedade do locatário, com exceção dos veículos de transporte, as obras de arte e os adornos suntuosos.

Entretanto, conforme Alexandre de Moraes (MORAES, DATA) realça, nenhum direito fundamental é ilimitado, os direitos encontram limites dentro do próprio sistema normativo, assim sendo, não pode ser escusa de nenhum indivíduo para práticas ilícitas ou até mesmo para pedidos extraordinários ao Estado, justamente por isso a lei estabelece exceções que permitem a penhorabilidade dos bens de família, seja voluntário ou legal.

Assim expressa o art. 3º da lei 8.009/90:

> Art. 3. A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:
> I – em razão dos créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias; (Revogado pela Lei Complementar nº 150, de 2015).

> II – pelo 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;
> III – pelo credor da pensão alimentícia, 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; (Redação dada pela Lei nº 13.144 de 2015).
> IV – para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar;
> V – para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar.
> VI – por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação. (Incluído pela Lei nº 8.245, de 1991).

Dessa leitura, compreende-se que nos casos do bem que foi adquirido como produto de um crime, ou então, nos casos de execução de sentença penal condenatória, não há que se falar em impenhorabilidade dos bens, afinal, há claramente uma situação de má-fé e o legislador resguarda então, os direitos do credor ofendido nesses casos.

Sabe-se que a sentença penal condenatória possui efeitos extrapenais, ou seja, para além do âmbito criminal, ainda que haja independência entre a responsabilidade civil e criminal. Um exemplo é o art. 91, I do Código Penal que torna certa a obrigação

de indenizar o indivíduo por dano que vier a ser causado por um crime, o Código Civil também reforça a ideia:

> Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas se acharem decididas no juízo criminal.

Posto isto, faz-se necessário entender, conforme a alegação da defesa, se a sentença penal condenatória do dispositivo da lei 8.000/90 refere-se a uma sentença transitada em julgado ou se basta a decisão do juiz de primeiro grau e para compreender esse diapasão, faz-se necessário observar os dois princípios do processo penal.

Em primeiro lugar, o princípio da presunção de inocência previsto no art. 5º, LVII da CF, "Ninguém será culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória", logo, somente deixará de se presumir a inocência do indivíduo quando não mais restar recursos cabíveis contra a decisão judiciária, de forma que, conforme entendimento do STF, a pessoa não pode ser presa nem mesmo quando a condenação for confirmada em 2ª instância.

E outro princípio relevante para a causa é o princípio do duplo grau de jurisdição, que não se encontra expressamente

previsto na Constituição federal, mas, conforme conceitua Vitor Eduardo Gonçalves (GONÇALVES, 2016) compreende-se a partir da interpretação de outros preceitos da carta magna como na regulamentação da competência recursal. O duplo grau de jurisdição trata do direito das partes, em geral, a uma nova apreciação, total ou parcial, da causa por órgão do Poder Judiciário.

4 DA REPERCUSSÃO DA DECISÃO

Apesar de parecer que a impenhorabilidade dos bens de família, bem como suas hipóteses de exceção, sejam, em geral, assuntos pacificados, principalmente no tocante ao bem oriundo de produto de crime, é de se surpreender a quantidade de pontos levantados nos autos desse recurso especial e a necessidade do Supremo Tribunal de Justiça decidir sobre o assunto e, por consequência, declarar a necessidade de uma sentença penal transitada em julgado para aplicação do termo normativo.

Fato é que a impenhorabilidade guarnecida pela Lei 8.000/90 oferece diversas possibilidades de discussões que possam se aplicar às particularidades existentes, caso a caso. Somente no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no ano de 2020

à março de 2021, 35 casos envolveram debate sobre incidência ou não da impenhorabilidade de imóvel alegado como bem de família, 29 casos em 2020 e 06 casos em 2021, conforme pesquisado na própria rede do Tribunal com as palavras chaves "Bem de Família", "Penhora de Imóvel" e "Sentença Penal Condenatória", embora nenhuma fizesse menção ao julgado do STJ e a necessidade da sentença penal transitada em julgado.

Em uma busca direta na rede sobre julgados dos Tribunais de Justiça que fizeram uma menção direta à decisão do STJ, três julgados foram encontrados e por isso, será realizado uma análise a partir do levantamento dos três casos.

Isso permitirá verificar, ainda que de maneira superficial, se o posicionamento dos Tribunais está em consonância com o entendimento do STJ após a publicação do Recurso Especial nº 1.823.159-SP, publicado na data 19/10/2020, de forma a compreender se a divergência apresentada durante os autos do processo desde o seu juízo de origem também se reflete de maneira geral nesses tribunais.

> Agravo de instrumento. Penhora e arrematação de imóvel que era o único de propriedade do devedor. Alegação de impenhorabilidade por se tratar de bem de família. Inadmissibilidade. Obrigação decorrente de ato ilícito penal. Exceção prevista no art. 3º, VI, da Lei 8009/90. Agravo

> improvido. (TJ-SP - AI: 22477906420208260000 SP 2247790-64.2020.8.26.0000, Relator: Soares Levada, Data de Julgamento: 18/12/2020, 34ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 18/12/2020).

Nessa ação o recorrente, cujo recurso buscava a proteção do imóvel alegando a impenhorabilidade de bem de família, não teve sua tese jurídica admitida, uma vez que a execução decorreu de ilícito penal, já sentenciado, e, conforme a decisão exposta do STJ sobre o artigo 3°, se enquadra em hipótese de exceção do inciso VI, da Lei 8.009/90.

> DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. ALEGAÇÃO DO AGRAVANTE (2º EXECUTADO) DE QUE O IMÓVEL, CUJA PENHORA FORA DEFERIDA, CONSTITUI-SE EM BEM DE FAMÍLIA. PRETENSÃO DE DESCONSTITUIÇÃO DA PENHORA DO REFERIDO BEM. INDEFFERIMENTO DO PLEITO, SOB A ARGUMENTAÇÃO DE QUE, COMO O REFERIDO BEM HAVIA SIDO COLOCADO COMO GARANTIA HIPOTECÁRIA, O AGRAVANTE TERIA RENUNCIADO AO PRIVILÉGIO LEGAL DA IMPENHORABILIDADE, EM ATENÇÃO A LEI 8.099/90. AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO PELO 2º EXEXUTADO. 1. Verifica-se no caso concreto que, a exceção à impenhorabilidade do bem de família disposta no art. 3º, inciso V, da Lei n. 8.009/1990, não se amolda ao caso em julgamento, tendo o douto juízo a quo dado uma interpretação elastecida ao

referido texto legal. Com efeito, o contrato de empréstimo, objeto da presente execução, realizado com o Agravado, Banco Bradesco S/A, não dispunha de garantia fiduciária. Ademais disso, consoante o documento a fl.356, o contrato em que o referido bem imóvel foi oferecido como garantia hipotecária, fora realizado em 2004, tendo como credor fiduciário o Banco Itaú S/A, encontrando-se devidamente quitado. 2. Salienta-se ainda que, consoante cópia da última declaração de imposto de renda, anexa pelo 2º executado, ora Agravante, os únicos imóveis que são informados, são os de matrícula 59147, no qual, existe um apontamento no RGI que demonstra que o mesmo pertence a terceiro (promitente comprador) e o de matrícula 274792, no qual o Agravante reside e que fora penhorado na presente execução. 3. O escopo da Lei nº 8.009/90 não é proteger o devedor contra suas dívidas, mas visa à proteção da entidade familiar no seu conceito mais amplo, motivo pelo qual as hipóteses de exceção à impenhorabilidade do bem de família, em virtude do seu caráter excepcional, devem ser interpretadas restritivamente. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça 4. O art. 3º, V, da Lei nº 8.009/90 representa norma de exceção à ampla proteção legal conferida ao bem de família; dessa forma, a regra interpretativa aplicável não deve ser estendida a outras hipóteses não previstas pelo legislador, uma vez que, do contrário, estar-se-ia ampliando as restrições à proteção legal. 5. Eventual renúncia ao privilégio legal, só existiria no negócio jurídico em que o bem imóvel fora oferecido em garantia, o que não ocorreu no caso concreto. 6. RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO AO QUAL SE DÁ PROVIMENTO, DETERMINANDO-SE A DESCONSTITUIÇÃO DA PENHORA DO BEM IMÓVEL, SITO À PRAÇA ANTONIO

> CALLADO, Nº 135 APARTAMENTO 1.807 - BARRA DA TIJUCA - RJ. (TJ-RJ - AI: 00786072720208190000, Relator: Des(a). WERSON FRANCO PEREIRA RÊGO, Data de Julgamento: 27/01/2021, VIGÉSIMA QUINTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 28/01/2021).

Em outra decisão ocorrida em janeiro de 2021, da vigésima quinta câmara cível, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, verifica-se que o juízo a quo indeferiu o pedido do Agravante para afastar a impenhorabilidade do seu imóvel, aplicando uma interpretação extensiva ao art. 3º, inciso V, da Lei nº 8009/1990. Embora não se trata da hipótese excepcional do inciso IV sobre produto de crime e necessidade de sentença penal transitada em julgado, a decisão do STJ foi apontada nos autos processuais como forma de legitimar a necessidade de uma interpretação taxativa e restritiva do dispositivo legal.

> MANDATO. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE VALOR LEVANTADO PELO ADVOGADO E NÃO REPASSADO AO CLIENTE. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. PENHORA. PLEITO DE CANCELAMENTO POR IMPENHORABILIDADE, SOB A ASSERTIVA DE SE TRATAR DE IMÓVEL DESTINADO À RESIDÊNCIA FAMILIAR. INADMISSIBILIDADE, ANTE O CARÁTER ALIMENTAR DO VALOR RECEBIDO E NÃO

> REPASSADO PELO EXECUTADO. AGRAVO IMPROVIDO. Embora o imóvel residencial penhorado seja destinado à residência familiar do executado, isso não é suficiente para determinar o reconhecimento da impenhorabilidade, diante da constatação de que o crédito decorre da falta do respectivo repasse por parte do demandado, que atuou como advogado da autora em ação de cobrança de seguro obrigatório e em nome dela recebeu valores. A natureza alimentar do crédito se preserva e, assim, torna-se possível a realização da penhora, por se tratar de situação expressamente ressalvada pelo artigo 3º, inciso III, da Lei 8.009/90.(TJ-SP - AI: 22775315220208260000 SP 2277531-52.2020.8.26.0000, Relator: Antonio Rigolin, Data de Julgamento: 17/02/2021, 31ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 17/02/2021).

Outra tentativa de afastamento de penhora de um imóvel, nesse agravo de instrumento, o agravante invocou a recente decisão do Superior Tribunal com a alegação de que não havia sentença penal transitada em julgado no seu caso, que se tratava de uma execução de uma condenação em uma ação de prestação de contas. O juízo de primeiro grau entendeu, de forma contrária, que não se faz necessário sentença penal condenatória no caso, já que o caso se trata uma prática ilícita de apropriação indébita.

No Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a decisão de penhorar o imóvel se manteve, reconhecendo que o caso expõe uma retenção indevida de valores de natureza alimentar por parte

do executado e reconhecendo a prestação de caráter alimentar de forma a incluir no inciso III, do artigo 3º da Lei 8009/90, em que a expressão "prestação alimentícia" não se limita apenas às verbas familiares, e nesse sentido, o texto normativo permite uma interpretação mais abrangente.

4 CONCLUSÃO

É evidente que nenhum bem é absolutamente impenhorável, a lei 8009/1990 elenca diversas situações nas quais um bem do patrimônio do indivíduo pode ser penhorado, ainda que se configure como bem de família. A decisão do Superior Tribunal de Justiça nesse quesito, não inventa a roda, muito pelo contrário, reafirma as conjecturas de exceção de impenhorabilidades elencadas no rol do art. 3º da lei e afirma de maneira categórica que essas hipóteses devem ser analisadas de maneira restrita.

Assim, escancara-se uma possibilidade de entendimentos existentes que podem extrapolar na interpretação da norma, ampliando a área de impacto proposta pelo legislador e, por muitas vezes, ferindo princípios fundamentais como a presunção de inocência e o duplo grau de jurisdição.

Portanto, a decisão se faz necessário para evitar situações de dúvidas. Se tiver controvérsia no caso em concreto, para restringir a prática e a proteção do bem de família, instituto esse que abraça uma série de direitos fundamentais, a interpretação deve ser sempre restritiva, e não ampliativa.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de família, com comentários à Lei n. 8.009/90**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento nº 0078607-27.2020.8.19.0000 – Rio de Janeiro. Relator: Des(a). Werson Franco Pereira Rêgo. Data da publicação: 28.01.2021. Disponível em: https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1170498160/agravo-de-instrumento-ai-78607272020819000 0/inteiro-teor-1170498588. Acesso em: 14/03/2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 22775315220208260000 SP 227753152.202.8.26.0000 – São Paulo. Relator: Antonio Rigolin. Data da publicação: 17.02.2021. Disponível em: https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1168618322/agravo-de-instrumento-ai-22775315220208260000-sp-2277531-5220208260000/inteiro-teor-1168618341. Acesso em: 14/03/2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2247790642208260000 SP 2247790.64.2020.8.26.0000 – São Paulo. Relator: Soares Levada. Data de publicação: 18.12.2020. Disponível em: https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1156462478/agravo-de-instrumento-ai-22477906420208260000-sp-2247790-6420208260000. Acesso em: 14/03/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.823.159-SP – Distrito Federal. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Data da publicação: 19.10.2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201901858548&dt_publicacao=19/10/2020. Acesso em: 14/03/2021.

FILHO, Alberto Mendonça de Melo. Teoria do Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo e a proporcionalidade dos meios de execução. **Revista Jus Navigandi**, 2017. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/55458/teoria-do-estatuto-juridico-do-patrimonio-minimo-e-a-proporcionalidade-dos-meios-de-execução. Acesso em 31 jan. 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Victor Eduardo; Reis, Alexandre Araújo. **Direito Processual Penal esquematizado 5ª ed**. São Paulo: Saraiva, 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 30ª edição. São Paulo: Atlas 2014. 978p.

NATIONAL PARK SERVICE. ***What was the homestead act*?** Disponível em: https://www.nps.gov./home/learn/historyculture/ abouthomesteadactlaw.htm Acesso em: 31 jan. 2021.

RIBEIRO, Gabriell Portilho. Locke e a propriedade como direito fundamental**. Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4788, 10 ago. 2016. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/51151. Acesso em: 31 jan. 2021.

VENOZA, Silvio de Salvo. **Direito civil: família**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

DA REABILITAÇÃO DO FALIDO APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 14.112/2020

Samuel Baeta Pópoli[48]

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo, a partir da análise de um julgado e pesquisa bibliográfica, discutir as hipóteses legais da reabilitação do falido e seus requisitos, destacando as grandes dificuldades impostas no sistema falimentar para que o falido volte a desenvolver atividades empresariais. O trabalho destaca a evolução legislativa após a vigência da Lei nº 14.112/2020 e conclui pela necessidade de flexibilização do rol taxativo previsto no artigo 158 da Lei 11.101/2005 para as falências decretadas antes da vigência da nova lei, desde que o falido tenha cumprido seus deveres legais, permitindo assim, o retorno mais célere do falido às atividades empresariais, atendendo assim, os princípios norteadores do sistema de insolvência.

[48] Advogado. Pós-graduado em Processo Civil, Faculdade de Direito Laudo de Camargo (UNAERP). Pós-graduando em Direito Civil: Novos Paradigmas Hermenêuticos nas Relações Privadas pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – FDRP/USP.

2 ACÓRDÃO PARADIGMA

Para desenvolvimento do trabalho, foi analisado o entendimento aplicado no julgamento do Recurso de Apelação nº 0042511-48.2016.8.26.0100, em trâmite perante a 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que deu provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo prevalecendo o entendimento no sentido de que a reabilitação do falido depende do transcurso do prazo de 5 (cinco) anos contados do encerramento da falência, conforme ementa abaixo:

> Apelação. FALÊNCIA. PEDIDO DE REABILITAÇÃO. Pedido formulado por sócio administrador de empresa falida. Sentença de procedência. Recurso interposto pelo Ministério Público do Estado. Controvérsia recursal adstrita à definição do termo inicial de fluência do prazo para reabilitação. Matéria regulada expressamente no art. 102 da LREF, o qual exige a prévia extinção das obrigações do falido. Pressuposto inafastável. Regra que não padece de inconstitucionalidade. Direito ao trabalho (CF, art. 5º, XIII) e ao livre exercício de qualquer atividade econômica (CF, art. 170) não violados. Hipóteses de extinção que, por sua vez, estão enumeradas no rol taxativo do art. 158 da LREF. Reabilitação que, no caso, depende do transcurso do prazo de 5 (cinco) anos, a contar de futura sentença de encerramento da falência. Sentença reformada. Recurso provido. (TJSP; Apelação Cível 0042511-48.2016.8.26.0100; Relator (a):

> Hamid Bdine; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Central Cível - 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais; Data do Julgamento: 29/04/2019; Data de Registro: 29/04/2019)

No caso em análise, Tony Arazi, sócio da empresa falida Visionner do Brasil LTDA, ajuizou em 08/07/2016, Incidente de Reabilitação, com fundamento nos artigos 181 e 182 da Lei 11.101/2005.[49]

A decretação da falência ocorreu em 17/04/2006, ou seja, há mais de 15 (quinze) anos. Durante esse período, o falido cumpriu com todas as obrigações dispostas na lei, tendo sido arrecadados os ativos da empresa e entregues os livros contábeis.

O único incidente de habilitação de crédito que estava pendente de julgamento quando da distribuição do incidente de Reabilitação foi julgado em 08/11/2018.

Destaque relevante é a inocorrência de crime falimentar, conforme relatório apresentado pela Administradora Judicial aos autos.

---

[49] **BRASIL**. Lei 11.101/2005, de 09/02/2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm

Mesmo não tendo decorrido o lapso temporal de 5 (cinco) anos contados da data do encerramento da falência, que no momento da distribuição do incidente de reabilitação sequer havia sido extinta, foi postulada a reabilitação do falido para o exercício de atividade empresarial.

O Administrador Judicial apresentou manifestação favorável ao pedido, destacando a inexistência de qualquer prejuízo à Massa Falida e aos Credores, além de já ter decorrido prazo razoável, sem a existência de crime falimentar e cumprindo o falido, todas as obrigações impostas pela lei falimentar no curso do processo.

O representante do Ministério Público local opinou pela improcedência do pedido de extinção das obrigações do falido, posto que formulado antes do encerramento da falência, além do que, não havia sido comprovada a quitação dos tributos como determina o artigo 191 do Código Tributário Nacional.[50]

Na sequência, o incidente de reabilitação foi julgado procedente e declarada a reabilitação do falido Tony Arazi,

[50] **BRASIL.** LEI Nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm

julgada extinta suas obrigações, nos termos do artigo 158, inciso III e artigo 159, ambos da Lei 11.101/2005.

Não se conformando com a sentença de procedência da ação, o Ministério Público interpôs Recurso de Apelação, defendendo a aplicação literal do artigo 102 da Lei 11.101/2005, destacando inclusive, que o Falido poderia desenvolver atividades diversas da empresarial.

Também apontou o representante do *parquet*, a ausência de preenchimento dos requisitos dispostos no artigo 158 da Lei 11.101/2005.

No dia 29/04/2019, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu provimento ao Recurso de Apelação interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, conforme ementa já citada.

Apesar de admitir a relevância dos fundamentos expostos na sentença de primeiro grau, o Relator Hamid Bdine adotou o entendimento de que "o início do prazo de reabilitação ao encerramento da falência decorre da literalidade da legislação de regência"

O acórdão também destacou o entendimento doutrinário no sentido de que é necessário o preenchimento de um dos quatro incisos do artigo 158 da Lei 11.101/2005, sem o qual, não é

possível admitir o encerramento das obrigações do falido, por se tratar de rol taxativo.

Após a publicação do acórdão, o Falido interpôs Recurso Especial, alegando violação a diversos dispositivos previstos na Lei nº 11.101/2.005. Também foi interposto Recurso Extraordinário, sob o argumento de que o venerando acórdão violou dispositivos da Constituição Federal.[51]

Os recursos acima foram inadmitidos pelo Presidente da Seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em julgamento ocorrido no dia 16/07/2019.

O Falido então, interpôs no dia 15/05/2019, Agravo em Recurso Especial e Agravo em Recurso Extraordinário. Os autos foram remetidos ao Superior Tribunal de Justiça e ao Superior Tribunal Federal. O Agravo em Recurso Especial foi autuado sob o nº AREsp nº 1676969/ SP e está pendente de julgamento. O Agravo em Recurso Extraordinário não havia sido autuado até a conclusão do presente trabalho e também está pendente de julgamento.

[51]**BRASIL.** Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

Registra-se que após interposição dos recursos acima indicados, no dia 06/02/2020, foi declarada por sentença, o encerramento da falência (Proc. 0127524-69.2003.8.26.0100), conforme reprodução abaixo:

> Trata-se de concordata preventiva de VISIONNER DO BRASIL LTDA., convolada em falência por sentença prolatada em 17/04/2016. No curso da tramitação do processo, o Administrador Judicial inicialmente nomeado, Dr. Asdrúbal Montenegro Neto, promoveu a alienação dos ativos da massa falida. O Administrador renunciou ao encargo, tendo sido substituído pela F Rezende Consultoria Empresarial Ltda., a qual apresentou Quadro Geral de Credores consolidado. Na sequência, foi apresentada a conta de liquidação, devidamente homologada (fls. 2220/2225 e 2234). Relatório final às fls. 2270/2293. Manifestou-se o Ministério Público pelo encerramento do processo às fls. 2387/2388. É O BREVE RELATÓRIO. DECIDO. Realizado e liquidado o ativo da massa falida, impõe-se o encerramento do processo de falência. Consigno, neste aspecto, que os pagamentos aos credores contemplados na conta de liquidação já foram devidamente realizados, conforme ofício do Banco do Brasil de fls. 2393/2403. Posto isso, declaro encerrada a falência de VISIONNER DO BRASIL LTDA., subsistindo as suas obrigações na forma do artigo 158 da Lei 11.101/05. Expeça-se o edital do artigo 156, parágrafo único, da Lei 11.101/05, e promovam-se as comunicações necessárias. Transitada em julgado, remetam-se os autos ao arquivo. P.R.I.

Portanto, com o decreto falimentar, o marco inicial para a contagem do prazo de 5 (cinco) anos, será o trânsito em julgado da r. sentença de extinção da falência e se prevalecer o entendimento fixado no acórdão em análise, o Falido somente poderá voltar a exercer atividades empresariais no ano de 2025.

3 FUNDAMENTOS TEÓRICOS

A reabilitação do falido é matéria de grande discussão no ordenamento jurídico brasileiro. O objetivo do legislador na lei revogada era impor diversas barreiras para que o falido retomasse a atividade empresarial, evitando maiores prejuízos a credores e à sociedade de uma maneira geral.

Todavia, com a evolução do direito empresarial já houve grande avanço no tratamento da matéria, sendo necessária a flexibilização dos seus requisitos legais para atingir também as falências decretadas antes da vigência da vigência da Lei 14.112/2020, como será defendido no decorrer do presente artigo.

O tema específico não é objeto de análise frequente pelos tribunais estaduais, tampouco pelo Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal.

A matéria era tratada na lei anterior (Decreto Lei nº 7.661/1945) nos artigos 40, 36, *caput*, 34, 35, 138 e 197. As disposições da lei anterior não eram tão claras em relação a inabilitação do falido para o exercício da atividade comercial.

O caso em análise foi julgado na vigência da Lei 11.101/2005, motivo pelo qual, será realizado ampla discussão sobre os dispositivos da referida lei e ao final, será traçado um comparativo demonstrando a evolução legislativa após a vigência da Lei 14.112/2020.

A Lei 11.101/2005 previa em seu artigo 102, como um dos efeitos da decretação da falência, a inabilitação do falido para exercer qualquer atividade empresarial, até a sentença que extingue as suas obrigações.

O termo falido, citado no dispositivo legal acima, se refere tanto à sociedade empresária, como a pessoa física do empresário individual e à empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI). Referido dispositivo foi mantido após a vigência da Lei 14.112/2020.

De acordo com o disposto no artigo 81 da Lei 11.101/2005, também mantido na legislação atual, a decisão que decreta a falência da sociedade com sócios ilimitadamente responsáveis

também acarretaria a falência destes, podendo ser aplicado aos mesmos, a penalidade da inabilitação.

O artigo 190 da Lei 11.101/2005 menciona expressamente a aplicação do termo devedor ou falido, aos sócios ilimitadamente responsáveis.

Marcelo Barbosa Sacramone esclarece que as pessoas jurídicas empresárias se dissolvem de pleno direito com a decretação da falência:

> A sociedade em nome coletivo, a sociedade limitada, a sociedade em comandita simples, a sociedade limitada, a empresa individual de responsabilidade limitada são disciplinadas pelos arts. 1.087 e 1.044 do Código Civil, que determinam que a decretação da falência as dissolverá. A mesma causa de dissolução ocorre com as sociedade anônimas e as sociedades em comandita por ações (art. 206 da Lei 6.404/76). A dissolução de pleno direito da sociedade, por ocasião da decretação de sua falência, não implica sua extinção automática. A extinção da personalidade jurídica ocorre apenas com a conclusão da liquidação de seus ativos e o cancelamento de sua inscrição no Registro Público das Empresas Mercantis (art. 51, § 3º, do CC) (SACRAMONE, p. 495, 2018).

Em que pese não ser comum, é possível a reversão dos efeitos da falência, hipótese em que a pessoa jurídica retorna ao seu estado anterior e desenvolve regularmente seus negócios. A doutrina diverge sobre o assunto.

Sérgio Campinho entende que não é possível a reabilitação da sociedade falida:

> O benefício, contudo, não ampara a sociedade falida, eis que, pela falência, tem-se sua dissolução que desencadeia o processo de sua liquidação e final extinção com o encerramento da falência e consequente cancelamento de seu registro na junta comercial (CAMPINHO, p. 299, 2017).

Já para Fábio Ulhoa Coelho é possível a reabilitação da sociedade empresária falida:

> A declaração judicial de extinção das obrigações antes da sentença de encerramento do processo falimentar (o chamado "levantamento da falência") é um modo particular de interrupção da dissolução falencial. Mesmo depois de encerrado o processo, podem os antigos sócios reabilitar a sociedade empresária falida, revertendo os efeitos dissolutórios da falência, com o objetivo de fazê-la retornar à exploração da atividade (COELHO, p. 389/390, 2017).

No mesmo sentido é o entendimento de João Pedro Scalzilli:

> [...] a falência é causa legal de dissolução e forma de liquidação de uma sociedade empresária, mas não de extinção automática após a finalização do processo falimentar. A personalidade jurídica (se for o caso) da sociedade permanece intacta e sua extinção ocorre apenas com o cancelamento de seu registro perante o órgão do Registro de

> Empresas, depois de findo o procedimento de liquidação [...] (SCALZILLI, p. 916/917, 2017).

Todavia, dificilmente a sociedade empresária terá interesse em retomar a sua atividade após eventual reabilitação, dado que seu nome estará marcado pela falência, ficando a retomada da atividade empresarial, fadada ao novo insucesso.

A inabilitação não se aplica ao sócio de responsabilidade limitada. Portanto, desde que os sócios ou administradores não tenham responsabilidade ilimitada pelas obrigações sociais, podem exercer outras atividades empresariais ou participar de outras sociedades, mesmo após o decreto falimentar.

Sobre o tema, Manoel Justino Bezerra Filho leciona que:

> Assim, em princípio, a inabilitação não atinge os sócios de responsabilidade limitada (Mamede, p. 392), a menos que estes sejam administradores da sociedade, por força do § 2º do artigo 81, e venham a ser condenados criminalmente, com aplicação da pena do inc. I do art. 181 (BEZERRA, p. 331, 2005).

Na prática, o procedimento de reabilitação é direcionado ao empresário individual ou à reabilitação do representante legal da sociedade falida condenado por crime falimentar.

Vale destaque o artigo 181 da Lei 11.101/2005, que prevê expressamente como efeito da condenação por qualquer crime

falimentar, a inabilitação para o exercício de atividade empresária.

Nessa linha, a inabilitação consiste em uma punição imposta ao falido, que veda a constituição de uma nova empresa ou que exerça atividade empresarial no período em que estiver inabilitado. Além disso, o falido suporta severa restrição de crédito no mercado, o que dificulta a sua recuperação financeira.

Consigna-se que o falido permanece capaz para a realização dos demais atos da vida civil, limitando-se apenas ao exercício de qualquer atividade empresarial, além da perda do direito de administração e da livre disposição de seus bens, nos termos do artigo 103 da Lei 11.101/2005.

Sobre a inibição da prática de certos atos pelo falido, Sérgio Campinho destaca que:

> Não é contudo, um incapaz. A sentença não o torna um interdito. Conserva ele seus direitos civis e políticos. Pode praticar atos da vida civil, como o de laborar e o de contratar as condições desse trabalho. Apenas não se permite possam esses atos refletir seus bens sujeitos à massa falida, nem ofender direitos e interesses nela envolvidos (CAMPINHO, p. 297, 2017).

Parte da doutrina defende que a inabilitação do falido implica em ofensa ao princípio da livre iniciativa, que garante o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, consagrado

no artigo 5º, inciso XIII da Constituição Federal, direito este, protegido com cláusula pétrea.

João Pedro Scalzilli destaca que a limitação não implica em proibição do direito de trabalhar: "A falência não impõe ao sujeito uma obrigação de inércia: não proíbe, por si só, seu direito de trabalhar, o que seria verdadeiro absurdo. A pessoa falida pode exercer atividade não empresária, ser empregado e administrador de sociedades empresárias ou não." (SCALZILLI, p. 569, 2017)

De outro lado, a inabilitação do falido poderia implicar em ofensa ao artigo 170 da Constituição Federal, que consagra os princípios gerais da atividade econômica e valoriza o trabalho humano.

A limitação ao pleno exercício do trabalho é justificada pela necessidade de proteger a sociedade de um modo geral, impedindo que o falido contraia novas obrigações e prejudique ainda mais seus credores. As limitações são coerentes com o sistema falimentar vigente no país, mas necessitam de adequações, como será abordado no presente trabalho.

Segundo Marcelo Barbosa Sacramone:

> A inabilitação do empresário para o desenvolvimento da atividade empresarial visa a impedir que o falido continue a contrair obrigações, o que permitiria que agravasse a situação dos credores com um aumento de seu

> passivo. Outrossim, os credores poderiam, até o período em que seus créditos não estivessem extintos, pretender a arrecadação dos diversos fatores de produção utilizados para o desenvolvimento da atividade econômica, o que a comprometeria (SACRAMONE, p. 385, 2018).

Desse modo, se fosse admitida a continuidade da atividade empresarial, sem a exigência de requisitos mínimos, os credores que não receberam seus créditos no processo falimentar, poderiam buscar a penhora e expropriação de bens do falido, inclusive penhora de faturamento, o que realmente inviabilizaria qualquer atividade empresarial.

Outrossim, admitir a continuidade da atividade empresária importaria em risco de insucesso na nova atividade empresarial, com possibilidade de um novo decreto falimentar, ressaltando que o ordenamento jurídico vigente não admite a tramitação de dois processos falimentares ao mesmo tempo.

4 DAS HIPÓTESES LEGAIS PARA EXTINÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DO FALIDO

Consigna-se que a sentença de encerramento da falência apenas encerra o processo falimentar, mas não extingue, de forma automática, as obrigações do falido.

De acordo com a interpretação literal do artigo 159 da Lei 11.101/2005, somente na hipótese de configurada uma das hipóteses previstas no artigo 158 da mesma lei, poderá ser postulada a extinção das obrigações do falido por sentença, o que implicará em sua reabilitação empresarial.

Antes da alteração legislativa, o artigo 158 da Lei 11.101/2005 elencava quatro hipóteses de extinção das obrigações do falido, quais sejam: (i) o pagamento de todos os créditos; (ii) o pagamento de mais de 50% (cinquenta por cento) dos créditos quirografários; (iii) o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contado do encerramento da falência, se o falido não tiver sido condenado por crime falimentar e (iv) o decurso do prazo de 10 (dez) anos, contado do encerramento da falência, se o falido tiver sido condenado por prática de algum crime falimentar.

A primeira hipótese (pagamento integral de todos os créditos) era quase impossível de se verificar em casos práticos.

Pela dificuldade relatada, o legislador admitia a possibilidade de extinção das obrigações mediante o pagamento de 50% dos créditos quirografários, permitindo ainda, a possibilidade de o falido depositar a quantia necessária para satisfazer os créditos remanescentes. Ainda que reduzido o percentual de pagamento, essa situação também era de difícil

aplicação em casos concretos, pois o falido deveria pagar todos os créditos prioritários e que antecediam a classe de credores quirografários, ou seja, realizar as restituições, pagar os créditos extraconcursais e os créditos trabalhistas, com garantia real, tributários e privilegiados.

A terceira e a quarta hipótese se referem à necessidade de decurso de prazo mínimo de 5 (cinco) ou 10 (dez) anos contados do encerramento da falência, se cometido ou não algum crime falimentar.

Sérgio Campinho ressalta uma quinta hipótese para extinção das obrigações do falido, que é [...] a prova, pelo falido, ou pelo sócio de responsabilidade ilimitada, de que todas as suas obrigações foram alcançadas pela prescrição, situação em que serão somadas as frações de prazos anteriores e posteriores à falência [...]. (CAMPINHO, p. 403, 2017).

Referida conclusão pode ser extraída da análise do artigo 160 da Lei 11.101/2005, que dispõe que "Verificada a prescrição ou extintas as obrigações nos termos desta Lei, o sócio de responsabilidade ilimitada também poderá requerer que seja declarada por sentença a extinção de suas obrigações na falência".

A doutrina majoritária entende ainda, que o termo inicial para contagem do prazo para reabilitação do falido, não é a data

da prolação da sentença de encerramento da falência, mas sim a data do trânsito em julgado da sentença, o que pode postergar ainda mais a reabilitação do falido. Nesse sentido Marcelo Barbosa Sacramone defende que:

> Considerando que o prazo prescricional das obrigações contra o falido apenas voltaria a correr após o trânsito em julgado da sentença de encerramento da falência, referido marco deve ser considerado também como início para o decurso do prazo para extinção das obrigações do falido. Não bastaria assim, para seu início, a publicação da referida sentença de encerramento, mas deverá ocorrer seu trânsito em julgado. (SACRAMONE, p. 494, 2018)

No mesmo sentido, Sérgio Campinho defende que:

> A partir da decretação da falência, preceitua o art. 102, fica o falido inabilitado para exercer qualquer atividade empresarial. Os efeitos se estendem até que se verifique o trânsito em julgado da sentença extintiva de suas obrigações. (CAMPINHO, p.298, 2017)

Ainda sobre o assunto, ao comentar os prazos para extinção das obrigações do Falido, Manoel Justino aduz que "Na verdade, este inciso deve ser examinado em consonância com o art. 157, para que se entenda que o prazo deve ser contado a partir do trânsito em julgado da sentença, elemento a ser considerado também para a análise do inc. III acima examinado" (COELHO, p. 410, 2017).

O processo falimentar no Brasil é extremamente complexo e moroso. São grandes as dificuldades para impulsionar o processo falimentar, valendo destaque as dificuldades para arrecadar e realizar os ativos da Massa Falida visando o pagamento dos credores, na forma da lei. A celeridade no processo falimentar é verificada em diversos dispositivos previstos na Lei 14.112/2020 e agora está estampada no artigo 75 da Lei 11.101/2005.

Segundo Gerson Luiz Carlos Branco e Luciana Zordan Piva:

> [...]o tempo médio de duração dos processos falimentares no Brasil, que é estimado como tendo 09 anos em média, chegaremos à conclusão de que o empresário somente poderá voltar ao mercado livre das suas obrigações pré-falimentares após, em média, quatorze anos após a decretação da quebra. Ainda que o processo falimentar seja realizado em tempo inferior ao prazo médio, pode-se dizer de modo claro que é tempo demasiado para manter alguém fora do mercado. (BRANCO, 2015)

O processo falimentar pode levar anos ou até mesmo décadas para seu encerramento, como se verifica na prática, em diversos casos. Pela legislação anterior, enquanto não encerrada a falência, sequer teria dado início o prazo de reabilitação do falido (5 ou 10 anos, dependendo da prática de crime falimentar),

o que representa evidente afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da livre iniciativa e ao pleno exercício do trabalho.

A pena imposta ao falido poderia se arrastar por longo período e até mesmo se perpetuar, impedindo que o falido exercesse novamente, atividades empresariais, o que contraria o espírito do sistema de insolvência do país, que visa afastar a empresa inviável do mercado, dando lugar a outra empresa viável, permitindo assim, a geração de tributos, empregos e riquezas.

Ora, se o falido cumpriu com os deveres de ordem pessoal, administrativa e processual previstos no artigo 104 da Lei 11.101/2005, se o ativo existente foi arrecadado e o rateio realizado na forma prevista na legislação falimentar, por que não admitir a sua reabilitação?

Condicionar a extinção das obrigações do falido ao prazo de 5 (cinco) ou 10 (dez) anos contados do trânsito em julgado da sentença de encerramento da falência significa eternizar a penalidade imposta na lei, o que não está em consonância com o espírito da legislação falimentar.

Um parêntese é importante para citar a evolução jurisprudencial concernente à contagem dos prazos prescricionais para os crimes falimentares. A vinculação do início do prazo

prescricional ao término do processo falimentar, como previsto no Decreto Lei 7.661/45, era o mesmo que considerar o crime imprescritível, uma vez que o processo falimentar se arrastava por muito tempo.

E para solucionar essa questão, o Supremo Tribunal Federal editou a súmula 147, que dispõe que "A prescrição do crime falimentar começa a correr da data em que deveria essa ser encerrada ou do efetivo trânsito em julgado da sentença que encerrar ou julgar cumprida a concordata".[52]

Essa situação foi sanada com a edição da Lei 11.101/2005, que previu no artigo 182, que a prescrição começa a correr no dia da decretação da falência.

Com o devido respeito, esse era o tratamento que o legislador também deveria ter aplicado para fins de contagem do prazo para reabilitação do falido quando da criação da Lei 11.101/2005, questão que foi corrigida com a criação da Lei 14.112/2020.

Da forma como prevista na redação anterior da Lei 11.101/2005, seria possível se deparar com a situação em que já

[52] Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1536.

tenha ocorrido a prescrição pela prática de crimes falimentares, mas ainda não tenha se iniciado o prazo inicial para a extinção das obrigações do falido.

Outra questão relevante diz respeito à exigência prevista no artigo 191 do Código Tributário Nacional no sentido de que a extinção das obrigações do falido exige a comprovação de quitação dos tributos.

A obrigação de pagamento dos créditos tributários já estava prevista de forma implícita nos incisos I e II do artigo 158 da Lei 11.101/2005, pois o pagamento integral englobaria os créditos trabalhistas e para que seja possível o pagamento de 50% dos créditos quirografários, obrigatoriamente deveriam estar quitados previamente, os créditos tributários.

Todavia, para as hipóteses previstas nos incisos III e IV do artigo 158, não havia tal exigência.

Marcelo Barbosa Sacramone sustenta que "Para que a extinção das obrigações do falido possa, nessas hipóteses, ser reconhecida, necessário demonstrar a extinção das obrigações tributárias mediante Certidão Negativa de Débito Tributário" (SACRAMONE, p.495, 2018).

Em que pese a previsão legal, o Superior Tribunal de Justiça já firmou o entendimento de que o pedido de extinção das

obrigações do falido não exige a comprovação da quitação dos tributos municipais, estaduais e federais (STJ, 2015). Nesse caso, o Fisco poderia dar prosseguimento às execuções fiscais para cobrança de seu crédito, enquanto não operada a prescrição, não havendo que se falar em quitação das obrigações tributárias.

A propósito:

> RECURSO ESPECIAL. FALÊNCIA. DL 7.661/1945. EXTINÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DO FALIDO. DECURSO DO PRAZO DE CINCO ANOS. PROVA DA QUITAÇÃO DE TRIBUTOS. DESNECESSIDADE.
> 1- Extinção das obrigações do falido requerida em 16/8/2012. Recurso especial interposto em 19/8/2016 e atribuído à Relatora em 26/8/2016.
> 2- Controvérsia que se cinge em definir se a decretação da extinção das obrigações do falido prescinde da apresentação de prova da quitação de tributos.
> 3- No regime do DL 7.661/1945, os créditos tributários não se sujeitam ao concurso de credores instaurado por ocasião da decretação da quebra do devedor (art. 187), de modo que, por decorrência lógica, não apresentam qualquer relevância na fase final do encerramento da falência, na medida em que as obrigações do falido que serão extintas cingem-se unicamente àquelas submetidas ao juízo falimentar.
> 4- Recurso especial provido.
> (REsp n. 1.426.422/RJ, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/3/2017, DJe 30/3/2017.)
> RECURSO ESPECIAL. EMPRESARIAL. FALÊNCIA. AÇÃO DECLARATÓRIA DE

Ademais, a ausência de pagamento dos tributos pela empresa falida não pode impedir a reabilitação do seu sócio ou administrador, sob pena de fixar-lhe uma punição perpétua, mesmo tendo sido arrecadado todos os bens da empresa e quitado o maior número de credores possíveis com os recursos financeiros auferidos com a realização do ativo.

Ao aplicar o consagrado princípio da preservação da empresa, deve ser interpretada a lei de forma a permitir, com a devida segurança jurídica, o desenvolvimento da atividade empresarial, mesmo que o empresário não tenha tido sucesso em determinada empresa.

Como destaca Sérgio Campinho:

> Essa reabilitação, que sempre vai pressupor a extinção das obrigações, emerge como medida a alavancar o reingresso do devedor na atividade, liberando-o de uma situação de vergonha, além de ser vantajosa para o Estado, porquanto propicia o surgimento de novas empresas, geradora de dividendos sociais. (CAMPINHO, p. 403, 2017).

Muitas das vezes, a atividade empresarial é a única possível de ser exercida pelo falido. Com as dificuldades para a reabilitação do falido, o que se vê na prática, é o exercício informal da atividade ou ainda, a constituição de empresas em

nome de terceiros, o que gera diversos prejuízos à sociedade, especialmente a ausência de geração de tributos.

Além disso, as dificuldades para a reabilitação do falido acarretam o desencorajamento dos pedidos de autofalência e recuperação judicial, que pode ser convolada em falência na hipótese de não aprovação do Plano de Recuperação Judicial, além de outras hipóteses legais.

Importante destacar que em muitas situações, a falência não é provocada por culpa, dolo ou fraude do empresário ou até mesmo por sua ineficiência na gestão da empresa, mas por fatores externos, políticos, financeiro ou até mesmo sanitários, citando por exemplo, a crise catastrófica decorrente da pandemia de Covid-19, que abalou milhares de empresas no mundo.

5 DO DIREITO COMPARADO

Sem adentrar de modo profundo ao direito comparado, importante apenas mencionar a tendência dos sistemas de insolvência empresarial, no sentido de ser possível conceder uma nova oportunidade aos falidos, mediante a utilização das ferramentas adequadas a permitir a reinserção do falido no meio empresarial.

O Direito Norte-Americano é um exemplo a ser seguido no trato com a reabilitação do falido. Segundo César Augusto de Castro:

> Ademais, um dos aspectos mais interessantes do Direito Norte-Americano é justamente a possibilidade de uma nova oportunidade aos falidos, pois possibilita a utilização de mecanismos que permitam ao devedor retornar ao mercado. De certa forma, está na base do direito falimentar americano oportunizar a possibilidade de os devedores pagarem as suas dívidas e saírem da crise econômico-financeira como uma forma de aprendizado, e não de punição. (FIUZA, p. 266, 2016).

A legislação vigente nos Estados Unidos prevê a figura do *discharge*, que permite ao devedor ficar com bens legalmente determinados visando superar a crise financeira, resguardando a sua dignidade.

De outro modo, a ideia do *fresh start* do devedor consiste em possibilitar o recomeço do devedor após o processo de falência. Sobre o tema, César Augusto de Castro ressalta que:

> A terceira e última questão pelo qual o *fresh start* é tão importante no sistema falimentar norte-americano está relacionado com a política pública de promover a educação financeira dos cidadãos daquele país. Isso porque, para receber o discharge, mecanismo que torna as dívidas inexigíveis perante os credores, o devedor terá

> que realizar, no mínimo, dois cursos de educação financeira. (CASTRO, 2016, p. 276).

Prestigia-se no Direito Norte-Americano, a boa-fé e a honestidade do empresário, que uma vez constatada a inviabilidade da empresa, promove o encerramento da atividade econômica na forma prevista na lei, sendo-lhe facultado continuar a desempenhar atividade empresarial, desde que preenchidos alguns requisitos, dentre eles, seja indicado o motivo da crise econômico-financeira, se houve intenção de prejudicar credores ou obter vantagens ilícitas e se o falido colaborou durante o processo falimentar.

Ao contrário do que se vê no direito comparado, o entendimento predominante no ordenamento jurídico brasileiro é no sentido de que não é possível a reabilitação do falido sem o prévio encerramento da falência por sentença. São pouquíssimos os julgados a respeito do tema, sendo que a principal discussão verificada durante as pesquisas realizadas, limita-se à possibilidade ou não de encerramento das obrigações do falido mesmo diante da existência de dívidas tributárias, como já abordado acima.

6 DA REFORMA DA LEGISLAÇÃO FALIMENTAR

Dada a problemática envolvendo a reabilitação do falido, o legislador agiu bem em alterar a Lei 11.101/2005 e com a edição da Lei 14.112/2020, foi constatado um grande avanço no sistema de insolvência do país, que permitirá uma nova chance de o falido retomar a atividade empresarial, cumpridas as exigências legais.

As hipóteses já citadas do artigo 158 da Lei 11.101/2005 foram alteradas. O inciso I foi mantido, sendo possível a extinção das obrigações do falido mediante o pagamento de todos os créditos, figura praticamente sem utilidade em casos concretos, pois são raríssimos os processos em que ocorre o pagamento integral de todos os créditos.

O inciso II sofreu redução em seu percentual. Na legislação anterior, era exigido o pagamento de 50% dos créditos quirografários e agora o legislador reduziu a exigência, condicionando a extinção das obrigações do falido, ao pagamento de 25% dos créditos quirografários, mantendo ainda, a faculdade de o falido complementar o valor com recursos próprios após esgotados os recursos advindos da realização do ativo dos bens arrecadados.

Como já mencionado, o pagamento dos credores quirografários implica na necessidade de que tenham sido satisfeitos os créditos de todas as classes anteriores.

Já os incisos III e IV, que previam hipóteses de extinção das obrigações do falido pelo decurso de prazo de 5 (cinco) contado do encerramento da falência se o falido não tivesse cometido crime falimentar ou 10 (dez) anos contados do encerramento da falência se o falido tivesse cometido crime falimentar foram revogados, dando lugar ao inciso V, que fixa o prazo de 3 (três) anos contados da decretação da falência para o encerramento das obrigações do falido.

Essa foi a grande inovação legislativa, sem dúvida alguma, uma das mais importantes alterações na Lei 14.112/2020, que permitirá um grande avanço no sistema de insolvência no país.

Segundo Daniel Carnio Costa e Alexandre Nasser de Melo "Com isso, priorizam-se o *fresh start* e o fomento ao empreendedorismo por meio do retorno célere do empreendedor falido à atividade econômica".(COSTA, p. 301, 2021)

Com a redução para 3 (três) anos do prazo para extinção das obrigações do falido, contados da decretação da falência será permitida a sua reabilitação empresarial e retomada das atividades empresariais.

A nova lei ainda criou o inciso VI, que prevê o encerramento da falência caso não sejam encontrados bens para serem arrecadados ou se os arrecadados forem insuficientes para as despesas do processo, bem como, na hipótese de encerramento da falência por sentença, após a apresentação do relatório final do administrador judicial, após concluída a realização de todo o ativo e distribuído o produto entre os credores.

Uma vez ocorrida alguma das situações previstas no inciso VI do artigo 158, as obrigações do falido estarão extintas, independentemente do prazo decorrido após a decretação da falência.

Sobre o tema, Daniel Carnio Costa e Alexandre Nasser de Melo destaca que:

> Uma vez que a liberdade de empreender está garantida e positivada na CF/1988, art. 1º, IV e CF/1988, art. 170, faltava a previsão legal que estabeleceria a//// possibilidade de insucesso na empreitada e a forma de conciliação do empresário falido com a sociedade, vislumbrando o seu retorno à atividade econômica. (COSTA, p. 207/208, 2005)

As alterações promovidas na legislação prestigiaram o empreendedorismo no Brasil, valendo destaque a redação do artigo 75 (Art. 75), inciso III da Lei 11.101/2005, também introduzido pela Lei 14.112/2020.

7 CONCLUSÃO

A inovação legislativa permitirá grande avanço no sistema de insolvência do país, colocando fim ao interminável prazo anteriormente exigido para a extinção das obrigações do falido, permitindo não apenas o encerramento de uma atividade inviável, mas também possibilitando a retomada da atividade empresarial pelo falido.

Todavia, além da alteração legislativa, é necessária uma evolução cultural na sociedade, de forma que o empresário que não obteve êxito em sua atividade empresarial não fique associado a um fracassado ou a um desonesto e que o mercado não feche as portas para uma outra empresa. A falência de um empresário deve ser vista como um risco à atividade que se sujeita o empresário.

Por tudo o que foi exposto no presente trabalho, forçoso concluir que a sentença de primeiro grau no caso em análise, estava mais alinhada com o atual sistema de insolvência e princípios vigentes na legislação falimentar, pois admitia o retorno do falido à atividade empresarial, ainda que à época da prolação da sentença, a redação do artigo 158 da Lei 11.101/2005, até então vigente, determinava o decurso de prazo legal de 5

(cinco) anos contados da data do trânsito em julgado da sentença de encerramento da falência.

A alteração da legislação falimentar, reduzindo o prazo de inabilitação para 3 (três) anos contados da decretação da falência evidencia que o acórdão analisado não está alinhado com o espírito da lei falimentar e merece ser reformado quando do julgamento dos recursos pendentes de julgamentos pelas instâncias superiores.

No caso concreto, se fosse aplicada a atual redação do artigo 158, inciso V da Lei 11.101/2005 e considerando a data da decretação da falência (17/04/2006), o falido teria direito a sua reabilitação em 17/04/2009.

Nota-se que hoje, decorrido mais de 15 (quinze) anos da decretação da falência, mesmo tendo o falido cumprido com todos os seus deveres previstos no artigo 104 da Lei 11.101/2005 e não tendo verificada a prática de crime falimentar ou fraude, não lhe foi permitido o retorno à atividade empresarial, direito fundamental assegurado na Constituição Federal.

Salvo melhor juízo, o falido já suportou os efeitos restritivos da falência e merece sim ser beneficiado com a reabilitação empresarial, independentemente da existência de débitos fiscais, não sendo crível admitir a sua reabilitação

somente após o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, que somente teve início no ano de 2020, após o trânsito em julgado da sentença.

Fato relevante é que a Lei 14.112/2020 excluiu expressamente em seu artigo 5º[53], a aplicação do artigo 158, inciso V da Lei 11.101/2005 para falências decretadas antes do início da vigência da nova lei.

Assim, para falências decretadas em data anterior à vigência da Lei 14.112/2020, não será possível a reabilitação do falido no prazo de 3 (três) anos contados da decretação da falência, sendo aplicado para esses casos, a legislação revogada, que previa o prazo de 5 (cinco) ou 10 (dez) anos contados do trânsito em julgado do encerramento da falência para a reabilitação do falido.

Assim, mesmo com a alteração da legislação falimentar, não terá fim a discussão apresentada neste trabalho, a respeito do excessivo prazo de reabilitação do falido antes da vigência da Lei

[53] Art. 5º Observado o disposto no art. 14 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), esta Lei aplica-se de imediato aos processos pendentes. § 1º Os dispositivos constantes dos incisos seguintes somente serão aplicáveis às falências decretadas, inclusive as decorrentes de convolação, e aos pedidos de recuperação judicial ou extrajudicial ajuizados após o início da vigência desta Lei: [...]IV - as disposições previstas no inciso V do caput do art. 158 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005.

14.112/2020, cabendo ao Poder Judiciário, a análise individual de cada caso, com a aplicação dos princípios norteadores do sistema falimentar.

Espera-se que com a alteração da lei, seja mitigada cada vez mais a literalidade da lei que exige o decurso de prazo somente após o trânsito em julgado da sentença que encerra o processo falimentar para permitir a reabilitação do falido.

O entendimento que deve passar a prevalecer para falências decretadas antes da vigência da Lei 14.112/2020 é no sentido de ser considerado o prazo de 3 (três) anos contados da alteração legislativa para a reabilitação do falido.

8 REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto Lei nº 7.661/1945, de 21 de junho de 1945. **Lei de Falências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del7661 impressao.htm.

BRASIL. Lei Nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. **Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. Lei 11.101/2005, de 09/02/2005. **Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm.

BRASIL. Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020. **Altera as Leis nos 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 10.522, de 19 de julho de 2002, e 8.929, de 22 de agosto de 1994, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/ L14112.htm.

CAMPINHO, Sérgio. **Curso de Direito Comercial: Falência e recuperação de empresa.** 8. ed. rev e atual. São Paulo, Saraiva, 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falências e Recuperação de Empresas.** Fábio Ulhoa Coelho. 12 Ed. rev, atual. e ampl. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2017.

SCALZILLI, João Pedro. **Recuperação Judicial de empresas e falência. Teoria e prática na Lei 11.101/2005.** João Pedro Scalzilliu, Luis Felipe Spinelli, Rodrigo Tellechea- 2 ed, ver, atua e ampl. São Paulo. Almedina, 2017.

BEZERRA Filho, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005**: Comentada artigo por artigo. 14 ed. São Paulo. 2019.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência.** São Paulo. Saraiva – Educação, 2018.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. PIVA, Luciano Zordan. **Primeiras linhas sobre uma crítica: possibilidade de reabilitação do empresário falido em comparação com o discharge do Direito Norte Americano**. In: Ricardo Lupion Garcia. 10 anos da Lei de Falências e Recuperação Judicial de empresas: inovações, desafios e perspectivas. FAPERGS. Fi, 2015.

FIUZA, César Augusto de Castro, RODRIGUES, Otavio Luiz Junior, LIMA, Renata Albuquerque. **Direito civil contemporâneo. XXV Encontro Nacional do Conpedi** – : CONPEDI, 2016. Disponível em: https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/201410/001054167.pdf?sequence=1.

COSTA, Daniel Carnio. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005.** Daniel Carnio Costa, Alexandre Correa Nasser de Melo. Curitiba. Juruá, 2021.

MEYER**,** José Alexandre Corrêa. **A REABILITAÇÃO DO FALIDO**. Disponível em https://asantosadvogados.adv.br/2018/09/21/a-reabilitacao-do-falido/.

PINTO, Fabio Souza. **A possibilidade de reabilitação do falido pelo Fresh Start e a tentativa de implementação no direito**

pátrio. Disponível em: https://institutoibde.com.br/2020/05/22/a-possibilidade-de-reabilitacao-do-falido-pelo-fresh-start-e-a-tentativa-de-implementacao-no-direito-patrio/

Processo nº 0042511-48.2016.8.26.0100. Disponível em https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=2S000MXQX0000&processo.foro=100&processo.numero=0042511-48.2016.8.26.0100&uuidCaptcha=sajcaptcha_1f6f50eb96ea4d9593bcd43debd1bde1.

DIREITO DO CONSUMIDOR: A CLÁUSULA DE PAGAMENTO NOS CONTRATOS DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS IMÓVEIS E O DEVER DE INFORMAR

Matheus Andrade Barchi[54]

1 INTRODUÇÃO

Os contratos de alienação fiduciária de bens imóveis são comumente utilizados na sociedade pós-moderna. No Brasil, a porcentagem de pessoas que conseguem adquirir bens imóveis sem se submeter a um financiamento junto a determinada instituição financeira é baixíssima.

A regra é que os brasileiros se submetem aos contratos elaborados unilateralmente pelos bancos a fim de concretizarem o tão almejado sonho da casa própria. Além das instituições financeiras, incorporadoras e construtoras, se valem do mercado de consumo de imóveis.

Os brasileiros se submetem a variadas formas de pagamentos. É possível que seja contratado juros capitalizados,

[54] Advogado. Pós-graduando em Direito Civil, FDRP/USP barchi@adv.oabsp.org.br.

métodos de amortização que muito bem remuneram o capital, com a ressalva de que sejam expressamente pactuados.

O que se vê, contudo, é que os fornecedores de produtos e serviços nem sempre são claros e ostensivos redigindo as cláusulas contratuais. Muitas vezes o texto é obscuro, dúbio e ininteligível se analisado sob a perspectiva educacional brasileira.

É importante destacar que o Códex consumerista foi criado em benefício da tutela da pessoa humana, protegendo assim o consumidor em detrimento do ter e criando mecanismos que vão ao encontro da proteção dos interesses das massas.

Os princípios que regem o referido código, conforme se demonstrará, são suficientes para fornecer balizas ao intérprete quando este se deparar com cláusulas que não tragam compreensão mínima ao contratante vulnerável.

2 DA NECESSIDADE DE ESTRITA OBSERVÂNCIA DOS PRICÍPIOS QUE REGEM O CÓDIGO CONSUMERISTA NA INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS

O Código de Defesa do Consumidor fornece balizas a dirigir o comportamento das partes, inclusive do juiz, através da criação de parâmetros para valoração de comportamentos.

É necessário que a interpretação dos negócios jurídicos seja realizada à luz da Constituição Federal, pois o texto constitucional, sem qualquer dúvida, respeita as garantias fundamentais asseguradas aos sujeitos de direito.

É necessário, pois então, a quebra do paradigma interpretativo, a se instrumentalizar por meio de uma reforma do comportamento dos operadores do direito, em especial a do julgador.

O Códex viabiliza a aplicação de preceitos principiológicos, de modo que permite ao julgador se situar na mesma posição dos cidadãos e promover justiça social com fundamento em diretrizes já pré-estabelecidas.

Observe que o legislador se mostrou sensível às mutações da sociedade e à necessidade de efetivação dos direitos do consumidor, optando por conceitos versáteis para decidir não mais, com base na letra fria da lei, mas sim, pelos valores que envolvem as relações de consumo.

Nesse diapasão, é inegável que o Direito do Consumidor, para além de ter sido construído enquanto sistema flexível, ampara-se em princípios que auxiliam todo o processo de interpretação e de concreção da norma jurídica.

Miguel Reale ensina que “princípios são verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas” (REALE, p. 299, 1977).

O enunciado nº 27 aprovado pelo Conselho da Justiça Federal, em sua I Jornada de Direito Civil, dita que o intérprete, no processo de concreção da norma, “deve levar em conta o sistema do Código Civil e as conexões sistemáticas com outros estatutos normativos.

Essas regras manifestam a necessidade de que não basta a análise da vontade externada pelas partes quando do procedimento de concreção do direito, exige-se, para tanto, a análise detalhada do contexto em que o negócio foi contratado.

Os princípios são fontes imediatas do direito, aplicáveis em todo e qualquer procedimento de interpretação que pretenda solucionar de forma mais coerente e justa a situação fática submetida ao profissional intérprete do direito. Por isso, qualquer reflexão que ignore ou mitigue a importância que os princípios têm para a ciência jurídica deve ser afastada.

3 VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR BRASILEIRO

Durante muitos anos não se permitia ao juiz alterar o negócio pactuado em razão de eventual desequilíbrio de direitos e deveres assumidos pelas partes no contrato por elas ajustado, já que este fazia lei entre as partes – *pacta sunt servanda*.

Ocorre que essa posição ignorava a vulnerabilidade dos consumidores brasileiros.

Rompendo totalmente com esse paradigma arcaico, o Código de Defesa do Consumidor, prevê que todo consumidor é vulnerável.[55]

Isso ocorre porque o consumidor – vulnerável – faz parte de um grupo que se sujeita às práticas negociais impostas por fornecedores que atuam de maneira ostensiva na captação de clientes, criando-se a presunção legal de vulnerabilidade.

Cláudia Lima Marques leciona que a vulnerabilidade se divide em três espécies: técnica, jurídica e fática (MARQUES, p. 147,1999). A autora ensina ainda que: a primeira se explica em razão do consumidor não possuir conhecimentos específicos do

[55] Art. 4ª. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios [...] I – reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.

produto que está adquirindo; a segunda, por não ter conhecimento jurídico, contábil ou econômico, que a situação exija; e a terceira nasce do confronto do poder econômico do fornecedor frente ao consumidor, impondo-lhe preços e condições manifestamente desfavoráveis (MARQUES, p. 147,1999).

Deveras, pode-se afirmar que a vulnerabilidade do consumidor é sua característica mais notável, principalmente em razão da precarização da educação, o que justifica a existência da proteção ampla e integral que a lei confere.

Por ser o consumidor vulnerável é que se impõe ao fornecedor uma série de limites no que pertine ao conteúdo dos contratos de consumo. Proteger os consumidores de excessos praticados pelo mercado é, sem dúvida, defender a sociedade. Afinal, como diz o ditado, a corda sempre arrebenta do lado mais fraco.

Ocorre que, mesmo nesse cenário de extrema vulnerabilidade, há quem sustente que o contrato de consumo faz lei entre as partes. E há aqueles que dizem que os consumidores estão empoderados pela internet e redes sociais.

3.1 Direito à Informação

Por ser vulnerável o consumidor tem direito à informação, dever que nasce do denominado princípio da transparência, previsto expressamente no Código de Defesa do Consumidor.[56]

O Recurso Especial nº 1.302.738/SC[57], que deu azo ao presente estudo, discutiu a possibilidade de declarar nula a cláusula contratual que não prevê expressamente a contratação de capitalização de juros.

A controvérsia cingiu-se em estabelecer se a divergência entre a taxas de juros anual e o duodécuplo da taxa de juros mensal, constantes numericamente nos contratos bancários, é suficiente para caracterizar a existência de cláusula contratual expressa de capitalização de juros.

---

[56] Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

[57] STJ – REsp: 1302738 SC 2011/0257601-3, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 03/05/2012, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: 10/05/2012. CIVIL. BANCÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REVISÃO CONTRATUAL. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. CONTRATAÇÃO EXPRESSA. NECESSIDADE DE PREVISÃO. DESCARACTERIZAÇÃO DA MORA. 1. A contratação expressa da capitalização de juros deve ser clara, precisa e ostensiva, não podendo ser deduzida da mera divergência entre a taxa de juros anual e o duodécuplo da taxa de juros mensal. 2. Reconhecida a abusividade dos encargos exigidos no período de normalidade contratual, descaracteriza-se a mora. 3. Recurso especial não provido

De acordo com o voto da relatora Ministra Nancy Andrighi, a boa-fé objetiva, enquanto regra de comportamento orientado por padrões sociais de lisura, honestidade e correção, impõe novos paradigmas para a análise judicial de cláusulas contratuais.[58]

Ainda segundo a relatora, a interpretação sistemática dos arts. 4º, 6º, 31, 46 e 54 do Códex consumerista leva à conclusão de que é dever do fornecedor de produtos e serviços prestar todos os esclarecimentos de forma correta, límpida, precisa e ostensiva à parte vulnerável.

Corroborando as considerações da excelentíssima Ministra, Alcides Tomasetti Junior ensina que a "transparência refere-se a uma situação informativa favorável à apreensão racional de sentimentos, impulsos e interesses, entre outros que são suscitados para interferir nas expectativas e comportamentos dos consumidores e fornecedores"(TOMASETTI JUNIOR, p. 53, 1992), sendo inadmissível, no campo das relações consumeristas, que um ato negocial não seja compreendido desde seu nascimento, por falta de clareza, "pois a capacidade de persuasão do fornecedor para com o consumidor, tendo por referencial o

[58] Idem 2.

produto ou o serviço, só contemplará o êxito desejado se aspectos inerentes a sua constituição forem bem explicitados”(ROSA, p. 39, 1995).

Esse princípio nasce no direito que o consumidor tem de ser respeitado.

Conforme se verifica do trecho do julgado destacado, a nulidade da cláusula contratual foi reconhecida também em razão da falta de clareza no que pertine ao dever imposto ao fornecedor de prestar informações claras e detalhadas sobre o conteúdo do negócio entabulado, qual seja, contratação da capitalização de juros.

Imperioso destacar, ainda sobre o assunto, que o princípio da transparência se manifesta diante da impossibilidade de se obrigar o consumidor a obedecer ao conteúdo de cláusulas contratuais às quais não teve acesso, como ocorre no caso de ausência de informação quanto à contratação de juros capitalizados.

Por fim, de acordo com o princípio da transparência, não basta ao empresário abster-se de falsear a verdade, deve ele transmitir ao consumidor em potencial todas as informações indispensáveis à decisão de consumir ou não o fornecimento (COELHO, 1996).

3.2 Análise sob a ótica da boa-fé objetiva

Talvez o mais importante dos princípios, a boa-fé objetiva deve rechear todos os negócios jurídicos nascidos em razão da livre vontade manifestada pelos contratantes, especialmente no caso dos consumidores brasileiros.

No Brasil, a aplicação explícita desse princípio se deu inicialmente em razão dos artigos 4º, III[59], e 51, VI[60] do Código de Defesa do Consumidor.

A boa-fé objetiva impõe ao operador do direito, quando se depara com contradições ou obscuridades nas cláusulas negociais, especialmente se estas estiverem inseridas em contratos por adesão, o dever de utilizá-la como parâmetro interpretativo, imaginando como agiriam outros sujeitos em igual posição.

---

[59] Art. 4º [...] III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (artigo 179, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

[60] Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...] IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada ou sejam incompatíveis com a boa-fé e equidade.

Esse princípio também impõe limites ao exercício de direitos subjetivos, visto que sua natureza é preservar a integridade das partes, impedindo deste modo, abusos que possam desnaturar o equilíbrio entre as prestações.

Deveras, são tantas as obrigações no ato de contratar que as partes irão perceber acerca da existência dessas obrigações que lhe foram impostas somente na hipótese de infração dos mesmos.

Flavio Tartuce (2020, p. 35) nos ensina que, "[...] na esfera contratual, o art. 48 do CDC regula especificamente as responsabilidades pré-contratual e pós-contratual do negócio de consumo, conceitos inerentes ao princípio da boa-fé objetiva [...]", justamente para evitar que eventuais abusos realizados na fase pré-contratual permaneçam ao longo do pacto.

A boa-fé objetiva traduz a ideia de equilíbrio negocial, que, na ótica do Direito do Consumidor, deve ser mantido em todos os momentos pelos quais se passa o negócio jurídico.[61]

Sobre o tema, o argentino Carlos Gustavo Vallespinos [s.d] ensina que

> "en este ámbito podemos señalar que la búsqueda del equilíbrio negocial se manifiesta em la necesidad de um mayor intervencionismo estatal a la hora de ponderar todo el fenómeno negocial

[61] Idem 5.

> entre consumidores o usuários y los provedores profesionales, es decidir abarcativo desde la etapa previa al contrato, publicidade incluída, hasta el período poscontractual, passando por lo atinente al contenido y ejecución del contrato".

Frisa-se que o CDC se preocupou com o efetivo cumprimento do referido princípio, de modo que determinou que o risco é de quem oferta e não daquele que adquire o produto ou o serviço.

3.1. DO EQUILIBRIO CONTRATUAL

Além de estar ligado umbilicalmente ao princípio da boa-fé, o equilíbrio contratual significa regra de equilíbrio, de paridade entre os contratantes. Entretanto, devemos considerar que, naturalmente, consumidor e fornecedor são desiguais.

Tal princípio deve buscar reequilibrar os polos da relação de consumo, uma vez que, conforme mencionado, o consumidor sempre estará em situação desfavorável, desde a fase pré-contratual, até a fase pós contratual.

Nesse mesmo diapasão, o princípio justifica, também, a inserção de dispositivos no CDC, como o que impõe a revisão dos

contratos por simples **onerosidade**.[62] Basta que a obrigação se torne difícil de cumprir.

Ainda, é imperioso destacar que o denominado princípio da equidade estabelece parte do rol das cláusulas abusivas constantes no art. 51 do CDC.[63]

---

[62] Art. 6. São direitos básicos do consumidor: [...] V – a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornam excessivamente onerosas.

[63] Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:
I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;
II - subtraiam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código;
II - transfiram responsabilidades a terceiros;
IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a eqüidade;
V - (Vetado);
VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor;
VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem;
VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor;
IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor;
X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;
XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor;

No Recurso Especial nº 436853/DF. 3ª Turma. Rel. Nancy Andrighi. J. 04.05.06. DJU 21.11.06. p. 273, a relatora consignou que o juiz da equidade deve buscar a justiça comutativa, analisando a qualidade do consentimento. Quando evidenciada a desvantagem do consumidor, ocasionada pelo desequilíbrio contratual gerado pelo abuso do poder econômico – no caso do estudo expressa contratação de juros capitalizados – deve ele receber uma proteção compensatória.

4 CONCLUSÃO

Pelo que se expôs, conclui-se que sem a observância e respeito aos princípios que regem o direito do consumidor pelos operadores do direito e em especial pelos responsáveis pelo processo de efetivação da norma jurídica quando da análise das

XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor;
XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração;
XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais;
XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;
XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias.
§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:
I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;
II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;

cláusulas ininteligíveis, a sociedade brasileira continua correndo grande risco de não se ver concretizada a verdadeira proteção nascida com a codificação.

É papel do operador do direito construir uma sociedade livre, justa e solidária em que sejam realçados os direitos daqueles que na sua grande maioria, são explorados, ao longo de mais de quatrocentos anos.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

EFING, A. C.; NOEMBERG LAZZARI BLAUTH, F. Analfabetismo jurídico nas relações de consumo e a função social da educação jurídica na América Latina. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJJL]**, v. 12, n. 2, p. 197-210, 13 dez. 2011.

CATALAN, Marcos Jorge. **A hermenêutica contratual no código de defesa do consumidor.** Disponível em: https://www.academia.edu/4630914/A_herm%C3%AAneutica_contratual_no_c%C3%B3digo_de_defesa_do_consumidor

BRASIL. **Lei 8.078**, de 11 de Setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 12, Set. de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm.

BARBOSA, Fernanda Nunes. **A Informação como Direito do Consumidor.** Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS, Porto Alegre, n. 2, ago. 2014. ISSN

2317-8558. Disponível em: https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/ view/ 49881/31215. Acesso em: 09 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1.302.738 - SC** – Santa Catarina. Relatora: Ministro Nancy Andrighi. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: https: //stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21592132/recurso-especial-resp-1302738-sc-2011-0257601-3-stj/inteiro-teor-21592133. Acesso em: 01 de março. 2021.

LEMOS, Marcelo. **A boa-fé objetiva nas relações de consumo e a distorção imposta pelo intérprete no processo de realização do direito.** Disponível em: https://www.academia.edu/20195317/A_BOA_F%C3%89_OBJETIVA_NAS_RELA%C3%87%C3%95ES_DE_CONSUMO_E_A_DISTOR%C3%87%C3%83O_IMPOSTA_PELO_INT%C3%89RPRETE_NO_PROCESSO_DE_REALIZA%C3%87%C3%83O_DO_DIREITO?email_work_card=view-paper.

CATALAN, Marcos Jorge. **Descumprimento contratual: modalidades, consequências e hipóteses de exclusão do dever de indenizar.** Curitiba: Juruá, 2005.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor.** São Paulo: RT, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. **Problemas de direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TOMASETTI JUNIOR, Alcides. **O objetivo da transparência e o regime jurídico dos deveres e riscos de informação nas**

declarações negociais para consumo. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: RT, n. 04, 1992.

NUNES, Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. Saraiva, 2005. p. 51.

VALLESPINOS, Carlos Gustavo. **Contratos**. Presupuestos. Córdoba: Advocatus, sala de derecho civil, colégio de abogados de Córdoba.

EXCEÇÃO À RESPONSABILIDADE CIVIL POR ROUBO EM ESTACIONAMENTOS PARA CLIENTES – NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 130 DO STJ

Jéssica Mapeli dos Anjos[64]

1 INTRODUÇÃO

No ano de 1995, o Superior Tribunal de Justiça através de sua Segunda Seção – responsável pelas demandas de Direito Privado, editou a Súmula nº 130, vigente até os dias atuais.

Referida Súmula tem como texto: "A empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento".

Segundo histórico de julgados que originaram a súmula[65], chegou-se a tal entendimento diante da grande ocorrência de furtos aos veículos dos clientes que os deixavam em estacionamento próprio de estabelecimentos como shoppings centers, bancos e supermercados.

Dentre outros argumentos, à época, a Seção entendeu que em tais situações o estabelecimento é responsável por indenizar o

[64] Pós-graduanda (lato sensu) em Direito Civil na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – USP. Advogada e pesquisadora.

[65] Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_9_capSumula130.pdf. Acesso em: 05 jan 2021.

cliente dos danos que porventura venha a sofrer, ainda que não se exija qualquer contraprestação para sua utilização.

Não obstante as particularidades de cada caso em concreto e a passagem do tempo desde a edição da súmula, verificou-se, através do Informativo nº 648 de 2019, a presença de alteração do entendimento a respeito da aplicação de referida súmula.

Em determinadas situações – a depender da natureza do estabelecimento especialmente, as Turmas estavam utilizando-se de interpretação extensiva para aplicá-la, considerando responsável o estabelecimento pela ocorrência do crime de roubo e até roubo qualificado com resultado morte (latrocínio).

Contudo, havia precedentes em que não se admitia a responsabilização da empresa frente ao crime de roubo diante de determinadas particularidades.

Assim, presente e reconhecida a divergência, a Segunda Seção pacificou o entendimento entre as Turmas, negando provimento aos Embargos de Divergência nº 1.431.606/SP na data de 27 de março de 2019.

As justificativas apresentadas pelos Ministros serão abordadas e pormenorizadas, tendo em vista que mais de um entendimento se mostrou possível de ser aplicado.

Dessa forma, através de análise a ser realizada, buscar-se-á compreender as razões – baseadas na lei, doutrina, jurisprudência ou outros elementos utilizados pelos Ministros, que a princípio levaram uma e outra Turma a decidir casos semelhantes de forma diferente, causando assim, dúvida quanto à aplicação de súmula própria, traçando-se ao final comparativo entre as Turmas antes da pacificação do tema.

O método de análise segue um raciocínio dedutivo, observando a subsunção realizada pelo Superior Tribunal de Justiça de forma qualitativa, baseando-se na pesquisa bibliográfica das obras de Bruno Miragem (MIRAGEM, 2016) e Flávio Tartuce (TARTUCE, 2020), como também em artigos científicos. Utiliza-se ainda, da pesquisa documental, que se refere aos julgados eleitos para estudo.

2 JUSTIFICATIVAS ACERCA DA ESCOLHA DOS JULGADOS

Foram eleitos para análise os seguintes julgados:

Tipo de Recurso/Identificação	Data do Julgamento	Órgão Prolator
Recurso Especial nº 1.431.606/SP	15 de agosto de 2017.	3ª Turma – Superior Tribunal de Justiça (STJ)

Embargos de Divergência em Resp nº 1.431.606/SP	27 de março de 2019.	2ª Seção (composta pela 3ª e 4ª Turma) – Superior Tribunal de Justiça (STJ)
Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 840.534/SP	17 de março de 2016.	4ª Turma – Superior Tribunal de Justiça (STJ)

Conforme mencionado anteriormente, a decisão constante do Informativo nº 648 de 2019 aponta a decisão da 3ª Turma de Direito Privado do STJ de não aplicabilidade de uma de suas súmulas, e esse acórdão é o constante no Resp nº 1.431.606/SP.

Por conseguinte, analisando o caso concreto esmiuçadamente, chega-se às decisões posteriores, sendo que uma trata de Embargos de Divergência que demonstra a posição destoante que havia até então na 4ª Turma de Direito Privado, e outra configura-se Agravo Regimental que serviu como um dos paradigmas para os Embargos, recurso este que acabou servindo para pacificação do tema.

Assim, tais julgados foram eleitos para análise em virtude do conteúdo explicativo, seu indicativo de divergências, e a

importância do assunto frente ao tema do Direito do Consumidor e Responsabilidade Civil.

3 DESCRIÇÃO E ANÁLISE DOS JULGADOS

O Resp nº 1.431.606 – SP trata da ocorrência do crime de roubo sofrido pelo consumidor Renato Martinez da Silva em estacionamento de uma das redes de *fast-food* "MC Donald's".

Na ocasião, após realizar refeição, o consumidor fora abordado por duas pessoas que com emprego de arma de fogo subtraíram sua moto. Assim, Renato ajuizou ação pretendendo indenização material e moral pelos danos sofridos.

Em 1º grau o juiz entendeu pela não responsabilização do restaurante tendo em vista a presença de fortuito externo ao serviço e julgou improcedentes os pedidos autorais.

A lide chegou ao Tribunal Estadual de São Paulo através de Apelação por parte de Renato, recurso este que causou a reforma da sentença, dando-se parcial provimento ao pedido autoral, reconhecendo a obrigação de indenizar da empresa, uma vez que falhara com seu dever de vigilância no estacionamento, seguindo entendimento da Súmula 130 do STJ. Assim, condenou o restaurante a indenizar apenas os prejuízos materiais sofridos por Renato.

O estabelecimento, insatisfeito, interpôs recurso especial argumentando dissídio jurisprudencial e violação ao artigo 393 do Código Civil. Fundou-se na alegação de caso fortuito, fato que seria capaz de extinguir sua responsabilidade frente ao crime de roubo sucedido em seu estacionamento.

O Relator designado, Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, decidindo monocraticamente sob a égide do CPC/73 e fundamentando-se na súmula 568 – STJ[66], negou provimento ao recurso, alegando ausência de dissídio jurisprudencial, consoante precedentes de ambas as turmas de Direito Privado da Corte, bem como inteligência da súmula 130.

Inconformado, o restaurante ajuizou Agravo Interno, alegando diferença entre os precedentes indicados pelo relator e o caso concreto, considerando que não se tratava de hipermercado ou *shopping center*.

Desta forma, a 3ª Turma admitiu o Agravo para julgamento por parte de seu colegiado, verificando que o caso concreto

[66] "O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema." (Súmula 568, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/03/2016, DJe 17/03/2016).

possuía algumas particularidades que o tornava diferente da jurisprudência indicada pelo relator.

O Ministro Relator, tendo sido acompanhado apenas pelo Ministro Moura Ribeiro, acabara vencido na questão. Fundou seu voto no entendimento da responsabilidade objetiva dos estabelecimentos frente aos crimes de furto e roubo ao fornecerem estacionamento para seus clientes conforme a súmula 130, que teve em sua jurisprudência empresas como supermercados e *shoppings*.

Argumentou ainda a ausência de distinção entre o caso e a jurisprudência existente, considerando que para aplicação de precedentes a um caso concreto não há necessidade de exata igualdade, mas que sejam apenas "suficientemente iguais", conforme lição de Robert Alexy.

Para o magistrado, a alegação de diferença entre a natureza dos estabelecimentos não se aplica, já que "o estacionamento agrega valor e comodidade ao serviço [...] ao disponibilizá-lo, o estabelecimento assume o dever de guarda e vigilância, independentemente do dever de segurança pública do Estado.", configurando tal aspecto mero "*obter dictum*" (parte não vinculante da decisão). Trouxe ainda precedentes da Corte que reconheceram a responsabilidade objetiva de estabelecimentos

"menores", mas que tiveram, contudo, razão de decidir diversa – guarda e depósito da coisa roubada.[67]

Entendeu que o fato de ser gratuito o estacionamento do restaurante não importa em qualquer diferença ao reconhecimento de sua responsabilidade, e que a tese da responsabilidade objetiva apresenta apenas uma condicionante: "[...] de que esteja comprovado (o estacionamento) estar diretamente vinculado ao fluxo de clientes e usuários local."

Por outro lado, proferindo voto vencedor, o Ministro Ricardo Villas Boas Cuêva considerou caracterizada a excludente de responsabilidade – fortuito externo, indicando a inevitabilidade do resultado, vez que a ação sofrida pelo consumidor foi praticada por terceiros que portavam arma de fogo, diferenciando-se, portanto, do entendimento sumular de nº 130 que trata apenas de danos e furtos ocorridos nos estacionamentos de empresas. Alegou por isso inaplicação da mesma.

[67] AgRg no REsp 1235168/SP, Rel. Ministro Luiz Felipe Salomão, 4ª Turma, julgado em 04/08/2015, DJe 13/08/2015. REsp 8.754/SP, Rel. Ministro Athos Carneiro, 4ª Turma, julgado em 30/04/1991, DJ 20/05/1991, p. 6537.

Fundou seu voto em lições doutrinárias de Sérgio Cavalieri Filho[68] e precedentes do próprio Tribunal[69] que afastaram a responsabilidade de empresas transportadoras de cargas e de pessoas frente ao crime de roubo por configurar-se "fato inteiramente estranho à atividade de transporte – caso fortuito ou força maior."

O Ministro também citou o artigo 393 do Código Civil como sendo de aplicação ao caso, posto que traz o caso fortuito/força maior como "fato necessário" – (aqueles) "cujos efeitos se revelem impossíveis de evitar ou impedir.".

À vista disso, salientou não ser possível a comparação entre o caso discutido e estacionamentos privados ou *shoppings* e supermercados, pois no primeiro caso tal fato seria considerado

---

[68] [...] Fala-se em caso fortuito ou força maior quando se trata de acontecimento que escapa a toda diligência inteiramente estranho à vontade do devedor da obrigação. É circunstância irresistível, externa, que impede o agente de ter a conduta devida para cumprir a obrigação a que estava obrigado. [...] (Programa de Responsabilidade Civil, 11 ed., São Paulo, Editora Atlas, págs. 88/89) (Trecho do voto vencedor Ministro Ricardo Vilas Boas Cueva. STJ, 3ª Turma, Resp nº 1.431.606/SP, Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Julgado em: 15/08/2017)

[69] AgRg no AREsp nº 175.821/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Boas Cuêva, 3ª Turma, julgado em 23/08/16, DJe 05/09/16. AgRg no AREsp nº 624.246/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, 4ª turma,julgado em 10/3/2015, DJe de 17/3/2015. AgRg no REsp nº 1.185.074/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, 4ª turma, julgado em 24/2/2015, DJe 3/3/2015.

como fortuito interno, e portanto, presente o dever de indenizar, e no segundo caso mostrar-se-ia presente a teoria do risco-proveito – o estabelecimento lucra com a crença do consumidor de estar frequentando ambiente seguro, e portanto, igualmente presente a obrigação de reparação.

Por conseguinte, a Ministra Nancy Andrighi proferiu extenso voto-vista elencando todo o cenário a respeito da responsabilidade civil no Brasil – a adoção, em regra, da responsabilidade subjetiva pelo Código Civil de 2002, sem deixar de observar a inovação trazida no que tange à responsabilidade objetiva, inserida no parágrafo único do artigo 927.[70]

Menciona a teoria do nexo de imputação como um dos pressupostos da responsabilidade civil, que se traduz na "razão jurídica pela qual se atribui a um sujeito a obrigação de reparar o dano" – o que na responsabilidade subjetiva acaba não surtindo maiores efeitos, mas encontra amparo na de caráter **objetivo**.[71]

---

[70] Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

[71] [...] No âmbito da responsabilidade baseada na culpa, a identificação do nexo de imputação não gerava, nem gera, maiores controvérsias, haja vista que acaba por se sobrepor ao nexo de causalidade [...] de imediato indica o

Alude aos argumentos trazidos pelos demais Ministros referente aos precedentes envolvendo shoppings e supermercados e trata da teoria do risco-proveito. Conclui quanto à mesma, que deve haver análise de acordo com determinados fatores – natureza e porte do estabelecimento por exemplo, já que "o risco apresenta graus", não entendendo que no caso do restaurante *fast-food* tal seja aplicada, tendo em vista que o estacionamento "não constitui elemento indispensável à atividade, senão serviço complementar eventual".

A Ministra nega ainda a aplicação da teoria de caso-fortuito/força-maior pois considera que tal linha abandona "a perspectiva do consumidor" que se vê vítima de um dano (*lato sensu*), ignorando a classificação jurídica do crime que sofrera, seja ela qual for.

Dessa forma, funda sua decisão sob a perspectiva do Direito do Consumidor, baseando-se em aspectos da segurança esperada

responsável pela indenização: o autor da conduta.". No entanto, há situações em que a imputação recairá em um sujeito remotamente posicionado em relação ao contexto fático da verificação do dano, que será objetivamente responsabilizado pela obrigação de indenizar [...] (Trecho do voto da Ministra Nancy Andrighi. STJ, 3ª Turma, Resp nº 1.431.606/SP, Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Julgado em: 15/08/2017)

pelo consumidor diante da prestação de serviços, prevista no artigo 14 do CDC.[72]

Assim, no âmbito de tal interpretação, menciona:

> [...] a imputação da responsabilidade objetiva por defeito no serviço está correlacionada à frustração da **razoável expectativa de segurança** do consumidor, consideradas as **circunstâncias relevantes**, as quais, inevitavelmente, devem ser extraídas da realidade fática subjacente a cada hipótese concreta levada a julgamento. [...]

Conclui, portanto, que a razoável expectativa de segurança do consumidor não fora abalada, conforme análise casuística feita, inexistindo dever de indenizar. Trouxe nesse sentido, alguns elementos que poderiam incutir no consumidor a legítima expectativa de segurança - sem intuito de exaurimento: 1. Pagamento direto pelo uso do espaço para estacionamento; 2.

---

[72] Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.
§ 1° O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I - o modo de seu fornecimento; II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam, III - a época em que foi fornecido.
§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas. § 3° O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.
§ 4° A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Natureza da atividade empresarial exercida; 3. Porte do estabelecimento comercial; 4. Nível de acesso ao estacionamento (fato de o estacionamento ser ou não exclusivo para clientes); 5. Controle de entrada e saída por meio de cancelas ou entrega de *tickets* ;6. Aparatos físicos de segurança na área de parqueamento, tais como muros, cercas, grades, guaritas e sistema de vídeo-vigilância; 7. Presença de guardas ou vigilantes no local; 8. Nível de iluminação.

Dessa forma, a Ministra seguiu o entendimento pela não indenização, vindo a 3ª Turma a concluir pelo provimento do Recurso Especial interposto pelo restaurante.

O consumidor, por sua vez, interpôs Embargos de Divergência, alegando entendimentos contrários entre as turmas de Direito Privado, conforme se analisará a seguir.

Embargos de Divergência em Resp nº 1.431.606/SP

Insatisfeito com a solução proferida pela 3ª Turma no Resp acima analisado, o consumidor Renato Martinez interpôs Embargos de Divergência alegando decisões contrárias em casos similares expressas por ambas as turmas de Direito Privado.

Em março de 2016, sob a relatoria do Ministro Raul Araújo, a 4ª Turma julgara situação semelhante àquela que se encontrava

em discussão – roubo à mão armada sofrido por consumidores que deixaram seu veículo no estacionamento externo e gratuito do restaurante "fast-food", sendo inclusive da mesma pessoa jurídica, da franquia "Mc Donald's, vindo a afastar o caso fortuito e reconhecer o dever de indenizar por parte do estabelecimento.

Entretanto, em tal caso, encontrava-se presente o diferencial de haver no estacionamento um vigilante, funcionário da lanchonete.

Por esse e outros motivos[73], os Ministros Antonio Carlos Ferreira e Moura Ribeiro não conheceram dos Embargos, enquanto a Relatora – Maria Isabel Galotti, foi vencedora, acompanhada por Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi, Marco Aurélio Belizze, Luis Felipe Salomão e Raul Araújo. Ausente a Ministra Nancy Andrighi.

A Relatora aludiu à sua participação na decisão vencedora de um dos acórdãos que servira de paradigma, onde veio a recusar

[73] Assim sustentou o Ministro: "Os demais paradigmas também não guardam semelhança com o presente caso. No REsp n. 83.179/SP, Rel. o saudoso Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, DJ de 3.11.1997, foi aplicada a Súmula n. 7 do STJ, além de reconhecer a ausência de dissídio jurisprudencial. Por último, o REsp n. 1.372.889/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, DJe de 19.10.2015, diz respeito a roubo de carro-forte." (STJ, 2ª Seção, Embargos de Divergência em Resp nº 1.431.606/SP, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Julgado em: 27 de março de 2019.)

alegação de caso fortuito/força maior e concluiu pela responsabilidade do estabelecimento, mas alegou, após maior reflexão, entender correto o entendimento proferido pela 3ª Turma no Resp acima inserido.

Mencionou não ignorar precedentes que admitiram a responsabilização de empresas por furtos ocorridos em seus estacionamentos, bem como a interpretação extensiva que o Tribunal vinha concedendo à sua súmula, no sentido de responsabilizar (diante do crime de roubo e sua forma qualificada com resultado morte - latrocínio) não só os que exploram diretamente a atividade de guarda e depósito de veículos, como também aqueles que se encaixam na teoria risco-proveito, mas que na situação em análise o estacionamento figura como mera comodidade oferecida aos clientes, não sendo cabível qualquer exigência de ônus a ser assumido pelo estabelecimento.

Em seguida, incluiu em seu voto variados precedentes da Corte[74] que demonstram a não aplicação da súmula 130 sob as

[74] (REsp 1642397/DF, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/3/2018, DJe 23/3/2018)
(REsp 1426598/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/10/2017, DJe 30/10/2017)
(REsp. 1.763.156/RS, rel. MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, DJe 15.2.2019)
(REsp. 1.243.970/SE, rel. MInistro MASSAMI UYEDA, DJe 10.5.2012).

mais variadas argumentações – ora por se tratar de estacionamento externo (localizado em via pública) e gratuito de supermercado atacadista e empreendimento hoteleiro, ora em virtude de não constituir o roubo "evento inserido no âmbito da prestação específica do comerciante." - posto de combustíveis.

Assim, entendeu que em tais casos, transferir ao estabelecimento a responsabilidade pela guarda e segurança do bem, consistiria em ônus que deve ser atribuído ao proprietário e ao Estado respectivamente, vindo, portanto, a negar provimento aos Embargos tendo em vista a excludente força maior.

Referida decisão transitou em julgado na data de 24 de maio de 2019.

Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 840.534/SP

Por fim, passa-se à descrição de um dos paradigmas trazidos pelo consumidor para fundar o então recurso de Embargos de Divergência acima referido.

Nesse recurso, a situação fora parecida com a trazida anteriormente. Julgado em março de 2016, a 4ª Turma, por unanimidade decidiu que o roubo à mão armada ocorrido em estacionamento mantido por estabelecimento comercial não

configura caso fortuito, gerando assim, o dever de indenizar. O que se revelou também interessante no caso foi o fato de que referido estabelecimento era o mesmo do caso discutido no Recurso Especial aqui estudado.

Na data de 19 de outubro de 2011, três consumidores que para lá se dirigiam foram abordados no estacionamento por pessoas que com emprego de arma de fogo tomaram seus pertences e o carro que utilizavam. Mencionou-se que havia agente de segurança no local, mas sua presença não surtira qualquer efeito.

O Ministro Relator Raul de Araújo não trouxe qualquer teoria de direito civil ou direito do consumidor em seu voto, vindo a fundamentá-lo apenas com precedentes do STJ[75] que corroboravam sua posição e também aquela defendida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, no sentido de que "em se tratando de estacionamento de veículos oferecido por estabelecimento comercial, o roubo sofrido pelo cliente, não caracteriza caso fortuito apto a afastar o dever de indenizar."

[75] Referidos julgados tratavam entretanto de roubos ocorridos em hipermercados e *shoppings centers*, a saber: (REsp 419.059/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/10/2004, DJ de 29/11/2004, p. 315);

(AgRg no REsp 1.235.168/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 04/08/2015, DJe de 13/08/2015).

Uma vez afirmado pelo Ministro que restou comprovado o fato de que o roubo se deu nas dependências do restaurante, presente estava o dever de indenizar, sendo desprovido o Agravo Regimental, transitado em julgado na data de 06 de maio de 2016.

3.1 Principais Teorias e Institutos Abordados

Dentre as principais teorias e institutos trazidos pelos Ministros para justificar seus votos, objetiva-se abordá-los, ainda que sumariamente (Caso fortuito/Força Maior e Teoria do Risco-Proveito) conforme magistério de Flávio Tartuce (2020) e Bruno Miragem (2016), utilizando-se também de importantes argumentações inseridas em artigos científicos.

No Resp nº 1.431.606-SP o Ministro vencedor – Ricardo Villas Bôas Cueva fundou sua argumentação na tese que havia sido firmada no caso desde a sentença – o reconhecimento de fortuito externo diante do roubo sofrido pelo consumidor.

Assim, o Ministro alega que em virtude da natureza da atividade desempenhada pelo restaurante, não seria possível exigir do mesmo que impedisse o roubo ali ocorrido, inclusive porque frente ao emprego de arma de fogo pelos agentes, o que demonstra "ainda mais a inevitabilidade do resultado danoso".[76]

Aduz, por isso, à disposição constante do artigo 393 do Código Civil – força maior e caso fortuito como excludentes do nexo causal através do fato necessário.

Em seu voto-vista no mesmo Recurso, a Ministra Nancy Andrighi afastou essa teoria do caso concreto por entender que ela deixa de lado a perspectiva do consumidor.

Já a Ministra Maria Isabel Galotti nos Embargos de Divergência em Resp nº 1.431.606-SP concluiu pela existência de força maior no roubo sofrido pelo consumidor, uma vez que a atividade da empresa não era propriamente a de estacionamento de veículos.

A esse respeito, Bruno Miragem (2016) menciona:

> Sobre a determinação do caso fortuito e da força maior como excludentes da responsabilidade civil pelo fato do produto ou do serviço, em face da ausência de referência do CDC sobre o tema, há

[76] STJ, 3ª Turma, Resp nº 1.431.606/SP, Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Julgado em: 15/08/2017.

> certa discussão sobre sua aptidão para afastar o dever de indenizar do fornecedor. [...] Dentre os que sustentam a impossibilidade de exclusão da irresponsabilidade do fornecedor no regime do CDC, em razão de caso fortuito *e* força maior, sustenta-se que as hipóteses enumeradas pelo legislador nos artigos 12 e 14 constituem enumeração taxativa *(numerus clausus)*, insuscetível de ampliação por via interpretativa. Por outro lado, os que defendem sua admissão, vão salientar que não há como se desconsiderar excludentes que derivam da teoria geral da responsabilidade civil [...] (grifos do autor) (MIRAGEM, 2016, p. 601-602)

Assim, o autor ainda declara que para Silvio Luiz Ferreira da Rocha os institutos do caso fortuito e da força maior podem ser identificados nos artigos 12, §3º, II, e 14, §3º, I, e 12, §3º, III, e 14, §3º, II, respectivamente. (MIRAGEM, 2016, p. 614).

Seguindo os ensinamentos de Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, Guerra (2015, p. 251) também considera não restar prejudicada tal questão – entende ser cabível no âmbito do CDC a presença do caso fortuito e da força maior.

Conveniente declarar ainda que conforme se constatou na obra de Miragem (2016), Tartuce (2020), nos julgados aqui colacionados e artigos científicos consultados, tais conceitos (caso fortuito/força maior) até hoje não restaram definidos ou mesmo convencionados pela doutrina e jurisprudência.

Não obstante, Miragem (2016) continua no tema:

> [...]doutrina e jurisprudência vem estabelecendo outra distinção, no que se refere ao caso fortuito capaz de excluir a responsabilidade do agente. Trata-se da diferenciação entre o *caso fortuito interno* e o *caso fortuito externo,* admitindo-se que apenas quando se trate da segunda hipótese (externo), existiria excludente de responsabilidade.
> O *caso fortuito interno* consistiria no fato "inevitável e, normalmente, imprevisível que, entretanto, liga-se à própria atividade do agente. Insere-se, portanto, entre os riscos com *os* quais deve arcar aquele, no exercício da autonomia privada, gera situações potencialmente lesivas à sociedade". Já o caso fortuito externo é aquele fato estranho à organização ou à atividade da empresa, e que por isso não tem seus riscos suportados por ela. Com relação a este, sustenta-se sua aptidão para excluir a responsabilidade objetiva. (grifos do autor) (MIRAGEM, 2016, p. 613)

Isto posto, salienta que “Apenas nesta condição estará apta a promover o rompimento do nexo de causalidade, afastando totalmente a conduta do fornecedor como causadora do dano sofrido pelo consumidor.”. (MIRAGEM, 2016, p. 614-615).

Para Guerra (2015) uma vez que se caracterize o fortuito externo, não se torna mais possível falar em nexo causal e por consequência, em sua quebra, bem como qualquer indenização.

Ainda sobre essa caracterização do caso fortuito, mas apontada sob outro ponto de vista, alguns autores apresentam-na

como uma das características da atual denominada sociedade de riscos:

> Não é preciso muito esforço argumentativo ou mesmo cognitivo para se constatar, ainda que de forma superficial, que a sociedade em que se vive atualmente está radicada no avanço tecnológico e científico. [...]
> Diante de aludidos riscos, **tornou-se cogente a busca por instrumentos que visem a controlá-los e mitigá-los**, tanto sob a ótica da **esfera pessoal** quanto **patrimonial** dos indivíduos, arrefecendo, pois, os resultados danosos deles advindos. Institutos do direito civil, porquanto, são cada vez mais desafiados e instigados a **redesenharem suas fronteiras** para encampar novas alternativas aos problemas que se apresentarem. [...]
> A distinção técnico-teórica entre fortuito interno e externo, protagonizada pela doutrina, está visceralmente interligada ao contexto em que se perpetua a chamada **atividade de risco**. É na teoria do risco que os institutos aqui dissecados decantam suas particularidades [...] (FARIA e GONÇALVES, 2019) (grifou-se)

Outra teoria muito comentada e desenvolvida pelos Ministros não só nos julgados aqui estudados como também em outros por eles citados foi a teoria do Risco-Proveito, intimamente ligada à legítima expectativa de segurança por parte do consumidor (Art. 6º, I, 8º, "caput" e 14, §1º do CDC).

É possível identificar na legislação brasileira variadas teorias atinentes ao risco – Risco Administrativo (CF. art. 37,

§6º), Risco da Atividade (C.C. art. 927, parágrafo único, 2ª parte), Risco Criado (C.C. art. 938), Risco Integral e Risco-Proveito (TARTUCE, 2020).

Sobre esta última, Miragem (2016) a define da seguinte forma: [...] a "causa de imputação de responsabilidade vincula-se a quem obtenha aproveitamento econômico de certas atividades cuja realização acarrete o risco." e complementa: "é o fundamento essencial do regime de responsabilidade objetiva do fornecedor". (MIRAGEM, 2016, p. 51; p. 572)

Frazão (2016) em trabalho sobre o nexo causal, risco e diferenciação entre fortuito interno e externo – conceitos extremamente interligados, faz pertinente observação sobre a teoria do risco proveito. A saber:

> [...] **a teoria do risco** de Saleilles **tem como foco a responsabilidade dos patrões e empresários**, procurando romper com a causalidade em prol de uma relação subjetiva de imputação, **sob o fundamento de que a assunção voluntária dos negócios e dos seus proveitos tem como consequência necessária a responsabilidade pelos riscos correspondentes**. É por essa razão que a sua opinião passou a ser conhecida como "teoria do risco proveito" (*risque profit*) (grifou-se).

A autora ainda traz relevantes aspectos sobre o risco da atividade empresarial quando trabalha “A perspectiva econômica do risco”, trazendo a seguinte observação:

> [...] quanto mais um dano for previsível, suscetível de cálculo e controle pelo empresário (alocação, transferência, gerenciamento), mais fácil é sustentar que se trata de algo inerente à empresa. De forma contrária, quanto menos o dano for previsível ou suscetível de cálculo ou gerenciamento, mais fácil é sustentar que ele não corresponde ao risco da empresa, podendo ser atribuído a um fortuito externo. (FRAZÃO, 2016, p. 12-13).

Já no que diz respeito ao direito à segurança do consumidor (CDC, art. 6º, I), Humberto Theodoro Júnior (2017) leciona: “Protege-se, aqui, a incolumidade física do consumidor, seu direito de não ser exposto a perigos. Destarte, o fornecedor é obrigado a garantir a segurança razoável do produto ou serviço disponibilizado no mercado.” (THEODORO JÚNIOR, 2017)

Sobre o caso concreto aqui estudado, Flávio Tartuce (2019) indica o problema mencionando até especificamente um dos precedentes mencionados (Resp nº 1.431.606/SP), e declara entender correto o entendimento aplicado pela 3ª Turma ao reconhecer o roubo à mão armada como fortuito externo à

atividade da empresa de restaurante, pois considera o assunto próprio da segurança pública.

4 CONCLUSÃO

Uma vez tendo sido trazidos e abordados os julgados eleitos para análise, bem como os elementos justificantes de cada voto, passa-se à conclusão do trabalho.

Interessante notar os desdobramentos das decisões aqui mencionadas, bem como a divergência que esteve presente dentro da própria 3ª Turma, e entre esta e a 4ª Turma.

Ainda nesse sentido, sem desconsiderar a importância dos julgados, vale a pena apontar que o caminho percorrido pelo Tribunal até referida harmonia pode ser considerado demasiadamente extenso, gerador de muitas discussões e argumentações, o que não se destacaria como grande questão se não houvesse súmula própria vigente desde o ano de 1995.

Nessa toada, estabelecendo-se breve comparativo entre as atuais Turmas de Direito Privado do STJ, não obstante seus precedentes, cabíveis alguns apontamentos.

Na 3ª Turma, quando do julgamento do Recurso Especial, apesar da Ministra Nancy Andrighi seguir o voto do Ministro

Relator para o acórdão – Ricardo Villas Boas, sua decisão se fundou em teoria diversa daquela emitida pelo mesmo, de modo que no mesmo acórdão é possível identificar três fundamentações diferentes para decisão de um mesmo caso.

Já a 4ª Turma, quando julgou situação parecida em Agravo Regimental, fundou-se exclusivamente em precedentes próprios, sem tecer maiores considerações, o que não impediu que tal posição fosse revisada e consequentemente afastada.

No que tange à aplicação do enunciado sumular 130, ainda vigente sem qualquer alteração de texto, cabe apontar a pacificação a que se chegou, já que em virtude da interpretação extensiva dada pelo Tribunal, torna-se possível que se abarque crime diverso e de maior reprimenda (roubo) do que o que consta em seu texto (furto), segundo alguns critérios como: natureza do estabelecimento, a atividade desenvolvida, bem como fatores internos que possam legitimamente fazer nascer no consumidor a segurança que normalmente se espera quando da fruição de um serviço.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição Federal de 05 de outubro de 1988. Brasília, DF. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 dez. 2020.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 20 dez. 2020.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 05 jan. 2021.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Institui o Código de Processo Civil**. Brasília, DF. Disponível em: http:/http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869impressao.htm. Acesso em: 20 dez. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015_/lei/l13105.htm Acesso em: 05jan. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.431.606**. Recorrente: Arcos Dourados Comércio de Alimentos LTDA. Recorrido: Renato Martinez da Silva. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, DF, 15 de agosto de 2017. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 13 out. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 840.534**. Agravante: Arcos Dourados Comércio de Alimentos LTDA. Agravados: Jin Wook Lee, Mybuk Kim e NanhuPiao. Relator: Ministro Raul Araújo. Brasília, DF, 17 de março de 2016. Brasília, Diário da Justiça Eletrônico 13 abr. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência em Resp nº 1.431.606.** Embargante: Renato Martinez da Silva. Embargado: Arcos Dourados Comércio de Alimentos LTDA. Brasília, DF, 27 de março de 2019. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 02 maio 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 130**. A empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento. Segunda Seção em 29 de março de 1995. DJ 04.04.1995, p. 8.294. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_9_capSumula130.pdf. Acesso em: 10 dez. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo nº 648**. Disponível em: https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/informjurisdata/issue/view/561. Acesso em: 10 de dez. 2020

FARIA, Matheus Luiz de. GONÇALVES, Fábio Antunes. Nexo Causal: Fortuito Interno e Fortuito Externo. **Revista do Curso de Direito da UNIFOR-MG**, Formiga/MG. v. 10, n.1. p. 97-113, jan/jun 2019.

FRAZÃO, Ana. Risco da empresa e Caso Fortuito Externo. **Civilistica**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 5, p. 1-27, jun. 2016. Disponível em: http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/07/Fraz%C3%A3o-civilistica.coma.5.n.1.2016.pdf. Acesso em: 08 mar. 2021.

GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello. O caso fortuito e a não incidência do dever de indenizar nas relações de consumo. **Reflexões de Magistrados Paulistas nos 25 Anos do Código de Defesa do Consumidor**, São Paulo, p. 237-259, 2015. Disponível em: https://epm.tjsp.jus.br/Publicacoes/ObrasJuridica/30611?pagina=1. Acesso em: 08 mar. 2021.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 6. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

STJ**. Roubo em estacionamento aberto e de livre acesso não gera responsabilidade para o comerciante**. 2019. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Roubo-em-estacionamento-aberto-e-de-livre-acesso-nao-gera-responsabilidade-para-o-comerciante.aspx. Acesso em: 10 dez. 2020.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

_____, Flávio. **Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil** – v. 2. 14. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do consumidor** – 9. ed. ref., rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

EXCLUSÃO DO SOBRENOME PATERNO POR ABANDONO AFETIVO E MATERIAL. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL

Mariana Galvani de Souza [77]
Júlia Schroeder de Negreiros Ribeiro [78]

1 INTRODUÇÃO

O dever de assistência dos pais para com os filhos menores é disciplinado pela Constituição da República Federativa do Brasil no disposto do artigo 229 da referida *Magna Carta*. Diante do descumprimento dessa obrigação instituída constitucionalmente por parte dos pais, a jurisprudência dos Tribunais Superiores vem decidindo pela concessão do pedido de indenização a título de danos morais para o filho, com objetivo de possibilitar a compensação do dano ocasionado por sua ausência. Essa corriqueira situação é denominada pela doutrina de *abandono afetivo.*

[77] Pós-graduanda (lato sensu) em Direito Civil na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – USP. Advogada.
[78] Pós-graduanda (lato sensu) em Direito Civil na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – USP. Advogada.

Perante as transformações da sociedade e das relações interpessoais, as quais vêm se tornando cada vez menos duradouras, tem-se a preocupação de garantir a todos os indivíduos os denominados direitos da personalidade, sobretudo concernente à preservação do direito ao nome, pois este é elemento essencial para que o indivíduo tenha a oportunidade em obter o reconhecimento social de sua identidade.

A personalidade humana é atributo ínsito à identidade pessoal, por essa razão a garantia desse direito afeta o quadro dos direitos morais, visto que integra um elo entre o indivíduo e a sociedade em geral. E, consequentemente a isto, o direito ao nome integra direito de personalidade por excelência, visto que seria o primeiro direito adquirido pela pessoa, imediatamente ao seu nascimento. No referido estudo, abordar-se-á, ante a incidência do abandono afetivo, as questões em que possibilitem a interpretação extensiva da norma, proporcionando ao indivíduo vitimado por esse abandono, subsídios para que possa suprimir o sobrenome daquele que o abandonou.

Diante do abandono afetivo, muitas pessoas vitimadas padecem no decorrer de suas vidas constrangimentos, como no ato de assinar o sobrenome daquele que lhe causou sofrimento e abalo psicológico configurado pelo efetivo abandono.

Deste modo, as jurisprudências passaram aplicar entendimentos extensivos às normas, bem como ao princípio da imutabilidade do nome, posto que somente nos casos previstos em lei é que havia a possibilidade de alterá-lo. Passamos a verificar aquelas possibilidades não previstas em Lei, entretanto, amparadas pelo direito da personalidade, e assim, adentrar-se no problema proposto neste Trabalho, o qual seja demonstrar, com base em análises de julgados, sobretudo a decisão proferida pela 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, objeto da Apelação Cível, processo n.º 1003518-65.2019.8.26.0664, a possibilidade de exclusão do patronímico paterno diante da constatação do abandono afetivo.

Portanto, no referido julgado escolhido, inclusive com recente decisão proferida na data de 18/06/2020, o Tribunal decidiu por reformar a sentença prolatada pelo M.M. Juiz *a quo*, citando precedente do STJ, para autorizar a Autora vitimada a retirar o sobrenome paterno, visto que sua manutenção a trazia constrangimento e sofrimento, afrontando os direitos constitucionais à personalidade e dignidade.

2 ACÓRDÃO PARADIGMA

O presente trabalho acadêmico tem por objeto a análise de Apelação Cível, de no 1003518-65.2019.8.26.0664, advinda da Comarca de Votuporanga – SP, cujo relator fora o i. Desembargador Donegá Morandini, vejamos a Ementa:

> *AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. Pretensão da requerente de exclusão do patronímico paterno de seu nome. Julgamento de improcedência. Irresignação. Acolhida impositiva.* ***Medida fundada em abandono sofrido pela interessada por parte de seu genitor. Incontroversa ruptura do vínculo afetivo. Quadro que gera imenso sofrimento à interessada. Cumprimento da hipótese do artigo 57 da Lei nº 6.015/73. Resguardo aos direitos da personalidade da requerente.*** *Precedentes do C. STJ e desta Câmara. Eventuais prejuízos a terceiros, no mais, não evidenciados. SENTENÇA REFORMADA. APELO PROVIDO. (TJSP; Apelação Cível 1003518-65.2019.8.26.0664; Relator (a): Donegá Morandini; 3ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 18/06/2020; Data de Registro: 18/06/2020).*

Em sessão do julgamento em questão, pela 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo – SP, houve provimento do recurso interposto pela Apelante, filha do Apelado, a qual demandava a retirada do sobrenome paterno, diante de notório abandono afetivo e material.

A autora demandou Ação de Retificação de Registro Cível, e, por todos os meios alegados, a referida ação foi

julgada improcedente pelo juízo *a quo*, com fundamento no resguardo dos direitos da personalidade da autora, hipótese essa que está presente no artigo 57, da Lei nº 6.015, de 1973.

> "Art. 57. A alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa, ressalvada a hipótese do art. 110 desta Lei."

Com fundamento no princípio da imutabilidade do nome, o M.M. Magistrado julgou improcedente o pedido da autora, condenando ainda ao pagamento de custas e despesas processuais, como também, honorários advocatícios.

No tocante à reforma da referida sentença, a Apelante buscou como fundamento a excepcionalidade do caso concreto, diante do abandono afetivo e material do seu genitor durante toda sua vida, utilizando-se da tese em que o princípio da imutabilidade do nome não é absoluto, sendo admitido pelos Tribunais Bandeirantes.

Outro ponto que merece destaque, é o apontamento de que a continuação do sobrenome de seu genitor, traria à parte constrangimentos e afronta aos direitos constitucionais da personalidade e dignidade da pessoa humana.

No acórdão proferido, a turma julgadora entendeu que o princípio da imutabilidade relativa, presente no artigo 57, da Lei nº 6.015, já mencionado no presente trabalho, autoriza a modificação do nome em casos com justa motivação, em decorrência de relevância social ou indevido constrangimento de seu titular. Sendo assim, o entendimento da turma é do reconhecimento do rompimento do vínculo afetivo entre as partes, gerado exclusivamente pelo genitor.

Cabe destacar ainda que os meios de prova utilizado para comprovação da tese utilizada pela Apelante foi justamente o relato do próprio pai que assume de forma expressa o afastamento para com sua filha em decorrência de conflitos pessoais com a mãe da criança.

O relatório psicológico demonstrou um quadro de sofrimento, desconforto e constrangimento pela utilização do patronímico paterno, provas suficientes para demonstração da terrível sequela que é carregar o nome de um pai que nunca teve sequer consideração e apreço para com sua filha.

Por tudo que foi narrado no presente trabalho, e principalmente pela relação que trouxe apenas real sofrimento à autora, o Tribunal de Justiça reverteu a r. sentença proferida em primeiro grau, entendendo pela excepcionalidade do caso.

Desse modo, foi expedida ordem ao cartório competente para retirada do patronímico “X”, e, com a consequente inversão do ônus de sucumbência que havia sido estabelecido pelo juiz de primeiro grau. Ainda pelo voto do Relator, frisa-se que a exclusão do sobrenome do genitor, não gera prejuízos a terceiros, uma vez que a autora não consta como polo passivo em de ações cíveis ou criminais.

3 FUNDAMENTOS TEÓRICOS

Analisando de forma crítica este julgado, resta-se evidente a importância da interpretação extensiva ao texto da lei, ao considerar o lado psicológico da parte Autora que pretendia, de certa forma, desvincular-se de fato de alguém que nunca se demonstrou presente no âmbito afetivo e material.

Sendo assim, além dos fundamentos probatórios já expostos, o respeito ao Direito Constitucional da dignidade da pessoa humana deve prevalecer em face de normativas infraconstitucionais.

Ademais, a importância de destacar tal tipo de decisão judicial, vai além dos fundamentos teóricos que destacados a seguir, indo ao encontro da sensibilidade dos magistrados ao

decidirem de forma extensiva ao quanto determinado em lei, observando- se as peculiaridades do caso concreto.

No estudo deste tema, fica clara a controvérsia de julgados nos tribunais pelo país. Importante destacar a restrição tanto da lei, como da jurisprudência, no sentido de não autorizar a pessoa natural alterar seu nome, sobrenome ou prenome, salvo em alguns casos pontuais e, quando positivo, de forma extremamente burocrática. Ademais, frisa-se que o poder estatal deve criar mecanismos de alteração mais céleres nos casos que realmente há premente necessidade, como no julgado disponibilizado neste trabalho.

A Lei de Registro Público estabelece algumas hipóteses de retificação do registro cível, como por exemplo, quando a pessoa completa a maioridade civil, com limitação de proteção dos apelidos familiares. Esse dispositivo legal abrange bem a decisão do M.M. Juiz de primeiro grau do processo em questão, uma vez que a lei visa proteger sempre o vínculo familiar, representado pelo sobrenome na certidão das pessoas.

3.1 Princípio da Imutabilidade do Nome

Outro ponto a se destacar é a questão do princípio da imutabilidade do nome da pessoa, que, por sua vez não é regra absoluta.

Como definição, o jurista Fausto Carpegeani de Moura Gavião nos ensina que. (GAVIÃO, 2009, p. 9):

> "A imutabilidade do nome civil é um princípio de ordem pública, em razão de que sua definitividade é de interesse de toda a sociedade, constituindo garantia segura e eficaz das relações de direitos e obrigações correlatas."

Ressalta-se a importância deste princípio por sua natureza de ordem pública, e por ser tratar de um assunto com interesse claramente social, visando uma garantia à identidade de todo cidadão, por meio do seu nome e do grupo social a que ele pertence.

Nesse sentido, há entendido formado nos tribunais superiores para não alteração do nome sem demonstração de motivo plausível. O Superior Tribunal de Justiça – STJ, por meio do julgamento de Recurso Especial, reforça esse entendimento. (RECURSO ESPECIAL Nº 1.728.039 - SC (2015/0052232-2):

> *RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. PEDIDO DE ALTERAÇÃO DO PRENOME DE TATIANE PARA TATIANA. ARGUMENTO DE*

QUE A AUTORA É ASSIM RECONHECIDA NA SOCIEDADE, BEM COMO DE QUE HOUVE ERRO NA GRAFIA DO NOME PELO OFICIAL DO CARTÓRIO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL, BEM COMO DE FUNDAMENTO RAZOÁVEL PARA SE AFASTAR O PRINCÍPIO DA IMUTABILIDADE DO PRENOME, PREVISTO NO ART. 58 DA LEI DE REGISTROS PÚBLICOS. MANUTENÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. RECURSO ESPECIAL
DESPROVIDO. 1. Nos termos do que proclama o art. 58 da Lei de Registros Públicos, a regra no ordenamento jurídico é a imutabilidade do prenome. Todavia, sendo o nome civil um direito da personalidade, por se tratar de elemento que designa o indivíduo e o identifica perante a sociedade, revela-se possível, nas hipóteses previstas em lei, bem como em determinados casos admitidos pela jurisprudência, a modificação do prenome. 2. Na hipótese,

analisando-se a causa de pedir da ação de retificação de registro civil, não é possível verificar nenhuma circunstância excepcional apta a justificar a alteração do prenome da recorrente, porquanto não há que se falar em erro de grafia do nome, tampouco é possível reconhecer que o mesmo cause qualquer tipo de constrangimento à autora perante a sociedade. 3. A mera alegação de que a recorrente é conhecida "popularmente" como Tatiana, e não Tatiane, desacompanhada de outros elementos, não é suficiente para afastar o princípio da imutabilidade do prenome, sob pena de se transformar a exceção em regra.
4. Recurso especial desprovido.

Cabe ainda destacar que existem hipóteses que o legislador elencou na Lei de Registro Público, a fim de que a pessoa física possa interpelar pedido de alteração do nome.

3.2 Das hipóteses de alteração do nome

O direito de personalidade está presente em nosso Código Civil, sendo assim, é de suma importância destacar o texto de lei, antes de abordar as hipóteses legais de alteração do nome. (LEI FEDERAL Nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002): *"Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome."*.

Maria Helena Diniz nos ensina da seguinte forma.

> (...) o nome integra a personalidade por ser o sinal exterior pelo qual se designa, se individualiza e se reconhece a pessoa no seio da família e da sociedade: daí ser inalienável, imprescritível e protegido juridicamente. (DINIZ, 2009, p.196):

Dentre as hipóteses de alteração do nome que a legislação de registro público prevê cabe citar: os casos de erro grave evidente, do primeiro ano após a maioridade, nomes que levam a vergonha ou ridículo, e a utilização de forma prolongada de outro nome, daquele que está presente no registro civil. Inclusão de alcunha ou apelido,homonímia, mudança nos casos

de vítimas ou testemunhas que estiver em perigo de vida, ou por mudança de sexo do indivíduo.

Cabe destacar que essas são ações que possuem a intervenção do Ministério Público, que tem por função zelar aos princípios constitucionais da legalidade, segurança jurídica, eficácia jurídica e dignidade da pessoa humana.

Esta previsão consta no artigo 109, da Lei de Registro Público. (LEI FEDERAL Nº. 6.015, 31 de dezembro de 1973):

> *Art. 109. Quem pretender que se restaure, supra ou retifique assentamento no Registro Civil, requererá, em petição fundamentada e instruída com documentos ou com indicação de testemunhas, que o Juiz o ordene, ouvido o órgão do Ministério Público e os interessados, no prazo de cinco dias, que correrá em cartório.*

Importante mencionar a existência de decisões no sentido de desburocratizar tais ações, uma vez que a resolução por via administrativa, diretamente nos Cartório de Registro, desafogaria o judiciário, tornando-se o procedimento menos moroso.

Nesse sentido, como exemplo da recente decisão que o Supremo Tribunal Federal- STF, por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 4.275, onde ficou decidido que as

pessoas transexuais podem alterar por via administrativa seu nome social.

Por fim, em análise jurídica teórica do presente tema, trago julgado do STJ, com decisão semelhante ao processo mencionado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ, REsp 1.304.718/SP, Rel. Min.

Paulo de Tarso Sanseverino, j. 18.12.2014, DJe 05.02/2015:

> *"Nos casos de abandono afetivo do genitor, excluindo-se o sobrenome paterno em casos tais. Como se retira de ementa recente do Superior Tribunal de Justiça, publicada no seu Informativo n. 555, "o direito da pessoa de portar um nome que não lhe remeta às angústias decorrentes do abandono paterno e, especialmente, corresponda à sua realidade familiar, sobrepõe-se ao interesse público de imutabilidade do nome, já excepcionado pela própria Lei de Registros Públicos. Sendo assim, nos moldes preconizados pelo STJ, considerando que o nome é elemento da personalidade, identificador e individualizador da pessoa na sociedade e no âmbito familiar, conclui-se que o abandono pelo genitor caracteriza o justo motivo de o interessado requerer a alteração de seu nome civil, com a respectiva exclusão completa dos sobrenomes paternos. Precedentes citados: REsp 66.643-SP, Quarta Turma,DJ 21.10.1997; e REsp 401.138-MG, Terceira Turma, DJ 26.06.2003" (STJ, REsp 1.304.718/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 18.12.2014,DJe 05.02/2015)."*

Essa recente decisão traz uma modificação também no posicionamento do STJ e STF, que antes tinham uma postura arcaica na qual se restringiam às hipóteses de alteração do nome do cidadão presentes na Lei de Registros Públicos.

Cabe frisar que as mudanças culturais ocorridas na sociedade devem ser acompanhadas tanto pelo judiciário, como pelo legislativo, que necessitam de constantes alterações para as demandas sociais.

4 PESQUISA EMPÍRICA

4.1 Decisões Favoráveis

Como base empírica para desenvolvimento do presente trabalho cita-se a análise alguns julgados dos Tribunais superiores, bem como dos Tribunais de Justiça dos Estados. Por todo exposto, nota-se a controvérsia de decisões e o vasto entendimento de um tema bastante polêmico**.**

De toda forma é de suma importância o debate aprofundado sobre o tema, que proporciona algumas reflexões do papel fundamental que os genitores possuem, e principalmente a importância que o nome desempenha na formação e consolidação da personalidade humana.

Nesse sentido, como fundamento teórico dessa pesquisa restaram-se demonstrados julgados recentes, tanto a favor, como com posição contrária à alteração do patronímico paterno. De toda forma, é importante ressaltar que para há necessidade expressa da devida comprovação do caráter excepcional ou justo motivo da alteração.

Além das recentes decisões favoráveis a alteração do sobrenome paterno, pelo Tribunal de Justiça do estado de São Paulo – SP, pelo STF e STJ, destaca-se que alguns estados têm o mesmo posicionamento de tais entendimentos, com base na sobreposição do princípio da dignidade da pessoa humana nos casos de abandono afetivo e material. Vejamos:

a) Tribunal de Justiça de Minas Gerais

O Tribunal de Justiça do estado de Minas Gerais em recente decisão, por meio do julgado de Apelação Cível, proferiu decisão favorável ao pedido de exclusão do patronímico paterno. Tal decisão teve como relator o Desembargador. Alberto Vilas Boas e obteve decisão unânime do pleito:

> *CIVIL. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. EXCLUSÃO DO PATRONÍMICO PATERNO. ART. 57, DA LEI DE REGISTROS PÚBLICOS.*

> *PRINCÍPIO DA IMUTABILIDADE DO NOME. POSSIBILIDADE DE RELATIVAÇÃO EM PRESTÍGIO à DIGNIDADE HUMANA. ABANDONO AFETIVO DO PAI NA INFÂNCIA. EXCEPCIONALIDADE E JUSTO MOTIVO CONFIGURADOS. PEDIDO PROCEDENTE.O artigo 57 da Lei de Registros Públicos preconiza o princípio da imutabilidade relativa do nome e autoriza a modificação do registro civil apenas em casos excepcionais e devidamente justificados – Hipótese na qual, comprovado o abandono afetivo perpetrado pelo pai desde a infância do autor, suas conseqüências danosas em seu desenvolvimento psíquico e afetivo, não é legítimo obrigar que a parte carregue ao longo da vida um patronímico que lhe traz lembranças e constrangimento de natureza negativa. (Tribunal de Justiça de Minas Gerais TJ-MG – Apelação Cível: AC 5001487-56.2019.8.13.0699 MG. Outubro- 2020)*

Ou seja, destaca-se que a decisão se fundou na relatividade do princípio da imutabilidade do nome, encontrando, assim, justo motivo e excepcionalidade ao caso. Autorizando, por fim, a modificação do registro civil.

b) Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul

Com o mesmo entendimento foi proferida decisão e utilizando os precedentes dispostos pelo STJ e STF, a 2ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do estado de Mato Grosso do Sul - MS julgou procedente o pedido do autor.

Essa decisão foi concedida por maioria de votos e teve como relator o Desembargador Vilson Bertelli, vejamos:

> *APELAÇÃO CÍVEL – ALTERAÇÃO DO ASSENTAMENTO DE NASCIMENTO NO REGISTRO CIVEL – EXCLUSÃO DO PATRONÍMICO PATERNO – ABANDONO AFETIVO – SITUAÇÃO QUE CONFIGURA JUSTO MOTIVO – POSSIBILIDADE. Em que pese a imutabilidade conferida aos nomes pela Lei dos Registro Públicos, excepcionalmente com justo motivo, há possibilidade de exclusão de apelido de família por meio de decisão judicial. O abandono afetivo e material configura justo motivo a permitir a exclusão do sobrenome de genitor respeitando-se, assim, a unidade familiar concreta e a dignidade da pessoa, que não pode ser constrangida a carregar patronímico gerador de angústias. Precedentes do STJ e do STF. Recurso conhecido e provido. (Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul TJ-MS – Apelação Cível. AC 0809214-05.2019.8.12.0002 MS 0809214-05.2019.8.12.0002).*

Ou seja, destaca-se mais uma decisão a qual a excepcionalidade do caso fora levada em consideração, ainda que de encontro com o quanto preceituado na Lei de Registros Públicos. Assim, frisa-se a importância da interpretação da Lei ante excepcionalidade de cada caso.

c) Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal foi além da simples alteração do patronímico paterno. Em sentença

prolatada pela magistrada Doutora Geilza Fátima Cavalcanti Diniz, fora decidido o que segue:

> *"como a falta de atenção e cuidado, que implica na ausência de proteção, tem presumidamente o condão de ensejar danos em detrimento da esfera jurídico- moral do cidadão, o que se traduz pela configuração do dano moral subjetivo. Trata-se de dano que atinge a psique humana, provocando desconforto psicológico, sentimentos de ansiedade, frustração, profunda tristeza, baixa auto-estima, dentre outros" (Processo: 2013.01.1.136720-0, TERCEIRA VARA CÍVEL DE BRASÍLIA)*

Ou seja, a recente decisão reconheceu o direito à indenização ao filho em um caso no qual restou-se nítido o reconhecimento do abandono afetivo-parental. Com entendimento da 2ª Turma Cível do TJDFT, foi mantida sentença da 3ª Vara Cível de Brasília, condenando o genitor ao pagamento de R$ 50.000, a título de indenização.

4.2 Decisões Contrárias

No entanto, importante destacar entendimentos contrários proferidos por alguns Tribunais que ainda mantêm seu histórico de adotar a preservação da postura tradicionalista, respeitando o poder familiar e a preservação da identidade paterna através do nome.

a) Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, reconhecidamente em todo sistema judiciário nacional por uma bandeira estritamente paternalista, decidiu em recente julgamento, na 8ª Câmara Cível, o indeferimento do pedido do autor, alegando a falta probatória de justo motivo e do caráter excepcional para com o caso.

> *APELAÇÃO CÍVEL. REGISTRO CIVIL. EXCLUSAÕ DO SOBRENOME PATERNO. IMPOSSIBILIDADE NO CASO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO. O nome é formado por prenome e sobrenome, se caracterizando como um direito subjetivo, expressão da personalidade. Argumentos trazidos pela apelante, especialmente que seu pai é apenas registral e não biológico, sem qualquer prova para embasar sua alegações, que não se enquadram nas exceções legais para alteração do nome devendo ser motivada, passar pela devida análise judicial e observar a ausência de prejuízo a terceiros. Apelação desprovida.*

O referido recurso foi julgado desprovido por unanimidade. (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul TJ-RS – Apelação Cível: AC 0332005-31.2019.8.21.7000 RS).

b) Tribunal de Justiça de Goiás

Nesse mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do estado de Goiás se posicionou, por meio de julgamento de Apelação Cível, pela 5ª Turma Cível do TJGO. O relator da decisão recursal foi o Desembargador GUILHERME GUTEMBERG ISAC PINTO, obtendo unanimidade no indeferimento do pedido da autora. (Tribunal de Justiça de Goiás TJ GO – Apelação Cível 0250738-38.2014.8.09.0051):

> *"APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. EXCLUSÃO DE PATRONÍMICO PATERNO. SALVAGUARDA DO INTERESSE PÚBLICO. MODIFICAÇÃO DO REGISTRO CIVIL. PRINCÍPIO DA IMUTABILIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO. Em nosso sistema jurídico vige o princípio da imutabilidade dos registros civis como forma de salvaguardar o interesse público na identificação da pessoa na sociedade, assim como a sua procedência familiar. Não havendo comprovação de caráter excepcional ou justo motivo, não há possibilidade de retificar registro civil. Ainda que louvável o pedido de alteração do registro civil (exclusão de patronímico paterno e inclusão de patronímico do padrasto) fundamentado no simples intento de homenagear seu padrasto, não configura, por si só. Como causa de exceção ao princípio da imutabilidade do registro civil. APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA E DESPROVIDA.*

Diante de todo exposto, é possível concluir que não há uniformidade nas decisões acerca do tema em questão, e que para

cada caso os magistrados utilizam-se de vertentes diversas. Os julgados, em sua maioria, pautaram-se na necessidade da devida comprovação do caráter excepcional e ou justo motivo para alteração do patronímico paterno.

5 CONCLUSÃO

O direito da personalidade é intrínseco ao indivíduo, sendo inerente à formação do ser humano, e está profundamente unido à pessoa que o titulariza, de maneira permanente e perpétua. Tem como sustentáculo o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o qual é considerado o macroprincípio da Constituição Federal de 1988, posto que mediante este princípio emanam todos aqueles outros direitos e garantias fundamentais ao indivíduo.

Destarte, o direito ao nome é, na verdade, a total manifestação da personalidade de cada pessoa, não sendo, portanto, apenas um mero instrumento de individualização do ser humano na sociedade. Diante desta manifestação de individualização da pessoa, o nome familiar é instrumento que remete o indivíduo ao seio de um determinado grupo familiar o

qual ele pertence, devendo ser motivo de orgulho e satisfações, e não ser de angustias e constrangimentos pessoais.

Considerando que o direito de personalidade é direito conato ao indivíduo, ou seja, é um direito obtido após seu nascimento, verifica-se, portanto, a importância do nome para formar a personalidade da pessoa e a necessidade de tutela jurídica do Estado quanto a este direito.

A instituição familiar, conforme depreende-se da Constituição Federal de 1988, é encarada como rígido alicerce das organizações sociais, bem como, é garantidora da dignidade do indivíduo e da formação e desenvolvimento da personalidade de cada pessoa humana que nela é criado.

Sendo assim, é nesta instituição que o filho recebe estímulos, desde criança, moldando seu desenvolvimento sócio-psico-cultural, além de formar seu caráter, já que o amparo familiar, acrescido de carinho, presença e amor, permite que sejam moldadas as características da personalidade da criança, permanecendo, assim, até sua fase adulta.

Da mesma forma que este amparo positivo molda a personalidade do indivíduo desde a infância, a ausência deste ocasiona dor, rejeição e acúmulo de angústias, interferindo diretamente na sua formação, acarretando sequelas irreparáveis

à pessoa humana. E, cumpre-se salientar, que não importa como se compõe esta família, mas sim se nela está presente o afeto fundamentalmente necessário para que cresçam com dignidade, formando, portanto, sua personalidade.

Diante da situação analisada neste trabalho, percebe-se o papel fundamental dos juízes na interpretação extensiva das Leis, utilizando elementos constitutivos dos princípios gerais de direito, com objetivo de bem-estar social do indivíduo, de forma a amparar o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, portanto, respeitando os direitos da personalidade, no caso exposto, o direito ao nome.

Mediante as análises realizadas nas jurisprudências relacionadas neste trabalho, identificamos que ainda existe uma certa resistência em admitir a possibilidade de supressão do sobrenome paterno nos casos de abandono afetivo pelo Ministério Público, visto que há um temor de multiplicação de demandas visando à alteração do sobrenome.

Do outro lado, é possível verificar que o Poder Judiciário busca aproximação do direito expresso à realidade, possibilitando o efetivo exercício do direito da personalidade pelos demandantes ao autorizar a supressão do sobrenome que lhes causavam angústias, dores e constrangimentos.

Além disso, importante destacar que as alterações no âmbito do registro civil não ocasionarão quaisquer prejuízos a terceiros, sendo, simplesmente, modificações com objetivo de possibilitar benefícios psicológicos e morais aos demandantes.

Por fim, uma vez que diante da observação de que o princípio da imutabilidade do nome não é absoluto, conclui-se pela importância das decisões que tendem a examinar os fatos respeitando o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito ao nome, o que amplia a possibilidade da exclusão do sobrenome paterno por abandono afetivo.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm. Acesso em: 30 jan. 2021

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: *Teoria Geral de Direito Civil***. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DINIZ, Juíza Geilza Fátima Cavalcante. **(Processo: 2013.01.1.136720-0, TERCEIRA VARA CÍVEL DE BRASÍLIA).** Disponível em: http://cache.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgi1?NXTPGM=tjhtml105&SELECAO=1&ORIGEM=INTRA&CIRCUN=1&CDNUPROC=20130111367200. Acesso em: 31 jan 2021.

GAVIÃO, Fausto Carpegeani de Moura. **Do Princípio da Imutabilidade do Nome**. Disponível em: http://www.lfg.com.br. Acesso em: 30 jan. 2021.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. **RECURSO ESPECIAL Nº 1.728.039** - SC (2015/0052232-2). Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1723820&num_registro=201500522322&data=20180619&formato=PDF. Acesso: 30 jan. 2021.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.304.718/SP**, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 18.12.2014,DJe 05.02/2015). Disponível em: http://tmp.mpce.mp.br/orgaos/CAOCC/dirFamila/jurisprudencia/Decisao.STJ.Registro.Civil.Nome.inf.Marco.pdf. Acesso em: 31. jan, 2021.

TJ MG. Tribunal de Justiça Minas Gerais. Apelação Cível: **AC 5001487- 56.2019.8.13.0699 MG.** Disponível em: https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/944829081/apelacao-civel-ac-10000200403673001- mg. Acesso em: 31 jan 2021.

TJ MS. Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul TJ-MS – Apelação Cível **AC 0809214- 05.2019.8.12.0002 MS0809214-05.2019.8.12.0002**). Disponível: https://tjms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/770264563/apelacao-civel-ac80921405201981200 02-ms-08092140520198120002. Acesso em: 31. jan 2021.

TJ RS. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul TJ-RS – Apelação Cível: **AC 0332005- 31.2019.8.21.7000/RS**. Disponível em: https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/929180336/apelacao-civel-ac-70083600965-rs. Acesso: 31. jan 2021.

TJ GO. Tribunal de Justiça de Goiás TJ GO – **Apelação Cível 0250738- 38.2014.8.09.0051.** Disponível em: https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/932354856/apelacao-cpc-250738382014809051. Acesso em: 31. jan 2021.

INQUIRIÇÃO SOBRE A VENDA CASADA DE ALIMENTOS EM ESTABELECIMENTOS CINEMATOGRÁFICOS: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Leticia Isabór da Silva[79]

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo busca demonstrar que práticas corriqueiras que deparamos todos os dias, e nem sempre percebemos que podem se tratar de práticas abusivas. Em muitos casos há lesão, e os direitos estão sendo cerceados.

O acórdão paradigma utilizado foi o julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n.º 1.331.948-SP. A finalidade desse artigo é, demonstrar que a prática de limitar a entrada em estabelecimentos cinematográficos, apenas com a alimentação adquirida no estabelecimento, permeou durante muitos anos no Brasil, tempo o bastante para tornar algo comum

[79] Advogada. Graduada em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP. Pós-graduando em Direito Civil pela Universidade de São Paulo – USP. Pós-graduando em Direito Previdenciário pela Faculdade Legale. Pós-graduando em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade Legale.

e normal, inclusive difícil de visualizar de primeiro momento a restrição do direito de escolha.

Hoje convivemos com diversas práticas de abusividade, venda casada que também são tidas como normais.

A venda casada é um instituto antigo no nosso Código do Consumo, mas encontramos dificuldades em visualizar de fato a sua aplicação. Tal fato traz como consequência, cerceamentos de direitos.

Portanto, o presente acordão foi escolhido com fim específico de demonstrar que, há sim dificuldades em visualizar restrições de direitos, e em muitos casos, semelhantes ao do acordão paradigma deve ser aplicados. Como método de pesquisa utilizou a análise de acórdão.

O presente artigo não possui o objetivo de esgotar o tema.

2 ACÓRDÃO PARADIGMA

O acórdão paradigma foi julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 14 de junho de 2016. Trata-se do Recurso Especial nº 1.331.948-SP, que dentre outros temas, decidiu sobre a venda casada de alimentos em estabelecimentos cinematográficos. Liberdade de escolha e direitos individuais homogêneos.

Refere-se a recurso especial interposto pela EMPRESA CENTERPLEX DE CINEMAS LTDA., com base na alínea "a" do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

O ponto inicial foi a Ação Civil Pública, proposta pelo Ministério Público, contra a empresa Centerplex de Cinemas Ltda., na 4ª Vara da Comarca de Mogi das Cruzes, com pedido de reconhecer a defesa de interesses individuais homogêneos, modalidade de interesses difusos e coletivos - Artigo 81, parágrafo único e 82, I do Código de Defesa do Consumidor e artigos 127 e 129, ambos da Constituição Federal. Por fim, a Ação foi julgada procedente com efeito erga omnes, com fulcro nos termos do art. 103, I, do Código de Defesa do Consumidor. Na sentença, o juiz julgou: a) abster-se de impedir a entrada em todas as suas salas de exibição, situadas na Comarca de Mogi das Cruzes e em outras comarcas, de consumidores que adquiram, em outros locais, produtos iguais ou similares aos vendidos nas lanchonetes da ré, independentemente da embalagem ou marca, sob pena de pagamento de uma multa de R$ 30.000,00 (trinta mil reais) por caso ocorrido após o trânsito em julgado da sentença, a ser revertida, quando de seu efetivo pagamento, ao fundo criado pelo artigo 13 da Lei nº 7.347/1985, e b) abster-se de afixar aviso

que iniba o ingresso dos consumidores com produtos iguais ou similares aos vendidos na lanchonete da ré, adquiridos em outros estabelecimentos, sob pena de pagamento de uma multa diária de R$ 30.000,00 (trinta mil reais), a ser revertida, atualizada monetariamente quando de seu efetivo pagamento, ao fundo criado pelo artigo 13 da Lei nº 7.347/1985.

A empresa CENTERPLEX DE CINEMAS LTDA, apelou e o relator julgou nos mesmos termos da sentença.

Frente a essa decisão opôs embargos de declaração em que formulou pedidos referentes à inépcia da inicial, à ausência de interesse de agir, questionamento acerca do alcance da decisão e da impossibilidade da manutenção da multa no patamar fixado, sobre a qual não houve pronunciamento na sentença e no acórdão. Os embargos de declaração opostos foram rejeitados.

No recurso especial, a recorrente aponta violação dos artigos 535, inciso II, do Código de Processo Civil de 1973 e 39, I, e 6º do Código de Defesa do Consumidor, afirmando que "inexiste venda casada, pois o consumidor não é obrigado a comprar alimentos na bomboniere da empresa para assistir a exibição dos filmes em cartaz", e que a aplicação do art. 39, I, "somente teria cabimento caso a recorrente impusesse venda de um ingresso, se e somente se fosse adquirido produtos em sua

bomboniere, o que de fato não ocorre em nenhuma das salas de cinema da recorrente".

Alega também que o alcance da decisão e aos limites da jurisdição, aduz que o Juízo de direito da 4ª Vara Cível da Comarca de Mogi das Cruzes/SP equivocou-se ao estender a condenação de não fazer a todas as suas salas de exibição situadas naquela e em outras comarcas, o que teria violado o teor dos arts. 16 da Lei nº 7.347/1985 e 472 do CPC/1973.

Por fim, aponta a abusividade da multa aplicada, que teria sido arbitrada sem a descrição das circunstâncias fáticas que influenciaram a sua quantificação.

Nada obstante tenha sido veiculado um pleito de redução da multa cominatória imposta na sentença, não foi apontado, nas respectivas razões recursais, dispositivo algum de tratado ou de lei federal ao qual o v. acórdão recorrido tenha negado vigência, contrariado ou dado interpretação divergente da atribuída por outro tribunal, devendo incidir analogicamente no caso a Súmula 284, do STF. Precedentes do STJ.

Em razão do disposto nos arts. 6º, II, e 39, I, ambos do CDC, constitui venda casada o fato de a empresa que exibe filmes cinematográficos veicular proibição de que os consumidores ingressem em suas salas de exibição com produtos alimentícios

que não os fornecidos à venda em lanchonete ou congênere existente nas próprias dependências do cinema.

3 DA VENDA CASADA

Os princípios que regem a relação de consumo, o princípio de vulnerabilidade e o princípio da isonomia, encontra-se nos artigos 4º, inc. III e 51, IV do CDC, com fim de garantir a igualdade entre direitos e deveres. (RIOS, p. 11, 2020).

A previsão de nulidade de cláusulas abusivas, em consonância com outras normas protetivas, é utilizada a fim de educar o fornecedor, e prover instrumentos para que prossiga a igualdade e harmonia. (RIOS, p. 11, 2020).

O códex, prevê em seu art. 39 uma série de situações explicativas de práticas abusivas dentre elas a venda casada. (RIOS, p. 11, 2020).

A venda “casada” está estipulada no Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) que prevê uma ampla série de comportamentos abusivos, podendo ser contratuais ou não contratuais. São condutas vedadas por este diploma legal, por violarem princípios gerais da relação de consumo, como a boa-fé e harmonia, nos termos do artigo 4º caput e inciso III, dada a situação de inferioridade econômica ou técnica do consumidor

perante o fornecedor. De forma que independe da ocorrência de dano efetivo para o consumidor (CAVALIERI FILHO, 2014).

O art. 39 I, do Código de Defesa do Consumidor Brasileiro: É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: I - condicionar o fornecimento de produto ou serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos (RINALDI e TREVISAN, 2012).

Conhecida como venda casada, no qual o fornecedor restringe o direito do consumidor, impondo a este a condição de que a venda ou a prestação de um serviço só será possível com a aquisição de outro bem ou outro serviço. Em outras palavras, o fornecimento de um produto principal está atrelado a aquisição de um produto vinculado. Outro caso é o comerciante obriga o adquirente a limitação quantitativa de produtos sem que haja justa causa para tanto. Esta prática resulta na redução das possibilidades de escolha por parte do consumidor, deparando-se com uma coerção imposta pelo fornecedor, e lamentavelmente o adquirente acaba aceitando um produto não desejado para poder obter o que de fato era desejado, trazendo à relação de consumo a inexistência de alternativa economicamente viável para o consumidor (RINALDI e TREVISAN, 2012).

O STF já decidiu que: A figura típica descrita no art.5º, II, da Lei 8.137/90, é crime de mera conduta, que não depende da concretização da venda ou da prestação do serviço para a sua consumação, bastando, para tanto, que o agente subordine ou sujeite a venda ou prestação de serviço a uma condição. (STJ, RHC 12.378, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª. T., p. 24/06/02) ((MENDES, MORONG e SIQUEIRA, 2017).

Todavia, existe também venda casada legal, apesar da proibição existe algumas exceções o Ministro Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin, diz que a venda casada no Brasil pode ser possível, excepcionalmente, em casos em que o consumidor, tem o direito, se desejar, de recusar a aquisição dos produtos em conjunto, contanto que ele pague o preço normal do produto ou serviço individual, sem descontos (RINALDI e TREVISAN, 2012).

Por ser impossível criar um rol taxativo das práticas consideradas abusivas, tendo em vista que leva em consideração costumes e conceitos éticos e morais de cada local que é realizado. O legislador e o Juiz, taxam a venda casada como enganosa ou invés de abusividade.

Práticas abusivas, condições de negociação irregulares nas consumeristas, que ferem a boa-fé, a ordem econômica e os bons costumes.

A conceituação encontra-se na resolução do Conselho da Comunidade Econômica Europeia – CEE, da década de 80, uma política de proteção e informação dos consumidores, que abarcou direitos abusivos comissivos e omissivos (CASTRO, 2019).

4 INTERFERÊNCIA DO ESTADO NA LIVRE INICIATIVA

Segundo uma análise do professor Marcos Catalan, em um caso em que o Cinemark, alegou que o fato do Estado decidir sobre a venda casada, estaria interferindo diretamente na livre iniciativa (CATALAN, 2007).

O STF, decidiu que o princípio da não-intervenção do Estado na ordem econômica deve obedecer aos princípios do direito do consumidor e da liberdade de escolha. Todavia, afirmaram que constitui venda casada o condicionamento de cinemas com alimentos adquiridos nos estabelecimentos. Mas, não constitui venda casada, bares que condicional a permanecia em seus estabelecimentos, mediante compra de produtos, já que essa é a essência da atividade comercial (CATALAN, 2020).

5 MEIOS ADMINISTRATIVOS PARA PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

A secretaria Nacional de Defesa do Consumidor (SENACON), com origem no Decreto Federal n.º 7.738/2012, possui responsabilidade de planejar, organizar e executar a Política Nacional de Proteção e Defesa do Consumidor, com atribuições estipuladas no artigo 106 do Código de Defesa do Consumidor.

Tamanha a sua importância que no quadro internacional, representa os interesses consumeristas perante o mercado Comum do Sul (MERCOSUL) e a Organização dos Estados Americanos (OEA), dentre outros. É o órgão orientador a respeito das matérias de questionamentos a respeito do direito do consumidor, em especial no tratamento de questões de repercussão nacional.

A secretaria Nacional, conta com o apoio e a atuação dos Procon's em todo Brasil. O Procon é um órgão do Poder Executivo, cuja finalidade é receber reclamações dos consumidores, intermediando uma solução junto aos fornecedores. Trata-se de um órgão investigativo do poder de polícia do Estado, legitimo para a apuração do ilícito consumerista por meio dos tramites do processo administrativo.

O Decreto Federal 2.181, de 1997, regulamenta os procedimentos do processo administrativo a serem seguidos na apuração do ilícito consumerista, ditando ainda, os procedimentos para a coibição dos abusos do mercado de consumo, com aplicação de penalidades ao fornecedor que não cumprir a lei. As penalidades podem ser desde a aplicação de multa até a cassação de licença de funcionamento (CATALAN, 2020).

A finalidade do Procon, é proteger o consumidor de condutas lesivas do fornecedor com a respectiva aplicação de penalidades. O STJ, entende que o Procon, tem legitimidade para aplicação de penalidade, em razão do poder de polícia, seja por reclamação individual ou reclamação de interesses difusos e coletivos (CATALAN, 2020).

6 DA APLICAÇÃO DO CASO DE MOGI DAS CRUZES DE FORMA ANÁLOGA

O direito do consumidor prevê a vulnerabilidade do consumidor, dessa forma justifica a desconsideração da dicotomia relação contratual ou extracontratual. Há diversos consumidores, havendo vulnerabilidade, o art. 29, incide sobre

todas as situações o Código de Defesa do Consumidor (CATALAN, 2009).

A liberdade de escolha, estabelecida com intuito de evitar a concorrência desleal, ilegal e abusiva que ocorre nas relações de consumo. Esse direito pressupõe a liberdade de escolha pelo consumidor, impõe-se a existência de livre concorrência, livre de abuso do poder econômico, buscando a livre concorrência e o combate à concorrência desleal e abusiva (NETO, 2008).

Segundo Rizzato Nunes, a liberdade de escolha tem supedâneo no princípio da liberdade de ação e escolha da Constituição Federal, art. 1º, inciso III, 3º, inciso I, 5º, caput, possui também uma relação indireta com o princípio da vulnerabilidade, previsto no art. 4º, do Código de Defesa do consumido. Posto que o "consumidor só pode optar por aquilo que existe e foi oferecido no mercado. Esta oferta foi decidida unilateralmente pelo fornecedor no mercado, visando interesses empresariais, que são, por evidência, os da obtenção de lucro" (NUNES, p. 175, 1997).

Sendo assim, impedir o acesso do consumidor as salas de exibição com produtos adquiridos em outros estabelecimentos comerciais, que não adquiridos na sua própria lanchonete, caracteriza a violação do art. 6º, inciso II e art. 39, inciso I, do

Código de Defesa do Consumidor, com cerceamento ao direito de liberdade de escolha.

É válida a aplicação do caso de Mogi das cruzes, para outros estabelecimentos análogos, como casas de shows, teatro etc.

O recurso especial n.º 1.331.948, reconheceu o efeito *erma omnes*, com fundamento no art. 16 da Lei 7.347/1985, aplicando para todo o território nacional a decisão do presente acórdão, com fundamento de se trata-se de direitos transindividuais, indivisíveis, direitos difusos e coletivos.

Resta claro, aplicação para os estabelecimentos cinematográficos, e será que há possibilidade de estender tal entendimento para as casas de shows, que não permitem a entrada com bebidas adquiridas fora do estabelecimento.

O Ministério Publico adentrou com Ação Civil Pública, contra Time For Fun – T4F Entretenimento S/A, serviços prestados pela casa de espetáculos Credicard Hall, com objetivo que a mesma assumisse a obrigação de não fazer em se abster de impedir a entrada e o consumo, pelos espectadores, de alimentos, bebidas ou qualquer outro produto alimentício que não tenha sido adquirido no interior da casa de shows (SILVEIRA, 2021).

A discussão permeou sobre diversos pontos, mas o interesse foi além da restrição do direito de liberdade de escolha, estipulado

no art. 6, II, do CDC, questionou a abusividade no valor dos alimentos fornecidos dentro do espetáculo, que em sua maioria eram bem superiores aos praticados no mercado.

Segundo a tabela de preços disponibilizada na ação, é perceptível a abusividade sejamos:

Os preços dos produtos foram cotados na época no Pão de Açúcar.

Produtos	Preços praticados no mercado	Preços praticados pelo estabelecimento	Percentual correspondente superior
Pastilha Tic Tac	R$1,38	R$3,00	117%
Confeito Mentos	R$1,66	R$3,00	80%
Drops Halls	R$1,27	R$3,00	136%
Confeito Chocolate MM's	R$2,73	R$5,00	83%
Chocolate TWIX	R$1,98	R$5,00	152%
Refrigerante-lata (350 ml)	R$1,59	R$5,00	214%
Agua Mineral-310 ml	R$1,59	R$4,00	151%
Suco- lata 350 ml	R$2,49	R$6,00	144%

Fonte: Retirado da Ação Civil Pública. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/noticias/publicacao_noticias/2012/junho_2012/inicial%20ACP%20Time%20For%20Fun.pdf.

A vantagem excessiva, esta discriminada no art. 51, §1º, do Código de Defesa do Consumidor, consiste na ofensa de restringir direitos fundamentais inerentes à relação jurídica com o consumidor, ameaçando o equilíbrio contratual, mostrando excessivamente oneroso para o consumidor.

Nelson Nery Junior: "onerosidade excessiva pode propiciar o enriquecimento sem causa, razão pela qual ofende o princípio da equivalência contratual, princípio esse instituído como base das relações jurídicas de consumo (art. 4º, n.º III, e art. 6º, n.ºII, CDC). (GRINOVER, p. 600, 2011).

O acórdão paradigma de Mogi das Cruzes, serviu de caso análogo para contenção de diversos abuso, que a muito vinham ocorrendo, a tabela mostra claramente o abuso da casa de shows, que não permitia a entrada com alimentos adquiridos fora do estabelecimento, e submete o consumidor a adquirir produtos com valor totalmente abusivos.

De acordo com o art. 39, do CDC, é vedado ao fornecedor de produtos condicionar o fornecimento de produtos ou serviços ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa a limites quantitativos.

Nas casas de shows, o consumidor está condicionado a entrar sem portar bebidas e devendo comprar dentro do

estabelecimento. Percebe-se que há uma limitação no direito de escolha dos consumidores que, por vezes, estão condicionados a adquirir marcas que nem sempre os agradam.

O exercício financeiro das casas de shows, tem como base a venda dos ingressos, condicionar a entrada portando qualquer produto caracteriza sim venda casada.

De acordo com o art. 6°, II, do CDC, discorre sobre a liberdade de escolha, condicionar a entrada em estabelecimentos portando apenas produtos adquiridos nos estabelecimentos, não seria um cerceamento à liberdade de escolha.

Segundo a Cláudia Lima Marques, ao consumidor deve ser dado o poder de escolher livremente o produto ou o serviço que bem quiser, independentemente da aquisição concomitante de outros produtos e serviços oferecidos no mercado e por ele não desejado (MARQUES et al, 2013).

Conclui-se que o resp. nº. 1.331.948, vem sendo aplicado como acórdão paradigma em muitos casos, de forma que evita o cerceamento de direitos e abusividade diariamente praticado no mercado.

7 CONCLUSÃO

A venda casada, infelizmente vem ocorrendo em nossa sociedade, em muitos casos idênticos conseguimos visualizar um e não outro. Mesmo com a definição do que é a venda casada e o que ela representa, no caso concreto não conseguimos identificar.

O código do consumidor, prevê que o consumidor possui um lugar de fragilidade, buscando de todos os modos, resguardá-lo, frente ao seu desconhecimento de determinadas situações.

Como foi colocado no presente trabalho, o caso das casas de shows que condicionam a entrada portador apenas bebidas e comidas adquiridas dentro do estabelecimento.

O Resp. n.º 1.331.948-SP, representa uma grande conquista para o direito de livre escolha do consumidor.

O acórdão paradigma está perfeitamente em consonância com o que é previsto tanto na Constituição Federal quanto no Código do Consumidor.

Portanto, há venda casada quando é condicionado a entrada em estabelecimentos portadores apenas produtos alimentos adquiridos no estabelecimento, desde que esse condicionamento não seja atividade do estabelecimento, como por exemplo os bares. Servindo o acórdão de paradigma para casos análogos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, J. B. **Manual de direito do consumidor**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

Ana. E.F.R; Ana. F. T. **A Prática Abusiva da Venda Casada Frente o Ordenamento Jurídico Pátrio.** ETIC-Encontro de Iniciação Científica. V.8, n.8.2012. Pg.10

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2017. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 8. ed. São Paulo: Manoele, 2016.

CASTRO. J. A. **Garantia Contratual Para Veículos Novos: Perspectiva do Direito do Consumidor.** Disponível em:http://dspace.sti.ufcg.edu.br:8080/jspui/bitstream/riufcg/11383/1/JO%c3%83O%20CL%c3%81UDIO%20DE%20ARAUJO%20CASTRO%20-%20TCC%20Direito%202019.pdf.2019.

CATALAN. M. C. **Venda Casada Indireta.** Disponível em: http://mjcatalan.blogspot.com/2007/03/venda-casada-indireta.html. Acesso em 27 de fevereiro de 2021.

CATALAN. M. J. C. Pablo. M.C.F. **A pessoa jurídica consumidora duas décadas depois do advento do Código De Defesa Do Consumidor.** Disponível em: http://marioluizdelgado.com/images/artigosrecomendados/a_pessoa_juridica_consumidora_duas_dcadas_depois_verso_publicada.pdf.

CAVALIERI FILHO, S. **Programa de Direito do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014. MIRANDA, P. L. A evolução do

cinema. Jun. 2014. Disponível em: http://www.cantodosclassicos.com/evolucao-do-cinema/. Acesso em: 05 mai. 2017.

GRINOVER, A. P. Benjamin, A. H. V. et at. **Codigo de Defesa do Consumidor Comentado.**Vol I. 10ª ed. Ver. Atual. Reform. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.600.

MARCELA. D.R. A.S; Sergio. M. M. **Venda Casada e a Pipoca no Cinema: Controversia Juridica**. Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE. Colloquium Socialis, Presidente Prudente, v. 01, n. Especial 2, Jul/Dez, 2017, p.491-496. DOI: 10.5747/cs.2017.v01.nesp2.s0181.

MARQUES, C.L; V.A.H; et at. C**omentarios ao Código de Defesa do Consumidor.** 4ª Edição. Revista dos Tribunais.

MARQUES. C.A. **A sanção no âmbito do direito consumerista: há ressocialização do fornecedor no mercado de consumo**. Editora Dialética. 2020.

NUNES, R. **Curso de Direito do Consumidor**. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 175. SHIMURA. Serio Seiji. Arresto cautelar. RT. 2ª edição, 1997.

RIOS. T. M. B. **A proteção e defesa do consumidor face à pratica de venda casada por instituições bancárias a partir das decisões dos tribunais pátrios.** Pag. 11.2020 Disponivel em:http://repositorio.unifametro.edu.br/bitstream/123456789/239/1/TARCILA%20MARIA%20BARBOSA%20MARTINS%20RIOS_TCC.pdf.

SILVEIRA. C. M. M. **Ação Civil Publica**. Disponivel em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/noticias/publicacao_noticias/2012/junho_2012/inicial%20ACP%20Time%20For%20Fun.pdf. Acesso em 28 de fevereiro de 2021.

TARTURCE, F.; NEVES, D. A. A. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2017.

O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Bárbara Medeiros Gomes da Silva[80]

1 INTRODUÇÃO

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) vem se manifestando há alguns anos acerca da teoria do direito ao esquecimento em seus julgados, ora o reconhecendo e ora o rechaçando. No presente trabalho, foram selecionados quatro acórdãos cíveis para análise, os quais refletem a jurisprudência do STJ, dois deles favoráveis à tese e dois contrários.

A escolha se deu, por meio de busca na pesquisa de jurisprudência do *site* do STJ. Os dois primeiros acórdãos (REsp. Nº 1.334.097 e REsp. Nº 1.335.153), datados de 2013, inauguraram a temática no STJ, tendo resultados opostos. Enquanto, os outros (REsp. Nº 1.660.168 e REsp. Nº 1.736.803) representam respectivamente, alteração de posicionamento

[80] Graduada pela Universidade Estadual de Londrina. Pós-graduanda em "Direitos Civil - Novos Paradigmas Hermenêuticos nas Relações Privadas" na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. Advogada.

anterior do Tribunal envolvendo dados de provedores de *Internet* e a decisão mais recente a respeito da teoria.

O conceito de direito ao esquecimento, suas críticas, o contexto em que se insere, sua abordagem no Direito Comparado, o embate envolvendo valores constitucionais e sua posição no ordenamento jurídico interno são explicitados, uma vez que buscou-se desmembrar os principais pontos contidos nos acórdãos.

A recente decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a incompatibilidade do direito ao esquecimento com a Constituição Federal não é o objeto principal do trabalho, até porque, ainda não publicada sua íntegra, o que inviabiliza sua análise por completo. No entanto, sua menção é imprescindível, dada a importância do julgamento de caso paradigmático.

Dessa maneira, o que se pretende é demonstrar o atual entendimento do STJ sobre o direito ao esquecimento, de acordo com suas diferentes abordagens.

2 BREVE EXPOSIÇÃO DOS JULGADOS

2.1 Recurso Especial Nº 1.334.097 – RJ – Caso Chacina da Candelária

O caso envolve ação de reparação de danos morais por parte de Jurandir Gomes de França por ter, contra sua vontade, sua imagem divulgada no programa “Linha Direta”, em episódio relativo à “Chacina da Candelária”, sequência de homicídios ocorrida em 1993, em frente à Igreja da Candelária, no Rio de Janeiro.

O autor foi indiciado como partícipe do referido crime e foi absolvido no Tribunal do Júri, por negativa de autoria. No citado programa, Jurandir foi apresentado como um dos envolvidos no crime, que foi inocentado.

A divulgação de sua imagem em rede nacional gerou comoção na comunidade onde residia, sendo seu nome associado ao perfil de assassino, o que comprometeu seu direito à paz, ao anonimato e à privacidade. De acordo com o autor, essa situação afetou sua vida profissional, impedindo que conseguisse um emprego e também o fez mudar de endereço, por temer sua segurança e de seus familiares.

A demanda foi julgada improcedente na primeira instância, sendo reformada pelo juízo de segundo grau pela maioria dos votos, com base no direito do autor de ser esquecido frente ao abuso do direito de informar e violação de sua imagem, uma vez que possível tratar da “Chacina da Candelária” sem mencioná-lo.

A Rede Globo, por sua vez em sede de Recurso Especial, sustentou inexistir dever de indenizar, visto que o programa "Linha Direta", a exemplo de tantos outros a nível nacional e internacional, se limitou a relatar o crime, já de grande repercussão, e não dirigiu ao autor quaisquer ofensas, tendo esclarecido sua absolvição.

O Recurso Especial teve seu provimento negado, pela 4ª Turma do STJ, haja vista que a veiculação do nome e imagem do autor representou ofensa à sua dignidade e diante do fato de ser perfeitamente possível expor o episódio, sem envolvê-lo.

Nesse caso, concluiu-se que o direito de ser esquecido se sobreporia ao direito de informação, haja vista que o abuso do segundo teria atentado contra os direitos do autor lhe trazendo sérios prejuízos.

2.2 Recurso Especial Nº 1.335.153 – RJ – Caso Aída Curi

Aída Curi foi uma jovem de 18 anos, que sofreu abuso sexual e foi assassinada em 1958, no Rio de Janeiro. O crime ganhou grande notoriedade no país. Quase 50 anos após os fatos, o programa "Linha Direta" da emissora Globo veiculou

reportagem sobre o caso, contando a estória e divulgando o nome da vítima e fotos reais.

Para os irmãos de Aída, tal conduta reviveu o sofrimento da época do crime, o que caracterizaria danos morais, além de ter gerado enriquecimento ilícito por parte da empresa de telecomunicações, fundamentando a incidência de danos materiais e à imagem, razão pela qual ajuizaram ação buscando reparação, baseada principalmente no direito ao esquecimento.

A referida ação foi julgada improcedente em primeiro grau, com decisão confirmatória pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Inconformados os autores interpuseram Recurso Especial.

Ocorre que a 4ª Turma do STJ, também entendeu que o feito era improcedente, não dando provimento ao recurso. O fundamento utilizado foi o de que o direito ao esquecimento deve ser ponderado pela historicidade do fato, não sendo possível falar do crime sem fazer menção à vítima. Não foi reconhecida exploração midiática por parte da emissora, o que impossibilitou o reconhecimento do dever de indenizar, diante da inexistência de quaisquer danos.

Para o STJ, eventual acolhimento do direito ao esquecimento no caso em exame, e consequente condenação

indenizatória implicaria em desproporcional censura à liberdade de imprensa.

Importante mencionar, que o presente caso é objeto do Recurso Extraordinário Nº 1010606, *leading case* julgado recentemente pelo Supremo Tribunal Federal, no qual se reconheceu a incompatibilidade do direito ao esquecimento com a Constituição Federal.

A decisão do STJ foi então, reafirmada pela Suprema Corte, que fixou o entendimento de que eventuais abusos ou excessos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser aferidos caso a caso.

2.3 Recurso Especial Nº 1.660.168 – RJ – Direito Ao Esquecimento e Resultado Das Buscas Nos Sites De Pesquisa

Trata de ação de obrigação de fazer em desfavor de GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA. e YAHOO! DO BRASIL INTERNET LTDA, visando a desindexação de notícias, nas quais a autora aparece como envolvida em fraude ocorrida em concurso público para magistratura do estado do Rio de Janeiro, visto que esse fato causaria danos à sua dignidade e privacidade. Cumpre destacar, que a participação da autora na referida fraude não foi comprovada.

A sentença foi improcedente, havendo reforma pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, diante da prevalência do direito à imagem, personalidade e esquecimento, em face do direito à informação exercido por tempo imoderado.

Irresignadas, as empresas de buscadores da *Internet* interpuseram Recurso Especial, que foi julgado pela 3ª Turma do STJ. A relatora Ministra Nancy Andrighi, em seu voto, deu provimento ao recurso para reformar o acórdão recorrido e restabelecer a sentença de primeiro grau, embasando-se na impossibilidade de responsabilização dos provedores de busca pelos dados que veiculam, visto que atuam como terceiros por não serem detentores da informação. Para a ministra inexiste fundamento legal no ordenamento brasileiro que permita a desindexação e permiti-la faria com que esses *sites* assumissem a função de censores digitais. O Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva acompanhou o voto da ministra.

Ressalta-se que a ministra utilizou a mesma fundamentação de julgamentos de casos análogos, em que se decidiu pela ausência de responsabilidade dos provedores de busca, cabendo ao ofendido buscar a retirada do conteúdo ilícito ou desabonador diretamente com a página detentora da informação. Nesse contexto, está o caso paradigmático da apresentadora Xuxa

(REsp. Nº 1.316.921 – RJ), que pleiteou a remoção pelo Google dos resultados relativos a seu nome associado ao termo pedofilia e teve sua pretensão negada.

Ocorre que o voto vencedor proferido pelo Ministro Marco Aurélio Bellize, que foi acompanhado pelos Ministros Paulo de Tarso Sanseverino e Moura Ribeiro, divergiu da relatora e deu parcial provimento ao recurso apenas para limitar o valor da multa diária imposta. Para o Ministro Marco Aurélio Bellize, há fundamento legal que permita eventual restrição de tratamento de dados, qual seja, a legislação relativa à proteção de dados: garantia constitucional ao *habeas data,* a lei que o regulamenta e a Lei n. 12.965/2014 (Lei do Marco Civil).

Desse modo, restou decidido que em situações excepcionais é possível que se leve ao conhecimento do Judiciário a exibição de resultados nos provedores de busca, que não se demonstre razoável, seja pelo caráter estritamente privado da informação ou pelo longo tempo decorrido.

A solução conciliadora proposta no voto, a qual representou alteração no posicionamento anterior do STJ, foi desvincular do resultado da busca pelo nome da autora, como critério exclusivo, a aparição como primeiros resultados do fato desabonador de sua

vida ocorrido há anos, o envolvimento na fraude no certame. Ou seja, não serão apagadas tais notícias, inexistindo, então, censura.

Assim, quando o nome da autora for pesquisado em conjunto com termos que remetam ao episódio de fraude, tais informações aparecerão.

2.4 Recurso Especial Nº 1.736.803 – RJ – Caso Daniela Perez

A revista "Isto É" publicou, em 2012, reportagem descrevendo hábitos da vida cotidiana de Paula Thomaz, condenada por homicídio de grande notoriedade ocorrido na década de 90, e de seus familiares, também autores da demanda a ser tratada. Paula, seu marido e os filhos ajuizaram ação indenizatória por danos morais cumulada com obrigação de fazer e não fazer em face da editora responsável pela revista.

Em primeiro grau, a ação foi julgada parcialmente procedente para condenar a ré ao pagamento de R$ 30.000,00 a título de danos morais à primeira autora, e R$ 20.000,00 para cada um dos outros autores, além de ser determinada a retirada da matéria no *site.* A decisão foi confirmada no tribunal e os autores interpuseram Recurso Especial para majorar o *quantum* indenizatório e para que a ré se abstivesse de publicar em edições

futuras reportagens sobre o crime envolvendo a autora, a fim de que se respeitasse seu direito ao esquecimento.

No julgamento do referido recurso, a 3ª Turma do STJ negou provimento, entendendo pela impossibilidade de censura prévia, o que afrontaria os direitos à liberdade de informação e de expressão.

Portanto, de acordo com o tribunal superior, o crime em questão por sua notoriedade e relevância no cenário nacional (inclusive como propulsor de alteração legislativa – Lei dos Crimes Hediondos), faz parte da memória coletiva, devendo ter sua dimensão social e histórica preservada, uma vez que dotado de interesse social.

3 ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS TEÓRICOS

3.1 Conceito de Direito ao Esquecimento

O direito ao esquecimento não possui um conceito uníssono, variando sua definição, de acordo com o doutrinador que a externa. Nesse sentido, Júlia Costa de Oliveira Coelho apresenta várias concepções de diferentes autores acerca desse direito. São algumas dessas conceituações:

> Para Anderson Schreiber, trata-se essencialmente de um direito contra uma recordação opressiva de fatos que podem minar a capacidade do ser humano de evoluir e se modificar. No outro extremo, situa-se a visão (controversa) de Giorgio Pino, que descreve o direito ao esquecimento como o direito de silenciar eventos passados da vida que não estão mais ocorrendo.
> Viviane Nóbrega Maldonado, por sua vez, o define como a possibilidade de alijar-se do conhecimento de terceiros uma específica informação que, muito embora seja verdadeira e que preteritamente, fosse considerada relevante, não mais ostenta interesse público em razão do anacronismo. Ao pensar sobre o termo *esquecimento* associado à privacidade e identidade digital, Meg Leta Jones o identifica com a pretensão de libertar os indivíduos do peso de sua bagagem virtual.
> Segundo François Ost, os indivíduos, independentemente de eventual projeção pública, têm o direito de, transcorrido determinado tempo, serem deixados em paz e recair no esquecimento e no anonimato, do qual jamais gostariam de ter saído. (COELHO, Júlia, 2020, pp. 22-23)

Já o STJ, em julgados sobre o tema, concebe o direito ao esquecimento como "o direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores, de natureza criminal, nos quais se envolveu, mas que, posteriormente, fora inocentado" (STJ, 2013). Cabe destacar, no entanto que tal direito se estende para outras situações, como no Caso Aída Curi e no Caso Daniela Perez supramencionados, em

que os familiares da vítima e pessoa egressa, respectivamente, buscavam ser “esquecidos”.

Essa concepção voluntarista adotada pelo tribunal é alvo de críticas, uma vez que se trata de definição demasiadamente subjetiva, inviabilizando a configuração do direito ao esquecimento, por conferir um poder extremamente amplo a cada indivíduo (COELHO, Júlia, 2020, p. 25).

Importante expressão desse direito para a doutrina e jurisprudência brasileira foi sua incorporação em enunciados da VI e VII Jornadas de Direito Civil do CJF/STJ, em 2013 e 2015, respectivamente, conforme se transcreve abaixo:

> Enunciado 531: A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.
> Justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados. (FEDERAL, Conselho de Justiça, 2013)
> Enunciado 576: O direito ao esquecimento pode ser assegurado por tutela judicial inibitória. (FEDERAL, Conselho de Justiça, 2015)

Verifica-se, que o direito ao esquecimento, não está pacificado seja na doutrina ou na jurisprudência, ambas ainda insipientes nesse assunto. Trata-se, portanto, de um conceito em construção, que a depender do campo de incidência e de quem o trata, pode assumir diferentes relevos.

3.2 Críticas ao Direito ao Esquecimento

O direito ao esquecimento não é tese aceita de forma unânime, havendo autores que não o reconhecem.

O Ministro Luis Felipe Salomão elencou uma série de críticas habituais, no julgamento dos Recursos Especiais Nº 1.334.097 e 1.335.153, são elas:

> i) o acolhimento do chamado direito ao esquecimento constitui atentado à liberdade de expressão e de imprensa; ii) o direito de fazer desaparecer as informações que retratam uma pessoa significa perda da própria história, o que vale dizer que o direito ao esquecimento afronta o direito à memória de toda a sociedade; iii) cogitar de um direito ao esquecimento é sinal de que a privacidade é a censura do nosso tempo; iv) o mencionado direito ao esquecimento colidiria com a própria ideia de direitos, porque estes têm aptidão de regular a relação entre o indivíduo e a sociedade, ao passo que aquele finge que essa relação não existe - um "delírio da modernidade"; v) o direito ao esquecimento teria o condão de fazer desaparecer registros sobre crimes e criminosos perversos, que entraram para a história

> social, policial e judiciária, informações de inegável interesse público; vi) ou uma coisa é, na sua essência, lícita ou é ilícita, não sendo possível que uma informação lícita transforme-se em ilícita pela simples passagem do tempo; vii) quando alguém se insere em um fato de interesse coletivo, mitiga-se a proteção à intimidade e privacidade em benefício do interesse público e, ademais, uma segunda publicação (a lembrança, que conflita com o esquecimento) nada mais faz do que reafirmar um fato que já é de conhecimento público; viii) e, finalmente, que programas policiais relatando acontecimentos passados, como crimes cruéis ou assassinos célebres, são e sempre foram absolutamente normais no Brasil e no exterior, sendo inerente à própria atividade jornalística. (STJ, 2013)

Interessante mencionar, que no próprio voto, o ministro rechaça a crítica "vi", segundo a qual não é possível uma informação lícita transformar-se em ilícita com a passagem do tempo, tendo em vista a diversidade de previsões no ordenamento brasileiro, que conferem ao transcurso do tempo efeito de esquecimento e estabilização do passado. A prescrição; a reabilitação, no âmbito penal e a determinação de prazo para permanência nos bancos de dados, de informações acerca da inadimplência de consumidores, demonstraria a falácia desse argumento.

O célebre jurista Daniel Sarmento também se posiciona contrariamente à tese aqui discutida. Em audiência pública

referente ao supramencionado RE Nº 1010606, o autor descreveu o direito ao esquecimento como um limite à liberdade de expressão, de informação e ressaltou a importância dessas liberdades, enquanto conquistas históricas da Constituição Federal. Para ele o problema do país nunca foi o excesso de memória, mas a amnésia coletiva. (REPRESENTANTE..., 2017)

Nesse sentido, foi a conclusão do Plenário do STF no julgamento do referido Recurso Extraordinário, que entendeu que o reconhecimento do direito ao esquecimento representaria óbice a divulgação de acontecimentos verídicos pelos meios de comunicação, com o passar do tempo, impedindo o direito à memória coletiva (STF..., 2021).

À vista disso, hoje o entendimento que prevalece é pelo não reconhecimento do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro, de modo que diante da ocorrência de abusos no exercício dos direitos de informação frente aos direitos da personalidade, deve o julgador analisar o caso concreto.

3.3 Direito ao Esquecimento na Sociedade da Informação

O direito ao esquecimento não é novidade, existindo casos na jurisprudência internacional da primeira metade da década de 90. Porém, sua discussão contemporânea refere-se

principalmente ao contexto em que se insere, qual seja a sociedade da informação, que deu maior visibilidade e complexidade ao assunto, exigindo sua ressignificação.

Nesse sentido, o Ministro Luis Felipe Salomão, por ocasião dos julgamentos dos casos da “Chacina da Candelária” e “Aída Curi” cita Zygmunt Bauman, sociólogo que cria o conceito de modernidade líquida, que tem como uma de suas decorrências o processo de supressão da divisão entre as esferas pública e privada.

A liquefação da sociedade conduz para a supressão dos direitos à intimidade e privacidade, inexiste local seguro no ambiente tecnológico. A superexposição da vida privada se transformou em mercadoria, seja com ou, de forma mais grave, sem o consentimento de seu titular.

O direito, entretanto, não evolui da mesma forma que as transformações sociais (e nem poderia), de modo que para que a inafastabilidade da jurisdição seja efetiva, é necessário grande esforço por parte de todos os profissionais do ramo (juízes, advogados, professores, autores), a fim de adequá-lo a essa nova realidade.

Questão intrincada envolve os extremismos, de maneira que a supervalorização dos direitos à informação, às custas da desvalorização dos direitos da personalidade não pode ser aceita.

Do contrário, admitir-se-á situações como a perene estigmatização de pessoa egressa ou absolvida, como bem apontado no voto do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, no Recurso Especial Nº 1.736.803 – RJ.

Portanto, o interesse público, a preservação da memória coletiva e vedação à censura devem sempre ser compatibilizados com o direito à intimidade, à privacidade, à imagem e à honra.

3.4 Direito ao Esquecimento no Direito Comparado

Nos votos relativos aos Recursos Especiais Nº 1.334.097 e 1.335.153, o Ministro Luis Felipe Salomão traz abordagem do direito ao esquecimento no Direito Comparado.

Em um primeiro momento, o ministro menciona a proposta de revisão das Diretivas n. 46/1995/CE (relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação da informação) e n. 58/2002/CE (concernente à privacidade e às comunicações eletrônicas), apresentada por Viviane Reding, Vice-Presidente da Comissão de

Justiça da União Europeia, para garantir o direito ao esquecimento aos usuários da *internet.*

A Diretiva n. 46/1995/CE é apontada, ainda, no Recurso Especial Nº 1.660.168 – RJ, pela relatora Ministra Nancy Andrighi, por ser fundamento de decisão do Tribunal de Justiça Europeu, que determinou a responsabilidade de provedor de aplicação de buscas pelos dados pessoais, ainda que se encontre fora do território europeu, prevalecendo o direito ao esquecimento do indivíduo sobre o interesse econômico do buscador e sobre o interesse público em acessar informação relativa a pessoa, exceto quando houver razões especiais.

De acordo com a ministra, os pressupostos legais que embasaram a decisão são muito diferentes dos existentes no Brasil, o que impossibilitaria a adoção desse posicionamento. O voto vencedor, por sua vez rechaçou esse entendimento e utilizou o Marco Civil como parâmetro legal.

Destaca-se que hoje a legislação europeia já está mais avançada nesse sentido, visto que entrou em vigor em 2018, o artigo 17 da Regulação de Proteção Geral de Dados da UE (*General Data Protection Regulation/GDR),* que prevê um direito de apagamento (*right to erasure)* ou direito ao

esquecimento (*right to be forgotten)*. Segundo, Júlia Costa de Oliveira Coelho:

> De acordo com o dispositivo acima mencionado, é possível requerer a remoção de informações (referida como *"erasure"*) em casos específicos, como, por exemplo, se os dados pessoais não forem mais necessários para os fins obtidos ou processados; se o sujeito que forneceu os dados (referido como *"dada subject"*) retira o consentimento sob o qual o processamento se baseava e inexista outra base legal para tanto; se o *data subject* se opõe ao processamento e não haja fundamentos legítimos predominantes para isso e se os dados pessoais foram processados de forma ilícita.
> É importante notar que, nos termos do § 3º do art.17, o *erasure* não será aplicável na medida em que o processamento seja necessário para, dentre outros, o exercício à liberdade de expressão e liberdade de informação, para observância às obrigações legais que demandem o processamento; por motivos de interesse público na área da saúde pública; para fins de arquivamento de interesse público, bem como para pesquisas científicas ou históricas ou para fins estatísticos. (COELHO, Júlia, 2020, p. 45)

Para a autora, o dispositivo é um dos meios de se concretizar o direito ao esquecimento, não podendo ser confundido com o direito em si, por se referir ao apagamento e não esquecimento de dados.

Também, são citados nos votos do Ministro Luis Felipe Salomão, os discursos de Eric Schmidt, alto executivo da *Google*

e de jornalista do *EL País*, Milagros Pérez Oliva. O primeiro apontou para a necessidade de um botão de *delete* na *internet*, para que a divulgação de informações relativas ao passado de uma pessoa não lhe traga prejuízos. Já o segundo, escreveu sobre *o derecho al olvido*, tratando de matéria apontando a anorexia de ginasta olímpica, em 1984.

No campo jurisprudencial, foram abordados os casos Melvin vs. Reid (Tribunal de Apelação da Califórnia – 1931) e Lebach (República Federal da Alemanha).

O caso Reid envolvia ação reparatória por parte do marido de Gabrielle Darley, que no passado tinha sido prostituta e acusada de homicídio, posteriormente absolvida e teve sua imagem explorada em filme que retratava sua vida pregressa. A Corte Californiana atendeu ao pedido.

No caso Lebach, um dos condenados por homicídios de quatro soldados, buscava impedir a veiculação de documentário sobre o crime, que seria exibido dias antes de sua soltura. O Tribunal Constitucional Alemão acolheu a tutela liminar para evitar que o programa fosse veiculado caso o autor fosse exposto.

Com a referência ao Direito Comparado, o ministro realizou paralelo sobre o acolhimento da tese do direito ao esquecimento entre o âmbito internacional e interno.

Nesse contexto, é irrefutável a relevância de análises de Direito Comparado, no entanto, conforme preocupação de José Augusto Fontoura Costa e Geraldo Miniuci, em texto sobre o tema, a importação de entendimentos acerca do direito ao esquecimento não pode excluir a construção de concepções próprias, sob pena desse direito constituir mero modismo (COSTA, José; MINIUCI, Geraldo, 2017).

À vista disso, cumpre àqueles que estudam o assunto refutar fórmulas prontas importadas e buscar construir uma doutrina e jurisprudência próprias e adequadas ao ordenamento brasileiro, atentando-se às lacunas existentes e suprindo-as.

3.5 Direito ao Esquecimento Frente a Valores Constitucionais

O Ministro Luis Felipe Salomão expõe em seus votos relativos aos julgamentos dos Recursos Especiais Nº 1.334.097 e 1.335.153, que o debate presente nos autos se refere a contraposição de direitos constitucionais, quais sejam os direitos da informação e os direitos da personalidade, inseridos no contexto da sociedade da informação, portanto sob uma nova ótica.

Ocorre que segundo o ministro os precedentes do STJ acerca desse embate de direitos, em sua maioria, estão

delimitados em um contexto de ilicitude da publicação, decorrente de conteúdo difamatório ou inverídico, e de contemporaneidade da notícia. Já o direito ao esquecimento encontra-se em campo diametralmente oposto, envolvendo uma informação verídica e relativa a um passado.

A resolução de casos inseridos nessa nova conjuntura mostra-se um desafio a ser superado pelos julgadores. Para tanto, sob a ótica da Constitucionalização do Direito Civil, a técnica utilizada foi a ponderação, que de acordo com Flávio Tartuce:

> Pela técnica de ponderação, em casos de difícil solução (hard cases) os princípios e os direitos fundamentais devem ser sopesados no caso concreto pelo aplicador do Direito, para se buscar a melhor solução. Há assim um juízo de razoabilidade de acordo com as circunstâncias do caso concreto. A técnica exige dos aplicadores uma ampla formação, inclusive interdisciplinar, para que não conduza a situações absurdas. (TARTUCE, Flávio, 2020, p. 162)

Nota-se que os acórdãos objeto do presente trabalho, apesar de em tese envolverem pleitos análogos, ofereceram diferentes soluções, de acordo com o caso em particular. Nesse sentido:

a) Caso Chacina da Candelária: houve o reconhecimento de um direito ao esquecimento por parte do autor, que teve seu direito à dignidade violado, uma vez que a estória poderia ser relatada sem envolvê-lo.

b) Caso Aída Curi: não restou configurado o direito ao esquecimento relativo aos familiares da vítima. Isso, porque não houve abuso de direito na veiculação do programa; pelo fato de que o tempo diminui a dor da lembrança da tragédia e por tratar-se de um crime histórico que entrou para domínio público, não sendo possível retratá-lo sem fazer menção à vítima.

c) Caso acerca da responsabilidade dos provedores de busca pelos dados que veiculam: a autora teve sua pretensão atendida, na medida que o julgado buscou conciliar o direito ao livre acesso à informação e o direito ao esquecimento, desvinculando do nome da autora como único critério de busca a aparição de resultados que remetem ao fato desabonador ocorrido há mais de uma década.

d) Caso Daniela Perez: o pedido dos autores de vedação a futuras publicações relativas ao crime envolvendo a autora não foi acolhido, pois representaria censura prévia.

Não há, portanto, uma regra pronta que aponte quando o direito ao esquecimento irá incidir em um ou outro caso, uma vez que está em jogo o equilíbrio entre os direitos da personalidade (direito à intimidade, privacidade, honra, dentre outro) e os valores constitucionais "opostos" (direito à liberdade de expressão, informação, vedação à censura, entre outros).

Nesse sentido, é certo que a Constituição Federal conduz a uma visão antropocêntrica do próprio texto constitucional (dignidade da pessoa humana como fundamento da República) e do ordenamento jurídico brasileiro como um todo, no entanto essa posição em si, não oferece solução a todos os casos de conflitos de direitos, sob pena de se chegar a conclusões simplistas.

Desse modo, considerando que os direitos fundamentais não são absolutos, para que se verifique (ou não) que o direito ao esquecimento se aplica a determinada situação, deve se avaliar todos os elementos envolvidos: direitos da personalidade, liberdade de informação, interesse público, memória coletiva, vedação à censura, e outros que estiverem presentes. A partir daí, pelo sopesamento de tais direitos, com observância à razoabilidade e proporcionalidade se chegará à resolução do caso.

3.6 Direito ao Esquecimento no Ordenamento Jurídico Brasileiro

No que se refere à aplicabilidade do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro, a conclusão comum aos acórdãos tratados e à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pela sua possibilidade, a depender do caso concreto.

Esse reconhecimento é pautado em uma visão constitucionalizada do Direito Civil, a partir, então de premissas principiológicas, conforme apontado pelo Ministro Luis Felipe Salomão e explicitado acima. Porém, de acordo com o ministro, a legislação infraconstitucional ao atribuir à passagem do tempo efeito de esquecimento e estabilização, em dispositivos específicos, como mencionado no tópico 3.2, reforça essa possibilidade.

No Recurso Especial Nº 1.660.168 – RJ, o Ministro Marco Aurélio Bellizze, ao refutar o argumento contido no voto da Ministra Nancy Andrigui, acerca da inexistência de embasamento legal no ordenamento interno para permitir a responsabilização dos provedores de busca sobre as informações que veiculam, indica a proteção jurídica aos dados pessoais pelo *habeas data* (art. 5º, LXXI, CF e Lei n. 9.507/1997) e pelas legislações esparsas como o Código de Defesa do Consumidor e o Marco Civil da Internet. O ministro inclusive, cita o artigo 11 do Marco Civil como dispositivo que protege os registros, os dados pessoais e as comunicações privadas.

Portanto, a ausência de regramento próprio acerca do direito ao esquecimento no ordenamento interno não impediu seu reconhecimento no âmbito jurisprudencial, o que resta é esperar

qual será a repercussão da decisão em sentido oposto da Excelsa Corte, que certamente não pôs fim às discussões a respeito do tema.

4 CONCLUSÃO

O direito ao esquecimento é um conceito ainda em construção no Brasil, seja no âmbito doutrinário ou mesmo no jurisprudencial, uma vez que ambos os campos não suprem lacunas que existem sobre o tema.

O assunto divide opiniões entre juristas e gera acaloradas discussões, acerca da possibilidade ou não de um direito ao esquecimento. De um lado estão aqueles que enxergam seu reconhecimento como uma afronta à memória coletiva, à liberdade de expressão, uma autêntica legitimação da censura, enquanto em sentido oposto estão os que defendem que a passagem do tempo deve refletir na divulgação de fatos que interfiram negativamente na vida privada das pessoas, a fim de não se perpetuar uma estigmatização.

Cumpre ressaltar que não basta tomar emprestadas as concepções do Direito Comparado para fundamentar sua aplicabilidade, faz-se necessária a definição de uma doutrina e

jurisprudência próprias, que se adequem, da melhor forma possível, ao contexto atual de uma sociedade da informação, onde as transformações sociais ocorrem em descompasso com o direito.

Ademais como verifica-se da análise dos acórdãos, apesar de inexistir regramento próprio, hoje a jurisprudência do STJ inclina-se pelo reconhecimento da tese, quando os direitos da personalidade forem prejudicados pelo exercício imoderado dos direitos da informação. Tal aferição ocorre caso a caso, com o uso da técnica de ponderação de valores, a fim de se sopesar valores de égide constitucional opostos entre si.

Por fim, cumpre destacar que a decisão do STF sobre a incompatibilidade do direito ao esquecimento com a Constituição Federal, apesar de sua inegável importância por constituir julgamento de caso paradigmático, não põe termo aos debates sobre o tema, dada a sua amplitude, podendo voltar às pautas dos Tribunais Superiores sob novo enfoque.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Lei nº 12.965,** de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/

ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 05. jan. 2021.

_____. **Lei nº 13.105,** de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 06. jan. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 1.316.921, Relatora Ministra Nancy Andrigui. **Pesquisa de Jurisprudência.** Data de julgamento: 26/06/2012. Disponível em:https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201103079096&dt_publicacao=29/06/2012. Acesso em: 08. jan. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 1.334.097, Relator Ministro Luis Felipe Salomão. **Pesquisa de Jurisprudência.** Data de julgamento: 28/05/2013. Disponível em:https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201201449107&dt_publicacao=10/09/2013. Acesso em: 08. jan. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 1.335.153, Relator Ministro Luis Felipe Salomão. **Pesquisa de Jurisprudência.** Data de julgamento: 28/05/2013. Disponível em:https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201100574280&dt_publicacao=10/09/2013. Acesso em: 08. jan. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 1.660.168 -, Relatora Ministra Nancy Andrighi. **Pesquisa de Jurisprudência.** Data de julgamento: 08/05/2018. Disponível

em:https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201402917771&dt_publicacao=05/06/2018. Acesso em: 08. jan. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 1.736.803, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. **Pesquisa de Jurisprudência.** Data de julgamento: 28/04/2020. Disponível em:https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201700267279&dt_publicacao=04/05/2020. Acesso em: 08. jan. 2021.

CARVALHO, Mariana Amaral; SILVA, Lucas Gonçalves da. **Direito ao esquecimento na sociedade da informação**: análise dos direitos fundamentais no meio ambiente digital. Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais. Maranhão. 2017. pp. 66-86. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/324086182_DIREITO_AO_ESQUECIMENTO_NA_SOCIEDADE_DA_INFORMACAO_analise_dos_direitos_fundamentais_no_meio_ambiente_digital. Acesso em: 05 jan. 2021.

COELHO, Júlia Costa de Oliveira. **Direito ao esquecimento e seus mecanismos de tutela na internet:** como alcançar uma proteção real no universo virtual? Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020.

COSTA, José Augusto Fontoura; MINIUCI, Geraldo. **Não adianta nem tentar esquecer:** um estudo sobre o direito ao esquecimento. Revista Brasileira de Políticas Públicas. UNICEUB. vol. 7. nº 3. 2017. pp. 412-436.

FEDERAL, Conselho da justiça. Enunciado VI. Jornada de Direito Civil. 2013. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142. Acesso em: 14. jan. 2021.

FEDERAL, Conselho da justiça. Enunciado VII. Jornada de Direito Civil. 2015. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/821. Acesso em: 14. jan. 2021.

REPRESENTANTE da ANJ e da Aner fala sobre ameaça à liberdade de expressão. **Notícias STF,** 2017. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=346380. Acesso em: 14. jan. 2021.

RIBEIRO, Diaulas Costa; SANTOS, Júlio Edstron S. **O direito fundamental ao esquecimento:** uma análise comparativa da experiência brasileira e europeia. Revista Jurídica UNICURITIBA. vol. 04, nº 45. Curitiba. 2016. pp. 734-772. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Juridica UNICURITIBA_n.45.31.pdf. Acesso em: 07 jan. 2021.

STF conclui que direito ao esquecimento é incompatível com a Constituição Federal. **Notícias STF,** 2021. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=460414&ori=1. Acesso em: 08 mar. 2021.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil:** volume único. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

O DIREITO DA GESTANTE NA INTERRUPÇÃO DE GRAVIDEZ DE FETO ANENCÉFALO: UMA ANÁLISE DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 54.

Karinne Stahlke Carneiro[81]
Layni Batista Longo[82]

1 INTRODUÇÃO

O artigo é uma análise dos direitos e garantias fundamentais da gestante no julgamento da Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 - Distrito Federal (ADPF 54/DF), julgada pelo Supremo Tribunal Federal em 12 de abril de 2012, na qual teve entendimento final de reconhecimento pelo judiciário da interrupção terapêutica da gestação de feto anencéfalos.

Após feitas breves considerações sobre aborto e a anencefalia, demonstrar-se-á que por se tratar de uma gravidez que traz risco a sua saúde e de um feto que está impossibilitado

[81] Pós-graduanda em Direito Civil - Novos Paradigmas Hermenêuticos nas Relações Privadas na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. Advogada.
[82] Pós-graduanda em Direito Civil- Novos Paradigmas Hermenêuticos nas Relações Privadas" na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. Advogada.

de vida extrauterina, não se pode obrigar uma mãe a ter um bebê, o que causaria severos danos a mulher, infringindo direitos constitucionais desta, de maneira que é uma decisão que deve ser realizada por única e exclusiva vontade da mãe, oportunizando a esta considerar suas condições psicológicas e de saúde, abordando ainda seus aspectos sociológicos.

Através da análise dos argumentos apresentados no entendimento será vislumbrado que o objetivo da ADPF 54, que discutiu uma solução para o aborto eugênico com a interrupção da gestação por ser feto anencéfalo, deu-se pela conclusão de opção de a interrupção da gravidez ser escolha da mãe, que durante os noves meses ela carregará o feto, quando identificado que este não terá a possibilidade de vida vez que possui grave anomalia, a qual é cientificamente comprovada que o feto, caso nasça com vida, viverá de forma vegetativa.

Neste sentido, o presente caso em estudo visa uma análise da discussão quanto o reconhecimento do aborto de fetos anencéfalos, que acabou por ser uma decisão para o reconhecimento do direito a interrupção terapêutica da gravidez que comprovadamente, sendo que o tema não foi encerrado com entendimento pacífico, de maneira que o Min. Roberto Barroso proferiu voto que foi acompanhado pelos Ministros Edson Fachin

e Rosa Weber, e os demais Ministros Marco Aurélio e Luiz Fux não se comprometeram expressamente com a tese da descriminalização.

2 ACÓRDÃO PARADIGMA

O trabalho visa a análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54- Distrito Federal (ADPF 54/DF), julgada pelo Supremo Tribunal Federal em 12 de abril de 2012, que garantiu, no Brasil, a interrupção terapêutica da gestação de feto anencéfalo (SCHEREIBER, 2013).

A arguição foi julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da interpretação dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal (Decreto Lei nº 2.848/40), de que a interrupção de gravidez de feto anencéfalo seria conduta tipificada nesses artigos. A sessão foi presidida pelo Ministro Cezar Peluso e teve como relator o Ministro Marco Aurélio. (BRASIL, 1940)

A ação foi considerada pelo Ministro relator como uma das mais importantes dentre as que foram analisadas pelo Tribunal. Ao analisar, o relator mencionou dois consideráveis dados: Primeiro o fato de que até o ano de 2005 foram formalizadas

aproximadamente três mil autorizações de interrupções gestacionais por incompatibilidade do feto com a vida extrauterina. Segundo, o fato de que o Brasil se coloca em quarto lugar do mundo em casos de fetos anencéfalos, ficando atrás apenas do Chile, do México e do Paraguai.

O pedido inicial baseou-se na interpretação dos citados artigos do código penal, no que diz respeito à antecipação terapêutica do parto em hipótese de gravidez de feto anencéfalo, desde que previamente diagnosticada por profissionais competentes. O pedido buscava o reconhecimento do direito, em conformidade com os princípios constitucionais, da gestante a submeter-se a esse tipo de procedimento sem a necessidade de autorização judicial ou qualquer forma de permissão do Estado e de modo que não se configurasse crime.

A arguição foi promovida pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), e representada por Luís Roberto Barroso sob a alegação de que o julgamento da ADPF não configuraria aborto, e que, portanto, essa interrupção da gravidez não se enquadraria nas hipóteses previstas pelo Código Penal, visto que as hipóteses de criminalização do aborto encontram exceções quando da aplicação do Princípio da Dignidade da

Pessoa Humana, previsto no artigo 1º , III, da Constituição da República Federativa do Brasil. (BRASIL, 1988)

Foi declarada a inconstitucionalidade da interpretação da norma nos termos do voto do relator e por maioria de oito votos a dois, conforme os argumentos:

O Ministro relator, Marco Aurélio, considerou não se tratar, de fato, da descriminalização do aborto, distinguindo a prática do aborto da antecipação terapêutica do parto, visto que aquele é considerado crime, este, apenas a preservação dos direitos e da dignidade da mulher. Indagou tratar-se de tema que envolva a dignidade humana, liberdade, saúde, e mais ainda, especificou, os direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres.

Ao analisar a questão, a Ministra Rosa Weber entendeu ser dever do Estado proteger a opção de cada gestante, bem como sua liberdade individual, visto que não existe interesse jurídico na defesa de um natimorto.

Por sua vez, o Ministro Luiz Fux indagou que o Código Penal foi escrito nos anos 1940, época em que a medicina não possuía recursos suficientes para identificar a anencefalia do feto. E que nos dias de hoje o assunto se tornou uma questão de saúde pública, que deve ser respeitada em prol da dignidade da mulher, uma vez que insistir nessa gravidez seria uma tortura à mulher. Já

a Ministra Carmen Lucia também foi a favor da priorização e proteção dos direitos da mulher, considerando que, fora do útero, a vida do feto anencéfalo se torna inviável.

Ainda nesse sentido, Gilmar Mendes se posicionou a favor da interrupção da gestação com o fundamento de que se deve proteger a saúde da gestante. O Ministro Ayres Britto, por sua vez, afirmou que não se deve impor a uma mulher o sofrimento de gestar um feto nessa condição. Afirmou que o aborto, de fato, interrompe uma gestação, mas que nem toda interrupção deve ser considerada um aborto.

Por fim, o Ministro Celso de Mello também se posicionou a favor da procedência da ação, considerando que a interrupção da gravidez por má-formação do feto não se trata daquela que é prevista no Código Penal, pois o feto que não possui cérebro não é considerado vivo e, portanto, não se deve considerar uma prática abortiva.

O Ministro Lewandowski e o Ministro Cezar Peluso, presidente da corte, se posicionaram pedindo pela improcedência do pedido. O primeiro por considerar que não é competência do STF decidir sobre o caso, mas sim do Congresso Nacional, por Lei. E o segundo, por considerar que o feto anencéfalo é um ser

vivo e que a interrupção da gestação se enquadraria nas hipóteses de aborto previstas pelo Código Penal.

Por fim, o Supremo Tribunal Federal afastou o texto previsto pelo código penal de 1940 da mulher que vive nessa situação. Garantiu seu livre exercício de seus direitos, destacando o direito à vida, à dignidade humana, à saúde, e a seu próprio corpo, destacando que em momento algum a corte decidiu sobre a descriminalização do aborto em si, mas sim de casos específicos de anencefalia, devendo-se sempre ponderar levando em consideração as recomendações do Ministério da Saúde e do Conselho Federal de Medicina.

3 FUNDAMENTOS TEÓRICOS

3.1 Breve análise dos princípios constitucionais que englobam a decisão

A interposição e consequente julgamento da ADPF 54 em 2012, representou um marco importante à constituição em seus direitos fundamentais e, principalmente, nos direitos de personalidade da mulher.

Nesse sentido, José Afonso da Silva preceitua que os Direitos individuais reconhecem a autonomia aos particulares, garantindo a iniciativa e independência dos indivíduos diante dos

demais membros da sociedade política e do próprio Estado (SILVA, 1998).

O Código Penal, quando trouxe em sua redação a criminalização do aborto, trouxe também a quebra de alguns dos principais preceitos fundamentais, por isso a declaração de inconstitucionalidade da norma.

Quando o assunto diz respeito à dignidade da pessoa humana, a letra constitucional é clara em seu artigo 1º, inciso III, ao declarar como princípio fundamental. Para Luiz Edson Fachin, é um princípio fundamental de onde advém todos os demais princípios fundamentais de todas as regras jurídicas. (FACHIN, 2005).

O relator ressaltou a todo momento que a questão da interrupção terapêutica da gestação não deveria ser considerada através de questões religiosas, uma vez que o Brasil é considerado um Estado laico, mas sim como um direito fundamental.

Analisou, através da medicina e de dados revelados pela Organização Mundial da Saúde, confirmados em audiência pública, que o feto anencéfalo é um "morto cerebral", ou seja, tem batimentos cardíacos, respiração, mas não possui atividade cerebral. Dessa forma, e desde que diagnosticado por especialistas, a anencefalia é considerada doença congênita letal,

sem deixar possibilidades de desenvolvimento cerebral posterior. (BELTRAME, 2019)

Nesse sentido, afastou a aplicação dos preceitos da Convenção sobre Direitos da Criança das Nações Unidas, especialmente em seus artigos 6º, 23, que reconhecem que toda criança tem direito à vida. Afastou ainda, o texto constitucional que garante à criança e ao adolescente o direito à vida, à saúde, à liberdade, dentre outros. Isso porque a anencefalia não é considerada deficiência, visto que não existe expectativa de vida fora do útero. Portanto, não cabe dizer que existe privação do direito à vida. (BRASIL, 1990)

O direito à vida é outro direito previsto pela Constituição da República, tanto quanto a dignidade da pessoa humana. É o direito que garante à pessoa direitos básicos como alimentação, saúde, educação, entre outros direitos fundamentais para a sobrevivência básica. (MORAIS, 2003).

A vida é um princípio humano imprescindível à pessoa, assim como se prevê pela dignidade da pessoa humana. Tem início desde a concepção e termina com a morte, momento em que o cérebro cessa o seu funcionamento.

Os fetos do caso em análise, não possuem atividade cerebral, por isso são considerados natimortos, ou seja, ocorre sua

morte ainda durante a gestação, não gozando de proteção jurídica, inclusive jurídico-penal. Assim, o feto não será titular do direito à vida e não se configura crime a interrupção de uma gestação com essas características, conforme fundamentado pelo relator.

Por outro ângulo, a gestante também tem garantido seu direito à vida e gerar um natimorto, muitas vezes pode colocá-la em risco mais ainda que a antecipação do parto colocaria, descumprindo suas garantias individuais. O Estado não pode obrigar à manutenção de uma gravidez sem chances de êxito, colocando em risco a vida da mulher.

Ainda, o direito à vida não deve ser absoluto. Quando existem colisões de direitos fundamentais, não se deve falar em proteção absoluta de nenhum direito. Portanto não se deve colocar em jogo a vida e a saúde da mãe gestante.

O relator apresenta depoimentos que evidenciam os danos que uma gravidez de anomalia pode trazer à mulher. Uma manutenção obrigatória desse tipo de gravidez traz danos à saúde psíquica de toda a família e, principalmente, da mulher gestante. Analisa posições médicas de que esse tipo de gravidez pode trazer quadros graves de estresse pós traumático e depressão à mulher. Obrigar uma mulher a vivenciar essa gestação deve ser equiparado a tortura por parte do Estado.

Aborda-se ainda o direito à Liberdade e à Autonomia de Vontade da mulher. Nesse sentido, José Afonso da Silva define como um conjunto de prerrogativas que possibilitam a coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal. (SILVA, 1990)

Não caber a si o poder de escolher seguir com uma gestação de natimorto, fere o direito à liberdade da mulher, e protege apenas um dos seres da relação jurídica, um ser não vivo.

Conforme fundamentado pelo relator, o ato de obrigar a mulher a manter uma gestação desse cunho, a coloca em situação de cárcere privado dentro de seu próprio corpo. Um ato que se assemelha ao crime de tortura.

Nesse sentido, cabível é a competência ao Supremo Tribunal Federal para assegurar que a mulher exerça de forma plena seu direito à Liberdade dentro de uma esfera privada, preservando sua vida como gestante e também como forma de aliviar um grande sofrimento que pode ser a gestação de um feto anencéfalo.

4.1 Código Penal e o aborto: Inconstitucionalidade das condutas previstas nos artigos 124, 126 e 128 da Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

O Código Penal de 1940, trouxe a criminalização do aborto em seus artigos 124, 126 e 128, I e II. São exemplos o aborto praticado por terceiro sem ou com o consentimento da gestante, aborto provocado pela própria gestante e aborto sentimental ou humanitário, que é autorizado quando a gravidez é fruto de um estupro.

Segundo Guilherme Nucci, o aborto provocado pela gestante ou com o seu consentimento, divide-se em seis formas, que podem se dar de forma natural, acidental, criminosa, legal, eugênica e econômico-social. (NUCCI, 2014)

Aqui, falaremos apenas da forma eugênica de aborto, que foi abordada pela ADPF 54 e se da quando o feto possui graves anomalias, com as quais seria impossível sobreviver.

Nesse sentido, para Carolina Alves de Souza Lima:

> Apesar da existência da vida intrauterina do anencéfalo, não se legitima a atuação do Direito Penal para incriminar a conduta abortiva, sob pena de total desrespeito aos direitos à saúde e à liberdade de autonomia reprodutiva da mulher. Referidos direitos devem prevalecer nessa situação específica, porque não se justifica impor à mulher uma gestação na qual o concepto não possui competência biológica para adquirir consciência de si e do mundo e para se relacionar, uma vez que não tem e nunca terá estrutura cerebral que lhe dê capacidade para alcançar essa condição de desenvolvimento humano. O respeito

> aos direitos à saúde e à liberdade de autonomia reprodutiva da mulher deve prevalecer, uma vez que o reconhecimento expresso da dignidade da pessoa humana, como valor essencial do Estado Democrático de Direito brasileiro, representa, nessas circunstâncias, permitir que ela conduza sua vida segundo suas convicções pessoais, independentemente da imposição de qualquer dogma, moral, religião ou verdade absoluta sobre a compreensão do mundo e da vida (LIMA, 2015).

Sendo assim, devem ser preservados os direitos fundamentais da mulher gestante, bem como a sua saúde mental. A interrupção desse tipo de gravidez não se enquadra nas hipóteses de aborto legal (art. 128, CP), se classificando como uma conduta atípica, ou seja, não há previsão legal, ficando isenta, portanto, de qualquer tipo de sanção, o fato de ser atípica não a enquadra como crime e não comina em pena.

> Art. 128, CP - Não se pune o aborto praticado por médico:
> Aborto necessário
> I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;
> Aborto no caso de gravidez resultante de estupro
> II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. (BRASIL,1940)

Nota-se, no artigo acima citado, existem apenas duas hipóteses onde se exclui a ilicitude quando se diz respeito ao

aborto. O primeiro, para preservar a vida da gestante, e o segundo quando resulta de estupro, desde que com o consentimento da gestante.

Como citado no item anterior, nenhum direito é absoluto. Por isso, para que seja preservada a vida e a dignidade da mãe, foram admitidas pela legislação essas hipóteses de aborto, confirmando que nem mesmo o direito à vida é absoluto.

Ainda, o artigo admite essa modalidade de aborto, desde que praticado por um médico, profissional capacitado e que, após uma avaliação poderá decidir se a gestação apresenta algum risco à vida da gestante. Quando coloca-se em risco a vida do feto e da gestante, o direito opta por preservar a vida da gestante em seu inciso I do artigo 128, CP. (NUCCI, 20014)

Nesse mesmo sentido, a decisão do Supremo Tribunal Federal, optou por preservar os direitos da gestante, incluindo seu consentimento em pôr fim a uma gestação que resultará em uma criança sem expectativas de vida.

Dessa maneira, a ausência de atividade cerebral do anencéfalo é causa suficiente e justa para a realização de aborto ou antecipação do parto, justificando-se pela inviabilidade da vida extrauterina do feto, conforme fundamentado na decisão e na presente análise.

5 CONCLUSÃO

Durante todo o julgamento da ADPF 54, a Suprema Corte se baseou em casos reais de anencefalia. No entanto, tal decisão pode ser utilizada e aplicada a outras ocorrências patológicas que tenham como característica a impossibilidade do feto sobreviver à vida extrauterina.

Nos termos da análise do código penal, não há que se falar em criminalização do aborto quando se coloca em risco a vida e a saúde da gestante, sem expectativas de vida ao feto, um importante aspecto englobado para a decisão final da presente Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 (ADPF 54/DF), foi a abordagem da temática de saúde psicológica e física da gestante a fim de invocar discussão quanto a autorização do aborto não se perdendo de vista o direito à vida do feto, havendo ponderação dos bens jurídicos tutelados, entendendo ser possível a interrupção terapêutica da gravidez de feto anencéfalo.

O Brasil está entre os países com maior número de casos de anencefalia, ficando atrás apenas do Chile, México e Paraguai. Portanto, deve-se ponderar que o feto portador de anencefalia não

poderá sobreviver após o parto e não caberá ao Estado obrigar a mulher gestante a prosseguir com esse tipo de gravidez.

Ainda que o direito não conceda total autonomia materna como argumento válido para autorização do aborto de fetos anencéfalos enfrentou-se questões importantes no bojo da ADPF -54, visando e priorizar o direito à vida, à saúde, à liberdade e ao próprio corpo da mulher gestante em qualquer hipótese, sem desconsiderar os demais preceitos constitucionais, considerou-se que criminalizar o aborto terapêutico seria uma forma de torturá-la dentro de seu próprio corpo, o que se assemelharia a uma conduta monstruosa, conforme citado pelo Ministro Luiz Fux.

A maternidade deve ser um momento de felicidade e bom desenvolvimento da mulher, além de que é dever do Estado prestar auxílio médico e psicológico necessário à gestante e ao seu núcleo familiar, sendo que colocar a cargo do Estado a incumbência de decidir pela gestante romperia os direitos fundamentais elencados na Constituição da República, em especial à Dignidade da Pessoa Humana em todos seus aspectos científicos e sociológicos, descaracterizando um instituto de proteção.

Em que pese o tema enfrentado não tenha chegado a uma pacificação social, observado que após anos ainda se discute este,

é certo que a postura adotada pelo Supremo Tribunal Federal entendendo que há liberdade da gestante para decidir pelo próprio corpo, sendo sua escolha pessoal a continuação ou interrupção da gravidez comprovadamente de feto com impossibilidade de vida extrauterina, preservando-se também o direito à intimidade, visto que ninguém entenderá melhor a situação a não ser a própria mulher que, em uma gestação de risco e sem expectativas de vida de seu filho, zela pela sua saúde e integridade físico-psíquica, não cabendo ao Estado, portanto, interferir.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm;. Acesso em: 29 jan. 2021.

BRASIL. **Código Penal**. Lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 29 de janeiro de 2021.

DOENÇAS CONGÊNITAS**: O que são e tipos comuns**. Disponível em: https://www.tuasaude.com/defeito-congenito/. Acesso em 31 de janeiro de 2021.

FACHIN, Luiz Edson. **Fundamentos, Limites e Transmissibilidade- Anotações para uma Leitura Crítica,**

Construtiva e de Índole Constitucional da Disciplina dos Direitos da Personalidade no Código Civil Brasileiro. Revista da EMERJ, v.8, nº 31, 2005.

LIMA, Carolina Alves de Souza, **Aborto e Anencefalia**, 2ª ed., Curitiba, Juruá, 2015.

MORAIS, Alexandre. **Direito Constitucional**. 13ª Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2003.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. **O Direito Geral de Personalidade e a Solução do Dissentimento: Ensaio sobre um caso de Constitucionalização do Direito Civil**. Coimbra: Coimbra 2002.

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

SANTOS, Lília Nunes dos, **Aborto - A Atual Discussão sobre a Descriminalização do Aborto no Contexto de Efetivação dos Direitos Humanos**. Curitiba: Juruá, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 1990.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. Algumas Considerações sobre o Aborto de Fetos Anencéfalos. **Revista Juridica da Seção judiciária do Estado da Bahia**, Salvador, v. 4, n. 4, 2004.

O RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: NUANCES TEÓRICAS E CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS

Aline Nogueira Xavier Buosi[83]
Yasmin Commar Curia[84]

1 INTRODUÇÃO

O julgado em análise no presente trabalho é a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF. Trata-se de julgado paradigma através do qual o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, reconheceu a união estável homoafetiva, estabelecendo uma interpretação conforme do Código Civil (art. 1.723), com o fim de garantir a todos, com paridade, a possibilidade de constituir família com igual amparo do direito.

[83] Cartorária - 2º Oficial de Registro de Imóveis de Ribeirão Preto, SP; Pós-Graduada em Direito Empresarial pelo Instituto de Ensino Superior COC (2005-2007); Especialista em Direito Público: Constitucional, Administrativo e Tributário pelo Centro Universitário Estácio de Ribeirão Preto, SP (2015-2017); Pós-graduanda em Direito Civil pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – FDRP-USP.

[84] Advogada; Bacharela em direito pela Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" – UNESP; Pós-graduanda em Direito Civil pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – FDRP-USP;

Em 2021, celebrar-se-á dez anos deste julgamento e a justificativa para a escolha recai justamente no fato de que a afirmação e consolidação desse entendimento foi fundamental no âmbito social coletivo e também nas relações privadas, pois refletem em diversas categorias do próprio Direito Civil, principalmente, aspectos relacionados ao direito patrimonial e também o de família e sucessões. Assim, apesar de já contar com alguns anos, desde a sua publicação, é fundamental a sua compreensão. À época, o Supremo Tribunal Federal sofreu críticas por suposto ativismo judicial no caso, portanto, também se faz importante uma análise esclarecedora nesse sentido. O objetivo do presente trabalho, portanto, é fornecer uma análise descritiva e expositiva, não exaustiva, dos argumentos trazidos, bem como seus reflexos práticos que reverberam até os dias atuais.

A princípio, selecionou-se o objeto de estudo; em segundo lugar, foram citados os principais argumentos e fundamentos apresentados pelos próprios Ministros julgadores do caso; em terceiro lugar, a partir de um processo de interpretação e dedução, analisou-se o julgado sob o contexto do polêmico tema do ativismo judicial e judicialização; por fim, complementou-se a análise a partir da própria da doutrina especializada no tema sobre

as consequências práticas e, por fim, apresentou-se uma breve conclusão.

Para tanto, empregou-se métodos qualitativos e investigou-se, empiricamente, através da análise do referido julgado, a atuação do mais importante Tribunal nacional em um caso prático de grande importância não só para a realidade social, como também para o mundo jurídico, com fortes repercussões. Realizou-se a análise documental do próprio processo judicial paradigma em questão, bem como, a título de complementação, revisitou-se a doutrina especializada em direito de família e artigos científicos relacionados com o tema.

2 APRESENTAÇÃO DO CASO E PRINCIPAIS FUNDAMENTOS DOS MINISTROS

O Governador do Estado do Rio de Janeiro fez o pedido da ADPF, que depois foi julgada pelos ministros que não se tratava de uma ADPF, mas de uma ADI, baseando-se no Decreto-Lei 220/1975 (Estatuto dos Servidores Civis do Estado do Rio de Janeiro), na medida em que tal interpretação implica efetiva redução de direitos a pessoas de preferência ou concreta orientação homossexual, além de negar às uniões homoafetivas

estáveis o rol de direitos pacificamente reconhecidos àqueles cuja preferência sexual se define como “heterossexual”.

Nessa linha de clara irresignação quanto ao modo juridicamente reducionista com que são tratados os segmentos sociais dos homoafetivos, arguiu o autor que tem sido ininterruptamente violados os preceitos fundamentais da igualdade, da segurança jurídica (ambos topograficamente situados no caput do art. 5º), da liberdade (inciso II do art. 5º) e da dignidade da pessoa humana (inciso IV do art. 1º). Donde ponderar que a homossexualidade constitui “fato da vida [...] que não viola qualquer norma jurídica, nem é capaz, por si só, de afetar a vida de terceiros” (p. 618). Nesse sentido, o “papel do Estado e do Direito em uma sociedade democrática, é o de assegurar o desenvolvimento da personalidade de todos os indivíduos, permitindo que cada um realize os seus projetos pessoais lícitos” (p. 618).

O Ministro Ayres Britto (p. 625) foi o Relator do caso. Em seu voto, adotou Técnica da “interpretação conforme” para viabilizar o descarte de qualquer intelecção desfavorecedora da convivência estável de servidores homoafetivos, em comparação com a tutela juridicamente conferida à união igualmente estável de servidores heterossexuais. Nesse sentido, destacou que a nossa

Magna Carta não emprestou ao substantivo “família” nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. Recolheu-o com o sentido coloquial praticamente aberto que sempre portou como realidade do mundo do ser. Assim, interpretando por forma não-reducionista o conceito de família, a ideia do STF, enquanto guardião da Constituição, seria mantê-la na posse do seu fundamental atributo da coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indisfarçavelmente preconceituoso ou homofóbico. Sob esse aspecto, então, deve prevalecer a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos a qual somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família.

Agora, merecem alguns destaques alguns trechos dos votos dos demais Ministros.

O Ministro Luiz Fux destacou que a união homoafetiva se enquadra no conceito constitucionalmente adequado de família e destacou que a promoção dos direitos fundamentais envolve, necessariamente, a atuação positiva do Poder Público não apenas na oferta de prestações materiais positivas, mas também no exercício de seus deveres de proteção, agindo no sentido de impedir a violação dos direitos fundamentais dos indivíduos ou

de uma coletividade por terceiros. Cumpre ao Estado-membro, portanto, exercer tal mister e atuar comissivamente na defesa dos direitos fundamentais. Considerou que não há qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade no estabelecimento de uniões homoafetivas. Não existe, no direito brasileiro, vedação às uniões homoafetivas, haja vista, sobretudo, a reserva de lei instituída pelo art. 5º, inciso II, da Constituição Federal para a vedação de quaisquer condutas aos indivíduos. Nesse sentido, canetas de magistrados não são capazes de extinguir o preconceito, mas, num Estado Democrático de Direito, detêm o poder de determinar ao aparato estatal a atuação positiva na garantia da igualdade material entre os indivíduos e no combate ostensivo às discriminações odiosas.

E, então, questionou: o que distingue, do ponto de vista ontológico, as uniões estáveis, heteroafetivas, das uniões homoafetivas (p. 671)? De acordo com o Ministro, nada as distingue, tanto o é que se apoiam emocional e financeiramente; vivem juntos as alegrias e dificuldades do dia a dia; projetam um futuro comum, então não se pode considerar apenas a primeira como entidade familiar. Impõe-se, ao revés, entender que a união homoafetiva também se inclui no conceito constitucionalmente

adequado de família, merecendo a mesma proteção do Estado de Direito que a união entre pessoas de sexos opostos.

Sobre o silêncio legislativo quanto às uniões homoafetivas, entendeu que nada mais é do que um juízo moral sobre a realização individual pela expressão de sua orientação sexual. A seu ver, o desprezo das uniões homoafetivas é uma afronta à dignidade dos indivíduos homossexuais, já que a negação do tratamento igualitário, no que concerne ao respeito à sua autonomia para conduzir sua vida autonomamente, significa submetê-los, contra a sua vontade e contra as suas visões e percepções do mundo, a um padrão moral pré-estabelecido. Não pode haver dúvida de que se cuida de violação aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da isonomia. Assim, concluiu que o reconhecimento da união homoafetiva como união estável, para os fins de plena aplicabilidade do art. 1.723 do Código Civil, traz não apenas os benefícios constitucionais e legais dessa equiparação, mas também os respectivos ônus, guardadas as devidas proporções.

A Ministra Cármen Lúcia (p. 695), por sua vez, destacou, em seu voto, que a união entre pessoas do mesmo sexo haveria de ser respeitada e assegurada pelo Estado, com base na norma para a qual se pede a interpretação conforme à Constituição, ao

argumento de que definir a união estável entre homem e mulher e excluir outras opções contrariaria preceitos constitucionais fundamentais, como os princípios da liberdade, da intimidade, da igualdade e da proibição de discriminação. Nesse contexto, deve ser obrigatório o reconhecimento, no Brasil, da legitimidade da união entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher e que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendam-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo. Ainda, completou dizendo para ser digno há que ser livre. E a liberdade perpassa a vida de uma pessoa em todos os seus aspectos, aí incluído o da liberdade de escolha sexual, sentimental e de convivência com outrem. O que é indigno leva ao sofrimento socialmente imposto. E sofrimento que o Estado abriga é antidemocrático. E a nossa é uma Constituição democrática. Concluiu, então, pela admissão como entidade familiar a união de pessoas do mesmo sexo e os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis serem reconhecidos àqueles que optam pela relação homoafetiva.

O Ministro Ricardo Lewandowski (p. 707), em seu voto, destacou que a união homossexual é uma realidade, a qual está a

exigir o devido enquadramento jurídico, visto que dela resultam direitos e obrigações que não podem colocar-se à margem da proteção do Estado, ainda que não haja norma específica a assegurá-los. Uma outra forma de convivência familiar, fundadas no afeto, e nas quais se valoriza, de forma particular, a busca da felicidade, o bem-estar, o respeito e o desenvolvimento pessoal de seus integrantes. Assim, muito embora o texto constitucional tenha sido taxativo ao dispor que a união estável é aquela formada por pessoas de sexos diversos, tal ressalva não significa que a união homoafetiva pública, continuada e duradoura não possa ser identificada como entidade familiar apta a merecer proteção estatal, diante do rol meramente exemplificativo do art. 226, quando mais não seja em homenagem aos valores e princípios basilares do texto constitucional.

O Ministro Joaquim Barbosa, por sua vez, acrescentou, em seu voto, que estamos diante de uma situação que demonstra claramente o descompasso entre o mundo dos fatos e o universo do Direito. Ou seja, uma situação em que o Direito não foi capaz de acompanhar as profundas e estruturais mudanças sociais, não apenas entre os brasileiros, mas em escala global. É precisamente nessas situações que se agiganta o papel das Cortes constitucionais, estas que fazem a ponte entre o mundo do Direito

e a Sociedade, isto é, cumpre-lhes fazer o que Aaron Barak qualifica como *bridging the gap between law and Society* (p. 723)*:* resolver a lacuna entre direitos e sociedade.

Ainda sustentou que estas relações em nada diferem das relações afetivas heterossexuais, a não ser pelo fato de serem compostas por pessoas do mesmo sexo. Essa realidade social é incontestável. Essas uniões sempre existiram e existirão. O que varia e tem variado é o olhar que cada sociedade lança sobre elas em cada momento da evolução civilizatória e em cada parte do mundo.

O mesmo Ministro, acerca do "silêncio" da Constituição sobre a matéria, ainda lançou os questionamentos: o silêncio da Constituição deve ser interpretado como indiferença, desprezo ou hostilidade? Quis mesmo o constituinte de 1988 manter [...] banidas, as escolhas afetivas feitas por um número apreciável de cidadãos, com as consequências jurídicas e materiais daí decorrentes? (fls. 724). A resposta dada por ele foi negativa e justificou que, por ser essa a intenção do legislador constituinte, cabe à Corte defender esses direitos e justifica a "judicialização e sua decisão acerca da homoafetividade" para justamente impedir o sufocamento, o desprezo, a discriminação pura e dura de um grupo minoritário pelas maiorias estabelecidas. Então, concluiu

que o reconhecimento dos direitos oriundos de uniões homoafetivas encontra fundamento em todos os dispositivos constitucionais que estabelecem a proteção dos direitos fundamentais, no princípio da dignidade da pessoa humana, no princípio da igualdade e da não-discriminação.

O Ministro Celso de Mello (p. 823), por sua vez, em seu voto, constatou que o julgamento deixará marcas na vida do país e que imprimirá novos rumos na vida dos homossexuais. Considerou que o julgamento em questão consagrou uma nova concepção de direito fundada em nova visão de mundo, buscando engendrar a instauração e a consolidação de uma ordem jurídica genuinamente inclusiva. Logo, enquanto a lei não acompanha a evolução da sociedade, a mudança de mentalidade, a evolução do conceito de moralidade, ninguém, muito menos os juízes, pode fechar os olhos a essas novas realidades. Posturas preconceituosas ou discriminatórias geram grandes injustiças. Descabe confundir questões jurídicas com questões de caráter moral ou de conteúdo meramente religioso. Essa responsabilidade de ver o novo assumiu a Justiça ao emprestar juridicidade às uniões extraconjugais.

Deve, agora, mostrar igual independência e coragem quanto às uniões de pessoas do mesmo sexo. Ambas são relações

afetivas, vínculos em que há comprometimento amoroso. Assim, impositivo, a seu ver, reconhecer a existência de um gênero de união estável que comporta mais de uma espécie: união estável heteroafetiva e união estável homoafetiva. Ambas merecem ser reconhecidas como entidade familiar. Havendo convivência duradoura, pública e contínua entre duas pessoas, estabelecida com o objetivo de constituição de família, mister reconhecer a existência de uma união estável. Independente do sexo dos parceiros, fazem jus à mesma proteção. Nesse momento do voto, o ministro Celso de Mello examinou o papel importantíssimo desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal: é ele quem é investido de poder para proteger a minoria em face dos excessos da maioria ou até mesmo contra omissões no que se refere aos direitos daqueles que sofrem com preconceito e com a discriminação. Nesse contexto, a seu ver, o STF assumiu uma função contramajoritária, sobretudo diante das correntes majoritárias representadas pelo Congresso Nacional que se opõem às propostas de incorporação ao sistema de direito positivo.

O Ministro Celso de Mello explicou por qual motivo não se trata de ativismo judicial: “dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de

que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada, como na espécie, por pura e simples omissão dos poderes públicos" (p. 867).

Assim, concluiu pela declaração de obrigatoriedade do reconhecimento, como entidade familiar, da união entre pessoas do mesmo sexo desde que atendidos os mesmos requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher, além de também reconhecer, com idêntica eficácia vinculante, que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendem-se aos companheiros na união entre pessoas do mesmo sexo.

3 ANÁLISE À LUZ DO ARTIGO "JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA" DE LUÍS ROBERTO BARROSO:

O avanço na justiça constitucional tem-se mostrado como uma tendência mundial, no Brasil, por conta do modelo institucional adotado, isso ocorre de maneira especial. O ativismo judicial, nesse contexto, não raro, é tratado sob um viés negativo, no sentido de significar uma participação proativa, mais ampla e

intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, consubstanciado em práticas como aplicação direta da Constituição em situações não expressamente contempladas; declaração de inconstitucionalidade com base em critérios pouco rígidos, bem como a imposição e certas condutas ao Poder Público em relação a políticas públicas. O oposto de ativismo, é a "autocontenção judicial", postura a evitar a interferência nas ações dos outros poderes. Em alguns casos, o Judiciário, inevitavelmente, adota posturas consideradas "ativistas" nesse sentido.

A judicialização, por sua vez, apesar de "prima", com o ativismo não se confunde. Com efeito, conforme demonstra Luís Roberto Barroso (2009), presenciamos o fenômeno da judicialização, isto é, questões políticas e sociais estão sendo respondidas pelo poder Judiciário e não pelos órgãos tradicionais (legislativo e executivo). A judicialização, nesse sentido, "não decorre da vontade do Judiciário, mas sim do constituinte".

Segundo Barroso, o fenômeno da judicialização remonta ao período da redemocratização, no qual houve o fortalecimento e a expansão do poder judiciário, bem como um aumento da demanda por justiça, tendo em vista que o ambiente democrático reavivou a cidadania. Além disso, a Constituição Federal de 1988

é analítica, ou seja, trata de diversas matérias de forma detalhada, o que potencializa a possibilidade de serem trazidas para o Judiciário. O sistema de controle de constitucionalidade também contribui para tanto, na medida em que diversos órgãos e entidades podem ajuizar ações diretas, desse modo, qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao Supremo Tribunal Federal. Com efeito, nos últimos anos, o STF se pronunciou acerca de diversos temas, inclusive, os contravertidos, como a pesquisa com células tronco embrionárias.

No caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.227, o tema é a união homoafetiva enquanto instituto jurídico. É preciso ter em mente que, no caso em questão, o legislativo deixou de atuar, ou seja, não se aprovou qualquer regulação a esse respeito. Enquanto isso, a realidade social não parou no tempo, os casais homoafetivos demandavam uma série de respostas: quais os direitos que tinham entre si enquanto casal? Os documentos de alienação tinham que ser assinados pelos dois? Em caso de separação haveria direito à pensão? Como é que seria feita uma eventual partilha de bens? Poderiam adotar uma criança? Desta maneira, devido à falta de consenso no legislativo em relação ao

tema, os interessados angustiados recorreram, então, ao Judiciário, buscando uma solução.

O STF, então, foi provocado a ser manifestar e o fez segundo as funções conferidas pela Constituição, buscando garantir que não fossem feridos preceitos constitucionais fundamentais. Os argumentos da maioria dos ministros ressaltaram vários desses preceitos presentes na Constituição, sobretudo, o princípio da dignidade da pessoa humana, a isonomia, os direitos de personalidade, o princípio da liberdade, o princípio da segurança jurídica, o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade. Ou seja, tal como afirma Barroso, agiram velando "pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais, funcionando como um fórum de princípios – não de política – e de razão pública – não de doutrinas abrangentes, sejam ideologias políticas ou concepções religiosas".

Uma das principais abordagens consagrou-se no conceito de família abordado: um instrumento de proteção da dignidade dos seus integrantes e do livre exercício de seus direitos fundamentais. Assim, independentemente de sua formação, a ideia é permitir o desenvolvimento e garantir a existência livre e autônoma de seus membros. Como a união homoafetiva se encaixa no conceito constitucionalmente adequado de família,

merece a mesma proteção conferida pelo Estado à união de indivíduos de sexos opostos. E a importância dessa discussão reside justamente no fato de que definir “família” implica em dizer que tipo de ator social pode ter acesso a determinadas políticas públicas.

Diante da apresentação de diversos fundamentos, o Judiciário, portanto, em uma decisão unânime estabeleceu que as uniões homoafetivas devem ser tratadas da mesma forma que as uniões heterossexuais, sobretudo, porque estão baseadas nos mesmos pressupostos. Ao proferir o julgamento o STF está viabilizando a plena realização dos valores da liberdade, da igualdade, e da não discriminação, elementos essenciais para a configuração de uma verdadeira sociedade democrática. Fica evidente que a judicialização, tal como afirmava Barroso, é inevitável, ela é um fato. O STF decidiu, interpretando conforme a Constituição, porque era o que lhe cabia fazer enquanto guardião. E isso é possível e legítimo porque o modelo institucional brasileiro assim o permitiu. Com efeito, importante destacar, por fim, que tal decisão não se deu por puro arbítrio, mas sim com base nos preceitos constitucionais e nos limites de suas funções, concedidas pelo próprio texto constitucional.

4 ANÁLISE SOBRE A IMPORTÂNCIA E REFLEXOS DO RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA:

Diante de uma inércia do Poder Legislativo em reconhecer e legislar sobre a isonomia dos casais homoafetivos, através, por exemplo, da atualização de dispositivos como o art. 1.723 do CC e o art. 226 da CF, coube ao Judiciário, no caso, ao Supremo Tribunal Federal conferir uma interpretação conforme, principalmente através dos princípios constitucionais, para garantir aos casais homoafetivos o direito à união estável, reconhecendo, por conseguinte, todos os direitos e obrigações decorrentes desta.

Para além disso, conforme destaca Antônio Moreira Maués (2015, p. 148), defender o contrário, no sentido de que a Constituição veda o reconhecimento da união homoafetiva, implicaria encontrar algum princípio constitucional que justificasse esta notória forma de discriminação, o que, evidentemente, não existe, pelo contrário, é vedada qualquer forma de discriminação, o que decorre do próprio princípio da isonomia.

A partir dessa histórica decisão, que inclusive foi inscrita como patrimônio documental da humanidade no Registro

Nacional do Brasil, o STF, de uma vez por todas, confirmou um novo paradigma, tendo em vista que, ainda hoje, em pleno século XXI, são vítimas de muito preconceito por parte da sociedade, sobretudo, por grupos fundamentalistas guiados por alguns dogmas religiosos. Buscou-se, então, superar aquele velho entendimento de que família é apenas aquela formada pela união de uma mulher, um homem e filhos.

Como bem declara Maria Berenice Dias (2016, p. 14) que adota, em seu Manual, a expressão "Direito das Famílias", justamente no plural, afinal, "não mais cabe deixar de trazer as famílias homoafetivas, expressão de afetividade que vem obtendo respeitabilidade social e visibilidade jurídica, graças ao Poder Judiciário". Complementa dizendo que, a partir desta decisão do STF em questão, passou a Justiça a admitir a conversão da união homoafetiva em casamento. E também, de imediato, "o Superior Tribunal de Justiça admitiu a habilitação para o casamento diretamente junto ao Registro Civil, sem ser preciso antes formalizar a união para depois transformá-la em casamento". E, ainda, o Conselho Nacional de Justiça, depois, proibiu a negativa de acesso ao casamento e reconheceu a união homoafetiva como união estável (DIAS, 2016, p. 238).

Além disso, o Conselho Federal de Medicina admite que casais homoafetivos façam uso dos métodos de inseminação artificial para constituírem famílias com filhos. Por isso, não raro, os casais femininos utilizam o óvulo de uma delas que, então, é fertilizado *in vitro* e implantado no útero da outra. Desse modo, a parceira que dá a luz não é mãe biológica, mas sim a gestacional. Os casais masculinos normalmente recolhem material genético de ambos, até para não saberem qual é o pai da criança que irá nascer, então, é feita a fecundação em laboratório e utiliza-se a gravidez por substituição (DIAS, 2016, p. 503).

O Poder Judiciário, nesse diapasão, vem admitindo o registro em nome dos dois pais quando do nascimento. A título de exemplo, cita-se o julgado da 3ª Turma do STJ (REsp 1608005/SC), de 14/05/2019, que manteve o registro civil de uma criança com dupla paternidade, filha de casal homoafetivo, nascida com o auxílio de reprodução assistida. Neste caso, o Relator Min. Paulo de Tarso Sanseverino destacou a evolução jurisprudencial sobre o assunto no Brasil e exemplificou com o Provimento 63 do Conselho Nacional de Justiça de 14 novembro de 2017 e entendeu que "não havendo vínculo de parentesco com a genitora, há tão somente a paternidade biológica da criança, registrada em seus assentos cartorários, e a pretensão declaratória

da paternidade socioafetiva pelo companheiro". De acordo com Eduardo Vasconcelos dos Santos Dantas, vice-presidente da Comissão Biodireito e Bioética do IBDFAM, a decisão reforça a construção jurisprudencial ocorrida nos últimos anos: "o caso em questão teve sua tramitação iniciada há alguns anos, tendo havido importantes avanços ao longo do tempo, a exemplo do Provimento 63/2017 do CNJ, e a Resolução 2168/2017 do Conselho Federal de Medicina" (IBDFAM, 2019).

Outrossim, também é plenamente reconhecida a possibilidade jurídica de adoção por casais homoafetivos. Antes, o grande obstáculo era em relação ao art. 42, parágrafo 2º, do ECA, que exige, no seu texto, a condição de que os adotantes sejam casados ou mantenham união estável. Hoje, restou superada tal discussão, graças ao referido reconhecimento pelo STF, conferiu-se às uniões homoafetivas o *status* de entidade familiar equiparando-as às heterossexuais. Ou seja, devem ser observados, na prática, os outros requisitos e sempre o melhor interesse da criança.

Além disso, a 4ª Turma do STJ, em 03/03/2015, no REsp 1302467/SP, sob relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, citando o referido julgado do STF (ADI 4.277/DF), reconheceu a possibilidade de cautelar de alimentos provisionais para a

proteção do companheiro em situação precária e de vulnerabilidade, concluindo que "a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma automizada família, incluindo-se aí o reconhecimento do direito à sobrevivência com dignidade por meio do pensionamento alimentar".

De acordo com Alexandre Gustavo e Paulo Roberto (2013, p. 68-73), o que foi realmente um novo desdobramento da decisão do STF foi a possibilidade de conversão de uniões homoafetivas em casamento, o que é fruto de uma "interpretação construtiva de princípios jurídicos de pluralidade, diversidade de igualdade fundados na Constituição e em uma história institucional desses mesmos princípios". Além disso, esses autores entendem que, sob a ótica da hermenêutica jurídica, não há, no art. 226, parágrafo 3º, da CRFB/88, qualquer proibição normativa que impeça a exegese analógica/extensiva aqui defendida, justamente porque a análise tem como pressuposto o aspecto da afetividade. Nesse sentido, não existe qualquer motivação lógico-racional que justifique a negativa do regime jurídico da união estável a casais homoafetivos, afinal, reconhecer a proteção expressa para

homem e mulher não significa vedar proteção para dois homens ou duas mulheres.

Ainda, destacam os referidos autores (2013, p. 77) que a simples hermenêutica constitucional garantiria a mesma solução, justamente através dos princípios instrumentais da unidade, da máxima efetividade e da concordância prática das normas constitucionais.

Ora, percebe-se, então, que além da importância do julgado em si da ADI 4.277/DF, uma verdadeira aula sobre direitos fundamentais, percebe-se os claros reflexos e consequências da mesma, possibilitando uma verdadeira adequação com os avanços da realidade prática e proteção de direitos.

5 CONCLUSÃO

A realidade do cotidiano da sociedade é bem mais dinâmica que a produção legislativa, embora esta seja bastante extensa no Brasil. Soma-se a isso a ideia do princípio da separação dos poderes, um dos pilares do próprio Estado Democrático de Direito. Em tese, cada um dos poderes tem a sua função primordial, mas, como não é estanque e rígida a divisão, não raro, a atividade de um acaba resvalando na do outro. Isso, em alguns

casos, é até esperado. Nesse sentido, vivencia-se o fenômeno da judicialização, isto é, questões que, diante da inércia do Legislativo, são levadas ao Judiciário, não que seja a solução pura e simples, mas é o método que vem sendo empregado para respostas rápidas a situações ainda não contempladas pela legislação, principalmente, quando são assuntos relacionados às minorias.

Nesse ínterim, o papel do Supremo Tribunal Federal é justamente o de guardar da Constituição, não é inovar no ordenamento jurídico, mas sim interpretar de modo a garantir a aplicabilidade e supremacia do próprio texto constitucional. É notório que o princípio da isonomia é um dos principais do ordenamento jurídico e acompanha a humanidade desde os primórdios das primeiras declarações de direito, agora, inclusive, sob o aspecto material. No mais, consagra-se o próprio princípio da legalidade, na medida em que, se não há vedação expressa na Constituição Federal, tampouco no Código Civil, assim, não há nada que pudesse impedir uma interpretação inclusiva nesse sentido.

Nesse caso, os Ministros, de maneira unânime, adotaram uma postura em favor da isonomia e contra qualquer tipo de discriminação. A própria isonomia, então, garante aos casais

homoafetivos o mesmo tratamento conferido aos casais heterossexuais. Além disso, abordando a família, sob uma perspectiva hermenêutica, a principal ideia é a de afetividade e isto independe de gênero, orientação sexual, propriedade, enfim. O problema é que o preconceito enraizado na sociedade ou o "moralismo majoritário", muitas vezes, impede ou atrasa o reconhecimento e a positivação de algo tão óbvio.

Tanto o art. 1.723 do CC quanto o art. 226 da CF falam em homem e mulher. O STF, então, determinou a aplicação analógica do mesmo art. 1.723 do CC, dos mesmos efeitos patrimoniais que decorram da união estável entre pessoas de sexo diferente, para aplicar a união estável homoafetiva. Nesse caso, o STF fez uso da analogia *juris*, aplicação de um conjunto de normas próximas.

Com efeito, o STF concedeu ao companheiro o mesmo tratamento do cônjuge, assim considerou inconstitucional o tratamento diferenciado conferido pelo art. 1.790 do CC, porque este conferia uma forma de participação sucessória do companheiro pior do que aquele regime de união estável da lei anterior.

Nesse Caso, ainda, por conta da segurança jurídica, e para abranger as situações dos casais concebidos desde a promulgação do CC até o reconhecimento da inconstitucionalidade do 1.790 do

CC, o STF fez a modulação de efeitos, no sentido de estabelecer que até certa data o art. 1.790 produziu efeitos, mas de determinado ponto em diante não vai mais produzir efeitos.

Passados dez anos desde o julgamento, notou-se que a questão do reconhecimento das uniões homoafetivas reverberaram de maneira positiva, e há o que se comemorar, afinal, o reconhecimento, por parte do Supremo Tribunal Federal, das uniões homoafetivas consagrou verdadeiro avanço, à medida em que garantiu as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva, logo, se a conversão em casamento é uma possibilidade desta, também o será para aquela, ou seja, colocou uma pá de cal em qualquer possibilidade de interpretação restritiva em sentido diverso.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. ADI N. 4.277 - Constitucionalidade e relevância da decisão sobre união homoafetiva: o STF como instituição contramajoritária no reconhecimento de uma concepção plural de família. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 65-92, June 2013. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S180824322013000100004&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 16 jan. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Atualidades Jurídicas**, n. 4., jan/fev- 2009, Brasília: OAB Editora: Disponível em: http: //www.oab.org.br/oabeditora. Acesso em: 05 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277/DF- Distrito Federal. Rel. Ministro Ayres Britto. **Pesquisa de jurisprudência**, Acórdãos, 05 mai. 2011. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635. Acesso em: 04 dez. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1302467/SP- São Paulo. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 03 de mar. 2015. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp. Acesso em: 04 dez. 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias (livro eletrônico**).- 4. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA (IBDFAM). Notícias, 04/09/2019. **STJ mantém registro civil de criança com dupla paternidade e sem nome da mãe.** Disponível em: https://www.ibdfam.org.br/noticias/7045/STJ+mantém+registro+civil+de+criança+com+dupla+paternidade+e+sem+nome+da+mãe#:~:text=A%20Terceira%20Turma%20do%20Superior,o%20auxílio%20de%20reprodução%20assistida.&text=Em%20primeira%20instância%2C%20o%20pedido,dupla%20paternidade%20foi%20julgado%20procedente. Acesso em: 05 dez. 2020.

MANAUÉS, Antonio Moreira. Capítulos de uma História: a decisão do STF sobre união homoafetiva à luz do direito como integridade. **Sequência (Florianópolis),** n. 70, p. 135-162, jun. 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícias, 12/12/2018, **Decisão do STF sobre união homoafetiva é reconhecida como patrimônio documental.** Disponível em: https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=398482. Acesso em: 05 dez. 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Notícias, 27/06/2019. **Mantida decisão que permitiu registro de dupla paternidade sem inclusão do nome da mãe biológica.** Disponível: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Mantida-decisao-que-permitiu-registro-de-dupla-paternidade-sem-inclusao-do-nome-da-mae-biologica.asp. Acesso em: 05 jan. 2021.

OS DIVERGENTES POSICIONAMENTOS NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO EM AÇÕES REVISIONAIS DE CONTRATOS BANCÁRIOS COM INCIDÊNCIA DE JUROS REMUNERATÓRIOS CONSIDERADOS ABUSIVOS.

Francine Larissa Faustino Ito[85]

1 INTRODUÇÃO

Com o presente trabalho tenciona proporcionar uma reflexão frente aos abusos por parte de instituições financeiras nos contratos bancários, em especial no que diz respeito aos contratos de empréstimos, negócio jurídico onde ocorre a entrega de uma quantia a alguém para restituí-la, bem como analisar a proteção jurídica do consumidor contra as cláusulas contrárias às normas do CDC, e o posicionamento jurisprudencial quando da constatação da abusividade.

Frente ao desequilíbrio contratual em relação à taxas abusivas de juros.

Quais são os limitadores a essa prática?

[85] Pós-graduanda em Direito Civil pela Universidade de São Paulo – USP. Advogada

Qual a sanção aplicada as instituições financeiras aos contratos de empréstimos bancários quando caracterizado o excesso na cobrança de juros?

Quais princípios jurídicos resta prejudicados nesta relação contratual?

Apresenta-se neste trabalho o método de abordagem hermenêutico, buscou-se a interpretação da norma de direito do consumidor a luz da compreensão dos valores que a fundamentam.

Para a consecução do objetivo, é utilizado como metodologia de procedimento o exploratório com finalidade de realizar estudo de caso com análise de acórdãos do tribunal de justiça de São Paulo em sede de Apelação e obras bibliográficas referentes ao tema.

Segundo Gil (2008, p. 28), “as pesquisas exploratórias são desenvolvidas como objetivo de proporcionar visão geral, do tipo aproximado, acerca de determinado fato.

2 ACÓRDÃO PARADIGMA

Registrado sob o nº: 2019.0000842541 na APELAÇÃO CÍVEL nº 1004461 83.2018.8.26.0481.

O trabalho tem como premissa a análise das decisões proferidas no Tribunal de Justiça de São Paulo, concernentes às ações revisionais de contratos bancários com incidência de juros remuneratórios considerados abusivos.

Foi proposta ação revisional de contratos, na qual o autor contratou empréstimo junto a instituição financeira ré, requerendo a análise e readequação das cláusulas contratuais a fim de reajustar os juros pactuados à média de mercado à época da contratação.

Requereu ainda a devolução em dobro dos valores pagos em excesso e danos morais.

Sobreveio sentença de primeiro grau da 1ª vara do foro de Presidente Epitácio-SP com julgamento improcedente dos pedidos condenando o autor ao pagamento das custas, despesas e honorários, fixados em R $1.000,00.

Irresignado, o autor interpôs recurso de apelação ao Tribunal de Justiça de São Paulo a fim de obter a reforma da sentença.

Em contrarrazões a instituição ré alegou inexistência de lei, regulamento ou normativa que imponha aos bancos, ou financeiras, limites quanto às taxas de juros a serem cobradas em operações de crédito com recursos livres.

Defendeu ainda a livre pactuação, bem como o cabimento da Súmula n.º 648 e Súmula Vinculante 7 impede a limitação dos juros a 12% ao ano.

A improcedência foi afastada pelo tribunal com a consequente reforma da sentença sob os seguintes argumentos:

a) Juros remuneratórios abusivos, no patamar de 22,00% ao mês e 1.050,78% ao ano. Onerosidade excessiva.
b) Aviltamento do princípio da dignidade da pessoa humana.
c) Necessária readequação das taxas pactuadas à média do mercado.
d) Pactuação de sucessivos empréstimos pessoais com o mesmo contratante com cobrança de juros remuneratórios extremamente excessivos.
e) Conduta abusiva. Devolução em dobro dos valores cobrado em excesso. Valores cobrados em desconformidade a média do mercado. Dano moral configurado. Necessidade punitivo-pedagógica.

A apelação foi julgada pela 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, houve divergência. A Turma Julgadora composta pelos Des. Edgard Rosa e Alberto Gosson. Reiniciado o julgamento, por maioria de votos deram provimento ao recurso, vencido em parte o relator sorteado. COM

DECLARAÇÃO, E O 2º JUIZ, QUE A ELA ADERE. ACÓRDÃO COM O 3º JUIZ.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ROBERTO MAC CRACKEN, vencedor, HÉLIO NOGUEIRA, vencido, MATHEUS FONTES (Presidente), EDGARD ROSA E ALBERTO GOSSON.

O relator argumentou que os juros pactuados, a ordem de 22,00% ao mês e 987,22% exorbita os limites da razoabilidade e proporcionalidade, dificultando o adimplemento do contrato.

Além da conduta inapropriada da instituição ré em oferecer diversos e simultâneos empréstimos ao apelante, mesmo sabendo do comprometimento da renda do contratante.

Caracterizada então a ausência de boa-fé, sendo compelida a ré a devolução em dobro dos valores já cobrados em taxa superior à média do mercado, sob a tutela do artigo 42 do código de defesa do consumidor.

O relator fez menção a casos análogos julgados pela 22ª câmara conforme se constata:

> CONTRATO BANCÁRIO. EMPRÉSTIMO PESSOAL. JUROS REMUNERATÓRIOS ABUSIVOS **RECONHECIDOS PELA SENTENÇA, COM DEVOLUÇÃO EM**

> **DOBRO DO EXCEDENTE DA MÉDIA.** DANO MORAL, PORÉM, NÃO CONFIGURADO. VERBA HONORÁRIO A CARGO DO RÉU, QUE NÃO APELOU HONORÁRIOS RECURSAIS INDEVIDOS. RECURSO IMPROVIDO. (Apelação Cível nº 1000274-35.2018.8.26.0383; Rel. Des. Matheus Fontes; Órgão Julgador: 22ª Câmara de Direito Privado)

Apontou ainda, não se tratar de mero aborrecimento por ser o autor, pessoa idosa e conter indício de vulnerabilidade, justificando o dano moral sendo tal situação motivo de desgaste e desconforto que o ordenamento jurídico não pode tolerar.

Aduziu a incidência de dano moral em caso análogo julgado na mesma câmara como se denota a seguir.

> AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE CONTRATUAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Dever de indenizar configurado. Pedido indenizatório procedente. O valor da indenização no montante de R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO considerando os elementos fáticos retratados nos autos, bem como os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Recurso provido. "(...) Como se observa dos autos, se extrai que o apelado impôs ao apelante frutos civis excessivamente exagerados (juros 22% ao mês e 987,22% ao ano na adimplência, fls. 15) O caso concreto caracteriza efetiva prática abusiva na forma do artigo 39, incisos IV e V, do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que o apelado exigiu

> vantagem excessivamente exagerada (art. 51, §1º inciso III, do CDC) e se prevaleceu da condição do consumidor (pessoa aposentada por invalidez) para impingir-lhe seus serviços, sendo que, como é cediço, a prática abusiva é em potencial, ou seja, configura ato ilícito por sua própria natureza, independentemente da existência de prejuízo ou de má-fé do fornecedor, que, na hipótese dos autos, encontra-se efetivamente materializado, pois o apelado cobrou juros efetivamente abusivos valendo se da situação do consumidor apelante. Por seu turno, a indenização por danos morais deve ser arbitrada em R $25.000,00, com base nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, bem como nas circunstâncias fáticas do litígio. (...)" (Apelação Cível nº 1000274-35.2018.8.26.0383; Órgão Julgador: 22ª Câmara de Direito Civil; Data de Julgamento: 30/08/2018)

Condenou a instituição financeira em R$10.000,00 (dez mil reais), a fim de que autor fosse ressarcido por todo desconforto suportado, por via reflexa, os suportados por seus familiares, concretizando o caráter punitivo pedagógico da decisão.

Declarou estar presentes no caso, em razão do todo retratado, a não observância do princípio da dignidade da pessoa humana.

Contudo, ao pesquisar os julgados no TJ-SP, conclui-se que há divergências quanto ao posicionamento jurisprudencial, não havendo uniformização das decisões quanto ao tema exposto.

Em caso análogo em ação revisional de contrato onde figurou no polo passivo da ação que ensejou a apelação a mesma instituição financeira do acórdão paradigma.

Julgado pela 15ª Câmara de Direito Privado, o posicionamento e no sentido do não cabimento da devolução em dobro dos valores pagos em excesso e da não incidência de dano moral tratando-se de mero aborrecimento.

> AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO C.C. REPETIÇÃO DO INDÉBITO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E TUTELA PROVISÓRIA – EMPRÉSTIMOS PESSOAIS FEITOS JUNTO À CREFISA S.A. – Alegada cobrança abusiva de juros, buscando sua limitação da taxa à média de mercado, a repetição em dobro de valores pagos a maior e indenização por danos morais – Parcial procedência, para reconhecer a abusividade da cobrança da taxa de juros dos contratos de empréstimo, determinando sua substituição pela taxa média de mercado divulgada pelo Banco Central no mês da contratação, e autorizando a restituição em dobro dos valores pagos em excesso – Apelo de ambas as partes – Juros cobrados que, realmente, destoam de forma substancial da taxa média de mercado em operações similares, perfazendo aproximadamente uma cobrança três vezes e meia e nove vezes e meia acima da média praticada no mercado – Aplicação deliberada e sem qualquer justificativa plausível de juros abusivos – Limitação à taxa média de mercado, conforme o Bacen, corretamente determinada – **Repetição do indébito em dobro que deve ser afastada, pois somente tem aplicação quando evidenciada a**

> **cobrança de má-fé, o que não ocorre na espécie, já que a cobrança decorreu de prévia e, até então, válida pactuação – Restituição simples determinada, acrescida de juros de mora e correção monetária – Danos morais inocorrentes,** tratando-se de hipótese de mero aborrecimento – Inexistência de abalo emocional, vergonha perante as pessoas ou dano de difícil reparação – Indenização não concedida – Sentença modificada em parte – RECURSO DO AUTOR DESPROVIDO, E DA RÉ PARCIALMENTE PROVIDO. (TJ-SP – AC: 10044923820198260168 SP 1004492-38.2019.8.26.0168, Relator: Ramon Mateo Júnior, Data de Julgamento: 27/10/2020, 15ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 27/10/2020)

No julgado em apreço, o relator Ramo Mateo Junior, discorreu não haver repetição em dobro dos valores, na hipótese argumentando ser aplicável restituição dobrada dos valores cobrados de forma indevida, conforme previsão do parágrafo único do artigo 42 o Código de Defesa do Consumidor, quando da análise do caso restar evidenciado o pagamento efetuado em decorrência de má-fé do credor.

Na visão do relator não ocorreu má-fé, pois houve a prévia e, até então, válida pactuação.

Determinando a reforma da sentença de primeiro grau, no tocante a devolução dos valores cobrados a maior, na forma simples, acrescida de juros de mora de 1% ao mês, a contar da

citação e correção monetária pela tabela prática do Tribunal de Justiça de São Paulo, a partir da data do ajuizamento.

Assinalou quanto a pretensão de indenização em danos morais, ser incabível.

> Inobstante a alegada falta de boa-fé e lealdade contratual da requerida, ante a cobrança de juros em patamares astronômicos pela ré, não ocorreu, no entender deste Relator, danos morais indenizáveis, e sim meros aborrecimentos.

Colacionou ao julgado a fim de fundamentar os argumentos ao afastamento da indenização outro julgado da mesma câmara.

> CONTRATO BANCÁRIO - EMPRÉSTIMO - Limitação da taxa de juros remuneratórios - Dano moral - Situação não verificada -Indenização descabida - Impossibilidade de devolução dobrada de valores - Sucumbência recíproca igualmente mantida, sem majoração de honorários, já que não estabelecidos - Recurso desprovido. (Apelação nº 1000926-70.2019.8.26.0204, Rel. Des. Vicentini Barroso, 15ª Câmara de Direito Privado, j. 15/05/2020).

Muito embora trata-se de relação de consumo, ao fundamentar as decisões, os desembargadores, amparam seus argumentos não apenas aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, contidos no código de defesa do consumidor, mas revelam sobre tudo violação ao princípio da dignidade da pessoa humana e mínimo existencial.

3 FUNDAMENTOS TEÓRICOS

Em face do entendimento do Relator, desembargador Roberto Mac Cracken, ao referenciar que a taxa estipulada pela instituição financeira ultrapassa os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, possibilita apreciar o código de defesa do consumidor quanto seus aspectos a proteção do consumidor.

Importante destacar o texto da carta constitucional, no Título VII – da Ordem Econômica e Financeira, bem como o teor do seu art. 170, caput, pautado no desenvolvimento econômico voltado para a livre iniciativa e a – justiça social. Da leitura do inciso V temos como princípio básico, fundado na valorização do trabalho e na livre iniciativa, a defesa do consumidor.

No mesmo norte, o artigo 6º do CDC ao descrever os direitos básicos do consumidor.

> Art. 6º São direitos básicos do consumidor:
> I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;
> II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;
> III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características,

> composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;
> IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;
> V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;
> VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;
> VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;
> VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;
> IX - (Vetado);
> X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

Afere-se do acórdão paradigma, que a decisão encontra total simetria ao contido no art. 6º do Código Consumerista e art. 170 da Carta Magna a uma ordem econômica inclinada a valorização do trabalho e a livre iniciativa, de acordo com os

ditames da justiça social, com o fim inequívoco de garantir a todos uma vida digna.

Ao passo que a existência de proteção a cláusulas contratuais abusivas, que podem ser entendidas como “cláusulas opressivas, cláusulas onerosas ou, ainda, cláusulas excessivas” (GRINOVER, 1997, p.400).

Como bem ensina Ada Pellegrini Grinover é abusiva aquela cláusula que notadamente é mais desfavorável à parte mais fraca na relação contratual, no caso, o consumidor.

Com efeito, do contrato discutido no acordão paradigma, verificou-se estipulação de taxas que extrapolam a média de mercado, a índices de 22,00% ao mês e 1.050,78% ao ano gerando então onerosidade excessiva ao consumidor.

Para Alberto do Amaral Júnior, quando o cdc “procura reprimir as cláusulas contratuais abusivas, o que se tem em vista não é evitar o abuso de direito, mas busca-se impedir a estipulação de cláusulas contratuais que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada perante o fornecedor” (AMARAL JÚNIOR, 1993, p.31.)

A incidência de cláusulas abusivas nas relações contratuais, consiste na possibilidade de o contratado predispor, unilateralmente, as cláusulas contratuais, colocando o

consumidor em desvantagem exagerada em relação ao fornecedor, surgindo, então, a necessidade de controle das cláusulas estabelecidas nos contratos pelo Judiciário.

Para Pontes de Miranda ´´Há atos ilícitos *stricto sensu*, há atos-fatos ilícitos e há fatos ilícitos *stricto sensu*´´ (PONTES DE MIRANDA, 2008, p.101.)

Retratou em sua obra Tratado de Direito Privado tomo LIII que o direito das obrigações deve considerar os fatos ilícitos absolutos, sendo a ofensa ao corpo humano, aos animais pertencentes a outrem e a bens inanimados, já no tocante aos fatos ilícitos relativos, exemplificando a infração da clausula contratual.

Acrescentou ainda sobre a responsabilidade pelo ato ilícito ter fundamento moral, ´´ porque se supõe, para a imputação, que o homem tenha de agir como ser que tem de adaptar-se à vida social e há de concorrer para crescente adaptação´´ (PONTES DE MIRANDA, 2008, p.265).

4 BOA FÉ OBJETIVA

Tal princípio ganhou expressividade no código civil de 2002 na visão da doutrina e à luz da legislação vigente, extrai-se três funções da Boa-Fé objetiva, sendo elas; interpretativa,

também chamada de hermenêutica; integrativa ou supletiva e a função de controle, ou reativa.

A respeito é o que se espera entre as partes na relação contratual. A boa-fé faz da relação contratual "uma relação de cooperação, impondo-se um dever de recíproca colaboração entre os contratantes em vista da realização do programa econômico estabelecido no contrato" (NEGREIROS, 2002, p.130).

A boa-fé objetiva princípio que é , e por essa razão não comporta hipótese normativa definida, devendo ser observada a relevância de sua incidência no caso concreto.

Visto como, princípio norteador do direito obrigacional vigente, confirmado esse posicionamento, no art. 113 ("os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração") e art. 422. ("os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé") do código civil.

O princípio da boa-fé é regra interpretativa, de possível reconhecimento em qualquer relação jurídica obrigacional como leciona Miguel Reale (REALE, 2021).

> a boa-fé não constitui um imperativo ético abstrato, mas sim uma norma que condiciona e legitima toda a experiência jurídica, desde a interpretação dos mandamentos legais e das cláusulas contratuais até as suas últimas consequências. Daí a necessidade de ser ela analisada como conditio sine qua non da realização da justiça ao longo da aplicação dos dispositivos emanados das fontes do direito, legislativa, consuetudinária, jurisdicional e negocial.

O Código De Defesa Do Consumidor faz menção a este princípio no artigo 51 inciso IV.

5 O ABUSO DO DIREITO

Como bem pontuou o ilustre Pontes de Miranda ao ensinar que "É licito todo exercício regular do direito. É irregular o que ofende interesses, quer se trate de interesses, materiais, quer de interesses imateriais" (PONTES DE MIRANDA, 2008, p.99).

Afirma ainda a expressão abuso de direito compreende qualquer exercício irregular, inclusive por ato negativo.

Segundo Pontes de Miranda ´a regra jurídica brasileira, impõe-se ao interprete como regra jurídica pré excludente: se há dano, dano quem exercia direito comete ato ilícito, salvo se regularmente o exercia, donde o ônus da prova, no direito brasileiro, ir ao culpado do dano, e não ao que sofre, pois a esse

somente incumbe provar o dano e a culpa, apontando a contrariedade a direito. O que alega ter sido o ato praticado no exercício regular do direito é quem de provar esse exercício e essa regularidade. ´´(Tratado de Direito Privado, vl.II, 185,II,pg291).

Sem a intenção de esgotar o tema, não menos importante as colocações de Orlando Gomes quanto a dificuldade de demonstrar o abuso de direito aduz que ´´ o exercício anormal de um direito pode criar para o prejudicado uma pretensão contra quem praticou o ato abusivo, ficando este obrigado a indenizar o dano causado ou \ abster-se da prática do ato abusivo. O abuso de direito constitui, desse modo, causa geradora de obrigações, ao lado dos atos ilícitos, com os quais não se confunde, mas dos quais se aproxima pela similitude de efeitos´´ (Obrigações,10ª ed. Rio,1993. p.31)

Do contexto atual, quer na jurisprudência, quer na doutrina, o tema é visto à luz da responsabilidade civil.

A doutrina atribui no código de defesa do consumidor aplicação da teoria do abuso de direito aos artigos 28 e na aplicação dos artigos 39 a 41 quanto às práticas abusivas e art. 51 a 54 ao perquirir cláusulas abusivas.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao analisar o acórdão paradigma e as divergências jurisprudenciais, quanto aos contratos de empréstimos bancários e a incidência de abusos por parte das instituições, ao colocar o consumidor em excessiva desvantagem, ao ponto de comprometer sua renda sem prover o mínimo existencial a si e sua família verificou-se afronta a dispositivos cogente de ordem pública e princípios como da boa-fé e dignidade da pessoa humana.

Os abusos recorrentes nas relações contratuais, motivadores de propositura de demandas no judiciário são as taxas de juros superiores ao padrão médio de mercado estabelecido pelo banco central, empréstimos pessoais com características de consignado, mas com juros elevados, descontos que excedem 30% dos vencimentos, não observância da margem do cliente o que leva esse ao superendividamento com oferta de simultâneos empréstimos e cobrança de remuneratórios e moratórios sem fundamentos.

São práticas incompatíveis com princípios da proporcionalidade, lealdade, confiança, boa-fé e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Quanto as sanções aplicáveis, em todos os casos houve a minoração da taxa de juros adequando-os a taxa média de mercado, contudo houve divergências quanto a devolução de valores pagos excedentes a taxa de média de mercado alguns julgados apontam pela possibilidade de devolução em dobro e outros ainda que caracterizada a abusividade inclinam pela não incidência devido a não caracterização de má-fé.

Posto isto, frisa-se a importância social e jurídica da questão.

Ainda que subsista dispositivos legais de proteção ao consumidor, este encontra apenas no judiciário a possibilidade de inibir os efeitos das abusividades das instituições financeiras reestabelecendo o equilíbrio na relação contratual. Contudo, as divergências jurisprudenciais e a inexistência de uniformização, dá margem as instituições a violar os preceitos do código de defesa do consumidor. Paira ainda, insegurança e incerteza de uma punição com caráter pedagógico capaz de modificar o comportamento dos Bancos nas relações contratuais, a fim de diminuir a quantidade de ações proposta.

Conclui-se que a questão carece de punição proporcional e uniformização dos julgados, obrigatoriedade em seguir os contratos de empréstimos bancários aos ditames do equilíbrio e

da boa-fé instituídos pelo Código de Defesa do Consumidor, não sendo as abusividades relativizadas ao ponto de ser tratadas como mero aborrecimento. Estabelecendo desse modo a possibilidade de uma relação contratual harmônica e equilibrada.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **A boa-fé e o controle das cláusulas contratuais abusivas nas relações de consumo**. Revista do Direito do Consumidor, n.6, abr./jun. 1993. p.31.

ESPÍNOLA, Eduardo. **DOS CONTRATOS NOMINADOS NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO**. 1ª. ed. Campinas - SP, BOOKSELLER, 2002.

AZEVEDO MAGALHÃES PINTO, Oriana Piske de. ESTATUTO DA CIDADANIA: Código de Defesa do Consumidor (CDC)**. Revista CEJ**, v. 21, n. 72, 2017.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 15. ed. Rio de Janeiro. 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, out.1997. p.400.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 3.ed. São Paulo: RT, 1998.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar 2002. p. 130

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **TRATADO DE DIREITO PRIVADO**. 1ª ed. Campinas - SP, BOOKSELLER, 2008. Tomo LIII, p. 99.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **TRATADO DE DIREITO PRIVADO**. 1ª ed. Campinas - SP, BOOKSELLER, 2008. Tomo LIII, p. 101.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **TRATADO DE DIREITO PRIVADO**. 1ª ed. Campinas - SP, BOOKSELLER, 2008. Tomo LIII, p. 265.

REALE, Miguel. **A Boa-fé no Código Civil**. Disponível em: acesso em: 12 de março 2021

OS REQUISITOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS UTILIZADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA A REVISÃO DOS CONTRATOS CIVIS COM BASE NA TEORIA DA IMPREVISÃO

Marcos Antonio Ruy Buarque Junior[86]

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho é referente à análise do Agravo Interno no Recurso Especial interposto por **RODRIMAR S/A TRANSPORTES E EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS E ARMAZÉNS GERAIS ("AGRAVANTE")**, contra a **COMPANHIA DOCAS DO ESTADO DE SÃO PAULO CODESP ("AGRAVADA")**[87]. Alega o agravante que houve

[86] Advogado; Ex-Assessor do TJ/ES; Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV); Especialista em Direito Administrativo pela USP/Ribeirão Preto; Especializando em Direito Civil "Novos Paradigmas Hermenêuticos" pela USP/Ribeirão Preto; Pós-graduado lato-sensu pela Escola de Magistratura do Estado do Espírito Santo (EMES).

[87] AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. TEORIA DA IMPREVISÃO E TEORIA DA ONEROSIDADE EXCESSIVA. HIPÓTESES DE CABIMENTO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NO INSTRUMENTO CONTRATUAL. SÚMULA 7 DO STJ.

1. Esta Corte Superior sufragou o entendimento de que a intervenção do Poder Judiciário nos contratos, à luz da teoria da imprevisão ou da teoria da onerosidade excessiva, exige a demonstração de mudanças supervenientes nas

violação do artigo 535 do Código Processual Civil de 1973[88], uma vez que a ausência de produção de provas impossibilitou a comprovação do desequilíbrio econômico-financeiro no contrato firmado pelas partes, bem como a onerosidade excessiva provocada por evento imprevisível ou imprevisível e extraordinário.

Neste acórdão, o Superior Tribunal de Justiça irá analisar os requisitos constitucionais e legais para a revisão dos contratos civis com base na Teoria da Imprevisão, especificamente a boa-fé objetiva das partes contratantes e a presença ou não do evento

circunstâncias iniciais vigentes à época da realização do negócio, oriundas de evento imprevisível (teoria da imprevisão) ou de evento imprevisível e extraordinário (teoria da onerosidade excessiva).
2. Na hipótese vertente, o Tribunal a quo ressaltou, explicitamente, que não pode ser reconhecida a imprevisão na hipótese vertente, em virtude de o recorrente ter pleno conhecimento do cenário da economia nacional, tendo, inclusive, subscrito diversos aditivos contratuais após os momentos de crise financeira, razão pela qual não seria possível propugnar pelo imprevisto desequilíbrio econômico-financeiro.
3. Nesse diapasão, o acolhimento da pretensão recursal, no sentido de reconhecer eventual onerosidade excessiva ou imprevisão, com o consequente desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, demandaria a alteração das premissas fático-probatórias estabelecidas pelo acórdão recorrido, com o revolvimento das provas carreadas aos autos, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos do enunciado da Súmula 7 do STJ.

[88] Artigo 535 – Cabem embargos de declaração quando: I - há no acórdão obscuridade, dúvida ou contradição; II - for omitido ponto sobre que devia pronunciar-se o tribunal.

imprevisível ou imprevisível e extraordinário, previstos no Código Civil.

A análise da boa-fé objetiva guarda relação direta com o fenômeno da constitucionalização do direito privado, assim para que seja possível a revisão dos contratos com base na Teoria da Imprevisão, não basta que o desequilíbrio econômico-financeiro tenha como fundamento o evento imprevisível ou imprevisível e extraordinário, previstos em lei, sendo necessário também que este evento imprevisível ou imprevisível e extraordinário, não seja de conhecimento das partes contratantes.

Trata-se de pesquisa do tipo documental, por ser o método aplicado para estudos envolvendo acórdãos (COACCI, p. 90, 2013).

2 CONCEITO DE CONTRATO

A doutrina conceitua o contrato como sendo o instrumento de conciliação de interesses contrapostos, firmado pelas partes contratantes com o objetivo de alcançar a pacificação social e o desenvolvimento econômico (GAGLIANO, p. 58, 2019). Na lição de Martins-Costa (MARTINS-COSTA, p. 69, 2015):

> Contratos são aqueles ousados atos de conteúdo patrimonial pelos quais nós, os humanos,

> queremos, hoje, prever, organizar e regrar o amanhã. São atos de apreensão de "pedaços do futuro" por meio da autonomia privada, pelo qual tentamos regulamentar determinados problemas práticos: como iremos comprar uma casa; como asseguramos o fornecimento de iogurtes nos supermercados; como o açúcar produzido em Pernambuco pode chegar ao Porto de Santos, em São Paulo, para atender ao mercado exportador [...].

No entanto, esse conceito de contrato, por restringi-lo apenas ao encontro de vontades, com a finalidade de alcançar segurança jurídica e patrimonial, restou insuficiente para compreender a sua dimensão e os seus efeitos no ordenamento jurídico, principalmente com o advento da Constituição Federal de 1988, que passou a disciplinar e a promover verdadeira releitura dos institutos de Direito Civil.

A partir da interpretação constitucional do Direito Civil, o contrato deve ser entendido através da relação de lealdade, de equilíbrio e de solidariedade, capaz de produzir efeitos jurídicos em cada um dos sujeitos envolvidos direta ou indiretamente no negócio (GERCHMANN, p. 207, 2013).

São princípios norteadores dos contratos a autonomia privada, a função social e a boa-fé objetiva.

A autonomia privada consiste no direito das partes contratantes na autodeterminação dos seus interesses, envolve a

liberdade de contratar, escolha do momento de contratar e de com quem contratar; e a liberdade contratual, relacionada ao conteúdo desse contrato. Ela não é tida como princípio absoluto no direito contratual, sendo mitigada pelas normas de ordem pública, em especial a função social do contrato e a boa-fé objetiva.

Os contratos, por sua vez, podem não se limitar aos interesses das partes contratantes e atingir direitos de terceiros, alheios à relação contratual. Em razão dessa possibilidade de difundir efeitos que ultrapassam as partes originárias e de alcançar terceiros, o contrato não pode ser interpretado individualmente, mas coletivamente, tendo em vista a sua função social.

A boa-fé objetiva é considerada preceito comportamental ético, nela se fazem presentes os deveres de lealdade, honestidade, solidariedade, correição, probidade e confiança dentro do contrato. Sua finalidade consiste em aperfeiçoar a vontade dos contratantes, a execução e a interpretação do negócio jurídico para que todos os envolvidos no contrato se comportem de modo compatível com o ordenamento jurídico (SILVESTRE, p. 783, 2015).

3 ANÁLISE DOS REQUISITOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS, UTILIZADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, PARA A APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPREVISÃO NO CONTRATO FIRMADO PELAS PARTES

O artigo 317[89] e o artigo 478[90], ambos do Código Civil de 2002, disciplinam a revisão dos contratos que tenham como fundamento o desequilíbrio econômico-financeiro.

Para Silvio Venosa, Maria Helena Diniz, Carlos Roberto Gonçalves, Álvaro Villaça e Paulo Lôbo, em posição majoritária, o Código Civil de 2002 adotou a Teoria da Imprevisão, cuja origem remete à antiga cláusula "*rebus sic stantibus*" (das coisas como estão, estando assim as coisas).

A Teoria da Imprevisão autoriza a revisão do contrato em razão de eventos supervenientes, imprevisíveis ou imprevisíveis e extraordinários, não imputáveis às partes contratantes. É a

[89] Artigo 317 do Código Civil de 2002 - Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

[90] Artigo 478 do Código Civil de 2002 - Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato.

aplicação do princípio da função social do contrato, por constituir norma que veda o desequilíbrio contratual e que obriga às partes a cumprirem o contrato da forma como originariamente contrataram (TARTUCE, p. 296, 2016).

Não será todo contrato que será passível de revisão com base na Teoria da Imprevisão. Para que isso seja possível é necessário que o contrato seja bilateral, com exceção da hipótese prevista no artigo 480, do Código Civil 2002[91], que permite a revisão de contratos unilaterais; precisa ainda ser oneroso; de execução diferida ou de execução continuada; comutativo; que o fundamento do desequilíbrio econômico-financeiro seja em decorrência de motivo imprevisível ou imprevisível e extraordinário; e que este motivo imprevisível ou imprevisível e extraordinário resulte em onerosidade excessiva ou desequilíbrio do contrato.

Além desses requisitos, o artigo 478, do Código Civil de 2002[92], ainda prevê a necessidade de se provar a extrema

[91] Artigo 480 do Código Civil de 2002 - Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

[92] Artigo 478 do Código Civil de 2002 - Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos

vantagem para a outra parte. No entanto, de acordo com o Enunciado nº 365, da 4ª Jornada de Direito Civil[93], a demonstração dessa extrema vantagem pela parte prejudicada deve ser interpretada como circunstância meramente acidental, não sendo considerada elemento essencial para a revisão do contrato.

Diferentemente do Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor não adotou a Teoria da Imprevisão, mas sim a Teoria do Rompimento da Base Objetiva do Contrato que prevê requisitos menos rígidos para a revisão dos contratos, com o objetivo de garantir o equilíbrio na relação contratual e de oferecer maior proteção ao consumidor.

Pela Teoria do Rompimento da Base Objetiva do Contrato, a revisão do contrato tem como fundamento somente na prova da onerosidade excessiva. Assim, de acordo com ela, é possível a revisão das cláusulas contratuais originariamente desproporcionais ou que em razão de motivos supervenientes se

extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato.

93 Enunciado nº 365 – Art. 478. A extrema vantagem do art. 478 deve ser interpretada como elemento acidental da alteração das circunstâncias, que comporta a incidência da resolução ou revisão do negócio por onerosidade excessiva, independentemente de sua demonstração plena.

tornaram excessivamente onerosas para o consumidor. O objetivo é preservar o contrato de consumo.

No acórdão em análise, o Superior Tribunal de Justiça irá verificar se estão presentes ou não os requisitos para a aplicação da Teoria da Imprevisão no contrato firmado pelas partes.

Ao apreciar a matéria, o Tribunal de instância inferior negou provimento ao pedido de revisão judicial com base na Teoria da Imprevisão, uma vez que pelas provas constantes nos autos, o recorrente possuía o conhecimento da situação econômica vivida pelo país, tanto que assinou vários aditivos contratuais em momentos de crise financeira no mercado nacional e no cenário econômico mundial.

Em decisão monocrática, o Superior Tribunal de Justiça manteve o acórdão proferido pelo Tribunal de instância inferior, entendendo que o reconhecimento do evento imprevisível ou imprevisível e extraordinário alegado, com o consequente desequilíbrio econômico-financeiro, teria como obstáculo a Súmula nº 07, do Superior Tribunal de Justiça.[94]

[94] Súmula 07, do STJ – A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

Interposto o agravo interno contra esta decisão monocrática, o Superior Tribunal de Justiça novamente negou provimento ao recurso. Fundamentou a sua decisão no sentido de que como restou comprovado no acórdão proferido pelo Tribunal de instância inferior que o recorrente possuía o real conhecimento de todo o cenário econômico-financeiro apresentado à época do contrato, não seria possível identificar a imprevisibilidade que justificaria a aplicação da Teoria da Imprevisão no desequilíbrio econômico-financeiro alegado. Ademais, eventual mudança no contexto fático-probatório determinado pelo acórdão do Tribunal de instância inferior, teria como consequência o reexame das provas do processo, o que é vedado pela Súmula nº 07, do Superior Tribunal de Justiça.[95]

4 CONCLUSÃO

A relação jurídica contratual apresentada no presente acórdão envolve matéria de Direito Civil.

O Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento no sentido de que a intervenção do Poder Judiciário nos contratos exige mudanças supervenientes em relação àquelas inicialmente

[95] Ibid.

pactuadas, decorrente de evento imprevisível ou imprevisível e extraordinário.

A análise, pelo Tribunal de instância inferior, se o evento imprevisível ou imprevisível e extraordinário alegado era ou não de conhecimento de ambas as partes, para a revisão do contrato com base na Teoria da Imprevisão, guarda relação direta com a boa-fé objetiva. Vale destacar que a boa-fé objetiva nos contratos deriva do fenômeno da constitucionalização do direito privado e pode ser considerada, ao lado do evento imprevisível ou imprevisível e extraordinário, previstos pelo Código Civil, como requisito para que seja permitida a sua revisão judicial.

Por fim, quando o Superior Tribunal de Justiça analisa a boa-fé objetiva das partes contratantes a partir da premissa de que o evento imprevisível ou imprevisível e extraordinário era de conhecimento do recorrente, conforme estabelecido no acórdão proferido pelo Tribunal de instância inferior, se utiliza de argumentos retóricos racionais para afastar a Teoria da Imprevisão, uma vez que se há o conhecimento do evento imprevisível ou imprevisível e extraordinário pelo recorrente, não existe a imprevisibilidade necessária para autorizar a aplicação da Teoria da Imprevisão.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MARTINS-COSTA, Judith. Como harmonizar os modelos jurídicos abertos com a segurança jurídica dos contratos? (notas para uma palestra). **Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil** , Rio de Janeiro, v.5, jul./set., 2015.

GAGLIANO, P.S. **Novo curso de direito civil**. Volume 4: contratos. 2.ed. unificada. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GERCHMANN, S.; CATALAN, M. Duzentos anos de historicidade na ressignificação da ideia de contrato. **Revista Direito do Consumidor – RDC**, São Paulo, v.90, 2013.

SILVESTRE, G.O.; OLIVEIRA, G.F. A manutenção da base objetiva do contrato na onerosidade excessiva no Brasil. **Revista Jurídica Luso-Brasileira (RJLB*)***, Rio de Janeiro, Ano 1, n.2, p. 773-810, 2015.

TARTUCE, F. **Manual de direito do consumidor**: direito material e processual. 5.ed.rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2016.

PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE: DAS TESES FIXADAS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA (IAC) NO RECURSO ESPECIAL (RESP Nº1.604.412/SC) E A PREJUDICIALIDADE DA SUA APLICAÇÃO RETROATIVA

Willian Darcoletto Ennes[96]

1 INTRODUÇÃO

O acórdão escolhido como paradigma se trata de Recurso Especial (REsp 1.604.412 / SC) onde a 2ª seção do STJ concluiu o julgamento do primeiro IAC - Incidente de Assunção de Competência desde que o instituto, antes chamado de deslocamento de competência ou afetação, foi revitalizado e fortalecido pelo CPC/15. No mencionado recurso foram fixadas teses que tratam sobre o cabimento da prescrição intercorrente e a eventual imprescindibilidade de intimação prévia do credor; e da necessidade de oportunidade para o autor dar andamento ao

[96] Advogado. Pós-Graduado em Direito Tributário pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – FDRP/USP. Pós-graduando em Direito Civil: Novos Paradigmas Hermenêuticos nas Relações Privadas pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – FDRP/USP.

processo paralisado por prazo superior àquele previsto para a prescrição da pretensão veiculada na demanda. Nesse sentido, o presente trabalho, além de destacar os fundamentos utilizados para fixação das referidas teses, também buscou apurar qual era o entendimento anterior do referido tribunal, concluindo-se que a utilização retroativa do precedente, isto é, para situações consolidadas antes da alteração do entendimento, afronta postulados constitucionais fundamentais, promovendo uma indesejável requalificação jurídica de fatos ocorridos no passado, e afrontando o ato jurídico perfeito, na forma do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal.

2 ACÓRDÃO PARADIGMA

Quanto ao caso em análise, cuida-se de recurso especial interposto por Cooperativa Agroindustrial Alfa, com fundamento no art. 105, III, a e c, da Constituição Federal, a fim de impugnar acórdão assim ementado:

> AGRAVO INOMINADO (CPC, ART. 557, § 1º) EM APELAÇÃO CÍVEL - EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL - EXTINÇÃO DO FEITO - RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE - ARQUIVAMENTO ADMINISTRATIVO POR LAPSO SUPERIOR AO PREVISTO PARA A EXECUÇÃO DO TÍTULO - EXTINÇÃO

> ACERTADA - DESNECESSIDADE DE PRÉVIA INTIMAÇÃO PESSOAL – RECURSO DESPROVIDO. I - Compete à parte, ao fazer uso do recurso previsto no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil, atacar especificadamente os fundamentos da decisão agravada, de forma a demonstrar que não se trata de recurso manifesta inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante, sob pena de, não o fazendo, não ter o seu apelo conhecido (STJ, AREsp n 402.677/SC, rei. Min. Maria Isabel Gallotti, j. em 05.12.2013). II - Paralisada a execução por período superior ao da prescrição do título executado e constatada a ausência das diligências cabíveis à parte exequente, revela-se acertada a decisão que reconhece a prescrição intercorrente, sendo despicienda, para tanto, a prévia intimação pessoal da parte. III - O arquivamento administrativo não pode superar o prazo prescricional do título exequendo, sob pena de representar punição perpétua do devedor e afronta à duração razoável e proporcional do processo.

Dos autos, verifica-se que a recorrente ajuizou ação de execução contra os recorridos, objetivando a realização de busca por ativos financeiros da parte devedora através do sistema Bacen-Jud. Contudo, o Juízo de primeiro grau julgou extinta a execução em razão da prescrição intercorrente do título executivo.

Interposto recurso de apelação, o Desembargador Relator, monocraticamente, negou seguimento ao apelo.

No julgamento do agravo interno, o Tribunal de origem decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos da ementa acima transcrita.

Nas razões do recurso especial, a parte recorrente alegou, além de divergência jurisprudencial, violação do art. 267, II e III, do CPC/1973[97], ao argumento de que não seria possível a declaração de prescrição sem que a recorrente fosse pessoalmente intimada para dar seguimento aos atos processuais, sob pena de extinção do feito, e exercer o contraditório, o que, por consequência, acarretaria sua nulidade.

O processamento do apelo nobre foi admitido na origem. Sendo assim foi apresentada proposta à Segunda Seção, suscitada de ofício pelo Relator, nos termos do art. 271-B do RISTJ[98], a fim

---

[97] Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: (Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005) [...]
II – quando ficar parado durante mais de um ano por negligência das partes;
III - quando, por não promover os atos e diligências que Ihe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias;

[98] Art. 271-B. O relator ou o Presidente proporá, de ofício ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, na forma preconizada pelo Capítulo II-B do Título IX da Parte I do Regimento Interno, mediante decisão irrecorrível, a assunção de competência de julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária que envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.

de uniformizar o entendimento das Turmas que a compõem, foi admitida a assunção de competência, nos termos da seguinte ementa:

> PROPOSTA DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA. RECURSO ESPECIAL. INCIDENTE INSTAURADO DE OFÍCIO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INTIMAÇÃO PRÉVIA DO CREDOR. ANDAMENTO DO PROCESSO. RELEVANTE QUESTÃO DE DIREITO. DIVERGÊNCIA ENTRE AS TURMAS DA SEGUNDA SEÇÃO. 1. Delimitação da controvérsia: 1.1. Cabimento, ou não, da prescrição intercorrente nos processos anteriores ao atual CPC; 1.2. Imprescindibilidade de intimação e de oportunidade prévia para o credor dar andamento ao processo. 2. Recurso especial afetado ao rito do art. 947 do CPC/2015.

O Ministério Público Federal, em parecer do Subprocurador-Geral da República Dr. Pedro Henrique Távora Niess, opinou pelo conhecimento e provimento do recurso especial, assentando que:

> 4. Diante do exposto, o parecer, ressalvado o quanto será dito no item subsequente, é no sentido a) do cabimento de prescrição intercorrente quando o exequente permanecer inerte por prazo superior ao de prescrição do direito material vindicado, que, no entanto, somente haverá de ser declarada após prévia intimação do credor para que a respeito se manifeste, a fim de que seja respeitado o princípio do contraditório, e b) da

> desnecessidade de oportunidade para o autor dar andamento ao processo paralisado por prazo superior àquele previsto para a prescrição da pretensão veiculada na demanda. 5. Mas a regra da não surpresa deve estender-se também relativamente à expectativa legitimamente criada no espírito do credor pelo posicionamento até então assumido pelo Superior Tribunal de Justiça.

Ao analisar a questão o relator, Ministro Marco Aurélio Bellizze, em minucioso voto, após fazer uma introdução histórica da jurisprudência relacionada ao tema, reconhecendo que o STJ pacificou, há tempos, a tese da necessidade de intimação prévia do credor para dar andamento ao feito e, assim, iniciar o cômputo do prazo de prescrição intercorrente, acabou concluindo que tal posicionamento deveria ser alterado.

Inicialmente, em relação a prescrição intercorrente, observou que constava dos autos que o processo de execução foi suspenso, *sine die*, em 17/3/2000, a requerimento do credor, tendo ficado paralisado até 2014. Assim, destacou que o prazo de prescrição começou a fluir em 17/3/2001, um ano após a suspensão, pelo prazo geral de 20 anos. Contudo, em 2003, tendo em vista a entrada em vigor do novo Código Civil, recomeçou a contagem pelo prazo quinquenal, por se tratar de dívida líquida

constante em instrumento particular, estando fulminada a pretensão em 2008 (art. 206, § 5º, inciso I, do Código Civil[99]).

Nesses termos, concluiu como correto o entendimento do Tribunal de origem, que proclamou a prescrição intercorrente.

Já em relação a imprescindibilidade de intimação prévia do credor, destacou que após a decretação da prescrição intercorrente pelo Juízo de primeiro grau, houve interposição de apelação perante o Tribunal de origem, na qual ocorreu efetivo contraditório acerca da questão, inclusive tendo-se aduzido o desrespeito ao contraditório pela ausência da intimação do credor para se manifestar acerca da prescrição.

Desse modo, concluiu que no caso dos autos, a violação à ampla defesa e ao contraditório, deveriam ser cassadas dando-se à parte tão somente a oportunidade para se pronunciar quanto a circunstâncias obstativas do transcurso do prazo prescricional.

Nesse sentido, encaminhou as seguintes teses a serem firmadas, nos termos do art. 104-A do RISTJ:

> 1.1 Incide a prescrição intercorrente, nas causas regidas pelo CPC/73, quando o exequente

---

[99] Art. 206. Prescreve: [...]
§ 5º Em cinco anos:
I - a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular;

> permanece inerte por prazo superior ao de prescrição do direito material vindicado, conforme interpretação extraída do art. 202, parágrafo único, do Código Civil de 2002.
> 1.2 O termo inicial do prazo prescricional, na vigência do CPC/1973, conta-se do fim do prazo judicial de suspensão do processo ou, inexistindo prazo fixado, do transcurso de 1 (um) ano (aplicação analógica do art. 40, § 2º, da Lei 6.830/1980).
> 1.3. O termo inicial do art. 1.056 do CPC/2015 tem incidência apenas nas hipóteses em que o processo se encontrava suspenso na data da entrada em vigor da novel lei processual, uma vez que não se pode extrair interpretação que viabilize o reinício ou a reabertura de prazo prescricional ocorridos na vigência do revogado CPC/1973 (aplicação irretroativa da norma processual).
> 1.4 O contraditório é princípio que deve ser respeitado em todas as manifestações do Poder Judiciário, que deve zelar pela sua observância, inclusive nas hipóteses de declaração de ofício da prescrição intercorrente, devendo o credor ser previamente intimado para opor algum fato impeditivo à incidência da prescrição.

Por fim, diante do contexto e fundamentos supracitados, apesar de constatar a ocorrência da prescrição (consumada em 2008), conheceu do recurso especial, e deu-lhe provimento apenas para determinar o retorno dos autos para atendimento do devido processo legal à luz do entendimento firmado (intimar o credor para que se manifestasse, em contraditório, acerca da prescrição).

Em seguida pediu vista dos autos o senhor Ministro Luis Felipe Salomão. Em seu voto-vista (vencido), defendeu que a nova regra sobre prescrição intercorrente deveria incidir apenas para as execuções propostas após a entrada em vigor do novo ordenamento e, para os feitos em curso, a partir do advento do novo CPC, exatamente com base nos arts. 921, III[100] e 1056[101] do NCPC.

Nesse sentido, destacou que, além de preservar a segurança jurídica, em especial à proteção da confiança e à previsibilidade de condutas, a isonomia e o interesse social, acaba por adotar exatamente a *ratio legis* do novo Código de Processo Civil no que toca à prescrição intercorrente.

Assim, segundo seu entendimento, as teses a serem firmadas, nos termos do art. 104-A do RISTJ, seriam as seguintes:

> i) A partir do advento do CPC/2015:
> a) passado um ano de suspensão da execução por falta de bens, haverá o início automático do prazo prescricional.
> b) para o início do prazo de prescrição intercorrente, não se faz mais necessária a

[100] Art. 921. Suspende-se a execução: [...]
III - quando o executado não possuir bens penhoráveis;

[101] Art. 1.056. Considerar-se-á como termo inicial do prazo da prescrição prevista no art. 924, inciso V, inclusive para as execuções em curso, a data de vigência deste Código.

> intimação do exequente para dar andamento ao feito.
> c) a prescrição intercorrente somente poderá de ser declarada após a prévia intimação do credor para que se manifeste a respeito, em garantia ao contraditório.
> d) a nova regra sobre prescrição intercorrente incidirá para as execuções propostas após a entrada em vigor do novo ordenamento e para os feitos pendentes, desde que não tenha se iniciado o prazo de suspensão.
> ii) Nas execuções ajuizadas antes da vigência do CPC/2015 e que estejam suspensas (por exemplo, em decorrência da ausência de bens), remanesce o direito do credor, para início do prazo de prescrição intercorrente, de ser intimado para dar andamento ao feito, conforme jurisprudência pacífica do STJ.

Dessa forma, concluiu que na hipótese dos autos, tendo em vista que o deferimento da suspensão da execução ocorreu sob a égide do CPC/1973 (março de 2000) e como as partes estão discutindo a incidência da regra de prescrição desde antes da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, há necessidade de se aplicar o entendimento jurisprudencial consolidado no sentido de que não tem curso o prazo de prescrição intercorrente quando a execução estiver suspensa com base na ausência de bens penhoráveis (art. 791, III[102]), exigindo-

[102] Art. 791. Suspende-se a execução:[...]
III - quando o devedor não possuir bens penhoráveis.

se, para o seu início, a intimação do exequente para dar andamento ao feito.

Sendo assim, deu provimento ao recurso especial para afastar a prescrição intercorrente, sem que antes se proceda à intimação da exequente para dar prosseguimento ao feito.

Na sequência, o Ministro Moura Ribeiro, em seu voto-vista, discordou do voto divergente por entender que a necessidade de intimar o credor para dar prosseguimento ao feito, após anos de sua inércia não permite a estabilização da lide, gerando insegurança jurídica. Sendo necessário restabelecer de imediato o equilíbrio e a estabilidade do direito, punindo o credor desidioso e fazendo cessar a incerteza jurídica.

Destacou que, o fato do CPC/73 não prever disposição semelhante à do NCPC não impede a aplicação de tal entendimento, que é resultado da evolução da interpretação do direito em busca de uma justiça mais célere e eficaz.

Observou ainda que, somente para os processos que se encontravam suspensos na data da entrada em vigor do NCPC é que o prazo ânuo da suspensão do feito será contado da entrada em vigor do novo diploma processual.

Também observou que, o art. 1.056[103] do NCPC deve ser interpretado em conjunto com a regra geral do seu art. 1.046[104], que determina a imediata aplicação da nova lei aos processos pendentes. As situações jurídicas produzem efeitos imediatos e efeitos futuros.

Por fim, em atenção ao princípio do contraditório e ao princípio da não surpresa, asseverou que o credor só deverá ser previamente intimado para opor algum fato impeditivo à incidência da prescrição intercorrente. Caso contrário, se perpetuará o feito, porque não mais haverá ensejo ao reconhecimento de tal prescrição.

Nessas condições, acompanhou o Relator para dar provimento ao recurso especial, determinando o retorno dos autos para o atendimento do devido processo legal.

Em seguida foi a vez da Ministra Nancy Andrighi, em seu voto-vogal, asseverou que a questão relativa à necessidade de intimação do credor-exequente para a decretação da prescrição

---

[103] Art. 1.056. Considerar-se-á como termo inicial do prazo da prescrição prevista no art. 924, inciso V, inclusive para as execuções em curso, a data de vigência deste Código.

[104] Art. 1.046. Ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

intercorrente encontra-se prejudicada pela disposição de direito intertemporal trazida pelo legislador no art. 1.056 do CPC/2015[105], onde prevê expressamente que o termo inicial da prescrição intercorrente, para as execuções em curso, é a data da vigência do novo Código, ou seja, 18/03/2016.

No mesmo sentido, destacou que não se pode restringir o alcance da norma ora em análise aos processos que estavam suspensos na data da entrada em vigor da novel lei processual. Um, pois o dispositivo em comento não traz qualquer indicação textual nesse sentido. Dois, porque se vislumbra no artigo 1.056 evidente intenção do legislador de, em razão da inovação ocorrida no ordenamento jurídico, salvaguardar as legítimas expectativas das partes quanto ao devido processo legal, tal como concebido quando da instauração da demanda.

Dessa maneira, considerou a data de vigência do novo Código como termo inicial do prazo da prescrição intercorrente nas execuções que estejam em curso, mesmo que isso implique a reabertura do prazo prescricional.

Por fim, votou no sentido de estabelecer a seguinte tese:

---

[105] Art. 1.056. Considerar-se-á como termo inicial do prazo da prescrição prevista no art. 924, inciso V, inclusive para as execuções em curso, a data de vigência deste Código.

> “nas execuções ajuizadas na vigência do CPC/73 e que foram ou estejam suspensas por falta de bens penhoráveis (art. 791, III, do CPC/73), o termo inicial da prescrição intercorrente é a data de 18/03/2016, quando entrou em vigor o novo Código de Processo Civil, conforme art. 1.056 do CPC/15”.

Na sequência, a Ministra Maria Isabel Gallotti, votou acompanhando o voto do Ministro Luís Felipe Salomão, por considerar que, sob a égide do CPC de 1973, a prescrição intercorrente somente se consumava se, intimado para dar andamento ao feito, o credor não se manifestava.

Destacou que esse era o entendimento predominante na jurisprudência daquele Tribunal, o qual deveria prevalecer para o período anterior à vigência do novo CPC, o qual, segundo seu entendimento, não pode retroagir para reabrir prazos já consumados.

Por fim, fez uma ressalva em relação ao voto do Ministro Luís Felipe Salomão, para os casos, em que ainda não consumada a prescrição intercorrente na data de entrada em vigor do novo Código, não haverá mais a necessidade de intimação do credor

para promover o andamento do feito, pois incidirá imediatamente a regra do art. 1.056 do Novo Código.[106]

Em seguida, o Ministro Lázaro Guimarães, em seu voto-vogal, destacou que ao seu entender, o art. 1.056, quando se refere a execuções suspensas, execuções em curso suspensas, diz respeito não a execuções que estejam paradas há muitos anos e sobre as quais já tenha se operado a prescrição, mas diz respeito àquelas execuções que tenham sido suspensas por ato judicial, como acontece em relação à lei nº 6.830[107], que na falta de bens a penhorar, determina que o juiz determine o arquivamento provisório, suspensão do processo que tenha duração de um ano. Passado um ano, volta a correr a prescrição.

Nesse sentido, entendeu que não há necessidade de se intimar o credor que está "dormindo", pois, o direito não socorre, não exige a lei material que o juiz aplique esse alerta ao credor inerte.

Sendo assim, por entender que a melhor posição que se adequa ao ordenamento jurídico nacional é a que está exposta no

---

[106] Art. 1.056. Considerar-se-á como termo inicial do prazo da prescrição prevista no art. 924, inciso V, inclusive para as execuções em curso, a data de vigência deste Código.

[107] LEI Nº 6.830, DE 22 DE SETEMBRO DE 1980. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências.

voto do Relator, acompanhou o voto do eminente Ministro Relator.

Ademais, tendo em vista que a Ministra Nancy Andrighi manteve o seu voto em uma terceira linha argumentativa, ficou estabelecido o empate entre as duas teses jurídicas principais.

Nesse contexto, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, em seu voto-desempate, destacou que, em seu voto, o eminente Relator mencionou por várias vezes o voto proferido por este Ministro perante a Terceira Turma no julgamento do Recurso Especial n. 1.522.092/MS, que foi, talvez, o que tenha desencadeado a submissão da questão aquela Segunda Seção.

Observou que naquele voto, teve a oportunidade de explicitar, em profundidade, sua posição acerca do tema, sendo desnecessária a sua reiteração neste momento.

Com essas breves considerações, votou por acompanhar a posição do eminente Ministro Relator.

Sendo assim, após os votos aventados, a SEGUNDA SEÇÃO, prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Moura Ribeiro acompanhando o Sr. Ministro Relator, e o voto antecipado da Sra. Ministra Nancy Andrighi inaugurando uma segunda divergência, a Seção, por maioria, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, fixou tese no incidente de assunção

de competência e, no mérito, conheceu e deu provimento ao recurso especial para determinar o retorno dos autos para atendimento do devido processo legal à luz do entendimento ora firmado.

Para os efeitos do artigo 104-A, do RISTJ[108], foram fixadas as seguintes teses:

> 1.1 Incide a prescrição intercorrente, nas causas regidas pelo CPC/73, quando o exequente permanece inerte por prazo superior ao de prescrição do direito material vindicado, conforme interpretação extraída do art. 202, parágrafo único, do Código Civil de 2002.
> 1.2 O termo inicial do prazo prescricional, na vigência do CPC/1973, conta-se do fim do prazo judicial de suspensão do processo ou, inexistindo prazo fixado, do transcurso de 1 (um) ano (aplicação analógica do art. 40, § 2º, da Lei 6.830/1980).
> 1.3. O termo inicial do art. 1.056 do CPC/2015 tem incidência apenas nas hipóteses em que o processo se encontrava suspenso na data da

[108] Art. 104-A. Os acórdãos proferidos em julgamento de incidente de assunção de competência e de recursos especiais repetitivos deverão, nos termos do § 3º do art. 1.038, c/c art. 984, § 2º, do Código de Processo Civil, conter:
I - os fundamentos relevantes da questão jurídica discutida, favoráveis ou contrários, entendidos esses como a conclusão dos argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, respectivamente, confirmar ou infirmar a conclusão adotada pelo órgão julgador;
II - a definição dos fundamentos determinantes do julgado;
III - a tese jurídica firmada pelo órgão julgador, em destaque;
IV - a solução dada ao caso concreto pelo órgão julgador.

> entrada em vigor da novel lei processual, uma vez que não se pode extrair interpretação que viabilize o reinício ou a reabertura de prazo prescricional ocorridos na vigência do revogado CPC/1973 (aplicação irretroativa da norma processual).
> 1.4 O contraditório é princípio que deve ser respeitado em todas as manifestações do Poder Judiciário, que deve zelar pela sua observância, inclusive nas hipóteses de declaração de ofício da prescrição intercorrente, devendo o credor ser previamente intimado para opor algum fato impeditivo à incidência da prescrição.

Portanto, conforme verifica-se restaram vencidos seguindo a primeira tese divergente os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão (primeiro voto divergente), Maria Isabel Gallotti (com ressalva de entendimento), Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi. Vencida a Sra. Ministra Nancy Andrighi, que apresentou tese diversa. Os Srs. Ministros Moura Ribeiro (voto-vista), Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região) e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com o Sr. Ministro Relator. Desempatou para votar com o Sr. Ministro Relator e presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

O acórdão paradigma foi julgado no dia 27 de junho de 2018.

3 FUNDAMENTOS TEÓRICOS

3.1. Da prescrição intercorrente

Do voto vencedor, em relação ao instituo da prescrição intercorrente, foi possível extrair os seguintes fundamentos:

De início, verifica-se que a prescrição foi desenhada para proporcionar a segurança jurídica e pacificação das relações sociais. Esses valores têm envergadura tamanha dentro do sistema jurídico nacional que a prescrição está incluída entre as exceções de mérito conhecíveis de ofício, porquanto veiculam norma de ordem pública, que transcende o interesse individual das partes para assegurar à sociedade a perenidade das relações prolongadas por certo tempo, ainda que antijurídicas.

Em seu voto, o Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, destacou que,

> A prescrição tem, portanto, natureza jurídica que extrapola o direito instrumental, e dela somente serão excepcionadas as pretensões condenatórias expressa e taxativamente previstas em lei. Com efeito, vem de longa data a tradição do direito brasileiro de compreender a prescritibilidade das pretensões como regra, conforme já advertiam Pontes de Miranda (Tratado de direito privado, v. 6, Bookseller, 1ª ed., 2000, p. 127) e Caio Mário da Silva Pereira (Instituições de direito privado. v. 1, p. 477), entre outros juristas de escol. Aliás um estudo histórico do instituto deita longas raízes que remontam ao direito romano, de lá ecoando para o sistema jurídico dos países ocidentais, mesmo na condição de direito natural

Prosseguiu lembrando que, no Brasil, as pretensões sujeitas à prescrição correspondem àquelas destinadas a exigir de outrem a prática de um determinado comportamento (direitos subjetivos patrimoniais),

> [...] porquanto somente estes seriam "suscetíveis de lesão ou violação e somente eles [dariam] origem à prescrição" (AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. Revista dos tribunais, v. 300, p. 7-37, 1960).".

Por essa trilha, destacou que a jurisprudência nacional concluiu por chancelar a prescrição das pretensões executivas, nos termos do enunciado n. 150 da Súmula de Jurisprudência do STF: *"prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação"*. E, nesse ponto, já seria de se rechaçar o argumento da ausência de previsão expressa na lei como óbice à aplicação do instituto suscitado por aqueles que afirmam a inaplicabilidade da prescrição intercorrente antes da entrada em vigor do CPC/2015.

Ademais, observou que deve-se ter em mente que a prescrição intercorrente é meio de concretização das mesmas finalidades inspiradoras da prescrição tradicional, guarda, portanto, origem e natureza jurídica idênticas, distinguindo-se tão somente pelo momento de sua incidência.

Destarte, também destacou que a prescrição intercorrente, tratando-se em seu cerne de prescrição, tem natureza jurídica de direito material e deve observar os prazos previstos em lei substantiva, em especial, no Código Civil, inclusive quanto a seu termo inicial.

Quanto ao termo inicial, observou que o referido Código contém previsão taxativa das hipóteses de interrupção da prescrição, entre as quais figura o despacho positivo do juiz, ainda que incompetente (art. 202, I, do CC/2002[109]), ao lado das demais causas extrajudiciais interruptivas. Acrescentou ainda o legislador que, uma vez interrompida a prescrição, o prazo prescricional é retomado por inteiro "da data do ato que a interrompeu ou do último ato do processo para interrompê-la" (parágrafo único do art. 202 do CC/2002[110]), o que a princípio coincidiria com o despacho de arquivamento. Todavia, como esse despacho decorreu de decisão que deferiu a suspensão do processo, situação para a qual, de fato, o CPC/1973 não

---

[109] Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á:
I - por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual;

[110] Parágrafo único. A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper.

estabelecia prazo limite, cabe ao Judiciário a integração da norma por meio da analogia.

Portanto, findo prazo razoável de 1(um) ano para suspensão da demanda, também o prazo prescricional deve ser retomado e, uma vez consumado, reconhecida a prescrição com observância do contraditório.

Além disso, destacou que o Código de Processo Civil atual, no intuito de estancar qualquer debate, passou a prever expressamente a incidência da prescrição intercorrente tal qual já se havia estabelecido para as execuções fazendárias.

Dispõe o art. 1.056 do NCPC: *"Considerar-se-á como termo inicial do prazo da prescrição prevista no art. 924, inciso V, inclusive para as execuções em curso, a data de vigência deste Código".*

Neste ponto, ressaltou que apesar da impropriedade do termo "inclusive" constante do dispositivo legal em comento, certo é que a regra de transição somente poderia ter incidência nas execuções em curso; nunca naquelas em que o prazo prescricional intercorrente, nos termos ora propugnados, já tenha se consumado, ou mesmo se iniciado, já que não se afiguraria adequado simplesmente renovar o prazo prescricional intercorrente sem qualquer razão legal que justifique.

Ato contínuo, observou que a regra de transição tem aplicação, exclusivamente, aos processos executivos em tramitação, que se encontrem suspensos, por ausência de bens penhoráveis, por ocasião da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015. Assim, encontrando-se suspenso o processo executivo, o prazo da prescrição intercorrente começa a fluir um ano contado da entrada em vigor do NCPC, em interpretação conjunta dos arts. 1.056 e §§ 1º e 4º, do art. 921 do mesmo diploma legal.

Assim, não teria sentido aplicar a regra de transição aos casos em que o prazo prescricional intercorrente já se encontra integralmente consumado, conferindo-se, inadvertidamente, novo prazo ao exequente inerte.

Do contrário, segundo o relator, permitir-se-á que a pretensão executiva seja exercida por mais de dez, quinze ou mais anos, em absoluto descompasso com o propósito de estabilização das relações jurídicas e, por conseguinte, de pacificação social, bem como do próprio enunciado n. 150 da súmula do STF, segundo o qual a pretensão executiva prescreve no mesmo prazo da pretensão da reparação.

Justamente por concretizar a irretroatividade das normas processuais, foi que o relator destacou que não se pode conferir

ao referido dispositivo interpretação que viole a segurança jurídica, os atos jurídicos perfeitos e o direito adquirido. Nesse diapasão, vê-se a impossibilidade de se utilizar a interpretação literal de sua redação para o fim de repristinar o curso prescricional já integralmente consumido.

Nessa linha de raciocínio, concluiu-se que, para os prazos prescricionais já transcorridos ou iniciados na vigência do Código de Processo Civil de 1973, ainda que se aplique imediatamente o Código de Processo Civil de 2015, não serão eles reiniciados, tampouco reabertos, devendo sua contagem observar a legislação então vigente, com as interpretações conferidas pelo STJ.

Por fim, ressaltou que essa conclusão, afinal, não afasta a incidência do referido dispositivo que, contudo, tem incidência apenas para aqueles processos que se encontravam suspensos na data da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015. Para esses casos, o prazo ânuo da suspensão do processo será contado não do despacho de arquivamento, mas da entrada em vigor do novel diploma processual.

3.2. Imprescindibilidade de intimação prévia do credor

Além do instituto da prescrição, em seu voto (vencedor), o Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, fez algumas

considerações sobre a imprescindibilidade de intimação prévia do credor para o reconhecimento da prescrição intercorrente.

Nesse sentido, asseverou que para o eventual reconhecimento de ofício da prescrição intercorrente, em ambos os textos legais - tanto na LEF[111] como no novo CPC [112]- prestigiou-se a abertura de prévio contraditório, não para que a parte dê andamento ao processo, mas para assegurar-lhe oportunidade de apresentar defesa quanto à eventual ocorrência de fatos impeditivos, interruptivos ou suspensivos da prescrição. Portanto, frisa-se, não para promover, extemporaneamente, o andamento do processo.

Prosseguiu, destacando que essa nova arquitetura legal torna mais técnica a solução a ser aplicada, amoldando-se à lógica dos sistemas processual e material civil, em que a acomodação das relações jurídicas pelo transcurso do tempo associado à inércia é indiscutivelmente a regra, limitando-se a imprescritibilidade às situações expressamente previstas no ordenamento jurídico.

---

[111] LEI Nº 6.830, DE 22 DE SETEMBRO DE 1980. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências.

[112] LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Institui o Código Civil.

Nesse sentido, firmou a tese de que o contraditório é princípio que deve ser respeitado em todas as manifestações do Poder Judiciário, que deve zelar pela sua observância, inclusive nas hipóteses de declaração de ofício da prescrição intercorrente, devendo o credor ser previamente intimado para opor algum fato impeditivo à incidência da prescrição.

4 MUDANÇA REPENTINA DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

Contudo, o posicionamento adotado quando do julgamento do IAC alterou radicalmente o entendimento aplicado pelo mesmo STJ meses ou até dias antes do referido julgado.

Nesse sentido, verifica-se que a utilização retroativa do precedente, isto é, para situações consolidadas antes da alteração do entendimento, afronta postulados constitucionais fundamentais. Mais especificamente, as leis, os atos normativos e, sobretudo, as decisões judiciais que não podem prejudicar situações jurídicas consolidadas, promovendo uma indesejável requalificação jurídica de fatos ocorridos no passado, e

afrontando o ato jurídico perfeito, na forma do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal.[113]

Destaca-se que, logo antes do julgamento do IAC, o entendimento majoritário e pacífico do STJ, notadamente dos órgãos fracionários vinculados à 2ª Seção (que julgou o IAC), se inclinava a exigir, para fins de início da contagem do prazo da prescrição intercorrente, a prévia intimação do credor para dar andamento ao processo, senão vejamos:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DE FUNDAMENTO SUFICIENTE E AUTÔNOMO. SÚMULA N. 283/STF. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PRÉVIA DO EXEQUENTE. SÚMULA N. 83/STJ. 2. A jurisprudência do STJ apenas admite a ocorrência da prescrição intercorrente nos casos em que tenha havido a intimação prévia da parte exequente para dar andamento ao feito. Súmula n.83/STJ. 3.Agravo interno a que se nega provimento. (STJ, AgInt no AREsp 1196321/RJ, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 19/06/2018, **DJe 01/08/2018**)

---

[113] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:[...]
XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE INÉRCIA DO CREDOR. FALTA DE INTIMAÇÃO PARA DAR ANDAMENTO AO FEITO. PRECEDENTES. RECURSO NÃO PROVIDO.
1. "Consoante entendimento consolidado das Turmas que compõem a Segunda Seção desta Corte, não flui o prazo da prescrição intercorrente no período em que o processo de execução fica suspenso por ausência de bens penhoráveis. Ademais a prescrição intercorrente pressupõe desídia do credor que, intimado a diligenciar, se mantém inerte" (AgRg no AREsp 277.620/DF, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe de 3/2/2014). 2. Agravo interno a que se nega provimento. (STJ, AgInt no REsp 1365595/RJ, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 22/05/2018, **DJe 06/06/2018**).

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. AUSÊNCIA DE DESÍDIA DA CREDORA. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. O acórdão recorrido está em sintonia com a jurisprudência desta Corte firmada na vigência do Estatuto Processual Civil de 1973, no sentido de que o reconhecimento da prescrição intercorrente exige a comprovação da inércia do exequente. Precedentes. (...).3. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no AREsp 1015938/RS, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES

(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 24/04/2018, **DJe 27/04/2018**).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. AUSÊNCIA DE BENS PENHORÁVEIS. ARQUIVAMENTO ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO. ART. 791, III, DO CPC/1973. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PRÉVIA. DECISÃO MANTIDA. 1. Consoante a jurisprudência desta Corte, não flui o prazo da prescrição intercorrente no período em que o processo de execução fica suspenso por ausência de bens penhoráveis. Ademais, a prescrição intercorrente pressupõe desídia do credor que, intimado a diligenciar, se mantém inerte. 2. No caso concreto, não poderia ser decretada a prescrição intercorrente sem prévia intimação do credor. 3. Agravo interno a que se nega provimento.(AgInt no REsp 158842/SC, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 19/04/2018, **DJe 26/04/2018**)

AGRAVO NO AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. NECESSIDADE DE PRÉVIA INTIMAÇÃO DO EXEQUENTE PARA DAR ANDAMENTO AO PROCESSO. FATOS. QUALIFICAÇÃO JURÍDICA. POSSIBILIDADE. PREQUESTIONAMENTO. TEMA CENTRAL. OCORRÊNCIA. NÃO PROVIMENTO.
1. A jurisprudência do STJ firmou o entendimento no sentido de que, para ser reconhecida a prescrição intercorrente, é necessária a intimação pessoal do exequente, o que não ocorreu na hipótese dos autos.

> 2. Não havendo necessidade de reexame de provas, cingindo-se a solução da controvérsia à qualificação jurídica dos fatos delineados pelo acórdão recorrido, não há falar no óbice da Súmula 7 do STJ. 3. É inequívoco o prequestionamento quando o tema central do acórdão local é aquele devolvido a esta Corte Superior no recurso especial. 4. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no AgInt no REsp 1675981/PA, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 19/04/2018, **DJe 24/04/2018**).

Conforme se verifica os julgados acima colacionados aplicavam entendimento diametralmente oposto meses e até dias antes da publicação no Diário de Justiça Eletrônico do acórdão do IAC ocorrido em 22.08.2018.

Nessas circunstâncias, nota-se que o IAC promoveu uma radical alteração de entendimento, em verdadeira surpresa aos credores à espera de aparecimento de bens suscetíveis de penhora de seu devedor.

5 DA APLICAÇÃO RETROATIVA DO ENTENDIMENTO

Da análise das teses fixadas no julgamento do primeiro IAC – Incidente de Assunção de Competência no Recurso Especial (REsp 1.604.412/SC), observa-se que se aplicado o referido entendimento a fatos ocorridos no passado, além de fomentar indesejável insegurança jurídica, importa, acima de tudo, na

violação à teoria do ato jurídico perfeito, na forma do art. 6º, §1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro[114] e do art. 5º, XXXVI, da Constituição[115].

Frise-se que, com a edição e a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, os precedentes foram alçados à categoria de fonte formal do direito, atribuindo-se a alguns deles verdadeira eficácia vinculante e, consequentemente, aproximando-os do direito costumeiro, na forma do disposto no art. 927 do mesmo diploma.

Nesse sentido, é o entendimento de Cândido Rangel Dinamarco:

> "Na medida em que a jurisprudência possa ser considerada uma fonte de direito, acentua-se a necessidade de repelir a retroprojeção da eficácia expansiva dos julgados dos tribunais, para atingir situações já consumadas na vigência da jurisprudência antiga. Em tese as alterações

---

[114] Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.
§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

[115] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...]
XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

> jurisprudenciais, legítimas e até comuns na vida da experiência pretoriana, significariam somente que o tribunal modificou sua interpretação dada a determinada lei, repudiando as interpretações correntes no passado porque não corresponderiam com fidelidade ao que nela se contém. A lei aplicada seria sempre a mesma, apenas com a alteração de sua interpretação porque a interpretação anterior estaria errada - e isso afastaria qualquer limitação à possibilidade de impor a jurisprudência nova a situações conformes com a antiga. Quando porém os precedentes dos tribunais passam a ser considerados fontes do direito, devendo os juízes e tribunais em geral observar a interpretação neles contida (CPC, art. 927), na medida dessa obrigatoriedade a imposição da jurisprudência nova teria o mesmo efeito perverso de transgredir situações já consumadas, tanto quanto a retroação dos efeitos de uma lei nova. A fragilização da segurança jurídica trazida pela aplicação da nova jurisprudência seria a mesma. Os jurisdicionados estariam expostos a verdadeiras armadilhas montadas pelos tribunais em sua jurisprudência" (DINAMARCO, 2016, p. 161).

Assim, tendo em vista a nova roupagem que alguns precedentes judicias – entre eles o acórdão proferido em IAC – receberam do CPC/2015, é lícito dizer que passaram a gozar de eficácia semelhante à da lei.

A lei e as demais fontes formais de direito, como se sabe, quando alteradas não podem atingir situações pretéritas, consumadas no âmbito do ordenamento jurídico então vigente.

Do mesmo modo, os efeitos de um novo entendimento jurisprudencial, que detenha força vinculante e que altere radicalmente a posição anteriormente consolidada, não pode retroagir para alcançar condutas realizadas sob a ótica da interpretação anterior.

Sendo assim, a eficácia retroativa dos precedentes previstos do art. 927 do CPC resulta, inevitavelmente, em violação ao princípio do ato jurídico perfeito, ocasionando grave insegurança jurídica.

Pois se assim não for, questionaríamos se as partes devem pautar sua conduta no ordenamento vigente e nas atuais interpretações das normas realizadas pelos tribunais ou devem tentar, em exercício de futurologia, antever mudanças de entendimento, agindo como supõem que será o posicionamento jurisprudencial futuro e infringindo o sistema então vigente?

Facilmente, percebe-se que não faz o menor sentido exigir das partes a prática de atos conforme possível entendimento jurisprudencial futuro.

Nesse sentido, nem o Código Civil foi tão longe quanto a pretendida aplicação retroativa. Mesmo promovendo uma diminuição geral e significativa dos prazos prescricionais para o exercício das pretensões de direito material, consagrou uma regra

específica de transição, mais precisamente, o art. 2.028[116], por meio da qual se obstou que a promulgação do novo diploma civil importasse no automático e ilegítimo reconhecimento da prescrição de direitos que, sob a égide do código revogado, ainda seriam exercitáveis.

O citado dispositivo, com efeito, representa uma preocupação do legislador ordinário com a eficácia dos atos jurídicos, preservando o postulado fundamental da segurança das relações jurídicas.

Significa dizer que, se o Código Civil tomou o cuidado de estabelecer um regramento específico para a transição dos prazos prescricionais, decerto, não poderia o poder judiciário se descurar destes aspectos.

Portanto, conforme demonstrado, é possível concluir que deve ser afastada a aplicação retroativa do entendimento do IAC aos casos em que a lei e a sua interpretação que vigiam, à época da ocorrência dos fatos, eram diversas, sob pena de violação ao princípio do ato jurídico perfeito, ocasionando grave insegurança jurídica.

---

[116] Art. 2.028. Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.

6 CONCLUSÃO

Da análise do acórdão paradigma verifica-se que foram fixadas as seguintes teses: 1.1 Incide a prescrição intercorrente, nas causas regidas pelo CPC/73, quando o exequente permanece inerte por prazo superior ao de prescrição do direito material vindicado, conforme interpretação extraída do art. 202, parágrafo único, do Código Civil de 2002. 1.2 O termo inicial do prazo prescricional, na vigência do CPC/1973, conta-se do fim do prazo judicial de suspensão do processo ou, inexistindo prazo fixado, do transcurso de 1 (um) ano (aplicação analógica do art. 40, § 2º, da Lei 6.830/1980). 1.3. O termo inicial do art. 1.056 do CPC/2015 tem incidência apenas nas hipóteses em que o processo se encontrava suspenso na data da entrada em vigor da novel lei processual, uma vez que não se pode extrair interpretação que viabilize o reinício ou a reabertura de prazo prescricional ocorridos na vigência do revogado CPC/1973 (aplicação irretroativa da norma processual). 1.4 O contraditório é princípio que deve ser respeitado em todas as manifestações do Poder Judiciário, que deve zelar pela sua observância, inclusive nas hipóteses de declaração de ofício da prescrição intercorrente,

devendo o credor ser previamente intimado para opor algum fato impeditivo à incidência da prescrição.

Contudo ao analisar o entendimento do próprio STJ meses ou até dias antes do julgamento do IAC, nota-se a existência de uma radical alteração de entendimento, ocasionando verdadeira surpresa aos credores à espera de aparecimento de bens suscetíveis de penhora de seu devedor.

Ante o exposto, conclui-se que deve ser afastada a aplicação retroativa do entendimento do IAC aos casos em que a lei e a sua interpretação que vigiam, à época da ocorrência dos fatos, eram diversas, sob pena de violação ao princípio do ato jurídico perfeito, ocasionando grave insegurança jurídica.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARTOLOMEO, **Felipe. Prescrição intercorrente no Novo CPC**: tudo o que você precisa saber. Disponível em: https://www.aurum.com.br/blog/prescricao-intercorrente/. Acesso em: 28 jan. 2021.

BARROS, Ana Lucia Porto de Barros [et al.]. **O novo código civil: comentado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002. v.1; p. 134.

BRASIL. **Código Civil**. Lei 10.406, de 10 janeiro de 2002. Disponível

em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 19 jan. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 jan. 2021.

BRASIL. **Lei de Execução Fiscal.** Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm. Acesso em 25 jan. 2021.

BRASIL. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.** Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em 14 de mar. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça** / Organizado pelo Gabinete do Ministro Diretor da Revista – Brasília: STJ. Disponível em: https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Regimento/article/view/3115/3839. Acesso em 23. Jan. 2021.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** REsp nº 1604412 / SC (2016/0125154-1). Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: https://a2v.stj.jus.br/processo/pesquisa/?usuarioPerfilTipo=advogadoCerficadoDigital&tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=2016/0125154-1. Acesso em: 15 jan. 2021.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil, volume 1: parte geral**. 21.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LÔBO, Paulo**. Direito civil: volume 1: parte geral**. 8.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Definição da Prescrição intercorrente no Superior Tribunal de Justiça.** Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-jan-28/paradoxo-corte-definicao-prescricao-intercorrente-superior-tribunal-justica. Acesso em: 25 jan. 2021

PRINCÍPIO, OBJETIVOS E FUNDAMENTOS DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS - LGPD, EM CONSONÂNCIA COM OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICADOS ÀS RELAÇÕES DE CONSUMO.

Rafael Talamoni[117]

1 INTRODUÇÃO

Com o passar dos anos, o fenômeno da globalização aproximou as relações sociais e o acesso as ferramentas e mecanismos digitais, criando um novo mundo inexplorado nas relações de consumo. Ocorre que, com o aumento exponencial da coleta de informações, o mesmo aconteceu com as práticas abusivas, verificando-se não haver limites quanto a coleta de dados dos usuários de serviços e consumidores, tornando-se necessária a elaboração, bem como a promulgação de legislações que tratassem sobre o tema. Visando tal imposição de limites, diversos dispositivos foram surgindo, no entanto, estes foram

[117] Escrevente, coordenador e oficial de cumprimento de serventia extrajudicial, graduado em direito, aprovado em exame da ordem, pós-graduado em direito público, pós-graduado em direito notarial e registral, analista de processos, e pós-graduando em direito civil pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – USP.

inseridos em legislações esparsas e, ainda de forma tímida, não havendo uma legislação precisa, única e eficaz.

Para sanar tal problemática, em 14 de agosto de 2018, foi elaborada a Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD, com a entrada em vigência em agosto de 2020, a qual foi fortemente influenciada pela *GDPR - General Data Protection Regulation*, em vigência desde 2016 na Europa.

Os objetivos, fundamentos e princípios da Lei Geral de Proteção de Dados está fortemente atrelada aos princípios constitucionais, do direito do consumidor e do direito civil, os quais são evidenciados no trabalho em pauta, o qual além de tratar acerca de tal problemática, demonstra que quando os limites da coleta de dados são extrapolados (incidente de vazamento), há necessidade de que o responsável pelo tratamento receba a devida penalização em detrimento dos danos causados.

Para a elaboração do presente trabalho, utilizou-se como técnica de pesquisa, a revisão bibliográfica, com enfoque no direito civil, constitucional, da proteção de dados e do consumidor. Ademais, houve exaustiva pesquisa em diversas legislações, especialmente nas Leis nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, 10.406, de 10 de janeiro de 2002, 13.105, de 16 de março de 2015 e 8.078, de 11 de setembro de 1990.

Por fim, cabe ressaltar que o presente trabalho tem como escopo efetuar a abordagem do tema com enfoque na importância do tratamento adequado de dados dos clientes e usuários de serviços e dos impactos nocivos relacionados aos incidentes de vazamento de dados nas relações de consumo, com o consequente resultado em pagamento de indenização.

2 SENTENÇA PARADIGMA

Trata-se de sentença proferida pela MM. Juíza de direito da 13ª Vara Cível da comarca da Capital, estado de São Paulo, Tonia Yuka Koroku, no processo digital nº 1080233-94.2019.8.26.0100, o qual pertence a classe de procedimento comum cível, relativo à indenização por dano moral.

O postulante apresentou ação com o intuito de obter indenização por danos morais, pois, teria realizado contrato com a empresa requerida visando a aquisição de imóvel, sendo está uma unidade autônoma de empreendimento, o qual encontrava-se na responsabilidade do requerido.

Ocorre que, após mencionada aquisição, o requerente passou a receber ligações de empresas que não tinham relação direta com a aquisição da unidade autônoma mencionada,

fazendo com que o autor passasse a subentender que a demandada teria divulgado dados pessoais, o que daria direito ao requerente a obter indenização em face do dano causado, motivo pelo qual, o requerente ingressou com a ação pleiteando a obrigação de não fazer, bem como o pagamento de indenização por dano moral.

Posteriormente, a empresa requerida apresentou sua manifestação para requerer a denunciação a lide, a qual encontra-se prevista nos artigos 125[118] e seguintes da Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). Além disso, pleiteou a improcedência do feito, ademais, solicitou ao juízo que

[118] Art. 125. É admissível a denunciação da lide, promovida por qualquer das partes:
I - ao alienante imediato, no processo relativo à coisa cujo domínio foi transferido ao denunciante, a fim de que possa exercer os direitos que da evicção lhe resultam;
II - àquele que estiver obrigado, por lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo de quem for vencido no processo.
§ 1º O direito regressivo será exercido por ação autônoma quando a denunciação da lide for indeferida, deixar de ser promovida ou não for permitida.
§ 2º Admite-se uma única denunciação sucessiva, promovida pelo denunciado, contra seu antecessor imediato na cadeia dominial ou quem seja responsável por indenizá-lo, não podendo o denunciado sucessivo promover nova denunciação, hipótese em que eventual direito de regresso será exercido por ação autônoma.

fosse considerada a reconvenção, prevista no artigo 343[119] do mesmo código acima mencionado. Tais argumentos foram resultantes das alegações de que, não houve responsabilidade pelos danos causados à parte, bem como não havia prova suficiente nos autos para sustentar a condenação da requerida, não havendo assim, nexo de causalidade, descaracterizando o direito à danos morais.

A Juíza deixou de considerar preliminarmente a ilegitimidade mencionada, além disso, acabou por indeferir a denunciação a lide, e agendou a realização de audiência de instrução com a consequente colheita de provas orais.

Conseguinte, foi deferida pela MM. Juíza de direito a tutela provisória requerida pela parte autora e passou a analisar os documentos para que pudesse decidir acerca do pleito.

Após analisar documentos apresentados, verificou-se que, havia autorização para que o requerido incluir os dados do requerente no cadastro positivo, caso fosse necessário. Além disso, em virtude da celebração do contrato, obviamente a parte autora teria fornecido dados pessoais para a empresa ré.

---

119 Art. 343. Na contestação, é lícito ao réu propor reconvenção para manifestar pretensão própria, conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa.

Ademais, posteriormente a mencionada aquisição, ficou comprovado por meio de prova documental que o adquirente recebeu diversos contatos de empresas terceirizadas, visando o oferecimento de diversos produtos relacionados a aquisição, pois, foram instituições financeiras, consórcios, empresas de arquitetura, construção e móveis planejados.

A MM. Juíza de direito, elencou a liberdade de fornecedores de produtos em oferecer suas mercadorias, mas, evidenciou que tal liberdade carece de responsabilidade, respeito e proteção aos consumidores, o que não foi verificado.

Na audiência de instrução, a prova testemunhal trouxe informações que foram de encontro com as provas documentais, vez que fora informado que, a mencionada testemunha também era proprietário de unidade autônoma do mesmo empreendimento e recebeu diversas ligações após a assinatura do contrato de compra e venda de forma indiscriminada e inconveniente.

Outrossim, na concepção da ilustre julgadora, não ocorreu a descaracterização do nexo de causalidade, pois, por meio das provas apresentadas, houve comprovação de que após assinado o contrato, diversas empresas entraram em contato com o postulante tentando vender serviços e produtos relacionados a aquisição.

Ante as informações expostas, a MM. Juíza de Direito entendeu que, ocorreu dano moral decorrente de ato ilícito da empresa requerente, pois, ficou comprovado que houve vazamento, ou fornecimento de dados pessoais do requerente, violando diversos direitos do postulante, sendo efetivo e evidente os transtornos e assédios sofridos, o que resultou na condenação da empresa requerida no valor de R$10.000,00 (dez mil reais), com a devida correção monetária e juros de 1% ao mês a contar do trânsito em julgado do processo. Além disso, a parte postulada foi condenada ao pagamento de 10% do valor da ação a título de honorários de sucumbência

Por fim, julgou improcedente o pedido de reconvenção, não cabendo qualquer indenização por parte da empresa requerida, cabendo o pagamento de 10% sobre o valor da causa relacionados a honorários de sucumbência a parte ré-reconvinte.

3 FUNDAMENTOS TEÓRICOS

3.1 Os Fundamentos E Princípios Constitucionais Em Consonância Com A Lei Geral De Proteção De Dados – LGPD

A presente temática tem sido objeto de estudo aprofundado nos últimos meses, pois, com a entrada em vigência da Lei Geral

de Proteção de Dados – LGPD, as discussões acerca da exposição de dados e possíveis danos têm sido recorrente.

Trazendo a temática para o caso em tela, ficou evidente por meio das provas documentais e testemunhais o fornecimento de dados por parte da requerida a terceiros interessados na relação de consumo existente. Posto isso, passasse a discutir, quais direitos fundamentais foram objeto de afronta por meio da exposição de dados na concepção da ilustre MM. Juíza de Direito.

Os fatos anteriormente expostos fazem afronta direta a diversos dispositivos da Constituição Federal de 1988, com enfoque logo em seu artigo 1º, no inciso III[120], o qual dispõe que, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil é a dignidade da pessoa humana. Além disso, há correlação com o desejo constitucional de se construir uma sociedade livre, justa e solidária, de acordo com o previsto no inciso I, do artigo 3º[121], e a promoção do bem de todos, sem qualquer espécie de

---

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

[121] Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

preconceito, com previsão expressa no inciso IV, do artigo 3º[122], todos da mencionada carta magna. Além disso, tão importante quanto os dispositivos anteriormente mencionados, podem ser verificados os incisos V e X do artigo 5º, sendo estes, o direito a honra, o nome, a imagem, a privacidade, a intimidade e a liberdade. Ocorre que, ao fornecer os dados para empresa terceirizada, houve afronta expressa não somente aos direitos à privacidade e a intimidade, como também ao demais evidenciados acima.

No mesmo sentido, a Lei Geral de Proteção de Dados-LGPD, em seu artigo 2º, dialoga de forma evidente com os princípios constitucionais, por meio dos incisos, I, III, IV, VI, VII, ou seja, os mencionados dispositivos visam a proteção do direito à privacidade, a liberdade de expressão a inviolabilidade da intimidade, honra e imagem, a livre iniciativa, concorrência e defesa do consumidor, dos direitos humanos, e o livre desenvolvimento da personalidade.[123]

---

[122] V - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

[123] Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:
I - o respeito à privacidade;
II - a autodeterminação informativa;
III - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião;
IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem;

Desta forma, verifica-se que, no caso concreto analisado houve afronta aos princípios e fundamentos constitucionais, bem como os princípios da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.

3.2 A Lei Geral De Proteção De Dados E O Código De Defesa Do Consumidor

Conforme provas anexadas nos autos, compostas por provas testemunhais e documentais, ficou evidente a relação de consumo existente entre o autor e o requerido da ação. Ademais, ficou comprovado o vazamento de dados, os quais foram fornecidos em momento de celebração do contrato, o que se tornava necessário para que a aquisição viesse a ser registrada em cartório de registro de imóveis pertinente.

Ocorre que, a empresa demandada, não poderia fornecer dados a terceiros sem o consentimento do autor, pela proteção disposta no artigo 1º, VI, e 45 da Lei Geral de Proteção de Dados. Além disso, para que houvesse qualquer fornecimento de dados, tornava-se necessário o consentimento do titular, bem como o

V - o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação;
VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e
VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

fornecimento de informação acerca de possíveis serviços existentes.

A proteção do consumidor é tão importante para a legislação brasileira que se encontra prevista em dispositivos diversos. Para o presente trabalho, verifica-se que há grande ligação entre a Lei Geral de Proteção de Dados, o Código de Defesa do Consumidor e o Direito Constitucional. Na Constituição Federal de 1988, verifica-se no inciso XXXII, do artigo 5º, fica evidente que para o poder constituinte, o direito do consumidor é fundamental. Além disso, a defesa do consumidor encontra-se prevista também no inciso V, do artigo 170, também da carta magna, o qual estabelece os princípios que regem a atividade econômica no país[124]. Desta forma, verifica-se a necessidade da proteção dos dados nas relações de consumo, o que se encontra previsto na Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD, em seu artigo 2º, devendo haver interpretação de o diálogo entre as mencionadas fontes legislativas.

[124] Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
I - soberania nacional;
...
V - defesa do consumidor;

Outrossim, verifica-se que a requerida alegou no mencionado processo que goza de liberdade nas relações de consumo, dando a entender que não há ilegalidade no fornecimento de dados a terceiros interessados na relação de consumo. Ocorre que, tal liberdade não é absoluta, e não pode ser objeto de ação ou omissão indiscriminada, ou mesmo imprudência que cause lesão a um direito da parte, sendo que, caso ocorra uma das hipóteses mencionadas, considerar-se-á esta como ato ilícito[125]. Além disso, corroborando com as informações acima mencionadas, os atos do prestador de serviços não podem exceder os limites constantes em sua finalidade, e estes deve sempre utilizar-se de ações que prezem pela boa-fé e bons costumes[126], fatos estes que também se encontram previstos intrinsicamente no artigo 170, e seus incisos da Constituição Federal da República de 1988 e não foram verificados na relação de consumo existente.

[125] Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

[126] Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Outrossim, consta que, quando há celebração de contrato entre partes em relação de consumo, sendo este o ocorrido no caso em tela, há a obrigatoriedade de respeitar os princípios da boa-fé e da probidade, nos termos do artigo 422 da Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil)[127].

Ocorre que, ficou comprovado que os contatos recebidos após a aquisição, sendo esses de instituições financeiras, empresas de consórcios, arquitetura, construções e móveis planejados, houve o desrespeito a todos os princípios e legislações anteriormente mencionadas, bem como a demonstração da existência do nexo de causalidade entre o fato resultante da condenação e o dano causado.

Cabe ressalvar que, pelo inciso primeiro do artigo 6º da Lei nº 13.709/2018, deverão ser efetuados tratamentos para os dados respeitando os demais princípios legais, e sempre havendo uma finalidade em sua coleta, bem como em seu tratamento, o qual deve ser legítimo, específico e explicito, com a prestação de informações para o titular dos direitos, sendo concedido ao titular dos dados a faculdade de cancelar sua conduta permissiva a

[127] Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

qualquer momento[128]. Ocorre que, no caso em tela, ficou evidenciado que não houve o mencionado consentimento, muito menos o respeito aos princípios da legislação, além da finalidade no fornecimento dos dados ter sido adversa a relação de consumo existente entre as partes.

Desta forma, fica evidente a interligação entre as medidas protetivas acima mencionadas presentes na Lei Geral de Proteção de Dados, pois os dispositivos acima mencionados vão de encontro com os incisos III e IV da Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990, os quais evidenciam que a as informações devem ser claras e adequadas acerca dos produtos e prestações, com a especificação das características e a proteção contra qualquer forma de publicidade abusiva e enganosa, além de ficar evidente de que métodos desleais, ou práticas que venham a causar prejuízos as partes devem ser evitadas[129].

---

[128] Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:
I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;

[129] Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...]
III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; (Redação dada pela Lei nº 12.741, de 2012) Vigência

Constou nos autos, por meio de testemunha ouvida que, a prática da conduta objeto da ação por parte da empresa demandada é rotineira, pois, a própria testemunha alegou que recebeu diversas ligações após assinatura do contrato de aquisição de futura unidade autônoma. Além disso, a ilustre julgadora evidenciou que tal prática tem sido constante no mercado imobiliário, motivo pelo qual mencionou em sua fundamentação os artigos 374, I e 375 da Lei n 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), os quais vão de encontro com os fatos, pois, as provas nos autos evidenciaram as práticas, bem como, o julgador pode, com base em sua experiencia aplicar regramentos[130].

Por fim, a condenação da parte demandada foi aplicada pelas regras estabelecidas pelo artigo 944 do Código Civil, no

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

[130] Art. 374. Não dependem de prova os fatos:
I - notórios;
II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;
III - admitidos no processo como incontroversos;
IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.
Art. 375. O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial.

valor de R$ 10.000,00, sendo que, na concepção da ilustre julgadora, este valor cobriria a extensão do dano causado[131], além de entender improcedente o pedido de reconvenção postulado pela requerida nos autos, e a condenação ao pagamento de honorários de sucumbência pelo pleito e pelo pedido reconvencional a parte autora.

3.3 Lei Geral De Proteção De Dados E Os Direitos De Personalidade

Cabe no presente trabalho pequena observação acerca dos dispositivos mencionados relacionados a Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD pela magistrada em sua sentença e fazer alusão aos direitos de personalidade presentes no Código Civil.

Verifica-se que, a MM. Juíza de Direito menciona dispositivos do Código Civil acerca da obrigatoriedade do prestador de serviços em zelar pela boa-fé e pela probidade nas condutas no mercado. Além disso, o prestador de serviços não pode exceder os limites impostos pela legislação e pelas finalidades não só da boa-fé, como também de bons costumes[132].

---

131 Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

132 Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Ante as informações supra evidenciados, cabe realizar analise pontual do conteúdo jurídico presente nos direitos de personalidade, previstos na Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil) com um pouco mais de aprofundamento e efetuar comparação aos dispositivos constantes na LGPD.

Efetuando leitura dos artigos relacionados ao direito de personalidade, logo constata-se que, tais direitos são intransmissíveis e irrenunciáveis[133]. Outrossim, constatadas afrontas ao direito de personalidade, estas podem ser objeto de condenação por perdas de danos e ainda possibilitar a tomada de outras medidas previstas em lei[134].

O artigo 18 do Código Civil deixa evidente que, não se pode utilizar informações em propagandas, ou qualquer situação que resulte em benefício do prestador de serviços sem o consentimento do titular dos dados, ressalvado que, tais dados apenas podem ser utilizados se autorizados ou necessários pela administração da justiça em manter a ordem pública, podendo

---

133 Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

134 Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

ainda assim, ser proibido, caso cause qualquer lesão a honra, ou se for destinado a fins comerciais[135], o que ocorreu na sentença objeto de análise.

Conseguinte, verifica-se ainda que, a privacidade é tão importante que é inviolável, cabendo ao Juiz impedir o cometimento de danos a titulares de tais direitos para que fatos que desrespeitem os ordenamentos jurídicos brasileiros neste sentido não ocorram com frequência[136].

Por fim, cabe ressaltar que, a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, traz logo em suas disposições preliminares a importância dos direitos de personalidade para o ordenamento jurídico contemporâneo, pela qual, em seu artigo 2º estabelece como fundamentos, o respeito a privacidade, a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem, os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da

[135] Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. (Vide ADIN 4815)

[136] Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma. (Vide ADIN 4815)

cidadania pelas pessoas naturais, direitos esses desrespeitados de forma evidente no caso em tela e com grande conexão com os dispositivos relacionados ao direito de personalidade, presentes no Código Civil.

4 PESQUISA TEÓRICA ACERCA DA PROBLEMÁTICA

Inicialmente, cabe observar que, de acordo com o autor Sahid Maluf, o estado é constituído pela composição de três elementos, sendo estes população, território e governo, o qual corresponde ao resultado da evolução social humana e políticas públicas (MALUF, 2018). Cabe ressalvar, que com o decorrer dos tempos, tornou-se importante que, além da formação do estado, há necessidade de que a permanência do ser humano deve estar garantida por uma série de direitos e obrigações, sendo que, a ausência de tal elemento, faz com que o estado seja falho em sua política sócio-organizacional.

Com os avanços tecnológicos, passou-se a haver uma preocupação com a manutenção dos princípios e garantias constitucionais não somente pelos meios físicos, e cotidianos, como também pelos meios digitais. Neste contexto, quando há incidentes de vazamento de dados, pode-se observar na opinião

da ilustre julgadora, conforme caso em tela que há afronta expressa até mesmo do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, presente no inciso IV, do artigo 1º da Constituição Federal de 1988. Neste sentido, Alexandre de Moraes dispõe acerca da dimensão do mencionado princípio e a extensão de sua proteção (MORAES, 2016).

Outrossim, a aplicação das legislações punitiva civilmente no caso em tela advém da necessidade social de adequação da realidade no chamado "era dos dados" com as relações protecionistas do estado em detrimento ao sujeito de direito (KELSEN, 1938).

Posto isso, passasse a analisar a situação atual do país e o caso em tela. O mundo digital trouxe consigo diversas possibilidades inovadoras para o mercado, para especialistas e para profissionais de diversos ramos, pois, havia um ambiente totalmente novo e pouco explorado em que o maior bem existente é a informação, ou seja, o acúmulo de dados dos usuários (LIMA, 2020).

Desta forma, as empresas entenderam que, quanto mais informações contivessem em banco de dados relativas aos usuários, maior controle social e do mercado passariam a ter, pois,

ter um controle cem por cento efetivo sobre os dados seria uma tarefa basicamente impossível.

Outrossim, verificou-se a necessidade da elaboração de uma legislação no cenário nacional que estabelecesse diretrizes e comportamentos como o tratamento de dados, sendo editada a Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018, a qual já em seus princípios fundamentais[137] estabeleceu que a proteção dos dados está diretamente relacionada a diversos direitos intrinsicamente ligados ao direito constitucional, bem como ao direito do consumidor, o que fica evidente no artigo 45 da legislação supramencionada[138].

O desrespeito aos preceitos da legislação é passível de reparação de danos patrimoniais, ou extrapatrimoniais em virtude

[137] Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:
I - o respeito à privacidade;
II - a autodeterminação informativa;
III - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião;
IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem;
V - o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação;
VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e
VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

[138] Art. 45. As hipóteses de violação do direito do titular no âmbito das relações de consumo permanecem sujeitas às regras de responsabilidade previstas na legislação pertinente.

das consequências negativas que vierem a causar ao titular dos dados (LIMA, 2020).

Ademais, é de grande percepção a correlação entre os direitos presentes na Lei Geral de Proteção de Danos – LGPD e no Código de Defesa do Consumidor. A Lei nº 13.709/2018, em seu artigo 45 trouxe proteção aos consumidores, pois, em tempos de avanço nas formas de venda e consumo por meios eletrônicos, o consumidor fica exposto a uma nova realidade, como a utilização dos dados para excesso de propagandas, sendo que, após a entrada em vigência da mencionada legislação, o consentimento do consumidor se torna algo de suma importância, ou mesmo, a possibilidade de retirar o consentimento fornecido a qualquer momento (JÚNIOR et al., 2021).

A responsabilidade do fornecedor, ou tomador de serviços é resultado de uma adequação ao procedimento. Desta forma, no caso em tela, o consumidor forneceu seus dados para a empresa requerida, a qual os divulgou sem o seu consentimento. Independente da forma de ocorrência do mencionado vazamento

de dados, há responsabilidade, o que fica evidente no artigo 14 da Lei (Código de Defesa do Consumidor)[139].

Ocorre que, o mencionado código é de 1990 e, apesar de versar sobre outras formas de proteção, aplica-se de forma análoga a proteção de dados, pois, na época de sua elaboração, havia outro cenário totalmente diferente do que é verificado atualmente, em que o mercado tem utilizado do acúmulo de dados pessoais, como forma de obtenção de lucros de forma indiscriminada.

O novo mundo repleto de exposição de dados tornou-se extremamente perigoso para os usuários e vantajoso para os prestadores de serviços e fornecedores, o que foi acrescido pela expansão da internet e das tecnologias que consomem dados dos usuários o tempo todo (BLUM, 2020).

Outrossim, com os avanços acima mencionados, havendo a existência de um novo cenário contemporâneo, deve haver aprofundamento acerca da aplicabilidade dos direitos da

[139] Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. (BRASIL, Lei 8.078, de 11 de setembro de 1.990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em 30 de janeiro de 2021).

personalidade, os quais são absolutos, intransmissíveis, indisponíveis, irrenunciáveis, imprescritíveis, impenhoráveis, inexpropriáveis e ilimitados, vez que, o rol que expõe tais artigos presente no Código Civil é taxativo, cabendo ao julgador aplicar a Lei ao caso concreto visando a proteção do titular (TARTUCE, 2016).

Posto isso, verifica-se que a Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD, traz diversos dispositivos que estão correlacionados aos direitos de personalidade, bem como ao Direito do Consumidor, o que traz a necessidade de haver um diálogo entre as fontes (TARTUCE, 2016) do direito para a aplicação assertiva das legislações e de punições em caso de afronta aos direitos fundamentais dos titulares de dados, desde que comprovado o incidente de vazamento de dados, com o devido nexo de causalidade e os valores sociais em risco (SOUZA, 2019).

5 DA ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS E DA VIGÊNCIA DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS.

A relatora do acórdão evidenciou que o contrato fora firmado em 10 de novembro de 2018, no entanto, a entrada em vigência de grande parte da legislação ocorreu somente em 14 de agosto de 2020.

Tal afirmativa prestada pela relatora é controversa, vez que a lei não entrou em vigência plenamente da data supramencionada, pois, de acordo com o inciso I, do artigo 65 da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018[140], as sanções administrativas entraram em vigência no dia 1º de agosto de 2021, momento este que de fato, ocorreu a entrada em vigência da supracitada legislação de forma plena, em sua integralidade.

Neste contexto, a decisão proferida possui total diferenciação quanto a aplicabilidade da legislação em pauta. O conteúdo da Lei Geral de Proteção de Dados, principalmente em seus artigos 1º, 2º e 6º possuem caráter disciplinar, orientativa, para que haja a mudança cultural futura em matéria de coleta, tratamento e retenção de dados de forma indiscriminada. O conteúdo abordado na decisão proferida em primeira instância tem o escopo de buscar embasamento além das disposições constitucionais convencionais, como a dignidade da pessoa

140 Art. 65. Esta Lei entra em vigor: (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019)
I - dia 28 de dezembro de 2018, quanto aos arts. 55-A, 55-B, 55-C, 55-D, 55-E, 55-F, 55-G, 55-H, 55-I, 55-J, 55-K, 55-L, 58-A e 58-B; e (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)
I-A – dia 1º de agosto de 2021, quanto aos arts. 52, 53 e 54;

humana e a privacidade, bem como dos dispositivos de proteção aos direitos das partes hipossuficientes nas relações de consumo.

Posto isso, verifica-se que, a discussão acerca da aplicabilidade da Lei Geral de Proteção de Dados é infundada, pois, não é o ponto central da decisão proferida, apenas servindo de base para enriquecer o conteúdo normativo e orientativo da jurisprudência. A Lei em foco traz diversas outras proteções, no entanto, não é apenas essa legislação que garante que a empresa contratante zele pelos dados fornecidos em uma relação de consumo.

A Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 criou a Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD, bem como estabeleceu, em seus artigos 52 e seguintes, as sanções administrativas a serem aplicadas por descumprimento da legislação. Além disso, apesar da entrada em vigência das sanções administrativas, estas não guardam relação com a sentença proferida em primeira instância, bem como o acórdão em pauta, pois, uma trata sobre sanções administrativas e outra sobre condenação de danos morais por fornecimento de dados de forma indevida.

Verifica-se que, o relator argumentou de forma singela quanto a vigência da Lei Geral de Proteção de Dados, restando a

argumentação mais profunda sobre o nexo de causalidade entre o vazamento de dados e os danos morais, o qual não foi configurado de acordo com a ausência dos pressupostos da responsabilidade civil (conduta ilícita, nexo de causalidade e dano), restando a impossibilidade de condenação com base em suposição.

Ademais, além de considerar apenas a existência de ocorrência de dessabor, a relatora também entendeu não dever prosperar o pedido reconvencional, pois, o impacto negativo causado pela ação em discussão causou possível impacto negativo, trata-se de risco da atividade, pois o consumidor apenas ingressou com a ação por acreditar estar em busca por direitos lesados, não configurando qualquer existência de ma-fé.

Cabe evidenciar, por fim, que a legislação é criada de acordo com o surgimento de novas demandas e necessidade da sociedade. Os fundamentos estabelecidos no artigo 2º da Lei Geral de Proteção de Dados, são dispositivos trazidos a tona pelo momento em que a sociedade vive, somando-se aos avanços tecnológicos, a globalização e o acesso facilitado às informações.

Mais importante que discutir se a legislação encontrava-se vigente no momento da fundamentação trazida pela juíza em primeiro grau, é entender que disposições como o respeito à privacidade, a inviolabilidade da intimidade, honra, imagem, os

direitos humanos e o livre desenvolvimento da personalidade[141], além de dialogar com outras fontes normativas, encontram-se carentes na sociedade em geral, agravadas em relação em que uma das partes é hipossuficiente pelas condições pré-estabelecidas, como é o caso da relação de consumo.

6 CONCLUSÃO

Diante do exposto, conclui-se que, a proteção de dados pessoais se tornou extremamente importante em um momento histórico de avanço significativo no campo da tecnologia, no entanto, as legislações brasileiras estavam espalhadas por diversos códigos e desatualizadas em detrimento ao cenário atual, sendo que, até a entrada em vigência da Lei 13.709/2018, os julgadores aplicaram a lei ao caso concreto de forma interpretativa. Com o advento da mencionada lei, a qual é de

141 Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:
I - o respeito à privacidade;
II - a autodeterminação informativa;
III - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião;
IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem;
V - o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação;
VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e
VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

extrema importância para conter o avanço indiscriminado sem controle das relações de consumo, as empresas passaram a ter uma expansão da responsabilidade na coleta e divulgação de dados das partes envolvidas na relação de consumo, devendo apenas haver a coleta de dados se houver real necessidade, a qual deve ser demonstrada ao usuário, e, em hipótese alguma, divulgar, ou vazar dados principalmente quando essa prática resultará em forma abusiva de consumo, atendendo a interesses e necessidades pessoais. Caso contrário, será totalmente plausível a aplicação de punições por danos morais, como é o caso da sentença aplicada no caso em tela.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BLUM, Renato Opice. Et. Al. **Proteção de Dados: Desafios e Soluções na adequação à Lei**. Rio de Janeiro: Forense. 2020.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 24 de janeiro de 2021.

BRASIL, **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em 30 de janeiro de 2021.

BRASIL, **Lei 13.709**, de 14 de agosto de 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em 30 de janeiro de 2021.

BRASIL, **Lei 13.853**, de 8 de julho de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13853.htm. Acesso em 30 de janeiro de 2021.

BRASIL, **Lei 8.078**, de 11 de setembro de 1.990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em 30 de janeiro de 2021.

JÚNIOR, José Luiz de Moura Laveiros. Et. Al. **Proteção de dados pessoais na sociedade da informação: entre dados e danos.** Indaiatuba, SP: Foco, 2021.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Et. Al. **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados**. São Paulo: Almedina, 2020.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 34ª Edição. Editora Saraiva, 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**: 33º edição. rev. e atual. Até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016. São Paulo: Atlas, 2017.

SOUZA, Carlos Afonso. Et. Al. **Lei Geral de Proteção de Dados**. Revista dos Tribunais: São Paulo: Afiliada. 2019.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2016.

RESPONSABILIDADE CIVIL POR IMAGENS ÍNTIMAS PUBLICADAS NA INTERNET

Cintya Karoline Nogueira Santos[142]

1 INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas a internet trouxe muitos benefícios a nossa sociedade, mas ao mesmo tempo também trouxe situações que colocam os indivíduos em constrangimento, humilhação e prejuízos.

Quando a exposição extrapola e coloca nossa intimidade como forma de nos humilhar, atacar, prejudicar nossa imagem, não podemos assistir e aceitar esse tipo de ofensa, que se esconde por detrás das telas de computadores e smartfones, mas que geram tanta dor e sofrimento às vítimas.

Com a corrente exposição não autorizada de imagens íntimas na rede, as vítimas buscam alguma forma de minimizar

[142] Escrevente, coordenador e oficial de cumprimento de serventia extrajudicial, graduado em direito, aprovado em exame da ordem, pós-graduado em direito público, pós-graduado em direito notarial e registral, analista de processos, e pós-graduando em direito civil pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – USP.

os danos, seja com a retirada do conteúdo indevido, seja com a responsabilização dos autores do dano e na falta deste, a responsabilidade da empresa que mantém o sítio digital, na qual as imagens foram publicadas.

Diante esse contexto atual iremos abordar, mediante o método de análise de julgados, como os autores das publicações não autorizadas de fotos íntimas são responsabilizados na esfera civil, a extensão dos danos causados às vítimas, como a lei, doutrina e jurisprudência se posicionam com a responsabilização patrimonial dos envolvidos.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL POR IMAGENS ÍNTIMAS PUBLICADAS NA INTERNET

O Código Civil aborda a responsabilidade contratual e extracontratual, sendo que segundo o professor Flávio Tartuce "a responsabilidade civil surge em face do descumprimento obrigacional, pela desobediência de uma regra estabelecida em um contrato, ou por deixar determinada pessoa de observar um preceito normativo que regula a vida (TARTUCE, 2018, p. 515).

Ainda diferencia os dois tipos de responsabilidade civil, a contratual ou negocial (que decorre do descumprimento de um contrato), e a extracontratual, também denominada

responsabilidade civil aquiliana (artigos 186 e 187 do Código Civil), baseadas em ato ílicito e abuso de direito, respectivamente.

O doutrinador ainda continua:

> (...) De início, o ato ilícito é o ato praticado em desacordo com a ordem jurídica, violando direitos e causando prejuízos a outrem. Diante da sua ocorrência, a norma jurídica cria o dever de reparar o dano, o que justifica o fato de ser o ato ilícito fonte do direito obrigacional. O ato ilícito é considerado como fato jurídico em sentido amplo, uma vez que produz efeitos jurídicos que não são desejados pelo agente, mas somente aqueles impostos pela lei. O ato ilícito pode ser civil, penal ou administrativo, sendo certo que o primeiro interessa a presente obra. (...)

Para Tartuce são três os elementos da responsabilidade civil ou pressupostos do dever de indenizar, sendo que são eles os seguintes: conduta humana, culpa genérica, nexo de causalidade e dano ou prejuízo.

Esmiuçando tais pressupostos, podemos definir conduta humana como uma ação ou omissão. A culpa aqui é aquela que engloba o dolo e a culpa estrita. Tartuce menciona que quando se fala em responsabilidade com ou sem culpa, leva-se em conta a culpa em sentido amplo ou a *culpa genérica*, que engloba o dolo e culpa estrita (negligência, imprudência ou imperícia). O nexo de causalidade ou nexo causal constitui a relação de causa e efeito

entre a conduta culposa (ou o risco criado), e o dano suportado por alguém. (TARTUCE, 2018, p. 535-545)

Quanto ao dano, este presume a responsabilidade civil, sendo que dano material, moral, estéticos, sociais, coletivos, são espécies de dano.

Trazendo à baila, ultimamente e infelizmente, tem sido comum a exposição da intimidade das pessoas sem o seu consentimento nas redes sociais, conhecido como o termo *sexting*, sendo, na maioria das vezes o público feminino a maior vítima.

Na hipótese de divulgação não autorizada de imagens íntimas em redes sociais, caracteriza-se flagrante violação aos direitos da personalidade, tidos como cláusula pétrea em nosso ordenamento jurídico.

Sabemos também que muitas vezes a exposição vem acompanhada de chantagens, ameaças e extorsões contra a vítima, como foi o caso da atriz Carolina Dickmann, a qual teve seu laptop invadido no ano de 2012, e várias fotos íntimas foram publicadas na web. A atriz foi ameaçada de extorsão em pagar R$ 10.000,00 (dez mil reais) para que as fotos não fossem publicadas. A partir de então entrou em vigor a Lei n. 12.737/12, famosa Lei

Carolina Dickmann, que torna crime a invasão de aparelhos eletrônicos para obtenção de dados particulares.

Voltando ao campo do direito privado, no ano de 2014 foi publicada Lei n. 12.965, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil.

No que tange à responsabilidade, a referida lei assim dispõe:

> Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:
> I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Muitas vezes, os autores das divulgações ficam ocultos não podendo responsabilizar efetivamente o causador do dano. Para o professor Flávio Tartuce, "os ambientes virtuais de relacionamento, responsabilizando-se a empresa que mantém o sítio digital. A responsabilidade pode ser configurada como objetiva, pois tais ambientes enquadram-se como de potencial risco de lesão a direitos da personalidade (TARTUCE, 2018, p. 605).

Analisando especificamente os julgados sobre a matéria, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul assim se posiciona:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PROVEDOR DE HOSPEDAGEM. SERVIÇO DE HOSTING, DISPONIBILIZADO POR MEIO DE CONTRAPRESTAÇÃO FINANCEIRA. SITE CONTENDO IMAGENS E INFORMAÇÕES OFENSIVAS. TEORIA DO RISCO DO EMPREENDIMENTO. CONDUTA CULPOSA CARACTERIZADA. DEVER DE INDENIZAR. CARÊNCIA DE AÇÃO. FALTA DE INTERESSE. AFASTADA. De acordo com a teoria da carga dinâmica da prova, era ônus da provedora comprovar que a página eletrônica objeto da ação cautelar foi excluída de seu domínio, anteriormente ao ajuizamento da cautelar, haja vista que detém os dados e informações relativamente aos conteúdos postados e armazenados no provedor. Entretanto, in casu, nenhum elemento de prova veio aos autos a fim de comprovar a exclusão do site, dito ofensivo à imagem da autora, antes da propositura da demanda e, tampouco, há elementos evidenciando que a provedora repassou à lesada, na esfera extrajudicial, os dados do criador da home page. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAE. NÃO CONFIGURADA. A causa de pedir esta embasada na imprudência da provedora ré, a qual divulgou conteúdo ofensivo a honra e a imagem da lesada. Aplica-se, in casu, a Teoria da Asserção, segundo a qual as condições da ação devem ser aferidas in status assertionis, ou seja, em abstrato, a partir do alegado pelo autor na petição inicial, sem adentrar na análise do caso, sob pena de apreciação meritória. Ilegitimidade passiva rejeitada. DANO MORAL. RESPONSABILIDADE DO PROVEDOR DE HOSPEDAGEM CONFIGURADA. Hipótese dos autos em que um usuário assinante dos serviços da provedora criou uma página eletrônica contendo fotos e informações de cunho difamatório que atingiram à imagem da lesada. Na espécie a provedora detinha os elementos

de prova capazes de identificar o usuário assinante que criou o site depreciativo, pois o criador da página eletrônica forneceu à provedora os seus dados pessoais, bem como adquiriu os serviços comercializados pela provedora, através de ¿e-commerce¿. De outro vértice, a provedora agiu de maneira, manifestamente desidiosa e negligente, haja vista que não suprimiu, imediatamente, após ter sido notificada pela ofendida, o site contendo as informações caluniosas. Situação que expôs a autora a situação vexatória e humilhante perante seus colegas de trabalho, familiares e conhecidos da sua comunidade. Dano moral configurado. Inteligência do art. 927, parágrafo único do Código Civil cumulado com o art. 5º, inciso IV, da Constituição Federal, mormente porque a atividade desenvolvida pela provedora de ¿hosting¿ implica, por sua natureza, em riscos à esfera jurídica de terceiros. A provedora deve adotar as cautelas necessárias para possibilitar a identificação de seus usuários, especial porque, no caso concreto, se trata de servidor de hospedagem que disponibiliza espaço em seu domínio a assinantes que oferecem uma contraprestação financeira pelo serviço de hospedagem. QUANTUM INDENIZATÓRIO. CRITÉRIOS. MAJORAÇÃO. O valor da indenização, em razão da natureza jurídica da reparação por danos morais, deve atender as circunstâncias do fato e a culpa de cada uma das partes, o caráter retributivo e pedagógico para evitar a recidiva do ato lesivo, além da extensão do dano experimentado e suas conseqüências. Valor da indenização majorado para adequá-lo aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. REJEITARAM AS PRELIMINARES. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO DA RÉ. DERAM PROVIMENTO AO RECURSO ADESIVO DA AUTORA. UNÂNIME.(Apelação Cível, Nº 70026684092, Nona Câmara Cível, Tribunal de

Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em: 29-04-2009)

O julgado acima trata-se de Apelação Civil, o qual correu em segredo de justiça, onde a parte autora Z.M.Z.T ingressou com ação cautelar e indenizatória contra empresa T.G LTDA., que disponibilizou conteúdo indevido (imagens íntimas da autora) em seu portal de internet.

A parte autora requereu a retirada do conteúdo da página da parte requerida liminarmente, bem como a identificação dos responsáveis pela elaboração da página eletrônica, além da indenização pelos danos sofridos. A parte requerida, em que pese ter refutado os termos da inicial no sentido de que inexistia a pretensão requerida, eis que a página já havia sido excluída quando da solicitação da parte requerente, e no mérito, reafirmou que não é responsável pelo conteúdo veiculado no domínio de internet, pois apenas hospeda as informações. Argumentou que é impossível exercer o controle sobre as informações divulgadas pelos usuários.

Em que pese os argumentos da parte requerida, houve sentença condenatória ratificando a liminar, bem como a condenação em danos morais em sessenta salários-mínimos.

A parte requerida recorreu da sentença no sentido de que os provedores de conteúdo não são responsáveis pela má utilização do espaço virtual pelos usuários, bem como de que não foi de sua responsabilidade a produção do conteúdo indevido, eis que apenas presta serviços de hospedagem, e que a responsabilidade do conteúdo criado seria somente do criador da página. Em recurso adesivo, a parte autora requereu a majoração do valor arbitrado a título de danos morais.

O recurso de apelação da parte ré não foi dado provimento, sob fundamentação da teoria da atividade de risco (art. 927, Código Civil), tendo inclusive a parte requerida agido de forma desidiosa, eis que não agiu imediatamente com a retirada do conteúdo indevido, quando do pedido extrajudicial requerido pela parte autora, razão pela qual majorou os danos morais em R$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais).

O presente julgado enfatizou o entendimento de que houve uma demora significante entre o tempo transcorrido entre o pedido extrajudicial feito pela parte autora para retirada do conteúdo, até a devida exclusão pela parte requerida, o que se deu após 24 horas, sendo que por se tratar de conteúdo que expunha a intimidade da vítima, deveria ser feito de imediato com o recebimento da notificação.

Em que pese o entendimento do julgado acima transcrito, “outras decisões têm afastado a incidência do art. 927, parágrafo único do Código Civil, para os ambientes virtuais”, citando, inclusive, o seguinte entendimento da 3ª Turma do STJ:

> O dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas no site pelo usuário não constitui risco inerente à atividade dos provedores de conteúdo, de modo que não se lhes aplica a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/02.. (STJ, Resp 1186616/MG, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 23.08.2011, Dje 31.08.2011).

Como visto, o entendimento jurisprudencial superior entendia que era necessária a comprovação da culpa da empresa que mantém o site para que surja o dever de indenizar, devendo responder apenas se comunicada extrajudicialmente das mensagens ofensivas (ou imagens ofensivas publicadas, trazendo ao presente tema do trabalho), e não toma as providências necessárias para afastar o dano (TARTUCE, 2018, p. 607).

E continua o autor (TARTUCE, 2018, pág. 607):

> O debate ficou ainda mais profundo diante da emergência do Marco Civil da Internet, a Lei 12. 965, de abril de 2014. De acordo com o art. 18 da nova norma, o provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. Em complemento, estabelece o seu art. 19 que, com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e

> impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente. Isso, ressalvadas as disposições legais em contrário.

A Lei n. 12.965/14 (Marco Civil da Internet), dispõe as hipóteses em que haverá ou não a responsabilização do provedor de conexão à internet[143].

Fazendo análise dos artigos acima, verifica-se que a legislação foi objetiva em dispor que o provedor de internet somente será responsabilizado por danos decorrentes de conteúdo publicado indevidamente, em caso de descumprimento de ordem judicial que o ordene a retirar tal conteúdo.

---

[143] Art. 18. O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.
Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário. § 1º A ordem judicial de que trata o caput deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.

No que tange à publicação de imagens que envolvam cenas de nudez, a referida lei define que haverá responsabilidade subsidiaria do provedor de internet.[144]

Verifica-se que no caso de divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens ou outros conteúdos que contenham cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado, o provedor de internet será responsabilizado solidariamente, se após notificação do participante ou seu representante legal, deixar de promover a retirada do conteúdo.

Houve um grande avanço na legislação pátria com a entrada em vigor da Lei do Marco Civil da Internet, a qual pode colocar limites na responsabilização das empresas provedoras de internet, que indevidamente, lançam e mantém conteúdos não autorizados

[144] Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo. Parágrafo único. A notificação prevista no caput deverá conter, sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade do participante e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido.

pelos participantes, os quais foram vítimas, principalmente pela dificuldade em se comprovar quem criou o conteúdo indevido.

3 CONCLUSÃO

Toda a exposição virtual traz consequências, sejam elas positivas ou negativas. Como vimos, com o avanço da tecnologia e o acesso às redes sociais cada vez mais comum, onde atinge um grande número de pessoas, acabou por ocasionar comportamentos desviantes, que cometidos por pessoas, em sua maioria anônimas, praticam a exposição indevida de imagens de pessoas, e geram transtornos de proporções imensuráveis.

Em que pese, e infelizmente os autores desses atos não serem descobertos, a legislação cada dia mais se atualiza a fim de garantir às vítimas das exposições indevidas a devida reparação do dano, penalização do agressor e retirada imediata do conteúdo impróprio do sítio onde houve a publicação.

No âmbito civil há a responsabilidade pelos danos gerados às vítimas, como forma de também punir o agressor atingindo até os portais de internet, os quais respondem de forma subsidiária, a fim de se dar uma resposta à sociedade para que atitudes como estas também sejam condenadas em todas as esferas do Direito.

Em pesquisa de busca na internet o público-alvo das agressões são mulheres, sendo que os casos de suicídio são altamente consideráveis, sem falar nas consequências emocionais a curto e longo que prazo que tudo isso gera.

Portanto, cabe a nós a conscientização de que atitudes como essas são reprováveis e abomináveis, que devemos, desde pequenos, ensinar nossas crianças a respeitar o próximo, seja ele de qual gênero for, a fim de termos adultos conscientes de que expor a vida íntima do outro sem seu consentimento é algo muito grave, e que quando, infelizmente atos covardes como esses forem repetidos, que os autores sejam punidos.

4 REFERÊNCIAS

Código Civil de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 31 de janeiro de 2021.

GOMES, Maria Cecilia Oliveira; ZWICKER, Gisele Amorim. De quem é a culpa nos crimes contra a dignidade sexual no meio virtual e físico? **Revista Consultor Jurídico**, 2016. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-out-29/quem-culpa-crimes-dignidade-sexual. Acesso em: 03 de fevereiro de 2021.

Lei n. 12.737/12. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm. Acesso em: 31 de janeiro de 2021.

Lei n. 12.965/14. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 01 de fevereiro de 2021.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 8. Ed. Rev, atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo, 2018. p. 515-609.

UMA REFLEXÃO SOBRE OS LIMITES DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA NO MERCADO EDUCACIONAL.

Iara L Calazans de Almeida[145]

1 INTRODUÇÃO

O trabalho tem como objetivo realizar a análise crítica de acórdão da 25ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Trata-se de impugnação de agravo de instrumento - 2189428-69.2020.8.26.0000, de relatoria do ministro Claudio Hamilton, julgado em 22 de outubro de 2020, contra liminar favorável à Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual em face da universidade agravante, Universidade Paulista – UNIP.

No caso em análise, o juiz que deferiu a liminar decidiu que a instituição de ensino, Universidade Paulista - UNIP, que havia determinado o cancelamento de turmas em determinado período, deveria manter os cursos nos turnos firmados em contrato, sob pena de multa diária no valor de 5.000,00 reais, limitada a 500.000,00 reais. O Tribunal Superior deu provimento à

[145] Bacharel e Licenciatura em Ciências Sociais. Mestre em Ciências Sociais. Graduanda em Direito. Pós-graduanda em Direito Civil.

insurgência da universidade contra a liminar, fundamentando a decisão sobre o princípio da autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial da universidade, prevista no texto constitucional (art. 207) e na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (art. 53, I, parágrafo único).

Sob uma análise crítica, entendemos que a decisão proferida pelo excelso tribunal, apresenta problemas de fundamentação, especialmente no que diz respeito à utilização do princípio da autonomia universitária.

Num primeiro enfoque, apontamos que o uso excessivo de princípios para fundamentar decisões no judiciário ganhou, no decorrer do tempo, relevante destaque nas decisões judiciais. Nesse cenário, partimos das críticas dirigidas às interpretações equivocadas de tais normas, baseando-nos na obra *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, do importante jurista Humberto Ávilla.

Numa segunda abordagem, tendo em vista a gama de problemas que implica a realidade da educação como consumo, em que o mercado educacional vem ganhando notoriedade, a partir de grandes investimentos financeiros privados na área, refletindo as relações de forças entre, de um lado, grandes

conglomerados de ensino e, de outro, alunos-consumidores, argumentamos que, nesse cenário, a autonomia universitária não pode ser compreendida como livre-arbítrio para decisões tomada unilateralmente com efeitos prejudiciais.

Julgamos que a decisão sob a perspectiva do Código de Defesa do Consumidor possa, na emergência da educação privada como protagonista desse direito fundamental, gerar precedentes mais justos contra decisões arbitrárias do poder econômico no mercado educacional.

Foram encontradas decisões, nesse sentido, na 14º Câmara de Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em Apelação Cível Nº 1.0024.13.194362-3/001, divergindo da 25ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Os argumentos utilizados pelos julgadores refletem princípios distintos. Aquela câmara fundamentou a decisão de acordo com o art. 14, do Código de Defesa do Consumidor. Prevaleceu a interpretação sobre os direitos do consumidor, dando-se ênfase aos princípios da confiança e boa-fé objetiva. Essa fundamentou sua decisão de acordo com o princípio da autonomia universitária e sob a interpretação contratual.

2 OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS NOS TRIBUNAIS

A teoria dos princípios no Direito ganhou notoriedade nas últimas décadas. O termo adquiriu, em diversos contextos de sua utilização, diferentes significados. A começar pelo sentido mais genuíno, de início ou começo, relacionado à construção da área de conhecimento. Posteriormente, em uma segunda fase, é parte constituinte das normas, servindo de vetor de interpretação normativa. Finalmente, atinge a função de valores positivados, sendo considerado, em conjunto com as regras, como normas.

> A teoria dos princípios jurídicos passou por três fases: na primeira, superada, eram assim chamados todos os assuntos gerais de uma dada disciplina; na segunda, princípios são os elementos estruturantes do sistema normativo; na terceira, são os valores jurídicos positivados. Tanto a segunda como a terceira fase, não superadas, foram importantes reações à tese da discricionariedade jurisdicional. Pelo conceito da segunda fase, ao magistrado não se abre a possibilidade de escolher entre uma ou outra interpretação: deve escolher a interpretação mais coerente com os princípios jurídicos. Pelo conceito da terceira fase, as decisões jurídicas não são fruto do arbítrio, mas resultado da ponderação dos valores constitucionais. (MARTINS, p. 159, 2019)

É de acordo com a noção de princípios como valores positivados que consideraremos a avaliação dos princípios para este trabalho. Neste sentido, de acordo com Humberto Ávila,

> Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. (ÁVILA, p. 104, 2019)

Em *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, o jurista apresenta-nos de forma crítica as distinções entre regras e princípios, sem, contudo, tratar tais normas como categorias estanques, ou incomunicáveis. Ao apontar os principais critérios que distinguem tais normas, trata de fazer a análise sob os aspectos da natureza da descrição normativa, natureza da justificação que exigem para serem aplicadas e natureza da contribuição para a solução do problema. No que diz respeito à natureza da descrição normativa, o que particulariza os princípios é que, diferentemente das regras, aqueles descrevem um estado ideal de coisas a serem realizadas, não objetos determináveis. Sobre a natureza da justificação "as regras exigem um exame de correspondência entre a descrição normativa e os atos praticados ou fatos ocorridos, ao passo que os princípios exigem uma avaliação da correlação positiva entre os efeitos da conduta adotada e o estado de coisa que deve ser promovido." (Ávila, p. 109, 2019).

Em seu trabalho, Ávila acentua o uso constante dos princípios nas decisões de juízos e tribunais no país, muitas vezes, equivocadas no sentido atribuído ao conceito de princípio, como também sobre o conteúdo dessas normas.

Por serem normas imediatamente finalísticas, positivando valores a serem concretizados, torna-se necessário buscar os meios úteis para que o objetivo da norma possa ser efetivado. É adequado, portanto, que a decisão fundamentada em princípios – como valores objetivados – seja suficientemente eficaz para a busca do estado de coisas a ser alcançado. Importante fazer menção que para a necessidade de invocação de cada princípio sempre deverá ser considerada a necessidade do caso concreto.

O princípio da autonomia universitária, consagrado no art. 207 da Constituição de 5 de out. 1988, é genérico e inclui a autonomia didático-científica, a autonomia administrativa, a autonomia de gestão financeira e patrimonial e o regime jurídico próprio como espécies. Sendo um princípio, como bem aponta Ávila, busca um estado ideal de coisas. A finalidade deste princípio não se resume a objetos determináveis. Consideramos que engloba um vasto campo de questões. Estas questões não devem estar restritas à atribuição de um único sentido.

Ora, como ressaltado acima, autonomia universitária é gênero, que invoca outras espécies de autonomia. Assim sendo, quando invocado para justificar a decisão e solucionar o problema fático, deve-se ter em vista os diversos efeitos que sua aplicação provoca.

Autonomia universitária não significa oferecer às instituições e a seus agentes a discricionariedade para a tomada de decisões arbitrárias, sem a devida ponderação dos efeitos que, em larga medida, podem provocar danos substanciais aos seus alvos.

> Instituições existem, são criadas e reconhecidas socialmente para preencherem funções sociais específicas e são estas que as legitimam. A autonomia de que gozam é restrita ao exercício de suas atribuições e não tem como referência o seu próprio benefício, mas uma finalidade outra, que diz respeito à sociedade. Desta forma, a autonomia da instituição é sempre relativa e deve ser definida como o reconhecimento de sua capacidade de reger-se por suas próprias normas no cumprimento das finalidades sociais às quais se destina. São assim as funções da universidade que balizam e definem a natureza de sua autonomia (...) podemos então afirmar que a universidade goza de autonomia para executar essas atividades que lhe são próprias, e que não são realizadas para seu exclusivo interesse, mas constituem um serviço que presta à sociedade. Como consequência, o reconhecimento da autonomia não exime as instâncias públicas mais

> amplas da verificação da prestação efetiva desses serviços. (DURHAM, p. 2, 1989).

3 ALUNOS E CONSUMIDORES

Nesta seção, consideramos relevante a reflexão sobre a complexa relação da educação sob o perfil de consumo, uma atividade econômica, com o princípio estrutural da educação enquanto direito social fundamental, explicitado no art. 6º e desenvolvido nos art. 205 e seguintes da Constituição cidadã de 1988.

Ainda que a educação não seja tratada como serviço público privativo do Estado, o que permite a sua prestação por particulares de forma suplementar, não se pode olvidar da fundamentalidade desse direito – alocado na Constituição no capítulo que trata dos direitos sociais fundamentais – o qual estrutura e garante um dos princípios base e essencial de qualquer Estado Democrático de Direito: o princípio da dignidade humana.

> Serviço público social é o que atende a necessidades coletivas em que a atuação do Estado é essencial, mas que convivem com a iniciativa privada, tal como ocorre com os serviços de saúde, educação, previdência, cultura, meio ambiente; são tratados na Constituição no capítulo da ordem social e

> objetivam atender aos direitos sociais do homem, considerados direitos fundamentais pelo artigo 6º da Constituição (DI PIETRO, p. 146, 2020).

Portanto, entidades educacionais privadas estão exercendo um serviço essencial à comunidade e devem se submeter às normas gerais que regulam a prestação do serviço, além de permanecer sob a fiscalização e avaliação de qualidade através de órgãos públicos responsáveis. Somente assim os consumidores desses serviços podem contratar com segurança.

Apesar dos debates sobre a desmercantilização do ensino superior privado, é consenso na doutrina que a relação entre instituição de ensino privado e seus alunos configura-se como uma relação consumerista.

> A legislação esparsa relativa aos contratos de ensino contém algumas referências explícitas no tocante à regulação desses negócios jurídicos pelo Código de Defesa do Consumidor. Neste sentido, cabe mencionar que a hoje revogada Lei 8.170/1991, a qual regulava a fixação da remuneração dos serviços educacionais dispunha, no seu art. 3º – de forma, aliás, um tanto quanto supérflua – que "no caso de celebração de contratos de prestação de serviços educacionais, os mesmos deverão obedecer o disposto na Lei 8.078, de 11.09.1990 (Código de Defesa do Consumidor)". A Lei 9.870/1999, que regula presentemente a contraprestação econômica do ensino, remete ao Código do Consumidor quando

> faculta à Secretaria de Direito Econômico do Governo Federal requerer às instituições de ensino a comprovação documental das cláusulas contratuais por elas adotadas (art. 4º), quando legitima as associações de alunos, de pais de alunos e responsáveis a promover ações coletivas (sendo indispensável, em qualquer caso, o apoio de pelo menos vinte por cento dos pais de alunos do estabelecimento de ensino ou dos alunos, no caso de ensino superior – art. 7º) e, finalmente, no seu art. 8º acrescenta ao art. 39 do CDC nova hipótese de prática comercial abusiva, consubstanciada no seu inc. XIII (GORON, p. 195, 2012).

A continuidade do serviço educacional nos estabelecimentos de ensino privado – de caráter suplementar – ainda que mitigada, deve considerar a inadequabilidade da interrupção abrupta dos serviços pedagógicos prestados.

Convém apontar que, nos contratos educacionais, as relações de forças são consideravelmente desiguais. Ainda que se trate de um negócio jurídico, onde a manifestação de vontade representa uma virtual autonomia do contratante, o poder econômico das instituições bem como o acesso às informações técnicas e jurídicas mitigam substancialmente o entendimento de quem contrata esses serviços.

Tendo como modelo a tradicional classificação dos contratos de direito privado, podemos identificar os contratos de prestações de serviços educacionais como sendo bilaterais,

onerosos, comutativos, não solenes, consensuais, adesivos e de longa duração. Destacamos nessa categorização, particularmente, o seu perfil de contrato de adesão. O destaque se justifica pelo fato de que tal elemento pode mitigar ainda mais o poder de decisão dos estudantes no ato de contratação.

> Podemos trazer quatro traços característicos dos contratos de adesão:
> a) uniformidade: o objetivo do estipulante é obter, do maior número possível de contratantes, o mesmo conteúdo contratual, para uma racionalidade de sua atividade e segurança das relações estabelecidas;
> b) predeterminação unilateral: a fixação das cláusulas é feita anteriormente a qualquer discussão sobre avença. De fato, a simples uniformidade não é suficiente para se considerar um contrato como de adesão, pois é imprescindível que tais cláusulas uniformes sejam impostas por somente uma das partes;
> c) rigidez: além de uniformemente predeterminadas, não é possível rediscutir as cláusulas do contrato de adesão, sob pena de descaracterizá-lo como tal;
> d) posição de vantagem (superioridade material) de uma das partes: embora a expressão superioridade econômica seja mais utilizada (até pela circunstância de ser a mais comum), consideramos mais adequada a concepção de superioridade material, uma vez que é em função de tal desigualdade fática que faz com que possa ditar as cláusulas aos interessados. É o exemplo de alguém que, embora não sendo considerado um potentado econômico, seja o detentor do monopólio de exploração de determinado

> produtor ou serviço, pelo que, no campo dos fatos, sua vontade prevalece sobre a dos aderentes, ainda que mais forte economicamente (GAGLIANO; FILHO, p. 156, 2021).

Classificá-lo como contrato de adesão importa, na medida em que, no caso de dúvidas, se interpreta a favor do aderente. Além disso, o Código de Defesa do Consumidor prescreve no art. 54, parágrafos 3º e 4º[146], o dever de informar do prestador de serviços, em caso de cláusulas que venham a limitar os direitos dos consumidores nos contratos do gênero. Acrescenta-se a informação de que em seu art. 51 o código elenca as cláusulas nulas de pleno direito, evidenciando-se as abusivas[147].

---

[146] Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.
§ 3o Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.
§ 4° As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

[147] Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:
I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;
II - subtraiam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código;

III - transfiram responsabilidades a terceiros;
IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a eqüidade;
V - (Vetado);
VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor;
VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem;
VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor;
IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor;
X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;
XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor;
XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor;
XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração;
XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais;
XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;
XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias.
§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:
I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;
II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;
III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.
§ 2° A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.
§ 3° (Vetado).
§ 4° É facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste código ou de

Cabe, ainda, apontar que, sendo um contrato que implica relações de consumo, suas peculiaridades, sob o Direito do Consumidor, ensejam maior proteção ao contratante, rompendo com a clássica visão de paridade e simetria no ato de contratar[148]. Destaca-se aqui a vulnerabilidade do consumidor. Nos termos de Rizzatto Nunes:

> O inciso I do art. 4º reconhece: o consumidor é vulnerável. (…) Essa fraqueza, essa fragilidade, é real, concreta, e decorre de dois aspectos: um de ordem técnica e outro de cunho econômico.
> O primeiro está ligado aos meios de produção, cujo conhecimento é monopólio do fornecedor. E quando se fala em meios de produção não se está apenas referindo aos aspectos técnicos e administrativos para a fabricação e distribuição de produtos e prestação de serviços que o fornecedor detém, mas também ao elemento fundamental da decisão é: o fornecedor que escolhe o que, quando e de que maneira produzir, de sorte que o consumidor está à mercê daquilo que é produzido.

---

qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes.

[148] Código Civil: Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)
I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução; (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)
II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)
III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

> É por isso que, quando se fala em “escolha” do consumidor, ela já nasce reduzida. O consumidor só pode optar por aqui que existe e foi oferecido no mercado. E essa oferta foi decidida unilateralmente pelo fornecedor, visando seus interesses empresariais, que são, por evidente, os da obtenção de lucro.
> O segundo aspecto, o econômico, diz respeito à maior capacidade econômica que, por via de regra, o fornecedor tem em relação ao consumidor. É fato que haverá consumidores individuais com boa capacidade econômica e às vezes até superior à de pequenos fornecedores. Mas essa é a exceção da regra geral. (NUNES, p. 123, 2018)

4 CONCLUSÃO

Feitas as considerações, julgamos que, sob o aspecto jurídico, os princípios da boa-fé objetiva e equidade de direito do Código de Defesa do Consumidor sejam adequados para fundamentar a decisão em análise de acordo com outro viés.

> A boa-fé objetiva é, assim, uma espécie de pré-condição abstrata de uma relação ideal (justa), disposta como um tipo ao qual o caso concreto deve se amoldar. Ela aponta, pois, para um comportamento fiel, leal, na atuação de cada uma das partes contratantes, a fim de garantir o respeito ao direito da outra. Ela é um modelo principiológico que visa garantir a ação e/ou conduta sem qualquer abuso ou nenhum tipo de obstrução ou, ainda, lesão à outra parte ou partes envolvidas na relação, tudo de modo a gerar uma

> atitude cooperativa que seja capaz de realizar o intento da relação jurídica legitimamente estabelecida. Desse modo, pode-se afirmar que, na eventualidade de lide, sempre que o magistrado encontrar alguma dificuldade para analisar o caso concreto na verificação de algum tipo de abuso, deve levar em consideração essa condição ideal apriorística, pela qual as partes deveriam, desde logo, ter pautado suas ações e condutas, de forma adequada e justa (NUNES, p. 126, 2018).

Ademais, a concepção de vulnerabilidade ensejada ao consumidor garante maior proteção aos contratantes dessas relações.

Acreditamos ser possível considerar os danos provocados aos estudantes que ficaram sem a possibilidade de dar continuidade aos estudos, que investiram um tempo razoável na formação – em que se tinha a expectativa de conquistas pessoais, portanto, de chances, sem, contudo, abandonar a lucratividade da instituição. Não podemos transferir o risco da atividade econômica para os alunos.

Quando a instituição de ensino determina, preocupada com o seu equilíbrio financeiro, o cancelamento dos turnos de cursos que já estavam em andamento, gera uma série de consequências graves para os estudantes que contrataram o serviço educacional.

O aluno que procura a instituição de ensino e resolve pela contratação do serviço firma uma obrigação que reflete na sua

vida pessoal. O indivíduo, a partir de então, organizará a sua rotina de acordo com o horário escolhido para cursar sua graduação, com o objetivo de conquistar o sonhado diploma. Para tal, investe dinheiro, tempo, energia física e mental. Cria-se uma relação de expectativa de direito e de chance. Quando a instituição decide cancelar os turnos e, consequentemente, as turmas, cerceia esse período de dedicação. Em alguns casos, deixa o aluno sem qualquer condição de reorganizar a rotina previamente estabelecida. Ainda que a instituição ofereça o curso em outro período ou ofereça em outra unidade, o impacto causado pela ação unilateral da instituição, já provocou danos suficientemente substanciais, dos quais dificilmente o aluno sairá ileso.

Portanto, se decisão é favorável à instituição sob o argumento da autonomia universitária, deve-se esclarecer sobre qual aspecto tem se considerado esta autonomia. No caso em análise, compreendemos que o destaque foi dado à autonomia didática e financeira, dando-se importância particular ao último elemento. Se o problema se direciona preponderantemente ao aspecto de equilíbrio financeiro do estabelecimento de ensino, deve-se considerar também a possibilidade de danos causados financeiramente aos indivíduos lesados, atingindo o equilíbrio da

relação contratual, muito embora consideremos que aqui os danos não se restringem exclusivamente a questões financeiras.

Não podemos esquecer que o perfil dos contratantes dos serviços de instituições de ensino superior privado são, em sua maioria, trabalhadores comuns – não especializados – que investem grande parte da renda no serviço contratado, com a esperança de que esse investimento proporcione, efetivamente, mudanças estruturais. Com isso, importa considerar, como adendo ao aspecto da rotina destacado acima, que esses alunos escolhem determinado horário para cursar a graduação, tendo como parâmetro definitivo de decisão o horário que exercerá sua atividade laboral.

Em um país como o Brasil, em que desigualdades de todos os níveis transformam a educação em um ato revolucionário, meio para alcançar a tal sonhada igualdade material, em sua acepção substancial, a última esperança de mudanças estruturais, não se pode permitir que instituições de ensino tenham o poder unilateral de decidir sobre o futuro de indivíduos, sem deixar margem – de fato, não apenas a possibilidade fictícia – de reparação de danos.

O peso dado à educação em nosso país, favorece a sua vertente privada, tornando o mercado educacional altamente

lucrativo, não passando despercebido que o Brasil com deficiências históricas em educação tenha, ao mesmo tempo, um dos maiores conglomerados de faculdades privadas do mundo, a Kroton (hoje rebatizada como Cogna). As publicidades das instituições de ensino superior privado denunciam o poder de influência que tal valor tem sobre a vida dos indivíduos. Com temas como: transforme a sua vida e de sua família; insira-se no mercado de trabalho; ganhe mais; tenha prestígio. Além das frases de efeito, as imagens de sujeitos com a pecha de bem-sucedidos reforçam essa realidade.

Assim sendo, consideramos que na relação equilíbrio financeiro das instituições *versus* perda de chance e expectativa de direitos dos estudantes lesados, não se pode decidir exclusivamente sob o viés econômico, favorecendo grandes conglomerados de ensino privado no país.

Por fim, reforçamos a fundamentalidade da educação enquanto direito social. Especialmente em um país como o Brasil em que os fatos históricos repercutem ainda hoje em uma sua formação social, tolhendo sua população da possibilidade de uma existência digna.

Compreendemos que, em nenhuma hipótese, o Estado deva se abster de zelar pela qualidade do ensino prestado em

instituições privadas, oferecido no mercado educacional. Tratando-se de educação, em sentido amplo, como o termo deve ser avaliado, o lucro jamais deve transcender seu objetivo humanizador

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. A boa-fé na formação dos contratos. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 87, n. 1, p. 80-90, jan. 1992. Disponível em: http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67168/69778. Acesso em: 01 fev. 2021.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de; TORRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo. **Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e Outros Temas**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008. p. 736.

BOTO, Carlota; SANTOS, Vinício de Macedo; SILVA, Vivian Batista da; OLIVEIRA, Zaqueu Vieira (org.). **A escola pública em crise**: inflexões, apagamentos e desafios. São Paulo: Feusp, 2020. Disponível em: http://www.livrosabertos.sibi.usp.br/portaldelivrosUSP/catalog/view/564/499/1938-1. Acesso em: 10 fev. 2021

BRASIL. Código nº 10.406, de 2012. **Código Civil**. Brasília

BRASIL. Lei nº 8.078, de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasília

DURHAM, Eunice Ribeiro. **A autonomia universitária**: o princípio constitucional e suas implicações. São Paulo: NUPES-USP, 1989. 38p.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: contratos. 4. ed. São Paulo: Saraivajur, 2021.

GARCIA, Paulo Henrique Ribeiro; GRAGNANO, Théo Assuar. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. Disponível em: https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/rc10.pdf?d=63668046802 4086265. Acesso em: 01 fev. 2021.

GORON, Lívio Goellner. **Serviços educacionais e direito do consumidor**. Direito e Justiça, Rio Grande do Sul, v. 38, n. 2, p. 193-199, dez. 2012.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. **A responsabilidade das instituições de ensino superior pelo vício no serviço prestado**. Disponível em: https://www.sedep.com.br/artigos/a-responsabilidade-das-instituicoes-de-ensino-superior-pelo-vicio-no-servico-prestado/. Acesso em: 01 fev. 2021.

LEITAO, Alexandra. **Direito fundamental à educação, mercado educacional e contratação pública**. e-Pública, Lisboa, v. 1, n. 2, p. 115-129, jun. 2014. Disponível em: http://www.scielo.mec.pt/ scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2183184X2014000200005&lng=pt&nrm=iso. Acesso em 01 fev. 2021.

MARTINS-COSTA, Judith. Os campos normativos da boa-fé objetiva: as três perspectivas do direito privado brasileiro. In:

NUNES, Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. 12. ed. São Paulo: Saraivajur, 2018.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SCHWARTZMAN, Simon. **A Autonomia Universitária e a Constituição de 1988**. Disponível em: http://www.schwartzman.org.br/ simon/cont88.htm. Acesso em: 01 fev. 202